

COMÉRCIO ELECTRÓNICO E CONSUMIDOR *

ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA

Sumário: § 1. Colocação do problema. § 2. Aspectos específicos da negociação electrónica. § 3. Assinatura electrónica, certificação e acreditação. § 4. Imobiliárias electrónicas, notários e certificadores. § 5. Direitos do consumidor no comércio electrónico. § 6. O princípio do país de origem e os mínimos comunitários de protecção. § 7. Limites comunitários à protecção interna do consumidor. § 8. Princípios do direito comunitário primário do consumidor. § 9. Controlo das restrições à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno. § 10. Balanço. *Abstract*

§ 1. Colocação do problema

O diploma de transposição da directiva sobre comércio electrónico¹, a julgar pelo preâmbulo, terá seguido uma abordagem intermédia no que toca à regulação do comércio electrónico. Não se trata de uma regulação *minimalista*, uma vez que não se limita a reproduzir a directiva no Diário da República: por um lado, as “categorias neutras” da directiva são integradas “nos quadros vigentes” do direito português; por outro, “aproveitou-se a oportunidade para, lateralmente, versar alguns pontos carecidos de regulação na ordem jurídica portuguesa que não estão contemplados na directiva”. Ao mesmo tempo, porém, não seguiu a via de uma abordagem *maximalista*, uma vez que se limitou fundamentalmente ao âmbito de regulação da directiva, optando “por afastar soluções mais amplas e ambiciosas para a regulação”.

* Estudos de Direito do Consumidor, n.º 6, CDC/FDUC, Coimbra, 2004, 341-400.

¹ Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno. Para “uma primeira reacção sistemática ao diploma recém-aprovado”, como refere Oliveira Ascensão no *Prefácio, vide O comércio electrónico em Portugal – quadro legal e o negócio*, ANACOM, Lisboa: ICP, 2004 (disponível no site www.anacom.pt). Para um breve apontamento ao DL 7/2004, de 7 de Janeiro, pode ver-se também o nosso *Princípios do comércio electrónico*, in *Miscelâneas*, 3, IDET, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 75 ss. Neste trabalho expomos “as traves mestras” que, em nosso entender, suportam a construção normativa do comércio electrónico, quais sejam: o princípio da liberdade de exercício (ou da desnecessidade de autorização prévia) de actividades económicas na Internet, articulado com o primado do direito comunitário na regulação do mercado interno do comércio electrónico (1); o princípio da transparência (2); o princípio da liberdade de celebração de contratos por meios electrónicos, conjugado com a protecção do consumidor no *tele-shopping* electrónico (3); o princípio da liberdade de comunicação e de navegação na Internet, conjugado com o reforço da protecção da propriedade intelectual (4); e o princípio da «informalização» dos meios de resolução de litígios (5). Ressalve-se, porém, que a formulação destes princípios, norteadada sobretudo por razões de ordem pedagógica e expositiva, não deve ser entendida em termos de exclusividade. E isto em dois sentidos: ora porque boa parte destes princípios não são exclusivos do comércio electrónico; ora porque não excluem a formação e/ou elaboração de outros princípios do comércio electrónico. Também nesses princípios não se deve procurar uma espécie de supra-sumo do direito do comércio electrónico, que tudo condensa e explica, embora não deixem de reflectir, enquanto “juízos sintéticos”, boa parte do espírito que anima este novo domínio do *corpus iuris*.

Soluções essas que passariam, em termos de técnica legislativa, tendo em conta experiências do direito comparado, não por mais um acto de *legislação extravagante*, mas antes pela elaboração de um Código da Informática e/ou pela alteração dos grandes Códigos, *maxime* o Código Civil. Resta saber se a solução encontrada não foi ditada sobretudo por razões de ordem pragmática, quais sejam, desde logo, dar um sinal de transposição da directiva, tendo em conta que o prazo se encontrava já largamente ultrapassado, para assim “escapar” a mais um procedimento por não transposição de directivas.

Não obstante, poderia dizer-se que apesar de a opção do legislador não ter sido “ambiciosa” terá sido todavia “prudente”.² Na dúvida sobre a necessidade e oportunidade de um Código da Informática e na incerteza sobre como alterar o Código Civil, terá o legislador deixado o problema para maior amadurecimento, tendo em conta desde logo a natureza “horizontal” da regulação prevista na directiva e a necessidade de estabilização legislativa em domínios por ela tocados, como seja, nomeadamente, a protecção do consumidor. A este respeito, com efeito, se as medidas de protecção do consumidor no comércio electrónico previstas na directiva tivessem que aguardar pela aprovação do Código do Consumidor, em preparação³, a transposição correria o risco de ser ainda mais retardada, agravando-se o não cumprimento da injunção comunitária. Salvo, claro está, se essas medidas de protecção tivessem já equivalente na ordem jurídica portuguesa.

Mas também não é certo que o legislador tenha procurado saber se e em que termos boa parte do conteúdo regulativo da directiva não tem um conteúdo mais declamatório do que constitutivo para o direito português, tendo em conta regras equivalentes pré-existentes na nossa ordem jurídica interna. Pense-se, nomeadamente, na desnecessidade de autorização prévia para o exercício da actividade de prestador de serviços da sociedade

² Oliveira Ascensão, embora considere que “(n)ão se cedeu à tentação de regular tudo, que transformaria este diploma básico num regulamento enciclopédico”, oferece as seguintes linhas (não sem algum paradoxo) a propósito de uma solução mais ampla e ambiciosa: “A maneira como estas matérias têm sido reguladas em Portugal, ao sabor de impulsos desencontrados resultantes normalmente de iniciativas comunitárias, é má. / Perde-se o sentido de conjunto. Há porém uma unidade muito sensível no domínio do digital. A sua repartição por vários diplomas (por exemplo, fazendo incluir aspectos relacionados com o Direito de Autor no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos) não só quebra essa unidade como traz problemas de integração nesses diplomas. / Fizemos por isso a proposta de preparação dum Código de Informática, ou lei da informática, que disciplinasse conjuntamente essas matérias. Como logo previmos, a escassez dos prazos comunitários de transposição não permitiu que se avançasse já por este caminho. / Mas não podemos tomar como habitual legislar apenas sob a ameaça da cominação comunitária. É justamente em prazos livres que se deve pensar com mais profundidade nas matérias. A lei da informática permitiria rever, aprofundar e sistematizar os elementos hoje desencontrados. Do cibercrime à privacidade, tudo poderia ser contemplado. / Se se achar que é ir longe de mais, então haverá que pensar numa lei global sobre o comércio electrónico. É preciso conduzir à unidade o mundo negocial digital que anda disperso” (in *O comércio electrónico em Portugal*, cit., pp. 110-1).

³ Vide António Pinto Monteiro, *Do direito do consumo ao código do consumidor*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 1, CDC/FDUC, Coimbra, 1999, pp. 201 ss; Id., *A defesa do consumidor no limiar do século XXI*, *Stvdia Ivridica* 73, *Colloquia* 12, BFDUC, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 35 ss (Separata de *Globalização e Direito*), referindo, como novos domínios normativos de protecção do consumidor, *inter alia*, os “modernos contratos à distância, designadamente os celebrados por via electrónica” (p. 39).

da informação, na delimitação negativa da responsabilidade dos prestadores intermediários e na ausência de um dever geral de vigilância a seu cargo, na exigência de identificação da publicidade em rede, no princípio da liberdade de celebração de contratos por via electrónica e na equiparação da declaração electrónica ao documento escrito, para não falar na colocação em forma de norma da *"rule of reason"* do direito comunitário relativa às restrições à liberdade de prestação de serviços no mercado interno. Com efeito, boa parte destas "regras" pouco ou nada acrescentam.⁴

É certo que, no prisma da directiva, têm o efeito de limitar a liberdade dos Estados-membros, que ficam impedidos, nomeadamente: de sujeitar a autorização prévia o exercício da actividade de prestador de serviços da sociedade da informação (1), de responsabilizar os prestadores nas situações referidas na directiva e de lhes impor um dever geral de vigilância (fundamento de *culpa in vigilando*) (2), de estabelecerem um regime mais favorável em matéria de identificação da "publicidade electrónica" (3), de não reconhecerem a declaração electrónica como meio idóneo de manifestação da vontade e de não aceitarem a sua equiparação ao documento escrito para efeitos de validade formal do negócio (4), e de tentarem neutralizar (ou contornar) no ambiente do comércio electrónico a referida "rule of reason" relativa às restrições da liberdade de prestação de serviços no mercado interno (5).

Além disso, aqui e ali, a directiva concretiza boa parte destes princípios mediante a previsão de critérios especiais para o comércio electrónico, sobretudo no que respeita a *aspectos de procedimento* (por ex., o procedimento a seguir em caso de adopção de providências restritivas à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação e o procedimento de solução extrajudicial de litígios por via electrónica entre prestadores e destinatários dos serviços), dimensão esta que o diploma de transposição acentua inspirado em soluções do direito comparado, como é o procedimento de solução provisória de litígios relativamente à responsabilidade do prestador por serviços de armazenagem principal e de associação de conteúdos. Por essa razão, e talvez sobretudo por razões que se prendem com a criação de um ambiente favorável, em termos de certeza e segurança jurídicas para os agentes interessados no comércio electrónico, se possa justificar a via seguida pelo diploma de transposição. Ao que acresce a definição de um

⁴ Contudo, em certas situações o teor principalmente negativo destes preceitos não deixa de ter implicações no sistema jurídico português. Pense-se, nomeadamente, que os prestadores intermediários, enquanto titulares de suportes publicitários, ficarão expressamente isentos, nas condições previstas, da responsabilidade a que estariam sujeitos, nos termos gerais, pelos prejuízos causados a terceiros em resultado da difusão de mensagens publicitárias ilícitas, segundo o art. 30.º, 1, do Código da Publicidade. Claro que mesmo em relação aos titulares de suportes publicitários tradicionais esta responsabilização era bastante problemática. Pelo que a questão ficará esclarecida, ficando também posta de parte qualquer pretensão de sujeitar estes prestadores aos regimes especiais de responsabilidade previstos, nomeadamente, nas leis da televisão e da imprensa.

regime sancionatório e a previsão de entidades de supervisão, em especial uma entidade de supervisão central do regime estabelecido, a quem são atribuídos amplos poderes sobretudo em matéria de procedimentos de composição provisória de litígios.⁵

Todavia, o aparente minimalismo formal da técnica legislativa do diploma de transposição contrasta com algum «maximalismo» substancial em termos de regime jurídico instituído. «Maximalismo» esse que, em alguns aspectos, poderá comprometer a conformidade das soluções adoptadas com o direito comunitário, sobretudo no domínio da protecção do consumidor, para além de não ser muito sensível ao papel estratégico do direito do consumidor na regulação do comércio electrónico em termos de criação de um ambiente jurídico favorável ao desenvolvimento da economia digital.⁶

Com efeito, em poucos anos, a Internet tornou-se numa autêntica “vitrine internacional”⁷, na qual as empresas expõem e comercializam os seus bens, tornando-se cada cibernauta num “potencial contratante à escala internacional”⁸. Para o crescimento do valor mercantil da Internet concorreram diversos factores, nomeadamente de índole jurídica. Com efeito, tem-se assistido à emergência de um «direito electrónico», *maxime* de “gestação europeia”⁹, que se destina a configurar o sistema normativo no sentido de possibilitar um “ambiente jurídico favorável à confiança” no comércio electrónico.¹⁰

⁵ Vide o nosso *Princípios do comércio electrónico*, cit., p. 109. Trata-se de mais um exemplo da tendência para a «administrativização» do direito da informática, que não deixa de ser problemática. Por exemplo, a «administrativização» do tratamento de dados pessoais não apenas “não é certamente a solução desejável” (J. Oliveira Ascensão, *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Livraria Almedina, Coimbra, 2001, p. 211), como foi já considerada inconstitucional (vide Garcia Marques / Lourenço Martins, *Direito da Informática*, Livraria Almedina, Coimbra, 2000, p. 279 ss). Em matéria de nomes de domínio, não obstante a “nebulosidade da lei” (senão mesmo o seu eloquente silêncio), parece também que se adoptou “uma solução de «administrativização» do conflito entre a FCCN e o seu público (...), que pode ser vista como a manifestação de um indício de apropriação estadual da tarefa”, existindo assim “indícios normativos de que a gestão nacional do domínio de topo .pt é uma *tarefa pública executada pela FCCN*”, no sentido de regular a sua actuação “pelos princípios e pelas regras do direito administrativo geral” (Pedro Gonçalves, *Disciplina administrativa da Internet*, in *Direito da Sociedade da Informação*, V, APDI/FDUL, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 234-5; sobre a questão da natureza dos nomes de domínio veja-se também o nosso *A Jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, LXXVII, Coimbra, 2001, pp. 669-671, em que sustentamos, para efeitos de competência judiciária internacional, a equiparação do registo dos nomes de domínio a um registo público).

⁶ Com efeito, parece que certos aspectos do regime aprovado terão sido motivados pelo entendimento de que “a concorrência em base informática traz para a empresa portuguesa comum uma nova desvantagem” (Oliveira Ascensão, in *O comércio electrónico em Portugal*, cit., p. 7).

⁷ Emilio Tosi, *I problemi giuridici di Internet (dall'e-commerce all'e-business)*, Giuffrè Editore, Milão, 2001, p. 17.

⁸ Paula Costa e Silva, *Transferência electrónica de dados: a formação dos contratos*, in *Direito da Sociedade da Informação*, I, Coimbra Editora, 1999, p. 216.

⁹ Manuel Veiga de Faria, *Nota introdutória*, in *Temas de Direito da Informática e da Internet*, Ordem dos Advogados, Coimbra Editora, 2004, p. 9. Questionamos, aliás, se “a propósito da sociedade da informação (...) o legislador comunitário não está a criar para si uma zona de soberania, esvaziando o poder dos Estados-Membros” (*A Jurisdição na Internet*, cit., p. 637).

¹⁰ Vide o nosso *Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 9. Não obstante de gestação relativamente recente, o direito do comércio electrónico e da Internet é hoje objecto de tratamento especializado em numerosas obras e por muitos autores. Para uma lista não exaustiva, vide, em língua portuguesa: *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação* (Actas do Colóquio organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação), A. Pinto Monteiro (dir.), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1999; *Comunicação e Defesa do Consumidor* (Actas

do Congresso Internacional organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1996; *Direito da Sociedade da Informação*, Volumes I (1999), II (2001), III (2002), IV (2003), V (2004), Faculdade de Direito de Lisboa/Associação Portuguesa do Direito Intelectual, Coimbra Editora, Coimbra; *Num Novo Mundo do Direito de Autor?* (Actas do II Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos), I, II, Edições Cosmos, Lisboa, 1994; *Sociedade da Informação. Estudos Jurídicos* (Seminário organizado pela Associação Portuguesa de Direito Intelectual), Livraria Almedina, Coimbra, 1999; Ascensão, José de Oliveira, *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Livraria Almedina, Coimbra, 2001; Costa, José de Faria, *Direito Penal da Comunicação* (Alguns escritos), Coimbra Editora, Coimbra, 1998; Marques, Garcia e Lourenço Martins, *Direito da Informática*, Livraria Almedina, Coimbra, 2000; Pereira, Joel Timóteo Ramos, *Direito da Internet e Comércio Electrónico*, Quid Juris, Lisboa, 2001; Idem, *Compêndio jurídico da sociedade da informação*, Quid Juris, Lisboa, 2004; Rocha, Manuel Lopes / Macedo, Mário, *Direito no Ciberespaço*, Edições Cosmos, Lisboa, 1996; *As Leis do Comércio Electrónico*, Matosinhos, Centro Atlântico, 2000; Saavedra, Rui, *A Protecção Jurídica do Software e a Internet*, SPA/ Dom Quixote, Lisboa, 1994; Monteiro, J. Sinde, *Assinatura Electrónica e Certificação*, Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 3918, 2001; Frada, Manuel Carneiro da, «*Vinho Novo em Odras Velhos*»? *A responsabilidade civil das «operadoras de Internet» e a doutrina comum da imputação de danos*, Revista da Ordem dos Advogados, 1999, II, p. 665; Leitão, Luís de Menezes, *A Responsabilidade Civil na Internet*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 61, Janeiro 2001; Pereira, Alexandre Dias, *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, BFDUC, Studia Iuridica 55, Coimbra Editora, Coimbra, 2001; Idem, *Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Almedina: Coimbra, 1999, 169 pp. (actualização disponível no site da editora); Idem, *Law & Internet: Regulatory Issues of Electronic Commerce*, Coimbra, 2002/2003; Campos, Diogo Leite de, *A Internet e o Princípio da Territorialidade dos Impostos*, in Revista da Ordem dos Advogados, n.º 58; Almeida, Ana Costa de, *Direito e Internet*, Minerva Coimbra, 2002; Casimiro, Sofia de Vasconcelos, *A Responsabilidade Civil pelo Conteúdo da Informação Transmitida pela Internet*, Almedina, 2002; *O Comércio Electrónico – Estudos Jurídico-Económicos*, AA.VV., Almedina, Coimbra, Fevereiro de 2002; Marques, Ana Margarida / Anjos, Mafalda / Vaz, Sónia, *101 Perguntas e Respostas do Direito da Internet e da Informática*, Centro Atlântico, 2001; Rainha, Paula / Vaz, Sónia, *Guia Jurídico da Internet em Portugal*, Edições Centro Atlântico, 2001; Oliveira, Elsa Dias, *A Protecção dos Consumidores nos Contratos celebrados através da Internet*, Coimbra, Almedina, 2002; Gonçalves, Maria Eduarda, *Direito da Informação - Novos Direitos e Formas de Regulação na Sociedade da Informação*, Coimbra, Almedina, 2003; *As Leis do Comércio Electrónico, Regime jurídico da assinatura digital e da factura electrónica, anotado e comentado*, AA.VV., Edições Centro Atlântico, Matosinhos-Lisboa, 2000; Miguel Almeida Andrade, *Nomes de Domínio na Internet – A regulamentação dos nomes de domínio sob .pt*, CentroAtlântico.pt, Portugal, 2004; Manuel Lopes Rocha / Ana Margarida Marques / André Lencastre Bernardo, *Guia da Lei do Comércio Electrónico*, CentroAtlântico.pt, Portugal, 2004; A.G. Lourenço Martins / J. A. Garcia Marques / Pedro Simões Dias, *Cyberlaw em Portugal – O Direito das tecnologias da informação e comunicação*, CentroAtlântico.pt, Portugal, 2004. Para bibliografia em outras línguas vide, nomeadamente: Chris Reed, *Internet Law (Text and Materials)*, 2. ed., London: Butterworths, 2003; Kenneth Creech, *Electronic Media Law and Regulation*, 4th ed., Oxford; Boston: Focal Press, 2003; Markus Kohler / Hans-Wolfgang Arndt, *Recht des Internet*, 4. Aufl., Heidelberg: C.F. Muller Verlag, 2003; Kroger, Detlef, *Casebook Internetrecht: Rechtsprechung zum Internetrecht*, Berlin: Springer, 2003; *Internet Law and Regulation*, Graham J.H. Smith (ed.), 3rd. ed., London: Sweet & Maxwell, 2002; Christiane Feral-Schuhl, *Cyberdroit: le droit a l'épreuve de l'internet*, 3^{me} ed., Paris: Dunod: Dalloz, 2002; Mihaly Ficsor, *The law of copyright and the Internet: the 1996 WIPO treaties, their interpretation and implementation*, Oxford: Oxford University Press, 2002; Michael Chissick / Alistair Kelman, *Electronic Commerce: Law and Practice*, 3rd ed., London: Sweet & Maxwell, 2002; José A. Gómez Segade (dir.), *Comercio electrónico en Internet*, Madrid, 2001; *Le commerce électronique européen sur les rails? Analyse et proposition de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Bruxelles, 2001; T. Hoeren, *Grundzüge des Internetrechts*, 2.^a ed., München, 2002; G. Cassano (a cura di), *Internet – Nuovi problemi e questioni controverse*, Milano, 2001; Pedro de Miguel Ascensio, *Derecho Privado de Internet*, 2.^a ed., Madrid, 2001; M. Lemley / P. Samuelson, *Software and Internet Law*, 2nd ed., 2003; *Internet and E-Commerce Law: Cases and Materials*, A. Fitzgerald / B. Fitzgerald (eds.), 2002; Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, 2000; Bensoussan (dir.), *Internet, aspects juridiques*, 1996; Lehmann (Hrsg.), *Internet- und Multimediarecht*, 1997; Sédallian, *Droit de l'Internet*, 1997; Piette-Coudol / Bertrand, *Internet et la loi*, 1997; K. Boele-Woelki/C. Kessedjian (eds.), *Internet: Which Court Decides? Which Law Applies?*, Kluwer, 1998; Hoeren, *Rechtsfragen des Internet*, 1998; T. Ballarino, *Internet nel mondo della legge*, Padova, Cedam, 1998; J. Ribas Alejandro, *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet*, Aranzadi, 1999; N. Härtling, *Internetrecht*, Köln, O. Schmidt, 1999; L. Evans and C. Waelde (eds), *Law & the Internet: A Framework for Electronic Commerce*, Hart Publishing, 2000; C. Heath/A.K. Sanders (eds.), *Intellectual Property in the Digital Age: Challenges for Asia*, Kluwer, 2001; Spindler / Börner (eds.), *E-Commerce Law in Europe and the USA*, Springer, 2002; Georgios Gounalakis / Lars Rhode, *Personlichkeitsschutz im Internet: Grundlagen und Online-Spezifika*, Munchen: Verlag C.H. Beck, 2002; *Rechts-Handbuch zum E-Commerce*, (Hrsg.) Hans-Werner Moritz / Thomas Dreier, Köln: O. Schmidt, 2002; Lawrence Lessig, *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world*, New York : Vintage Books, 2002; Brian Fitzgerald / Anne Fitzgerald, *Cyberlaw: cases and materials on the internet, digital intellectual property and electronic commerce*, Chatswood, NSW: LexisNexis Butterworths, 2002; *Selected legal issues of e-commerce*, (eds.) Toshiyuki Kono / Christoph G. Paulus / Harry Rajak, The Hague; Boston: Kluwer Law International, 2002; Raymond S.R. Ku, Michele A. Farber, Arthur J. Cockfield, *Cyberspace law: cases and*

Todavia, não é seguro que certas soluções do diploma de transposição tenham contribuído para promover o comércio electrónico, o qual depende não apenas dos consumidores mas também das empresas, que normalmente equacionam os custos e riscos de transacção ao nível das suas opções de investimento, sobretudo num cenário de pós “rebetamento da bolha” da economia digital. É certo que “a pretensão que as regras “terrestres” serviam tal qual para o ciberespaço não pode deixar de ser considerada falaciosa”.¹¹ Pelo que se impunha (e impõe) a transposição das directivas de harmonização, cuja aprovação não obedece apenas certamente a critérios de produtividade das instâncias comunitárias. Não obstante, é bastante duvidoso que alguns dos preceitos adoptados sirvam para promover o comércio no ciberespaço.

§ 2. Aspectos específicos da negociação electrónica

O diploma de transposição, na sequência da directiva comunitária sobre comércio electrónico, consagrou o princípio da liberdade de celebração de contratos por meios electrónicos (art. 25.º). Assim, a declaração electrónica é reconhecida como meio idóneo de manifestação da vontade¹², ainda que com limites, pois são excepcionados, tal como

materials, New York: Aspen Law & Business, 2002; Andre Lucas / Jean Deveze / Jean Frayssinet, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, Paris: Presses universitaires de France, 2001; *Law and the internet: a framework for electronic commerce*, 2nd ed., Lilian Edwards / Charlotte Waelde (eds.), Oxford: Portland: Hart, 2000; *Transnational cyberspace law*, (ed.) Makoto Ibusuki, Oxford: Hart, 2000; Markus Kohler / Hans-Wolfgang Arndt, *Recht des Internet*, 2. vollig neubearbeitete und erw. Auf., Heidelberg: C.F. Muller Verlag, 2000; Pierre Breese, *Guide juridique de l'internet et du commerce électronique* (col. de Gautier Kaufman; pref de Jean-Jacques Martin), Paris: Vuibert, 2000; Terry R. Broderick, *Regulation of information technology in the European Union*, London; Boston: Kluwer Law International, 2000; Andre Bertrand / Thierry Piette-Coudol, *Internet et le droit*, 2^{ème} ed. mise a jour, Paris: PUF, 2000; L.J.H.F. Garzaniti, *Telecommunications, broadcasting, and the Internet: E.U. competition law and regulation*, London: Sweet & Maxwell, 2000; John Dickie, *Internet and electronic commerce law in the European Union*, Oxford; Hart, 1999; Susan Singleton / Simon Halberstam, *Business, the internet and the law*, Croydon: Tolley, 1999; Patrick G. Mayer, *Das Internet im öffentlichen Recht: unter Berücksichtigung europarechtlicher und völkerrechtlicher Vorgaben*, Berlin: Duncker & Humblot, 1999; Denis Kelleher / Karen Murray, *IT law in the European Union*, London: Sweet & Maxwell, 1999; Carsten Intveen, *Internationales Urheberrecht und Internet: zur Frage des anzuwendenden Urheberrechts bei grenzüberschreitenden Datenübertragungen*, Baden-Baden: Nomos, 1999; Thorsten Finke, *Die strafrechtliche Verantwortung von Internet-Providern*, Tübingen: Medien Verlag Kohler, 1998; *Copyright in the new digital environment: the need to redesign copyright*, (eds.) Irini A. Stamatoudi / Paul L.C. Torremans, London: Sweet & Maxwell, 2000; *Primer on Electronic Commerce and Intellectual Property Issues*, WIPO, 2000; *Commerce électronique et propriétés intellectuelles* / Colloque organise par l'Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri Desbois, Paris, 7 novembre 2000, Paris: Librairies Techniques, 2001; *Copyright and electronic commerce: legal aspects of electronic copyright management*, (ed.) P. Bernt Hugenholtz, The Hague; London: Kluwer Law, 2000; *The Internet and authors' rights*, (ed.) Frederic Pollaud-Dulian, London: Sweet & Maxwell, 1999; *Intellectual property law in cyberspace*, G. Peter Albert, Jr. and Laff, Whitesel & Saret, Ltd., Washington, D.C.: Bureau of National Affairs, 1999; *Intellectual property and information law: essays in honour of Herman Cohen Jehoram*, (eds.) Jan J.C. Kabel / Gerard J.H.M. Mom, The Hague; Boston: Kluwer Law International, 1998; *International information technology law*, (gen ed.) Dennis Campbell; ed. Susan Cotter, Chichester, West Sussex, England; New York: J. Wiley & Sons, 1997.

¹¹ Oliveira Ascensão, in *O comércio electrónico em Portugal*, cit., p. 115. Especificamente sobre os regimes de responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade da informação, contratação electrónica e solução provisória de litígios e o regime sancionatório, e respectivos enquadramentos, vide *O comércio electrónico em Portugal*, cit., pp. 142 ss, 157 ss, 191 ss, com contribuições individualizadas de Cláudia Trabuço, Susana Larisma e Alexandre Fraga Pires, respectivamente.

¹² Vide Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 2.^a reimp., Almedina, Coimbra, 1966, p. 47.

permitido pela directiva, certos negócios jurídicos, nomeadamente os negócios pessoais familiares (por ex., o casamento ou o testamento).

Por outro lado, é consagrado o princípio da equiparação do documento electrónico ao documento escrito (art. 26.º), o que não significa uma derrogação ao princípio da liberdade de forma dos negócios jurídicos (art. 219.º do Código Civil). Trata-se apenas de considerar que os documentos electrónicos são havidos, reunidas certas condições, como documentos escritos. Pelo que se a lei exigir um documento escrito para a validade ou eficácia do negócio, o documento electrónico satisfará esse requisito.¹³ Aliás, o documento electrónico ao qual seja aposta assinatura electrónica qualificada certificada por entidade acreditada é equiparado ao documento particular autenticado, gozando de força probatória plena (*vide infra*).

Relativamente à perfeição das declarações jurídicas electrónicas, o diploma do comércio electrónico consagrou a regra da teoria da recepção prevista no art. 224.º do Código Civil, no sentido de a declaração se tornar eficaz a partir do momento em que pode ser recebida pelo respectivo destinatário (art. 31.º, 2); de igual modo, consagrou a distinção entre convite a contratar e proposta contratual (art. 32.º).¹⁴ Contudo,

¹³ Miguel Pupo Correia, in *As Leis do Comércio Electrónico, Regime jurídico da assinatura digital e da factura electrónica, anotado e comentado*, Edições Centro Atlântico, Matosinhos - Lisboa, 2000, p. 49 (o “documento não deixa de ser escrito por se encontrar num ecrã”; ou talvez também por se encontrar na memória de um computador).

¹⁴ *Vide*, por todos, Carlos A. da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., 3.ª reimp., Coimbra Editora, Coimbra, 1989, pp. 441 ss. Quanto a saber se a posição do prestador deve ser entendida como simples convite a contratar ou já como proposta contratual, sustenta-se que a “lei portuguesa toma uma posição prudente. Não pretende resolver exhaustivamente a questão, embora coloque o acento na presença na mensagem de todos os elementos necessários à conclusão do contrato. / Daqui resulta que tendencialmente o diploma vê na mensagem negocial contida em rede uma proposta, na ausência de elementos intrínsecos que a degradem a mera solicitação de ofertas. (...) Mas só o desenvolvimento subsequente permitirá esclarecer devidamente o que é necessário para que se considere que a mensagem em rede contém todos os elementos necessários à conclusão do contrato” (Oliveira Ascensão, in *O comércio electrónico em Portugal*, cit., p. 113). Não obstante, nas relações com consumidores parece que o prestador deverá encontrar-se numa situação de oferta ou proposta contratual, ao menos no que respeita aos contratos abrangidos pelo art. 4.º do regime dos contratos à distância. Além disso, o prestador que anuncie os seus bens por correio electrónico terá que respeitar, em nosso entender, os requisitos previstos no art. 23.º do Código da Publicidade (cf. o nosso *Comércio electrónico*, cit., p. 94), colocando-se desse modo, em princípio, numa posição de proposta contratual. De resto, a teoria do simples convite a contratar, ao menos nas relações com consumidores, é contestada na nossa doutrina, entendendo-se que “(n)ão há (...) motivo que sustente aquela orientação, porque a arbitrariedade concedida ao fornecedor significa a desprotecção do público” (José de Oliveira Ascensão, *Contratação electrónica*, in *Direito da Sociedade da Informação*, IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 60).

Note-se que a posição que sustentámos sobre a aplicação do art. 23.º do Código da Publicidade à publicidade por correio electrónico foi contestada por Celso António Serra, *Publicidade ilícita e abusiva na Internet*, in *Direito da Sociedade da Informação*, IV, pp. 539-40, defendendo que a caixa de correio electrónico não poderá entrar no conceito de domicílio (apoiando este entendimento por lhe parecer “muito forçada” a qualificação como publicidade domiciliária da publicidade por correio electrónico, Luís Menezes Leitão, *A distribuição de mensagens de correio electrónico indesejadas (SPAM)*, *Direito da Sociedade da Informação*, IV, cit., p. 210), não obstante o A. considerar “incompreensível” a exclusão do correio electrónico operada pelo art. 1.º, n.º 2, da Lei n.º 6/99, de 27 de Janeiro, sobre publicidade domiciliária (p. 545). Contudo, tendo em conta o pressuposto de que parte - não poder o correio electrónico entrar no conceito de domicílio aqui relevante -, tal deveria ser, afinal, “compreensível”, uma vez que não se trataria, desde logo, de publicidade domiciliária... De resto, o autor apoia-se na opinião de Paulo Mota Pinto, nos termos da qual a publicidade por correio electrónico “não se pode dizer propriamente entregue no domicílio do destinatário”, entendendo porém que os “problemas próprios” que suscita a publicidade por correio electrónico “poderão em certos pontos merecer

relativamente ao momento da conclusão do contrato levanta-se a questão de saber se a aceitação inicial é sempre decisiva, uma vez que nos contratos de consumo exige-se confirmação do destinatário, dada na sequência do aviso de recepção reiterando a ordem emitida (art. 29.º, 5).

Esta exigência de confirmação poderia interpretar-se como sendo uma “mera cautela técnica” destinada a regular a “exactidão das comunicações” ou “assegurar a certeza das comunicações”.¹⁵ Todavia, tal interpretação do valor jurídico da exigência de confirmação

uma resposta semelhante à que vale para a publicidade domiciliária por correspondência ou entregue directamente, e para a publicidade por telefone e telecópia” (*Publicidade domiciliária não desejada (“junk mail”, “junk calls” e “junk faxes”*), BFD 74 (1998), pp. 275 – sustentando, aliás, que, “quando consideramos a publicidade domiciliária como aquela que é entregue no *domicílio* do destinatário não empregamos esta expressão com um sentido técnico-jurídico estrito, adequado apenas à residência particular de consumidores, que sejam, além disso, pessoas singulares. (...) para o efeito de qualificação como publicidade domiciliária, este conceito de *domicílio* é irrelevante” – p. 277), parecendo, nessa medida, confortar a nossa interpretação extensiva do art. 23.º do Código da Publicidade. Note-se, ainda, que, nos termos do art. 22.º, 1, do diploma do comércio electrónico, o envio de comunicações de marketing directo não solicitadas por via de aparelhos de chamada automática, telecópia ou correio electrónico carece de consentimento prévio do destinatário que seja uma pessoa individual. Significa isto que a lei equiparou expressamente o correio electrónico aos aparelhos automáticos de telefone e de telecópia, pelo que sendo estes meios adequados para efectuar “publicidade domiciliária” nos termos da Lei n.º 6/99, parece que a noção de *domicílio* relevante no direito publicitário abrangerá também, agora expressamente, o correio electrónico. De resto, se o correio electrónico fosse já antes de todo irrelevante para a noção de *domicílio* do direito publicitário, então a sua exclusão não faria muito sentido. Pelo contrário, parece-nos que justamente a relevância potencial do correio electrónico para a noção de *domicílio* no direito publicitário terá obrigado à sua exclusão do âmbito de aplicação da referida lei, porventura em atenção aos “problemas próprios” suscitados por este meio de comunicação. Tal não significa, todavia, que a exclusão do correio electrónico da lei da publicidade domiciliária implique, mais ou menos automaticamente, a sua exclusão do regime geral da publicidade domiciliária previsto no Código. Poderia argumentar-se que a lei da publicidade domiciliária terá concretizado a noção de *domicílio* no direito publicitário, no sentido de abranger a publicidade por telefone e por telecópia, mas já não o correio electrónico. Assim, a explicitação desta noção de *domicílio* constante da lei especial deveria ser alargada a todo o direito publicitário, o que teria o efeito de não aplicar o regime do art. 23.º do Código à publicidade por correio electrónico. Esta via interpretativa assenta, porém, em pressupostos que não seguimos. Primeiro, parece fazer depender unicamente do legislador o esclarecimento dos conceitos legais. O intérprete não seria, por isso, mais do que “la bouche de la loi”, na célebre expressão de Montesquieu. Segundo, ou não reconhece que o art. 23.º do Código da Publicidade é uma norma aberta, no sentido de se aplicar a “qualquer meio” de entregar publicidade no *domicílio* do destinatário, ou então nega ao correio electrónico a sua aptidão para o efeito (o que não será razoável, mesmo adoptando uma interpretação muito restritiva de *domicílio*). Terceiro, ao rejeitar-se liminarmente a aplicação do art. 23.º por não se subsumir o correio electrónico à noção (restritiva) de *domicílio* opera-se em termos puramente formais, sem sequer se cuidar de saber se as razões justificativas desta norma procedem também no caso do correio electrónico. Da nossa parte, o juízo de procedência é positivo e por isso defendemos a sua aplicação. E isto por duas razões: ora para proteger os destinatários de publicidade por correio electrónico, ora para salvaguardar o valor da publicidade enquanto importante instrumento de concorrência que por via do *spam* se degrada. Com efeito, a prática do *spam* baseia-se no seu baixo custo, não havendo “restrições ao número de mensagens de correio electrónico que pode ser enviado com a utilização de apenas uma linha telefónica” (L. Menezes Leitão, *Distribuição*, cit., p. 220). Pelo que, a aplicação da referida norma servirá para dar protecção ao destinatário, nomeadamente o consumidor, e impedir a destruição do valor económico da publicidade por correio electrónico, que é um factor importante para que a Internet “se continue a desenvolver como espaço comercial” (Adelaide Menezes Leitão, *Publicidade na Internet*, in *Direito da Sociedade da Informação*, V, cit., 2004, p. 309). Sobre o «spam» v. tb., por ex., T. Hoeren, *Werberecht im Internet am Beispiel der ICC Guidelines on Interactive Marketing Communications*, in M. Lehmann (Hrsg.), *Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw)*, Stuttgart, Schaffer Poeschel, 1997, p. 114.

¹⁵ J. Oliveira Ascensão, *Contratação electrónica*, cit., pp. 58-9. No dizer de Susana Larisma: “Parece seguro afirmar, nesta hipótese, que a confirmação nada traz de novo, com o agravante de tornar mais complexo um processo contratual que se pretende simples” (in *O comércio electrónico em Portugal*, cit., p. 168). Receamos, todavia, ser esta uma das situações em que o regime aprovado traz algo de novo, em contraste aliás com o «minimalismo» formal do diploma. É legítimo não concordar com a regra, cuja conformidade com as exigências do direito comunitário é, aliás, duvidosa. Mas já não será correcto “fazer de conta” que nada acrescenta.

não é unânime¹⁶, para além de indiciar a “fraca confiança do legislador” nos meios electrónicos, porventura justificada pelo défice informativo dos consumidores relativamente ao ambiente cibernético e ao *modus operandi* da Internet.¹⁷ Assim, poderá sustentar-se que tal exigência se justifica por razões de protecção dos consumidores no comércio electrónico, traduzindo-se na introdução de um critério especial relativo ao momento da conclusão dos contratos electrónicos de consumo. O que, de resto, só dará alguma razão ao entendimento de que se trata aqui de “uma forma de contratação que escapa aos cânones clássicos”.¹⁸ Neste sentido, o “esquema simples da proposta-aceitação” seria “substituído por um bem mais complexo, em que haverá nos casos-padrão que passar por uma disponibilização em linha, uma ordem de encomenda, um aviso de recepção e uma confirmação da ordem de encomenda. A análise dirá se tudo isto se reconduz aos quadros da contratação tal como prevista até agora”.¹⁹

A questão do momento da celebração do contrato não é, de resto, uma questão puramente teórica.²⁰ Ao exigir a confirmação da encomenda como requisito da sua definitividade parece a lei estabelecer um critério especial para os contratos electrónicos de consumo. Com efeito, qual será o valor de uma encomenda não confirmada? Poderá o vendedor exigir ao consumidor o cumprimento do contrato nos casos em que este não confirme a encomenda?

Assim como não nos parece que esta exigência “nada traz de novo”, também não consideramos a exigência de confirmação como uma espécie de «direito de arrependimento», que permitiria ao consumidor libertar-se do contrato não confirmando a encomenda. Perante o teor literal da norma relativo à exigência de confirmação, é sustentável que o contrato só se celebra “à segunda” e não logo no momento da aceitação inicial.²¹ Com efeito, não se compreende muito bem como poderá o consumidor ficar vinculado a uma encomenda meramente provisória, a valer em princípio como aceitação. Neste sentido, não apenas o fornecedor não ficaria logo vinculado aos termos apresentados na sua “loja electrónica”, podendo verificar, por ex., as existências de stock ou o crédito do consumidor, como também o consumidor teria ainda a possibilidade de não celebrar o negócio, não confirmando a encomenda. Por outras palavras, a exigência de

¹⁶ Sustentando que “o diploma reclama um *segundo acto, de confirmação*, pelo consumidor. Se este não responder, não se pode considerar o contrato como definitivamente concluído”, Joel Timóteo Ramos Pereira, *Compêndio jurídico da sociedade da informação*, Quid Juris, Lisboa, 2004, p. 429.

¹⁷ Elsa Dias Oliveira, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet – Contributo para uma análise numa perspectiva material e internacionalprivatista*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 131, 67.

¹⁸ J. Oliveira Ascensão, *E Agora? Pesquisa do Futuro Próximo*, in *Estudos sobre Direito da Informática e da Sociedade da Informação*, Almedina, 2001, p. 54.

¹⁹ J. Oliveira Ascensão, in *O comércio electrónico em Portugal*, cit., p. 9.

²⁰ Sobre o relevo normativo do momento da celebração vide, por ex., Carlos Rogel Vide, *En torno al momento y lugar de perfección de los contratos concluidos via Internet*, *Direito da Sociedade da Informação*, II, Coimbra Editora, 2001, p. 60.

²¹ Cfr. o nosso *Princípios do comércio electrónico*, cit., pp. 96-7, 101.

confirmação da encomenda por parte do consumidor traduzir-se-ia numa exigência de «duplo-consenso», um primeiro ainda provisório (para ambas as partes) e um segundo já definitivo.

Não obstante, tendo em conta que a configuração normativa do fornecedor o coloca tipicamente em situação de oferta contratual²² (o que implica a sua vinculação à proposta²³ – art. 230.º, 1, do Código Civil), mais seguro nos parece dizer que se trata antes de uma condição suspensiva de perfeição do contrato, que porém retroage os seus efeitos ao momento da encomenda inicial, salvo se outra for a vontade das partes (art. 276.º do Código Civil).²⁴ Nesta linha de raciocínio, o contrato seria concluído à primeira, ainda que condicionado à confirmação da encomenda. Caso o consumidor não procedesse à confirmação, então não se verificaria a condição de conclusão do negócio, tudo se passando “como se o negócio não tivesse sido concluído. Os efeitos a que tendia o negócio volatilizam-se completamente.”²⁵ De todo o modo, não nos parece que a exigência de confirmação seja uma mera “cautela técnica” que “nada traz de novo”, pelo que não será de todo irrelevante para o problema do momento da celebração do contrato.

Além disso, esta regra especial, que parece fundar-se em razões de protecção do consumidor, pode ser derogada, nos casos em que o bem ou serviço é prestado na

²² Defendendo já esta solução para as tele vendas (incluindo pela Internet) e a sua sujeição ao regime das vendas por correspondência (Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de Julho, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 243/95, de 13 de Setembro, entretanto revogado pelo regime dos contratos à distância aprovado pelo Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril), António Pinto Monteiro, *A protecção do consumidor de serviços de telecomunicações*, in *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, Actas do Colóquio organizado pelo IJC em 23 e 24 de Abril de 1998, coord. A. Pinto Monteiro, IFC/FDUC, Coimbra, 1999, pp. 155-7.

²³ Mas não prejudica, a nosso ver, que o fornecedor aponha uma condição suspensiva à transacção, nos termos da qual fica condicionada à existência em stock ou ao crédito do consumidor.

²⁴ Tratar-se-á de uma condição legal ou *conditio iuris*, i.e., imposta por lei: vide Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, cit., p. 359. Neste caso seria uma condição suspensiva potestativa e arbitrária; enquanto condição legal, será uma condição imprópria, que todavia não impedirá que o negócio jurídico *pendente conditione* produza “efeitos provisórios e preparatórios”, devendo as partes, incluindo o consumidor, actuar segundo os ditames da boa-fé de modo a não frustrarem as legítimas expectativas geradas (vide Mota Pinto, *Teoria Geral*, cit., pp. 556 ss).

²⁵ Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, cit., p. 382. Sem prejuízo, todavia, de eventual responsabilidade pela confiança decorrente de «*culpa in contrahendo*», resultante da violação de deveres impostos pela boa-fé (art. 227.º), que também devem ser observados na pendência da condição (art. 272.º) – quanto a isto, na prática, as diferenças entre o contrato ser celebrado logo no momento da aceitação inicial ou só posteriormente, “à segunda”, com a confirmação da encomenda na sequência do aviso de recepção, poderão ser pouco significativas, pois que, em qualquer dos casos, parece que só será ressarcível o dano contratual negativo pela confiança, resultante da violação dos ditames da boa-fé. Note-se, porém, que tratando-se de condição imprópria (legal), de natureza potestativa e arbitrária, ficará inteiramente ao critério do consumidor confirmar ou não a encomenda, pelo que o risco negocial impende principalmente sobre o fornecedor. De todo o modo, se o consumidor praticar comportamentos abusivos que causem inconvenientes ou incómodos à outra parte, perturbando o regular funcionamento da sua “loja electrónica”, poderá ser responsabilizado nos referidos termos, ou eventualmente por abuso de direito (art. 334.º do Código Civil). Além disso, o contacto negocial que teve com o prestador ao elaborar a encomenda – que todavia não confirmou – será relevante, nomeadamente, para efeitos de licitude de tratamento de dados pessoais e envio de mensagens publicitárias pelo prestador nos termos do art. 22.º, 3, do diploma. A propósito do tratamento de dados pessoais e protecção da privacidade no sector das telecomunicações, note-se que a Lei n.º 69/98, de 28 de Outubro, foi revogada pela Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas.

sequência directa da ordem de encomenda, sem necessidade portanto de confirmação de aceitação (art. 29.º, 2). Nestes casos, típicos do chamado comércio electrónico directo, o contrato deve considerar-se incondicionalmente concluído logo no momento da aceitação inicial da proposta, representando a prestação do bem já o cumprimento do contrato²⁶, salvo tratando-se de contrato real *quoad constitutionem* (por ex., depósito de programa de computador), em que o contrato se celebra no momento da entrega do bem.²⁷ Com efeito, o negócio jurídico electrónico apresenta certas especificidades, no que respeita aos contratos reais.²⁸ Quanto aos contratos reais *quoad effectum*, é de destacar que o documento electrónico não substitui a escritura pública, quando esta seja exigida para a validade do negócio. É o que sucede, nomeadamente, no contrato de compra e venda de bens imóveis. Ademais, quanto aos contratos reais *quoad constitutionem*, (ainda) não é possível a entrega electrónica de bens corpóreos, pelo que esses contratos (por ex., comodato) não se poderão constituir por via electrónica quanto tenham bens corpóreos por objecto. Todavia, se o bem for incorpóreo, já é de admitir essa possibilidade (por ex., depósito de software por via electrónica).

§ 3. Assinatura electrónica, certificação e acreditação

Aspecto importante na negociação electrónica é a aposição de assinaturas nos documentos electrónicos.²⁹ Estas assinaturas podem (e, para certos efeitos, devem) ser

²⁶ Para uma crítica à solução inicialmente proposta para o momento da celebração do contrato, veja-se o nosso *Programas de computador, sistemas informáticos e comunicações electrónicas*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1999, III, p. 977 (notando que, segundo essa proposta inicial, em certas circunstâncias, “o contrato só se consideraria celebrado no momento da prestação do serviço”, pelo que se o destinatário “tivesse já pago electronicamente o serviço, estaria a realizar uma prestação relativa a contrato futuro, o qual só se celebraria com a prestação em linha do serviço”).

²⁷ O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para os contratos celebrados exclusivamente por correio electrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente (art. 30.º). Quer esta situação quer aquela da negociação directa mediante páginas da Internet distinguem-se da contratação automatizada, isto é, sem intervenção humana. Ambas fazem parte da contratação electrónica, ali em sentido estrito aqui já em sentido amplo, pois que não apenas está em causa a manifestação das declarações de vontade mas também já a sua produção (cfr. Paula Costa e Silva, *Contratação automatizada*, in *Direito da Sociedade da Informação*, IV, cit., 2003, pp. 289-90). Para as situações de contratação automatizada, a lei do comércio electrónico dispõe (art. 33.º) a aplicação das regras do erro na formação da vontade em caso de erro de programação (1), do erro na declaração em caso de defeito de funcionamento da máquina (2), e do erro transmissão em caso de a mensagem chegar deformada ao seu destino (3). Note-se, porém, que na aquisição de bens através de páginas da Internet o contrato electrónico pode ser unilateralmente automatizado, sobretudo da parte do fornecedor. Vale isto por dizer que a contratação automatizada significa a emissão automatizada de declarações de vontade, podendo ser unilateral ou até bilateral. Nestas situações, “o computador irá conformar a declaração” segundo “as instruções pré-ordenadas”, o que todavia não parece que deva ser entendido como o “abandono da doutrina da vontade” (António Pinto Monteiro, *A responsabilidade civil na negociação informática*, in *Direito da Sociedade da Informação*, I, Coimbra Editora, 1999, p. 233).

²⁸ Para uma distinção entre contratos reais *quoad effectum* e *quoad constitutionem*, vide, por todos, Mota Pinto, *Teoria geral*, cit., pp. 400, em nota.

²⁹ A utilização do termo assinatura é susceptível de contestação. Em especial, a função declarativa da assinatura autografa mediante assunção da paternidade do documento assinado não se atribuiria a uma característica física do signatário, mas antes à titularidade de um mecanismo tecnológico. Por isso, quando muito em sentido “metafórico” seria correcto utilizar o termo assinatura (cfr. Giusella Finocchiaro, *Firma digitale e firme elettronica. Il quadro normativo italiano dopo il d. Legisl. 10/2002*, in *Contratto e Impresa*, 2/2002, p. 854, com mais referências). Este entendimento não é, porém, isento de reparos. Basta pensar que

certificadas por empresas. Mas o que são as empresas de certificação? E que relação têm com as assinaturas? Deixaremos um brevíssimo apontamento sobre o regime legal da assinatura electrónica e sua certificação e, seguidamente, consideraremos um grupo de casos – a promessa electrónica (obrigacional) de compra e venda de imóvel -, em que se manifesta mais um exemplo do «maximalismo» substancial do regime do comércio electrónico.

No direito português, o regime das assinaturas electrónicas³⁰ regula o reconhecimento e o valor jurídico dos documentos electrónicos e das assinaturas electrónicas, atribui o controlo da actividade de certificação de assinaturas a uma entidade pública, e define os poderes e procedimentos, bem como as condições de credenciação da actividade e os direitos e os deveres das entidades certificadoras. Em especial, o diploma não sujeita a autorização administrativa prévia a actividade de certificação de assinaturas electrónicas, embora preveja um sistema voluntário de credenciação e fiscalização das entidades

uma das espécies de assinatura electrónica é a impressão digital ou a retina, justamente características físicas do signatário.

³⁰ Decreto-Lei 290-D/99, de 2 de Agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril, que transpõe a Directiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas, e pelo Decreto-Lei n.º 165/2004, de 6 de Julho, e regulamentado pelo Decreto-Regulamentar n.º 25/2004, de 15 de Julho. No essencial, as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril, destinam-se a colocar o diploma interno em conformidade com a directiva das assinaturas electrónicas (sobre a divergência anterior, *vide* Jorge de Sinde Monteiro, *Direito Privado Europeu – Assinatura Electrónica e Certificação (A Directiva 1999/93/CE e o Decreto – Lei n.º 290 – D/99, de 2 de Agosto)*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3918, 2001, pg. 262 ss; sobre a Directiva v. tb., por ex., Éric Caprioli, *La directive européenne n° 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques*, *Gaz. Pal.* 29-31/2000, p. 5 ss). A directiva sobre assinatura electrónica segue uma “abordagem tecnologicamente neutra, que se articula em dois níveis de assinatura electrónica”, simples e avançada, se bem que esta última corresponda fundamentalmente, face ao estado actual da tecnologia, à assinatura digital (cfr., por ex., P. Van Eecke / J. Dumortier, *A Common Legal Framework for Electronic Signatures within the European Union, Electronic Commerce & Law Report*, 1999, pp. 1201 e 1204; Giusella Finocchiaro, *Firma digitale e firme elettronica. Il quadro normativo italiano dopo il d. Legisl. 10/2002*, in *Contratto e Impresa*, 2/2002, p. 868). Por essa razão, embora a nossa lei interna refira ainda a noção de assinatura electrónica qualificada à assinatura digital, admite como tal “outra modalidade de assinatura electrónica avançada que satisfaça exigências de segurança idênticas às da assinatura digital baseadas num certificado qualificado e criadas através de um dispositivo seguro de criação de assinatura” (art. 2.º-g). Em todo o caso, as anteriores referências à assinatura digital são substituídas por referências às assinaturas electrónicas avançadas e qualificadas; de igual modo, as referências às chaves públicas e privadas são substituídas pelas expressões “dados de criação de assinatura” e “dados de verificação de assinatura” (ver, por exemplo, arts. 3.º, 2, 6.º, e 7.º, 1). Além disso, são introduzidas novas definições no art. 2.º de acordo com o glossário da directiva (por ex., dispositivo de criação de assinaturas e dispositivo seguro de criação de assinaturas). Depois, aos organismos de certificação é atribuída a certificação e avaliação de conformidade dos produtos de assinatura electrónica utilizados na prestação de serviços de assinaturas electrónicas qualificadas pela entidade de certificação (art. 37.º). Por outro lado, é estabelecido um registo meramente declarativo junto da autoridade credenciadora relativamente às entidades de certificação que emitam certificados qualificados em ordem a assegurar um melhor e mais amplo controlo destas entidades pela autoridade credenciadora, pelos titulares de certificados e terceiros (art. 9.º, 2). Ademais, os deveres das entidades de certificação que emitem certificados qualificados são reforçados de modo a cumprir o anexo II da directiva (veja-se o art. 24.º relativo aos deveres da entidade certificadora que emite certificados qualificados). Alterados são também os deveres de informação à autoridade credenciadora das entidades de certificação que emitem certificados qualificados (art. 32.º), sendo de notar em especial que as entidades estão sujeitas a auditoria por um auditor de segurança que está sujeito a certos requisitos e deve elaborar um relatório à autoridade credenciadora (art. 33.º). Finalmente, de referir ainda, por exemplo, que as disposições relativas aos certificados provenientes de outros Estados-Membros são alteradas de modo a assegurar a livre circulação de produtos de assinaturas digitais no mercado interno na medida em que obedeçam aos requisitos da directiva (art. 38.º).

certificadoras por uma autoridade competente, em ordem a controlar as suas condições de idoneidade e segurança.

Assim, por um lado, relativamente à validade das assinaturas electrónicas, quem utilizar uma assinatura electrónica para provar que assinou um documento electrónico poderá ver atribuído a essa assinatura o mesmo valor legal que uma assinatura manuscrita consoante a assinatura electrónica que se use. Com efeito, para que se verifique essa equiparação é necessário, em primeiro lugar, que se utilize uma assinatura electrónica qualificada (art. 7.º), isto é, um processo de assinatura electrónica baseado num sistema criptográfico de algoritmos pelo qual um par de chaves (uma pública e uma privada) é gerado (art. 2.º, c). Segundo, essa assinatura electrónica qualificada deve ser baseada num certificado válido emitido por uma entidade de certificação acreditada pela autoridade credenciadora (art. 7.º, 4); ademais, o documento electrónico assim assinado é munido de força probatória plena (art. 3.º, 2).

Por outro lado, no que toca às certificadoras electrónicas, o regime dos prestadores de serviços de certificação assenta no princípio da liberdade de acesso e acreditação (ou credenciação) voluntária (art. 9.º). A autoridade credenciadora prevista no art. 40.º é o ITIJ (Instituto das Tecnologias da Informação na Justiça)³¹, o qual é assistido por um organismo de natureza consultiva, o Conselho Técnico de Credenciação.³²

A concessão de credenciação a entidades de certificação depende da satisfação de um conjunto de requisitos (art. 12.º), nomeadamente: 1.º dispor de meios financeiros e de capital social adequados, no valor mínimo de 200.000,00 euros; 2.º prestar garantias de absoluta integridade e independência no exercício da actividade de certificação, exigindo-se nomeadamente que os membros dos órgãos de administração sejam pessoas de reconhecida idoneidade nos termos do art. 15.º; 3.º dispor de recursos humanos e técnicos adequados, incluindo um auditor de segurança (art. 16.º); 4.º manter um contrato de seguro válido para cobertura adequada da responsabilidade civil emergente da actividade de certificação, cujas características são definidas por Portaria do Ministro das Finanças (art. 17.º).³³

De modo a tomar uma decisão, o ITIJ (autoridade credenciadora) poderá pedir informações complementares e proceder às averiguações que entender necessárias para o efeito. A decisão será comunicada à entidade de certificação dentro de 3 meses após a recepção do pedido de acreditação, e incluirá a emissão do certificado de chaves a ser usado pela entidade certificadora na emissão de certificados. Além disso, deverá ser

³¹ O Instituto das Tecnologias da Informação na Justiça (ITIJ) foi designado autoridade credenciadora (DL 146/2000, de 18 de Julho, art. 18.º, 3-j, DL 234/2000, de 25 de Setembro, art. 1.º).

³² Decreto-Lei 234/2000, de 25 de Setembro.

³³ Ver Portaria n.º 1370/2000, de 12 de Setembro.

comunicada às competentes autoridades de supervisão dos Estados-Membros da União Europeia (art. 17.º, 1, 2 e 5).

Em certas circunstâncias, a acreditação poderá ser recusada (art. 18), caducar (art. 19.º) ou ser revogada (arts. 20.º e 21.º). Por outro lado, as alterações da estrutura subjectiva da entidade certificadora devem ser comunicadas ao ITIJ (art. 22.º) e o registo das pessoas com acesso aos meios de certificação deve ser-lhe solicitado no prazo de quinze dias (art. 23.º).

No exercício da sua actividade, a entidade de certificação deve cumprir certos deveres previstos no art. 24.º, nomeadamente proceder à publicação imediata da revogação ou suspensão dos certificados (al. p)³⁴. A entidade de certificação responde civilmente pelos danos sofridos pelos titulares dos certificados e quaisquer terceiros em consequência do incumprimento culposo dos seus deveres legais, sendo nulas as convenções de exoneração e limitação dessa responsabilidade (art. 26.º).

O diploma da assinatura electrónica regula ainda os certificados no que respeita à sua emissão (art. 28.º), conteúdo dos certificados qualificados (art. 29.º), sua suspensão e revogação (art. 30.º), bem como as obrigações do seu titular (art. 31.º). Um outro aspecto de regime a considerar é o facto de as assinaturas electrónicas qualificadas certificadas por entidade credenciada em outro Estado-membro serem equiparadas às assinaturas electrónicas qualificadas certificadas de acordo com a lei portuguesa (art. 38.º, 1).

§ 4. Imobiliárias electrónicas, notários e certificadores

Nos contratos-promessa de celebração de contrato oneroso de transmissão ou constituição de direito real sobre edifício, ou fracção autónoma dele, já construído, em construção ou a construir, a lei exige documento assinado pela parte que se vincula ou por ambas, consoante o contrato-promessa seja unilateral ou bilateral, e reconhecimento presencial das assinaturas do promitente ou promitentes bem como a certificação, pelo notário, da existência da respectiva licença de utilização ou de construção (Código Civil, art. 410.º, 1, 2 e 3).

Suponha-se que uma empresa imobiliária tem um site na Internet, que disponibiliza informação sobre edifícios (e fracções autónomas) com demonstrações multi-media e, além disso, permite a celebração por via electrónica de contratos de arrendamento e de

³⁴ A relação entre a autoridade credenciadora e as entidades de certificação pode ser caracterizada como de *full disclosure*. Para começar, o certificador deve cumprir certos deveres de informação de modo a que o acreditador possa supervisionar a sua actividade (art. 32.º). Depois, os revisores oficiais de conta e os auditores externos devem comunicar à autoridade credenciadora infracções graves que detectem no exercício das suas funções (art. 34.º). Finalmente, é exigida a participação da autoridade de credenciação no processo de cessação da actividade da certificadora. Por exemplo, no caso de esta pretender cessar voluntariamente a sua actividade, deverá comunicar tal propósito à autoridade credenciadora com a antecipação mínima de 3 meses (art. 27.º, 1).

contratos-promessa de compra e venda relativos a esses imóveis.³⁵ Serão tais contratos válidos e providos de força probatória?

Relativamente ao arrendamento, a questão parece resolvida pelo diploma do comércio electrónico, que expressamente não exclui o arrendamento do princípio da liberdade de celebração de contratos por meios electrónicos (art. 25.º, 1-c). Valerá a mesma solução para as promessas de compra e venda, ainda que meramente obrigacionais? Vejamos.

Para começar, o direito privado português rege-se pelo princípio da liberdade de forma no que respeita à validade (formal) da declaração negocial (art. 219.º CC). Todavia, em certos casos, a lei prevê excepções a este princípio, exigindo documento escrito para a validade do contrato.³⁶ Além disso, “quando a lei exigir, como forma da declaração negocial, documento autêntico, autenticado ou particular não pode este ser substituído por outro meio de prova ou por outro documento que não seja de força probatória superior” (Código Civil, art. 364º, 1).³⁷

Ora, no caso em consideração a lei exige documento escrito assinado com reconhecimento presencial das assinaturas. Levantam-se aqui três questões. Primeira, o documento electrónico vale como documento escrito? Segunda, qual é o seu valor probatório? Terceira, se o valor probatório do documento electrónico for equivalente ao documento com reconhecimento presencial das assinaturas poderá a certificação do primeiro substituir ou tornar dispensável o reconhecimento presencial no segundo, entendendo-se que se trata apenas de uma formalidade *ad probationem* que não *ad substantiam*?³⁸

A este respeito importa considerar, em primeiro lugar, que a directiva sobre comércio electrónico obriga os Estados-Membros a configurarem os respectivos sistemas legais de modo a que o regime dos contratos respeite o princípio da liberdade de celebração de contratos por meios electrónicos³⁹. Assim, em princípio, é retirada aos Estados-membros a

³⁵ Debateremos esta hipótese de trabalho na comunicação apresentada na Conferência “O Papel do Notário na Prevenção de Litígios e Defesa dos Direitos dos Consumidores”, realizada no dia 28 de Março de 2003 no Auditório da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, sob organização da Associação Portuguesa de Notários. Vide o nosso *Notários, certificadores e comércio electrónico*, in *Estudos Multidisciplinares sobre Integração*, Fabio Luiz Gomes (Org.), Lúmen Júris Editora, Rio de Janeiro, 2004, pp. 5-21.

³⁶ A sanção geral para a inobservância da exigência legal de forma é a nulidade (Código Civil, art. 220.º).

³⁷ Porém, se resultar claramente da lei que o documento é exigido apenas para prova da declaração, pode ser substituído por confissão expressa, judicial ou extrajudicial, contanto que, neste último caso, a confissão conste de documento de igual ou superior valor probatório (art. 364º, 2, CC).

³⁸ Sobre a distinção entre formalidades *ad substantiam* e formalidades *ad probationem* vide, por todos, Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, cit., p. 145 ss; Mota Pinto, *Teoria Geral*, cit., p. 435.

³⁹ Esta prescrição do direito comunitário respeita apenas aos requisitos legais, já não “aos obstáculos práticos resultantes da impossibilidade de utilizar meios electrónicos em determinados casos” (cons. 37). Mas não é de todo juridicamente irrelevante, já que os contratos reais *quoad constitutionem* se consideram apenas celebrados com a realização de um modo que se traduz na entrega da coisa. E as coisas corpóreas não podem, pelo menos por enquanto, ser entregues por via electrónica. Já quanto às coisas incorpóreas sustentamos entendimento diverso, apesar de a orientação comunitária considerar que se trata apenas e ainda de actos de prestação de serviços. Por exemplo, um programa de computador é uma coisa incorpórea que pode ser entregue em linha por via electrónica, não mudando a sua natureza em virtude da transmissão electrónica

possibilidade de prescreverem a invalidade ou ineficácia dos contratos, em razão de serem celebrados por meios electrónicos (art. 9.º, 1).⁴⁰

Todavia, a directiva permite que os Estados-membros consagrem derrogações ao princípio da liberdade de celebração de contratos por meios electrónicos relativamente a todas ou algumas das seguintes categorias contratuais: a) contratos que criem ou transfiram direitos sobre bens imóveis, com excepção de direitos de arrendamento⁴¹; b) contratos que exijam por lei a intervenção de tribunais, entidades públicas ou profissões

(para desenvolvimentos sobre esta questão, *vide* o nosso *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, Stvdia Ivridica 55, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 591-9, nota 995 – no domínio dos direitos de autor na «sociedade da informação», refira-se, a talho de foice, que a Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto, transpôs para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação (alterando diversos artigos do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) e aditando-lhe o título VI, com a epígrafe «Protecção das medidas de carácter tecnológico e das informações para a gestão electrónica dos direitos»; esta Lei alterou também a Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro, que regula o disposto no artigo 82.º do CDADC). Por outras palavras, o *software*, enquanto coisa incorpórea, não se transforma em serviço por ser entregue em linha por meios electrónicos, assim como não se converte em produto por ser entregue num suporte material (por ex., disquete ou CD). O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para as outras coisas incorpóreas. Pelo que se a lei circunscreve um determinado regime aos bens móveis corpóreos (por ex., a responsabilidade do produtor) a sua aplicação às coisas incorpóreas (por ex., um programa de computador) estará em princípio vedada (cf., porém, Dário Moura Vicente, *Comércio electrónico e responsabilidade empresarial*, in *Direito da Sociedade da Informação*, IV, cit., pp. 251-2). Será por isso necessário apurar mais cautelosamente as razões justificativas desse regime e aferir da sua procedência para as coisas incorpóreas, de modo a que se justifique a emenda à restrição legal, ao invés de se seguir uma argumentação puramente conceptual. Além disso, deverá ter-se em conta que a aplicação de um tal regime poderá colidir com valores fundamentais inerentes às coisas incorpóreas. Pense-se, por exemplo, no que seria a subordinação da liberdade de criação e difusão literária, artística e científica a um regime de responsabilidade do produtor, responsabilizando-se o editor não apenas por *culpa in vigilando*, mas também pelos “defeitos” das obras ao nível das suas ideias e concepções em termos de não ser segura a sua utilização pelo público. Para além de protecção económica (do consumidor, claro está, enquanto agente económico), serviria tal lei, com proveito, o protecção político e cultural. Sendo certo que muito do que hoje é criativo exprime-se em software, através das artes digitais. Claro que o software é um caso muito problemático, em razão da sua «natureza híbrida». Mas o mesmo vale para as obras literárias em geral: tanto há livros de poesia, como manuais técnicos de instruções. Onde traçar a linha? Caso a caso, claro está. Assim como há software e software, também há livros e livros. Não deixam ambos de ser coisas incorpóreas. E também não é por isso que devem ser automaticamente excluídos ou incluídos em regimes cujo âmbito de aplicação literalmente não os abrange. De todo o modo, da nossa parte, há muito que colocamos reservas à aplicação do regime da responsabilidade (objectiva) do produtor ao software, enquanto tal – bem como às demais coisas incorpóreas -, não obstante reconhecermos a sua «natureza híbrida» (cf. *Contratos de software*, in A. Pinto Monteiro, *Direito dos Contratos e da Publicidade (Textos de apoio aos alunos do Curso de Direito da Comunicação no ano lectivo 1995/1996)*, Coimbra, 1996). Não significa isto recusar liminarmente tal possibilidade, antes apenas formular uma posição de princípio. De resto, sendo a questão muito problemática, não deixa de ser significativo que o legislador, por via de imposição comunitária, altere a lei para incluir os produtos da caça, mas já nada diga a propósito das coisas incorpóreas, nomeadamente o *software*.

⁴⁰ Este princípio vale não apenas para a celebração dos contratos mas também para todas as fases do *iter* contratual, isto é, todas as etapas e actos necessário ao processo contratual, de modo a remover sistematicamente todos os requisitos legais, nomeadamente de forma, susceptíveis de dificultar o recurso a contratos por via electrónica e a tornar exequíveis os contratos celebrados por via electrónica (cons. 34). Por outro lado, a consagração da liberdade de celebração de contratos por via electrónica deverá ser realizada “de acordo com as exigências legais aplicáveis aos contratos consagradas no direito comunitário” (cons. 38). Pense-se, nomeadamente, nas exigências em matéria de cláusulas abusivas e contratos à distância.

⁴¹ Não nos parece que a directiva tenha tomado posição sobre a questão da natureza jurídica do arrendamento. Claro que se fosse óbvio que os direitos de arrendamento não são direitos reais então não seria necessário excluí-los da derrogação. Mas sempre se poderá dizer que a directiva pretendeu justamente excluir os direitos de arrendamento dos direitos reais imobiliários, exceptando-os da derrogação e não considerando o arrendamento um contrato real *quoad effectum*, por não se tratar de negócio constitutivo de direitos reais imobiliários. Sobre o problema da natureza jurídica do arrendamento *vide*, por todos, Manuel Henrique Mesquita, *Obrigações reais e ónus reais*, Almedina, Coimbra, 1990.

que exercem poderes públicos⁴²; c) contratos de caução e garantias prestadas por pessoas agindo para fins exteriores à sua actividade comercial, empresarial ou profissional; d) contratos regidos pelo direito de família ou pelo direito sucessório (art. 9.º, 2).

Em face disto, parece que a validade do contrato-promessa em análise não poderia ser prejudicada pelo facto de ter sido celebrado por meios electrónicos.⁴³ Porém, como referimos em nota, o considerando 36 da directiva parece ainda acrescentar às excepções permitidas “os contratos legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais” (36, *in fine*). Isto levanta várias questões. Desde logo, qual é o valor normativo dos considerandos da directiva? A nosso ver poderão ter importância em sede de interpretação dos preceitos consagrados, mas não são, enquanto tais, disposições do acto comunitário. Depois, importa ainda esclarecer se a sujeição legal a reconhecimento ou autenticação notariais surge aqui enquanto requisito de validade do negócio ou antes apenas como sua condição de eficácia probatória, retomando-se a distinção entre formalidades *ad substantiam* e formalidades *ad probationem*.

A este propósito cumpre referir que a lei interna do comércio electrónico plasma o referido princípio da liberdade de celebração de contratos por via electrónica, impedindo que a sua validade ou eficácia “seja prejudicada pela utilização deste meio” (art. 25.º, 1). Em derrogação ao princípio, o diploma acolhe todas as excepções permitidas pela directiva e estabelece em forma de lei as explicitações constantes do considerando 36 no que respeita aos contratos que exijam a intervenção de tribunais, entes públicos ou outros entes que exercem poderes públicos, nomeadamente quando aquela intervenção condicione a produção de efeitos em relação a terceiros, e ainda os negócios legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais (art. 25.º, 2-b).⁴⁴ Isto é, a lei interna fez norma do considerando da directiva. Significa isto que a promessa de compra e venda de imóvel não pode ser concluída por meios electrónicos?

Com efeito, poderia sustentar-se que o contrato-promessa de que cuidamos não pode ser celebrado por via electrónica, uma vez que se exige reconhecimento presencial das assinaturas do promitente ou promitentes e a certificação, pelo notário, da existência da respectiva licença de utilização ou de construção. Todavia, o acerto dessa posição é

⁴² “Para que possam produzir efeitos em relação a terceiros”, acrescenta o considerando 36, que ressalva ainda expressamente “os contratos legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais” (*in fine*). Note-se, porém, que a directiva sobre comércio electrónico não é aplicável às actividades dos notários ou profissões equivalentes, na medida em que se encontrem directa e especificamente ligadas ao exercício de poderes públicos, embora se reconheça que são do âmbito dos serviços da sociedade da informação (art. 1.º, 5-d, 2º trav.), parecendo assim abrir a porta ao notariado electrónico.

⁴³ Já assim não sucederia tratando-se de uma promessa com eficácia real (Código Civil, art. 413.º).

⁴⁴ Além disso, o diploma interno não se limita a transpor a directiva, uma vez que acrescenta ainda que “só tem de aceitar a via electrónica para a celebração dum contrato quem se tiver vinculado a proceder dessa forma”, sendo “proibidas cláusulas contratuais gerais que imponham a celebração por via electrónica dos contratos com consumidores” (art. 25.º, 3 e 4).

questionável, entendendo-se desde logo que a autenticação notarial constitui mera formalidade *ad probationem* que não *ad substantiam*, uma vez que as exigências de valor probatório do documento⁴⁵ poderão ser satisfeitas através da aposição de assinatura electrónica qualificada certificada por empresa credenciada, nos termos do diploma sobre as assinaturas electrónicas. Com efeito, em ambos os casos goza o documento de força probatória plena. Assim, a resposta dependeria antes da qualificação da referida formalidade. Se entendermos que se trata de formalidade *ad substantiam*, então a resposta seria negativa, no sentido de o contrato-promessa não poder ser celebrado por via electrónica. Mas se entendermos que se trata de formalidade *ad probationem*, então a validade formal do contrato não seria prejudicada pelo facto de ter sido celebrado por via electrónica, levantando-se a questão de saber se poderá encontrar a sua força probatória numa certificação electrónica.

A este respeito interessa referir que a lei interna não apenas prescreve o princípio da liberdade de celebração de contratos por via electrónica como ainda estabelece o princípio da equiparação do documento electrónico ao documento escrito, dispondo que “as declarações emitidas por via electrónica satisfazem a exigência legal de forma escrita quando contidas em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação” (art. 24.º, 1); mais se acrescentando que “o documento electrónico vale como documento assinado quando satisfizer os requisitos da legislação sobre assinatura electrónica e certificação” (art. 24.º, 2). Nos termos do diploma sobre assinatura electrónica e certificação, o documento electrónico satisfaz o requisito legal de forma escrita quando o seu conteúdo seja susceptível de representação como documento escrito (art. 3.º, 1); além disso, se lhe for aposta uma assinatura electrónica qualificada, isto é, através de utilização de uma chave privada cuja correspondente chave pública conste de certificado público emitido por entidade certificadora credenciada, o documento electrónico é equiparado ao documento particular assinado, fazendo prova plena do seu conteúdo e gozando das presunções de que a aposição da assinatura foi do respectivo titular ou seu representante, de que a mesma foi feita com a intenção de subscrever o documento e de que este não sofreu alteração posterior (art. 3.º, 3, art. 7.º, 1, e art. 376.º CC)^{46,47}

⁴⁵ Sobre o problema do valor probatório dos documentos electrónicos ver, nomeadamente, Miguel Teixeira de Sousa, *O valor probatório dos documentos electrónicos*, in *Direito da Sociedade da Informação*, II, Coimbra, 2001, pp. 171 ss.

⁴⁶ Além disso, gozam de eficácia *inter partes* e *erga omnes* a data e hora de criação do documento bem como a expedição ou recepção de um documento electrónico que contenha uma validação cronológica emitida por uma entidade credenciada (art. 6.º, 2).

⁴⁷ É admitida a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos electrónicos, incluindo a assinatura electrónica não conforme com as exigências previstas no diploma, desde que tal meio seja adoptado pelas partes ao abrigo de válida convenção sobre prova ou seja aceite pela pessoa a quem for oposto o documento (art. 3.º, 4).

Isto significa que, para efeitos de força probatória, estes documentos são equiparados aos documentos particulares com reconhecimento notarial. Assim sendo, poderia dizer-se que o contrato-promessa de que tratamos não seria inválido por ter sido celebrado por via electrónica e, além disso, teria força probatória plena por lhe ter sido aposto certificado emitido por entidade certificadora credenciada. Por esta via, dada a equivalência da força probatória, a formalidade *ab probationem* consubstanciada no reconhecimento presencial da assinatura do promitente seria satisfeita pela assinatura electrónica qualificada certificada por entidade credenciada.

Este grupo de casos permite compreender a importância das assinaturas electrónicas para o desenvolvimento do comércio electrónico. Tanto mais que os tempos são de informalização e de informatização dos procedimentos contratuais. Se a lei não exige mais documento autêntico ou autenticado para a validade do negócio e se a certificação electrónica confere idêntico valor probatório ao reconhecimento notarial das assinaturas, então a informalização legal dos procedimentos negociais abriria aos prestadores de certificação um campo de acção considerável. Para além de todos os negócios cuja validade não dependia de documento escrito ou que se bastava com simples documento particular, a legislação franqueou as portas aos prestadores de certificação relativamente a uma série de domínios tradicionalmente reservados aos notários e à fé pública, mormente no campo do direito das empresas, com especial relevo para as sociedades comerciais e para os arrendamentos comerciais e equiparados.⁴⁸

Todavia, são ainda vastos os domínios de reserva legal de intervenção notarial. Desde logo, é extensa a lista de actos que se devem celebrar por escritura pública prevista no art. 80.º do Código do Notariado. Neste sentido, o sistema de notariado latino, com as suas exigências de controlo preventivo *a priori*, reduzindo os litígios e cobrindo com a fé pública diversos e importantes domínios da actividade jurídica, confere ainda aos notários um papel indispensável.

Talvez por isso, o diploma do comércio electrónico tenha feito lei do considerando da directiva no sentido de excluir do princípio a que chamou “da admissibilidade” dos contratos por meios electrónicos os negócios legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais, não obstante tal intervenção poder ser apenas requisito de força probatória do documento. Trata-se de uma exclusão ampla, que parece abranger toda e qualquer exigência de intervenção notarial, independentemente do seu valor negocial em termos de validade, eficácia ou força probatória. O ponto, todavia, não é isento de dúvidas, pois não deixa de contrastar com o princípio geral de que a validade e a eficácia (e,

⁴⁸ Por exemplo, o Decreto-Lei n.º 64-A/2000, de 22 de Abril, possibilitou a realização de contratos de arrendamento para comércio, indústria ou exercício de profissão liberal, bem o como trespasse e cessão de exploração de estabelecimento comercial através de contrato escrito, dispensando-se a escritura pública.

acrescentaríamos, a força probatória) do negócio jurídico não podem ser prejudicadas pela utilização dos meios electrónicos. De todo o modo, é um exemplo que ilustra bem a «abordagem maximalista» adoptada pelo diploma de transposição em certos aspectos substanciais de regime. E que poderá ter o efeito económico de não promover o exercício de uma importante actividade pelas vias electrónicas.

Contudo, não será neste ponto que a lei contraria a directiva, que a permite (cons. 36), parecendo reservar este campo de acção aos notários e “abrindo as portas” ao notariado electrónico. De resto, o Estatuto dos Notários⁴⁹ prevê a possibilidade de utilização pelos notários do “correspondente digital do selo branco, de acordo com o disposto na lei reguladora dos documentos públicos electrónicos” (art. 21.º)⁵⁰, parecendo que tais actos notariais poderão já ser praticados por meios electrónicos.⁵¹

§ 5. Direitos do consumidor no comércio electrónico

A lei do comércio electrónico estabelece vários limites à liberdade contratual no *iter* negocial do comércio electrónico, através de normas imperativas que se destinam a proteger o consumidor⁵², tais como, nomeadamente: a) é proibida a publicidade oculta (art.

⁴⁹ Decreto-Lei n.º 26/2004, de 4 de Fevereiro.

⁵⁰ Vide Joel T. Ramos Pereira, *Compêndio jurídico*, cit., p. 641.

⁵¹ Contudo, não nos parece que seja admitida entre nós a chamada escritura pública electrónica. É verdade que no direito comparado registam-se experiências que conferem aos notários poderes de exarar escrituras públicas electrónicas, autenticar documentos electrónicos ou reconhecer assinaturas electrónicas. Por exemplo, a lei francesa admite a escritura pública electrónica e a lei italiana abre as portas à autenticação da assinatura digital (cf. Antonio Rodríguez Adrados, *La firma electrónica*, Revista Jurídica del Notariado, Julio Septiembre, 2000, p. 171). Entre nós, não nos parece que a recente alteração legislativa tenha modificado a situação legal, no sentido de tornar possível a emissão electrónica de documentos autênticos pelos notários (ver também, no direito espanhol, Juan Bolás Alfonso, *Firma Electrónica, Comercio Electrónico e Fe Pública Notarial*, Revista Jurídica del Notariado, Octubre-Diciembre, 2000, p. 63, sustentando que a “equiparación de la firma electrónica a la firma manuscrita no equivale a la equiparación del documento privado al documento público”, e chamando também a atenção para a diferente lógica entre documentos particulares e documentos públicos e seu impacto social no que respeita ao dever de colaboração dos Notários com a administração fiscal - p. 64). É verdade que o diploma dos documentos electrónicos prevê no art. 5.º, relativo aos documentos electrónicos dos organismos públicos, que estes “podem emitir documentos electrónicos com assinatura electrónica qualificada aposta em conformidade com as normas do presente diploma” (n.º 1). Todavia, a equiparação do documento electrónico ao documento escrito em termos de força probatória remete para os “documentos particulares” regulados no Código Civil (arts. 373.º ss) e não para os documentos autênticos aí definidos (arts. 369.º ss). Além do mais, não nos parece que tal seja possível nos termos do Código do Notariado (vide o nosso *Notários, certificadores e comércio electrónico*, cit., pp. 18 ss).

⁵² Ao que parece, os preceitos de protecção do consumidor destinam-se a “adoçar” a “protecção prevalente das empresas de informática” (Oliveira Ascensão, in *O comércio electrónico em Portugal*, cit., p. 109). Mas, apesar de a protecção do consumidor justificar a imposição de limites à liberdade contratual electrónica, a lei do comércio electrónico não prevê uma noção de consumidor. Assim sendo, coloca-se a questão de saber se deverá valer a noção de consumidor constante da nossa lei geral do consumidor ou antes a que é prevista no texto da directiva, que o define como sendo qualquer pessoa singular que actue para fins alheios à sua actividade comercial, empresarial ou profissional (art. 2.º, al. e), sendo certo que esta noção não é igual a outras noções de consumidor previstas noutras directivas (falando-se, por isso, na noção “caleidoscópica” de consumidor no direito comunitário – vide os nossos *Comércio electrónico*, cit., pp. 86 ss; *A protecção do consumidor no quadro da directiva sobre o comércio electrónico*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, Centro de Direito do Consumo, FDUC, Coimbra, 2000, pp. 59 ss). A questão não é meramente teórica, uma vez que o âmbito de protecção (subjectiva) das normas poderá ser maior ou menor consoante a noção de consumidor em causa. Se a noção geral de consumidor do direito português for mais ampla ou mais estreita do que a noção prevista na directiva sobre comércio electrónico, então o diploma de transposição estará a

21.º), o que de resto já resultava do princípio da identificabilidade das mensagens publicitárias que é um princípio geral do nosso direito publicitário, encontrando-se expressamente consagrado no Código da Publicidade⁵³; b) o envio automático de mensagens electrónicas para fins de marketing directo depende em princípio de autorização do consumidor (art. 22.º)⁵⁴; c) são proibidas as cláusulas que imponham ao consumidor o recurso à contratação automática (art. 25, 4)⁵⁵; d) o fornecedor tem que colocar à disposição do consumidor dispositivos de identificação e correcção de erros (art.

ampliar ou a restringir o regime de protecção do consumidor que prevê. Em qualquer caso, poderá levantar-se a questão da sua conformidade com o direito comunitário, ora porque ampliando o círculo de beneficiários as medidas de protecção poderão ter efeitos restritivos da liberdade de prestação de serviços, ora porque restringindo-o a directiva não terá sido correctamente transposta; nesta segunda hipótese, parece-nos todavia que o princípio da interpretação da lei nacional em conformidade com a directiva levará a que a noção interna de consumidor deva abranger todos e apenas aqueles que poderiam beneficiar das medidas de protecção do consumidor previstas na directiva, ainda que não necessariamente da protecção adicional estabelecida pelo diploma de transposição. Isto não significa porém que por via de interpretação se possa salvar sempre a conformidade de toda e qualquer lei de transposição com a respectiva directiva comunitária (questão esta que, de resto, se coloca de um modo geral no que respeita à conformidade das leis com a constituição - vide A. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica (Problemas Fundamentais)*, Studia Iuridica, 1, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 195-6). É dizer que a interpretação tem limites, pois que “a «correção do direito incorrecto» não pode ir ao ponto de «criar direito legal» (J.J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador (Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982, p. 295). Sob pena de a letra da lei ser de todo dispensável. Por exemplo, se a lei diz que a encomenda só se torna definitiva com a confirmação dada pelo destinatário na sequência do aviso de recepção, então não será razoável dizer que a encomenda inicial já é definitiva, e não apenas provisória, com o que isso significa em termos de regime. Além disso, se se exige que a confirmação seja dada na sequência do aviso de recepção, então a regra da exigência de confirmação só faz pleno sentido para os casos em que o aviso de recepção é imperativo, isto é, nas relações com consumidores. Por essa razão nos parece que esta condição legal suspensiva só vale imperativamente para os contratos electrónicos de consumo.

⁵³ Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro (com alterações posteriores).

⁵⁴ Neste aspecto, a lei interna antecipou a transposição o art. 13.º da directiva sobre privacidade e as comunicações electrónicas (Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002).

⁵⁵ Não é isenta de dificuldades a articulação desta proibição de cláusulas contratuais que imponham a celebração por via electrónica dos contratos com consumidores com o regime das cláusulas contratuais gerais (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 220/95 de 31 de Janeiro, que transpõe a Directiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de Abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, e pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 31 de Julho). Com efeito, levanta-se desde logo o problema de saber se se trata de cláusulas proibidas ao nível do controlo da formação do acordo, o que levaria à sua exclusão dos contratos singulares, ou de cláusulas proibidas ao nível do conteúdo dos contratos, que são feridas de nulidade; nesta última hipótese, coloca-se ainda a questão de saber se são cláusulas absolutamente proibidas ou antes cláusulas apenas relativamente proibidas, sendo que a invalidade destas últimas varia consoante o “quadro negocial padronizado” (vide M.J. de Almeida Costa, *Síntese do Regime Jurídico Vigente das Cláusulas Contratuais Gerais*, 2.ª ed. rev. e act., Lisboa, 1999; M. J. Almeida Costa/A. Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85*, de 25 de Outubro, Coimbra, 1990; J. Oliveira Ascensão, *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*, ROA 200, p. 573; António Pinto Monteiro, *La Directive “Clauses Abusives”, 5 Ans Après – A Transposição para a Ordem Jurídica Interna da Directiva 93/13/CEE*, BFD 1999, p. 523, *El problema de las condiciones generales de los contratos y la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores*, RDM 1996, p. 79, *The Impact of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts on Portuguese Law*, ERPL 1995, p. 231, *Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité et la protection du consommateur*, BFD 1993, p. 161, *Contratos de adesão (o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro)*, ROA 1986, p. 733; J. Sinde Monteiro / Almeno de Sá, *Das Portugiesische AGB-Gesetz und die Umsetzung der EG-Richtlinie über Missbräuchliche Klauseln in Verbräucherträgen*, BFD 1997, p. 173; J. Sousa Ribeiro, *O problema do contrato – As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra: Almedina, 1999; Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, Almedina, Coimbra, 2.ª ed. revista e aumentada, 2001). Em todo o caso, note-se que a proibição geral de cláusulas contratuais gerais que imponham a celebração por via electrónica dos contratos com consumidores pode revelar-se extremamente problemática, em especial no domínio do comércio electrónico directo B2C. O que, de resto, só agudizará a questão de saber se tal proibição estará em conformidade com o direito comunitário.

27.º), bem como prestar-lhe um conjunto de informações prévias à ordem de encomenda e ao aviso de recepção (art. 28.º); e) o fornecedor deve acusar imediatamente recepção da encomenda, salvo se proceder à imediata prestação em linha do produto ou serviço (art. 29.º, 1 e 2); f) especial medida de protecção do consumidor é ainda a tão inovadora quanto problemática disposição nos termos da qual a encomenda só se considera definitiva com a recepção por parte do fornecedor da confirmação da encomenda enviada na sequência do aviso de recepção (art. 29.º, 5).⁵⁶

Por outro lado, os contratos negociados e concluídos por consumidores através da internet constituem uma espécie de contratos à distância, encontrando-se, nessa medida, sujeitos ao respectivo regime⁵⁷, que impõe vários limites à liberdade contratual. Com efeito, o consumidor tem direito a um conjunto de informações prévias à celebração do contrato, que acrescem às previstas na lei do comércio electrónico⁵⁸, podendo ser atribuído relevo contratual a essa informação nos termos da Lei do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho) e da própria lei dos contratos à distância, que parece conceber normativamente a posição do prestador como estando na situação de proposta contratual (art. 4.º, 1-h). Além disso, em termos gerais, o consumidor tem o direito de «resolver» *ad nutum* e sem despesas os contratos à distância no prazo geral de 14 dias (art. 6.º).⁵⁹

⁵⁶ Esta medida, para além das suas implicações na dogmática do momento da celebração dos contratos, porquanto parece introduzir uma condicionante para certos contratos electrónicos de consumo, suscita questões delicadas em sede conformidade com as exigências jurídicas do mercado interno, *maxime* no que respeita às restrições à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação.

⁵⁷ Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril (transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos celebrados a distância, regula os contratos ao domicílio e equiparados, as vendas automáticas e as vendas especiais esporádicas e estabelece modalidades proibidas de vendas de bens ou de prestação de serviços). Sobre este regime *vide*, nomeadamente, Miguel Pupo Correia, *Contratos à distância: uma fase na evolução da defesa do consumidor na sociedade de informação?*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, CDC/FDUC, 2002, pp. 165 ss; v. tb., no direito comparado, nomeadamente, M. Trochu, *Protection des consommateurs en matière de contrats à distance: directive n.º 97-7 CE du 20 mai 1997*, *Recueil Dalloz*, 1999, p. 179 ss; D. Valentino, *Obblighi di informazione e vendite a distanza*, *Rassegna* 1998, p. 375; H. Köhler, *Die Rechte des Verbrauchers beim Teleshopping (TV-Shopping, Internet-Shopping)*, *NJW* 1998, p. 185; M. Martinek, *Verbraucherschutz im Fernabsatz — Lesehilfe mit Merkpunkten zur neuen EU-Richtlinie*, *NJW* 1998, p. 207; V. Zeno-Zencovich, *La tutela del consumatore del commerce elettronico*, *DirInf* 3/2000, p. 439.

⁵⁸ Para uma análise dos deveres de informação no comércio à distância, incluindo o comércio electrónico, tal como previstos nos instrumentos comunitários, *vide* Paulo Mota Pinto, *Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distância (Notas sobre o direito comunitário em vigor)*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, CDC/FDUC, 2003, pp. 183 ss. Estes deveres de informação dão corpo ao chamado «princípio da transparência» no comércio electrónico (cf. o nosso *Princípios*, cit., pp. 87 ss), cumprindo, neste domínio, o “imperativo da transparência” e reforçando o seu valor de “candidato natural” a um acervo comunitário do direito dos contratos (Joaquim de Sousa Ribeiro, *O princípio da transparência no direito europeu dos contratos*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, cit., pp. 137-162).

⁵⁹ Sobre a natureza jurídica deste direito *vide* Enrique Rubio Torrano, *Contratación a distancia y protección de los consumidores en el derecho comunitario; en particular, el desistimiento negocial del consumidor*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, cit., pp. 71 ss (definindo-o como “derecho de desistimiento *ad nutum*”). Em nossa opinião, tendo em conta a dogmática civilística, tratar-se-á de uma condição legal resolutiva (*vide* Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, cit., 366 ss), de natureza imperativa, potestativa e arbitrária (*vide* Mota Pinto, *Teoria geral*, cit., pp. 556 ss). Estaremos aqui perante uma condição potestativa *verdadeiramente* arbitrária, uma vez que, ao contrário aliás da segunda modalidade da venda a contento (art. 924.º, 1, do Código Civil) mas já semelhante à venda a retro (art. 927.º do Código Civil), o comprador não tem sequer que declarar que a coisa não lhe agrada (situação análoga se passa, aliás, com a não confirmação da encomenda, se bem que aqui a

A protecção do consumidor resulta ainda de um regime de jurisdição favorável, quer em termos de tribunal competente quer de lei aplicável, uma vez que o consumidor poderá intentar acções contra a outra parte no tribunal do seu domicílio, o qual aplicará a respectiva legislação, nos termos do regulamento comunitário sobre competência judiciária em acções civis e comerciais, e da convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais.⁶⁰ Pelo que, como referimos: “Quem se propõe negociar com consumidores através da Internet vê-se confrontado com o risco de se sujeitar a tantas jurisdições quantas as diferentes ordens jurídicas com as quais os seus negócios podem ter conexão.”⁶¹ O regime de jurisdição favorável ao consumidor não cede, em princípio,

condição seja suspensiva). Ao que não será estranha, de resto, a natureza imprópria desta condição, resultante da sua origem legal, que introduz um desvio aos “cânones” clássicos por razões de protecção do consumidor. O que, todavia, não constitui obstáculo a uma revisão do Código Civil que integre o direito consumidor, à semelhança de experiências jurídicas no direito comparado, nomeadamente a holandesa e a germânica. Claro está, todavia, que poderá entender-se que o direito do consumidor se aproxima mais do direito comercial ou, pelo menos, do direito das empresas, já que as relações jurídicas de consumo pressupõem a existência de um profissional (ainda que não comercial), isto é, o direito do consumidor não entra nas relações entre “particulares” (ou consumidores), sendo por isso uma forma de regulação de actividades económicas e fonte de respectivos custos de transacção, isto é, em suma, «direito do mercado» (sobre isto *vide* C. Lucas de Leyssac / P. Gilbert, *Droit du marché*, PUF, Paris, 2002). Por conseguinte, poderia localizar-se o direito do consumidor também numa eventual revisão «empresarialista» do Código Comercial, no sentido de abranger a regulação mercantil das práticas empresariais (incluindo a actividade dos profissionais liberais e de outros agentes económicos hoje legalmente não comerciais, como os agricultores) ou, ao menos, numa lei destinada a regular as práticas mercantis desleais e agressivas (*vide* Luís M. T. de Menezes Leitão, *A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, cit., pp. 163 ss). Nesta via, a cláusula geral da concorrência desleal, tradicionalmente inserida entre nós no Código da Propriedade Industrial (art. 260.º), seria re-localizada ou numa eventual revisão do Código Comercial (à semelhança do Código Comercial de Macau - *vide* o nosso *Business Law: A Code Study – The Commercial Code of Macau*, Coimbra, 2004, pp. 26-7), ou autonomizada num regime das práticas concorrenciais, à semelhança da experiência germânica. De resto, no direito alemão a protecção do consumidor foi incluída também no círculo de protecção (*Schutzzwecktrias*) do direito da concorrência (*vide* H. Köhler, *UWG-Reform und Verbraucherschutz*, GRUR 4/2003, pp. 265 ss), falando-se a propósito de uma “mudança de função” do direito da concorrência desleal (H.-W. Micklitz / J. Keßler, *Funktionswandel des UWG*, WRP 8/2003, pp. 919 ss).

⁶⁰ 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, e Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (1980). Para desenvolvimentos sobre esta matéria veja-se o nosso *A Jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001*, cit., pp. 638 ss, e, sobretudo, António Marques dos Santos, *Direito aplicável aos contratos celebrados através da Internet e tribunal competente*, e Luís de Lima Pinheiro, *Competência internacional em matéria de litígios relativos à Internet*, ambos in *Direito da Sociedade da Informação*, IV, cit., respectivamente pp. 107 ss e pp. 171 ss; Marta Requejo Isidro, *Contratación electrónica internacional: delimitación y coordinación de los instrumentos sobre la ley aplicable*, BFD LXXIX, 2003, pp. 581 ss; Dário Moura Vicente, *Comércio electrónico e competência internacional*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes*, FDUL, Coimbra Editora, 2004, pp. 903-915 (crítico em relação aos efeitos restritivos de uma regra de competência do foro do consumidor amplamente concebida no Regulamento 44/2001); v. tb. Idem, *A competência judiciária em matéria de conflitos de consumo nas Convenções de Bruxelas e de Lugano: regime vigente e perspectivas de reforma*, in *Estudos de Direito do Consumo*, Almedina, 2002, pp. 107-130; Elsa Dias Oliveira, *A Protecção dos Consumidores*, cit., *passim*, *Lei aplicável aos contratos celebrados com os consumidores através da Internet e tribunal competente*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, cit., pp. 219 ss, e *Tutela do consumidor na Internet*, *Direito da Sociedade da Informação*, V, cit., pp. 353-357. Sobre os meios alternativos (administrativos, mediação e arbitragem em linha, e procedimentos *sui generis*) de resolução de litígios de «consumo electrónico» *vide* Dário Moura Vicente, *Meios extrajudiciais de composição de litígios emergentes do comércio electrónico*, in *Direito da Sociedade da Informação*, V, cit., pp. 145-183.

⁶¹ *Os pactos atributivos de jurisdição nos contratos electrónicos de consumo*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3, Centro de Direito do Consumo, FDUC, Coimbra, 2001, p. 281. Para evitar tal resultado, é conveniente que o oferente delimite territorialmente o mercado dos seus produtos ou serviços, definindo na sua publicidade os Estados que estão abrangidos por ela ou então excluir expressamente aqueles que não são visados – cf. Guillermo Palao Moreno, *Comercio electrónico y protección de los consumidores en los supuestos de carácter transfronterizo en Europa: problemas que plantea la determinación de los tribunals competentes*, in

face à regra do controlo no país de origem, que admite a possibilidade de controlo no país de destino ainda que condicionado ao respeito pelo direito comunitário.⁶²

A actividade de prestação de serviços da sociedade da informação⁶³ é subordinada ao princípio da liberdade de exercício, no sentido de que não depende de autorização prévia (art. 3.º, 3). Além disso, com excepção das situações previstas no art. 6.º, o exercício desta actividade fica sujeita ao princípio do país de origem, no sentido de que os prestadores de serviços da sociedade da informação estabelecidos em Portugal ficam sujeitos à lei portuguesa relativa à actividade que exercem, mesmo no que concerne a serviços prestados noutro país comunitário (art. 4.º, 1). Este princípio destina-se a promover a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno. Todavia, são ressalvadas certas exigências legais, nomeadamente em matéria de protecção dos consumidores, que podem colocar obstáculos a essa liberdade. Com efeito, o diploma “não exclui a aplicação da legislação vigente que com ele seja compatível, nomeadamente

Mercosul, ALCA e Integração Euro-Latina-Americana, Luiz Otávio Pimentel (Org.), Vol. I, Juruá Editora, Curitiba, 2001, p. 282 (“el comerciante (...) deberá el mismo concretar en la publicidad que sitúa en la red, los Estados a los que la oferta va dirigida o excluir expresamente aquellos para los que no va orientada. Esto es delimitar el territorialmente mercado de sus productos o servicios.”).

⁶² Sobre o sentido e limites da sujeição ao respeito pelo direito comunitário do controlo no país de destino dos seus padrões normativos de defesa do consumidor veja-se o nosso *A protecção do consumidor*, cit., em especial pp. 82 ss.

⁶³ Estes serviços são definidos como qualquer serviço prestado a distância por via electrónica, mediante remuneração ou pelo menos no âmbito de uma actividade económica na sequência de pedido individual do destinatário, com exclusão expressa dos serviços enumerados no anexo ao Decreto-Lei n.º 58/2000, de 18 de Abril, salvo no que respeita aos serviços contemplados nas alíneas c), d) e e) do n.º 1 daquele anexo (art. 3.º, 1 e 2). A definição de serviços da sociedade da informação é importante, uma vez que recorta o tipo de actividade que fica sujeito ao regime estabelecido no diploma. Desde logo, o princípio da liberdade de exercício não prejudica o disposto no domínio das telecomunicações, bem como todo o regime de autorização que não vise especial e exclusivamente os serviços da sociedade da informação (art. 3.º, 4). De todo o modo, como refere Oliveira Ascensão: “Tudo é metafórico nestas noções. Prestador ou provedor de serviços da *sociedade da informação* não diz nada” (in *O comércio electrónico em Portugal*, cit., p. 105). É por isso necessário atender também ao preâmbulo da directiva. Nos termos do considerando 18, os serviços da sociedade da informação abrangem uma grande diversidade de actividades económicas, que podem, nomeadamente, consistir na venda de mercadorias em linha e na possibilidade de celebrar contratos em linha; além disso, abrangem também, tratando-se de uma actividade económica, serviços que não são remunerados pelo respectivo destinatário, como os que consistem em prestar informações em linha ou comunicações comerciais, ou ainda os que fornecem ferramentas de pesquisa, acesso e descarregamento de dados. Igualmente abrangidos na noção de serviços da sociedade da informação estão os serviços de transmissão de informação por meio de uma rede de comunicações, de fornecimento de acesso a uma rede de comunicações ou de armazenagem de informações prestadas por um destinatário do serviço, bem como os serviços transmitidos ponto a ponto, como o vídeo a pedido ou o envio de comunicações comerciais por correio electrónico. Pela negativa, esta noção não abrange os serviços enumerados na lista indicativa do anexo V da Directiva 98/34/CE que não envolvem tratamento e armazenamento de dados, nem as actividades como a entrega de mercadorias enquanto tal ou a prestação de serviços fora de linha. Também excluída desta noção é a radiodifusão televisiva, na acepção da Directiva 89/552/CEE, e a radiodifusão, uma vez que não são prestados mediante pedido individual. Considera-se ainda que a utilização do correio electrónico ou de comunicações comerciais equivalentes, por exemplo, por parte de pessoas singulares agindo fora da sua actividade comercial, empresarial ou profissional, incluindo a sua utilização para celebrar contratos entre essas pessoas, não são serviços da sociedade da informação. Também nesta definição não cabem nem a relação contratual entre um assalariado e a sua entidade patronal nem as actividades que, pela sua própria natureza, não podem ser exercidas à distância e por meios electrónicos, tais como a revisão oficial de contas de sociedades, ou o aconselhamento médico, que exija o exame físico do doente. A ilustração exemplificativa prevista na directiva sobre comércio electrónico, não apenas em termos negativos, mas também em termos positivos, deverá servir de auxiliar interpretativo na concretização da noção de serviços da sociedade da informação.

no que respeita ao regime dos contratos celebrados a distância e não prejudica o nível de protecção dos consumidores, incluindo investidores, resultante da restante legislação nacional” (art. 3.º, 5).

Segundo o teor literal da norma, só as disposições restritivas compatíveis com o disposto no diploma de transposição poderão ser aplicadas. *Prima facie*, poderia dizer-se, por isso, que o legislador terá dado prevalência à liberdade do comércio electrónico em detrimento da protecção dos consumidores. Contudo, a *ratio* do art. 1.º, 3, *in fine*, da directiva, é impedir que a aplicação nacional do direito do consumidor se traduza em proteccionismo económico contrário à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno, pelo que as soluções de protecção do consumidor consagradas no diploma ficam também sujeitas a esse controlo. Ora, justamente, não é certo que as medidas, algo «maximalistas», de protecção do consumidor previstas no diploma de transposição possam ser consideradas conformes ao direito comunitário. Vejamos.

§ 6. O princípio do país de origem e os mínimos comunitários de protecção

A protecção do consumidor é um dos objectivos principais da directiva sobre comércio electrónico. Logo nos trabalhos preparatórios⁶⁴ a Comissão atribuiu ao consumidor um papel de «protagonista principal» do comércio electrónico. Ao mesmo tempo, porém, a directiva pretende assegurar, de igual modo, a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno, sendo que a protecção do consumidor poderá constituir, justamente, um obstáculo a essa liberdade. Além disso, a política comunitária de defesa do consumidor⁶⁵ no comércio electrónico gera efeitos proteccionistas numa óptica de comércio livre à escala global, como já observámos.⁶⁶

⁶⁴ Ver *Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico*, Comunicação da Comissão, COM(1997) 157 final.

⁶⁵ Sobre o impacto do direito do consumidor (e sua possível diluição) no direito privado, *vide* Hans-W. Micklitz, *The Necessity of a New Concept for the Further Development of the Consumer Law in the EU*, in *German Law Journal*, vol. 4, 10/2003. O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para o direito do comércio electrónico, o qual em diversos aspectos consagra soluções de harmonização do direito privado (cf. J. Sinde Monteiro, *Assinatura electrónica e certificação*, cit.). Porém, no sentido de que “a directriz regula o comércio electrónico. Só o comércio poderia estar previsto. Aliás, só ao comércio se estendem os poderes de harmonização comunitária, não ao Direito Privado Comum. A entender-se assim, a ambiguidade comunitária deve resolver-se no sentido de só englobar os contratos comerciais (com a extensão já referida aos “empresariais” e profissionais).” (Oliveira Ascensão, in *O comércio electrónico em Portugal*, cit., p. 112). Receamos, porém, que o direito privado comum não seja de todo “imune” à harmonização comunitária, a menos que se entenda que o direito privado comum não abrange as actividades económicas privadas, o que se afigura muito duvidoso. De todo o modo, não é por acaso que os actos de harmonização comunitária com impacto no direito privado se fundamentam geralmente na necessidade de defesa do consumidor, pois que é este justamente um domínio para o qual a Comunidade tem competência (*vide*, em especial, o art. 153º do Tratado de Roma, na versão actualizada pelo Tratado de Amesterdão) aí encontrando base legal para a sua actuação. Assim, ao lado de um direito privado comum geral brota da fonte comunitária um direito privado comum especial, destinado a regular as relações económicas privadas entre profissionais e consumidores no mercado interno (de resto, deve-se a este acervo comunitário boa parte da actual “europeização” do direito privado, não obstante o seu carácter fragmentário e por vezes incoerente, que aliás poderá justificar um instrumento codificador: *vide* Jorge de Sinde Monteiro, “Conclusões”, *Um Código Civil para a Europa / A Civil Code for Europe / Un Code Civil pour l’Europe*, Studia

Ora, a transposição da directiva deveria pressupor a compreensão dos termos em que o nível de protecção do consumidor é prosseguido pelo legislador comunitário, em articulação com o objectivo de assegurar, de igual modo, a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno.⁶⁷ O preâmbulo da directiva é bem elucidativo de como a política de protecção do consumidor informa o texto normativo⁶⁸. O considerando 7 diz que é essencial que a directiva estabeleça um quadro geral claro, que abranja certos aspectos legais do comércio electrónico no mercado interno, “a fim de garantir a *segurança jurídica e a confiança do consumidor*”. Além disso, nos termos do considerando 10, *a directiva deve assegurar um alto nível de protecção* dos objectivos de interesse geral, nomeadamente *a defesa do consumidor*. Nesse sentido, o considerando 11 esclarece que a directiva não prejudica o nível de protecção, designadamente, da saúde pública e do consumidor, estabelecido por instrumentos comunitários. Neste contexto, especial destaque é dado, nomeadamente, à directiva sobre cláusulas abusivas⁶⁹ e à directiva sobre contratos à distância⁷⁰, considerando-se que estas directivas constituem um elemento essencial da protecção do consumidor em *matéria contratual* e que se aplicam igualmente na sua integralidade aos serviços da sociedade da informação; mais se acrescenta que a directiva sobre comércio electrónico é

luridica, 64, Colloquia 8, BFDUC, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 291 ss e *passim*; sobre o papel do direito do consumidor para o desenvolvimento do direito civil europeu v. tb., por ex., K. Tonner, *Die Rolle des Verbraucherrechts bei der Entwicklung eines europäischen Zivilrechts*, JZ 1996, p. 533 ; para uma análise da influência do direito do consumo no sistema jurídico, vide N. Sauphanor, *L'Influence du droit de la consommation sur le système juridique* (pref. de Jacques Ghestin), L.G.D.J., Paris, 2000). Não havendo razões que justifiquem o alargamento deste regime às relações apenas entre profissionais (ou a alguns deles, como sejam os comerciantes) ou às relações apenas entre consumidores (que, de resto, não existem juridicamente), agudiza-se o problema da noção de consumidor, enquanto tipo subjectivo essencial do âmbito normativo de protecção. Sobre a questão, no quadro da Lei do consumidor, Paulo Duarte, *O conceito jurídico de consumidor, segundo o Art. 2.º/1 da Lei de Defesa do Consumidor*, BFD 75(1999), pp. 649-703.

⁶⁶ Cf. *A Globalização, a OMC e o comércio electrónico*, in *Temas de Integração*, n.º 14, Almedina, Coimbra, 2002, p. 147.

⁶⁷ Além disso, seria importante que a política legislativa levasse em conta a importância estratégica do direito do consumidor neste domínio. Vide o nosso *A liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno e a protecção do consumidor segundo a directiva sobre comércio electrónico: um contributo para a transposição do acto comunitário*, in *Manual de Integração Regional*, Daniel Amin Ferraz (coord.), Mandamentos Editora, Belo Horizonte, 2004, pp. 433 ss (texto de apoio à comunicação apresentada no *Colóquio Justiça e Defesa do Consumidor*, realizado no 21 de Junho de 2002, em Coimbra (FDUC), sob organização do Centro de Estudos Judiciários (CEJ) em parceria com o Centro de Direito do Consumo (CDC) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, também disponível em www.verbojuridico.net/doutrina).

⁶⁸ Para mais desenvolvimentos, ver o nosso *A protecção do consumidor*, cit., pp. 43 ss.

⁶⁹ Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.

⁷⁰ Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância. Os serviços financeiros, excluídos do âmbito de aplicação da directiva sobre contratos à distância, são objecto da Directiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores e que altera as Directivas 90/619/CEE do Conselho, 97/7/CE e 98/27/CE.

complementar dos *requisitos de informação* fixados nestas directivas, e em especial na Directiva 97/7/CE.⁷¹

Dentro das *regras complementares* previstas pela directiva sobre comércio electrónico em matéria de contratos celebrados por meios electrónicos interessa referir uma sobre *informações a prestar* e outra sobre a *ordem de encomenda*. Por um lado, o art. 10.º dispõe uma norma imperativa para os contratos electrónicos de consumo, nos termos da qual, para além de outros requisitos de informação constantes da legislação comunitária e antes de ser dada a ordem de encomenda pelo destinatário do serviço, no mínimo, o prestador de serviços deverá prestar em termos exactos, compreensíveis e inequívocos, a seguinte informação: a) as diferentes etapas técnicas da celebração do contrato; b) se o contrato celebrado será ou não arquivado pelo prestador do serviço e se será acessível; c) os meios técnicos que permitem identificar e corrigir os erros de introdução anteriores à ordem de encomenda; d) as línguas em que o contrato pode ser celebrado; e) indicação dos eventuais códigos de conduta de que o prestador é subscritor e a forma de consultar electronicamente esses códigos; além disso, os termos contratuais e as condições gerais fornecidos ao destinatário têm de sê-lo numa forma que lhe permita armazená-los e reproduzi-los.

Quanto à *ordem de encomenda*, o art. 11.º prescreve uma norma imperativa para os contratos com consumidores, nos termos da qual sempre que o destinatário de um serviço efectue a sua encomenda exclusivamente por meios electrónicos, devem aplicar-se os seguintes princípios: 1.º o prestador de serviços tem de acusar a recepção da encomenda do destinatário do serviço, sem atraso injustificado e por meios electrónicos; 2.º a encomenda e o aviso de recepção consideram-se recebidos quando as partes a que são endereçados têm possibilidade de aceder a estes; além disso, o prestador de serviços

⁷¹ Como outros instrumentos comunitários que fazem igualmente parte desse acervo são indicados a Directiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de Setembro de 1984, relativa à publicidade enganosa e comparativa, a Directiva 87/102/CEE do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao crédito ao consumo, a Directiva 93/22/CEE do Conselho, de 10 de Maio de 1993, relativa aos serviços de investimento no domínio dos valores mobiliários, a Directiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados, a Directiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 1998, relativa à defesa dos consumidores em matéria de indicações dos preços dos produtos oferecidos aos consumidores, a Directiva 92/59/CEE do Conselho, de 29 de Junho de 1992, relativa à segurança geral dos produtos, a Directiva 94/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 1994, relativa à protecção dos adquirentes quanto a certos aspectos dos contratos de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis («*time-sharing*»), a Directiva 98/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio de 1998, relativa às acções inibitórias em matéria de protecção dos interesses dos consumidores, a Directiva 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, a Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e garantias conexas, a Directiva 92/28/CEE do Conselho, de 31 de Março de 1992, relativa à publicidade dos medicamentos para uso humano, e a Directiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores e que altera as Directivas 90/619/CEE do Conselho, 97/7/CE e 98/27/CE

deverá pôr à disposição do destinatário do serviço os meios técnicos adequados, eficazes e acessíveis, que lhe permitam identificar e corrigir erros de introdução antes de formular a ordem de encomenda.

Estas regras são complementares em relação ao acervo comunitário do direito contratual do consumo. De resto, a directiva afirma-se *complementar*⁷² da legislação comunitária aplicável aos serviços da sociedade da informação, sem prejuízo do nível de protecção, designadamente da saúde pública e dos interesses dos consumidores, tal como consta dos actos comunitários e da legislação nacional de aplicação destes. Trata-se, porém, de uma *complementaridade relativa*, uma vez que tais actos são apenas ressalvados na medida em que não restrinjam a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação (art. 1.º, 3, *in fine*).

Esta ressalva dirige-se, principalmente, aos actos da legislação nacional de aplicação dos instrumentos comunitários que consagrem medidas de protecção do consumidor mais exigentes do que a harmonização mínima dos instrumentos comunitários. Assim, por exemplo, a directiva sobre *contratos à distância* com consumidores prevê um prazo mínimo de “*rescisão*” do contrato (sem pagamento de indemnização e sem indicação de motivo) de 7 dias úteis (art. 6.º). Entre nós, o diploma de transposição desta directiva⁷³ alargou o prazo mínimo para 14 dias. Ora, poderá o diploma interno de transposição da directiva restringir a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação?⁷⁴

Um outro exemplo encontra-se em matéria de *cláusulas abusivas*. A directiva sobre cláusulas abusivas em contratos celebrados entre profissionais e consumidores estabelece um critério geral de apreciação, nos termos do qual uma cláusula contratual que não tenha sido objecto de negociação individual será considerada abusiva quando, a despeito da exigência da boa-fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato (art. 3.º, 1). Trata-se, portanto, de uma *cláusula geral*, cuja concretização deverá ser realizada no caso

⁷² Um outro domínio em que se projecta a natureza complementar do regime instituído pela directiva é a *comunicação comercial*. A este propósito considera-se que a comunicação comercial é essencial para o financiamento dos serviços da sociedade da informação e para o desenvolvimento de uma grande variedade de novos serviços gratuitos, esclarecendo o considerando 29, todavia, que a comunicação comercial, incluindo descontos, ofertas e jogos promocionais, deve respeitar um certo número de obrigações relativas à transparência, no interesse dos consumidores e da lealdade das transacções, que acrescem aos já previstos em outras directivas, em especial a Directiva 97/7/CE e a Directiva 98/43/CE. As obrigações relativas à *transparência* estão previstas no art. 6.º relativo às informações a prestar. Ainda em matéria de comunicações comerciais, é incentivada a colocação de “filtros” anti-*spam* por parte das empresas e ressalva-se a necessidade de, em qualquer caso, as comunicações comerciais não solicitadas serem claramente *identificáveis* enquanto tais (ver art. 7.º), esclarecendo-se que, quando enviadas por correio electrónico, não devem implicar *custos adicionais* para o destinatário. Sobre o problema das comunicações comerciais na Internet, mais recentemente, vide T. Hoeren, *Werbung im WWW – aus der Sicht des neuen UWG*, MMR 10/2004, pp. 643 ss.

⁷³ Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril.

⁷⁴ No sentido de que “só a prática levará a concluir se o estabelecido para os contratos a distância é suficiente ou reclama adaptações no domínio do comércio electrónico”, Oliveira Ascensão, in *O comércio electrónico em Portugal*, cit., p. 110.

concreto em função dos critérios definidos. Nesse sentido, o art. 3.º, 1, limita-se a remeter para uma *lista indicativa* e não exaustiva de cláusulas que podem ser consideradas abusivas. Isto significa que os exemplos de cláusulas previstas na lista contida no anexo têm um valor meramente ilustrativo e *não são de aplicação imediata*, uma vez que pressupõem a verificação no caso concreto dos critérios contidos na cláusula geral, em especial a contrariedade à boa-fé. Ora, a nossa lei das cláusulas contratuais gerais (e individuais) abusivas transpôs a directiva, mas conservou o sistema de cláusulas absolutamente proibidas, quer nas relações entre empresários e entidades equiparadas quer nas relações com consumidores (arts. 18.º, 20.º e 21.º). Isto significa que, enquanto na directiva a qualificação de uma cláusula como abusiva está sujeita a apreciação no caso concreto ainda que conste da lista indicativa, o mesmo não sucede na lei portuguesa no que toca às listas negras. Pelo que se coloca a questão de saber se a lei portuguesa poderá ter por efeito restringir a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação, a qual poderá prevalecer sobre o nível de protecção do consumidor adoptado pelo legislador nacional para além dos mínimos garantidos pelo acervo comunitário.

O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para as especiais medidas de protecção do consumidor estabelecidas pelo diploma de transposição em acréscimo às regras já previstas na directiva sobre comércio electrónico. Pense-se, nomeadamente, na proibição de cláusulas que imponham a celebração por via electrónica dos contratos com consumidores (art. 25, 4) e na regra segundo a qual a encomenda só se considera definitiva com a recepção por parte do fornecedor da confirmação da encomenda enviada pelo consumidor na sequência do aviso de recepção (art. 29.º, 5). Independentemente da qualificação rigorosa destas regras, poderá a sua conformidade com o direito comunitário ser garantida?⁷⁵

§ 7. Limites comunitários à protecção interna do consumidor

Ora, a cláusula “mercado interno” prevista no art. 3.º prevê o *princípio do controlo do país de estabelecimento*, nos termos do qual compete a cada Estado-Membro assegurar que

⁷⁵ Poderá dizer-se, todavia, que o juízo de conformidade depende justamente dessa qualificação. Por exemplo, poderá sustentar-se que não existem problemas de conformidade se a exigência de confirmação for entendida uma mera “cautela técnica” sem relevo jurídico para a economia do contrato. O mesmo vale, *mutatis mutandis*, se se entender que a proibição de cláusulas que imponham a celebração por via electrónica dos contratos com consumidores é uma cláusula apenas relativamente proibida. De resto, a propósito desta proibição, não resulta claramente da lei que ela vale apenas para as relações com consumidores. Nada obsta, com efeito, a que em acordos de distribuição o concedente imponha ao concessionário a celebração por via electrónica dos contratos com consumidores, até para dessa forma poder controlar melhor a sua facturação. Por outras palavras, não é claro que o art. 25.º, 4, se aplique apenas às relações com consumidores. Tendo em conta a formulação literal da norma, até se poderá dizer que a referida proibição não visa estas relações, mas apenas as relações entre profissionais. Pelo que, assim sendo, o problema da sua conformidade com o direito comunitário por excesso de protecção do consumidor nem sequer se colocaria. Mas não nos parece que tal proibição não se dirija também directamente às relações com consumidores.

os serviços da sociedade da informação prestados por um prestador estabelecido no seu território⁷⁶ cumpram as disposições nacionais aplicáveis nesse Estado-Membro que se integrem no *domínio coordenado*⁷⁷. Nesse sentido, os Estados-Membros não poderão, por razões que relevem do domínio coordenado, restringir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-Membro.

Esta solução é baseada no entendimento segundo o qual o controlo dos serviços da sociedade da informação deve ser exercido na fonte da actividade, a fim de garantir uma protecção eficaz dos interesses gerais, sendo necessário, para isso, que a autoridade competente assegure essa protecção, não apenas aos cidadãos do seu país, mas também ao conjunto dos cidadãos da Comunidade; considera-se ainda que para melhorar a confiança mútua entre Estados-Membros, é indispensável precisar claramente essa responsabilidade do Estado-Membro em que os serviços têm origem (considerando 22).

Porém, a regra do controlo na origem dos serviços da sociedade da informação sofre diversas *derrogações*. Desde logo não se aplica aos domínios a que se refere o *anexo*, como sejam a liberdade de as partes escolherem a legislação aplicável ao seu contrato⁷⁸ e as

⁷⁶ Nos termos do considerando 19, “a determinação do local de estabelecimento do prestador deve fazer-se de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual do conceito de estabelecimento é indissociável a prossecução efectiva de uma actividade económica, através de um estabelecimento fixo por um período indefinido. Este requisito encontra-se igualmente preenchido no caso de uma sociedade constituída por um período determinado. O local de estabelecimento, quando se trate de uma sociedade prestadora de serviços através de um sítio internet, não é o local onde se encontra a tecnologia de apoio a esse sítio ou o local em que este é acessível, mas sim o local em que essa sociedade desenvolve a sua actividade económica. Quando um prestador está estabelecido em vários locais, é importante determinar de que local de estabelecimento é prestado o serviço em questão. Em caso de dificuldade especial para determinar a partir de qual dos vários locais de estabelecimento é prestado o serviço em questão, considera-se que esse local é aquele em que o prestador tem o centro das suas actividades relacionadas com esse serviço específico.” Assim, por ex., uma empresa não se considera localizada em Portugal por ter um nome de domínio .pt (cf. Oliveira Ascensão, in *O comércio electrónico em Portugal*, cit., p. 106). O critério comunitário de determinação do local de estabelecimento foi acolhido sob a forma de norma pelo diploma de transposição (art. 4.º, 2 e 3).

⁷⁷ O domínio coordenado é definido no art. 2.º-h) como as exigências fixadas na legislação dos Estados-Membros, aplicáveis aos prestadores de serviços da sociedade da informação e aos serviços da sociedade da informação, independentemente de serem de natureza geral ou especificamente concebidos para esses prestadores e serviços. Assim, pela positiva, o domínio coordenado diz respeito às exigências que o prestador de serviços tem de observar, no que se refere: ao exercício de actividades de um serviço da sociedade da informação, tal como os requisitos respeitantes às habilitações, autorizações e notificações (1), à prossecução de actividade de um serviço da sociedade da informação, tal como os requisitos respeitantes ao comportamento do prestador de serviços, à qualidade ou conteúdo do serviço, incluindo as aplicáveis à publicidade e aos contratos, ou as respeitantes à responsabilidade do prestador de serviços (2). Pela negativa, o domínio coordenado não abrange exigências tais como as aplicáveis: às mercadorias, enquanto tais (1), à entrega de mercadorias (2), e aos serviços não prestados por meios electrónicos (3). O considerando (21) esclarece ainda que “o âmbito do domínio coordenado é definido sem prejuízo de futura harmonização comunitária em matéria de sociedade da informação e de futura legislação adoptada a nível nacional conforme com o direito comunitário. O domínio coordenado abrange exclusivamente exigências respeitantes a actividades em linha, tais como a informação em linha, a publicidade em linha, as compras em linha e os contratos em linha, e não diz respeito aos requisitos legais exigidos pelos Estados-Membros em relação às mercadorias, tais como as normas de segurança, as obrigações de rotulagem ou a responsabilização pelos produtos, ou as exigências dos Estados-Membros respeitantes à entrega ou transporte de mercadorias, incluindo a distribuição de produtos medicinais. O domínio coordenado não abrange o exercício do direito de preempção por parte de entidades públicas relativamente a determinados bens, tais como obras de arte.”

⁷⁸ O art. 1.º, 4, prevê que a directiva não estabelece normas adicionais de direito internacional privado, nem abrange a jurisdição dos tribunais, e o considerando 23 acrescenta que o disposto na legislação aplicável por força das normas de conflitos do direito internacional privado não restringe a liberdade de prestar

obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores⁷⁹. Além disso, entende-se ser legítimo que, em certas condições fixadas na directiva, os Estados-Membros (de recepção) possam adoptar medidas destinadas a restringir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação. Com efeito, admite-se que os Estados-Membros exerçam um *controlo adicional*, tomando medidas derogatórias do princípio da liberdade de prestação de serviços em relação a determinado serviço da sociedade da informação, caso sejam preenchidas as seguintes condições, a saber:

1) as medidas devem ser *necessárias*, nomeadamente por razões de *defesa dos consumidores*, incluindo os investidores⁸⁰ (a), devem tomadas relativamente a um determinado serviço da sociedade da informação que lese tais objectivos (b1), ou que comporte um risco sério e grave de prejudicar esses objectivos (b2) e devem ser *proporcionais* a esses objectivos (c).

2) a adopção destas medidas restritivas fica sujeita, excepto em casos de urgência, a um *procedimento especial de cooperação e notificação* entre os Estados-Membros. Com efeito, previamente à tomada das medidas em questão, e sem prejuízo de diligências judiciais, incluindo a instrução e os actos praticados no âmbito de uma investigação criminal, o Estado-Membro deve ter solicitado ao Estado-Membro de origem do serviço que tome medidas, sem que este último as tenha tomado ou se estas se tiverem revelado inadequadas (a) e ter notificado à Comissão e ao Estado-Membro de origem a sua intenção de tomar tais medidas (b). Em *caso de urgência*, é previsto um procedimento nos termos do qual os Estados-Membros podem não cumprir o referido procedimento de notificação, devendo todavia notificar as medidas no mais curto prazo à Comissão e ao Estado-

serviços da sociedade da informação nos termos constantes da directiva. Todavia, no considerando 22, 4 período, lê-se que “a fim de garantir a eficácia da livre circulação de serviços e a segurança jurídica para os prestadores e os destinatários, esses serviços devem estar sujeitos, em princípio, à legislação do Estado-Membro em que o prestador se encontre estabelecido.” Porém, o princípio afirmado neste considerando parece ser contrário ao princípio que vigora em matéria de protecção dos consumidores, em que a determinação do tribunal competente e da lei aplicável parecem nortear-se pelo critério da residência do consumidor (sobre as questões do tribunal competente (e da lei aplicável) nos contratos celebrados com consumidores pela Internet *vide*, para além das referências acima indicadas, o nosso *Os pactos atributivos de jurisdição*, cit., pp. 281 ss). Além disso, ainda em matéria de *lei aplicável*, a consideração (55) de que a directiva não afecta a legislação aplicável às *obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores* significa que a directiva não poderá ter como resultado privar o consumidor da protecção que lhe é concedida pelas disposições compulsivas relativas às obrigações contratuais, constantes da legislação do Estado-Membro em que este tem a sua residência habitual. A este respeito, o considerando 56 esclarece que as obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores abrangem as informações sobre os elementos essenciais do contrato, incluindo os direitos do consumidor, que têm uma influência determinante na decisão de contratar.

⁷⁹ No sentido de que esta exclusão não estabelece nenhuma clareza jurídica efectiva, M. Lehmann, *Electronic Commerce and Consumer Protection in Europe*, Santa Clara Computer & High Technology Law Journal, 2000, 17/1, p. 114.

⁸⁰ Neste sentido, em matéria de *serviços financeiros*, o considerando 27 esclarece que a faculdade conferida pela directiva aos Estados-Membros de, em certas circunstâncias, restringirem a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação, por forma a proteger os consumidores, abrange igualmente medidas no domínio dos serviços financeiros, em especial medidas destinadas a proteger os investidores.

Membro de origem, indicando as razões pelas quais consideram que existe uma situação de urgência.

Em qualquer caso e sem prejuízo da faculdade de o Estado-Membro prosseguir a aplicação das medidas em questão, essas medidas ficam sujeitas a um *procedimento de vigilância* ou controlo por parte da Comissão, a quem compete analisar, com a maior celeridade, a compatibilidade das medidas notificadas com o direito comunitário. Se a Comissão concluir que a medida é incompatível com o direito comunitário, então deverá solicitar ao Estado-Membro em causa que se abstenha de tomar quaisquer outras medidas previstas, ou ponha termo, com urgência, às medidas já tomadas.⁸¹

Em nossa opinião, este juízo de conformidade de tais medidas com o direito comunitário não se destina a verificar a observância do direito comunitário derivado em matéria de direito dos consumidores, mas antes a sua conformidade com os critérios de adopção de medidas restritivas à liberdade de prestação de serviços no mercado interno.⁸²

§ 8. Princípios do direito comunitário primário do consumidor

De todo o modo, note-se que a produção do direito comunitário é operada num sistema de poderes atribuídos. Com efeito, segundo a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, a “Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional em favor da qual os Estados limitaram os seus poderes soberanos, ainda que em áreas limitadas”⁸³. Na sua relação com as ordens jurídicas internas dos Estados-membros, o Tribunal firmou os *princípios da supremacia do direito comunitário face ao direito nacional e da sua precedência em face dos tribunais nacionais*⁸⁴. Sendo que

⁸¹ Este procedimento de controlo vale também para as medidas restritivas das liberdades do mercado interno adoptadas a nível nacional por razões de protecção de saúde pública. Pense-se, por ex., na proibição de venda de medicamentos pela Internet. Segundo a jurisprudência comunitária (TJCE, caso C-322/01, de 11 de Dezembro de 2003, *DocMorris, Deutscher Apothekerverband eV*), apesar de não ser posta em causa a proibição de venda de medicamentos fora das farmácias, a lei interna deverá ser interpretada no sentido de que a proibição de venda de medicamentos pela Internet será restrita aos medicamentos que carecem de receita médica. Sobre o tema, vide os nossos *Farmácia electrónica: sobre a comercialização de medicamentos na Internet*, e *Saúde pública e liberdade económica: aspectos jurídicos da regulação do mercado dos cosméticos, produtos homeopáticos e dispositivos médicos*, ambos in *Lex Medicinæ* (Revista Portuguesa de Direito da Saúde), 2004, respectivamente n.º 1, pp. 33 ss, e n.º 2, pp. 47-8, nota 24.

⁸² Para desenvolvimentos sobre este problema ver os nossos *Comércio electrónico*, cit., pp. 69 ss, e *A protecção jurídica do consumidor*, cit., pp. 82 ss.

⁸³ Caso 26/62, 5.2.1963 (*van Gend en Loos v. Nederlandse*), ECR 1963, p. 8; v. ainda, por ex., caso 143/83, 30.1.1985 (*Commission v. Denmark*), ECR 1985, p. 427.

⁸⁴ Caso 6/64, 15.7.1964 (*Costa v. Enef*), ECR 1964; caso 14/48, 13.2.1969 (*Wilhelm v. Bundeskartellamt*), ECR 1969, p. 1; caso 106/77, 9.3.1978 (*Simmenthal*), ECR 1978, p. 629; caso C-213/89, 19.6.1990 (*Factortame*), Rec. 1990, p. 2434. A reacção dos Estados-membros a esta jurisprudência comunitária permitiu afirmar o princípio da “supremacia absoluta sobre o direito nacional” (T.C. Hartely, *The Foundations of European Community Law*, Oxford: Clarendon, 1988, p. 219), traduzindo-se na precedência da aplicação das normas comunitárias sobre as normas nacionais conflitantes. Mas isto não deve entender-se como prevalência sobre a Constituição: “Como quer que seja concebida a prevalência do ‘direito supranacional’ sobre o direito ordinário interno, é seguro, porém, que aquele *não pode prevalecer sobre a Constituição*, antes tem de ceder perante ela [...], *qualquer que seja a natureza ou a origem da norma*” (Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 90). Isto

na implementação da legislação comunitária estarão os Estados-membros vinculados por um “princípio da lealdade à Comunidade”⁸⁵.

No quadro dos instrumentos de legislação comunitária, as directivas, ao contrário dos regulamentos, não gozam de aplicabilidade directa, no sentido de que requerem uma “forma especial de recepção” posterior da parte dos Estados-membros, que se traduz na sua transposição para as respectivas ordens jurídicas internas.⁸⁶ Além disso, as directivas vinculam quanto ao resultado a ser alcançado, isto é, impõem aos Estados-membros uma *obrigação de resultado*.⁸⁷ Mas, não é absoluta a liberdade de meios dos Estados-membros na transposição das directivas para as respectivas ordens jurídicas internas, antes sendo vinculada ao resultado visado pela directiva, pois que segundo a jurisprudência do TJCE, “a escolha deixada aos Estados-membros relativamente à forma das medidas e dos métodos utilizados na sua adopção pelas autoridades nacionais depende do resultado que o Conselho ou a Comissão visam alcançar”⁸⁸.

Um outro princípio jurisprudencial a ter em conta nesta matéria é a possibilidade de as directivas terem *efeito directo* (vertical) após o decurso do período de transposição, não podendo a autoridade pública nacional prevalecer-se da sua não transposição.⁸⁹ A isto

significará, a nosso ver, considerando o valor constitucional do direito dos consumidores em Portugal (v. arts. 52.º, 60.º, 81.º e 99.º CRP), que as exigências do mercado interno não poderão sobrepor-se ao núcleo de tutela constitucional dos direitos dos consumidores, nomeadamente a autodeterminação económica do consumidor (vide J. Drexler, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers: eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998). Todavia, note-se que, não obstante os direitos dos consumidores integrem os chamados *direitos fundamentais de quarta geração* (Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 93), e de se inserirem “num processo de *constitucionalização do direito privado*”, apenas “têm uma força jurídica relativa” (J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos dos Consumidores como Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, BFD LXXVIII, 2002, p. 62, tb. *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, cit., pp. 139 ss).

⁸⁵ P. J. Kapteyn/P. Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, Deventer: Kluwer, 1989, p. 86. Ver, por ex., caso 199/82, 9.11.1983 (*San Giorgio*), ECR 1983, p. 3595; caso C-217/88, 10.7.1990 (*Commission v. Germany*), Rec. 1990, p. 2879.

⁸⁶ Esta orientação é afirmada pelos constitucionalistas, sustentando-se que “só existe direito que se imponha directamente aos cidadãos dos Estados-membros, se estes se obrigaram a isso, ao constituírem ou aderirem à organização, ou seja, *desde que e até ao ponto em que o tratado constitutivo* da organização [internacional] preveja tal poder normativo. Assim por exemplo, no caso da CEE, só terão cobertura constitucional (além do próprio Tratado de Roma e dos tratados que o alteraram, claro está) os *regulamentos* comunitários, previstos no art. 189º do Tratado, mas já não, em princípio, as *directivas*, igualmente previstas nesse lugar.” (Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição Anotada*, cit., p. 89).

⁸⁷ Em comparação, quanto às recomendações, segundo a interpretação jurisprudencial firmada a nível comunitário, “os tribunais nacionais são obrigados a tomar em consideração as recomendações em ordem a decidir controvérsias que lhes tenham sido submetidas, particularmente quando clarificam a interpretação das medidas nacionais adoptadas com vista a implementar essas recomendações ou quando se destinam a complementar disposições comunitárias vinculantes” [caso C-322/88, 13.12.1989 (*Grimaldi*), Rec. 1989, p. 4421].

⁸⁸ Caso 38/77, 23.11.1977 (*Enka*), Rec. 1977, p. 2212. Considerando que o prazo de transposição é uma obrigação de resultado, v. Caso 102/79, 6.5.1980 (*Commission v. Belgium*), Rec. 1980, p. 1483.

⁸⁹ Ver caso 148/78, 5.4.1979 (*Tullio Ratti*), ECR 1979, p. 1629; caso 152/84, 26.2.1986 (*Marshall*), ECR 1986, p. 723; Caso 22/84, 15.5.1986 (*Johnson*), ECR 1986, p. 1651; caso C-188/89, 12.7.1990 (*Foster*), Rec. 1990, p. 3344. Os requisitos do efeito directo das normas comunitárias (clareza, precisão e preceptividade, suficiência e completude, incondicionalidade, e aptidão para a criação de direitos subjectivos para os particulares) têm sido interpretados, no que respeita ao seu alcance, como gerando apenas efeito directo vertical, isto é, os particulares apenas poderão invocar num tribunal nacional os seus direitos conferidos pela norma comunitária com efeito directo contra qualquer autoridade pública.

acresce o princípio da responsabilidade do Estado-membro por danos causados a indivíduos pela não transposição ou deficiente transposição das directivas.⁹⁰ De extrema importância quanto ao valor jurídico das directivas é, ainda, o *princípio da interpretação da lei nacional segundo a letra e o espírito da directiva*. Ainda nas palavras do Tribunal de Justiça, “na aplicação da lei nacional [...] os tribunais nacionais devem interpretar as suas leis nacionais à luz da letra e do fim da directiva em ordem a alcançar o resultado referido no número 3 do artigo 189. [...] Compete ao tribunal nacional interpretar e aplicar a legislação adoptada na transposição da directiva em conformidade com os requisitos do direito comunitário, na medida em que o possa fazer segundo a lei nacional”⁹¹. Posteriormente o critério foi reafirmado em termos de a interpretação da lei nacional segundo a directiva dever ser feita em conformidade com resultado visado por aquela.⁹²

Além disso, interessa saber em que termos tem a Comunidade competência para adoptar instrumentos de harmonização destinados à defesa do consumidor. Segundo o Tratado (de Roma) que Institui a Comunidade Europeia, na versão actualizada pelo Tratado de Amesterdão, a Comunidade tem competência para cuidar da protecção dos consumidores (vide arts. 3.^o⁹³, 95^o⁹⁴ e, em especial, o *artigo 153*⁹⁵ que compõe o Título XIV (ex-Título XI) relativo expressamente à defesa dos consumidores). Segundo a interpretação que fazemos do direito comunitário primário do consumidor, podemos enunciar cinco princípios cardinais:

1.^o - o princípio da competência comunitária para adoptar medidas directamente destinadas à defesa dos consumidores;

2.^o - o princípio do dever de considerar as questões de defesa dos consumidores no que respeita a outras matérias não directamente levadas a cabo para o efeito;

⁹⁰ Caso C-6,9/90 (*Francovich*), CMLR 1992, p. 557.

⁹¹ Caso 14/83, 10.4.1984 (*Sabine*), ECR 1984, p. 1909.

⁹² Caso C-106/89, 13.11.1990 (*Marleasing*), Rec. 1990, I, p. 4157.

⁹³ Artigo 3.^o - 1. Para alcançar os fins enunciados no artigo 2.^o (fins da comunidade: em especial mercado único e união económica e monetária), a acção da Comunidade implica, nos termos do disposto e segundo o calendário previsto no presente Tratado: t) Uma contribuição para o reforço da defesa dos consumidores.

⁹⁴ Artigo 95.^o (ex-artigo 100.^o-A) (...). 3. A Comissão, nas suas propostas previstas no n.^o 1 em matéria de saúde, de segurança, de protecção do ambiente e de defesa dos consumidores, basear-se-á num nível de protecção elevado, tendo nomeadamente em conta qualquer nova evolução baseada em dados científicos. No âmbito das respectivas competências, o Parlamento Europeu e o Conselho procurarão igualmente alcançar esse objectivo.

⁹⁵ Artigo 153.^o (ex-artigo 129.^o-A) - 1. A fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a Comunidade contribuirá para a protecção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses. 2. As exigências em matéria de defesa dos consumidores serão tomadas em conta na definição e execução das demais políticas e acções da Comunidade. 3. A Comunidade contribuirá para a realização dos objectivos a que se refere o n.^o 1 através de: a) Medidas adoptadas em aplicação do artigo 95.^o no âmbito da realização do mercado interno; b) Medidas de apoio, complemento e acompanhamento da política seguida pelos Estados-Membros. 4. O Conselho, deliberando nos termos do artigo 251.^o e após consulta ao Comité Económico e Social, adoptará as medidas previstas na alínea b) do n.^o 3. 5. As medidas adoptadas nos termos do n.^o 4 não obstam a que os Estados-Membros mantenham ou introduzam medidas de protecção mais estritas. Essas medidas devem ser compatíveis com o presente Tratado e serão notificadas à Comissão.

3.º - o princípio da prossecução de um elevado nível de defesa dos consumidores em matéria de harmonização dos padrões normativos;

4.º - o princípio da harmonização mínima ou da não harmonização completa, uma vez que os Estados-Membros podem adoptar medidas de protecção mais estritas;

5.º - o princípio de que as medidas nacionais de protecção do consumidor devem estar de acordo com o direito comunitário primário, no sentido de não serem desnecessárias, inadequadas e desproporcionais em relação ao fim de protecção do consumidor, constituindo assim uma restrição injustificada às liberdades do mercado único (*rule of reason*).⁹⁶

§ 9. Controlo das restrições à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno

Em vista disto, parece-nos que se deve reconhecer a existência de uma *margem de aplicação* do referido procedimento de controlo apertado aos actos da legislação nacional de aplicação dos instrumentos comunitários que consagram medidas de protecção do consumidor mais exigentes do que a harmonização mínima de tais instrumentos. Com efeito, o art. 1.º, 3, da directiva estabelece a *complementaridade* das regras que prescreve relativamente ao direito comunitário do consumidor e aos actos de legislação nacional de aplicação desse direito, ressalvando todavia que não poderão ter por efeito *restringir a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação*.

Articulando esta ressalva com o *procedimento de controlo apertado* da conformidade das medidas restritivas com o direito comunitário, poderá a Comissão considerar que um acto de legislação nacional que consagre uma medida de protecção do consumidor mais elevada do que o mínimo previsto no instrumento comunitário que transpõe se mostre contrário ao direito comunitário, ao restringir injustificadamente a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação. Vale isto por dizer que *a especial natureza* dos serviços da sociedade da informação poderá justificar que os actos de legislação nacional que consagram medidas de protecção do consumidor mais elevadas do que os mínimos garantidos pelos instrumentos de harmonização comunitária possam ser considerados contrários ao direito comunitário. Pense-se, no quadro da legislação portuguesa, nos exemplos acima referidos (prazo do direito de livre resolução do consumidor nos contratos à distância, proibição de cláusulas que imponham ao consumidor o recurso à

⁹⁶ Na síntese do Tribunal de Justiça (acórdão de 30 de Novembro de 1995, Gebhard, proc.º C-55/94, Col. p. I-4165, cit. *in O comércio electrónico em Portugal*, cit., p. 137), "as medidas nacionais susceptíveis de afectar ou de tornar menos atraente o exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado devem preencher quatro condições: aplicarem-se de modo não discriminatório, justificarem-se por razões imperativas de interesse geral, serem adequadas para garantir a realização do objectivo que prosseguem e não ultrapassarem o que é necessário para atingir esse objectivo."

contratação electrónica, exigência de confirmação da encomenda como condição da sua definitividade).

Poderá a Comissão considerar que a aplicação destas normas aos serviços da sociedade da informação se traduz numa restrição injustificada da livre prestação deste tipo de serviços no mercado interno, apesar de serem adoptadas em actos de legislação nacional que transpõem instrumentos comunitários de harmonização mínima?

Em abstracto, inclinamo-nos para a resposta afirmativa, na medida em que tais actos integram o domínio coordenado da directiva sobre comércio electrónico. Pense-se, nomeadamente, no entrave que representa a proibição de cláusulas que imponham ao consumidor o recurso à contratação electrónica nas situações de comércio electrónico directo; de igual modo, também nos parece problemática a exigência de confirmação da encomenda como condição da sua definitividade.

Com efeito, não estamos seguros de que a protecção do consumidor seja razão justificativa suficiente dos efeitos restritivos à liberdade de prestação de serviços potencialmente produzidos por tais regras. Em todo o caso, da decisão da Comissão caberá recurso para as instâncias judiciais comunitárias. Isto não significa que à Comissão seja atribuída apenas uma *função adaptadora e correctiva* das legislações nacionais do direito do consumidor às *exigências próprias* dos serviços da sociedade da informação. Com efeito, o art. 21.º incumbe a Comissão de elaborar um *relatório* sobre eventuais lacunas de legislação neste domínio. De resto, logo no considerando 65 se diz que a Comissão irá analisar em que medida as regras de defesa do consumidor existentes facultam uma protecção adequada no contexto da sociedade da informação, identificando, quando necessário, as possíveis *lacunas* dessa legislação e os aspectos em relação aos quais poderão vir a ser necessárias medidas adicionais; se necessário, a Comissão deverá apresentar propostas específicas adicionais destinadas a preencher as lacunas assim identificadas.⁹⁷

Além disso, o próprio *acervo comunitário* do direito do consumidor parece estar sujeito ao procedimento de controlo apertado da comissão⁹⁸. A este respeito é de destacar a

⁹⁷ Esta incumbência de a Comissão analisar as lacunas de legislação em matéria de protecção do consumidor no comércio electrónico é adoptada tendo em conta a Resolução do Conselho de Ministros, de 19 de Janeiro de 1999, sobre os *aspectos relativos ao consumidor na sociedade da informação*, a qual salientou que a defesa dos consumidores merecia uma atenção especial neste domínio. Em conformidade, o art. 21.º, 1, dispõe que antes de 17 de Julho de 2003 e, seguidamente, de dois em dois anos, a Comissão apresentará ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social um relatório sobre a aplicação da presente directiva, acompanhado, se for caso disso, de propostas de adaptação à evolução legislativa, técnica e económica dos serviços da sociedade da informação, em especial em matéria de prevenção do crime, de protecção de menores e dos consumidores e ao adequado funcionamento do mercado interno. Dando cumprimento a esta medida, a Comissão produziu o *Primeiro relatório sobre a aplicação da Directiva 2000/31/CE COM (2003) 702 final*, de 21.11.2003.

⁹⁸ Cfr. o nosso *A protecção jurídica*, cit., p. 107. Para uma análise do acervo comunitário no domínio da defesa do consumidor, vide o Livro Verde sobre *a defesa do consumidor na União Europeia*, Comissão das

referência do considerando 53 ao mecanismo para as *acções inibitórias* em matéria de protecção dos interesses colectivos dos consumidores previsto na Directiva 98/27/CE (considerada aplicável aos serviços da sociedade da informação). Considera-se que esse mecanismo assegurará um elevado nível de protecção dos consumidores ao contribuir para a livre circulação dos serviços da sociedade da informação. Parece assim que a aplicabilidade deste mecanismo estará sujeita à ressalva de não restringir injustificadamente a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação, como refere o art. 1.º, 3. Também aqui a Comissão terá um papel relevante na procura de um *equilíbrio* entre a garantia de um “elevado nível de protecção dos consumidores” e a liberdade de circulação dos serviços da sociedade da informação, tendo em conta a *especial natureza* destes serviços e o *relevo económico e mercantil* do direito do consumidor.⁹⁹

Em suma, a directiva sobre comércio electrónico parece assentar no entendimento segundo o qual, embora a protecção dos consumidores seja matéria integrante do interesse geral de cada Estado-Membro, as leis nacionais de defesa dos consumidores, na medida em que façam parte do domínio coordenado, estarão sujeitas ao escrutínio da sua conformidade com o direito comunitário, atenta a especial natureza dos serviços da sociedade da informação e em ordem a assegurar a liberdade de prestação destes serviços no mercado interno, ainda que tais actos de legislação nacional tenham sido adoptados em conformidade com instrumentos comunitários de harmonização mínima. De resto, parece que os próprios actos comunitários de harmonização do direito do consumo estarão sujeitos a esse escrutínio, como sucede relativamente a eventuais abusos das acções inibitórias.

§ 10. Balanço

A abordagem algo «maximalista» adoptada pelo diploma de transposição poderá comprometer algumas das suas medidas complementares de protecção do consumidor no que respeita à sua conformidade com o direito comunitário. Além disso, em termos de *política legislativa*, a transposição da directiva não terá sido especialmente sensível ao efeito económico do princípio do controlo no país de origem, que se traduz em os prestadores de serviços da sociedade da informação se estabelecerem tendencialmente nas ordens jurídicas internas que lhes ofereçam um *ambiente jurídico* mais favorável. Neste cenário de possível concorrência entre os Estados-Membros ao nível da adequação

Comunidades Europeias, Bruxelas, 2.10.2001, COM(2001) 531 final. Veja-se ainda sobre os instrumentos comunitários no domínio do direito privado a Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre o *Direito Europeu dos Contratos*, Bruxelas, 11.07.2001, COM(2001) 398 final.

⁹⁹ Cfr. o nosso *Comércio electrónico*, cit., pp. 77-8.

dos seus padrões normativos do consumo às exigências próprias dos serviços da sociedade da informação, não é certo que o diploma de transposição tenha tido especialmente em conta o relevante papel que o direito do consumidor assume, enquanto factor estratégico, na regulação do comércio electrónico, considerando a sua natureza marcadamente económica e mercantil, no sentido do desenvolvimento da economia digital e da promoção do estabelecimento de empresas prestadoras de serviços da sociedade da informação na ordem jurídica interna.

Prudência legislativa, certamente. Contudo, receamos que não tenha sido aproveitada a obrigação de transpor a directiva para proceder a uma adequação do nosso corpo legislativo às exigências próprias e específicas do comércio electrónico e da sociedade da informação, em especial no domínio do direito do consumidor, tendo em conta a sua importância estratégica. Com efeito, o complemento de protecção que é concedido aos consumidores na ordem jurídica portuguesa, por referência aos padrões comunitários, poderá não favorecer o desenvolvimento do comércio electrónico e da chamada economia digital, tanto mais quanto se considerar o grau de incerteza quanto à sua conformidade com o direito comunitário e o facto de dificilmente integrarem o núcleo de tutela constitucional do consumidor. Ora, não havendo comércio electrónico, de que serve aí a protecção do consumidor? É caso para perguntar: protecção ou proteccionismo? Com efeito, parece ser válida também aqui a expressão de W. Pool: "In this field, more than most, one man's consumer protection is another man's proteccionism."¹⁰⁰

Abstract: This paper addresses several legal issues of electronic contracts in the context of internet business environment. In special, it focuses on the freedom of contract in the context of electronic commerce, according to the regulatory framework provided by the European directive on electronic commerce and the implementing Portuguese legislation. Special concerns refer to the conclusion of electronic contract by electronic means, electronic signatures and certification, and consumer protection in e-contracts. It is argued whether Portuguese legislation complies with Community law on the freedom to provide information society services in the internal market by providing additional measures of consumer protection. Moreover, it is also argued whether Portuguese legislation has successfully established a legal framework that improves e-commerce.

¹⁰⁰ Cfr. o nosso *A construção jurídica do mercado único dos seguros*, in Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2002, p. 89, em nota.