

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DO DIREITO INTELECTUAL

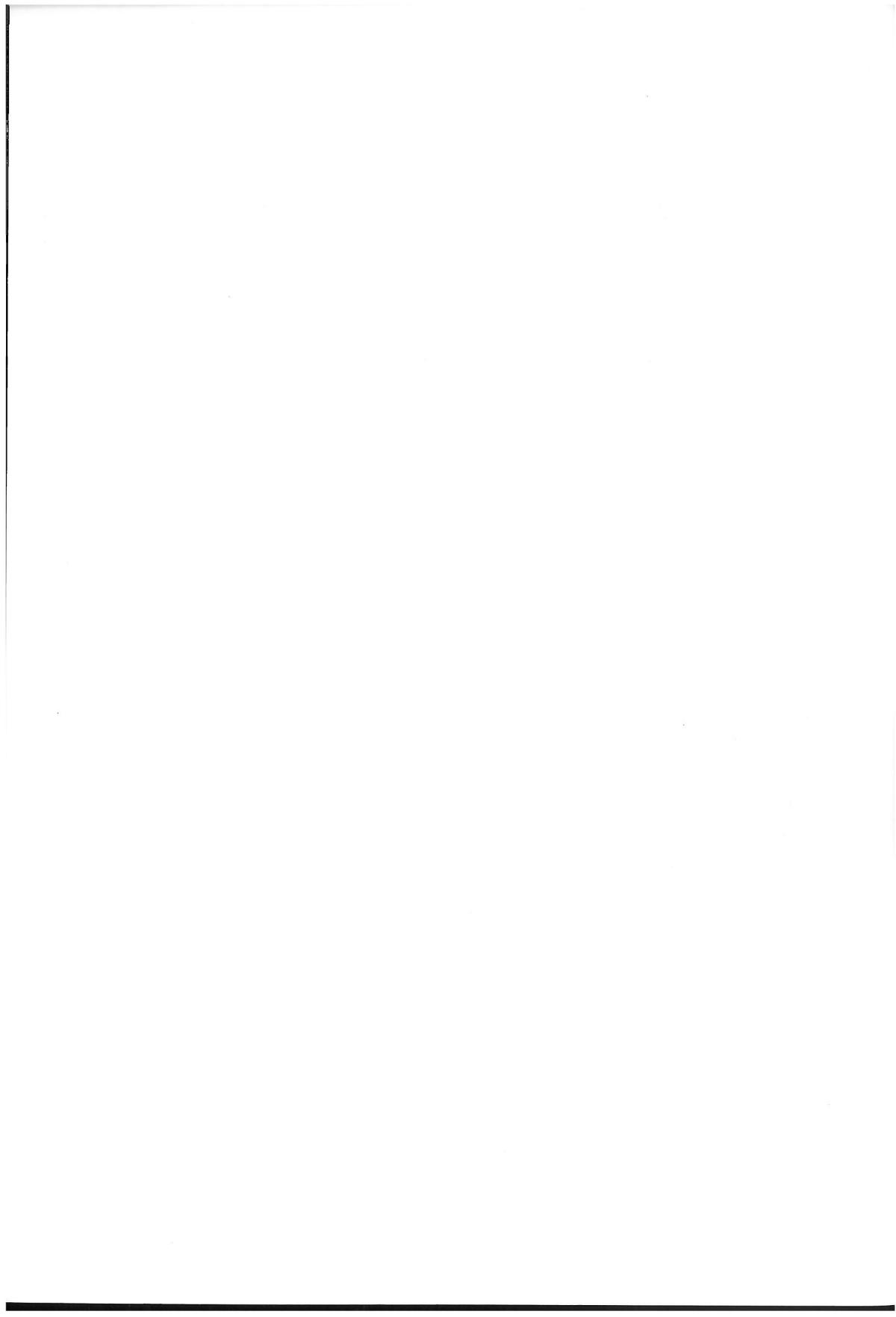
# DIREITO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

SEPARATA DO VOLUME VI



Coimbra Editora

2006



# A CONTRATAÇÃO ELECTRÓNICA AUTOMATIZADA (\*)

DAVID DE OLIVEIRA FESTAS

Assistente Estagiário da Faculdade de Direito  
da Universidade de Lisboa

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Natureza jurídica da declaração automatizada. 3. Momento da celebração do contrato. 4. Erro humano e defeito de máquina no processo de emissão e de transmissão da declaração negocial automatizada. 4.1. Notas preliminares. 4.2. Erro de programação de máquina. 4.3. Defeito de funcionamento de máquina. 4.4. Transmissão deformadora de declaração. 5. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

Foi-nos sugerido que tratássemos nesta conferência do tema “A Contratação Electrónica”.

A nossa intervenção, que ocupará aproximadamente os próximos 60 minutos, não poderia naturalmente incidir sobre todas as questões que este tema suscita.

Impunha-se uma delimitação, e por isso optámos, antes de mais, por não tratar de matérias que serão analisadas em outras sessões deste curso de pós-graduação, designadamente as sessões que incidem sobre os contratos celebrados por consumidores na *Internet* ou a assinatura digital e certificação e, depois, por analisar apenas algumas questões relativas à contratação electrónica automatizada, porque só essa constitui verdadeiramente um desvio à con-

---

(\*) O presente texto corresponde, com ligeiras alterações, à exposição proferida no dia 6 de Dezembro de 2004 no âmbito do VIII Curso de Pós-Graduação sobre Direito da Sociedade da Informação, organizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e pela Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Foram tomadas em consideração a doutrina, a jurisprudência, a legislação e outra documentação publicadas até Novembro de 2004.

tratação tradicional e julgamos que era nessa que se estaria pensando quando nos foi sugerido que tratássemos o tema da contratação electrónica.

A nossa exposição será essencialmente dividida em três partes.

Num primeiro momento, analisaremos a natureza jurídica da declaração automatizada <sup>(1)</sup>.

Num segundo momento, procuraremos tratar da questão do momento da celebração do contrato, examinando em particular as disposições relevantes do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro <sup>(2)</sup>.

Num terceiro momento, teceremos algumas considerações sobre o erro humano e defeito de máquina no processo de emissão e de transmissão da declaração negocial automatizada.

Ainda como introdução à temática da contratação electrónica automatizada, e antes de avançarmos para o problema da natureza jurídica de declaração automatizada, parece-nos fundamental clarificar o conceito de contratação electrónica automatizada.

Quando nos referimos amplamente à contratação electrónica estamos pensando na celebração de contratos em que as declarações de vontade das partes são transmitidas mediante o recurso a meios electrónicos ou telemáticos <sup>(3)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> De uma perspectiva puramente metodológica deve-se, em primeiro lugar, examinar o regime de uma figura jurídica e apenas posteriormente, partindo desse regime, questionar a respectiva natureza. Tratando-se porém de uma conferência proferida em curso de pós-graduação, versando sobre algumas das principais questões suscitadas em tema de contratação electrónica automatizada, entendemos que, para uma exposição mais compreensível da matéria, o exame dos diversos aspectos de regime que decidimos analisar deveria ser precedido de uma reflexão óptica e estática sobre a natureza jurídica da declaração automatizada.

<sup>(2)</sup> Daqui em diante abreviadamente designado por D.L. 7/2004.

<sup>(3)</sup> Sobre o conceito de contratação electrónica *vd.*, entre outros, JOCHEN TAUPITZ/THOMAS KRITTER, *Electronic Commerce — Probleme bei Rechtsgeschäften im Internet*, in *Juristische Schulung*, 9, 1999, p. 839-846 (839); FRANCISCO XAVIER GARCÍA MÁZ, *Comercio Y Firma Electrónicos, Análisis Jurídico de Los Servicios de La Sociedad de La Información*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 28; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 151 ss.; PAULA COSTA E SILVA, *A Contratação automatizada*, in *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 289-305 (290). O conceito de contratação electrónica pode ser ampliado ou restringido em função dos meios tecnológicos utilizados. Amplamente, dir-se-á que para que haja contratação electrónica basta que as declarações de vontade sejam transmitidas por meios electrónicos. Cfr. PAULA COSTA E SILVA, *A Contratação automatizada*, *cit.*, p. 290. Neste sentido, a contratação por intermédio de fax deve ser entendida como um tipo de contratação electrónica. Todavia, alguma doutrina defende (sem resultados práticos significativos) um conceito de contratação electrónica mais restritivo, qualificando como electrónicos apenas os contratos celebrados com recurso a meios tele-

A contratação electrónica, entendida em sentido amplo, pode ser levada a cabo com intervenção humana contemporânea da celebração do negócio jurídico ou sem essa intervenção humana contemporânea: no primeiro caso, trata-se de uma contratação electrónica em sentido estrito; no segundo caso, está em causa uma contratação electrónica automatizada <sup>(4)</sup>.

Na contratação electrónica em sentido estrito (que é, em regra, a que se efectua por correio electrónico) <sup>(5)</sup>, os aparelhos electrónicos funcionam como puros meios de comunicação, podendo estas situações ser equiparadas à negociação realizada por correio postal ou telefone <sup>(6)</sup>.

As declarações de vontade são aqui formuladas pelas partes e os meios electrónicos servem apenas como meios de comunicação <sup>(7)</sup>, celebrando-se o contrato com intervenção humana contemporânea.

Esta contratação electrónica em sentido estrito suscita sobretudo problemas quanto à forma, prova e segurança das transacções <sup>(8)</sup>, mas não apre-

---

máticos e não meramente electrónicos, o que exclui a contratação por fax do quadro da contratação electrónica. Neste sentido *vd.* ÁNGEL FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, *Aspectos Fundamentales de la Contratación Electrónica*, in *Comercio Electrónico en Internet*, José António Gómez Segade (coord.), Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2001, p. 263-267 (264-265).

<sup>(4)</sup> No mesmo sentido, PAULA COSTA E SILVA, *A Contratação automatizada*, cit., p. 290. Independentemente de, do ponto de vista substancial, a literatura jurídica distinguir de modo quase unísono os dois tipos de contratação, não se encontra uniformidade terminológica. Com um enquadramento terminológico diferente do nosso *vd.*, por exemplo, PEDRO ALBERTO DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho Privado de Internet*, 3.<sup>a</sup> edição, Civitas, Madrid, 2002, p. 332, entendendo que nos quadros da contratação electrónica em sentido amplo dever-se-á distinguir a contratação electrónica em sentido estrito (correspondente à contratação automatizada) da contratação por meios electrónicos.

<sup>(5)</sup> Muito embora não se trate de uma funcionalidade usual, o correio electrónico pode também constituir um instrumento ao serviço da contratação electrónica automatizada.

<sup>(6)</sup> CRISTOPH GLATT, *Vertragsschluss im Internet*, Nomos, Baden-Baden, 2002, p. 32.

<sup>(7)</sup> Como observam TAUPITZ/KRITTER, *Electronic Commerce — Probleme bei Rechtsgeschäften im Internet*, cit., p. 839, e PAULO MOTA PINTO, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995, p. 415, nota 444.

<sup>(8)</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, Vol. I (*Conceito. Fontes. Formação*), 2.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2003, p. 137. Sobre estas matérias *vd.*, entre outros, PAULA COSTA E SILVA, *Transferência electrónica de dados: a formação dos contratos (o novo regime jurídico dos documentos electrónicos)*, in *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 201-228 (222-223); MICHEL JACCARD, *Problèmes juridiques liés à la sécurité des transactions sur le réseau*, disponível em [http://www.sig-nelec.com/content/download/articles/art\\_m\\_jaccard.pdf](http://www.sig-nelec.com/content/download/articles/art_m_jaccard.pdf) (recolhido Outubro 2004), p. 2 ss.; e LUÍS FILIPE RANGEL SÁNCHEZ, *A formação dos contratos*, in *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 69-93 (88-90).

senta especialidades significativas relativamente à formação da vontade negocial, e por isso não nos ocuparemos dessa matéria.

Na contratação electrónica automatizada, feita com recurso ao *Electronic Data Interchange* (EDI) ou aos agentes electrónicos <sup>(9)</sup>, a situação é

---

<sup>(9)</sup> O EDI, também designado entre nós sob a sigla TED, Transferência Electrónica de Dados (vd. PAULA COSTA E SILVA, *Transferência electrónica de dados*, cit., p. 201-228, e MIGUEL PUPPO CORREIA, *Problemas Jurídicos da Transferência Electrónica de Dados (EDI)*, in *Revista Electrónica de Derecho Informático*, n.º 13, disponível em <http://www.alfa-redi.org/revista/data/14-8.asp> — recolhido Setembro 2004), representou o primeiro passo da contratação electrónica automatizada, dado há mais de três décadas (vd., já em 1970, o estudo de WILHELM STEINMÜLLER, *EDV und Recht, Einführung in die Rechtsinformatik*, J. Schweitzer, Berlin, 1970, sobretudo as p. 99 ss.).

O EDI pode ser definido como um sistema de intercâmbio de informação comercial entre computadores, processado de modo estandardizado. O funcionamento dos sistemas EDI reveste diversas características (vd. ROSA JULIÀ BARCELÓ, *Comercio electrónico entre empresarios, La formación y prueba del contrato electrónico (EDI)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 38 ss., e JOHN P. FISCHER, *Computers as agents: A proposed Approach to Revised U.C.C. Article 2*, in *Indiana Law Journal*, 1997, p. 545-570 (547 ss.)): em primeiro lugar, o intercâmbio de dados comerciais processa-se em formato normalizado ou estandardizado (a forma da mensagem que se envia não é livre, ao contrário do que, em princípio, sucede no envio de declarações por carta, fax ou correio electrónico, mas antes obedece a uma estrutura criada por organismos internacionais normalizadores); em segundo lugar, os dados constantes das mensagens são processados mediante o recurso a informações constantes do sistema (o conteúdo da mensagem é, em regra, automaticamente elaborado e a própria decisão de enviar a mensagem pode, também, ser automaticamente determinada em conformidade com as instruções constantes da programação — é a designada *decisão electrónica*); por último, e em terceiro lugar, no EDI a comunicação de mensagens é efectuada mediante o recurso a redes de telecomunicações.

A contratação electrónica automatizada surgiu associada ao EDI e à dispendiosa tecnologia que desde o início lhe esteve associada, em sectores económicos específicos, no âmbito de relações comerciais pré-determinadas e fixas, operando em redes fechadas (com um número limitado de participantes) e, sobretudo, mediante a celebração de complexos acordos de intercâmbio (*interchange agreements*), que desde os primórdios do EDI se encarregaram de regular diversos aspectos da contratação, como o envio, a recepção e a responsabilidade pelos erros nas mensagens transmitidas (o que, entre outros motivos, explica a escassa litigância judicial associada ao EDI, como assinalam STEPHEN MIDDLEBROOK/JOHN MULLER, *Thoughts on Bots: The Emerging Law of Electronic Agents*, in *The Business Lawyer*, Vol. 56 (Novembro 2000), p. 341-373 (347)).

Com o desenvolvimento da tecnologia EDI foram recomendados, por instituições nacionais e internacionais, diversos modelos de acordo de intercâmbio. Assim nasceram, designadamente: o Modelo Europeu de Acordo de EDI; as regras UNCID (*Uniform Rules of Conduct for Interchange of Trade Data by Teletransmission*) da Câmara de Comércio Internacional (disponíveis em [http://www.unece.org/trade/untdid/texts/d220\\_d.htm](http://www.unece.org/trade/untdid/texts/d220_d.htm) — visitado Setembro 2004); o *Model Trading Partner Agreement* da *American Bar Association* (que

resultou de um trabalho conjunto desenvolvido por diversas pessoas e entidades, coordenado pela *Electronic Messaging Services Task Force* e pelo *Subcommittee on Electronic Commercial Practices*, ambos dependentes do *Committee on the Uniform Commercial Code da American Bar Association*; o *EDI-Modellvertrag* (que tem na sua origem fundamentalmente o Projecto de Investigação ELTRADO — *Elektronische Transaktion von Dokumenten zwischen Organisationen* — dirigido, na Universidade de Hannover, por Wolfgang Killian); e a Lei-modelo da CNUDCI (Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional) sobre o comércio electrónico (LCNUDCI — sobre esta lei *vd.*, designadamente, SAMTANI ANIL, *An Overview of the Law of Internet Commerce and an Introduction to the Law of Software Agents*, in *The EDI Law Review*, 8, 2001, p. 1-36 (18 ss.), e PAULA COSTA E SILVA, *Transferência electrónica de dados*, cit., p. 219 ss.).

A contratação electrónica automatizada realizada através do recurso à tecnologia EDI tem sido extraordinariamente relevante na indústria automóvel, no sector da distribuição, na negociação em bolsa (*vd.* DAVID D. WONG, *The Emerging Law of Electronic Agents: e-commerce and Beyond...*, in *Suffolk University Law Review*, Vol. XXXIII (1999), p. 83-106 (90)), na actividade bancária e seguradora, e em muitos outros sectores económicos. No entanto, na sequência de múltiplos desenvolvimentos tecnológicos, a contratação electrónica automatizada não se desenvolve hoje apenas com base no EDI mas é também efectuada mediante o recurso aos designados agentes electrónicos ou agentes inteligentes.

Por agentes electrónicos designam-se os dispositivos electrónicos ou programas de *software* capazes de actuar materialmente de forma automática (sem intervenção humana contemporânea), de acordo com critérios constantes da sua programação, e em interacção com outros dispositivos electrónicos (quer tomando a iniciativa de agir, quer reagindo a estímulos recebidos). De entre os traços distintivos dos agentes electrónicos relativamente a outros dispositivos electrónicos destacam-se as suas capacidades de actuação automática ou autónoma (*autonomy*), de interacção social (*social ability*), de reacção a estímulos (*reactivity*), e de iniciativa de acção (*proactivity*) (sobre estas e outras características dos agentes electrónicos *vd.* IAN R. KERR, *Providing for Autonomous Electronic Devices in the Uniform Electronic Commerce Act, 2002*, disponível em <http://www.ulcc.ca/en/cls/index.cfm?sec=4&sub=4f> — recolhido Setembro 2004 —, ponto 1).

Os agentes electrónicos, em tempos limitados aos quadros da investigação e desenvolvimento da inteligência artificial, surgem hoje como um instrumento fundamental do comércio electrónico. A sua versatilidade permite-lhes desempenhar diversas funções da máxima utilidade no quadro negocial, com destaque para a assinatura electrónica de documentos, o cumprimento de obrigações contratuais ou a negociação de contratos. Em conformidade com a sua funcionalidade e autonomia, os agentes electrónicos podem ser divididos em diversos tipos, distinguindo-se assim categorias como os *filtering agents*, os *search agents*, os *shopping agents*, os *system management agents*, os *assistant agents*, os *broker agents* ou os *user interface agents*.

Por ora, importa destacar que ao serviço do consumidor podem encontrar-se fundamentalmente duas categorias de agentes electrónicos: os agentes electrónicos de busca e os agentes electrónicos “decisórios”.

Os agentes electrónicos de busca auxiliam o consumidor na decisão de compra. Pretendendo-se a aquisição de um determinado produto, estes procuram na *Internet* sítios em que tal produto se encontre à venda, apresentando em seguida uma grelha de preços. Independentemente dos agentes electrónicos de busca actuarem com significativo grau de autonomia, o seu enquadramento jurídico não se afigura particularmente problemático já que se

diferente. Neste caso, os contratos são formados e celebrados, pelo menos de uma das partes, através do recurso a autómatos, isto é, sem que se veri-

---

limitam a participar na busca do produto sem, porém, intervirem directamente na contratação. É mais complexo o enquadramento de agentes como o *Kasbah* ou o *Tete-a-Tete (T@T)*, desenvolvidos pelo *Massachusetts Institute of Technology (MIT)*, que se apresentam como agentes electrónicos “decisórios”, isto é, em que o agente electrónico não se limita a fazer uma comparação dos produtos (deixando ao consumidor a decisão sobre a celebração do negócio), mas antes adquire automaticamente os produtos em causa, sem intervenção humana contemporânea da celebração do negócio.

Para além dos agentes electrónicos que operam ao serviço do consumidor, importa ainda considerar os agentes electrónicos que auxiliam os prestadores de serviços e vendedores de bens que actuam na *Internet*, e que desempenham hoje um papel de inquestionável importância nos quadros do comércio electrónico desenvolvido na *World Wide Web*. Na verdade, com a difusão na *Internet* de sítios de vendas de bens e de prestação de serviços de todo o tipo, acessíveis a qualquer hora, cedo se tornou evidente que dificilmente se poderia manter uma estrutura capaz de  *pessoalmente* se encarregar de todas as transacções *on-line*. Surgiram assim os agentes electrónicos como interlocutores rígidos e empedernidos do consumidor comum, com os quais o consumidor forçosamente tem de “interagir” caso pretenda efectuar uma transacção pela *Internet*. Os agentes electrónicos podem ser programados para realizarem praticamente todas as funções necessárias para que o negócio jurídico entre o consumidor e o explorador do sítio seja celebrado.

Assim, tratando-se de um sítio de compra e venda de bens, os agentes electrónicos, entre outras actividades: registam todas as aquisições que o consumidor realiza no sítio; elaboram uma lista de produtos que preferencialmente o consumidor quererá adquirir, recomendando essa aquisição; efectuam todos os passos necessários para que a transacção se realize; enviam um aviso de recepção da ordem e o prazo em que previsivelmente a encomenda será entregue.

Estando em causa, por exemplo, um sítio de uma agência de viagens, o agente electrónico poderá, entre outras funções para seja programado: sugerir locais a visitar em função do perfil do consumidor; estabelecer tabelas de preferência; e, pretendendo o cliente viajar para determinado destino, o agente electrónico poderá ainda, de acordo com instruções do cliente, marcar o bilhete de avião, reservar alojamento, alugar um meio de transporte no destino, enviar digitalmente um mapa e um guia do destino de férias ou até reservar imediatamente uma excursão no local de destino.

Importa acentuar que a contratação electrónica automatizada que é hoje realizada na *Internet* mediante o recurso a agentes electrónicos se distingue significativamente daquela que se realizava nos primórdios do EDI: em primeiro lugar, com a vulgarização da *Internet* e o paralelo desenvolvimento dos agentes electrónicos, a contratação electrónica automatizada passou a realizar-se, ao contrário do que antigamente sucedia, no âmbito de relações contratuais esporádicas, em que as partes frequentemente não se conhecem; em segundo lugar, a contratação electrónica automatizada opera sem recurso a tecnologias dispendiosas (basta um computador pessoal), em rede aberta, *maxime* na *World Wide Web* e, sobretudo, sem a prévia celebração dos mencionados acordos de intercâmbio, deixando assim por resolver diversos problemas que a contratação electrónica automatizada poderá suscitar e que, na ausência de um regime especial e de um acordo de intercâmbio que o supra, terão de ser solucionados mediante a aplicação de disposições gerais.

fique uma intervenção humana contemporânea da celebração do negócio jurídico. O computador não se limita agora a transmitir as declarações negociais e verdadeiramente participa na emissão dessas mesmas declarações.

Esta distinção entre a contratação electrónica em sentido estrito e a contratação electrónica automatizada reflecte-se na terminologia utilizada para as respectivas declarações negociais.

Assim, deve distinguir-se a declaração electrónica de vontade ou a declaração de vontade electronicamente transmitida, que diz respeito à contratação electrónica em sentido estrito, da declaração automatizada, relativa à contratação electrónica automatizada <sup>(10)</sup>.

No âmbito da contratação electrónica automatizada cumpre fazer ainda uma distinção, importante, entre a contratação electrónica unilateralmente automatizada, isto é, a contratação electrónica em que numa das partes se encontra um autómato e na outra parte uma pessoa, e a contratação electrónica multilateralmente automatizada, isto é, em que não haja, de qualquer uma das partes, intervenção humana contemporânea da celebração do negócio.

Feitas estas clarificações terminológicas relativamente à contratação electrónica automatizada, analisemos algumas das múltiplas questões que suscita.

## 2. NATUREZA JURÍDICA DA DECLARAÇÃO AUTOMATIZADA

A questão que se coloca a propósito da natureza jurídica da declaração automatizada consiste em saber se esta é uma declaração de vontade

---

<sup>(10)</sup> Assim, TAUPITZ/ KRITTER, *Electronic Commerce — Probleme bei Rechtsgeschäften im Internet*, cit., p. 839; HANS-MARTIN PAWLOWSKI, *Allgemeiner Teil des BGB, Grundlehren des Bürgerlichen Rechts*, 6.ª edição, C.F. Müller, Heidelberg, 2000, § 4 II 1 (373), p. 175; e MATHIAS KUHN, *Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation, Zurechenbarkeit und Haftung*, C.H. Beck, München, 1991, p. 56-57, defendendo a distinção entre a *elektronische Willenserklärung* e a *automatisierte Willenserklärung*. A utilização das expressões *declaração automatizada de vontade* ou *declaração de vontade automatizada*, corrente na literatura jurídica alemã, deve ser evitada. Na realidade, independentemente da posição que se venha a defender sobre a natureza jurídica da declaração automatizada, tais expressões traduzem o pré-entendimento de que a declaração automatizada deve ser qualificada como declaração de vontade. Assim, acolher-se-á a expressão neutral declaração automatizada.

e, conseqüentemente, se a designada contratação electrónica automatizada, resultante da conformidade entre declarações automatizadas, deve ser rigorosamente qualificada como contratação <sup>(11)</sup>.

Um grupo de autores, minoritário, nega que as declarações automatizadas sejam declarações de vontade <sup>(12)</sup>.

A generalidade da doutrina considera, no entanto, que as declarações automatizadas são autênticas declarações de vontade, configurando assim a contratação electrónica automatizada um caso de verdadeira contratação <sup>(13)</sup>.

---

<sup>(11)</sup> Trata-se de uma questão que tem sido igualmente analisada no Direito Público (designadamente no Direito administrativo), quanto à natureza dos actos administrativos produzidos e transmitidos através de sistemas EDI. *Vd.* HELMUT REDEKER, *Geschäftsabwicklung mit externen Rechnern im Bildschirmtextdienst*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 42, 1984, p. 2390-2394 (2391), e WERNHARD MÖSCHEL, *Dogmatische Strukturen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 186, 1986, p. 185-236 (195), bem como a bibliografia aí referenciada.

<sup>(12)</sup> Os primeiros representantes desta orientação foram WERNER SUSAT/G. STOLZENBURG, *Gedanken zur Automation*, in *Monatschrift für Deutsches Recht*, 1957, p. 146-147, que, impressionados pela crescente automação, defenderam um novo conceito de declaração de vontade que não abrangesse as declarações automatizadas, que não poderiam ser qualificadas como verdadeiras declarações de vontade. A declaração automatizada não seria uma declaração de vontade na medida em que o computador disporia apenas de “unmenschliches Erinnerungsbild und Kombinationsvermögen” (SUSAT/STOLZENBURG, *ibidem*, p. 146). Por sua vez, também RUDOLF CLEMENS, *Die elektronische Willenserklärung — Chancen und Gefahren*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 34, 1984, p. 2001-2002, partindo de uma distinção (oriunda da Lógica e da Cibernética) entre sistemas determinísticos e probabilísticos, entende que os aparelhos de processamento automático de dados BTX (*Bildschirmtext*) se incluem fundamentalmente no segundo grupo de sistemas, configurando assim sistemas cujo carácter incerto e probabilístico não se afigura compatível com a função de autodeterminação do negócio jurídico, nem permite a qualificação das declarações emitidas como declarações de vontade. No mesmo sentido destes autores *vd.* ainda MÖSCHEL, *Dogmatische Strukturen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs*, *cit.*, p. 192 ss.

<sup>(13)</sup> Neste sentido, *vd.* HELMUT KÖHLER, *Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge insbesondere von Willenserklärungen*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1982, p. 126-171 (132-133); REIMER SCHMIDT, *Rationalisierung und Privatrecht*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 166, 1966, p. 1-29 (21); STEFAN FRIEDMANN, *Bildschirmtext und Rechtsgeschäftslehre*, Köln, 1986, p. 18 ss.; KARL LARENZ/ MANFRED WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.<sup>a</sup> edição, Verlag C.H. Beck, München, 2004, § 30 (47-49), p. 584-585; DIETER MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 8.<sup>a</sup> edição, C.F. Müller, Heidelberg, 2002, § 22 (256), p. 105; PAWLOWSKI, *Allgemeiner Teil*, *cit.*, § 4 II 2 (448), p. 209; CHRISTIAN PAEFGEN, *Forum: Bildschirmtext — Herausforderung zum Wandel der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre*, in *Juristische Schulung*, 1988, p. 592-598 (593); DIETER HERBERT SCHWÖRBEL, *Automation als Rechtstatsache des bürgerlichen Rechts*, Hamburg, 1970, p. 32, 43 e 165; e, na doutrina

Os fundamentos invocados em defesa da recondução das declarações automatizadas ao conceito de declaração de vontade são díspares.

De acordo com um primeiro grupo de autores, as circunstâncias que se encontram na base da contratação electrónica automatizada determinam uma analogia com os dispositivos de distribuição automática de bens como, por exemplo, aqueles que se encontram nas estações do metropolitano e que permitem a aquisição de chocolates <sup>(14)</sup>.

Diferentemente, um segundo grupo de autores defende que a contratação electrónica automatizada deve ser reconduzida aos quadros da representação <sup>(15)</sup>, da nunciatura ou até da *agency* <sup>(16)</sup> do *Common Law* <sup>(17)</sup> (o

---

portuguesa, nomeadamente, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 384, e, do mesmo autor, *Contratação Electrónica*, in *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 43-68 (65); ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral*, Tomo I, 2.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2000, p. 359; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1992, p. 91-92; PAULA COSTA E SILVA, *A Contratação automatizada*, cit., *passim*; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *A Responsabilidade Civil Na Negociação Informática*, in *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 229-239 (232-233); e PAULO MOTA PINTO, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente*, cit., p. 415, nota 444.

<sup>(14)</sup> Sobre esta posição *vd.* STEFAN BAUM, *Der elektronische Vertragsabschluss*, Basel, 2001, disponível em [http://pages.unibas.ch/diss/2001/DissB\\_6136.pdf](http://pages.unibas.ch/diss/2001/DissB_6136.pdf) (recolhido Setembro 2004), p. 47 ss.

<sup>(15)</sup> Neste sentido, *vd.* GIOVANNI SARTOR, *Agents in Cyberlaw*, disponível em <http://www.cirfid.unibo.it/~agsw/lea02/pp/Sartor.pdf> (recolhido Novembro 2004), ponto 3.

<sup>(16)</sup> Sobre a *agency* *vd.*, entre outros, PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Procução Irrevogável*, Almedina, Coimbra, 2002 p. 19-20.

<sup>(17)</sup> Expondo e analisando criticamente esta teoria *vd.*, entre outros, KUHN, *Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation*, cit., p. 64 ss.; LIONEL THOUMYRE, *L'échange des consentements dans le commerce électronique*, disponível em <http://www.lex-electronica.org/articles/v5-1/thoumfr.htm> (recolhido Setembro 2004), p. 12 ss.; EMILY M. WEITZENBOECK, *Electronic Agents and the Formation of Contracts*, in *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 9, n.º 3, Oxford University Press, 2001, p. 204-234 (215 ss.); JEAN-FRANÇOIS LEROUGE, *The use of electronic agents questioned under contractual law, suggested solutions on a European and American level*, 2000, disponível em <http://www.droit.fundp.ac.be/textes/lerouge2.pdf> (recolhido Setembro 2004), p. 7 ss.; e SILVIA FELIU, *Intelligent Agents and Consumer Protection*, in *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 9, n.º 3, Oxford University Press, 2001, p. 235-248 (246). O acolhimento da contratação electrónica automatizada nos quadros da *agency* encontra-se plasmado na secção 215 da *Uniform Computer Information Transactions Act* (UCITA) mas mereceu a rejeição, designadamente, do grupo de trabalho encarregue da elaboração da Convenção da CNUDCI. Sobre esta matéria *vd.* FRANCESCO DELFINI, *Contratto Telematico e Commercio Elettronico*, Giuffrè Editore, Milano, 2002, p. 23-24.

computador ou agente electrónico deveriam ser considerados como representantes, núncios ou *agents* do “utilizador” (18)).

Uma terceira orientação acentua que a contratação electrónica automatizada representa um processo negocial análogo à emissão de declarações em branco (19) ou a outras formas de divisão de tarefas (20).

Por último, alguns autores sublinham, como nos parece melhor, que os sistemas electrónicos que emitem a declaração automatizada são apenas sistemas complexos de manifestação da vontade negocial. A declaração automatizada deve ser reconduzida à vontade do seu utilizador, sendo uma autêntica declaração de vontade (21), a que deverá aplicar-se o respectivo regime, com as devidas adaptações.

A contratação electrónica automatizada tem por base uma vontade negocial, muito embora se exprima em moldes diversos de outras formas de contratação. Na contratação electrónica automatizada, a vontade negocial exprime-se fundamentalmente na programação da máquina e na sua preparação para a emissão de declarações negociais (22).

---

(18) As tentativas de compreensão do fenómeno da contratação automatizada têm conduzido a enquadramentos por vezes desarrazoados, como o que é realizado por KERR, *Providing for Autonomous Electronic Devices in the Uniform Electronic Commerce Act*, cit., ponto V. A., explorando a analogia entre os agentes electrónicos e os escravos de Roma.

(19) Neste sentido, REDEKER, *Geschäftsabwicklung mit externen Rechnern im Bildschirmtextdienst*, cit., p. 2392; KÖHLER, *Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge insbesondere von Willenserklärungen*, cit., p. 134; FRIEDMANN, *Bildschirmtext und Rechtsgeschäftslehre*, cit., p. 19; e, na doutrina portuguesa, PAULO MOTA PINTO, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente*, cit., p. 416, nota 444.

(20) Na sequência dos autores que sustentam a equiparação entre a contratação electrónica automatizada e a emissão das declarações em branco, KUHN e BAUM determinam a natureza jurídica e o regime aplicável à declaração automatizada com base na concepção da declaração automatizada como o resultado de um processo de divisão de tarefas. *Vd.* KUHN, *Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation*, cit., p. 54 ss. Nas elucidativas palavras de KUHN, *ibidem*, p. 69-70, “Diese Erklärung ohne Handlung ist End Produkt eines zeitlich gestreckten von Mensch und Maschine arbeitsteilig bewerkstelligten Prozesses: Anlagenbetreiber, Programmierer, Dateneingabepersonal und andere Hilfskräfte legen mit der Hardwareauswahl, der Programmierung und Dateneingabe die Rahmenbedingungen fest, nach denen die EDV die Erklärungen inhaltlich entwickelt, fernübermittelt oder ausdrückt und absendet”.

(21) Evidentemente, como assinalam LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, cit., § 30 (49), p. 585, não se trata de uma declaração de vontade do aparelho electrónico. No mesmo sentido, observa TITO BALLARINO, *Internet Nel Mondo Della Legge*, Cedam, Padova, 1998, p. 82, que na contratação electrónica automatizada “La volontà «vera» è quella del rappresentante dell’azienda inserita dentro la macchina e comunicata al momento prescelto...”.

(22) Neste sentido, também GLATT, *Vertragsschluss im Internet*, cit., p. 36, e PAULO MOTA PINTO, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente*, cit., p. 415-416, nota 444.

Significa isto que, em última análise, a declaração automatizada pode ser sempre reconduzida a uma vontade negocial humana, expressa na programação da máquina<sup>(23)</sup>, sendo os aparelhos electrónicos apenas formas sofisticadas de prolongamento da vontade humana<sup>(24)</sup>.

Naturalmente que a expressão da vontade negocial subjacente à contratação electrónica automatizada reveste características particulares, que devem ser sublinhadas<sup>(25)</sup>.

Em primeiro lugar, trata-se de uma vontade que não é contemporânea da celebração do negócio jurídico e que foi previamente expressa<sup>(26)</sup>.

---

(23) No mesmo sentido e, consequentemente, considerando a contratação electrónica automatizada como uma forma autêntica de contratação *vd.* MEDICUS, *Allgemeiner Teil*, cit., § 22 (256), p. 105; PAEFGEN, *Forum: Bildschirmtext — Herausforderung zum Wandel der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre*, cit., p. 592-593; KÖHLER, *Die Problematik automatisierter Rechtsgänge insbesondere von Willenserklärungen*, cit., p. 126, 132-133; ULRICH EISENHARDT, *Zum subjektiven Tatbestand der Willenserklärung*, in *JZ*, 1986, p. 875-881 (875); SCHWÖRBEL, *Automation als Rechtstatsache des bürgerlichen Rechts*, cit., p. 33 ss., 52 ss.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Contratação Electrónica*, cit., p. 65; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral*, Tomo I, cit., p. 359; PINTO MONTEIRO, *A Responsabilidade Civil Na Negociação Informática*, cit., p. 233; e PAULO MOTA PINTO, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente*, cit., p. 415-417, nota 444.

(24) MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral*, Tomo I, cit., p. 359. Como assinala KERR, *Providing for Autonomous Electronic Devices in the Uniform Electronic Commerce Act*, cit., ponto IV, foi também esta a concepção subjacente a alguns dos instrumentos de unificação, uniformização ou harmonização mais importantes sobre esta matéria, designadamente a LCNUDCI, a *Uniform Electronic Transactions Act* (UETA) e a UCITA (embora neste último caso se encontrem igualmente manifestações de uma equiparação entre a contratação electrónica automatizada e a *agency*).

(25) Alguns autores criticam a tese da recondução da declaração automatizada à vontade do declarante, por nós defendida, argumentando que esta representaria uma equiparação ficcional entre os computadores que permitem a contratação electrónica automatizada e os meios de comunicação tradicionais, como o telefone. *Vd.*, nomeadamente, THOUMYRE, *L'échange des consentements dans le commerce électronique*, cit., p. 12, e WEITZENBOECK, *Electronic Agents and the Formation of Contracts*, cit., p. 214. Contudo, a posição que sustentamos não postula essa equiparação, nem rejeita a necessidade de adaptações relativamente ao regime geral do negócio jurídico, nem mesmo nega a necessidade de criação de um regime especial. O único ponto que por ora importa analisar é se a contratação electrónica automatizada se situa ou não no universo do negócio jurídico, já que nada impede que, mesmo não se tratando de meios de comunicação idênticos aos convencionalmente utilizados, não possa estar ainda em causa uma contratação

(26) A contratação electrónica automatizada não ocorre sem intervenção humana, revelando-se assim a epígrafe do art. 33.º do D.L. 7/2004 enganadora. Todavia, a intervenção humana não se verifica no momento da celebração do negócio jurídico mas sim previamente, aquando da escolha, preparação e programação do equipamento electrónico que servirá

Em segundo lugar, e conexamente com o carácter prévio da manifestação da vontade, a vontade expressa aquando da programação pode não dizer respeito a uma situação jurídica concreta, cujo conteúdo seja absolutamente conhecido (27). A contratação electrónica automatizada efectua-se assim mediante uma vontade contratual “geral” (28), “abstracta” (29), ou “potencial” (30).

O facto de a intervenção humana ser prévia e a vontade negocial abstracta determina, é certo, um “afastamento aos princípios clássicos nesta matéria” (31), mas não significa que a contratação electrónica automatizada deva ser excluída dos quadros do negócio jurídico (32).

---

como meio de emissão das declarações negociais. SCHWÖRBEL, *Automation als Rechtstat-sache des bürgerlichen Rechts*, cit., p. 39, refere-se a este propósito a uma “antizipierten Handlungswillen”. Entre nós, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. II, cit., p. 384, acentua que na contratação electrónica automatizada o “consentimento é pré-dado”.

(27) Os aparelhos electrónicos podem ter autonomia suficiente para, através da recolha de informações e de dados, emitirem declarações cujo conteúdo concreto e minucioso não seja conhecido pelo declarante. É o que por vezes sucede no caso dos *just in time stocking systems*, habitualmente utilizados no sector de distribuição de bens e, em particular, por grandes superfícies comerciais. Neste último caso, o sistema EDI do supermercado procede a uma verificação automática dos montantes em estoque dos diversos produtos que comercializa. Encontrando-se o número de unidades em estoque de um determinado produto abaixo de um dado montante, o sistema EDI do supermercado automaticamente formula e envia para o fornecedor uma ordem de encomenda de X unidades desse mesmo produto. Por sua vez, o sistema EDI do fornecedor verifica se tem no seu estoque unidades suficientes do produto para enviar ao seu cliente. Se a resposta for positiva, envia automaticamente um aviso de recepção para o sistema EDI do supermercado a confirmar a encomenda e, internamente, ordena a sua entrega.

(28) KUHN, *Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation*, cit., p. 58.

(29) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. II, cit., p. 384.

(30) RENATO CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, Giuffrè Editore, Milano, 1985, p. 21 ss. Segundo FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, Vol. I, cit., sobretudo p. 91-92, a ideia da existência de uma vontade potencial “inserida no programa não passa de uma imagem que exclui a existência de uma vontade como processo mental subjectivo”. Todavia, tal exclusão só ocorre se o conceito de vontade acolhido for absolutamente naturalístico e psicológico, concepção que se afigura hoje ultrapassada. Vd. PAULO MOTA PINTO, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente*, cit., p. 417, nota 444.

(31) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. II, cit., p. 384.

(32) Assim, assinalando as especialidades da contratação electrónica automatizada, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Contratação Electrónica*, cit., p. 65, afirma que “não é desproporcionado afirmar que há ainda então mútuo consenso, porque o processo é comandado pelas partes, segundo linhas que elas predeterminaram”. Por sua vez, PAULA COSTA E SILVA,

Antes de mais, porque a existência de uma vontade prévia e abstracta não é novidade na dogmática do negócio jurídico <sup>(33)</sup>.

Depois, porque a utilização de um aparelho sofisticado, mesmo que este funcione com um elevado grau de autonomia, não implica uma rejeição dos princípios voluntaristas subjacentes à autodeterminação e à autonomia privada, nem impede que o acto material levado a cabo pelo computador deva ser juridicamente considerado um acto do explorador do autómato.

O computador, por mais sofisticado que seja, sempre fará aquilo para que foi programado, com o grau de autonomia que na programação lhe tiver sido conferido <sup>(34)</sup>.

A autonomia de um computador, que actua no quadro da sua programação, será em muitos casos inferior à de um representante no exercício dos seus poderes de representação <sup>(35)</sup> e também no caso da representação,

---

*A Contratação automatizada*, cit., p. 305, sustenta que a contratação electrónica automatizada deverá ser configurada como uma contratação *sui generis*, e PAULO MOTA PINTO, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente*, cit., p. 416, nota 444, recorda que não faltam os paralelos entre a contratação electrónica automatizada e figuras da dogmática da declaração negocial, como o caso já mencionado da declaração em branco.

<sup>(33)</sup> Também no caso da emissão de uma declaração em branco a ser preenchida por outrem há uma vontade prévia e abstracta, assim se explicando a analogia realizada por alguns autores, já *supra* assinalada.

<sup>(34)</sup> Em última análise, o autómato pode ser programado para tomar decisões (como assinala MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral*, Tomo I, cit., p. 359) mas mesmo essas decisões têm como fonte a programação, logo, a vontade humana.

<sup>(35)</sup> A autonomia e complexidade potenciais de uma máquina são, pelo menos por ora, inequivocamente inferiores às de uma pessoa humana. Como justamente observa BAUM, *Der elektronische Vertragsabschluss*, cit., p. 51, “Mögen in den über das Internet miteinander vernetzten Datenbanken und Computersystemen auch noch so viele Informationem gespeichert und miteinander verknüpft sein, die Komplexität menschlicher Willensbildung und Entscheidungsfindung, ist bisher unerreicht”.

Todavia, importa considerar o impacto que os novos desenvolvimentos tecnológicos poderão suscitar nesta matéria.

A contratação electrónica automatizada opera mediante equipamentos e programas (sistemas EDI e agentes electrónicos) susceptíveis de múltiplas aplicações, com diferentes graus de autonomia. Assim, e antes de mais, tais sistemas podem ser utilizados como *meros meios de transmissão de declarações*. Nestes casos, como já se assinalou, não se trata de contratação electrónica automatizada. Todavia, os sistemas EDI e agentes electrónicos podem verdadeiramente participar na formulação das declarações negociais. A capacidade de formulação de declarações por parte dos equipamentos em causa pode assumir diferentes graus de autonomia. Assim, os computadores em causa podem limitar-se a formular uma declaração exactamente determinada pelo programador, simplesmente distanciada no tempo

independentemente do representado poder desconhecer o conteúdo concreto da declaração negocial materialmente emitida pelo representante,

relativamente ao acto de programação e, portanto, relativamente à manifestação da vontade do programador. Nestes casos, a declaração automatizada tem como paralelo o fenómeno da nunciatura, muito embora não haja identidade de situações. Pode ainda suceder que o computador tenha autonomia suficiente para formular declarações cujo conteúdo não seja absolutamente conhecido por parte do programador, considerando a capacidade do computador de, mediante a recepção de informações externas, determinar o conteúdo concreto da declaração. Neste caso, a declaração emitida pelo computador reconduz-se absolutamente aos critérios constantes da programação, mas articula-os com informações externas, de que o programador (à data da inserção dos dados) ainda não dispõe. A declaração final não é absolutamente determinada pelo programador, mas é determinável por este, já que é o programador que estabelece os critérios de determinação (parece enquadrar-se aqui, por exemplo, o caso mencionado por ANTHONY J. BELLIA JR, *Contracting With Electronic Agents*, in *Emory Law Journal*, Vol. 50 (2001), p. 1047-1092 (1052) de um investigador da Universidade da Califórnia do Sul que desenvolveu um agente que lhe encomenda o almoço com base em critérios de preferência).

É este o estado actual da tecnologia.

Contudo, os desenvolvimentos tecnológicos podem, a breve trecho, aumentar significativamente o grau de autonomia dos sistemas e programas computadorizados intervenientes na contratação electrónica automatizada. Na verdade, são já hoje mencionados diversos projectos de investigação no sentido de colocar em funcionamento, designadamente, agentes electrónicos *autónomos*, que poderão introduzir significativas alterações nesta matéria. Sobre estes projectos *vd.*, entre outros, DELFINI, *Contratto Telematico e Commercio Elettronico*, cit., p. 24.

Como assinala MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral*, Tomo I, cit., p. 359, “no limite, o autómato é programável para tomar decisões, sendo ainda perfeitamente concebível um negócio celebrado entre autómatos — entre computadores — devidamente programados para o efeito”. Todavia, a diferença entre os agentes electrónicos autónomos projectados e os agentes electrónicos convencionais (e que temos considerado no presente estudo) consiste no facto de os agentes electrónicos autónomos projectados, segundo prometem os seus criadores, poderem aprender com a sua experiência, modificar instruções que lhe tenham sido introduzidas e criar instruções próprias. Significa isto que, no limite, os agentes electrónicos poderão ser *programados para se autoprogramarem*.

A possibilidade de criação de instruções próprias resulta da programação originária, mas permite a criação de uma programação superveniente. Esta possibilidade de programação superveniente coloca sérias dúvidas de, neste caso particular, ser ainda possível atribuir a autoria da declaração ao explorador da máquina. De facto, já não se trata aqui de um mero desconhecimento da concretização da instrução; poderá tratar-se de um desconhecimento da própria instrução. Não há dúvidas quanto ao facto da declaração automatizada emitida pelos projectados agentes electrónicos autónomos ser imputável ao utilizador desses agentes. No entanto, poder-nos-emos encontrar já fora dos quadros negociais, por impossibilidade de recondução da declaração automatizada à vontade humana. Só há declaração negocial autêntica e autonomia privada onde ainda se vislumbrar uma actuação

nem por isso se entende que há um afastamento relativamente aos princípios voluntaristas em matéria de formação do negócio jurídico <sup>(36)</sup>.

Em suma, a declaração automatizada é uma autêntica declaração de vontade, e o fundamento da vinculação do utilizador do computador pela declaração automatizada emitida é a sua vontade, expressa na programação <sup>(37)</sup>.

### 3. MOMENTO DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO

Um outro problema que a contratação electrónica unilateral ou multilateralmente automatizada suscita diz respeito ao momento da celebração do contrato.

O problema coloca-se fundamentalmente nos quadros da contratação electrónica unilateralmente automatizada, em que do lado do consumidor encontramos uma pessoa singular ou física e do lado do prestador de serviços um autómato.

O problema surge porque os arts. 224.º e ss. do Código Civil foram concebidos pensando num modelo de contratação em que, de um lado e de outro, interviriam pessoas e não autómatos.

O D.L. 7/2004 contém algumas disposições relativas à problemática da contratação electrónica, mais precisamente o capítulo V, composto pelos arts. 24.º a 34.º

Analisemos algumas destas disposições, dando especial atenção ao art. 29.º do D.L. 7/2004, cuja formulação suscita algumas dúvidas interpretativas.

Estas disposições são aplicáveis à contratação electrónica em sentido estrito mas também à contratação electrónica automatizada, e atrevemo-nos

---

voluntária. Sem vontade, pode haver imputação e vinculação (com aplicação directa ou analógica das disposições do negócio jurídico), mas não há negócio jurídico. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *ibidem.*, p. 339-340. No entanto, esta problemática só poderá ser analisada com a devida profundidade perante agentes reais e não perante meros projectos.

<sup>(36)</sup> PAULO MOTA PINTO, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente*, cit., p. 417, nota 444. Mesmo no caso da representação, em que a dupla subjectividade determina a existência de um *autor natural e material* do acto a quem os efeitos não são juridicamente imputados (o representante), o autor jurídico do acto é o representado, como afirma OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. II, cit., p. 250-252. Não está em causa uma mera imputação de efeitos. O que se imputa é o acto, o comportamento.

<sup>(37)</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO *Contratação Electrónica*, cit., p. 65.

mesmo a dizer, sobretudo considerando o disposto no artigo 30.º do D.L. 7/2004, que foram concebidas tendo em mente, fundamentalmente, a contratação electrónica unilateralmente automatizada.

Pensemos um pouco em que momento se celebra o contrato.

A questão é importante porque a partir desse momento os problemas que eventualmente surjam deverão ser fundamentalmente resolvidos em sede de incumprimento do contrato.

Sugerimos como metodologia que sigamos todos os passos dados por um consumidor que se dirija a um sítio na *Internet* onde sejam oferecidos produtos e serviços.

Ao aceder ao sítio, o consumidor vê uma oferta, maior ou menor, de um determinado conjunto de produtos ou serviços. A primeira questão que se coloca consiste em saber se essa oferta deve ser qualificada como uma proposta contratual ou como um convite a contratar. Esta questão é hoje uma verdadeira *vaexata questio* <sup>(38)</sup> do Direito da Sociedade da Informação, defendendo alguns autores que se trata em de uma proposta contratual, outros de um convite a contratar e um terceiro grupo sustentando que a resposta dependerá do sítio em concreto. O legislador veio acolher esta última orientação no art. 32.º/1 do D.L. 7/2004.

Quando o utilizador está interessado num determinado produto ou serviço faz uma ordem de encomenda. Segundo o art. 27.º do D.L. 7/2004, o prestador de serviços em rede deve disponibilizar aos destinatários dos serviços meios técnicos eficazes que lhes permitam identificar e corrigir erros de introdução, antes de formular uma ordem de encomenda <sup>(39)</sup> e, nos termos do art. 31.º/2 do mesmo diploma, a ordem de encomenda considera-se recebida assim que o prestador de serviços tenha a possibilidade de aceder a ela.

Recebendo o prestador de serviços a ordem de encomenda deve, salvo acordo em contrário com uma parte que não seja consumidora, enviar um aviso de recepção ao utilizador (art. 29.º/1 do D.L. 7/2004). Esta obriga-

---

<sup>(38)</sup> *Vd.*, entre outros, ANDREW D. MURRAY, *Entering Into Contracts Electronically: The Real W.W.W.*, in LILIAN EDWARDS & CHARLOTTE WAEDELDE (Editors), *Law & The Internet, a framework for the electronic commerce*, Oxford/Portland Oregon, p. 18-35 (21-22), e ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet, Contributo para uma análise numa perspectiva material e internacionalprivatista*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 81 ss.

<sup>(39)</sup> No exemplo em apreço trata-se de um consumidor, não sendo assim permitido acordo em contrário.

ção deverá ser cumprida nos termos do art. 29.º/4 do D.L. 7/2004, sendo dispensado o aviso de recepção nos casos em que haja imediata prestação em linha do produto ou do serviço (art. 29.º/2 do D.L. 7/2004) <sup>(40)</sup>. O aviso de recepção deve conter a identificação fundamental do contrato a que se refere (art. 29.º/3 do D.L. 7/2004).

Nesta altura, em que o prestador de serviços recebeu uma ordem de encomenda e foi enviado um aviso de recepção, ainda não há contrato, já que o art. 32.º/2 do D.L. 7/2004 determina que o mero aviso de recepção da ordem de encomenda não tem significado para a determinação do momento da celebração do contrato.

De acordo com o regime constante do D.L. 7/2004, a confirmação da encomenda constitui o marco fundamental, porque só com ela a encomenda se torna definitiva (art. 29.º/5 desse diploma) <sup>(41)</sup>.

Significa isto que se a oferta constante do sítio representar uma proposta contratual, a aceitação dessa proposta só se verifica com a confirmação da ordem de encomenda <sup>(42)</sup>. A aceitação surge aqui como um facto complexo, e o legislador vem determinar que a aceitação só é verdadeiramente firme neste momento, ainda que no momento da ordem de encomenda já pudesse haver uma aceitação nos termos gerais <sup>(43)</sup>.

---

<sup>(40)</sup> É o caso de um *download* de uma música ou de um *e-book* que seja imediatamente realizado em linha.

<sup>(41)</sup> Neste sentido o sistema hoje constante do artigo 29.º do D.L. 7/2004 representa um regresso ao sistema inicial da proposta da Directiva sobre o Comércio Electrónico, como dão conta MANUEL LOPES ROCHA/ANA MARGARIDA MARQUES/ANDRÉ LENCAS-TRE BERNARDO, *Guia da Lei do Comércio Electrónico*, Centro Atlântico, Lisboa, 2004, p. 82; J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Bases para uma transposição da Directriz n.º 00/31, de 8 de Junho (Comércio Electrónico)*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XLIV, n.ºs 1 e 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 215-252 (246), já defendia, em 2002, nesse comentário a um anteprojecto de transposição da Directiva sobre o Comércio Electrónico, que a confirmação da ordem de encomenda deveria ser perspectivada como o momento final da celebração do contrato.

<sup>(42)</sup> É o que resulta da articulação entre os arts. 29.º/5 e 32.º do D.L. 7/2004. Caso a oferta de produtos ou serviços em linha represente uma proposta contratual cabe ao destinatário aceitar, determinando a celebração do contrato. O mero aviso de recepção não tem significado para a determinação do momento da celebração do contrato (art. 32.º/2 do D.L. 7/2004). Também a ordem de encomenda inicialmente dada não parece vincular o destinatário. Só a confirmação da encomenda vincula o destinatário (art. 29.º/5 do D.L. 7/2004), o que significa que só nesse momento o contrato é celebrado.

<sup>(43)</sup> Em nosso entender, o direito do consumidor resolver o contrato nos termos previstos nos arts. 6.º e ss. do Decreto-Lei 143/2001, de 26 de Abril, que fixa o regime dos contratos celebrados à distância, não configura um obstáculo à interpretação que fazemos

Diferentemente, se a oferta constante do sítio representar um convite a contratar, é preciso averiguar, caso a caso, se a confirmação da ordem de encomenda deve ser qualificada como uma proposta contratual.

Caso deva ser qualificada como proposta contratual, o momento da celebração do contrato depende das circunstâncias concretas da situação em apreço. Na generalidade dos casos a aceitação será tácita ou até por factos concludentes e resultará do acto de envio do produto, ou eventualmente do envio de um *e-mail* do prestador de serviços informando que o produto foi expedido (44).

Caso a ordem de encomenda e a respectiva confirmação representem um convite a contratar, permanecemos no mero plano da negociação e, em rigor, o art. 29.º/5 do D.L. 7/2004 não veio modificar os termos essenciais da questão.

Descrito em abstracto, o regime parece linear, mas a sua aplicação prática pode gerar dificuldades.

O problema que o art. 29.º do D.L. 7/2004 fundamentalmente suscita é o de saber o que significa esta confirmação da ordem de encomenda e em que momento se verifica.

Como é sabido, o processo de aquisição de um bem na *Internet* compreende várias fases. Isso mesmo foi comprovado numa experiência que fizemos num sítio, que nos dispensamos de identificar pormenorizada-

---

do regime normativo. Esse direito não obsta a que a aceitação deva ser considerada firme tal como, por exemplo, o facto de o proponente se reservar a faculdade de revogar a proposta (art. 230.º/1 do Código Civil) também não impede a firmeza da mesma.

(44) A aceitação pode, na sua qualidade de declaração negocial, ser expressa ou tácita, nos termos gerais constantes do art. 217.º/1 do Código Civil. O art. 234.º do Código Civil refere-se, por sua vez, à possibilidade de conclusão do contrato dispensando-se a declaração de aceitação desde que a conduta da outra parte mostre a intenção de aceitar a proposta e que a proposta, a própria natureza ou circunstâncias do negócio ou os usos tornem dispensável a declaração de aceitação. A articulação entre estas duas disposições tem suscitado dúvidas interpretativas e dificuldades de harmonização. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral*, Tomo I, cit., p. 355, sustenta que o art. 234.º do Código Civil limita-se a explicitar, de novo, o que já consta do art. 217.º/1 do mesmo diploma, afigurando-se assim “incompreensível” referência na epígrafe do art. 234.º do Código Civil a uma “dispensa de declaração de aceitação”. Diferentemente, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. II, cit., p. 39, considera que o art. 234.º do Código Civil se refere a uma “aceitação por factos concludentes” diferente da declaração tácita constante do art. 217.º/1 do Código Civil (neste contexto, de aceitação), já que, no caso da aceitação a que se refere o art. 234.º do Código Civil, muito embora se trate de um acto negocial, “não há declaração, porque não há fim de comunicar”.

mente, mas é conhecido de muitos consumidores portugueses. Não foi naturalmente nosso objectivo realizar uma experimentação que obedecesse aos requisitos exigidos pelas ciências naturais, mas sim tentar olhar um pouco para a realidade, neste caso virtual, com o intuito de confrontá-la com as soluções que constam da lei.

À data da nossa consulta <sup>(45)</sup>, o processo de aquisição de um produto nesse sítio compreendia quatro fases, em que se exigia que fizéssemos um *click* para avançarmos para a fase seguinte.

Na primeira fase (cesto de compras) é identificado o produto, com indicação da quantidade. Na segunda fase (opções envio/levantamento) solicita-se o nome, telefone de contacto, endereço electrónico, o endereço para onde queremos que nos enviem os produtos e o endereço de facturação. Na terceira fase (validação da encomenda) surge um resumo da encomenda, com todas as informações, e em baixo temos indicação para fazer um *click* a fim de, na terminologia do sítio, “confirmar” a encomenda, avançando para a última fase. Na quarta fase (selecione o meio de pagamento) surgem indicações para se escrever os dados do cartão de crédito, constando a informação de que após confirmação do pagamento a encomenda será processada e expedida de acordo com as indicações. Só a partir deste momento o processo é irreversível. Chegada a esta fase, se confirmarmos o pagamento, recebemos imediatamente um *e-mail* enviado por um autómato dizendo que o estabelecimento acusa a recepção da ordem de encomenda e vai executá-la.

Esta é a configuração de um sítio concreto, que terá talvez como característica invulgar (ainda que não original) o facto da fase de selecção do meio de pagamento surgir depois da ordem de encomenda, mas que no geral não se afasta da normalidade das situações <sup>(46)</sup>.

---

<sup>(45)</sup> Dia 29 de Novembro de 2004.

<sup>(46)</sup> A fim de confrontarmos esta experiência, dirigimo-nos ainda um sítio cujo prestador de serviços tem estabelecimento no Reino Unido, e cujo processo de aquisição de um produto é composto por sete fases (*welcome, address, items, wrap, dispatch, pay, confirm*), que vão sendo transpostas através de sucessivos *clicks*. Na primeira fase (*welcome*) o consumidor deverá inscrever-se. Na segunda fase (*address*) deverá o consumidor indicar a sua morada (os clientes já inscritos estão dispensados desta fase). Na terceira fase (*items, wrap, dispatch*) é identificada a mercadoria escolhida, a respectiva quantidade, a morada indicada para onde deverá ser enviada a encomenda, podendo o consumidor escolher um embrulho especial. Na quarta fase (*pay*) deverá efectuar-se o pagamento. Neste momento é solicitado ao consumidor que introduza os dados relativos ao cartão de crédito. No sítio americano desta mesma sociedade esclarece-se que “you’ll have a chance to review

Estamos agora em condições de tentar interpretar o art. 29.º do D.L. 7/2004.

Importa, antes de mais, assinalar que na Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000 (Directiva sobre o Comércio Electrónico), não se pretende decidir a questão do momento da celebração do contrato, e a verdade é que foram raros os legisladores europeus que procuraram resolver esta questão no diploma de transposição, tendo a maioria deixado a solução para os respectivos regimes gerais<sup>(47)</sup>.

No art. 11.º/1 da versão final da Directiva sobre o Comércio Electrónico apenas se determina que os Estados devem assegurar que os prestadores de serviços, sem atraso injustificado e por meios electrónicos, enviam um aviso de recepção aos consumidores, mas não se estabelece o valor desse aviso de recepção nem em que momento se celebra o contrato.

Para se compreender o art. 29.º do D.L. 7/2004 é fundamental recordar que no art. 11.º, parágrafo 1.º, da primeira proposta da Directiva sobre o Comércio Electrónico apresentada pela Comissão Europeia se previa que o contrato se concluiria quando o destinatário confirmasse o aviso de recepção da encomenda que lhe tivesse sido enviado.

Este sistema foi criticado por diversos autores e também no Parlamento Europeu, tendo sido abandonado<sup>(48)</sup>.

---

this order before it's final", e aqui a ideia é a mesma. Se o consumidor não introduzir bem os dados aparecerá a seguinte mensagem — "Important Message — There is a slight problem with your order. (See below.)" — e em baixo uma outra mensagem que esclarece melhor o problema, e onde se afirma, por exemplo, "A password is required, but you didn't enter one. Please try again". Na quinta e última fase (*confirm*) deverá efectuar-se o último *click*. Até aqui, o consumidor limitou-se a fornecer as diversas informações que compõem a ordem de encomenda. Se o consumidor prosseguir, deverá receber um *e-mail* a informar que foi recebida a ordem de encomenda. Isto é o aviso de recepção.

<sup>(47)</sup> *Vd. o Primeiro Relatório sobre a aplicação da Directiva 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 (Directiva sobre comércio electrónico)*, disponível em <http://www.icp.pt/template20.jsp?categoryId=97719&contentId=158130> (recolhido Outubro 2004), p. 13.

<sup>(48)</sup> ROSA JULIÀ-BARCELÓ/ÉTIENNE MONTERO/ANNE SALAÜN, *La proposition de directive européenne sur le commerce électronique: questions choisies*, in *Cahiers du Crid*, n.º 17, p. 1-52 (27), assinalavam que este regime dificultaria desnecessariamente o processo de contratação e DIDIER GOBERT/ÉTIENNE MONTERO, *Les contrats conclus par voie électronique*, in *Cahiers du Crid*, n.º 19, p. 199-271 (255), alertavam para o facto do esquecimento por parte do destinatário da confirmação da ordem de encomenda lhe poder ser desfavorável.

Recordada esta proposta inicial da Directiva sobre o Comércio Electrónico, é tempo de analisarmos detidamente o art. 29.º do D.L. 7/2004, procurando compreender que regime aí se encontra previsto.

Num primeiro momento surge a ordem de encomenda. A ordem de encomenda é dada por via exclusivamente electrónica (art. 29.º/1 do D.L. 7/2004), e surge no final de um processo que compreende diversas fases e durante o qual são facultados ao consumidor os mecanismos que se encontram previstos no art. 27.º do D.L. 7/2004. A ordem de encomenda é dada com o último *click* que é feito para culminar o processo no sítio, não vincula ainda o consumidor e obriga o prestador de serviços a acusar a sua recepção.

O legislador esclarece no art. 29.º/4 do D.L. 7/2004 que o prestador de serviços deve enviar o aviso de recepção para o endereço electrónico que foi indicado ou utilizado pelo destinatário do serviço. Este artigo é fundamental para compreender o regime que se encontra previsto no art. 29.º do D.L. 7/2004. Ao contrário do que sucedia ao nível da primeira proposta da directiva, e do que se encontra previsto no texto actual da directiva, em que, segundo alguns autores, o prestador de serviços tem alternativa quanto ao modo de envio do aviso de recepção<sup>(49)</sup>, porque só se diz que o envio tem de ser por meios electrónicos, o nosso legislador foi mais longe e esclareceu que o aviso de recepção tem de ser enviado por correio electrónico.

Segundo o art. 29.º/5 do D.L. 7/2004, a encomenda só se torna definitiva com a confirmação por parte do consumidor da ordem de encomenda, que deverá ser dada na sequência deste aviso de recepção e reitera a ordem emitida. Ou seja, só é celebrado o contrato quando o consumidor responder ao *e-mail* que lhe tenha sido enviado pelo prestador de serviços a confirmar os dados da encomenda<sup>(50)</sup>. Este *e-mail* só é enviado depois de o consumidor ter percorrido todos os passos previstos no processo de contratação que se encontra no sítio.

---

(49) Cfr. DIDIER GOBERT/ÉTIENNE MONTERO, *Les contrats conclus par voie électronique*, cit., p. 258, sustentando que na prática a exigência do aviso de recepção deixa ao prestador de serviços a escolha entre dois métodos: "l'affichage en ligne d'une page web confirmant l'enregistrement de la commande immédiatement après la passation de celle-ci, ou l'envoi d'un e-mail au destinataire du service dans les plus brefs délais" acrescentando, porém, que "souvent, par prudence, les prestataires combinent les deux systèmes".

(50) Em muitos casos o sítio poderá ainda enviar um outro *e-mail* ao destinatário, informando-o de que os produtos já foram enviados.

Como assinalaram alguns autores que tiveram oportunidade de se debruçar sobre o art. 29.º do D.L. 7/2004 <sup>(51)</sup>, o sistema aqui previsto representa um regresso ao sistema do *duplo click* constante da proposta inicial da directiva, mas aqui com a seguinte diferença: esclarece-se que a confirmação da ordem de encomenda só se verifica após o envio de um aviso de recepção por correio electrónico que, acrescente-se, poderá ou não coincidir, dependendo da vontade do prestador de serviços, com a confirmação das informações previstas no art. 4.º do D.L. 143/2001, de 26 de Abril, e que deve ser enviado nos termos do art. 5.º deste mesmo diploma <sup>(52)</sup>.

Sem prejuízo dos diversos méritos da regulamentação constante do D.L. 7/2004, o regime previsto no art. 29.º desse diploma parece-nos criticável.

Em primeiro lugar, porque tem escassa correspondência com a prática do comércio electrónico, segundo a qual o explorador do sítio e o consumidor comum darão por findo o processo quando se realiza o último *click* no sítio.

Em segundo lugar, porque complica o processo de contratação electrónica, que deveria ser o mais simples possível.

Por último, porque deixa fundamentalmente nas mãos do consumidor a determinação do momento da celebração do contrato <sup>(53)</sup>.

---

<sup>(51)</sup> MANUEL LOPES ROCHA/ANA MARGARIDA MARQUES/ANDRÉ LENCASTRE BERNARDO, *Guia da Lei do Comércio Electrónico*, cit., p. 82.

<sup>(52)</sup> DIDIER GOBERT/ÉTIENNE MONTERO, *Les contrats conclus par voie électronique*, cit., p. 263-264.

<sup>(53)</sup> Perante estas e outras críticas ao regime previsto no D.L. 7/2004, não surpreenderá que alguma doutrina procure retirar do art. 29.º do D.L. 7/2004 outras soluções, sugerindo uma diferente interpretação. De acordo com uma eventual interpretação alternativa, a ordem de encomenda verificar-se-ia quando o consumidor, conhecendo todos os elementos necessários para a celebração do contrato, realizasse o primeiro *click* no sítio; na sequência desse primeiro *click* o sítio acusaria a recepção da ordem de encomenda e facultaria ao consumidor todas as informações relativas à sua ordem. Este aviso de recepção seria dispensado nos casos no art. 29.º/2 do D.L. 7/2004 e surgiria no monitor do computador, tendo o consumidor imediatamente acesso a ele (o consumidor deveria poder reproduzi-lo, imprimi-lo ou armazená-lo — art. 31.º/1 e 2 do D.L. 7/2004). Seria o resumo da ordem de encomenda. Feita a ordem de encomenda com um primeiro *click*, e recebido em sequência o aviso de recepção com todos os elementos do contrato, restaria apenas que o consumidor confirmasse a sua encomenda, tornando-a assim definitiva. Seria o último *click* no sítio, que encerraria o processo. Perante a actual redacção, parece-nos que uma interpretação desta natureza deparar-se-ia com dificuldades insuperáveis. Na verdade, o art. 29.º/4 do D.L. 7/2004 determina que o prestador satisfaz o dever de acusar a recepção se enviar

Segundo nos parece, *de jure constituendo*, seria preferível consagrar um regime diferente, nos seguintes termos: se a oferta constante do sítio representasse uma proposta contratual, a aceitação dessa proposta verificar-se-ia com a ordem de encomenda <sup>(54)</sup>; se a oferta constante do sítio representasse um convite a contratar, seria necessário analisar, caso a caso, se a confirmação da ordem de encomenda deveria ser qualificada como uma proposta contratual ou como um convite a contratar <sup>(55)</sup>.

#### 4. ERRO HUMANO E DEFEITO DE MÁQUINA NO PROCESSO DE EMISSÃO E DE TRANSMISSÃO DA DECLARAÇÃO NEGOCIAL AUTOMATIZADA

##### 4.1. Notas preliminares

Analisemos agora a problemática do erro humano e do defeito de máquina no processo de emissão e de transmissão da declaração negocial automatizada, prevista nos n.ºs 2 e 3 do art. 33.º do D.L. 7/2004.

Antes de analisarmos o regime aí previsto, é de elementar justiça realçar o facto de o legislador, numa matéria caracterizada por inúmeras dúvidas e incertezas, fixar no D.L. 7/2004 o primeiro regime que, na ordem jurídica portuguesa, procura resolver alguns dos problemas suscitados pela contratação electrónica automatizada.

A epígrafe do art. 33.º do D.L. 7/2004, bem como o teor do seu n.º 1, não deixam dúvidas quanto à correcta inserção da contratação electrónica

---

a comunicação para o endereço electrónico que foi indicado ou utilizado pelo destinatário do serviço, o que naturalmente exclui qualquer possibilidade de o aviso de recepção ser apresentado no próprio sítio. Para além disso, de acordo com esta interpretação, criar-se-ia no art. 29.º/2 do D.L. 7/2004 uma assimetria injustificável (dificilmente se compreenderia que nos casos de imediata prestação em linha do produto ou serviço o consumidor não tivesse acesso ao resumo da ordem de encomenda). Muito embora o regime legislativo seja susceptível de críticas, a opção do nosso legislador parece clara.

<sup>(54)</sup> Correspondente ao último *click* realizado pelo consumidor no sítio, anterior ao aviso de recepção.

<sup>(55)</sup> Caso devesse ser qualificada como proposta contratual, o momento da celebração do contrato dependeria das circunstâncias concretas da situação em apreço (a aceitação poderia ser tácita ou por factos concludentes, nos termos já *supra* assinalados). Se a ordem de encomenda e a respectiva confirmação representassem um convite a contratar, estar-se-ia ainda em fase de negociações.

automatizada nos quadros do negócio jurídico, referindo-se a uma “contratação sem intervenção humana”.

O art. 33.º/1 do D.L. 7/2004 dispõe que a contratação “celebrada exclusivamente por computadores, sem intervenção humana”, será regulada pelos princípios comuns, salvo se esses mesmos princípios pressupuserem uma actuação, suscitando assim diversas questões.

A primeira questão consiste em saber se esta disposição se aplica apenas à contratação multilateralmente automatizada ou também à contratação unilateralmente automatizada.

Atendendo à letra e à inserção sistemática da disposição, parece-nos que o art. 33.º do D.L. 7/2004 tem por objecto a contratação electrónica multilateralmente automatizada.

Por um lado, esta conclusão retira-se da letra do próprio art. 33.º/1 do D.L. 7/2004, referindo-se a “contratação celebrada exclusivamente por meio de computadores, sem intervenção humana” (56).

Por outro lado, é importante atender à inserção sistemática do art. 33.º do D.L. 7/2004. Como já tivemos ocasião de assinalar, em virtude do art. 30.º do D.L. 7/2004 e da própria natureza dos arts. 24.º e ss. do mesmo diploma, estas disposições são aplicáveis à contratação electrónica unilateralmente automatizada. Basta constatar que a prestação de serviços em rede se faz, pelo menos na generalidade dos casos, com recurso a autómatos. Sendo assim, a previsão de uma disposição que especificamente incida sobre a contratação sem intervenção humana demonstra que o objecto dessa norma é a contratação multilateralmente automatizada e não a unilateralmente automatizada, já visada nos restantes preceitos (57).

A segunda questão que o art. 33.º/1 do D.L. 7/2004 suscita diz respeito ao conteúdo. Esta disposição esclarece que o D.L. 7/2004 não tem a ambição de regulamentar exaustivamente a matéria da contratação electrónica automatizada, remetendo-se para o regime comum, fundamentalmente resultante do Direito Civil (58) (59).

---

(56) O sublinhado é nosso.

(57) O art. 33.º D.L. 7/2004 poderá ser, com adaptações e quando tal se justifique, analogicamente aplicável à contratação unilateralmente automatizada, já que aí uma das partes recorre a um autómato.

(58) Parte dos problemas suscitados pela contratação electrónica automatizada resulta do ambiente em que esta e a contratação electrónica em sentido estrito são desenvolvidas. É o que sucede, designadamente, no que respeita aos problemas de determinação da lei aplicável ao contrato, de forma ou de prova. Relativamente a estes problemas, aplicar-se-á aos

Contudo, a contratação electrónica automatizada levanta diversos problemas que não foram contemplados no D.L. 7/2004 como, por exemplo, a duvidosa aplicação à contratação electrónica automatizada de algumas disposições relativas à celebração de contrato entre presentes <sup>(60)</sup>, a aplicação

---

contratos electrónicos automatizados o regime constante dos arts. 24.º e ss. do D.L. 7/2004 (nos termos do disposto no art. 24.º desse diploma), tendo-se entendido no D.L. 7/2004, e bem, que era dispensável uma regulamentação autónoma para a contratação electrónica automatizada. Para uma detida análise das múltiplas questões suscitadas pela contratação electrónica automatizada *vd.*, entre outros, ROSA JULIÀ BARCELÓ, *Comercio electrónico entre empresarios*, cit., p. 123 ss., 161 ss., 313 ss.

<sup>(59)</sup> Ainda que o art. 33.º/1 do D.L. 7/2004 nada dispusesse quanto a este ponto, parece que, na ausência de um regime especial, aplicar-se-ia à contratação electrónica automatizada o regime comum, na medida do possível (na medida em que a associação à actuação humana o permitisse). Em todo o caso, para evitar dúvidas, o art. 33.º/1 do D.L. 7/2004 esclarece que as disposições que não pressupõem essa actuação humana podem ser aplicadas à contratação electrónica automatizada. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Bases para uma transposição da Directriz n.º 00/31, de 8 de Junho (Comércio Electrónico)*, cit., p. 247, já sugeria a utilidade dessa previsão.

<sup>(60)</sup> Um dos problemas da contratação electrónica em sentido amplo (contratação electrónica em sentido estrito e contratação electrónica automatizada), e que tem sido objecto de divergência doutrinária (referenciada por ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet*, cit., p. 124, nota 345) é a questão de saber se na contratação electrónica está em causa, de uma perspectiva meramente material (e não *internacionalprivatista*) e quanto à formação do contrato, uma negociação entre presentes ou entre ausentes. A questão não é inócua, já que a qualificação de um contrato como sendo entre ausentes ou entre presentes determina, em algumas matérias (como a eficácia da declaração negocial ou o prazo de vinculação do proponente à declaração emitida), a aplicação de disciplinas diferenciadas.

Trata-se, na realidade, de uma questão de ordem geral que é colocada nos quadros do Direito Civil mas que tem sido transposta para o ambiente da contratação por meios electrónicos e da contratação automatizada. Segundo um primeiro grupo de autores, a distinção dos contratos entre ausentes e entre presentes não deve ser estabelecida mediante o recurso a critérios espaciais e resulta antes, respectivamente, da eventual existência de um lapso de tempo juridicamente relevante entre as declarações das partes, bem como da possibilidade de resposta imediata por parte dos intervenientes na negociação (ou seja, da viabilidade de uma interacção imediata entre esses sujeitos). De acordo com este critério, seguido entre nós, nomeadamente, por MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral*, Tomo I, cit., p. 347; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, 3.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2001, p. 261-262 (referindo que basta uma presença ideal para que o negócio seja entre presentes); ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet*, cit., p. 117, nota 325, e que acolhemos, um contrato celebrado por telefone deverá ser qualificado como um contrato entre presentes (solução que tem sido igualmente defendida pela maioria da doutrina alemã, com base no teor do § 147 I do *Bür-*

*gerliches Gesetzbuch* (BGB), como assinala MEDICUS, *Allgemeiner Teil*, cit., § 22 (288), p. 114).

De acordo com este critério de distinção de contratos entre presentes e entre ausentes, tanto a contratação por meios electrónicos como a contratação automatizada podem ser entre presentes ou entre ausentes, nos termos gerais. A qualificação depende de as duas partes se encontrarem, ou não, em *comunicação directa e simultânea*, em termos tais que se possa, ou não, constatar a existência de um lapso de tempo com relevância jurídica entre as declarações (o que pode significar que a contratação automatizada — que por definição decorre sem a presença física de pessoas — possa ser *juridicamente* considerada entre presentes para efeitos de aplicação do regime respectivo, como observam LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, cit., § 30 (59), p. 604-605; GLATT, *Vertragsschluss im Internet*, cit., p. 39-40; THOMAS HOEREN, *Grundzüge des Internetrechts*, 2.<sup>a</sup> edição, Verlag C.H. Beck, München, 2002, p. 190; e PAULA COSTA E SILVA, *A Contratação automatizada*, cit., p. 297-298).

Assim, se A e B se encontrarem simultaneamente nos seus terminais de computador a emitir e transmitir as suas declarações negociais com recurso a videoconferência ou a um canal de *Chat*, em tempo real, tratar-se-á de um contrato entre presentes (referindo-se aos casos do *Internet-Chat* e dos sistemas de conferência *on-line*, MARCUS KÖHLER/HANS-WOLFGANG ARNDT, *Recht des Internet*, 3.<sup>a</sup> edição, C.F. Müller, Heidelberg, 2001, p. 46, e PETRA DILGER, *Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Internet*, C.H. Beck, München, 2002, p. 24). Todavia, se A enviar uma proposta contratual para a caixa de correio electrónico de B, que lá fica armazenada para que B rejeite ou aceite, estará então em causa uma contratação entre ausentes (cfr. PAWLOWSKI, *Allgemeiner Teil*, cit., § 4 II 1 (362), p. 168-169; PETRA DILGER, *Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Internet*, cit., p. 24; LENA MEYER/JUDITH MÖNIG, *Die vertragstypologische Einordnung von Online-Auktionen*, in *Online Auktionen, Eine Einführung in die wichtigsten rechtlichen Aspekte*, THOMAS HOEREN/ANDREAS MÜGLICH/MICHAEL NIELEN (Hrsg.), Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2002, p. 84-85; ou BERT EICHHORN, *Internet-Recht, Ein Lehrbuch für das Recht im World Wide Web*, 2.<sup>a</sup> edição, Fortis, Köln/Wien, 2001, p. 72), salvo o caso de uma troca de correspondência electrónica em tempo real, caso em que, muito embora a comunicação não seja absolutamente directa, poderá estar em causa uma contratação entre presentes, dada a inexistência de um espaço de tempo juridicamente relevante entre declarações.

Na contratação electrónica automatizada os computadores poderão funcionar em comunicação simultânea. Poderá assim qualificar-se como sendo entre presentes um contrato que se caracteriza, precisamente, pela ausência física dos exploradores e beneficiários dos aparelhos electrónicos aquando da celebração do contrato (ainda que tal qualificação possa ser admitida, exige-se uma adaptação das disposições em causa à situação da contratação electrónica automatizada, que não foi realizada pelo D.L. 7/2004).

No entanto, o critério da existência de um lapso de tempo juridicamente relevante entre declarações não é o único critério utilizado pela doutrina civilista para distinguir os contratos celebrados entre presentes e entre ausentes. Assim, designadamente, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2003, estabelece a distinção dos negócios jurídicos celebrados entre ausentes e entre presentes consoante as pessoas estejam ou não “na presença umas das outras” (*ibidem*, p. 302) e independentemente da eventual existência de uma “comunicação directa e simultânea” (*ibidem*, p. 303). Este último caso, nas palavras do mesmo autor, tem “analogia manifesta com o do negócio celebrado entre presentes” (*ibidem*, p. 303). De acordo com este pensamento, a contrata-

do instituto da responsabilidade civil por *culpa in contrahendo* <sup>(61)</sup>, a aplicação do regime do abuso do direito e, de um modo geral, todo o problema da responsabilidade civil decorrente da utilização de agentes electrónicos <sup>(62)</sup>.

Os números dois e três do art. 33.º do D.L. 7/2004 têm por objecto o erro (necessariamente humano) e o defeito de máquina no processo de emissão e de transmissão da declaração automatizada, enunciando-se (no n.º 2) três categorias de situações: erro de programação; defeito de funcionamento de máquina; e deformação da mensagem até chegar ao seu destino, indicando-se, para cada uma delas, o respectivo regime.

Analisemos cada uma destas categorias de situações.

#### 4.2. Erro de programação de máquina

A primeira situação que importa analisar é a de erro de programação da máquina (ou computador) que permite a emissão das declarações automatizadas <sup>(63)</sup> <sup>(64)</sup>.

---

ção por telefone deverá ser considerada entre ausentes e, por identidade de razão, toda a contratação electrónica (por meios electrónicos ou automatizada) deverá ser qualificada do mesmo modo. No mesmo sentido *vd.* FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, *Aspectos Fundamentales de la Contratación Electrónica*, cit., p. 266. Na linha deste segundo critério de distinção dos contratos entre presentes e entre ausentes admitir-se-á, quando muito, como EMÍLIO TOSI, *La Conclusioni di Contratti "On-line"*, in *I Problemi Giuridici di Internet*, Emílio Tosi (coord.), 2.ª edição, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 3-73 (30), a existência de "ipotesi di negoziazione assimilabile a quella tra presenti".

<sup>(61)</sup> Sobre esta matéria *vd.*, entre outros, EMILY M. WEITZENBOECK, *Electronic Agents and Contract Performance: Good Faith and Fair Dealing*, disponível em <http://folk.uio.no> (recolhido Outubro de 2004).

<sup>(62)</sup> O art. 33.º do D.L. 7/2004 tem por preocupação fundamental a matéria da vinculação nos quadros da contratação electrónica automatizada, deixando contudo por regulamentar toda a dimensão de responsabilidade que poderá decorrer da utilização dos sistemas EDI ou dos agentes electrónicos, independentemente de haver vinculação. Trata-se de uma matéria que se encontra regulada, designadamente, na secção 215 da UCITA.

<sup>(63)</sup> Já foi apreciado um caso de erro de programação por tribunais alemães. Tratava-se de um erro de sistema EDI no cálculo do prémio de seguro. *Vd.* a sentença de 8-1-1993 do *Oberlandsgericht* (OLG) Hamm, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1993, p. 2321-2322.

<sup>(64)</sup> Este erro de programação tanto pode ocorrer na contratação multilateralmente automatizada como na contratação unilateralmente automatizada, mas aqui naturalmente que só ocorre relativamente à parte que recorra a um computador.

A referência a erro de programação pressupõe verdadeiras situações de erro humano, aferidas em função da vontade do utilizador. O utilizador (programador) faz algo diferente do que queria fazer, ou faz aquilo que queria fazer, mas com base numa falsa representação da realidade <sup>(65)</sup>.

Parece-nos assim dever distinguir-se dois tipos de erro de programação.

No primeiro tipo de erro de programação, o programador quer introduzir um dado, introduz correctamente esse mesmo dado e o computador segue rigorosamente as instruções. No entanto, a vontade que determinou a introdução desse dado no computador, ou seja, a vontade que esteve na base da programação, encontra-se viciada por erro, enquanto falsa representação da realidade. Em rigor, este erro não ocorre durante o processo de programação, mas vicia esse processo.

Assim, por exemplo, A quer programar o seu computador para comprar a obra "*Der Zauberberg*", convencido de que o autor da mesma é Bertolt Brecht, e de que se trata de uma peça teatral. A programa o seu computador para adquirir o livro, mas está em erro sobre qualidades essenciais do objecto, já que o autor é, na realidade, Thomas Mann, e não se trata de uma peça de teatro, mas sim de um romance. No entanto, o computador adquire o livro.

O segundo tipo de erro de programação diz respeito a situações em que

---

<sup>(65)</sup> Só é mencionada a possibilidade de erro de programação, mas também podem ocorrer outros erros humanos na preparação da máquina que levem a que o processo de emissão da declaração padeça de um vício e que não são rigorosamente erros de programação. Estamos aqui a referir-nos, por exemplo, a erros na instalação de *hardware*. A este tipo de erros parece-nos que deverá aplicar-se o mesmo regime dos erros de programação. Note-se que estes erros de preparação em sentido estrito configuram uma categoria residual. De facto, também os erros de programação se incluem numa ampla categoria de erros relativos à preparação da máquina para a emissão das declarações automatizadas. A diferença entre os erros de programação e os erros de preparação em sentido estrito resulta apenas do momento em que ocorre o erro no processo técnico de preparação e programação da máquina. Se, por exemplo, o erro incidir sobre a instalação do *hardware*, não estará então em causa um erro de programação da máquina mas sim um erro de *preparação* da máquina em sentido estrito. Estes erros de preparação em sentido estrito parecem assumir escassa relevância neste contexto, na medida em que na generalidade dos casos determinam a impossibilidade de emissão da declaração ou dificilmente afectam o conteúdo da declaração automatizada. Todavia, quanto estes erros de preparação em sentido estrito determinem uma perturbação na emissão da declaração automatizada, não parece que se justifique aplicar a este tipo de erros um regime diferenciado daquele que se aplica ao erro de programação, relativo ao *software* do sistema.

o programador quer introduzir uma determinada informação e, por lapso, introduz uma outra.

Imagine-se, por exemplo, que A quer programar o seu computador para comprar um exemplar de “*L'Étranger*”, de Camus. Por lapso, A introduz no programa dois zeros a mais na referência à quantidade de exemplares a adquirir. O computador, seguindo as instruções constantes da programação, adquire 100 exemplares de “*L'Étranger*” (66).

Estas duas situações de verdadeiro erro (humano) na programação assemelham-se, respectivamente, às situações convencionalmente tratadas como erro-vício e erro-obstáculo, e é importante averiguar até que ponto se deve fazer esta equiparação.

Note-se que no primeiro caso, de aquisição do livro “*Der Zauberberg*”, A está em erro-vício sobre qualidades do objecto do negócio: A julga que o autor da obra é Bertolt Brecht (e o verdadeiro autor é Thomas Mann) e julga que se trata de uma peça de teatro (mas trata-se de um romance). Há um erro-vício que perturba o processo de programação, na medida em que este se baseou numa falsa representação da realidade por parte de A.

O segundo caso de erro de programação, que ocorre no caso da aquisição do livro “*L'Étranger*”, é claramente diferente. A não se encontra em erro-vício e representa perfeitamente a realidade. Todavia, ocorre uma falha humana (um erro) no processo de programação do computador, na medida em que A introduz no programa dois zeros a mais na referência à quantidade de exemplares a adquirir.

Muito embora este erro de programação não seja um erro-vício, também não se trata de um caso de erro-obstáculo, já que o processo de programação (ou de introdução de dados no programa) não corresponde à emissão de uma declaração negocial. Não há assim, verdadeiramente, neste momento, uma divergência entre a vontade de A e a declaração negocial, porque esta ainda não foi emitida.

Como tivemos ocasião de assinalar, na contratação electrónica automatizada a vontade do utilizador exprime-se no momento da preparação e da programação do computador. Trata-se de uma vontade que, nesse

---

(66) Um exemplo paralelo do mesmo tipo de erro na programação é o de A querer programar o seu computador para comprar um exemplar do livro “*L'Étranger*”, de Camus, por 10 euros. Todavia, engana-se e acrescenta mais um zero na referência ao preço que está disposto a pagar pelo livro. O computador, seguindo correctamente as instruções constantes da programação, adquire uma primeira edição da célebre obra de Camus por 100 euros.

momento, não é ainda conhecida por terceiros, assemelhando-se a um processo volitivo interno.

A introdução de dados no programa do computador pode ser conforme ou desconforme com a vontade do programador <sup>(67)</sup> mas, em qualquer caso, a programação não é um acto comunicacional na medida em que a transmissão do conteúdo negocial a terceiros só vai dar-se posteriormente, com a emissão da declaração automatizada, formulada pelo próprio computador <sup>(68)</sup>.

Poderá inclusivamente suceder que, por defeito de funcionamento de máquina, se verifique uma divergência entre os dados constantes da programação e os dados constantes da declaração automatizada que é emitida, e até que o erro de programação seja corrigido por um defeito de funcionamento de máquina <sup>(69)</sup>.

---

<sup>(67)</sup> Assim, no segundo caso, de aquisição da obra "*L'Étranger*", ocorre uma divergência entre a vontade naturalística do utilizador da máquina e a "vontade" que ficou plasmada na programação. Aquando da introdução dos dados na programação, por falha humana (erro), consta da programação uma ordem de adquirir 100 exemplares do livro e não um exemplar, como A queria. Há, no fundo, dois processos de formação da "vontade". O processo de formação da vontade *naturalística* do programador ou do utilizador da máquina, que opera nos termos gerais. E o processo de formação da "*vontade computorizada*" ou "*computadorizada*", constante da programação, que resulta da introdução de dados no programa.

<sup>(68)</sup> Poder-se-á procurar estabelecer um paralelo entre a introdução de dados no programa e a introdução de dados numa folha de papel, tratando-se de uma proposta dactilografada nos termos tradicionais, muito embora as situações tenham diferenças assinaláveis. No caso da folha de papel, em que não há intervenção de um autómato, o processo de escrever corresponde ao processo declarativo final. O que fica escrito na folha de papel é já a declaração, é a derradeira manifestação da vontade negocial que, em regra (não havendo danificação da mensagem), será naqueles exactos termos transmitida ao declaratório. Diferentemente, na contratação electrónica automatizada, a introdução de dados no programa do computador corresponde à determinação dos critérios de formação da declaração negocial, que o computador concretizará, com maior ou menor autonomia. A introdução dos dados no programa estabelece os parâmetros de formulação da declaração automatizada, mas não é, ela própria, essa declaração. Há igualmente diferenças assinaláveis entre a declaração automatizada final e a declaração em papel, como assinala PAULA COSTA E SILVA, *Transferência electrónica de dados*, cit., p. 202 ss.

<sup>(69)</sup> Por remota que seja essa possibilidade, nada impede que um defeito de funcionamento de máquina possa corrigir o erro de programação. Assim, A introduz uma ordem de adquirir 100 exemplares de "*L'Étranger*", quando pretendia dar ordem de aquisição de um exemplar. Há erro de programação. Todavia, poderá suceder que, por defeito de funcionamento de máquina, o computador venha a emitir uma ordem de encomenda de apenas um exemplar (quando da sua programação, erroneamente introduzida, constava

Antes de haver na ordem jurídica portuguesa um regime especial que regulasse a contratação electrónica automatizada, deveria aplicar-se a qualquer erro de programação o regime dos vícios na formação da vontade <sup>(70)</sup> <sup>(71)</sup>.

uma ordem de adquirir 100). Neste caso, a verificação do defeito de funcionamento de máquina conduz a que o erro de programação não venha a provocar uma divergência entre a vontade de A e a declaração automatizada.

<sup>(70)</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Contratação Electrónica*, cit., p. 66.

<sup>(71)</sup> A justificação da aplicação deste regime reside no facto de o processo de preparação e programação da máquina ser uma forma de expressão da vontade do utilizador. Nas palavras de PAULO MOTA PINTO, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente*, cit., p. 416, nota 444, “a vontade exprime-se aqui pela preparação da aplicação do programa a casos concretos e, em geral, da máquina para emissão de certas declarações”. Contudo, do ponto de vista negocial esse processo equipara-se a um processo volitivo interno, prévio à emissão das autênticas declarações negociais. Assim se, por exemplo, A programar o seu computador para adquirir a obra “*Faust*”, de Goethe, sem que seja emitida uma declaração automatizada, e depois se arrepender, optando por adquirir “*Italienische Reise*” (do mesmo autor), a reprogramação do computador não terá, em princípio, qualquer relevância negocial. Não houve ainda emissão de uma declaração negocial e por isso o declarante não está vinculado ao conteúdo de uma declaração. Poder-se-ia considerar que a programação já seria uma declaração, posteriormente transmitida pelo computador. É o entendimento de alguns autores que defendem a equiparação entre a contratação electrónica automatizada e a mera contratação automatizada. Todavia, tal visão não corresponde à realidade, nem a um exacto enquadramento jurídico do processo de formação do negócio. Apesar das diferenças, poder-se-á estabelecer o paralelo com a redacção de uma carta. Há uma exteriorização. Todavia, como assinala OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. II, cit., p. 176, essa exteriorização não é suficiente para o Direito. A carta escrita que uma determinada pessoa guarda secretamente numa gaveta é inexistente como declaração. Exige-se que seja emitida. De modo semelhante, a introdução de dados no programa é inexistente como declaração. Exige-se ainda a emissão da declaração automatizada. O programador participa na formulação da declaração, ao introduzir os dados. Todavia, a declaração só é emitida por intermédio do computador. A introdução dos dados no programa é inequivocamente uma manifestação de vontade e corresponde a uma exteriorização. Mas não é, *de per se* (e sem a intervenção do computador), um acto comunicacional, que vise a revelação de uma mensagem com conteúdo negocial a outra pessoa (os dados introduzidos poderão revelar-se até incompreensíveis a um terceiro), como é apanágio das declarações (cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral*, Tomo I, cit., p. 338).

Cumpra ainda assinalar que não nos parece, contrariamente ao que tem sido defendido por alguma doutrina, que a vontade do programador constante do programa de computador seja “emancipada” do seu criador, em termos tais que se possa estabelecer um paralelo absoluto entre o conhecimento humano e os dados constantes da programação. Sobre esta matéria *vd.* KUHN, *Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation*, cit., p. 65, e BAUM, *Der elektronische Vertragsabschluss*, cit., p. 51. Todavia, parece poder estabele-

Ou seja, o regime especial hoje constante do art. 33.º/2-a) do D.L. 7/2004 corresponde ao regime geral que já seria aplicável ao erro de programação (72), mas agora com a especialidade do art. 33.º/3 do D.L. 7/2004.

De um modo geral, e nos quadros da negociação comum ou pessoal (73), ocorrendo um erro-vício ou um erro na formação da vontade do declarante, aplicar-se-ão os arts. 251.º (erro-vício sobre a pessoa do declaratório ou sobre o objecto do negócio), 252.º/1 (erro-vício sobre os motivos) ou 252.º/2 do Código Civil (erro-vício sobre a base do negócio).

O art. 252.º/1 e 2 do Código Civil estabelece pressupostos e regimes específicos para o erro sobre os motivos (74) e para o erro sobre a base do negócio (75), respectivamente. A aplicação dos pressupostos e regimes

---

cer-se um paralelismo entre os dados constantes da programação e a “vontade computadorizada”. Este paralelismo não deve ser naturalmente conduzido até à suas últimas consequências (porque os computadores não têm vontade própria), mas serve em parte para explicar por que razão os erros de programação podem ser reconduzidos à categoria de erros na formação da “vontade computadorizada”.

(72) No sentido de ser já este o regime anteriormente aplicável *vd.* OLIVEIRA ASCENSÃO, *Contratação Electrónica*, cit., p. 66.

(73) A negociação comum é pessoal no sentido em que há intervenção humana contemporânea da celebração do negócio e que as declarações são emitidas por pessoas. Neste sentido, opõe-se à negociação automatizada. Todavia, a negociação pessoal não é necessariamente personalizada (no sentido de atender às características particulares dos participantes na negociação).

(74) O erro sobre os motivos é o “tipo-base de erro” (cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. II, cit., p. 127) que só se aplica residualmente, não estando em causa outra modalidade de *erro-vício* (cfr. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, cit., p. 166). Para que o erro sobre os motivos seja considerado relevante, a lei exige mais do que o mero conhecimento ou dever de conhecer do declaratório da essencialidade do motivo. Nos termos do art. 252.º/1 do Código Civil, é ainda necessário que as partes tenham reconhecido “por acordo, a essencialidade do motivo”. Sobre a natureza deste acordo, *vd.* CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, cit., p. 167-168.

(75) Esta modalidade de erro tem por objecto a “base do negócio”. Todavia, o art. 252.º/2 do Código Civil não define o que seja base do negócio (sobre este conceito *vd.*, por todos, a detida análise de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 182 ss.), nem estabelece um regime para este tipo de erro, remetendo apenas para o art. 437.º do Código Civil (relativo à alteração das circunstâncias), cuja aplicação determina um esforço de adaptação. Sobre esta matéria *vd.*, entre outros, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral*, Tomo I, cit., p. 619 ss., e CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, cit., p. 162 ss.

destas modalidades de erro-vício poderá suscitar dificuldades, devendo ser adaptados à contratação electrónica automatizada (76).

(76) O erro sobre os motivos, diferentemente do erro sobre a base do negócio, não suscita particulares dificuldades. De facto, o erro sobre os motivos (de aplicação residual) só será relevante “se as parte houverem reconhecido, por acordo, a essencialidade do motivo” (art. 252.º/1 do Código Civil). Para que o erro seja relevante, não basta assim o conhecimento ou o dever de conhecimento da essencialidade do motivo. Este acordo naturalmente não é celebrado entre computadores, mas poderá ser celebrado entre as pessoas que os utilizam para celebrar negócios jurídicos através de declarações automatizadas. O facto de a emissão da declaração negocial ser realizada mediante o recurso a computadores não constitui óbice à celebração de um acordo que permita tornar relevante a essencialidade do motivo do declarante. A essencialidade do elemento sobre que incidiu o erro deverá aferir-se em função do declarante e não do seu computador, que não tem capacidades volitivas. No entanto se, de um modo geral, o erro sobre os motivos é “de rara verificação” (como assinala OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. II, cit., p. 127), tal raridade acentua-se no caso da contratação electrónica automatizada que opera em sistema aberto (nomeadamente na *Internet*), podendo quando muito assumir alguma relevância no caso da contratação electrónica automatizada realizada em sistema fechado (com um número de intervenientes limitado).

Por sua vez, a relevância do erro sobre a base do negócio (art. 252.º/2 do Código Civil) não depende da verificação dos requisitos constantes do art. 247.º do Código Civil, nem da celebração do acordo previsto no art. 252.º/1 do mesmo diploma. O declarante tem de demonstrar que o erro incidiu sobre as “circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar” (na terminologia do art. 437.º do Código Civil) e que objectivamente constituem a base do negócio, em termos tais que a manutenção do contrato, nos termos que foi celebrado, se afigure contrária à boa fé (vd. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, cit., p. 165).

A aplicação do erro-vício sobre a base do negócio à contratação electrónica automatizada suscita inúmeras questões. Essas questões (que não poderão ser aqui plenamente desenvolvidas) encontram-se fundamentalmente conexas com o facto de o erro sobre a base do negócio pressupor uma falsa representação das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar. Na contratação comum ou pessoal essa representação afere-se no momento da celebração do contrato. Todavia, nos quadros da contratação electrónica automatizada a intervenção humana limita-se à programação e preparação da máquina. Coloca-se assim, desde logo, a questão de saber se só até ao fim dessa programação e preparação da máquina os intervenientes humanos representam a realidade e, por isso, se só até esse momento poderá haver uma falsa representação da realidade (asserção que deverá ser ponderada considerando eventuais possibilidades de reprogramação ou desprogramação da máquina). As dificuldades e dúvidas de aplicação do erro sobre a base do negócio adensam-se considerando que a celebração do negócio ocorre em momento posterior à programação e preparação da máquina, podendo assim existir um hiato temporal entre o fim da programação e a celebração do negócio, no qual a base do negócio poderá sofrer significativas alterações. Por um lado, o instituto da alteração de circunstâncias diz respeito, como assinala LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. II, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, p. 129, à alteração das circunstâncias “efectivamente

Contudo, é a aplicação à contratação electrónica automatizada do regime comum do erro-vício sobre a pessoa do declaratório ou sobre o objecto do negócio que se revela particularmente problemática.

Nestes casos, o art. 251.º do Código Civil remete para o regime do erro na declaração, constante do art. 247.º do mesmo diploma.

O art. 247.º do Código Civil estabelece como requisitos de anulação da declaração negocial a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro, e o conhecimento ou dever de conhecimento pelo declaratório dessa essencialidade (77).

Há uma dificuldade evidente na aplicação destes requisitos à contratação automatizada porque não existe aqui uma vontade contemporânea da celebração do negócio jurídico, e as disposições do Código Civil não foram concebidas pensando nestas situações (78).

Perante este cenário, configuram-se duas alternativas: a primeira consiste em entender que os requisitos referidos, ou qualquer um deles, não são aplicáveis à contratação electrónica automatizada (79); a segunda, que nos

---

existentes à data da celebração do contrato, e que tenham sido causais em relação à sua celebração pelas partes”, não parecendo assim abranger alterações ocorridas antes desse momento. Por outro lado, também a aplicação do erro sobre a base do negócio poderá não ser absolutamente satisfatória, na medida em que não existe uma vontade e representação da realidade contemporâneas da celebração do negócio.

(77) Para uma análise destes requisitos *vd.*, entre outros, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. II, cit., p. 118 ss., e MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral*, Tomo I, cit., p. 606 ss. Estes requisitos devem ser invocados e provados pelo interessado na anulação do negócio como assinala MENEZES CORDEIRO, *ibidem*, com abundantes referências jurisprudenciais.

(78) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Contratação Electrónica*, cit., p. 66.

(79) Assim, PAULA COSTA E SILVA, *A Contratação automatizada*, cit., p. 303-304, assinalando que relativamente à contratação electrónica automatizada, o requisito da essencialidade do conhecimento ou do dever de conhecimento por parte do declaratório da essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro (art. 247.º do Código Civil), só poderá ser invocado quando o declaratório seja uma pessoa física, e não um autómato já que nestas situações “a contraparte, porque é um autómato, se não pode aperceber das vicissitudes do processo formativo ou comunicativo da contraparte”. A mesma autora, referindo-se, de um modo geral, à aplicação do art. 247.º do Código Civil à contratação electrónica automatizada, observa ainda que, aparentemente, a solução deveria passar pelo princípio segundo o qual *ubi commoda, ubi incommoda*, não deixando de reconhecer que tal raciocínio deverá ser temperado. De facto, assinala, aquele que contrata com um autómato sabe que do outro lado se encontra um autómato, sendo-lhe exigível que “saiba que a máquina não tem o crivo selectivo da contraparte padrão” (PAULA COSTA E SILVA, *A Contratação automatizada*, cit., p. 304). Como a autora reconhece a concretização dos parâmetros que apresenta é, na prática, “muito problemática” (*ibidem*, p. 304).

parece melhor, é a de sustentar que, apesar das especialidades, essa aplicação ainda se afigura possível, sem prejuízo de dever ser feita com adaptações e de eventualmente se dever conceber, *de jure constituendo*, um sistema que, de raiz, esteja pensado para a contratação electrónica automatizada <sup>(80)</sup>.

A aplicação dos requisitos constantes do art. 247.º do Código Civil só é naturalmente possível se nos referirmos aos utilizadores dos autómatos, não apenas porque são eles quem verdadeiramente celebra o contrato, como também por ser a sua vontade que releva do ponto de vista negocial, ainda que todo o processo seja feito com recurso a sistemas computadorizados sofisticados <sup>(81)</sup>.

Significa isto que, para além dos casos contemplados no art. 252.º do Código Civil (a que se aplicam os respectivos regimes, com as devidas adaptações), o regime aplicável aos outros tipos de erro de programação na contratação electrónica automatizada <sup>(82)</sup> resulta, fundamentalmente, de

---

<sup>(80)</sup> Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO *Contratação Electrónica*, cit., p. 66, defendendo que neste caso ainda é possível operar uma extensão que coloque “em lugar do computador, aquele que o predispõe” mas admitindo (p. 66-67) que “mesmo assim, pode ter-se por inadequado este caminho, considerando-se que a exigência do conhecimento da essencialidade pela outra parte pode deixar muitos problemas por resolver”.

<sup>(81)</sup> Como já se assinalou, a essencialidade do elemento sobre que incidiu o erro afere-se em função do declarante e não do seu computador, que não tem capacidades volitivas. Em nosso entender, tal requisito pode ser aplicado nos quadros da contratação electrónica automatizada. É certo que a aferição da essencialidade do erro pressupõe a produção de um juízo probabilístico que respeita às circunstâncias do tempo e da celebração do negócio. Nestes termos, a vontade que na contratação comum se atribui ao agente é já uma vontade suposta, na medida em que não se encontrava realmente presente no momento da acção, por força do erro. Trata-se assim de uma vontade presumida, conjectural ou tendencial do agente. Sobre esta matéria *vd.* OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. II, cit., p. 124. Se, nos termos gerais, deve apelar-se à vontade *presumida* do agente, não se vê razões que impeçam um raciocínio semelhante ao nível da contratação electrónica automatizada.

<sup>(82)</sup> Como já se teve ocasião de assinalar, os casos de erro de programação apresentados afiguram-se diferentes. Relativamente ao primeiro caso, de aquisição da obra “*Der Zauberberg*”, a aplicação do art. 247.º do Código Civil resulta da remissão operada pelo art. 251.º do Código Civil, nos termos gerais (já que se trata de um erro-vício sobre o objecto). Diferentemente, o segundo caso não corresponde a um caso tradicional de *erro-vício* (porque não há uma falsa representação da realidade) ou de *erro-obstáculo* (porque a programação não corresponde à emissão de uma declaração). Todavia, deve aplicar-se a essa situação o art. 247.º do Código Civil, não apenas pela analogia existente com as situações tradicionais de erro na declaração, como também pelo facto de, como se assinalou, todo

uma articulação entre o art. 247.º do Código Civil (aplicável *ex vi* art. 251.º do Código Civil) e o art. 33.º/3 do D.L. 7/2004 <sup>(83)</sup>.

Às dificuldades que resultam da aplicação à contratação electrónica automatizada do regime geral do Direito Civil, somam-se agora os escolhos interpretativos que o art. 33.º/3 do D.L. 7/2004 poderá suscitar. Cumpre interpretá-lo.

No art. 33.º/3 do D.L. 7/2004 faz-se, antes de mais, referência a uma “outra parte”.

A “outra parte” mencionada no art. 33.º/3 é diferente da que leva a cabo a “impugnação por erro”, já que se assinala que não pode opor-se a essa impugnação <sup>(84)</sup>. A outra parte é o declaratório que, neste sentido, se contrapõe ao declarante em erro.

A formulação do art. 33.º/3 poderá suscitar dúvidas.

O fundamento da anulação parece ser o erro, nos termos do art. 33.º/3 do D.L. 7/2004. A letra do art. 33.º/3 do D.L. 7/2004 será porventura equívoca, mas não vemos razões para distinguir. Erro significa, neste contexto, qualquer patologia negocial, e abrange as três hipóteses que se encontram previstas no art. 33.º/2 do D.L. 7/2004, ainda que nem todas devam ser qualificadas como autênticas situações de erro.

O declaratório não poderá assim opor-se à anulação do negócio jurídico por erro ou anomalia sempre que lhe fosse exigível que deles se

---

o processo de preparação e programação da máquina dever ser equiparado ao processo volitivo interno de formação da vontade que se verifica na contratação comum. Nestes termos, todo o *erro de programação* (independentemente de ser ou não verdadeiramente um erro-vício) é um *erro na formação da “vontade computadorizada”*.

<sup>(83)</sup> Importa, todavia, distinguir claramente os problemas de vinculação das partes dos problemas de responsabilidade civil, como justamente observam OLIVEIRA ASCENSÃO, *Contratação Electrónica*, cit., p. 67, e LEROUGE, *The use of electronic agents questioned under contractual law, suggested solutions on a European and American level*, cit., p. 28, afirmando este último, relativamente à defesa levada a cabo por THOUMYRE, *L'échange des consentments dans le commerce électronique*, cit., p. 13, do princípio da responsabilidade do proprietário pelo uso da coisa (*in casu*, o computador) que “the issue we are dealing with is a question of validity of a contract and it seems inappropriate to solve it by calling upon tort principle”.

<sup>(84)</sup> A referência a impugnação denúncia influência germânica, já que na terminologia jurídica tudesca a *anulabilidade* é designada como *impugnabilidade*. No entanto, a impugnabilidade tem no Direito Civil português um sentido específico que não se reconduz (tradicionalmente) à invalidade, antes remetendo para figuras como a impugnação pauliana ou a redução de liberalidades inoficiosas. Ao invés de impugnação do negócio por erro parece preferível referir-se a sua anulação. Sobre a impugnabilidade *vd.*, por todos, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. II, cit., p. 340-341.

apercebesse, nomeadamente pelo uso de dispositivos de detecção de erros de introdução.

Chegamos assim à conclusão que, pelo menos em determinadas circunstâncias, é exigível que na contratação electrónica multilateralmente automatizada uma parte se aperceba dos erros cometidos pela outra. Há no art. 33.º/3 do D.L. 7/2004 uma certa antropomorfização da linguagem que deve ser mitigada. A referência a erro deve ser interpretada de forma ampla (incluindo anomalias na declaração) e ao termo percepção parece dever preferir-se o termo detecção.

Daqui resulta que na contratação multilateralmente automatizada as partes têm o ónus de apetrechar os seus sistemas de mecanismos que lhes permitam detectar erros ou anomalias na declaração da outra parte sob pena de, não dispondo desses mecanismos, não poderem vir a opor-se a uma eventual anulação do negócio jurídico por “erro”.

Estes mecanismos de detecção de erros ou anomalias referentes à declaração da outra parte são frequentemente utilizados na contratação multilateralmente automatizada que se verifica entre parceiros comerciais que recorrem aos sistemas EDI, podendo assumir diversas configurações. Referimo-nos a programas que permitem a um determinado computador detectar anomalias nas declarações automatizadas que recebe, de acordo com critérios previamente estabelecidos, e que podem ir desde a quantidade de bens encomendados, à qualidade desses bens, ou inclusivamente à frequência com que as mensagens são emitidas <sup>(85)</sup>.

Relativamente à contratação entre parceiros comerciais fixos, o art. 33.º/3 do D.L. 7/2004 não virá, na generalidade dos casos, acrescentar nada de significativo ao que as partes prevêm nos já mencionados acordos de intercâmbio, mas estabelece o ónus das partes utilizarem esses mecanismos, caso não tenha sido contratualmente prevista essa utilização.

A grande novidade pode dizer respeito à contratação multilateralmente automatizada em rede aberta (designadamente quando o consumidor recorre

---

<sup>(85)</sup> O computador poderá detectar anomalias na declaração que recebe porque, por exemplo, nessa declaração são encomendados mais bens ou bens diferentes do que é habitual, ou porque, de uma forma invulgar, são recebidas duas encomendas iguais, com um curto espaço de tempo entre elas (o que poderá indiciar tratar-se de uma declaração involuntariamente duplicada). Para uma referência a este tipo de mecanismos *vd.* PAULA COSTA E SILVA, *A Contratação Automatizada*, cit., p. 304 e 305.

a *shopping agents* com potencialidades “decisórias”) (86). Estes mecanismos, com esta configuração, também podem ser utilizados na contratação automatizada em rede aberta, mas com dificuldades acrescidas, desde logo porque as partes geralmente não se conhecem. A solução parece passar aqui não tanto pela definição de uma declaração padronizada, mas antes pela fixação de critérios relacionados com a normalidade da negociação. É o que sucede, por exemplo, em sítios na *Internet* em que o número de bens que se pode encomendar está condicionado até ao limite de três dígitos, e que naturalmente também se aplica se o consumidor recorrer a um agente electrónico.

O art. 33.º/3 do D.L. 7/2004, depois de referir que “ a outra parte não pode opor-se à impugnação por erro sempre que lhe fosse exigível que dele se apercebesse”, dá como exemplo o uso de dispositivos de detecção de erros de introdução, suscitando a questão de saber se estes dispositivos são diferentes dos que constam do art. 27.º do D.L. 7/2004.

Na realidade, quando pensamos em dispositivos de identificação e correcção de erros de introdução, como constam do art. 27.º do D.L. 7/2004, temos em mente dispositivos que permitem ao declarante identificar e corrigir erros que ele próprio comete (87) (88).

Os dispositivos de detecção de erros de introdução são referidos no art. 33.º/3 do D.L. 7/2004 numa perspectiva diferente, como mecanismos que permitem ao declaratório detectar erros que o declarante comete.

Muito embora a formulação do art. 33.º/3 do D.L. 7/2004 possa gerar dúvidas, parece-nos que essa disposição tem por objecto todos os meios que do ponto de vista tecnológico permitam a detecção dos erros, e os dispositivos que se encontram previstos no art. 27.º do mesmo diploma são apenas um exemplo desse tipo de mecanismos.

---

(86) E à contratação unilateralmente automatizada, quando o regime lhe seja analogicamente aplicável.

(87) Encontram-se assim previstos no art. 27.º do D.L. 7/2004, nomeadamente, mecanismos que permitem ao destinatário a confirmação de todos os dados constantes da encomenda e, se necessário, a sua correcção. Estes mecanismos são particularmente visíveis em sítios de venda *on-line*. *Vd.* designadamente os sítios <http://www.amazon.de> (visitado Outubro 2004) ou <http://www.bol.de/shop/home/show> (visitado Outubro 2004).

(88) Sobre estes dispositivos de correcção destes erros de introdução *vd.*, por todos, BAUM, *Der elektronische Vertragsabschluss*, cit., p. 420 ss. Para além destes dispositivos, há ainda diversas medidas que podem ser tomadas para reforçar a segurança nas transacções. Sobre esta matéria *vd.* ROSA JULIÀ BARCELÓ, *Comercio electrónico entre empresarios*, cit., p. 392 ss.

Note-se que no caso dos dispositivos que estão no art. 27.º do D.L. 7/2004, a correcção que o próprio declarante faz surge muitas vezes na sequência de uma detecção de erro feita pelo próprio sistema do prestador de serviços. Estão aqui em causa mecanismos que não permitam ou detec-tem a encomenda de um número manifestamente excessivo de bens, que evitem a confusão com outros produtos e exijam uma aceitação que tenha em conta esses dados, que denunciem repetições indevidas de moradas ou a introdução de moradas inexistentes, ou acusem a introdução de números de cartão de crédito impossíveis.

Parece-nos assim que o art. 33.º/3 do D.L. 7/2004 abrange os meios técnicos previstos no art. 27.º do mesmo diploma mas não exclui outros que sejam tecnologicamente possíveis e cuja utilização possa ser exigível.

Esta ideia hoje plasmada no art. 33.º/3 do D.L. 7/2004 encontra-se também em vários textos internacionais, designadamente no art. 13.º/5 da Lei-modelo da CNUDCI (89).

O que está fundamentalmente em causa no art. 33.º/3 do D.L. 7/2004 é a fixação às partes de um ónus de, independentemente de ter havido convenção nesse sentido, utilizarem mecanismos que permitam a detecção de erros ou anomalias na declaração da outra parte, sob pena de não poderem vir a opor-se a uma eventual anulação por erro ou anomalia (90).

Muito embora o art. 33.º/3 do D.L. 7/2004 tenha como fonte de inspiração o art. 13.º/5 da Lei-modelo da CNUDCI, a questão que lhe subjaz é bem antiga.

O segundo requisito de anulação previsto no art. 247.º do Código Civil (conhecimento ou dever de conhecimento pelo declaratário do elemento sobre que recaiu o erro) tem como intuito proteger o declaratário e os interesses do comércio jurídico, evitando assim que o declaratário seja facilmente surpreendido com uma anulação do negócio.

O nosso legislador, ao contrário, por exemplo, do legislador italiano (no art. 1428.º do *Codice*), não exige que o declaratário conheça ou devesse conhecer a cognoscibilidade do próprio erro porque se entendeu que “seria

---

(89) A mesma ideia foi acolhida, por exemplo, no art. 13.º/6 do Singapore Electronic Transactions Act de 1998 e na secção 10.º/2 da UETA.

(90) A diligência devida será cumprida pela utilização de mecanismos standardizados, que deverão ser exigidos consoante as circunstâncias do caso (designadamente o grau de conhecimento entre as partes).

ir longe demais”<sup>(91)</sup>, isto é, estar-se-ia a proteger demasiado o declaratório e o tráfego jurídico em detrimento dos interesses do declarante<sup>(92)</sup>.

O art. 33.º/3 do D.L. 7/2004 vem introduzir de novo o elemento da cognoscibilidade do erro ou da anomalia, embora agora a cognoscibilidade não surja como um requisito para a relevância anulatória do erro ou anomalia e a formulação seja aqui adaptada, porque estando em causa autómatos é mais rigoroso falar de possibilidade de detecção do erro do que de cognoscibilidade. Note-se que o regime geral continua a ser aplicável, nos termos do art. 33.º/2 do D.L. 7/2004. Muito embora seja necessário realizar adaptações o legislador não faz aqui quaisquer restrições.

Em síntese, nos quadros da negociação multilateral automatizada o declarante que pretenda anular o negócio jurídico não tem de demonstrar a possibilidade de detecção do erro ou anomalia. Mas o declaratório não poderá opor-se à anulação do negócio se o erro ou anomalia fosse detectável, isto é, há um agravamento da posição do declaratório em relação ao regime geral, e uma maior tutela do declarante que tenha incorrido em erro ou cuja declaração padeça de uma anomalia<sup>(93)</sup> <sup>(94)</sup>.

Trata-se de uma opção legislativa que, em nosso entender, é criticável: antes de mais, porque a formulação é pouco clara e ao invés de se criar um regime especial para a contratação electrónica automatizada procura-se o compromisso com o regime geral, gerando distorções<sup>(95)</sup>; depois, porque nos parece que do ponto de vista de política legislativa, seria mais aconselhável a posição inversa, isto é, dar primazia aos interesses do tráfego jurídico em

---

(91) RUI DE ALARCÃO, *Breve Motivação do Anteprojecto sobre o Negócio Jurídico na Parte Relativa ao Erro, Dolo, Coacção, Representação, Condição e Objecto Negocial*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 138, 1964, p. 71-122 (87).

(92) Esta opção do legislador tem sido criticada por alguns autores que entendem que a não exigência do conhecimento ou cognoscibilidade do erro pelo declaratório facilita excessivamente a anulação das declarações negociais, frustrando assim a confiança do declaratório e a segurança do tráfego jurídico. *Vd.*, nomeadamente, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª edição, Coimbra Editora, 1985, p. 497.

(93) Do ponto de vista do ónus da prova parece caber ao declaratório a prova de que utilizou os mecanismos de detecção do erro referidos no art. 33.º/3 do D.L. 7/2004.

(94) A cognoscibilidade ou possibilidade de detecção do erro, habitualmente trazida à colação para proteger o declaratório (obrigando o declarante a prová-la) serve agora para proteger o declarante.

(95) O regime do art. 33.º do D.L. 7/2004 tem como consequência que na contratação automatizada o declarante está mais protegido do que no regime geral, não porque os requisitos gerais sejam modificados, mas porque em determinados casos se impede o declaratório de reagir.

detrimento dos interesses do declarante (em erro ou cuja declaração padece de uma anomalia), que decidiu utilizar um computador para emitir as suas declarações negociais e que por isso deve assumir o risco dessa utilização <sup>(96)</sup>.

Em suma, o regime do art. 33.º/3 do D.L. 7/2004 consiste fundamentalmente no seguinte: a parte que incorreu em erro, querendo desvincular-se da declaração emitida, tem o ónus de provar os requisitos previstos no art. 247.º do Código Civil; a outra parte não poderá opor-se a essa anulação caso lhe fosse exigível a detecção do erro ou anomalia <sup>(97)</sup> <sup>(98)</sup>.

---

<sup>(96)</sup> Em nosso entender, este objectivo poderia ser prosseguido de duas formas. A primeira, preferível, seria conceber um regime especial para a contratação electrónica automatizada que se afastasse do regime geral. Trata-se de um caminho difícil, mas parece-nos que vão sendo progressivamente criadas as condições necessárias para o trilhar, sem prejuízo da segurança jurídica. A segunda seria mitigar a aplicação do regime geral, substituindo-se o segundo requisito do art. 247.º do Código Civil pela possibilidade de detecção do próprio erro.

Cumprе acrescentar duas notas.

A primeira para assinalar que esta última via poderá ser criticada, argumentando-se que não faz sentido exigir que o declaratário tenha meios técnicos de detecção dos erros e depois permitir que o declarante anule com base nessa cognoscibilidade. Nestes termos, quanto melhores fossem os meios de detecção e mais rigoroso o cumprimento de os ter, mais desprotegido ficaria o declaratário, porque aumentaria a sua cognoscibilidade do erro. Este raciocínio parece-nos, contudo, vicioso. O declarante deveria ter de demonstrar que o declaratário conhecia ou deveria conhecer o próprio erro, protegendo-se assim mais o declaratário e o tráfego jurídico do que sucede nos termos gerais. Naturalmente que não havendo um dever de utilizar meios técnicos de detecção, o declaratário nunca os utilizaria e portanto o erro nunca seria cognoscível. O dever de utilização dos meios de detecção (cujo incumprimento poderia determinar sanções ou, em última análise, a sanção prevista no art. 33.º/3 do D.L. 7/2004) serviria como contraponto à maior exigência dos requisitos de anulação do erro, criando-se assim um regime equilibrado.

A segunda nota, para assinalar que a previsão do requisito da detecção do erro não significa uma desconsideração aos princípios que, no Direito Civil, regem a delimitação entre a matéria da interpretação do negócio jurídico e do erro na declaração negocial. O facto de o erro ostensivo ou cognoscível dever ser solucionado nos quadros do art. 236.º/1 do Código Civil, não implica por si que não possa sustentar-se, em sede de erro, que deve relevar-se a sua cognoscibilidade (vd. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 497), desde que se reconheça que "*o conhecimento ou cognoscibilidade do erro, em si mesmo, acaba por ser tomado em consideração, mas no sentido da validade do negócio segundo a vontade real, por implicar também conhecimento ou cognoscibilidade dessa vontade*" (CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, cit., p. 338). Acresce que está aqui em causa a possibilidade de detecção do erro e não, em rigor, a sua cognoscibilidade.

<sup>(97)</sup> O que implica não apenas que fosse exigível (por razões de diligência) a colocação dos dispositivos em causa, como também que tal colocação permitisse que a parte

### 4.3. Defeito de funcionamento de máquina

Para além dos erros de programação, poderá suceder que um defeito no funcionamento da máquina (ou computador) conduza a que a declaração automatizada não seja emitida em conformidade com a programação nela inserta.

Poderão estar aqui em causa duas categorias de situações distintas, ambas susceptíveis de recondução a uma categoria ampla de defeito de funcionamento de máquina<sup>(99)</sup>.

Na primeira categoria de situações, a máquina tecnicamente não funciona bem; na segunda categoria, a máquina *aparentemente* funciona bem do ponto de vista técnico, mas poder-se-á dizer que, na globalidade, o funcionamento da máquina se revelou defeituoso, já que a máquina recorre a dados erróneos.

Como exemplo da primeira categoria de situações de defeito de funcionamento de máquina, imagine-se, por exemplo, que A quer adquirir o disco compacto "*David Helfgott plays Rachmaninov, Piano Concerto n.º 3*", programando um agente electrónico para adquirir um exemplar do disco num sítio na *Internet*. No entanto, o agente electrónico, em virtude de um defeito de *software* (ou de um outro defeito de funcionamento), formula uma ordem de encomenda de 100 discos<sup>(100)</sup>.

---

detectasse a anomalia na declaração da outra parte. Tratando-se de um erro que, mesmo com a colocação de dispositivos de detecção, não teria sido possível detectar, não é possível a anulação, devendo o declarante ficar vinculado.

<sup>(98)</sup> O regime do art. 33.º/3, do D.L. 7/2004 pensado para a contratação multilateralmente automatizada, só parece poder ser analogicamente aplicável à contratação unilateralmente automatizada quando seja o declaratório a utilizar um autómato, pois só nesse caso faz sentido exigir-lhe algo diferente do que resultaria do regime geral.

<sup>(99)</sup> *Vd.* igualmente a distinção estabelecida por BAUM, *Der elektronische Vertragsabschluss*, cit., p. 397, entre os *Datenfehler* e os *Systemfehler*. Sobre o defeito de funcionamento de máquina *vd.* ainda, entre outros, TAUPITZ/KRITTER, *Electronic Commerce — Probleme bei Rechtsgeschäften im Internet*, cit., p. 843.

<sup>(100)</sup> Ou imagine-se, por hipótese, que A produz bicicletas e B produz e fornece pneus. Como mantêm relações comerciais duradouras e frequentes decidem montar um sistema EDI, funcionando nos seguintes termos: sempre que na exploração de A o estoque de pneus atinja valores inferiores a 500 pneus, o computador de A automaticamente formula e envia uma ordem de encomenda a B no sentido da reposição do estoque mínimo. O computador de B automaticamente acusa a recepção da ordem de encomenda e, caso tenha unidades de pneus disponíveis em número suficiente, automaticamente emite uma declaração de aceitação. O computador de A, por defeito de funcionamento, emite uma ordem de encomenda de 5000 pneus.

Como exemplo da segunda categoria de defeito de funcionamento de máquina, imagine-se que a agência de viagens X vende pacotes de viagens num sítio na *Internet*. O agente electrónico da agência X está programado para efectuar todas as operações necessárias para que a transacção se realize, dependendo as condições do caso concreto, designadamente da idade dos consumidores, do seu número, do tempo de permanência no destino, da qualidade do hotel, entre outros. Ao apresentar o preço, calculado atendendo aos dados apresentados pelo cliente, o agente electrónico mostra um preço constante de um preçário antigo. Há também uma falha de funcionamento de máquina, mas que agora resulta da utilização de um dado desactualizado <sup>(101)</sup>.

Em qualquer um destes casos o defeito não resulta de uma actuação ou percepção humana e tem como resultado uma divergência não intencional entre a programação (e a vontade nela expressa) e a declaração automatizada, ou seja, uma divergência entre a declaração que se *queria* que o computador emitisse e aquela que, por defeito de funcionamento, foi *realmente* emitida.

O art. 33.º/2-b) do D.L. 7/2004 determina que se houver “defeito de funcionamento da máquina” são aplicáveis as disposições sobre erro na

---

<sup>(101)</sup> Poder-se-á ainda conceber uma outra situação, que causa alguma perplexidade. Imagine-se, por exemplo, que A programa o seu computador para comprar o livro “*La struttura assente. La ricerca semiótica e il metodo strutturale*”, de Umberto Eco, dando autonomia ao computador para que este comprasse o livro que, na relação preço/qualidade, lhe parecesse melhor. O agente electrónico dirige-se a um sítio de venda de livros na *Internet* (onde é também utilizado um autómato) e lá obtém informações de que o livro que vai comprar tem encadernação de luxo. Com base nessas informações, o agente adquire o livro, vindo depois a revelar-se que o livro não tem encadernação de luxo. Parece verificar-se neste caso uma espécie de erro sobre o objecto, mas aqui o “erro” não é humano já que A não representou falsamente a realidade, porque nunca pensou na hipótese do livro ter uma encadernação de luxo. Contudo, também não há um erro de programação, já que o agente electrónico executou as tarefas para que estava programado. Aparentemente esta situação não parece enquadrar-se nos quadros do defeito de funcionamento de máquina porque o computador funcionou correctamente e não se baseou em dados erróneos “por sua iniciativa”. Em linguagem pouco cuidada, diríamos que o computador incorreu em erro. Contudo, sendo o computador mero meio de comunicação, sem capacidades volitivas, não incorre em erro. Nestes termos, parece-nos que o melhor enquadramento a dar ao caso é o de integrá-lo ainda no universo do defeito de funcionamento de máquina, aqui provocado por intervenção externa. Se a intervenção externa for com dolo (o que pressupõe intervenção humana por parte do sítio), dever-se-á atender ainda ao art. 253.º do Código Civil, aplicado ao oferente dos bens ou serviços na *Internet*.

declaração, isto é, ao defeito de funcionamento de máquina dever-se-ão aplicar as disposições gerais relativas ao erro na declaração, designadamente o art. 247.º do Código Civil <sup>(102)</sup>, em articulação com o art. 33.º/3 do D.L. 7/2004, nos termos já expostos.

Quer isto dizer que, muito embora o defeito de funcionamento de máquina não seja, *de per se*, um verdadeiro erro, conduz a uma situação de divergência não intencional entre a vontade e a declaração <sup>(103)</sup>.

Poderá ainda ponderar-se a aplicação do art. 249.º do Código Civil, que versa sobre o erro de cálculo ou de escrita, a algumas situações de funcionamento defeituoso de máquina.

O “erro” previsto no art. 249.º do Código Civil, contrariamente ao erro previsto no art. 247.º do mesmo diploma, é objectivamente demonstrável, já que resulta do próprio contexto da declaração ou das circunstâncias em que a declaração é feita <sup>(104)</sup> <sup>(105)</sup>.

---

<sup>(102)</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Contratação Electrónica*, cit., p. 66.

<sup>(103)</sup> Há significativas diferenças entre o defeito de funcionamento de máquina e o erro-obstáculo, que ocorre nas declarações pessoalmente emitidas pelo declarante. Em primeiro lugar, no defeito de funcionamento de máquina a divergência tem como causa um defeito de máquina e não um erro humano. Em segundo lugar, no defeito de funcionamento de máquina, não há uma divergência entre a vontade que o utilizador (declarante) queria exprimir e aquela que pessoalmente exprimiu (na programação); há sim uma divergência entre a vontade que o declarante queria que fosse exteriorizada e aquela que automatizadamente foi exteriorizada (na declaração automatizada). Todavia, só este segundo momento é juridicamente relevante. A situação assemelha-se, neste sentido, ao erro na transmissão previsto no art. 250.º do Código Civil, que é aliás uma modalidade de erro na declaração (vd. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. II, cit., p. 183-184). Todavia, o computador não é equiparável a um nuncio, não devendo assim a situação ser resolvida nos quadros do erro na transmissão.

<sup>(104)</sup> Sobre as diferenças entre estas disposições vd., entre outros, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. II, cit., p. 183 ss.; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral*, Tomo I, cit., p. 606 ss.; e PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 535 ss.

<sup>(105)</sup> Por isso o caso previsto no art. 249.º do Código Civil não é, como justamente observa MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral*, Tomo I, cit., p. 612, um caso de verdadeiro erro, já que a declaração “deve ser globalmente interpretada”. Importa distinguir diferentes situações próximas do “erro” previsto no art. 249.º do Código Civil. Se o declaratório conhece o erro (*erro conhecido*), e entende o que o declarante queria dizer, o problema é resolvido nos quadros do art. 236.º/2 do Código Civil, valendo a declaração de acordo com a vontade real do declarante. Se o declaratório não conhece o erro, mas uma pessoa de normal diligência ter-se-ia apercebido dele (*erro cognoscível* ou *erro ostensivo*), o art. 236.º/1 do Código Civil determina a validade do negó-

Estando em causa uma contratação multilateralmente automatizada, a aplicação do art. 249.º Código Civil ao defeito de funcionamento de máquina depara-se com inequívocas dificuldades e dificilmente se encontra uma referência rigorosa a um verdadeiro caso de “erro de cálculo ou de escrita” (106). O defeito da declaração automatizada dificilmente resulta do contexto informático da declaração, ou das circunstâncias despersonalizadas em que esta é feita. Não parece justificar-se uma exclusão liminar da aplicação do art. 249.º do Código Civil atendendo, nomeadamente, às circunstâncias negociais em que a declaração é feita, em termos tais que objectivamente se possa comprovar o erro, mas parece difícil (107). Será

---

cio segundo a vontade real do declarante, já que é esse o sentido objectivo do negócio. Por sua vez, no art. 249.º do Código Civil trata-se de um erro oculto mas *objectivamente comprovável*. Nas palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. II, cit., p. 185, no art. 249.º do Código Civil “não se trata pois de erro cujo reconhecimento poderia ser obtido com maior diligência do destinatário nem de erro que se revele de imediato: nesse sentido afasta-se do erro ostensivo. É o erro que é objectivamente comprovável”. O “erro” do art. 249.º do Código Civil não é aquele que é *conhecido* nem *cognoscível* (ostensivo), mas sim aquele que é objectivamente comprovável, ainda que se encontre oculto.

(106) No caso analisado no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 20 de Janeiro de 1999, in *Colectânea de Jurisprudência/Supremo VII* (1999) I, p. 261-263, sustentou o STJ (p. 263-I) que o “erro informático” em causa não era “propriamente um erro de cálculo ou de escrita”. No mesmo sentido, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral*, Tomo I, cit., p. 612, sustenta que “não se verificando a imediata aparência do erro, haverá que aplicar o regime geral do art. 247.º ou outro qualquer, previsto por lei específica”, acrescentando que “estas mesmas regras têm aplicação na hipótese de erro informático”. Na verdade, a hipótese mais frequente de erro de cálculo ou de escrita, em que o “erro” é patente no contexto da própria declaração, designadamente em virtude de contradições internas evidentes (a partir das quais se conclui que não há erro algum), dificilmente surgirá no contexto de uma declaração automatizada. Restam as situações em que as circunstâncias em que a declaração é feita revelam o erro e permitem a sua comprovação objectiva.

(107) Imagine-se o caso de A, que produz bicicletas, e de B, que produz e fornece pneus. Como mantêm relações comerciais duradouras e frequentes decidem montar um sistema EDI. Sempre que na exploração de A o estoque de pneus atinja valores inferiores a 500 pneus, o computador de A automaticamente formula e envia uma ordem de encomenda a B no sentido da reposição do estoque mínimo. Imagine-se assim que, num determinado dia, o computador de A, por defeito de funcionamento, emite uma ordem de encomenda de 5000 pneus. Tratando-se de uma declaração automatizada, dificilmente o erro será revelado pelo contexto da própria declaração. No entanto, as circunstâncias em que a declaração automatizada é feita poderão revelar tratar-se *objectivamente* de um erro, atendendo designadamente à relação comercial entre A e B e às declarações negociais semanalmente emitidas, já que, no dia em causa, é encomendada uma quantidade de pneus

porventura mais fácil a aplicação do art. 249.º do Código Civil à contratação unilateralmente automatizada em que do lado do declaratório se encontra uma pessoa singular<sup>(108)</sup>, mas neste caso não parece dever aplicar-se o art. 33.º/3 do D.L. 7/2004<sup>(109)</sup>.

Em suma, o regime de anulação da declaração automatizada por defeito de funcionamento de máquina é, nos termos do art. 33.º/2-b) do D.L. 7/2004, o seguinte: o utilizador do computador que queira anular a declaração terá de provar a essencialidade do elemento sobre que incidiu o erro e que o declaratório conhecia ou não deveria ignorar essa essencialidade (art. 247.º do Código Civil, *ex vi* art. 33/2-b) do D.L. 7/2004). O declaratório não poderá opor-se a essa anulação sempre que lhe fosse exigível que se apercebesse da anomalia, ficando em aberto a possibilidade de aplicação do art. 249.º do Código Civil, mas com dificuldades.

#### 4.4. Transmissão deformadora de declaração

A transmissão deformadora de declaração (ou de mensagem)<sup>(110)</sup>, prevista no art. 33.º/2-c) do D.L. 7/2004, distingue-se do erro de progra-

---

dez vezes superior à habitual. Neste caso, A terá direito a rectificar a declaração de encomenda de 5000 pneus, mas ficará vinculado à encomenda de 500 pneus. Um problema adicional poderá resultar da necessidade de delimitação das circunstâncias que permitem revelar o erro. Nada parece impedir que tais circunstâncias sejam amplamente entendidas, podendo abranger todo o contexto negocial, atendendo-se não apenas a negócios jurídicos prévios, como eventualmente ao negócio onde se estabelece o modo de funcionamento do sistema EDI (designadamente um acordo de intercâmbio). Este entendimento amplo das circunstâncias em que a declaração é feita foi acolhido pelo STJ no já mencionado Acórdão de 20 de Janeiro de 1999, cit., p. 263-I, e parece ser igualmente sustentado por JOÃO DE CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1995, p. 196. Em todo o caso, a aplicação do art. 249.º do Código Civil à declaração automatizada defeituosa reveste inequívoca complexidade.

<sup>(108)</sup> Recapitulando o exemplo da agência de viagens, é o que poderá suceder caso o consumidor seja uma pessoa singular e lhe seja apresentada uma discriminação detalhada de todos os custos e depois o custo total. Para além da eventualidade de o agente recorrer a um preçário antigo, pode o computador apresentar um somatório errado dos custos, em termos tais que se justifique, sem dúvidas de maior, a aplicação do art. 249.º do Código Civil.

<sup>(109)</sup> Como há tivemos ocasião de assinalar, só parece dever aplicar-se analogicamente o art. 33.º/3 do D.L. 7/2004 à contratação unilateralmente automatizada quando o declaratório utiliza um autómato.

<sup>(110)</sup> O acolhimento da designação *transmissão deformadora de declaração* (ou de *mensagem*) pretende enfatizar o facto de a origem da deformação da declaração poder

mação e do defeito de funcionamento de máquina porque, ao contrário dessas duas situações, os erros ou defeitos ocorrem aqui depois de concluído o processo de emissão da declaração.

A transmissão deformadora de declaração pode ter na sua origem uma actuação humana (com negligência ou com dolo) <sup>(111)</sup> ou um defeito de máquina mas, num caso e noutro, a patologia consiste na deformação da mensagem no caminho que esta percorre desde o computador do declarante até ao computador do destinatário.

A deformação da declaração no processo de transmissão, que pode igualmente ocorrer na contratação desenvolvida nos termos tradicionais, surge na contratação electrónica automatizada com um risco acrescido.

Na verdade, estando em causa uma contratação electrónica automatizada desenvolvida em sistema aberto, a comunicação não é instantânea, passando a mensagem por vários intermediários até chegar ao seu destinatário <sup>(112)</sup>.

---

dever-se tanto a uma actuação humana (com negligência ou com dolo) como a defeito de máquina. O art. 33.º/2-c) do D.L. 7/2004 refere-se igualmente às situações em que a mensagem chega “deformada ao seu destino”, procurando assim evitar o recurso à terminologia tradicional do erro na transmissão. Sobre a transmissão deformadora de mensagens na contratação electrónica *vd.*, entre outros, KUHN, *Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation*, cit., p. 172 ss., e BAUM, *Der elektronische Vertragsabschluss*, cit., p. 405 ss.

<sup>(111)</sup> De facto, muito embora a transmissão das declarações em rede opere, em princípio, de modo absolutamente automático, a deformação da mensagem poderá resultar de intervenção humana, com negligência ou dolo. As situações de deformação da declaração por intervenção com dolo do transmitente ou de terceiro não serão consideradas no presente estudo já que apenas tratamos neste ponto do erro humano e o defeito de máquina no processo de emissão e de transmissão da declaração automatizada. A intervenção deformadora com dolo do agente não configura nem uma situação de erro (no sentido em que agora utilizamos este termo), nem uma situação de defeito, pelo que será apenas marginalmente mencionada, sobretudo em contraste com as situações em que a transmissão deformadora de mensagem se deve a uma intervenção humana em que o agente actua com negligência ou em que a deformação resulta de defeito de máquina. Todavia, para além das situações de transmissão deformadora de declaração em virtude de actuação humana com dolo (em que o transmitente voluntária e intencionalmente deforma a mensagem), poderá ainda suceder que, por exemplo, o sistema computadorizado transmitente seja mal programado pelo agente, caso em que, muito embora a máquina não tenha funcionado defeituosamente, poderá ocorrer uma deformação da mensagem por falha humana.

<sup>(112)</sup> Como assinalam TOBIAS H. STRÖMER, *Online-Recht, Rechtsfragen im Internet und in Mailboxnetzen*, dpunk.verlag, Heidelberg, 1997, p. 84, e ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet*, cit., p. 122.

Todavia, mesmo em sistema fechado, poder-se-á igualmente recorrer a intermediários, importando assim determinar em que momento do processo ocorreu a deformação da mensagem <sup>(113)</sup>.

Pensando-se no caso da *Internet* (funcionando em sistema aberto) <sup>(114)</sup>, imagine-se, por exemplo, que A programa um agente electrónico para adquirir um exemplar do livro "*Die Blechtrommel*", de Günter Grass, num sítio de venda de livros. No entanto, no percurso que o agente electrónico percorre desde o aparelho do declarante até ao aparelho do sítio em causa, a declaração deforma-se, e surge como uma encomenda de 1000 exemplares da mesma obra.

O art. 33.º/2-c) do D.L. 7/2004 (à semelhança do que sucede nas als. a) e b) da mesma disposição) remete para o regime do erro na transmissão, ou seja, os arts. 250.º e 247.º do Código Civil <sup>(115)</sup>, agora articulado com o disposto no art. 33.º/3 do D.L. 7/2004, nos termos assinalados <sup>(116)</sup>.

---

<sup>(113)</sup> Mesmo nos sistemas fechados de EDI (entre um número de entidades limitado) pode haver recurso a intermediários. As conexões entre os diversos sistemas EDI podem ser realizadas de acordo com dois modelos. O primeiro tipo de rede é designada como *rede ponto a ponto*, em que um terminal de um dos sistemas se encontra em ligação directa com o terminal de um outro sistema, recorrendo-se à rede telefónica vulgar ou a redes especiais de transmissão de dados. Neste tipo de conexão, não há intermediários no processo de transmissão da mensagem. Todavia, os utilizadores do sistema EDI podem ainda conectar-se mediante o recurso às chamadas *redes de valor acrescentado*. Neste tipo de redes, um centro de compensação opera como intermediário das mensagens, podendo realizar outros serviços como, por exemplo, traduzir as mensagens para linguagem standardizada (ou retirá-las do formato *standard*). O recurso a este centro de compensação (que tem a virtude de facilitar a prova de todas as mensagens emitidas) implica a intervenção de um intermediário, que poderá ser responsável pela transmissão deformadora da mensagem. Sobre esta matéria *vd.*, por todos, ROSA JULIÀ BARCELÓ, *Comercio electrónico entre empresarios*, cit., p. 48 ss.

<sup>(114)</sup> A *Internet* é o exemplo paradigmático de uma rede de comunicação que funciona tipicamente em sistema aberto muito embora alguns meios técnicos permitam o recurso à *Internet* em sistema fechado (entre um número de entidades limitado), como assinala ROSA JULIÀ BARCELÓ, *Comercio electrónico entre empresarios*, cit., p. 44, nota 14.

<sup>(115)</sup> Na verdade, a programação traduz fielmente a vontade do declarante (utilizador da máquina), e a declaração automatizada foi emitida em conformidade com as instruções constantes da programação. Todavia, a declaração é inexactamente transmitida por algum ou alguns dos intermediários.

<sup>(116)</sup> A transmissão deformadora da declaração, no caso apresentado da compra do livro "*Die Blechtrommel*", de Günter Grass, afigura-se semelhante à situação comum de A entregar uma proposta de compra da bicicleta de B por 100 euros num posto de correios,

Nestas situações, a lei põe a cargo do declarante o risco de uma transmissão deformadora da declaração por parte do intermediário do transmissente, só lhe permitindo anular nas circunstâncias do art. 247.º do Código Civil. O declarante só não está vinculado à declaração quando a inexactidão se deva a dolo do intermediário <sup>(117)</sup>.

Estes mesmos princípios da contratação comum devem ser aplicados à transmissão deformadora da declaração automatizada que ocorra em redes de comunicação, como é o caso da *Internet*.

Quando alguém (através do seu computador) envia pela *Internet* uma determinada mensagem, essa mensagem passa, pelo menos, pelo servidor do declarante e pelo servidor do destinatário, mas pode passar por muitos outros servidores até chegar ao seu destino.

Excluindo a hipótese de dolo do encarregado da transmissão, em que claramente não há vinculação do declarante <sup>(118)</sup>, importa determinar se, devendo-se a falha ao servidor do declarante ou a outro intermediário, o declarante estará vinculado.

Quanto à primeira situação, da inexactidão se dever ao servidor do declarante, há vinculação, na medida em que o servidor pode ser equipado a um núncio ou empregado do declarante <sup>(119)</sup>. Há um vínculo con-

---

solicitando que esta seja transmitida por telégrafo a B. Por erro dos correios poderá chegar a B uma proposta no valor de 1000 Euros. A encontra-se vinculado, mas pode anular o negócio jurídico nos termos gerais do art. 247.º do Código Civil.

<sup>(117)</sup> Este regime do art. 250.º do Código Civil resulta do princípio geral de que ao principal são imputáveis os actos dos auxiliares a que recorreu, isto é, o princípio de que o terceiro não pode ser prejudicado por uma organização do declarante, que ele escolhe e que, em certo sentido, pode ou deve controlar. *Vd. OLIVEIRA ASCENSAO, Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. II, cit., p. 184. Esta é também a solução que resulta do art. 3.6 dos Princípios Unidroit (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado) e do art. 4.104 dos Princípios Europeus de Direito dos Contratos. E é também por essa razão que o art. 250.º do Código Civil não se aplica quando a inexactidão seja cometida pelo núncio ou empregado, não do declarante mas do declaratário. *Vd. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 234. Imagine-se assim, por exemplo, que A pede ao seu núncio que transmita a B uma proposta de compra da sua bicicleta por 100 euros. O núncio de A transmite com exactidão ao núncio de B (C) essa proposta, mas C transmite a B uma proposta de 1000 euros. A não se encontra vinculado pela proposta de 1000 Euros.

<sup>(118)</sup> No mesmo sentido, à luz da ordem jurídica alemã, *vd. BAUM, Der elektronische Vertragsabschluss*, cit., p. 413.

<sup>(119)</sup> OLIVER LOOCK-WAGNER, *Das Internet und sein Recht, Ein problemorientierter Grundriss*, Verlag W. Kohlhammer, Berlin, 1999, p. 52.

tratual entre o declarante e o seu servidor, e uma escolha por parte do declarante, que justificam a vinculação, ainda que posteriormente o declarante possa intentar uma acção tendo em vista a responsabilização civil do seu servidor <sup>(120)</sup>.

Tratando-se de um outro servidor intermediário, que não seja o do declarante, nem o do declaratório, dever-se-á continuar a imputar a declaração ao declarante, nos termos gerais do art. 250.º Código Civil. A imputação não resulta, neste caso, de um vínculo existente entre o declarante e o servidor faltoso, mas antes do facto de o método de transmissão da declaração ter sido escolhido por ele, devendo suportar o respectivo risco <sup>(121)</sup>. Assim, o declarante assume o risco de transmissão do seu servidor e de outros intermediários, mas não de todos. De acordo com o princípio de repartição de risco entre as esferas do declarante e do declaratório <sup>(122)</sup>, devendo-se a inexactidão ao servidor ou à organização do declaratório, nomeadamente ao seu computador <sup>(123)</sup>, já não haverá vinculação do declarante em relação à mensagem inexactamente transmitida, na medida em que o destinatário é o único responsável pela sua organização.

## 5. CONCLUSÃO

A temática da contratação electrónica automatizada vem desafiar o tratamento dogmático tradicional do negócio jurídico, assente num paradigma de contratação pessoal em que existe uma vontade contemporânea da celebração do negócio.

O D.L. 7/2004 representa o primeiro diploma legislativo português a pretender resolver alguns dos desafios suscitados pela contratação elec-

---

<sup>(120)</sup> Do mesmo modo que, em termos gerais, poderão ser responsabilizados os correios. Sobre a responsabilidade civil na *Internet* *vd.* LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade civil na Internet*, in *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 147-167, e DÁRIO MOURA VICENTE, *Comércio Electrónico e Responsabilidade Empresarial*, in *Direito Internacional Privado, Ensaaios*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2002, p. 193-238.

<sup>(121)</sup> Naturalmente nada impede que as partes celebrem um acordo de repartição de risco entre elas.

<sup>(122)</sup> Referindo-se igualmente a este princípio *vd.* BAUM, *Der elektronische Vertragsabschluss*, *cit.*, p. 407-408.

<sup>(123)</sup> Imagine-se que, aquando da recepção da mensagem, um *bug* ou um *vírus* introduzidos no computador do destinatário alteram o seu conteúdo.

trónica automatizada, devendo saudar-se a iniciativa e reconhecer o trabalho realizado.

Cabe agora à doutrina e jurisprudência pensar crítica e construtivamente sobre o D.L. 7/2004, procurando contribuir para que se possa dar uma resposta inteiramente satisfatória às diversas questões que a contratação electrónica automatizada suscita.

