

TRIBUNA ABIERTA

A CELEBRAÇÃO À DISTÂNCIA DO CONTRATO DE SEGURO

JUIZ MOITINHO DE ALMEIDA (*)

1 · INTRODUÇÃO

A celebração à distância (sem a presença física e simultânea de ambas as partes) de contratos exige uma especial protecção do consumidor que adquira o produto ou serviço sem os esclarecimentos que podem ser obtidos nos contratos entre presentes, com decisões por vezes irreflectidas. Essa protecção torna-se ainda mais necessária nos contratos celebrados na World Wide Web (bem como outras redes análogas) ou por correio electrónico. Aí não só o processo contratual é despersonalizado como se verifica a desmaterialização do contrato¹, ocorrendo, por vezes, problemas técnicos, como atrasos nas comunicações com o servidor, perdas de tais comunicações ou não chegada ao respectivo destino². Por isso, a necessidade de medidas com vista, designadamente, a assegurar a informação devida do consumidor e a facultar-lhe meios de correcção de eventuais erros cometidos, se impor a atribuição

a este do direito de resolução dentro de certos prazos e a concepção de novas regras no domínio do foro competente e do direito internacional privado tendo em conta a desmaterialização dos contratos assim como a protecção devida à parte mais fraca. E o contrato de seguro, pela complexidade das suas cláusulas, merece uma particular atenção.

Mas, se o comércio à distância envolve problemas como os que referimos, importa facilitar o recurso às novas tecnologias que promovem a concorrência, agilizam as trocas comerciais e a prestação de serviços e reduzem custos, constituindo poderosos factores do desenvolvimento.

O legislador comunitário ocupou-se dos contratos à distância na Directiva 97/7/CE, de 20 de Maio de 1997³, directiva que, porém, não abrangia os serviços financeiros e, assim, os seguros, objecto de directiva posterior, a Directiva 2002/65/CE, de 23 de Setembro de 2002⁴. No que se prende com o comércio electrónico, a Directiva 1999/93/CE, de 13 de Dezembro de 1999 contempla a assinatura electrónica⁵ e a Directiva 2000/31/CE contém uma harmonização dos direitos nacionais no que respeita ao comércio electrónico, em geral⁶. Estas directi-

(*) Juiz-Conselheiro jubilado. Presidente da SPAIDA (Secção Portuguesa da Associação Internacional para o Direito dos Seguros).

¹ Florence Mas: *La conclusion des contrats du commerce électronique*, Paris, 2005, pág. 291 e Vincenzo Ricciuto: «La formazione del contratto telematico e la tutela del consumatore» in *Il contratto telematico e i pagamenti elettronici, L'esperienza italiana e spagnola a confronto*. Milão,,2004, p.3 .

² Paul Tod: *E-Commerce Law*, Cornwall, 2005, pág. 174.

³ Do Conselho e do Parlamento Europeu, relativa à protecção dos consumidores em matéria dos contratos à distância, no Jornal Oficial, L 144, de 4 de Junho de 1997, pág. 19.

⁴ Do Conselho e do Parlamento Europeu, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores, no J.O.L 271 de 9 de Outubro de 2002, pág. 16;

⁵ Do Conselho e do Parlamento Europeu, relativa ao quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas, no J.O. L 13, de 19 de Janeiro de 2000, pág. 12.

⁶ Do Conselho e do Parlamento Europeu, de 8 de Junho de 2000, relativa aos aspectos jurídicos da sociedade de informação e designadamente do comércio electrónico no mercado

vas regulam detalhadamente as matérias delas objecto mas, como veremos, nalguns aspectos, concedem aos Estados-Membros certa margem de apreciação quanto à sua transposição e uma matéria fundamental, a disciplina do momento em que o contrato é concluído, escapa à harmonização comunitária.

A contratação à distância pode ser realizada por vários meios, como o postal, o telefone, a televisão, o telefax, os *chats*, no *www*, por correio electrónico. Abordaremos, em primeiro lugar, a celebração do contrato de seguro por meios electrónicos e, a final, teceremos algumas considerações sobre os outros meios, de uso limitado face à exigência de forma escrita *ad substantiam* para o contrato de seguro ⁷.

2 · A CELEBRAÇÃO DO CONTRATO DE SEGURO POR MEIOS ELECTRÓNICOS

A celebração de contratos por meios electrónicos exige, como vimos, medidas novas destinadas a regulamentar aspectos específicos, mas não importa uma reformulação do direito das obrigações ⁸. Como se extrai dos relatórios nacionais apresentados ao XI Congresso Mundial da AIDA (Associação Internacional para o Direito dos Seguros) ⁹, a utilização da via electrónica é ainda neste domínio incipiente ¹⁰. O que pode explicar-se tendo em conta, por um lado, o facto de o tomador do seguro preferir o contacto pessoal, de modo a obter os esclarecimentos necessários em domínio que se reveste de grande complexidade e, por outro, o receio, por parte das seguradoras, de perturbações no sistema de distribuição de seguros bem como os importan-

tes investimentos nas estruturas para o efeito necessárias. E acresce ainda a insegurança jurídica resultante de um direito novo, não raro sem grande precisão. Observe-se também que determinados seguros, como os seguros de vida, que exigem exames médicos, dificilmente comportam a via electrónica ¹¹.

A Directiva 200/31/CE não abrange todos os contratos de fornecimento de mercadorias ou de prestação de serviços por via electrónica. A noção de serviços da sociedade de informação dela objecto encontra-se definida no artigo 1.º, n.º da Directiva 83/34/CEE, alterada pela directiva 98/48/CE ¹², para o qual remete a alínea a) do artigo 2.º. Ora, resulta do anexo V que, designadamente, não inclui, os serviços prestados por telefonia vocal, radiodifusão sonora e televisiva, telex e telecópia (fax) ¹³. Estes meios electrónicos de contratação não se encontram também abrangidos pelo Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro (artigo 3.º), que transpõe a Directiva 200/31/CE e, enquanto utilizáveis para a celebração do contrato de seguro, deles nos ocuparemos na parte final. No regime particular do comércio electrónico estão, assim, fundamentalmente em causa os contratos celebrados na *World Wide Web* (ou noutras redes análogas) e por correio electrónico.

O Decreto-Lei n.º 7/2004 menciona frequentemente os «consumidores» e consagra, como veremos, regimes diferentes consoante o contrato seja realizado entre empresários (na gíria designados B2B) e entre empresários e consumidores (B2C). Mas não define tal noção, devendo para o efeito, ter-se em conta a prevista na Directiva: «qualquer pessoa singular que actue para fins alheios à sua actividade comercial, empresarial ou profissional» (artigo 3.º, alínea

interno, dita «directiva sobre o comércio electrónico», no J.O. L 178, de 17 de Julho de 2000, pág. 1.

⁷ Segundo jurisprudência constante, assim é interpretado o artigo 426.º do Código Comercial: entre outros, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de Março de 1995, no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 445, pág. 552, e de 28 de Outubro de 1999, revista n.º 821/99.

⁸ Vincenzo Ricciuto, *La formazione del contratto telematico e la tutela del consumatore cit.*, pág. 2.

⁹ Realizado em Buenos Aires, nos dias 16 a 19 de Outubro de 2006.

¹⁰ Assim, na Alemanha, 3 a 10% dos de 9 de Março de 1995, no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 444, p. 552, e de 28 de Outubro de 1999, revista n.º 821/99. Nos contratos de seguro são realizados electronicamente, 10% na Dinamarca, 5% na Suíça, 2%, na Áustria. No Reino Unido verifica-se, porém, um aumento significativo dos seguros do ramo automóvel celebrados por essa via (mais que duplicaram entre 2003 e 2006, sendo, actualmente, 6%). Em França, 2% dos seguros de vida são colocados via Internet – *Jornal Le Monde*, de 3 e 4 de Junho de 2007, dossier argent, *Les contrats sans frais d'entrée sur Internet*, p. 3.

¹¹ Apol. Lônia Martinez Nadal: «El seguro por medios electrónicos», in *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. Madrid, 2001, pág. 830. Também a falta de conhecimentos em matéria de repartição da poupança em fundos euros e unidades de conta, limita a realização de determinados seguros de vida por meios electrónicos onde a obtenção das informações necessárias não é possível – *Jornal Le Monde* citado na nota anterior. Markus Rehberg: *Der Versicherungsabschluss als Informationsproblem, Die Gewährleistung freier Produktwahl in der Privatversicherung*. Baden-Baden, 2002, salienta ainda as limitações da Internet no que respeita ao cumprimento do dever de conselho do corretor.

¹² De 20 de Julho de 1998, no *Jornal Oficial* L 217, de 5 de Agosto de 1998, pág. 5.

¹³ Sobre o âmbito de aplicação da directiva 200/31/CE – Gema Botana Garcia: «Noción de comercio electrónico», in *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, obra pela autora coordenada, Madrid, 2001, págs. 5 e segs, em especial, págs. 35 a 42.

e)). Noção já presente no Decreto-Lei n.º95/2006, de transposição da Directiva 2002/65/CE (artigo 2.º, alínea e)).

2.1 · A forma electrónica

Uma das questões que importava resolver era a de determinar as condições em que a forma electrónica pode substituir a forma escrita exigida para a conclusão de certos contratos (*ad substantiam ou ad probationem*). A primeira legislação sobre a matéria foi a do Estado norte-americano de Utah cujo *Digital Signature Act* impunha a utilização de assinatura digital (verificada por meio de chave pública, com certificação por autoridade titular da devida licença)¹⁴, mas esta regulamentação, demasiado rígida visto não permitir a utilização de outro tipo de assinatura que, no futuro, se viesse a mostrar igualmente idóneo para garantir a identificação do autor e a fidelidade do conteúdo da declaração, não foi a consagrada na Lei Modelo para o Comércio Electrónico da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI)¹⁵. Aí se estabelece que quando a lei exija assinatura, tal exigência é satisfeita se for utilizado processo que identifique o declarante e revele a sua aprovação do conteúdo da mensagem, e o processo seja fiável e apropriado ao objectivo em vista ao ser criada ou comunicada a mensagem, consideradas todas as circunstâncias e, designadamente, qualquer acordo relevante¹⁶. Não é, pois, exigido qualquer requisito de certificação da assinatura, dependendo a equivalência da assinatura electrónica à assinatura manuscrita de apreciação caso a caso o que não favorece a segurança jurídica¹⁷.

A Directiva 1999/93/CE prevê dois tipos de assinatura electrónica: uma, definida como «*dados sob forma electrónica, ligados ou logicamente associados a*

outros dados electrónicos e que sejam utilizados como método de autenticação (artigo 2.º, n.º1); outra, a «assinatura electrónica avançada», que deve obedecer aos requisitos seguintes: estar associada inequivocamente e permitir identificar o signatário, ser criada com meios que este pode manter sob seu controlo exclusivo e estar ligada a dados a que diz respeito, de tal modo que qualquer alteração subsequente seja detectável. Esta assinatura deve basear-se num certificado qualificado e ser criada através de dispositivos seguros (artigo 5.º, n.º1) mas não podem ser negados efeitos legais ou valor probatório à simples assinatura electrónica com o mero fundamento de não existir certificação ou de não ter sido criado um dispositivo seguro de criação de assinaturas (n.º2). E o artigo 9.º, n.º1, da Directiva 2000/13/CE estabelece que «Os Estados-Membros assegurarão que os seus sistemas legais permitam a celebração de contratos por meios electrónicos. Os Estados-Membros assegurarão, nomeadamente, que o regime jurídico aplicável ao processo contratual não crie obstáculos à utilização de contratos celebrados por meios electrónicos, nem tenha por resultado a privação de efeitos legais ou de validade desses contratos pelo facto de serem celebrados por meios electrónicos». Consagrou-se, assim, o princípio conhecido como da «equivalência funcional» da forma escrita e electrónica.

A transposição deste princípio nas legislações dos Estados-Membros seguiu caminhos diferentes. Na Alemanha, entendeu-se que nem sempre os registos electrónicos asseguram os objectivos prosseguidos com a forma escrita (permitir a reflexão dos interessados, assegurar a respectiva identidade bem como a genuinidade dos termos acordados) e, assim, esta forma continua a ser exigida em certos casos. A ela só é equiparada a forma electrónica quando exista assinatura qualificada (§ 126 a) da BGB), isto é, quando se recorra a um processo, baseado em criptografia assimétrica, que implica o uso de duas chaves, uma pública e outra privada, esta utilizada pelo destinatário para descodificar a mensagem codificada através da chave privada, intervindo ainda uma entidade certificadora. Mas, paralela à forma escrita, surge agora a «forma de texto» (*Textform*) e, quando esta é exigida, a declaração deve constar de documento ou de suporte duradouro que permita a reprodução de escritos terminando com a assinatura ou outra forma de identificação do declarante (§126 b)). No que respeita ao contrato de seguro, entende-se que o § 3 da Lei que disciplina este contrato (*Versicherungsvertragsgesetz*) exige uma apólice escrita, mas, porque se trata de disposição não

¹⁴ Equivalente à nossa assinatura qualificada como adiante veremos. Sobre esta Lei, Paul Tod: *E-Commerce Law* cit., pág. 127.

¹⁵ De 1996, alterada em 1998 (adição de um novo artigo, 5.º bis).

¹⁶ É o seguinte o texto em inglês: «(1) Where the law requires a signature of a person, that requirement is met in relation to a data message if: (a) a method is used to identify that person and to indicate that person's approval of the information contained in the data message; and (b) that method is as reliable as was appropriate for the purpose for which the data message was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement». O n.º58 do Guide to Enactment menciona os critérios a ter em conta na aplicação do artigo. Pode consultar-se em www.uncitral.org.

¹⁷ Paul Tod: *E-Commerce Law* cit., pág. 131.

imperativa, as partes podem recorrer aos meios electrónicos¹⁸. O sistema alemão garante, pois, a segurança jurídica (a validade dos contratos não depende da apreciação, caso a caso, do respeito dos objectivos prosseguidos com a exigência de forma escrita) mas impõe ao legislador a tarefa nem sempre fácil de determinar os casos em que se impõe a forma escrita (*Schriftform*).

Em França, quando a forma escrita seja exigida *ad solemnitatem*, o acto jurídico em causa pode ser realizado por meios electrónicos dentro das condições definidas nos artigos 1316.º-1 e 1316.º-4 do Código Civil (artigo 1108.º-1 do mesmo Código)¹⁹. Assim, a assinatura elemento essencial de todo o documento escrito, quando electrónica exige-se que identifique devidamente a pessoa de que emana e que seja estabelecida em condições que permitam garantir a sua integridade (artigo 1316.º-1) ainda que consista em processo fiável de identificação que garanta a sua ligação ao acto a que respeita (artigo 1316.º-4)²⁰. Apenas a assinatura certificada (qualificada) se presume satisfazer este requisito²¹. Foi deste modo seguido o caminho traçado pela CNUDCI o qual, como vimos e contrariamente à solução encontrada no direito alemão, gera problemas de segurança jurídica. Outras legislações europeias optaram por idêntica regulamentação.

Em Itália, o artigo 20.º, n.º1 *bis* do Decreto Legislativo n.º82, de 7 de Março de 2005, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto Legislativo n.º159, de 4 de Abril de 2006 (artigo 8.º), estabelece que «a idoneidade do documento informático para satisfazer a forma escrita é livremente apreciada pelo juiz, tidas em conta as suas características objectivas de qualidade, segurança e imodificabilidade [...]», consagrando o n.º2 uma presunção semelhante à prevista no direito francês²². No Luxemburgo, o artigo 1322.º-2, do Código Civil,

introduzido pela Lei de 14 de Agosto de 2000 (artigo 7.º), estabelece que um acto sob forma electrónica tem o valor de original quando apresente garantias fiáveis no que respeita à manutenção da sua integridade, a partir do momento em que foi criado pela primeira vez na sua forma definitiva. A exigência de assinatura em todos os actos que impliquem a obrigação de pagar uma quantia em dinheiro é satisfeita pela forma electrónica (artigo 1326.º) e a assinatura electrónica qualificada é assinatura para efeitos do disposto no artigo 1322.º (artigo 18.º, n.º1 da referida Lei). O n.º2 determina, porém, que «o juiz não pode rejeitar uma assinatura electrónica pela simples razão de que ela se apresenta sob essa forma, que não assenta em certificado qualificado emitido por prestador de serviços de certificação acreditado ou não foi criada através de dispositivo seguro de criação de assinatura». Estas disposições devem ser interpretadas à luz do que estabelece o artigo 50.º, n.º2 da referida Lei, com a redacção que lhe foi dada pela Lei de 5 de Julho de 2004, segundo o qual, são inaplicáveis aos contratos celebrados por meios electrónicos «as exigências legais, designadamente de forma, que impedem ou limitam a conclusão de contratos por via electrónica, incluindo as que privam contratos de efeitos ou de validade por terem sido concluídos por via electrónica». A Bélgica parece distinguir entre a força probatória e a exigência de escrito *ad solemnitatem*. Neste caso, apenas a assinatura qualificada equivale à manuscrita (princípio da equivalência entre a assinatura manuscrita e a qualificada, consagrado no artigo 4.º, n.º4 da Lei de 9 de Julho de 2001) mas, tratando-se de documento privado, reconhecido pelo seu autor, tem valor de documento autêntico, estabelecendo o 2.º parágrafo do artigo 1322.º do Código Civil²³ que a exigência de assinatura pode ser satisfeita através de um conjunto de dados electrónicos que permitem atribuir o acto a uma pessoa determinada e assegurar a preservação e integralidade do seu conteúdo.

Em Espanha, o artigo 23.º, n.º4 da Lei 34/2002, de 11 de Julho, relativa aos serviços da sociedade de informação e do comércio electrónico estabelece o princípio da equivalência funcional das formas

18 Prölls/Martin: *Versicherungsvertragsgesetz*. Munique, 2004, pág.123, n.º45a. Sobre a matéria ver ainda, Dörner, in Beckmann/Matusche-Beckmann, *Versicherungsrecht Handbuch*, Munique, 2004, pág. 412, n.ºs 81 e 82 que salienta as dificuldades probatórias que recaem sobre o tomador do seguro quando a apólice é enviada por via electrónica.

19 Inserido pela Lei n.º2004-575, de 21 de Junho de 2004. Sobre a matéria –Philippe le Tourneau: *Contrats informatiques et électroniques*. Paris, 2006, pág. 285, n.º9.

20 Estes dois artigos foram introduzidos pela Lei n.º2000-230, de 11 de Março de 2000.

21 Artigo 1316-4, segundo parágrafo e Decreto de 30 de Março de 2001 –Philippe Malaurie e Laurent Aynès: *Les obligations*. Paris, 2005, pág. 283.

22 O direito italiano exigia anteriormente uma assinatura electrónica qualificada para que a forma electrónica pudesse ser

equiparada à escrita: sobre esta matéria, Andrea Lisi e Gianluigi Lazari, *L'evoluzione giuridica del documento: della Res all'e-mail*, in I Contratti di Internet, Sottoscrizione, nuovi contratti, Tutela del consumatore, Privacy e mezzi di pagamento, sob a responsabilidade de Andrea Lisi, Milão, 2006, págs. 122 a 125.

23 Inserido pela Lei de 20 de Outubro de 2000. O princípio da equivalência funcional das formas escrita e electrónica está consagrado no artigo 16.º, n.ºs 1 e 2 da Lei de 11 de Março de 2003.

escrita e electrónica. O artigo 3.º, n.º4 da Lei 59/2003, de 19 de Dezembro, relativa à assinatura electrónica equipara à assinatura manuscrita a assinatura electrónica reconhecida (qualificada) e suscita a questão de saber se quando a lei exige documento assinado apenas esta possa ser utilizada²⁴. Tratando-se do contrato de seguro, *Sánchez Calero* considera que a forma electrónica é legal face ao princípio da equivalência funcional, mas as cláusulas limitativas dos direitos do tomador do seguro, sujeitas a forma escrita (artigo 3.º, primeiro parágrafo, segunda parte, da Lei do Contrato de Seguro) exigem a utilização de assinatura reconhecida²⁵.

Em Portugal, o artigo 3.º, n.º1 do Decreto-Lei n.º290-D/99, de 2 de Agosto, (alterado pelo Decreto-Lei n.º62/2003, de 3 de Abril) estabelecia o princípio da equivalência da forma electrónica à forma escrita: «o documento electrónico satisfaz o requisito legal de forma escrita quando o seu conteúdo seja susceptível de representação como declaração escrita». Mas, os documentos particulares devem ser assinados (artigo 373.º, n.º1 do Código Civil) e o artigo 7.º, n.º1 só considerava equivalente à assinatura manuscrita a assinatura electrónica qualificada que o diploma regula. Se é certo que o tribunal pode apreciar livremente a força probatória de documentos a que falem alguns dos requisitos exigidos por lei (artigo 366.º do mesmo Código), tratando-se de exigência de forma *ad solemnitatem*, caso do contrato de seguro, a assinatura qualificada da seguradora inserida na apólice²⁶ era, pois, necessária. Posteriormente, o Decreto-Lei n.º7/2004, de 7 de Janeiro veio estabelecer no seu artigo 26.º que: «1. As declarações emitidas por via electrónica satisfazem a exigên-

cia legal de forma escrita quando contidas em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação. 2. O documento vale como documento assinado quando satisfizer os requisitos da legislação sobre assinatura electrónica e certificação».

Este artigo comporta duas interpretações. Uma, no sentido da Lei Modelo da CNUDCI e das leis francesa, italiana e luxemburguesa: a validade do negócio jurídico para que é exigida forma *ad solemnitatem*, concluído por forma electrónica é apreciada caso a caso, dependendo da verificação dos requisitos de fidedignidade, inteligibilidade e conservação. A exigência de assinatura qualificada respeitaria somente à força probatória (artigos 368.º e 376.º do Código Civil e 167.º, do Código de Processo Civil)²⁷. Outra, segundo a qual uma vez que todos os documentos escritos particulares devem ser assinados, e a assinatura electrónica só é equiparada à manuscrita quando certificada (assinatura qualificada), desta dependeria a validade da forma electrónica. Ter-se-ia, pois, mantido o regime consagrado no Decreto-Lei n.º290-D/99. Em nosso entender, é a primeira a interpretação que se impõe por ser aquela que melhor satisfaz o princípio da equivalência funcional, consagrado no artigo 9.º, n.º1 da Directiva 2000/31/CE sem por em causa os interesses prosseguidos com a exigência de forma escrita²⁸.

²⁴ Sobre esta questão, entendendo que o recurso a outras assinaturas electrónicas é sempre possível cabendo aos tribunais verificar se se encontram satisfeitos os interesses prosseguidos com a exigência de assinatura manuscrita - Diego Cruz Rivero: *Eficacia formal y probatoria de la firma electrónica*. Madrid, 2006, págs.187 e segs.

²⁵ Ley de Contrato de Seguro, Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones, Madrid, 2005, p.174. Importa observar que a noção de cláusulas limitativas é discutida em Espanha. Assim, enquanto a Secção Penal do Supremo entende que ela abrange as cláusulas que delimitam o risco, a Secção Cível, maioritariamente, entende o contrário - *op.cit.*, pág.107.

²⁶ O artigo 426.º, § único do Código Comercial exige apenas a assinatura da seguradora, bastando, da parte do tomador do seguro, uma aceitação tácita. Regime semelhante consta do §1.º do artigo 102.º do mesmo Código, que exige a fixação escrita da taxa de juro, como bem entendeu o acórdão da Relação de Lisboa de 17 de Março de 1994, recurso n.º 6657. É jurisprudência constante que a forma exigida por aquele artigo é *ad substantiam* (*supra*, nota 7).

²⁷ O n.º2 do artigo 26.º constituiria, assim, uma síntese dos n.ºs 2 e 3 do Decreto-Lei n.º290-D/99.

²⁸ Como foi justamente observado, resulta do mencionado artigo 9.º, n.º1 da Directiva 2000/31/CE, e do n.º34 dos respectivos fundamentos, que são inadmissíveis quaisquer entraves não justificados à conclusão de contratos por via electrónica - Hans -W. Micklitz e Martin Ebers, *Verbraucherschutz durch und im Internet bei Abschluss von privaten Versicherungsverträgen*, in J. Basedow, U. Meyer, D. Rückle e H.P. Schwintowski, *Verbraucherschutz durch und im Internet bei Abschluss von privaten Versicherungsverträgen, Altvorsorgeverträge, VVG Reform, Baden-Baden, 2003*, pág. 91. Como foi justamente observado, a imposição de especificações tecnológicas força o mundo dos negócios a usar métodos que podem ser ultrapassados, suprimindo a concorrência e a inovação no mercado da segurança on line - W. Harry Thurlow, *Electronic Contracts in the United States and the European Union: Varying Approaches to the Elimination of Paper and Pen*, in http://www.ejcl.org/53/article_53-1.html. E disso o legislador comunitário tem consciência como resulta do n.º60 do preâmbulo da directiva 2000/31/CE: «Para facilitar o desenvolvimento sem entraves do comércio electrónico, o quadro jurídico em questão deve ser simples, sóbrio, previsível e compatível com as regras em vigor a nível internacional, de modo a não prejudicar a competitividade da indústria europeia, nem impedir as acções inovadoras no sector».

²⁹ No sentido de que a assinatura qualificada assegura um grau de segurança muito superior ao da assinatura manuscrita - Diego Cruz Rivero, *Eficacia formal y probatoria de la firma electrónica cit.*, pág. 127. Como este autor observa, é bem mais

Temos de reconhecer, porém, que, no momento actual, dificilmente outra assinatura electrónica estará em condições de assegurar as exigências do n.º1 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º7/2004, na prática apenas satisfeitas pela assinatura qualificada, assinatura que bem ultrapassa o nível de segurança da manuscrita²⁹. Tendo em consideração os elevados custos que esta assinatura comporta e a complexidade que a sua utilização envolve, por ora o contrato de seguro só em casos muito limitados será entre nós ser validamente concluído por meios electrónicos³⁰.

A forma electrónica deve resultar de um acordo das partes como resulta do disposto no n.º3 do artigo 25.º do Decreto-Lei n.º7/2004 que estabelece: «*Só tem de aceitar a via electrónica para a celebração de um contrato quem se tiver vinculado a proceder dessa forma*». Como na Alemanha, país em que tal exigência se não encontra consagrada na lei mas é admitida pela doutrina, afigura-se que basta uma manifestação tácita de vontade, como a indicação do e-mail na correspondência comercial ou em facturas³¹.

O momento da conclusão do contrato

O momento da conclusão do contrato celebrado entre ausentes é, nos Estados europeus, objecto de variadas soluções legislativas que tornam difícil a sua harmonização. E o mesmo se verifica no que

respeita aos contratos celebrados por via electrónica, tendo a Directiva 2000/31 deixado esta matéria para as legislações nacionais.

O momento da conclusão do contrato (princípios gerais)

As teorias com influência no direito civil são, em resumo, três: a da emissão da declaração de vontade, a da sua recepção e a do conhecimento. Variantes existem ainda que se situam entre uma e outras³².

A teoria da emissão foi consagrada no artigo 54.º do Código Comercial espanhol. Esta disposição foi modificada pela Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico que veio estabelecer idêntico regime para os direitos civil e comercial. Assim, o artigo 1.262.º, n.º1 do Código Civil passou a ter a seguinte redacção: «*Encontrando-se em lugares distintos o autor da oferta e quem a aceitou, existe consentimento desde que o oferente conheça a aceitação ou desde que, tendo-a enviado o aceitante, não possa de boa fé ignorá-la*». Esta disposição foi considerada como tendo consagrado, de forma indirecta e confusa a teoria da recepção³³. Em Itália, o artigo 1335.º do Código Civil estabelece que «*A proposta, a aceitação, a sua revogação e qualquer outra declaração dirigida a determinada pessoa presumem-se conhecidas no momento em que chegam ao endereço do destinatário, se este não provar que, sem culpa, lhe foi impossível delas ter notícia*». Como foi observado, esta disposição consagra não uma presunção de conhecimento mas de possibilidade de conhecimento (*conoscibilità*), exigindo a prova, pelo destinatário, da impossibilidade de, sem culpa, tomar conhecimento do acto³⁴. Em França, o Código Civil não é preciso nesta matéria e a jurisprudência não é clara, procurando a vontade das partes, o que explica que a Cassação reconheça a competência das instâncias³⁵. No Reino-Unido, a *postal rule*,

fácil falsificar uma assinatura manuscrita do que calcular a chave privada do signatário para cifrar uma mensagem.

³⁰ No sentido de que os custos da assinatura qualificada só raramente justificam a contratação por via electrónica quando tal assinatura seja exigida —Hans —W. Micklitz e Martin Ebers, *op.cit.*, pág. 95. O custo e a complexidade da assinatura electrónica qualificada são também invocados por Christiane Féral-Schuhl: *Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'internet*, Paris, 2006, pág. 455, n.º93-43. Importa observar que, entre nós, a Lei n.º7/2007, de 5 de Fevereiro, prevê a utilização do cartão de cidadão para autenticar a assinatura electrónica qualificada de autor de um documento electrónico (artigo 6.º, n.º1, alínea c)) mas tal medida em pouco contribui para tornar mais simples este tipo de assinatura.

³¹ Jauernig, in *Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, por este coordenado, Munique, 2007, págs. 74, n.º3 e 75., n.º3. Entre nós, Miguel J.A. Pupo Correia: *Direito Comercial, Direito da Empresa*. Lisboa, 2007, pág. 586 parece interpretar aquela disposição no sentido de respeitar apenas à declaração de vontade do interessado não podendo este contestar a validade de declarações emitidas por outrem por via electrónica, designadamente por e-mail para quem dispõe de correio electrónico e habitualmente o usa. Mas afigura-se que não é assim. A razão de ser da disposição em causa —evitar que o declaratório seja colhido de surpresa pelo uso inesperado de meios electrónicos— abrange as declarações negociais da contraparte. E o uso habitual do correio electrónico não pode ser interpretado como manifestação tácita de acordo para a utilização desta via.

³² Veja-se a análise de direito comparado feita por Adriano Vaz Serra, *Perfeição da declaração de vontade —eficácia da emissão da declaração— Requisitos especiais da conclusão do contrato*, no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º103, págs. 5 e segs.

³³ Nuria Fernandez Pérez: *La contratación electrónica de servicios financieros*. Madrid, 2003, pág. 218. Adiante veremos que o n.º1 do artigo 1.262.º contém ainda uma disposição relativa à formação dos contratos «*celebrados mediante dispositivos automáticos*».

³⁴ Fabio Bravo: *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, Milão, 2007, pág. 387.

³⁵ Philippe Malaurie e Laurent Aynès, *Les obligations cit.*, pág. 239, n.º478. E assim procede a doutrina que procura a solução tendo em conta as circunstâncias do caso concreto — Vincent Gautrais, *Le contrat électronique international*, Bruxelas, 2002,

princípio segundo o qual a declaração de vontade se considera chegada ao destinatário com a entrega, no correio, da missiva que a contém, respeita apenas à aceitação (quanto à oferta, esta deve chegar ao destinatário) e não abrange as comunicações instantâneas, como as efectuadas por telex³⁶.

Na Alemanha, foi consagrada a teoria da recepção. Com efeito, o §130 (1) da BGB estabelece: «*A declaração de vontade que tenha outrem como destinatário, quando seja emitida na sua ausência, produz efeitos no momento em que a ele chega*». Daqui resulta, no entender da doutrina, que basta a declaração chegar ao domínio (Bereich) do receptor, de modo a que dela possa ter conhecimento, como a entrega num receptáculo de correio ou o registo num atendedor telefónico³⁷. A ausência do destinatário por razão de licença, doença, por ter sido preso ou outro motivo não obsta a que se considere ter a declaração a ele chegado³⁸. Importa observar que se exige que a declaração tenha sido conscientemente introduzida no comércio jurídico (abgegeben). Uma declaração emitida inconscientemente, mas com culpa não é válida mas pode fazer incorrer o seu autor em culpa *in contrahendo* ou estar na origem de um mandato presumido ou aparente³⁹.

Esta teoria, convincentemente defendida por Vaz Serra⁴⁰, foi a que veio a ser consagrada no Código Civil cujo artigo 224.º, n.º1 estabelece: «*A declaração negocial que tem um destinatário torna-se eficaz logo que chegue ao seu poder ou dele é conhecida. As outras, logo que a vontade do declarante se manifeste de forma adequada*». Os n.ºs 2 e 3 dispõem ainda: «*2. É também considerada eficaz a declaração que só por culpa do destinatário não foi por ele oportunamente recebida*», «*3. A declaração recebida pelo destinatário em condições de, sem culpa sua, não poder ser conhecida é ineficaz*». Estas disposições não têm paralelo no §130 da BGB, manifestamente na origem do artigo,

mas pode dizer-se que elas reflectem o princípio da boa-fé, tido em conta pela doutrina e jurisprudência alemãs na sua aplicação. Assim, entende-se que o não levantamento de uma carta registada, tendo sido deixado o respectivo aviso no domicílio do declaratório, equivale a entrega, o que parece implicar a presunção de culpa daquele⁴¹. Enfim, no que respeita à exigência de que a declaração seja conscientemente emitida, ela resulta do artigo 217.º do mesmo Código⁴², e as consequências de declaração inconscientemente emitida com culpa do respectivo autor são entre nós as mesmas do direito alemão.

A teoria da recepção parece ter sido a acolhida pelos Princípios do Direito Europeu dos Contratos, cujo artigo 2:205 (1) estabelece: «*Se o destinatário da oferta comunica a sua aceitação, considera-se o contrato concluído quando esta chega ao oferente*».

O momento da conclusão do contrato celebrado por via electrónica

A proposta de directiva relativa a certos aspectos jurídicos do comércio electrónico no mercado interno inseria uma disposição quanto ao momento da conclusão celebrado por via electrónica. Com efeito, o artigo 11.º estabelecia que, com excepção do caso em que as partes sejam profissionais e tenham acordado noutra solução: o contrato é concluído quando o beneficiário do serviço: -tenha recebido, por via electrónica, da parte do prestador o aviso de recepção da aceitação por aquele da sua proposta e confirmado a recepção desse aviso; e considera-se que tanto o aviso de recepção como a confirmação foram recebidos quando as partes a que sejam dirigidos a eles possam ter acesso. Esta proposta, que consagrava o princípio do duplo click, não obteve o consenso necessário, limitando-se o artigo 11.º, n.º1 da Directiva 2000/31/CE a estabelecer, por um lado, a obrigação, por parte do

pág. 130. François Terré, Philippe Simler e Yves Lequette, Droit civil, Les obligations, Paris, 2005, observam, porém, que o Tribunal da Cassação, por acórdão de 21 de Março de 1932, tomou posição pela teoria da emissão, no mesmo sentido se tendo pronunciado a sua Secção Comercial (acórdão de 7 de Janeiro de 1981).

³⁶ Paul Tod: *E-Commerce Law* cit., págs.175 e segs. O correio é considerado como representante do destinatário (agent), o que explica a não aplicação da postal rule a comunicações instantâneas - *op.cit.*, pág.177, n.º9.2.2.

³⁷ Heinrichs: *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*. Munique, 2006, pág. 110, n.º5.

³⁸ Heinrichs, loc.cit.

³⁹ Heinrichs, *op.cit.*, pág. 110, n.º4.

⁴⁰ Perfeição da declaração de vontade ... cit., págs.9 e segs.

⁴¹ Caso citado por Heinrichs: *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch* cit., pág. 112, n.º18, como aplicação do princípio da boa fé. No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Junho de 2006 (revista n.º1355/06), fez-se incidir sobre o autor o ónus da prova da culpa do destinatário por não ter reclamado a carta, o que se afigura excessivo. A experiência demonstra que deve aqui admitir-se uma presunção. O acórdão do mesmo Tribunal de 11 de Dezembro de 2003 (revista n.º3925/03) considerou também como não provada a culpa do destinatário de uma carta registada, por este não reclamada. Tratava-se, porém, de carta enviada com uma mescla de nome e de pseudónimo, cujo levantamento era duvidoso pois aquele tinha de devidamente se identificar.

⁴² Quanto à exigência da vontade da declaração, Carlos Alberto da Mota Pinto: *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra, 2005, pág. 420.

prestador de serviços, do enviar aviso de recepção da encomenda recebida, sem atraso injustificado e, por outro lado, que a encomenda e o aviso «são recebidos quando as partes a que são endereçados têm a possibilidade de aceder a estes». Desapareceu, assim, tal princípio mas, como foi justamente observado, a liberdade que os Estados-Membros dispõem no que se prende com a formação do contrato encontra-se fortemente condicionada pelo momento do envio da encomenda, definido pela directiva⁴³.

Aquele princípio foi, porém, consagrado na lei francesa, exigindo o artigo 1.369.º-5 do Código Civil⁴⁴, a confirmação da oferta pelo consumidor, da qual depende a validade do contrato. A encomenda, a confirmação da aceitação e a oferta consideram-se recebidas quando o destinatário a elas tenha acesso. Mas, entre profissionais, pode ser acordado regime distinto e esta disposição é inaplicável aos contratos concluídos por correio electrónico (artigo 1.369.º-6). No Luxemburgo, o artigo 52.º, n.º2 da Lei de 14 de Agosto de 2000, com a redacção dada pela Lei de 7 de Julho de 2004, limita-se a estabelecer que a encomenda e o aviso de recepção se consideram recebidos quando o destinatário possa a eles ter acesso, regra com o mesmo âmbito de aplicação da lei francesa (exclusão do correio electrónico e possibilidade de acordo diferente das partes não consumidores). No Reino Unido, os *Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002* estabelecem regime semelhante (artigo 11.º) e sustenta-se, na doutrina, a aplicação da *postal rule* ao comércio electrónico⁴⁵. Em Itália, o artigo 13.º, n.º3, do Decreto Legislativo n.º70/2003, só disciplina (também com aquelas ressalvas) o momento em que a encomenda e o aviso de recepção se consideram recebidos, em termos semelhantes aos da lei francesa. Na doutrina discute-se se a presunção em causa pode ser ilidida⁴⁶. Na Alemanha, o § 312 e) (1)2 da BGB contém regra semelhante mas igualmente aplicável ao

correio electrónico, entendo a doutrina que a «ficção» do recebimento era desnecessária pois em tal caso a declaração chegou ao destinatário nos termos da teoria da recepção consagrada no direito alemão⁴⁷. Enfim, na Bélgica, existe uma disposição que expressamente regula o momento da conclusão à distância do contrato de seguro: quando a seguradora tenha recebido a aceitação do tomador (segundo parágrafo do artigo 34.º da Lei do Contrato de Seguro, inserido pela Lei de 20 de Outubro de 2000).

Vemos, assim, que, à excepção da lei francesa, as outras legislações se limitam a reproduzir o segundo travessão do artigo 11.º da Directiva (presunção de recebimento) mas, à excepção da BGB alemã, sem o respeitarem integralmente⁴⁸ pois excluem a celebração de contratos por correio electrónico nele abrangida.

O direito português não é claro. Com efeito, o artigo 29.º, do Decreto-Lei n.º7/2004 que transpõe o artigo 11.º da Directiva, e inaplicável aos contratos celebrados exclusivamente por correio electrónico (artigo 30.º), impõe o aviso de recepção da encomenda, dispensa-o quando há imediata prestação em linha do serviço ou fornecimento do produto, e, por fim, estabelece que «A encomenda torna-se definitiva com a confirmação do destinatário, dada na sequência do aviso de recepção, reiterando a ordem emitida». Optou-se, assim, pelo princípio do duplo *click* do direito francês e da proposta de directiva. Mas o artigo 32.º, n.º1 distingue o mero convite a contratar da proposta contratual, estabelecendo que só neste último caso o contrato fica concluído com a simples aceitação do destinatário. A contradição entre ambas as disposições só pode ser afastada entendendo-se que será assim apenas quando tenha sido exclusivamente feito uso do correio electrónico⁴⁹.

43 Florence Mas: *La conclusion des contrats du commerce électronique* cit., pág. 200.

44 Inserido pela Ordonnance n.º2005-674, de 16 de Junho de 2005. Sobre a matéria – Christiane Féral-Schuhl, *Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'internet* cit., pág. 201, n.º51-22.

45 Paul Tod: *E-Commerce Law* cit., pág.180.

46 No sentido de que se trata de presunção inderrogável, Francesco Delfini: *Il Commercio Elettronico* cit., pág. 161, criticando este autor a exclusão dos contratos celebrados por correio electrónico (pág.162). Considerando, porém, que o artigo em causa não consagra o princípio de recepção, através de presunção *juris et de jure*, como na Alemanha, Fábio Bravo: *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica* cit., pág. 447.

47 Grüneberg: *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch* cit., pág. 495, n.º7 c). No sentido de que um e-mail chega à esfera do poder do destinatário quando recebido pelo servidor –Larenz/Wolf: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. Munique, 2004, pág. 474, n.º25.

48 Nos termos do disposto no n.º2 do artigo 11.º da Directiva, apenas o n.º1, primeiro travessão é inaplicável aos contratos celebrados por correio electrónico.

49 Susana Larisma: «Contratação Electrónica», in *O Comércio Electrónico em Portugal, Quadro Legal e o Negócio*. Lisboa, 2004, pág. 168 entende tratar-se a confirmação de dever contratual posterior à celebração do contrato, com funções semelhantes à do aviso de recepção e que só tem sentido quando a oferta em linha seja um convite a contratar. Mas afigura-se que não é assim. O preceito tem na sua origem a lei francesa e a necessidade de conferir ao consumidor mais um tempo de

O princípio segundo o qual a ordem de encomenda, o aviso de recepção e a confirmação se consideram recebidos logo que os destinatários têm a possibilidade de a eles aceder (artigo 31.º, n.º2) aplica-se, como vimos exigir a Directiva, também aos contratos realizados por correio electrónico (neste caso só a ordem de encomenda, pois o aviso de recepção não é obrigatório nos contratos celebrados exclusivamente por este meio - artigo 30.º), podendo dizer-se, como observa a doutrina alemã relativamente ao §312 e) (1)2 da BGB que tal princípio é o da recepção já vigente no direito português⁵⁰. Por isso, e aplicando este princípio segundo o qual a declaração é recebida quando chega ao poder do destinatário (*Machtbereich*), deva entender-se que, nos contratos celebrados por correio electrónico, a aceitação da seguradora é eficaz desde que o tomador a ela possa ter acesso através da sua caixa de correio (mailbox) ou respectivo servidor e, quando enviada fora de horas, no dia seguinte⁵¹.

Como se entende no direito alemão, o aviso de recepção não tem significado para a determinação do momento da conclusão do contrato e o atraso no seu envio pode determinar responsabilidade pré-contratual (*culpa in contrahendo*)⁵².

Enfim, na formação do contrato importa averiguar se a oferta é uma proposta ou mero convite a contratar. A este respeito, e na linha do artigo 2:201 dos princípios de Direito Europeu dos Contratos, o arti-

go 32.º, n.º1 do Decreto-Lei n.º7/2004 estabelece que tal oferta constitui uma proposta contratual quando contiver todos os elementos necessários para que o contrato fique concluído com a simples aceitação do destinatário (a menos que se trate de contrato concluído em rede, para o qual a confirmação do consumidor é necessária). Ora, como justamente se observa, na dúvida, as ofertas em linha devem ser consideradas como *invitatio ad offerendum*⁵³, o que no domínio dos seguros é de particular evidência face à necessidade de apreciação do risco pela seguradora⁵⁴.

2.2 · As cláusulas contratuais no iter da formação do contrato concluído por via electrónica

Questão importante, nos contratos à distância, é a de saber de que modo as cláusulas contratuais devem ser levadas ao conhecimento da parte interessada, nos seguros, ao respectivo tomador.

Para os contratos celebrados por via electrónica, em geral, muitas legislações consagram o princípio segundo o qual basta a simples colocação à disposição do interessado. Assim, o § 312 e) (1)n.º3 da BGB alemã, o artigo 27.º, n.º4 da Lei espanhola n.º34/2002, de 11 de Julho e o artigo 51.º (2) da Lei luxemburguesa de 14 de Agosto de 2000 (redacção da lei de 5 de Julho de 2004), que, porém, exclui o correio electrónico (n.º3). Entende-se, e bem, que o comércio electrónico deve ser agilizado⁵⁵ e o legislador português parece ter seguido esta orientação. Com efeito, o artigo 28.º, n.º1, alínea e) do Decreto-Lei n.º7/2004 estabelece que os termos contratuais devem ser «facultados» aos destinatários antes da conclusão do contrato, e, assim, basta que a eles possam ter acesso de modo a permitir-lhes conservá-los e reproduzi-los. É neste sentido que deve ser interpretado o artigo 31.º n.º1 que, voltando a disciplinar esta matéria, utiliza o verbo «comunicar»⁵⁶.

O artigo 28.º, n.º2 estabelece que o regime previsto no número anterior pode ser afastado por acordo

reflexão que a justifica, o que implica tratar-se de disposição aplicável quer se trate de proposta contratual quer de convite a contratar. E a lei é clara ao considerar a encomenda definitiva com a confirmação, do que resulta ser esta, contrariamente ao aviso de recepção, parte da formação do contrato. Em sentido contrário, Jorge Morais de Carvalho: «Comércio electrónico e protecção dos consumidores», in *Themis*, 2006, págs. 51 e 52, que entende ser a confirmação mera condição legal dos efeitos do contrato, e Miguel J.A. Pupo Correia: *Direito Comercial, Direito da Empresa*, cit., pág. 587.

⁵⁰ *Supra*, nota 47. Importa observar que regra semelhante consta do artigo 29.º, nos termos do qual «O prestador satisfaz o dever de acusar a recepção se enviar a comunicação para o endereço electrónico que foi indicado ou utilizado pelo destinatário do serviço». Disposições que se repetem, denunciando má técnica legislativa.

⁵¹ Heinrichs: *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch* cit., pág. 111, n.º7a. Sem distinguir, Larenz/Wolf, *loc.ult.cit.* (nota 46). A eficácia da aceitação da oferta não se encontra regulada nem no Decreto-Lei n.º7/2004 nem na Directiva 2000/31/ CE.

⁵² Shulte-Nölke: *Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar*, coordenado por Reiner Schulze, Baden-Baden 2007, pág. 440, n.º7 e 441, n.º12, *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch* cit., pág. 495, n.º7. Também no direito italiano o aviso de recepção não constitui elemento constitutivo do aperfeiçoamento do contrato – Vincenzo Ricciuti: *La formazione del contratto telematico e la tutela del consumatore* cit., pág. 17.

⁵³ Grüneberg: *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch* cit., pág. 495, n.º2, Paul Tod: *E-Commerce Law* cit., pág. 170, n.º9.1.3.1.

⁵⁴ Prölss/Martin: *Versicherungsvertragsgesetz* cit., pág. 125, n.º1. Uma excepção é de admitir tratando-se de cobertura provisória –loc.ult.cit.

⁵⁵ Apolônia Martinez Nadal: *El seguro por medios electrónicos* cit., pág. 849

⁵⁶ O problema da interpretação de ambas as disposições é invocado por A.G.Lourenço Martins, J.A. Garcia Marques e Pedro Simões Dias: *Cyberlaw em Portugal, O Direito das Tecnologias de Informação e Comunicação*. Fimalição, 2004, pág. 262, sem quanto a ele tomarem posição.

das partes que não sejam consumidores. O que coloca a questão de saber se esta faculdade abrange a possibilidade de não serem comunicadas previamente as cláusulas contratuais. Em nosso entender, não é de admitir que o legislador tenha pretendido introduzir aqui uma alteração ao princípio da comunicação prévia estabelecido no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85 (lei das cláusulas contratuais gerais) e, assim, afigura-se de interpretar restritivamente aquela disposição, no sentido de não abranger a alínea e) do número anterior⁵⁷.

No que respeita aos serviços financeiros e, em especial, ao contrato de seguro, impõe-se o envio ao consumidor das cláusulas contratuais dada a sua complexidade, designadamente das utilizadas na definição e delimitação do risco⁵⁸. O que parece ser exigido pela Directiva 2002/65/CE. Com efeito, o artigo 5.º, n.º 1 impõe que tanto as cláusulas do contrato como as informações devem ser comunicadas ao consumidor em suporte duradouro e este deve permitir armazenar tais elementos de modo a serem facilmente consultados e a sua reprodução inalterada (artigo 2.º, alínea f)). E o n.º 20 do Preâmbulo da directiva observa que nesses suportes se incluem, designadamente, as *disquettes* informáticas, os CD-ROM, os DVD e o disco duro do computador do consumidor, mas não os *sites* da Internet, a menos que satisfaçam os requisitos da noção de suporte duradouro. Ora, não é, em regra, este o caso uma vez que as páginas de Internet podem ser livremente modificadas pelos respectivos titulares não permitindo, assim, a reprodução inalterada dos dados nelas contidos⁵⁹. Deste modo devem ser interpretados os, n.ºs 1 e 2 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 95/2006, disposições que reproduzem as acima mencionadas da Directiva.

Assim agiram os legisladores alemão (o § 48 b) (2) da Lei do contrato de Seguro (VVG) enveredou por caminho diferente da BGB ao exigir a comunicação prévia das cláusulas contratuais ao tomador do

seguro), francês (artigo 121-20-11, primeiro parágrafo, do Código do Consumo)⁶⁰, espanhol⁶¹ e belga⁶².

O artigo 11.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 95/2006, admite uma excepção ao disposto no n.º 1: «Se a iniciativa da celebração do contrato partir do consumidor e o meio de comunicação à distância escolhido por este não permitir a transmissão da informação e dos termos do contrato de acordo com o n.º 1, o prestador deve cumprir estas obrigações imediatamente após a celebração do mesmo». Foi, assim, reproduzido o n.º 2 do artigo 5.º da Directiva 2002/65/CE, que o legislador francês também introduziu no Código dos Seguros (artigo 121-20-11). Não se antolha, porém, como esta disposição seja aplicável à conclusão do contrato de seguros por via electrónica uma vez que tanto em linha como por correio electrónico, nada obsta a que as cláusulas contratuais sejam previamente comunicadas ao tomador. Veremos em seguida o regime aplicável às informações que a este devem ser prestadas.

O consumidor pode, a qualquer momento da relação contratual, exigir que lhe sejam fornecidos os termos do contrato em suporte de papel.

2.3 · Informações a fornecer ao tomador do seguro

Em obediência à directiva 2002/65/CE (artigo 3.º), o Decreto-Lei n.º 95/2006 faz recair sobre os prestadores de serviços financeiros, em que se incluem as seguradoras (artigo 2.º, alínea d)), a obrigação de comunicarem ao consumidor, em papel ou noutro suporte duradouro disponível e acessível ao consumidor, em tempo útil⁶³ e antes da conclusão do contrato, certas informações que o diploma especi-

⁵⁷ No sentido de que a referida alínea é uma disposição imperativa, Susana Larisma: *Contratação electrónica cit.*, pág. 162.

⁵⁸ No sentido de que é esta a solução que se impõe por razões atinentes à protecção dos consumidores – Hans-W. Micklitz e Martin Ebers: *Verbraucherschutz durch und im Internet bei Abschluss von privaten Versicherungsverträgen cit.*, pág. 103.

⁵⁹ Ugo Draeta: *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*. Milão, 2005, pág. 161. No sentido de que a permanência da informação apenas nas páginas de Internet não constitui suporte duradouro, Jorge Morais Carvalho: *Comércio electrónico e protecção dos consumidores cit.*, pág. 57.

⁶⁰ Disposição introduzida pela ordonnance n.º 2005-648, de 6 de Junho de 2005 relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores e aplicável às operações de seguro (artigo 2.º).

⁶¹ O artigo 9.º, n.º 1 da Lei n.º 22/2007, de 11 de Julho, tal como a lei portuguesa e a directiva 2002/65/CE (artigo 11.º, n.ºs 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 95/2006) exige a comunicação das condições contratuais em suporte duradouro. Sobre a matéria, face à legislação anterior, Fernando Sánchez Calero: *Ley de Contrato de Seguro, Comentarios a la Ley 50/1980 de 8 de octubre, y sus modificaciones*. Madrid, 2005, pág. 2239 e Nuria Fernández Pérez: *La contratación electrónica de servicios financieros cit.*, pág. 208.

⁶² Artigo 83.º quinquies, n.º 1 da Lei de 14 de Julho de 1991, introduzido pela Lei de 24 de Agosto de 2005 que transpõe a directiva 2002/65/CE.

⁶³ Dada a grande variedade dos tipos contratuais em causa, optou-se por não fixar um prazo determinado e, como no direi-

fica (artigo 11.º, n.º1). Já vimos como estas informações devem ser comunicadas ao consumidor, não bastando que lhe seja dada a possibilidade de efectuar um *download* de páginas da Internet da seguradora.

A elas acrescem as informações previstas em diplomas reguladores de serviços financeiros, no domínio dos seguros, a exigida nos artigos 176.º a 184.º do Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril e nos artigos 2.º a 5.ºA do Decreto-Lei n.º 176/95, de 26 de Junho (artigo 17.º) bem como as exigidas pelo artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 7/2004 (artigo 39.º).

Teve a Directiva como objectivo obstar ao risco de a contratação à distância conduzir à restrição indevida da informação do cliente, o qual deve dispor dos elementos necessários de modo a poder convenientemente apreciar o serviço financeiro que lhe é proposto e tomar uma decisão esclarecida (o n.º 21, do Preâmbulo). E foi mais longe do que a Directiva 97/7/CE, ao incluir informações que esta não prevê⁶⁴.

Em primeiro lugar (artigo 13.º), é exigida informação relativa ao prestador de serviços que abrange: a) a sua identidade e actividade principal, sede ou domicílio profissional onde se encontra estabelecido e qualquer outro endereço geográfico relevante para as relações com o consumidor; b) a identidade do eventual representante no Estado-Membro da União Europeia de residência do consumidor e endereço geográfico relevante para as relações daquele com o consumidor; c) identidade do profissional diferente do prestador com quem o consumidor tenha relações comerciais, se existir, a qualidade em que este se relaciona com o consumidor e o endereço geográfico relevante para essas relações; d) número de matrícula na conservatória do registo comercial ou outro registo público equivalente no qual o prestador se encontre inscrito com indicação do respectivo número de registo ou forma de identificação equivalente nesse registo; e) indicação da sujeição da actividade do prestador a um regime de autorização necessária e identificação da respectiva autoridade de supervisão.

Em segundo lugar, surgem as informações relativas ao serviço financeiro em causa (artigo 14.º): a) des-

crição das principais características; b) preço total devido pelo consumidor, incluindo o conjunto das comissões, encargos e despesas inerentes e todos os impostos pagos através do prestador ou, não podendo ser indicado um preço exacto e a base de cálculo, de modo a permitir a sua verificação pelo consumidor; c) indicação da eventual existência de outros impostos ou custos que não sejam pagos através do prestador ou por ele facturados; d) custos adicionais decorrentes, para o consumidor, da utilização de meios de comunicação à distância, quando estes custos adicionais sejam facturados; e) período da validade das informações prestadas; f) instruções relativas ao pagamento; g) indicação de que o serviço financeiro está associado a instrumentos que impliquem riscos especiais relacionados com as suas características ou com as operações a executar; h) indicação de que o preço depende de flutuações dos mercados financeiros fora do controlo do prestador e que os resultados passados não são indicativos dos resultados futuros.

Em terceiro lugar, enunciam-se as informações que devem ser fornecidas sobre o contrato (artigo 15.º): a) a existência ou inexistência do direito de livre resolução, com a indicação da respectiva duração, das condições de exercício, do montante que pode ser exigido ao consumidor e das consequências do não exercício de tal direito; b) as instruções sobre o exercício daquele direito, designadamente quanto ao endereço geográfico ou electrónico, para onde deve ser enviada a respectiva notificação; c) a indicação do Estado-Membro da União Europeia ao abrigo de cuja lei o prestador estabelece relações com o consumidor antes da celebração do contrato à distância; d) a duração mínima do contrato à distância, tratando-se de contratos de execução permanente ou periódica; e) os direitos das partes em matéria de resolução antecipada ou unilateral do contrato à distância, incluindo as eventuais penalizações daí decorrentes; f) a lei aplicável ao contrato à distância e o tribunal competente previstos nas cláusulas contratuais.

O artigo 16.º exige informação sobre os sistemas de indemnização aos investidores e de garantia de depósitos, bem como sobre a existência de meios extrajudiciais de resolução de litígios e respectivo modo de acesso. Por fim, o artigo 18.º regula a informação a prestar quando seja utilizada a telefonia vocal.

As informações devem identificar de modo inequívoco, os objectivos comerciais do prestador e ser prestadas de modo claro e perceptível, de forma

to alemão (§ 312c, n.º1 da BGB), recorreu-se a uma fórmula (tempo útil, *rechtzeitig*), pouco compatível com a segurança jurídica – Achim Tiffe, *Die Struktur der Informationspflichten bei Finanzdienstleistungen*, Baden-Baden, 2006, pág. 239.

⁶⁴ Nuria Fernández Pérez: *La contratación electrónica de servicios financieros* cit., pág. 198.

adaptada ao meio de comunicação à distância utilizado e com observância dos princípios da boa fé (artigo 12.º).

De salientar ainda que, salvo acordo das partes que não sejam consumidores, devem ser postos à disposição dos destinatários de serviços, nos contratos celebrados por via electrónica, «meios técnicos eficazes que lhes permitam identificar e corrigir erros de introdução, antes de formular uma ordem de encomenda» (artigo 27.º, do Decreto-Lei n.º7/2004, que transpõe o artigo 10.º, n.º1 alínea c) da Directiva 2000/31/CE).

O incumprimento da obrigação de informação não determina a nulidade do contrato, em aplicação do disposto no artigo 280.º, do Código Civil. É certo que se trata de disposições imperativas, mas a sua violação encontra-se especificamente sancionada no artigo 35.º, alínea d) do Decreto-Lei n.º95/2006 (contra-ordenação)⁶⁵. Pode, todavia, ocorrer responsabilidade pré-contratual⁶⁶, e, como veremos, o prazo do direito de resolução deve contar-se a partir do momento da recepção das informações.

No que respeita às informações destinadas à identificação e correcção de erros, a inobservância do disposto no artigo 27.º do Decreto-Lei n.º7/2004, constitui contra-ordenação prevista e punida no artigo 37.º, n.º1, alínea c) do mesmo diploma. Neste caso e verificando-se a anulação do contrato por erro, o prestador de serviços não pode invocar responsabilidade pré-contratual⁶⁷. De acordo com as regras gerais sobre o ónus da prova é ao consumidor que pertence o ónus da prova do erro (artigo 342.º, n.º1 do Código Civil) mas afigura-se-nos de seguir a doutrina alemã segundo a qual quando o contrato não corresponde objectivamente aos interesses do tomador do seguro e sem o erro o seu con-

teúdo seria razoável, tem de se presumir que, na realidade, tal erro ocorreu⁶⁸.

O erro pode também verificar-se nas respostas ao questionário. Assim, à pergunta da seguradora sobre se anteriormente ocorrera um sinistro ou fora contratado outro seguro, pode, mediante clique errado, ter-se respondido negativamente⁶⁹. Aqui, o ónus da prova do erro cabe ao tomador pois não se justifica presumir da parte deste um comportamento cuidadoso e honesto⁷⁰.

2.4 · Outras informações

Em aplicação do princípio da boa fé, a seguradora encontra-se obrigada a prestar os esclarecimentos exigidos pelas circunstâncias que acompanham a celebração do contrato. Assim, quando perante tais circunstâncias se deva aperceber que a cobertura proposta não satisfaz as reais necessidades do tomador do seguro ou que este dela tem uma ideia errada⁷¹. Ora, nos contratos realizados via Internet essas circunstâncias mantêm-se ocultas e daí resulta que o dever geral de informação da seguradora é aqui bem mais reduzido⁷², mas em certos casos impõe-se, e, designadamente, quando face aos elementos constantes da proposta e a forma de cobertura escolhida exista uma patente contradição⁷³.

2.5 · O direito de livre resolução

No domínio do direito dos seguros, o direito de livre resolução do contrato pelo tomador, dentro de certo prazo a contar do momento em que foi celebrado, encontra-se previsto no artigo 35.º da

⁶⁵ Neste sentido, Guido Scorza: «La compravendita telematica nell' E—Shop», in *I Contratti di Internet* cit., pág. 519, no que respeita aos deveres de informação previstos na Directiva 97/7/CE e tendo em consideração o disposto no artigo 1418.º do Código Civil italiano.

⁶⁶ Neste sentido, Grüneberg: *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch* cit., pág. 496, n.º11, quanto aos deveres, designadamente de informação, estabelecidos no §312 e) da BGB. Também não pode excluir-se a possibilidade de anulação do contrato por erro ou dolo —Maria Dolores Gramut Fombuena: «La formación y la invalidez del contrato electrónico», in *Il contratto telematico e i pagamenti elettronici* cit. pág. 32.

⁶⁷ Grüneberg: *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch* cit., pág. 495, n.º5 e Prölss/Martin: *Versicherungsvertragsgesetz* cit., pág. 128, n.º9.

⁶⁸ Prölss/Martin: *Versicherungsvertragsgesetz* cit., pág. 128, n.º9.

⁶⁹ Prölss/Martin, *op. cit.*, pág. 128, n.º10.

⁷⁰ No sentido de que se trata de presunção duvidosa, Prölss/Martin, *op. cit.*, pág. 129, n.º10.

⁷¹ Jörg Ihle: *Der Informationsschutz der Versicherungsnehmer*. Hamburgo, 2006, pág. 203, Prölss/Martin: *Versicherungsvertragsgesetz* cit., pág. 56, n.º11, Van Bühren: *Hubert W.van Bühren, Handbuch Versicherungsrecht*. Bonn, 2007, pág. n.º382 e Achim Tiffe: *Die Struktur der Informationspflichten bei Finanzdienstleistungen* cit. pág. 155. Quanto aos efeitos do não cumprimento do dever de esclarecimento, supra, nota 66 e a obra citada em último lugar, pág. 157.

⁷² Prölss/Martin: *Versicherungsvertragsgesetz* cit., pág. 130, n.º14.

⁷³ Prölss/Martin, loc. ult. cit. O incumprimento do dever geral de informação pode determinar responsabilidade pré-contratual —J.C. Moitinho de Almeida: «O mediador na conclusão e execução do contrato de seguro», in *Scientia Iuridica*, Janeiro-Março de 2006, pág. 49.

Directiva 2002/83/CE, respeitante ao seguro de vida⁷⁴, transposto pelo artigo 182.º do Decreto-Lei n.º94-B/98, de 17 de Abril. Como medida de protecção do consumidor, a Directiva 2002/65/CE veio alargá-lo aos serviços financeiros nela contemplados e é objecto de detalhada regulamentação nos artigos 19.º a 25.º do Decreto-Lei n.º95/2006.

Trata-se de um direito de livre resolução, isto é, que não exige fundamentação nem pode dar lugar a indemnização ou penalização do consumidor (artigo 19.º)⁷⁵. deve ser exercido no prazo de 14 dias, 30 para os seguros de vida e relativos à adesão individual a fundos de pensões abertos (artigo 20.º, n.º1). O prazo conta-se a partir da data da celebração do contrato à distância, ou da data da recepção, pelo consumidor, dos termos do mesmo e das informações, de acordo com o n.º3 do artigo 11.º, se esta for posterior (n.º2). No caso de contrato de seguro de vida, esse prazo conta-se a partir da data em que o tomador for informado da celebração do mesmo (n.º3).

Ambas estas disposições são ambíguas mas devem ser interpretadas em conformidade com o disposto no artigo 6.º, n.º1, segundo travessão da Directiva 2002/65/CE segundo o qual o prazo do direito de resolução se conta *sempré* desde o momento em que foram recebidas as informações, quando este momento seja posterior ao da conclusão do contrato⁷⁶. Com efeito, a primeira parece limitar-se à hipótese em que, nos termos do n.º3 do artigo 11.º as informações são enviadas posteriormente à conclusão do contrato e a segunda estabelecer uma regra de contagem do prazo que

abstrai do momento em que as informações foram fornecidas⁷⁷.

O direito de resolução deve ser exercido de acordo com as instruções que o prestador de serviços deve enviar nos termos da alínea b) do n.º1 do artigo 15.º, e a notificação feita em papel ou outro meio duradouro disponível e acessível ao destinatário. A respectiva notificação considera-se tempestivamente efectuada se enviada até ao último dia do prazo, inclusive (artigo 21.º, n.ºs 1 e 2). Caduca quando o contrato tenha sido integralmente cumprido, a pedido expresso do consumidor, antes de esgotado o prazo para o respectivo exercício (artigo 23.º).

O artigo 24.º regula os efeitos do direito de resolução que operam *ex tunc*. Quaisquer quantias recebidas pelo prestador de serviços devem ser restituídas no prazo de 30 dias contados da recepção da notificação da resolução. Mas estas regras não prejudicam o estabelecido para os contratos de seguro e de adesão individual a fundos de pensões (n.º4). Verifica-se, porém, que as disposições existentes respeitam aos seguros de vida e pressupõem contratos em vigor, em que a seguradora assumira já o risco (artigo 183.º, do Decreto-Lei n.º94-B/98). Trata-se, assim, de contratos cuja execução se iniciara e esta matéria é regulada no artigo 25.º do Decreto-Lei n.º95/2006. Por detrás da ambiguidade assim criada esconde-se mais uma violação da Directiva n.º2002/65/CE.

Com efeito, tratando-se de seguros em caso de morte e de seguros complementares, aquele artigo 183.º estabelece que a seguradora tem direito ao prémio calculado *pro rata temporis* e ao custo da apólice (n.º2) e, nos outros casos, ao desinvestimento que tiver suportado bem como ao custo da apólice se for caso disso (n.º3). Ora, tendo sido iniciada a execução do contrato, a seguradora apenas tem direito à importância correspondente ao serviço já prestado na condição de que o consumidor tenha sido informado quanto ao montante a pagar em caso de resolução, exigindo-se ainda que o serviço não tenha começado a ser prestado sem prévia solicitação do consumidor (artigo 7.º, n.º3 da Directiva). Condições a que aquela disposição é alheia...⁷⁸ mas já esta-

⁷⁴ De 16 de Dezembro de 2002, no Jornal Oficial L 345, pág.192.

⁷⁵ Sobre a natureza jurídica deste direito, veja-se José de Oliveira Ascensão: *Direito Civil, Teoria Geral, vol. II, Acções e Factos Jurídicos*. Coimbra, 2003, pág. 479 e a bibliografia citada por Elsa Dias de Oliveira, Tutela do Consumidor na Internet, in *Direito da Sociedade da Informação*, IV, Coimbra, 2004, pág. 346, nota 27.

⁷⁶ A obrigação de interpretação do direito nacional em conformidade com as directivas comunitárias em causa é imposta por jurisprudência constante do Tribunal de Justiça – entre outros, os acórdãos de 16 de Dezembro de 1993, Miret, C-344/92, *Colectânea*, p.l-6911, n.º20, de 14 de Julho de 1994, Faccini Dori, C-91/92, *Col.p.l-3325*, n.ºs21 e 22 e de 23 de Fevereiro de 1999, BMW, C-63/97, *Col.p.l-905*, n.º22. Sobre a matéria, J.C. Motinho de Almeida, *L'effet direct des directives, l'interprétation conforme du droit national et la jurisprudence de la Cour Suprême de Justice portugaise*, in Carlos Rodríguez Iglesias: *Une Communauté de Droit, Festschrift*. Baden-Baden, 2003, págs. 240 e segs.

⁷⁷ O artigo 5.º do Decreto-Lei n.º143/2001, de 26 de Abril, que transpôs a Directiva 97/7/CE (protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância que, como vimos, exclui os serviços financeiros) é bem mais claro.

⁷⁸ O disposto no referido artigo 183.º é aplicável aos seguros do ramo vida qualificados como ICAE (instrumentos de captação de aforro estruturados) –Artigo 5.º-A do Decreto-Lei n.º176/95, de 26 de Julho, inserido pelo Decreto-Lei

belecidas no artigo seguinte que abrange os contratos de seguro fora do ramo vida.

Não existe direito de resolução nos seguros de viagem e de bagagem e nos de duração inferior a um mês (artigo 22.º, alíneas a) e b).

2.6 · A contratação electrónica automatizada

A contratação totalmente automatizada, através de computadores que funcionam em sistemas fechados, numa rede que garante a segurança bem como a confidencialidade das comunicações, é admitida pelo artigo 33.º do Decreto-Lei n.º7/2004, que manda aplicar o regime comum, salvo quando este pressupuser uma actuação (n.º1). A tais contratos são aplicáveis as disposições sobre o erro na formação da vontade, se houver erro de programação, na declaração, se houver defeito de funcionamento da máquina e na transmissão, se a mensagem chegar deformada ao seu destino (n.º2, alíneas a), b) e c)). Enfim, « a outra parte não pode opor-se à impugnação por erro sempre que lhe fosse exigível que dele se apercebesse, nomeadamente pelo uso de dispositivos de detecção de erros de introdução» (n.º3).

Estão em causa os chamados EDI (*Electronic Data Interchange*), através de programas, concebidos pelos interessados ou por terceiros, que tornam possível a conclusão de contratos sem intervenção humana. O que suscita uma questão amplamente debatida, de saber qual o fundamento da imputabilidade do «acordo» assim realizado às pessoas singulares ou colectivas vinculadas pelo contrato. No Reino Unido sustenta-se o recurso à figura do mandato ou do contrato de agência (*agency*), por analogia, na falta de disposição legal⁷⁹, em Itália, onde são muitas as justificações utilizadas, que a autonomia contratual abrange a escolha da forma de proceder (*autonomia privata procedimentale*) e, assim, como se pode recorrer ao mandato nada obsta que seja utilizada a tecnologia em causa⁸⁰. Em França, autores entendem que o mútuo consentimento por

vezes assenta em indícios que objectivamente revelam uma manifestação da vontade, e tal é o caso dos contratos EDI⁸¹. O nosso legislador não tomou, e bem, posição sobre a matéria, optando por solução idêntica à preconizada no projecto de convenção da CNUDCI sobre o comércio electrónico, em cujo artigo 12.º se estabelece a validade de tais contratos⁸².

O recurso aos contratos EDI tem normalmente lugar no âmbito do fornecimento de mercadorias: verificadas certas condições, o computador de uma empresa emana uma ordem de encomenda destinada ao computador da fornecedora que, se for disso o caso (por exemplo, existirem os necessários *stocks*), a aceita, fixando as respectivas condições caso estas não resultem já de acordo prévio entre as empresas em causa. Desconhecemos se, por esta via, são concluídos contratos de seguro mas nada a tal obsta. Porém, como acima observámos, exige-se assinatura qualificada da seguradora ou procedimento que ofereça as mesmas garantias da forma escrita de fidedignidade, inteligibilidade e conservação (artigo 26.º, n.º1 do Decreto-Lei n.º7/2004), o que, como justamente foi observado, implica estarem as aplicações envolvidas configuradas para assim procederem⁸³.

2.7 · Cláusulas contratuais gerais

Em relação aos contratos celebrados por via electrónica sobre os quais nos vimos debruçando, coloca-

n.º60/2004, de 22 de Março. Estes seguros são abrangidos pela Directiva – artigo 6.º, n.º2.

⁷⁹ Paul Tod: *E-Commerce Law* cit., pág.195.

⁸⁰ Fabio Bravo: *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica* cit., págs. 233 e segs. Este parece ser o entendimento de José de Oliveira Ascensão: *Direito Civil, Teoria Geral, Vol. II*, cit., pág. 486. Com efeito, aí se observa que «[...] não é desproporcionado afirmar que há ainda então mútuo consenso, porque o processo é comandado pelas partes, segundo linhas que elas predeterminaram. O contrato deve abranger ainda estas situações».

⁸¹ Vincent Gautrais: *Le contrat électronique international* cit., págs.145 e 146. Saliendo a evolução técnica que torna possível a concepção de programas na base de contratação inter-sistémica inteligente (aplicações informáticas pró-activas, com a capacidade de elas próprias alterarem os seus próprios programas, instruções e regras), e as suas repercussões no direito que regula a utilização desses «agentes electrónicos», designadamente, a possível atribuição de personalidade jurídica – Francisco Carneiro Pacheco Andrade: «A questão do consentimento na contratação electrónica inter-sistémica inteligente», na *Scientia Iuridica*, n.º 304, 2005, págs. 676 e segs.

⁸² Projecto de convenção que resulta da 44.ª Sessão do Grupo de Trabalho IV(11 a 22 de Outubro de 2004), in www.uncitral.org. Sobre este projecto –Francesco Delfini, *Il Commercio elettronico* cit., págs.9 e segs., em especial, 14 e 15. Veja-se também neste sentido o Uniform Computer Transactions Act (UCITA), elaborado pela National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (EUA) cuja Secção 107 estabelece que quem recorre a um «agente electrónico», designadamente para conclusão de um contrato, está vinculado às operações por ele realizadas mesmo que se desconheçam tais operações bem como os seus resultados (in www.law.upenn.edu/bll/ulc.ulc.htm).

⁸³ Francisco Carneiro Pacheco Andrade: «A questão do consentimento na contratação electrónica inter-sistémica inteligente» cit., pág. 684.

se a questão de saber se as respectivas cláusulas caem no âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º446/85. Ou seja, se são cláusulas contratuais gerais, elaboradas sem prévia negociação individual (n.º1 do artigo 1.º) ou cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar (n.º2).

No que respeita às cláusulas contratuais gerais, entende-se que existe negociação individual quando esta incide sobre cada uma das cláusulas do contrato que devem, pois, singularmente ser tomadas em consideração⁸⁴. Assim, num contrato, podem algumas cláusulas ter sido negociadas ficando as outras sujeitas ao controlo previsto no referido diploma.

A negociação deve ter lugar entre as partes do contrato (n.º3 do artigo 1.º) que para o efeito podem ser representadas. O facto de as cláusulas resultarem de negociação colectiva em que intervieram associações profissionais ou de consumidores em nada releva⁸⁵.

As negociações devem revestir-se de seriedade e ser efectivas.

O utilizador deve mostrar-se seriamente disposto a aceitar uma alteração das cláusulas propostas de modo a que o cliente, por seu lado, possa de igual modo fazer uso da sua liberdade de configurar o contrato⁸⁶. E importa que as negociações efectivamente tenham tido lugar, ou seja, que o cliente tenha podido influir na configuração do contrato e defender os seus interesses no âmbito da discussão sobre a necessidade e adequação das cláusulas em

causa⁸⁷. Daí que se entenda não bastar a simples aprovação por escrito dessas cláusulas⁸⁸, a mera informação sobre o seu significado e alcance⁸⁹ bem como a declaração feita pelo cliente de que todas as cláusulas foram negociadas⁹⁰. Tratando-se de formulário com espaços vazios a preencher pelo cliente, é de afastar a existência de negociação individual quando as alternativas se encontrem pré-formuladas pelo utilizador⁹¹.

Na Alemanha, o Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*) entende que, em princípio, só as cláusulas alteradas foram objecto de negociação individual. Só quando se verificarem «especiais circunstâncias», ou se, após ampla discussão do texto pré-formulado o cliente ficou convencido da necessidade e adequação da cláusula em causa, tal negociação é de admitir⁹². Afigura-se-nos de seguir, entre nós, esta orientação pois ela assenta na experiência comum (em regra, as cláusulas profundamente negociadas são objecto de alterações) e a boa fé exige que, nas referidas circunstâncias, quem aceitou o texto proposto não deva, em seguida, contestá-lo⁹³.

⁸⁴ Luigi A. Scarano: *Il Codice Civile, Commentario, sob a direcção de Francesco D. Bunselli, Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*. Milão, 2003, pág. 969, Frederich Graf von Westphalen: *Vertragsrecht, in Vertragsrecht und AGB –Klauselwerke*, coordenado pelo Autor. Munique, 2005, pág. 223, n.º5.

⁸⁵ Joaquim de Sousa Ribeiro: *O Problema do Contrato, As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*. Coimbra, 1999, pág. 624. Assim é também na Alemanha – Heinrichs: *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch cit.*, pág. 401, n.º18. Em Itália, no sentido da relevância das negociações colectivas, Scarano, *op.cit.* págs. 970 e 971.

⁸⁶ Graf von Westphalen, *op.cit.* pág. 224, n.º8. Como observa Palandt (*op. cit.* pág. 401, n.º20), em regra, quem se mostra disposto a negociar mas, na realidade, nada altera, não pode beneficiar do disposto no § 305, n.º1, último parágrafo da BGB (exclusão das cláusulas individualmente negociadas). Sobre o requisito da seriedade, ver ainda Scarano, *op. cit.* págs. 976 e segs.

⁸⁷ Graf von Westphalen, *op. cit.* pág. 225, n.º12, e). Sobre este requisito veja-se também, Scarano, *op. cit.* págs. 978 e segs., Heinrichs: *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch cit.*, pág. 401, n.º21 e Joaquim de Sousa Ribeiro: *O Problema do Contrato cit.* pág. 631.

⁸⁸ Scarano, *op.cit.*, pág. 988

⁸⁹ Palandt, *op. cit.* pág. 401, n.º19, Larenz/Wolf: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. Munique, 2004, pág. 775, n.º16.

⁹⁰ Palandt, *loc.ult.cit.*, Graf von Westphalen, *op.cit.*p.222, n.º2, Larenz/Wolf, *loc.ult.cit.* e Scarano, *op.cit.*, p.989. Importa observar a este respeito que, entre nós, as cláusulas que interferem sobre a repartição do ónus da prova só nos contratos com consumidores finais são proibidas (artigo 21.º, alínea g) do Decreto-Lei n.º446/85), ao contrário do que se passa no direito alemão pois o § 309 n.º12b da BGB é também aplicável aos contratos entre empresários. Poder-se-ia, sustentar que assentando a proibição de tais cláusulas no respectivo efeito sobre a repartição do ónus da prova, elas deviam ser admitidas neste último caso. Mas não é assim pois a questão da existência de negociação individual coloca-se antes da relativa à natureza abusiva de determinada cláusula.

⁹¹ Heinrichs, *loc.ult. cit.*, Graf von Westphalen, *op. cit.* pág. 222, n.º4, Schulte-Nölke, in *Bürgerliches Gesetzbuch cit.* pág. 361, n.º3, Katrin Burckhardt: *Das AGB-Gesetz unter dem Einfluss der EG-Richtlinie über missbräuliche Klauseln im Verbraucherverträgen*. Baden-Baden, 2000, pág. 105. No sentido, porém, de que sendo as alternativas de modo amplas que esgotam, ou quase, as possibilidades de negociação, existe negociação individual – Fabio Bravo: *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica cit.*, pág. 474.

⁹² Graf von Westphalen, *op.cit.*, pág.225, n.º11, Palandt, *op.cit.* pág. 402, n.º22. Importa observar que se trata de casos excepcionais, como o próprio Bundesgerichtshof salienta- Schulze: *Jauerling, BGB, Kommentar cit.*, pág. 320, n.º9.

⁹³ No sentido de que a aceitação da objectiva justiça dos termos do contrato não basta para configurar uma negociação

Questão discutida é a de saber se a recusa de oferta séria de negociações por parte do cliente deve ter como efeito retirar-lhe a especial protecção a ele conferida. Alguns autores entendem que a resposta a esta questão deve ser positiva pois tal comportamento traduz-se no exercício da autonomia privada no que se prende com a determinação do conteúdo do contrato⁹⁴. Outros sustentam não existir qualquer obrigação em participar na negociação proposta de que resulta a perda da protecção conferida por lei no que respeita a cláusulas com frequência complexas, para cuja discussão faltam ao aderente as necessárias capacidades e que importa custos que este legitimamente pode não querer suportar. Só em casos excepcionais, tendo em conta a natureza do contrato e a situação do aderente tal protecção seria de afastar⁹⁵. Como justamente se observa, nada obriga o utilizador a recorrer a cláusulas contratuais gerais e muito menos de natureza abusiva, e das negociações podem resultar alterações que impedem o aderente de obter a protecção conferida por lei. Quando este não esteja disposto a aceitar as negociações, impõe-se a aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais, mesmo no caso de essas negociações corresponderem a um especial interesse do utilizador⁹⁶.

Tratando-se de uma cláusula contratual geral, o que cabe ao aderente provar, o ónus da prova da existência de negociações recai sobre o utilizador⁹⁷ pois é ele quem normalmente pretende prevalecer-se do seu conteúdo (artigo 1.º, n.º3 do Decreto-Lei n.º446/85). Mas pode aqui beneficiar de presunções. Assim, existindo amplas alterações, é de admitir que as negociações abrangeram as cláusulas inalteradas⁹⁸, e, tendo cláusulas sido modificadas por

escrito ou de outro modo completadas tal constitui indício de que foram objecto de negociações bem como as que com elas se encontrem em estreita conexão⁹⁹.

No que respeita a contratos objecto de renovação, hipótese frequente no domínio dos seguros, afigura-se de admitir que tendo o precedente sido negociado desnecessário se tornam posteriores negociações, a menos que a situação tenha evoluído de modo a poder entender-se que os interesses do aderente não se encontram agora devidamente acautelados¹⁰⁰.

Com vista a assegurar o respeito da Directiva 93/13/CEE, o regime das cláusulas contratuais gerais passou a ser aplicado às «cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar (n.º2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º446/85, aditado pelo Decreto-Lei n.º249/99, de 7 de Julho). Como no direito alemão (§ 310, n.º3,2 da BGB), optou-se por, neste caso, reproduzir a fórmula utilizada pelo legislador comunitário «não tenha podido influir no seu conteúdo» (artigo 3.º, n.º2 da Directiva), em vez de pura e simplesmente tornar aplicável o regime das cláusulas contratuais gerais. Daí que, como na Alemanha, se coloque a questão de saber se estamos perante hipóteses sujeitas a distintos regimes. Naquele país, certa doutrina entende que nos contratos «individualizados» basta a prova da séria predisposição do utilizador para negociar a cláusula litigiosa mesmo que dela o aderente não tenha feito uso¹⁰¹. Mas afigura-se-nos que não é assim. Com efeito, a Directiva assenta na falta de «negociação individual» (artigo 3.º, n.º1) que aquele disposição define, não estabelecendo qualquer diferença entre o regime das cláusulas contratuais gerais e cláusulas de determinado contrato¹⁰². Como justamente se observou, num e noutra caso o consumidor carece de «know how» para identificar as cláusulas susceptíveis de o prejudicar bem como para obter a respectiva modificação¹⁰³. Se, incom-

individual, pois em tais casos não existe nem possibilidade de influenciar o respectivo conteúdo nem disposição para negociar – Joaquim de Sousa Ribeiro: *O Problema do Contrato* cit., pág. 635. Importa observar que, como se entende na Alemanha, a existência de negociação individual deve ser apreciada menos estritamente nas relações entre empresários – Heinrichs, op. cit. pág. 401, n.º21 e Katrin Burckhardt, *Das AGB-Gesetz unter dem Einfluss der EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen* cit. pág.107.

⁹⁴ Scarano, op.cit., pág. 985.

⁹⁵ Joaquim de Sousa Ribeiro: *O Problema do Contrato* cit. págs. 634 e 635.

⁹⁶ Graf von Westphalen, op.cit. pág. 224, n.º9.

⁹⁷ Heinrichs: *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch* cit. pág. 402, n.º24, Graf von Westphalen: *Vertragsrecht* cit., pág. 230, n.º24, Schulte-Nölke, op.cit. pág. 365, n.º21 e Joaquim de Sousa Ribeiro: *Direito dos Contratos*. Coimbra, 2007, pág.197.

⁹⁸ Graf von Westphalen, op.cit. pág. 227, n.º17.

⁹⁹ Graf von Westphalen, op.cit. pág. 230, n.º24.

¹⁰⁰ Graf von Westphalen, op.cit., pág. 228, n.º19. Como este autor observa, neste caso o aderente deve chamar a atenção do utilizador para a necessidade de modificações.

¹⁰¹ Graf von Westphalen, op.cit. pág. 234, n.º34. Veja-se ainda a análise da restante doutrina alemã que se pronuncia neste sentido, in Katrin Burckhardt, *Das AGB-Gesetz unter dem Einfluss der EG-Richtlinie über misbräuchliche Klauseln: Verbraucherverträgen* cit. pág. 152.

¹⁰² Katrin Burckhardt, loc. ult. cit.

¹⁰³ Heinrichs: *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch* cit., pág. 454, n.º17. No sentido da equiparação, veja-se também Stadler, in

preensivelmente, o legislador português incluiu os contratos entre empresários na nova regulamentação¹⁰⁴ em nada, porém, esta argumentação é afectada.

Só no que respeita à prova uma diferença existe. É ao aderente que cabe demonstrar não ter tido a possibilidade de influenciar o conteúdo da cláusula em litígio¹⁰⁵.

3 · OUTROS MEIOS DE CONTRATAÇÃO À DISTÂNCIA

A exigência de forma escrita (apólice assinada pela seguradora) para o contrato de seguro suscita a questão de saber se é satisfeita pelo uso de telexes ou de telecópias. A jurisprudência da Cassação francesa tem respondido afirmativamente quando a respectiva fidelidade tenha sido reconhecida pela parte contra a qual o documento é invocado ou o juiz tenha constatado a sua exactidão¹⁰⁶. E também em Espanha se equipara a declaração de vontade

emitida por aqueles meios à feita por via postal¹⁰⁷. Assim têm entendido os nossos tribunais¹⁰⁸.

Nestes casos são aplicáveis os princípios gerais sobre a conclusão dos contratos, acima expostos bem como o disposto no Decreto-Lei n.º95/2006, sobre cujas disposições relevantes também já nos debruçámos.

4 · CONCLUSÕES

Desta análise do direito aplicável à celebração à distância do contrato de seguro importa tirar algumas conclusões.

Em primeiro lugar, na transposição das directivas comunitárias o legislador português optou por recorrer a legislação avulsa com impactos amplos no direito das obrigações e no regime aplicável ao contrato de seguro. Por temor reverencial ou mera falta de consciência do caminho que se impunha percorrer, entendeu-se não mexer no Código Civil, do que resultam disposições ambíguas em domínios que exigem particular segurança jurídica, sem coerência, por vezes contraditórias, tecnicamente imperfeitas e uma total ausência de unidade. Isto quando o direito comparado europeu apontava o modelo a seguir. Observe-se ainda que o Código Civil, em particular no direito das obrigações, ignora princípios que hoje o caracterizam, como o da protecção dos consumidores¹⁰⁹. No que respeita aos seguros, compreendem-se tais medidas que não faria sentido inserir no Código Comercial.

No que se prende com a celebração electrónica do contrato de seguro, os obstáculos são ainda muitos, a nível europeu e em Portugal. É certo que a nulidade do contrato resultante de não ter sido feito uso de assinatura qualificada não tem consequências práticas uma vez que, em regra, não pode ser invocada pelas seguradoras em aplicação

Jauernig GBG cit., pág. 353, n.º8 e Schulte-Nölke: *Bürgerliches Gesetzbuch* cit., pág. 399, n.º7.

104 Discute-se entre nós se, apesar da redacção clara do artigo 2.º, n.º1 do Decreto-Lei n.º446/85, esta disposição permite uma interpretação restritiva no sentido de que apenas contempla os contratos com consumidores. Porém, como Joaquim de Sousa Ribeiro observa (*Direito dos Contratos* cit.págs.190 e segs.) nada a justifica. Com efeito, se é certo que a directiva 93/13/CEE apenas respeita aos contratos com consumidores, nada obsta a que os Estados-Membros estendam a protecção aí consagrada aos contratos com empresários (artigo 8.º). E o legislador português, que se inspirara no regime alemão, certamente não ignorava a disposição hoje inserida na BGB (§310,n.º3,2), que expressamente subtrai tais contratos ao regime das cláusulas não negociadas. A solução do direito português não tem qualquer paralelo, ao que sabemos, em legislações europeias, o que se compreende pois não é razoável sujeitar contratos individualizados, em que a contraparte não é consumidor, à insegurança jurídica resultante da aplicação de normas que, em geral, implicam uma apreciação, caso a caso, pelo julgador.

105 Heinrichs: *Palandt*, loc. ult. cit., Schulte-Nölke, *op. cit.* pág. 399, n.º8 e Joaquim de Sousa Ribeiro: *O Problema do Contrato* cit. pág. 628 e *Direito dos Contratos* cit., págs.197 e segs. Importa observar que a redacção do n.º3 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º446/85 é ampla, parecendo abranger os contratos individualizados. Mas, como este último autor salienta, a razão de ser do ónus da prova aí estabelecido assenta no facto de as cláusulas contratuais gerais serem, em regra, impostas unilateralmente pelo utilizador, sem possibilidade de negociação pela contraparte (trata-se de uma presunção legal, como observa Pietro Sirena: *in Il Codice civile, Commentario* cit., pág.1008, a propósito do artigo 1469-ter do Código Civil italiano). O que não se verifica no que respeita a cláusulas concebidas para determinado contrato. Em sentido contrário, Carlos Ferreira de Almeida: *Contratos*. Coimbra, 2003, págs.135-136.

106 Philippe Malaurie e Laurent Aynès: *Les obligations* cit., pág. 281, n.º567.

107 Ver a jurisprudência do Tribunal Supremo citada por José Luís Concepción Rodríguez: *Derecho de Contratos*, Barcelona, 2003, pág. 57, nota 68.

108 Entre outros, os acórdãos da Relação de Lisboa de 11 de Junho de 1992, apelação n.º 5578, de 21 de Outubro de 1992, apelação n.º 6093 e de 17 de Março de 1994, recurso n.º 6657, e da Relação do Porto, de 2 de Dezembro de 1999, agravo n.º1345/99. Observe-se que, em todos estes casos, do contesto não resultavam quaisquer dúvidas sobre a fidelidade do documento.

109 Heinrichs: *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch* cit. p.19, n.º1. A BGB alemã contém hoje a noção comunitária de consumidor que acima referimos (§13).

do princípio do abuso de direito¹¹⁰, e ao tomador do seguro essa nulidade não interessa. Mas outras dificuldades existem que acima identificámos sendo de esperar que com o desenvolvimento das novas tecnologias e o decorrer do tempo as vantagens do comércio electrónico (celeridade, fomento da concorrência, redução de custos¹¹¹) acabem por se impor.

A celebração à distância do contrato de seguro padece ainda dos entraves resultantes da falta de harmonização comunitária das disposições legais aplicáveis ao contrato de seguro nos Estados-Membros da União Europeia. Como justamente foi observado, se, em regra, tal falta de harmonização no que respeita ao direito dos contratos em geral não tem impedido o desenvolvimento das trocas comerciais, no domínio do contrato de seguro, sujeito a extensa regulamentação imperativa, já a situação é diferente¹¹². Os seguros assentam na lei dos grandes números e os diferentes regimes legais geram riscos não homogêneos que exigem aumentos de prémios e com frequência levam a que as seguradoras se não interessem por determinados mercados. É certo que legislações, como a portuguesa (artigos 188.º a 193.º, do Decreto-Lei n.º94-B/98, de 17 de Abril) que amplamente facultam, mesmo em contratos com consumidores, a escolha da lei aplicável facilitam a celebração de seguros junto de seguradoras estabelecidas em Estado-Membro diferente daquele onde o risco se situa ou o tomador do seguro tem a

sua residência¹¹³, mas não foi esta a política seguida por outras legislações que restringem tal escolha tratando-se de pequenos riscos e, em especial, de contratos com consumidores¹¹⁴. E no domínio das cláusulas contratuais gerais, as jurisprudências apontam para soluções diferentes em domínios de particular importância na gestão dos riscos, como relativamente à cláusula «*claims made*», segundo a qual a prestação da seguradora deve ser reclamada dentro do período de vigência do contrato ou dentro de certo prazo a contar do termo dos respectivos efeitos, consideradas nulas pela jurisprudência espanhola na origem de uma alteração legislativa que posteriormente a legitimou¹¹⁵, e não escritas pela jurisprudência francesa¹¹⁶.

Estamos em crer, porém, que com o desenvolvimento das novas tecnologias a que a população cada vez mais se habitua, as vantagens do comércio electrónico na área dos seguros acabarão por se impor, com expansão a nível europeu se acabarem por ser adoptadas as medidas de harmonização necessárias no que respeita às disposições legislativas de natureza imperativa, aplicáveis ao contrato de seguro.

Enfim, a celebração à distância do contrato de seguro envolve aspectos relacionados com o foro competente e a lei aplicável. Não julgámos oportuna a inclusão desta matéria no presente estudo pois afigura-se que ela deve ser abordada no quadro do referido contrato, em geral, do que, brevemente, nos ocuparemos.

110 Neste sentido, no domínio dos seguros, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Setembro de 1995, no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 449, pág. 374, e de 27 de Fevereiro de 2003, revista n.º 4725. No que se prende com outros contratos, veja-se a jurisprudência citada por Carlos Alberto da Mota Pinto: *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra, 2005, pág. 438, nota 553. Sobre as consequências da inobservância da forma, para além desta obra (págs. 433 e segs.), veja-se Pedro Pais de Vasconcelos: *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra, 2005, págs. 562 e segs.

111 Antonio Longo: «Vendita telematica e responsabilità dell'intermediario assicurativo: profili di disciplina comunitaria», in *E-commerce, La direttiva 2000/31/CE e il quadro normativo della rete*. Milão, 2001, pág. 224 que salienta ainda as vantagens que do comércio electrónico resultam para os consumidores e a transparência do mercado.

112 Jürgen Basedow: «Auf dem Wege zu einem europäischen Versicherungsvertragsrecht» in J. Basedow, U. Meyer, D. Rückle, H.P. Schwintowski, *Rechtsdurchsetzungsdefizite und aktuelle Probleme der Versicherungspraxis, Elementarschadenversicherung und Vermittlerrichtlinie, Beiträge zur 15. Wissenschaftstagung des Bundes der Versicherten und aktuelle Beiträge zu Kunstversicherung und VVG-Reform*. Baden-Baden, 2006, pág.165.

113 Em sentido favorável à legislação portuguesa neste domínio, Pilar-Blanco-Morales Limones: «La ley aplicable al contrato internacional de seguro. Análisis comparado de las soluciones del derecho internacional privado español y el derecho internacional privado portugués», in *Estudos em Homenagem à Professora Isabel de Magalhães Colaço, Vol.I*, pág.3 4.

114 J. Basedow, *op. cit.*, pág.166.

115 Artigo 73.º, n.º2 da Ley de Ordenación del Seguro Privado, introduzido pela Lei n.º30/1995. Sobre a matéria, Francisco Pertiñez Vilchez: *Las Cláusulas Abusivas por un Defecto de Transparencia*. Madrid, 2004, pág.188.

116 Marie-Hélène-Maleville: *L'interprétation du contrat d'assurance terrestre*. Paris, 1996, pág.52.