

A RESPONSABILIDADE CIVIL NA NEGOCIAÇÃO INFORMÁTICA(*)

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO

1. INTRODUÇÃO

O tema que me foi proposto é muito rico, amplo e complexo; por si só, ele justificaria um curso ou, ao menos, um colóquio, que incluísse no seu programa várias exposições, tantos e tão importantes são os aspectos que convoca.

Verifico, no entanto, que o Programa do presente Curso abrange sessões onde terão sido já tratados (ou ainda irão sê-lo) vários desses aspectos. Esta circunstância, aliada à amplitude do tema e ao pouco tempo de que disponho, leva-me a optar por uma exposição norteada pelo desejo de proceder ao *enquadramento geral* do problema, nas suas múltiplas implicações. Isto é, procurarei situar os problemas, compreender a sua *especificidade e reflectir* sobre a melhor solução, mas sempre em termos breves, simples e mais orientados por preocupações de ordem *sistemática*.

A minha intervenção fará pois recordar, de algum modo, as aulas de «*revisões da matéria*», ainda que, aqui e ali, privilegie um ou outro problema e lhe dedique reflexão mais atenta. Por outro lado, o presente texto pouco mais será do que a recolha de meros *tópicos* de apoio à exposição oral — que dará conta dos problemas e das muitas dúvidas que a matéria suscita.

* Tópicos de uma aula na Faculdade de Direito de Lisboa ao Curso de Pós-Graduação sobre «Direito da Sociedade da Informação» (em 17 de Junho de 1998).

O presente texto corresponde ao que foi publicado in “Direito da Sociedade da Informação”, vol. I, 1999, com ligeiras actualizações de ordem legal.

2. NEGOCIAÇÃO INFORMÁTICA

Negociação informática é uma expressão que, tomada em sentido amplo, compreende tanto os *negócios informáticos*, em si mesmo, como a fase que prepara e antecede a sua celebração, as chamadas *negociações*.

No processo de celebração do contrato — de um qualquer contrato — é sempre de considerar, como se sabe, a fase das negociações, pela importância de que ela se reveste, a vários níveis; essa importância é *acrescida* quando se trata de contratos informáticos, mormente pelo especial cuidado que deve haver no cumprimento dos deveres de *colaboração*, de *informação* e de *esclarecimento*, atenta a particular natureza dos bens envolvidos, seja o «hardware», seja o «software».

Já em sentido estrito, a negociação informática terá que ver, apenas, com essa fase que antecede e prepara a celebração do contrato. Mas nós vamos tomá-la no sentido mais amplo atrás referido e, portanto, incluir nela os próprios contratos informáticos.

3. CONTRATOS INFORMÁTICOS

A expressão contratos informáticos pode igualmente ser tomada em sentido amplo, abrangendo não só os contratos *sobre* bens ou serviços informáticos, mas também os que sejam celebrados *através* de meios informáticos. Isto significa que *critério de classificação*, no primeiro caso, é o *objecto* do contrato, e, no segundo caso, é o *meio* utilizado para a sua celebração.

Mas há ainda quem inclua entre os contratos informáticos, nesta acepção ampla, também os que sejam *executados* através de meios informáticos — «rectius», *telemáticos*, porque combinam meios de informática e de telecomunicações —, como os contratos relativos à transferência electrónica de fundos.

3.1. Critério do objecto

De acordo com este critério, os contratos informáticos incidem sobre *bens* ou *serviços informáticos*. São estes os que podemos chamar de contratos informáticos *em sentido estrito* ou *contratos informáticos propriamente ditos*.

3.1.1. Contratos de «hardware»

São os que têm o «hardware» por objecto. Este pode ser adquirido por contratos de compra e venda, de locação, de locação financeira, de comodato, etc.

3.1.2. Contratos de «software»

Tendo em conta a especial natureza do «software», torna-se difícil identificar os contratos através dos quais se processa a aquisição/utilização desse bem.

A doutrina dominante vem distinguindo o *software standard* do *software à medida* (ou de *desenvolvimento*), a fim de considerar o primeiro objecto de uma *licença de utilização* (e/ou de compra e venda da cópia?) e o segundo objecto de um *contrato de empreitada* (ou de encomenda de obra?).

Ainda relativamente ao *software standard*, é hoje frequente a sua comercialização através das chamadas licenças de «*shrink-wrap*» (ou licenças «de plástico»).

Surgem no âmbito de um *contrato de adesão* celebrado através de *cláusulas contratuais gerais*. O seu aspecto mais peculiar é o de considerarem que a *abertura* do pacote contendo o «software» implica *aceitação* das cláusulas do contrato.

Há aqui vários problemas a ter em conta, que devem ser perspectivados à luz da lei em vigor: o Dec.-Lei n.º 446/85, de 25-10, com a redacção que lhe foi conferida pelos Dec.-Leis n.º 220/95, de 3 1-8, e n.º 249/99, de 7-7.

Assim, há que ver se esses contratos obedecem aos requisitos prescritos para os *deveres de comunicação e de informação* (arts. 5.º e 6.º), sob pena de tais cláusulas se terem por *excluídas* do acordo (art. 8.º, als. *a* e *b*)); a mesma solução (art. 8.º, al. *d*)) vigora para as cláusulas de que se *tem* conhecimento só *após a assinatura* do contrato (será de equiparar à assinatura a *abertura* do invólucro?); assim como poderá estar-se perante simples *ficções de aceitação*, proibidas pelo art. 19.º, al. *d*), e, portanto, nulas (art. 12.º).

Esclareça-se, a propósito, que o *contrato de adesão* não é um novo *tipo* contratual, antes um *modus* negocial: qualquer contrato pode, em princípio, ser

celebrado através das denominadas «condições gerais». No tocante aos contratos informáticos (também os que versam sobre o «hardware»), é frequente ser esse o modo de celebração, «maxime» quando se trata de bens ou serviços oferecidos em série; mas pode tratar-se de um contrato negociado, o que acontecerá mais provavelmente quando se pretende *software* à medida, por exemplo.

3.1.3. Contratos de serviço informático

Assumem particular relevo os contratos de assistência e/ou de manutenção. Mas não esgotam a categoria, pois pode tratar-se de contratos de formação do pessoal, entre outros possíveis.

3.1.4. Contrato «chave na mão»

É o chamado contrato «clé en main» ou «turnkey contract».

Trata-se de um contrato pelo qual a empresa especializada se encarrega de tudo o que for necessário — concepção, estudos, «hardware», «software», serviços, etc. — em ordem a dotar o interessado do sistema informático pretendido e adequado às suas necessidades ou desejos.

3.2. Critério dos meios utilizados

De acordo com este critério, a utilização de meios informáticos — ou, em geral, de meios telemáticos — leva a incluir na categoria de contratos informáticos aqueles que, para a sua celebração ou execução, *se sirvam de tais meios*, independentemente da natureza dos bens que tenham por objecto. Pode tratar-se de bens informáticos ou não; o que conta, agora, é a *utilização* de tais meios no processo de formação do contrato ou na sua *execução*.

A utilização desses meios pode servir a *celebração* do contrato ou, antes, como se disse, a sua *execução*; daí a conveniência de uma ulterior distinção. Advirta-se, em todo o caso, haver quem prefira reservar para eles a designação de *contratos electrónicos ou contratos telemáticos*, restringindo os contratos informáticos aos que assim se podem classificar em atenção ao seu objecto.

Em toda esta matéria da *contratação electrónica* é hoje da maior importância ter em conta o disposto no Dec.-Lei nº 7/2004, de 7-1, que transpõe a Directiva 2000/31/CE (Directiva Comércio Electrónico), especialmente os arts. 24º a 34º.

3.2.1. Contratos de conclusão informática ou telemática

Trata-se de contratos *concluídos* através de computadores (podendo a sua execução processar-se ou não pelo mesmo meio).

O computador pode ser utilizado de modos diversos, designadamente: como simples meio de transmissão ou comunicação da declaração negocial; como meio de oferta ao público (ou de simples convite a contratar?) e de cumprimento imediato e automático do contrato em condições «standard» absolutamente imodificáveis (pense-se nos distribuidores automáticos); e como meio de integração ou de concretização da declaração negocial.

Os problemas têm que ver, desde logo, com o meio ou via utilizada para transmitir a declaração: problemas relativos à forma da «declaração electrónica», à identificação do declarante, à assinatura, à autenticidade do conteúdo da declaração, etc., bem como ao momento e lugar de celebração do contrato e a eventuais erros na transmissão da declaração.

Já no último caso, porém, os problemas são de ordem acrescida. É que aqui o computador surge como instrumento de negociação e de decisão, a ele se delegando, através de instruções contidas em «software» adequado, a escolha da outra parte e das condições do contrato. De acordo com as instruções pré-ordenadas, o computador irá conformar a declaração (por ex., mediante determinada encomenda, o computador verifica se existe a quantidade pedida e se o preço oferecido iguala ou é superior a um montante calculado de acordo com os seguintes factores: custos de produção + despesas de transporte + lucro mínimo + despesas fiscais, etc., podendo estar preparado para «ponderar» sobre a qualidade do cliente). A este propósito, não deixa de haver quem entenda que as declarações emitidas por computador implicariam o abandono da doutrina da vontade. Mas não parece que seja assim.

Nada de especial, para este efeito, quando o computador surge como simples meio de transmissão da declaração negocial. Mas quando a declaração é *concretizada* ou *integrada pelo próprio computador* não deixa ela de ser, ainda neste caso, imputável à vontade: à vontade de quem preparou a máquina para actuar nos termos programados.

Em todo o caso, pergunta-se: é o computador um *representante* e o programa a *procuração*? Será um simples *núncio*? Um mero *auxiliar*? Ou a situação assemelha-se à da *declaração em branco*, a completar pelo computador, mas sem que isso contenda

com a sua autoria? Por outro lado, fará sentido a alegação de *falta de consciência da declaração* (art. 246.º do C.C.)?

É oportuno relevar, ainda, no contexto dos contratos formados através de meios telemáticos, tratar-se de *contratos à distância*. Aplicar-se-á, quando for caso disso (protecção do consumidor), o regime hoje em vigor (Decreto-Lei nº 143/2001, de 26-4, que transpõe a Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20-5-97, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância). Recorde-se, a este propósito e a título exemplificativo, o chamado *teleshopping*, ou qualquer outro *tele-serviço*; e a intervenção da *publicidade*, nestes casos, como verdadeira *oferta* e não simples convite a contratar (v., a propósito, o art. 32º do citado Dec.-Lei nº 7/2004).

3.2.2. Contratos de execução informática ou telemática

Trata-se, como dissemos, de contratos em que os meios telemáticos são utilizados para a sua *execução*, podendo ter-se formado por meios normais, não telemáticos: por ex., a transferência electrónica de fundos, como o levantamento de dinheiro através de caixas automáticas (ATM).

E *duvidoso* que, em rigor, se justifique considerá-los como contratos informáticos só porque *se cumprem* através de meios dessa natureza. Tratar-se-á, na generalidade dos casos, *de actos de cumprimento* de um contrato de depósito bancário, em conformidade com as condições estabelecidas no denominado «contrato de utilização» do cartão que acciona o sistema electrónico.

4. OBJECTO DO CONTRATO

É sempre imprescindível apurar qual seja o *objecto do contrato*, a fim de determinar, com precisão, as *obrigações de cada parte* e saber, consequentemente, quando há *incumprimento*.

A especialização dos bens informáticos e o seu elevado nível técnico levam, muitas vezes, a afastar do contrato obrigações do fornecedor, através de uma *delimitação do objecto* porventura excessiva: por ex., alegando a complexidade das técnicas informáticas, o fornecedor não garante um funcionamento sem interrupções ou isento de erros ou falhas. Poderá deixar de haver lugar à aplicação da acção de garantia por vícios ou defeitos da coisa.

Não se tratará, propriamente, de cláusulas limitativas ou de exclusão de responsabilidade — antes de *cláusulas limitativas do objecto do contrato*, válidas, em princípio, enquanto manifestação da liberdade contratual (art. 405.º).

Mas há *limites de validade*, como sempre temos defendido, designadamente os que decorrem de normas imperativas, da ordem pública e da proibição de afastar obrigações essenciais à luz do tipo ou do fim contratual; imagine-se o que seria se, num contrato de compra e venda de um computador que funcionasse só com determinado «software operativo» e sem alternativa no mercado, existisse uma cláusula a permitir ao fornecedor recusar ou retirar ao cliente, «ad libitum», tal «software».

Assim como há que ter em conta o disposto no art. 8.º, al. c), do Dec.-Lei n.º 446/85 (se este diploma for aplicável), podendo tratar-se de uma «cláusula-surpresa».

Uma outra forma de *delimitar* o objecto do contrato é através de cláusulas que *afastam qualquer obrigação ou acordo assumido no período pré-contratual*: são as chamadas «*clauses des quatre coins*» (p. ex., «este documento contém todas as obrigações assumidas contratualmente, anulando e substituindo quaisquer outras assumidas no processo negocial»).

É válida, em princípio, esta cláusula. É de admitir a possibilidade, todavia (sendo caso disso), de *anulação* do contrato por *erro* (e de *indemnização* por responsabilidade *pré-contratual*?). Por outro lado, se o contrato tiver sido celebrado através de cláusulas contratuais gerais, poderá haver lugar à *exclusão* desta cláusula, nos termos do art. 8.º, al. c), do Dec.-Lei n.º 446/85 (*cláusula-surpresa*), ou à sua *nulidade*, por força do disposto nos arts. 21.º, al. a), e 12.º do mesmo diploma.

5. RESPONSABILIDADE CIVIL

Como se sabe, a responsabilidade civil é um instituto destinado à reparação de danos; actua através do *dever de indemnizar*. Pode haver lugar à responsabilidade *contratual* ou *extracontratual*; ou a uma responsabilidade *pré-contratual*. Vejamos.

5.1. Responsabilidade contratual

A responsabilidade contratual surgirá, nos termos gerais, caso não seja cumprido — ou cumprido devidamente — o contrato informático. Ter-se-á de apurar, previamente, qual o *objecto* do contrato e que *obrigações* dele fazem parte.

Ainda nos termos gerais, em caso de não cumprimento poderá haver lugar, designadamente, à *resolução* do contrato ou a uma *indemnização* pelos danos sofridos

(também no caso da resolução poderá justificar-se uma indemnização, ainda que, de acordo com a doutrina dominante, só pelo interesse contratual negativo ou dano de confiança).

Tratando-se de «*hardware*» *defeituoso*, será aplicável, designadamente, o regime da *venda de coisas defeituosas* (sendo caso disso), previsto nos arts. 913.º e ss. do C.C., ou o regime do *vício da coisa locada* (sendo esse o caso), consagrado nos arts. 1032.º e ss; assim como será de ter em conta, hoje, o Dec.-Lei nº 67/2003, de 8-4, que transpõe a Directiva 1999/44/CE, sobre garantias na venda de bens de consumo.

Mas é pertinente observar que um computador em que o sistema operativo funcione mal ou não funcione de todo não será simplesmente um computador com vícios ou falta de qualidades, antes constituirá um *aliud pro alio* e, portanto, haverá um *incumprimento propriamente dito* e não, meramente, um cumprimento defeituoso.

Quanto ao *software defeituoso*, o problema é mais delicado, pela dificuldade em determinar a índole do contrato que permite a sua utilização. Mas talvez seja de lhe aplicar o regime da venda de coisas defeituosas, tratando-se de *software standard*, até por ser esse o regime aplicável, em princípio, aos demais contratos onerosos (art. 939.º). Quanto ao *software de desenvolvimento ou individual*, será de recorrer às normas da empreitada (arts. 1218.º e ss.).

5.2. Responsabilidade extracontratual

Hipótese especial a considerar é a da *responsabilidade do produtor* pelos danos causados por defeitos dos produtos que põe em circulação. É uma responsabilidade *independente de culpa*. Está regulada no Dec.-Lei n.º 383/89, de 6-11.

A aplicação deste regime aos danos causados pelo *hardware* não suscita dificuldades de maior. A situação já é outra, porém, no que toca ao *software*: será este um *produto*? Ou, pelo contrário, um *serviço*? A tendência parece ir no sentido de considerar o *software de desenvolvimento* como serviço e o *software standard* como produto, só neste último caso se aplicando, pois, o regime especial da responsabilidade do produtor.

Mas o ponto não é isento de dúvidas, pois em ambos os casos o «*software*», em si mesmo, é um bem incorpóreo ou imaterial, *distinto do suporte material* em que é fornecido; e só neste caso se poderá pensar no regime da responsabilidade do produtor, pois só então ele poderá ser visto como produto.

Um aspecto discutível é o de saber se tem aqui lugar o regime das actividades perigosas; a resposta parece ser negativa, em princípio.

5.3. Concurso/cúmulo de responsabilidades

Trata-se de situações em que o facto gerador de danos constitui, simultaneamente, um *facto ilícito contratual e extracontratual*. Por exemplo, o bem informático é fornecido com defeitos, os quais causam danos em todo o sistema informático do credor ou lesam outros bens: há cumprimento *defeituoso* do contrato (ilícito contratual) e violação de direitos *absolutos* do credor (ilícito extracontratual).

A situação não está regulada por lei. A doutrina dominante — na qual nos temos incluído — aceita que o credor possa *optar* pelo regime (contratual ou extracontratual) que mais lhe convenha e, até, que possa *cumular* na mesma acção regras de uma e outra espécie de responsabilidade. Naturalmente que a indemnização é só uma — a questão é do regime a aplicar-lhe.

5.4. Responsabilidade pré-contratual

Em qualquer contrato — e nestes de modo particular, tratando-se de matéria tão técnica e especializada — é importante atender à fase que antecede a celebração dos mesmos. Entre outras, há *obrigações de colaboração, de informação* e de *esclarecimento* a observar, cujo inadimplemento pode gerar responsabilidade pré-contratual (art. 227.º). O princípio da *boa fé* desempenha aqui um papel de grande relevo, assim como a solução legalmente consagrada em sede de integração negocial (art. 239.º).

5.5. Utilização de meios informáticos

Os contratos concluídos com meios informáticos (ou telemáticos) levantam alguns problemas particulares, que convém abordar.

Assim, a empresa responde pelos actos dos seus *colaboradores e auxiliares* como se fossem actos seus, nos termos do art. 800.º. Poderá mesmo ocorrer uma culpa *in vigilando*. Nos casos em que releve *a falta de consciência da declaração*, poderá haver lugar a uma responsabilidade pré-contratual (art. 246.º). E não é de excluir uma responsabilidade idêntica nos casos em que possa anular por erro na transmissão da declaração (art. 250.º), designadamente tendo existido, da sua parte, qualquer culpa *in eligendo*.

Quanto à *responsabilidade dos prestadores de serviços em rede*, há hoje que ter em conta o referido Dec.-Lei n.º 7/2004 (arts. 11.º,ss), que transpôs a Directiva Comércio Electrónico.

6. FIXAÇÃO CONTRATUAL DOS DIREITOS DO CREDOR

São frequentes as cláusulas que disciplinam os direitos do credor/lesado em termos diferentes dos que a lei consagra.

6.1. *Estipulações sobre a garantia*

Muitas vezes é a *garantia legal* que é modificada, normalmente em prejuízo do credor. Afasta-se, por exemplo, o direito à substituição do bem defeituoso e a qualquer indemnização, limitando a garantia à reparação do bem. Ver, entre nós, o art. 912.º (*ex vi* do art. 913.º); e os arts. 19.º, al. e), 21.0, als. b) e d), e 22.º, als. g) e j), do Dec.-Lei n.º 446/85. Se consumidor, ter em conta, designadamente, os arts. 4.º e 12.º da Lei n.º 24/96, de 31-7 (Lei de Defesa do Consumidor), assim como o já referido Dec.-Lei n.º 67/2003, sobre garantias na venda de bens de consumo.

6.2. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade*

Agora é a responsabilidade — isto é, o dever de indemnizar — que se exclui antecipadamente ou se limita no seu montante (estabelece-se um *forfait*, um tecto ou limite máximo à indemnização).

Haverá que equacionar o problema em face dos arts. 809.º e 800.º, n.º 2, bem como perante o disposto nos arts. 810.º e 811.º, n.º 2, do Código Civil. Ter-se-á de ter ainda em conta o art. 18.º, als. a), b), c) e d), do Dec.-Lei n.º 446/85. E o art. 10.º do Dec.-Lei n.º 383/89, no tocante à responsabilidade do produtor. Tratando-se de consumidor, consagra-se um regime especial: Acórdão do Tribunal Constitucional 153/90, de 3-5-90.

Dos preceitos mencionados resulta que as cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade são nulas em caso de dolo ou de culpa grave, sendo válidas, em princípio, só em caso de simples culpa leve. É este o regime geral. Mas há casos que justificam um regime especial, mais severo, traduzido na proibição total de tais cláusulas. É o que sucede, por ex., quanto à responsabilidade do produtor e, em geral, no campo da defesa do consumidor.

6.3. Cláusula penal

Pode ser utilizada como fixação prévia e convencional do montante da indemnização; mas também pode surgir na modalidade de cláusula penal em sentido estrito, com função compulsória e natureza de sanção.

Haverá que atender ao regime previsto no Código Civil (arts. 810.º-812.º) e no Dec.-Lei n.º 446/85 (art. 19.º, al. c)). Entre outros, assumem especial importância os problemas do cúmulo, da reparação pelo dano excedente e da redução judicial da pena.

Quanto ao primeiro, proibido no art. 811.º, n.º 1, note-se que só haverá cúmulo quando existir uma identidade de interesses. A reparação pelo dano excedente, por sua vez, depende de acordo prévio das partes, conforme dispõe o art. 811.º, n.º 2, e não se pode, nessa convenção pelo dano excedente, pretender mais do que o estritamente necessário para reparar integralmente o dano, em face do disposto no n.º 3 do mesmo preceito. A redução judicial da pena, por fim, ao abrigo do art. 812.º, depende de ela ser manifestamente excessiva e é uma medida que se justifica por razões de equidade.

6.4. Cláusula de força maior assimilada

As partes acordam previamente que determinados acontecimentos, a ocorrerem, serão tidos como casos de força maior, com a consequente exoneração do devedor.