

TUTELA DO CONSUMIDOR NA INTERNET

ELSA DIAS OLIVEIRA¹

Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa

Advogada

INTRODUÇÃO

A utilização da Internet, que tem conhecido a sua maior expansão desde o início dos anos noventa, veio permitir que a divulgação de bens e serviços fosse feita de uma forma mais abrangente, alcançando um maior leque de destinatários.

São, assim, já muitos os consumidores que utilizam a Internet para adquirir bens ou serviços para uso mais ou menos corrente. Nesta exposição, e atenta a variedade de matérias passíveis de análise quanto à tutela dos consumidores, propomo-nos analisar algumas medidas de protecção dos consumidores no que concerne à celebração de contratos.

Os consumidores são tradicionalmente considerados como sendo a parte contratual mais fraca, atendendo, designadamente, à sua falta de informação (quer quanto aos produtos a adquirir, quer quanto aos seus direitos), ao seu baixo poder económico, ao seu pobre ou nulo poder negocial, à utilização de técnicas de vendas pouco leais, etc.²

A utilização da Internet na celebração de contratos com consumidores poderá potenciar um maior desequilíbrio entre as partes contratantes. Com efeito, este consumidor apenas avalia os bens ou serviços a adquirir por imagens e outras informações que lhe chegam através do seu computador; se quiser contactar com o

¹ O presente texto foi elaborado pela autora a partir de exposição oral que apresentou na conferência realizada no dia 14 de Maio de 2003, na Faculdade de Direito de Lisboa, organizada pela APDI em parceria com a Faculdade de Direito de Lisboa, no âmbito da Pós-Graduação Sobre Direito da Sociedade da Informação.

² CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Negócio jurídico de consumo”, *BMJ*, nº. 347, 1985, págs.11-38, págs. 19 ss.; EIKE VON HIPPEL, *Verbraucherschutz*, 3.ª edição, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1986, pág. 4; ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet - Contributo para uma análise numa perspectiva material e internacionalprivatista*, Almedina, Coimbra, 2002, págs. 25 ss. e referências aí indicadas.

fornecedor ou com o prestador, nem sempre tem a indicação da morada física para onde o possa fazer e a morada electrónica é muito volátil. Acresce que estes contratos estão incluído na categoria de vendas à distância que são consideradas, por muitos autores, ainda como vendas agressivas³ já que o consumidor poderá ser surpreendido na sua navegação na Internet por publicidade conducente à contratação, vindo a adquirir bens ou serviços de que depois se poderá vir a arrepender.

Para além destes argumentos, o consumidor nem sempre tem os conhecimentos informáticos necessários que lhe permitam uma “navegação” consciente e, muitas vezes, acede a sítios Internet cuja língua não compreende, uma vez que este meio também permite facilmente uma maior internacionalização nas relações entre as partes⁴. De sublinhar ainda que a maioria destes contratos são celebrados recorrendo a cláusulas contratuais gerais - em relação às quais o consumidores têm pouco ou nenhum poder de negociação.

Por todos estes, e outros, motivos, têm sido tomadas medidas de protecção dos consumidores que visam justamente diminuir o desequilíbrio que se verifica entre as posições contratuais destes em comparação com os seus fornecedores ou prestadores.

PARTE I

1. Fontes

I - No ordenamento jurídico português vigoram diplomas que regulam questões relacionadas com a protecção dos consumidores⁵. Com um âmbito de aplicação amplo nesta matéria pensamos, *v. g.*, na Lei de Defesa do Consumidor, aprovada pela Lei n.º 24/96, de 31 de Julho.

O Dec.-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de

³ Vide CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os direitos dos consumidores*, Livraria Almedina, Coimbra, 1982, pág. 90; JEAN CALAIS-AULOY, “Vente par démarchage et vente à distance en droit français”, *Rev. eur. dt. cons.*, n.º.2, 1992, págs. 77-82, pág. 77; DANIELA VALENTINO, “Obblighi di informazione e vendite a distanza”, *Rass. dir. civ.* 2/98, págs. 375-395, pág. 375; MARKUS ARTZ e PETER BÜLOW, “Fernabsatzverträge und Strukturen eines Verbraucherprivatrechts im BGB”, *NJW*, 29/2000, págs. 2049-2056, pág. 2053; seguindo entendimento diferente, cf. JEAN ALLIX, “La protection du consommateur en matière de contrats à distance”, *Rev. eur. dt. cons.*, n.º.2, 1993, págs. 95-108, pág. 102-103.

⁴ CLÁUDIA LIMA MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4ª. Edição, Editora Revista dos Tribunais, Brasil, 2002, pág. 726.

⁵ Com maior desenvolvimento, vide ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., págs. 31 ss.

1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos celebrados à distância, regula os contratos ao domicílio e equiparados, as vendas automáticas e as vendas especiais esporádicas e estabelece modalidades proibidas de vendas de bens ou de prestação de serviços, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 13-C/2001, de 31 de Maio, é já um diploma especialmente vocacionado para as categorias de vendas que acima são referidas e em que se incluem as vendas através da Internet. Com efeito, este diploma regula, conforme se pode ver pelo título, os contratos celebrados à distância, definidos, neste diploma, no art. 2.º, al. a), como “qualquer contrato relativo a bens ou serviços celebrado entre um fornecedor e um consumidor, que se integre num sistema de venda ou prestação de serviços a distância organizado pelo fornecedor que, para esse contrato, utilize exclusivamente uma ou mais técnicas de comunicação a distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração” e, na al. b) do mesmo artigo, é definida “técnica de comunicação à distância” como “qualquer meio que, sem a presença física e simultânea do fornecedor e do consumidor, possa ser utilizada tendo em vista a celebração do contrato entre as referidas partes”.

Também o Dec.-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, que aprova o Regime jurídico dos documentos electrónicos e da assinatura digital, alterado pelo Dec.-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril, e conforme se poderá adivinhar pelo seu próprio título, terá um âmbito de aplicação importante no que respeita às comunicações feitas através da Internet.

II - A União Europeia, de igual modo, não ficou indiferente à evolução do comércio electrónico e à necessidade de protecção dos consumidores, tendo já adoptado várias directivas comunitárias que versam sobre essas matérias.

Pela sua importância e aplicação mais directa neste tema, referimos a Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos celebrados à distância⁶, já transposta para o direito interno pelo Dec.-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril, acima mencionado.

Referência ainda para a Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno,

⁶ Publicada no JO n.º L 144, de 4-6-1997.

mais simplificada designada por “Directiva sobre o comércio electrónico”⁷, e que, segundo pensamos, será transposta para o direito interno a breve trecho.

Também a Directiva 1999/93/CE do Parlamento e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999, relativa a um quadro legal comunitário para assinaturas electrónicas⁸, transposta para o direito interno pelo já referido Dec.-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, alterado pelo Dec.-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril, embora não verse especificamente sobre a protecção dos consumidores no comércio electrónico, tem grande relevância nestas matérias.

III - A regulamentação do comércio electrónico não tem sido apenas uma actividade dos legisladores dos vários Estados nem da União Europeia. Com efeito, verificamos que, já em momento anterior, também outras entidades revelaram preocupações semelhantes e adoptaram documentos que, não tendo embora carácter vinculativo, visam regulamentar estas questões, assumindo, em alguns casos, indicações específicas de protecção dos consumidores.

São exemplos destas actividades a Lei-Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI) sobre Comércio Electrónico, que foi adoptada em 1996: Resolução 51/162 da Assembleia Geral, de 16 de Dezembro de 1996⁹, e embora, na sua elaboração, não se tenham verificado preocupações com a protecção dos consumidores, nada justifica que a estes se não aplique; a Recomendação do Conselho da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económicos (OCDE), de 8 de Dezembro de 1999, relativa às linhas orientadoras (*Guidelines*) para a protecção do consumidor no contexto do comércio electrónico; o Código de Conduta da Câmara de Comércio Internacional (CCI) sobre Publicidade e *Marketing* na Internet, de 2 de Abril de 1998, com o título original de “ICC Guidelines on Advertising and Marketing on the Internet”¹⁰.

2. Noção de consumidor

⁷ Publicada no JO n.º L 178, de 17-7-2000.

⁸ Publicada no JO n.º L 013, de 19-01-2000.

⁹ A Lei-Modelo pode ser consultada em <http://www.un.or.at/uncitral>.

¹⁰ Texto acessível em: http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/menu_rules.asp.

I - Feita esta pequena apresentação das fontes, entramos agora propriamente no âmago do nosso tema e a primeira questão que se coloca, quando se trata de protecção do consumidor, é determinar quem é que são os consumidores.

A noção de consumidor é um conceito jurídico de contornos não uniformizados na doutrina, nem na legislação já existente¹¹.

Comum à maioria das definições é o elemento teleológico: a aquisição de bens ou serviços para fins que sejam estranhos à actividade profissional ou comercial do adquirente¹².

II - A nível nacional, encontramos igualmente na nossa legislação noções de consumidor. Nos termos do art. 2.º da Lei de Defesa do Consumidor, deve entender-se por consumidor “(...) todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional (...)”, acrescentando-se ainda outro elemento à definição: o fornecedor deverá ser uma pessoa “(...) que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”. Salienta-se que, nesta definição, para além do fornecimento de bens e da prestação de serviços, admite-se a transmissão de direitos, o que é especialmente relevante nos contratos celebrados através da Internet em que são frequentes os contratos que visam a atribuição de licenças de utilização de *software*¹³.

Já no Dec.-Lei n.º 143/2001 - com um âmbito de aplicação mais restrito, vocacionado, conforme acima se referiu, designadamente, para a protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet -, no seu art. 1.º, n.º 3, al. a), o consumidor é definido (à semelhança do art. 2.º, n.º 2, da Directiva 97/7/CE) como “qualquer pessoa singular que actue com fins que não pertençam ao âmbito da sua actividade profissional”.

Em determinados domínios e mais concretamente em certos diplomas, o consumidor pode ser definido em função da área ou da matéria em que está a ser referenciado. A questão que se poderá então colocar é justamente a de saber se “este” consumidor em que ora focamos a nossa atenção - o consumidor que celebra contratos

¹¹ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, Almedina, Coimbra, 1990, pág.58; RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, Almedina, Coimbra, 1991, pág. 747, nota 788.; MEINRAD DREHER, “Der Verbraucher - Das Phantom in den Opera des europäischen und deutschen Rechts?”, *JZ*, 4/1997, págs. 167-178, pág. 167; GUIDO ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Ed. Laterza, 1999, pág. 39; CLÁUDIA LIMA MARQUES, *Contratos...*, cit., págs. 252 ss.

¹² Sobre este elemento da definição de consumidor, *vide*, por todos, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os direitos dos consumidores*, cit. págs. 209 ss.

¹³ ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., pág. 56 e referências aí indicadas.

através da Internet - deverá ser definido por recurso a elementos caracterizadores específicos ou se, pelo contrário, este facto não assume relevância suficiente que justifique semelhante distinção.

No que respeita a este aspecto, parece-nos que, não obstante a diversidade de operações que podem ser executadas pela Internet e as inúmeras informações que são colocadas à disposição dos utilizadores, a Internet não deixa, por isso, de ser, fundamentalmente, um meio de comunicação, com especificidades é certo, através do qual o consumidor tem um imenso leque de opções de contratação.

Não nos parece que a noção de consumidor deva assumir particularidades pelo facto de ser utilizado um determinado meio de comunicação em vez de outro, sendo certo que as especialidades poderão eventualmente surgir em relação aos contratos específicos que forem celebrados e não pelo facto de ser utilizada a Internet¹⁴.

Feito este enquadramento, no que respeita às principais fontes a utilizar e à noção de consumidor, importará analisar as principais medidas tomadas pelo legislador que visam a protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet.

3. Informações a prestar ao consumidor

3.1. Razão de ordem

A falta de informação e de educação dos consumidores são alguns dos mais importantes motivos que determinam a sua fragilidade contratual¹⁵.

O legislador, ao impor aos fornecedores e prestadores um dever de informar os consumidores, estará a contribuir para um fortalecimento da posição contratual destes já que a disparidade entre o poder contratual de ambas as partes ficará mais esbatida. Contribui-se assim para uma maior igualdade formal e material entre consumidor e fornecedor¹⁶.

¹⁴ ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., págs. 57 ss.

¹⁵ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os direitos dos consumidores*, cit., págs. 179 ss; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Negócio jurídico de consumo", cit., pág. 21; EIKE VON HIPPEL, *Verbraucherschutz*, cit., págs. 3 ss., 25, 34 ss.; ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., pág. 65.

¹⁶ JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989, págs. 371, 625; ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., pág. 66.

3.2. Informações a facultar aos consumidores antes da celebração dos contratos

I - Nas vendas celebradas à distância e, no caso em análise, nas vendas celebradas através da Internet, o consumidor, por regra, apenas vê, no seu computador, uma imagem do bem que vai adquirir, não tendo dele uma percepção directa. Ao contrário das outras vendas em que o consumidor observa o bem numa loja e só depois decide se quer comprar ou não, nestas vendas, o consumidor adquire o bem e só depois, quando o recebe em sua casa, tem a possibilidade de o ver presencialmente¹⁷.

Verifica-se também que, com frequência, a própria imagem que é mostrada ao consumidor e que pode ser um elemento decisivo na sua decisão de contratar ou não, é trabalhada de modo a tornar o produto mais atraente. Embora este comportamento possa ser considerado admissível, uma vez que na publicitação de bens ou serviços são sublinhados os seus elementos positivos - o que pode ser considerado como *dolus bonus*¹⁸ -, já não se poderá aceitar que estas sejam as únicas informações a que o consumidor tem acesso quando decide contratar ou não¹⁹.

Acresce que, em relação ao próprio fornecedor ou prestador de serviços, o consumidor, frequentemente, não conhece a sua identidade, nem o local físico onde este se encontra estabelecido para posteriores contactos.

Ora, com vista a assegurar uma decisão esclarecida do consumidor, garantindo-se que este terá acesso a um leque mínimo de informações necessárias, o legislador interno, na senda também seguida pelo legislador comunitário, veio estabelecer, no art. 4.º do Dec.-Lei n.º 143/2001, uma série de informações prévias de que o consumidor deve dispor em tempo útil e antes da celebração de contratos à distância e que lhe poderão permitir tomar uma decisão de contratar, ou não, mais livre:

- identificação e eventual endereço do fornecedor;
- características do bem ou do serviço e respectivo preço;
- despesas de entrega;

¹⁷ ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., pág. 94.

¹⁸ Também denominado de dolo tolerado, admitido por lei, v. g. o art. 253º., nº.2 do C.C. português, determina que “[n]ão constituem dolo ilícito as sugestões ou artifícios usuais, considerados legítimos segundo as concepções dominantes no comércio jurídico,...”. *Vide*, por todos, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil - Teoria Geral, Acções e factos jurídicos*, Vol. II, Coimbra Editora, 1999, págs. 138 ss.

¹⁹ DANIELA VALENTINO, “Obblighi di informazione...”, cit., pág. 383.

- modalidades de pagamento, entrega ou execução;
- existência do direito de resolução do contrato;
- duração da validade da oferta, do preço e, sempre que necessário, da duração mínima do contrato;
- custo de utilização da técnica de comunicação à distância;

Estas informações, concretiza ainda o legislador no art. 4.º, n.º 2, devem ser fornecidas de forma clara e compreensível, por meio adaptado à técnica de comunicação utilizada²⁰ e respeitando os princípios de lealdade comercial e da protecção de pessoas com incapacidade jurídica²¹.

II - Na Directiva sobre o comércio electrónico, no seu art. 5.º, exige-se que, sem prejuízo de requisitos de informação constantes do direito comunitário, designadamente de obrigações decorrentes da Directiva 97/7/CE, o prestador do serviço da sociedade da informação faculte aos destinatários do seu serviço e autoridades competentes, o “(...) acesso fácil, directo e permanente (...)” a informações mais pormenorizadas relativas à identificação do prestador:

- nome;
- endereço geográfico onde se encontra estabelecido;
- coordenadas para contactar rápida e efectivamente o prestador, incluindo endereço de correio electrónico;
- eventual registo em que se encontre inscrito e respectivo número de matrícula;
- caso a actividade esteja sujeita a regime de autorização, indicação das actividades abrangidas pela autorização e coordenadas da entidade que prestou essa autorização;
- no que respeita a profissões regulamentadas, indicação da organização profissional ou associações em que o prestador esteja inscrito, título profissional e Estado-membro que o concedeu, citação das regras profissionais aplicáveis no Estado-membro do estabelecimento e meio de aceder a essas profissões;

²⁰ Acerca da clareza e compreensibilidade das informações divulgadas na Internet, cf. JAN GEERT MEENTS, *Verbraucherschutz bei Rechtsgeschäften im Internet*, Verlag, Dr. Otto Schmidt, Colónia, 1998, págs. 191 ss.; ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., págs. 72 ss.

²¹ Já no art. 8.º da Lei de Defesa do Consumidor são também enumeradas informações que o fornecedor de bens ou o prestador de serviços deve, quer nas negociações quer na celebração do contrato, facultar ao consumidor.

- caso a actividade exercida pelo prestador esteja sujeita a IVA, o seu número de identificação.

As informações mencionadas neste artigo deverão estar acessíveis, ainda que não exista qualquer relação contratual entre quem as disponibiliza e quem as consulta, assim se contribuindo para a transparência no comércio electrónico.

A estas informações acrescem ainda as indicadas no art. 6.º da Directiva sobre o comércio electrónico relativas a comunicações comerciais²².

No art. 10.º são enumeradas as informações a prestar relativas a contratos, que deverão ser facultadas pelo prestador de serviço antes de ser dada a ordem de encomenda pelo destinatário, no caso de o contrato não ser celebrado exclusivamente por correio electrónico ou por outro meio de comunicação individual equivalente, e que são as seguintes:

- a)* as diversas fases técnicas da celebração do contrato;
- b)* indicação sobre se o contrato celebrado será ou não arquivado pelo prestador de serviço e se será acessível;
- c)* os meios técnicos que permitem identificar e corrigir os erros de introdução anteriores à ordem de encomenda;
- d)* as línguas em que o contrato pode ser celebrado;
- e)* os códigos de conduta de que o prestador é subscritor e a forma de aceder electronicamente a esses códigos.

São, portanto, transmitidas informações no que respeita aos próprios direitos dos consumidores, informações quanto aos bens ou serviços a adquirir, informações quanto

²² De acordo com esta disposição, os Estados-Membros deverão assegurar que “*a)* a comunicação comercial [seja] claramente identificável como tal; *b)* a pessoa singular ou colectiva por conta de quem a comunicação é feita deve ser claramente identificável; *c)* quando autorizadas pelo Estado-Membro onde o prestador de serviços esteja estabelecido, as ofertas promocionais, tais como descontos, prémios e presentes, serão claramente identificáveis como tais e as condições a preencher para neles participar devem ser facilmente acessíveis e apresentadas de forma clara e inequívoca; *d)* quando autorizados pelo Estado-Membro onde o prestador de serviços esteja estabelecido, os concursos ou jogos promocionais devem ser claramente identificáveis como tal e as condições a preencher para neles participar devem ser facilmente acessíveis e apresentadas de forma clara e inequívoca”.

à técnica utilizada na celebração de contratos através da Internet (ex.: diversas fases técnicas da celebração do contrato)²³.

3.3. A confirmação escrita da informação transmitida depois da celebração do contrato

As técnicas de comunicação à distância podem ter um carácter efémero, a Internet é disso um exemplo elucidativo.

O consumidor pode ter celebrado um determinado contrato utilizando a Internet e não ter prestado a devida atenção a informações que eram importantes. Não será depois invulgar que o consumidor, quando o quiser fazer, já não possa, ou porque o fornecedor desactivou a página onde vinham mencionadas, ou alterou o seu conteúdo²⁴.

Neste sentido, prevê-se no art. 5.º do Dec.-Lei n.º 143/2001, à semelhança do art. 5.º da Directiva 97/7/CE, que o consumidor que tenha celebrado o contrato deve receber, o mais tardar no momento da entrega dos bens, ou não havendo bens a entregar, em tempo útil na execução do contrato, a “(...) confirmação por escrito, ou através de outro suporte durável à sua disposição das informações referidas nas alíneas a) a f) do

²³ Também no projecto de Dec.-Lei relativo ao comércio electrónico se determina, no n.º 1 do art. 7.º, sob a epígrafe “[d]isponibilização permanente de informações sobre a identificação do prestador”, que “[c]onstitui encargo dos prestadores de serviços disponibilizar permanentemente em linha, em condições que permitam um acesso fácil e directo, elementos completos de identificação que incluam, nomeadamente: a) nome ou denominação social; b) endereço geográfico em que se encontra estabelecido e endereço electrónico, em termos de permitir uma comunicação directa; c) inscrições do prestador em registos públicos e respectivos números de registo; d) número de identificação fiscal”. Esclarecendo-se ainda, no art. 8.º, com a epígrafe “[i]nformação sobre custos”, que “[s]e os serviços prestados implicarem custos para os destinatários, além dos custos dos serviços de telecomunicações, incluindo ónus fiscais ou despesas de entrega, estes devem ser objecto de informação clara anterior à utilização dos serviços”. Ainda no mesmo projecto determina-se no art. 19.º, que tem por epígrafe “[i]dentificação e informação”, que, “[n]as comunicações publicitárias prestadas a distância, por via electrónica, devem ser claramente identificados de modo a serem apreendidos com facilidade por um destinatário comum: a) a natureza publicitária, logo que a mensagem seja apresentada no terminal e de forma ostensiva; b) o anunciante; c) as ofertas promocionais, como descontos, prémios ou brindes, e os concursos ou jogos promocionais, bem como os condicionalismos a que ficam submetidos”. Já no art. 26.º, com a epígrafe “[i]nformações prévias”, se estabelece, no seu n.º 1, que “[o] prestador de serviços em rede que celebre contratos em linha deve facultar aos destinatários, antes de ser dada a ordem de encomenda, informação mínima inequívoca que inclua: a) o processo de celebração do contrato; b) o arquivamento ou não do contrato pelo prestador de serviço e a acessibilidade àquele pelo destinatário; c) a língua ou línguas em que o contrato pode ser celebrado; d) os meios técnicos que o prestador disponibiliza para poderem ser identificados e corrigidos erros de introdução que possam estar contidos na ordem de encomenda; e) os termos contratuais e as cláusulas gerais do contrato a celebrar; f) os códigos de conduta de que seja subscritor e a forma de os consultar electronicamente”. No n.º 2, do mesmo artigo, esclarece-se que “[o] disposto no número anterior é derogável por acordo em contrário das partes que não sejam consumidores”.

²⁴ ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., pág. 75.

art. 4.º”. Esclarece-se, no art. 2.º, al. d), do mesmo Dec.-Lei n.º 143/2001, que *suporte durável* será “qualquer instrumento que permita ao consumidor armazenar informações de um modo permanente e acessível para referência futura e que não permita que as partes contratantes manipulem unilateralmente as informações armazenadas”.

4. Direito de livre resolução do contrato

I - Tem-se entendido que, no âmbito dos contratos celebrados à distância, e no caso que nos interessa, nos contratos celebrados através da Internet, não basta, para proteger os consumidores e, concretamente, para assegurar o seu consentimento livre e esclarecido, que estes sejam informados e que essas informações sejam confirmadas por escrito. O consumidor deverá ter ainda a possibilidade de rescindir livremente o contrato.

Aliás, considera-se que existem três pilares em que se baseia o conceito de protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância: a informação a facultar aos consumidores antes da celebração de contratos, a confirmação escrita da informação transmitida depois da celebração do contrato e o posterior direito de rescisão dos consumidores²⁵.

Este direito, que permite ao consumidor resolver o contrato sem ter de justificar o motivo pelo qual o faz, funda-se em duas razões principais: por um lado, o consumidor não está em contacto físico com o bem antes de o ter adquirido, por outro, as compras à distância são ainda enquadráveis no âmbito das vendas agressivas e das compras por impulso²⁶.

Assim, nos termos do art. 6.º do Dec.-Lei n.º 143/2001, o consumidor dispõe de um prazo mínimo de 14 dias para, querendo, resolver o contrato sem pagamento de indemnização e sem necessidade de indicar o motivo²⁷.

²⁵ JAN GEERT MEENTS, *Verbraucherschutz...*, cit., pág. 175; MICHAEL MARTINEK, “Verbraucherschutz im Fernabsatz - Lesehilfe mit Merkpunkten zur neuen EU-Richtlinie”, *NJW*, 4/1998, págs. 207-208, 207.; também JOSÉ RAMÓN GARCÍA VICENTE, *Ley de contratos celebrados fuera de los Establecimientos mercantiles: el derecho de revocación*, Arandazi, Pamplona, 1997, pág. 64, considera que os deveres de informação ao consumidor e a possibilidade deste se desvincular, livre e discricionariamente, do contrato celebrado são duas medidas para diminuir o desequilíbrio entre o consumidor e o fornecedor; ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., pág. 93.

²⁶ Sobre compras impulso *vide*, designadamente, HELMUT KÖHLER, “Die Rechte des Verbrauchers beim Teleshopping (TV-Shopping, Internet-Shopping)”, *NJW*, 4/1998, págs. 185-190, pág. 186; ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., págs. 94 ss.

²⁷ A natureza jurídica deste “direito de livre resolução” tem sido objecto de discussão na doutrina. *Vide* TIZIANA MONTECCHIARI, *I negozi unilaterali a contenuto negativo*, Dott. A. Giuffrè

Este prazo para exercício do direito de resolução começa a contar-se, no caso de fornecimento de bens, a partir do dia da sua recepção pelo consumidor; no caso de prestação de serviços, conta-se a partir do dia da celebração do contrato, desde que as informações por escrito tenham sido fornecidas nos termos do art. 5.º

Caso o fornecedor ou o prestador não confirme por escrito, ou através de outro suporte durável, as informações referidas no art. 5.º, o prazo para exercício do direito de livre resolução do contrato é de 3 meses.

Se as referidas informações forem fornecidas dentro do prazo de três meses, o consumidor terá, a partir desse momento, catorze dias para exercer o seu direito de livre resolução do contrato.

Esta medida parece ter um duplo sentido: por um lado, confere ao consumidor um prazo maior para se informar quanto aos seus direitos (designadamente quanto à própria existência de um direito de livre resolução do contrato), por outro lado, poderá ter um carácter sancionatório já que dilata o período de tempo em que o fornecedor ou prestador faltosos poderão ver o contrato resolvido²⁸.

II - Existem, contudo, restrições ao direito de livre resolução, que vêm previstas no art. 7.º do Dec.-Lei n.º 143/2001. Assim o consumidor não poderá exercer o direito de livre resolução nos contratos aí enumerados, justificando-se esta excepção pela própria natureza dos contratos. V. g. nos serviço de apostas e lotaria o consumidor não poderá exercer este direito, o que facilmente se compreende.

III - No caso de o consumidor decidir exercer o direito de livre resolução do contrato, o fornecedor fica, nos termos do art. 8.º, n.º 1, do Dec.-Lei n.º 143/2001, obrigado a reembolsá-lo, no prazo de 30 dias, dos montantes já pagos. O consumidor não terá quaisquer despesas para além das decorrentes da devolução do bem.

Por seu turno, o consumidor deverá devolver os bens - nas devidas condições de utilização -, ao fornecedor, no prazo de 30 dias a contar da data da sua recepção.

Editore, Milão, 1996, pág. 90; NORBERT REICH, “Die neue Richtlinie 97/7/CE über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz”, *EuZW*, 19/1997, págs. 581-589, pág. 585; WALDENBERGER, “Verbraucherschutz im Internet”, in *Multimedia und Recht*, org. Thomas Hoeren e Ulrich Sieber, Verlag C.H.Beck, Munique, 1999, págs. 3-47, pág. 43; ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., págs. 99 ss.; CLÁUDIA LIMA MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, cit., págs. 703 ss.

²⁸ JAN GEERT MEENTS, *Verbraucherschutz...*, cit., págs. 202-203; ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., págs. 113 ss.

5. Prazo para cumprimento do contrato

No direito interno, o prazo para cumprimento do contrato vem actualmente estabelecido no art. 9.º do Dec.-Lei n.º 143/2001, aí se determinando, no seu n.º 1, que o fornecedor deverá “(...) dar cumprimento à encomenda o mais tardar no prazo de 30 dias a contar do dia seguinte àquele em que o consumidor lha transmitiu”.

Se o fornecedor não cumprir o contrato devido a indisponibilidade do bem ou serviço encomendado, deverá informar o consumidor desse facto e reembolsá-lo dos montantes por este pagos no prazo máximo de 30 dias a contar do momento em que teve conhecimento da indisponibilidade.

No entanto, a lei prevê a possibilidade de o fornecedor enviar um bem ou prestar um serviço de qualidade e preço equivalentes, desde que essa substituição tenha sido prevista de forma clara e compreensível antes da celebração do contrato ou acordada neste. Além disso, se, neste caso, o consumidor decidir exercer o seu direito de livre resolução, as despesas inerentes à devolução do bem ficam a cargo do fornecedor que deve, por escrito, informar o consumidor desse encargo (art. 9.º, n.ºs 3 e 4).

6. Envio de bens e a prestação de serviços não solicitada

O envio de bens ou a prestação de serviços não solicitados é uma das técnicas a que os fornecedores e prestadores recorrem para aliciar os consumidores a comprar o que, na realidade, não pretendem. Esta técnica tem sido classificada como uma das vendas agressivas por excelência²⁹.

A utilização da Internet também permite estes comportamentos abusivos por parte dos fornecedores: poderão ser enviadas, para os consumidores, mensagens por correio electrónico, em que se afirme que lhe é feita uma proposta para celebração de um contrato e que, se nada disser num determinado prazo, o contrato é considerado celebrado e fica obrigado a proceder a um pagamento.

²⁹ Vide, designadamente, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os direitos dos consumidores*, cit. pág. 90; JEAN ALLIX, “La protection du consommateur...”, cit., pág. 102-103; JEAN CALAIS-AULOY, “Vente par démarchage et vente à distance...”, cit., pág. 80; ARNALDO FILIPE OLIVEIRA, “Contratos negociados à distância - Alguns problemas relativos ao regime de protecção dos consumidores, da solicitação e do consentimento em especial”, *RPDC*, n.º.7, 1996, págs. 52-96, págs. 66 e ss.; M.G. BRIDGE, *The Sale of goods*, Clarendon Press, Oxford, 1997, pág. 12; ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., pág. 141; CLÁUDIA LIMA MARQUES, *Contratos...*, cit., págs. 687 ss.

Ou poderá mesmo ser enviado, em suporte electrónico, um determinado bem, ou prestado um serviço, acompanhado de uma afirmação semelhante.

O legislador português, aquando da transposição da Directiva 97/7/CE para o direito interno, determinou, no art. 28.º, n.º 1, do Dec.-Lei n.º 143/2001, a proibição da “(...) utilização da prática comercial em que a falta de resposta de um consumidor a uma oferta ou proposta que lhe tenha sido dirigida é presunção da sua aceitação (...)”. Esclarece-se ainda no n.º 4 da mesma disposição que o consumidor não fica vinculado ao cumprimento de qualquer obrigação decorrente de vendas forçadas, ainda que se tenha expressamente indicado que o decurso de um determinado prazo sem reacção traduziria a sua aceitação.

No art. 29.º do mesmo diploma, sob a epígrafe “[f]ornecimento de bens ou prestação de serviços não encomendados ou solicitados”, estabelece-se, no seu n.º 1, como proibido o fornecimento de bens ou a prestação de serviços, ao consumidor, em troca de um pagamento determinado, se este os não tiver solicitado. Mais se esclarece, desta feita no n.º 2, que o destinatário daqueles bens ou serviços, que os tiver recebido sem os ter encomendado, poderá conservá-los a título gratuito, não ficando, portanto, obrigado à sua devolução nem pagamento (encontramos aqui uma consequência civil deste comportamento abusivo por parte dos fornecedores).

Em sentido semelhante ao já plasmado no art. 28.º, n.º 4, determina-se que, nos casos acima referidos, a falta de resposta do destinatário não vale como consentimento.

Se, no entanto, o consumidor decidir devolver o bem recebido e não solicitado, tem direito a ser reembolsado das despesas decorrentes da devolução, no prazo de 30 dias a contar da data em que as efectuou (art. 29.º, n.º 4).

O legislador português entendeu conveniente afastar este regime de proibição de fornecimento de bens não solicitados “(...) às amostras gratuitas ou ofertas comerciais, bem como às remessas efectuadas com finalidade altruística por instituições de solidariedade social, desde que, neste último caso, se limitem a bens por elas produzidos” (art. 29.º, n.º 5), embora também nesta situação o destinatário não fique “(...) obrigado à devolução ou pagamento dos bens recebidos, podendo conservá-los a título gratuito” (art. 29.º, n.º 6).

O art. 9.º, n.º 4, da Lei de Defesa do Consumidor, determina, em sentido semelhante ao já exposto, que “[o] consumidor não fica obrigado ao pagamento de bens

ou serviços que não tenha prévia e expressamente encomendado ou solicitado (...)", assim como também não lhe cabe o encargo da devolução ou da compensação.

7. Comunicações comerciais não solicitadas

Alguns fornecedores e prestadores, com vista à maior divulgação dos seus bens ou serviços, recorrem ao correio electrónico enviando mensagens com comunicações comerciais a possíveis futuros clientes que as não solicitaram (*spamming*³⁰). E, de uma forma mais torpe, algumas destas mensagens não são inequivocamente identificadas como comerciais, não tendo assim, os seus destinatários, conhecimento *ab initio* da sua natureza e não podendo, conseqüentemente, decidir se pretendem abrir ou não essas mensagens³¹.

Esta prática, que permite uma ampla divulgação de mensagens a custos muito baixos poderá, no entanto, bulir com a privacidade dos seus destinatários que recebem, na sua caixa de correio, mensagens indesejadas. Acresce ainda que esta actividade não tem custos nulos para os destinatários já que estes terão que fazer a transferência das mensagens para a caixa de correio electrónica do seu computador, tendo de pagar os custos respectivos.

Perante estas situações, os legisladores dos vários ordenamentos jurídicos podem tomar uma de duas opções: seguir um sistema de *opt-in* ou um sistema de *opt-out*.

Seguindo um sistema de *opt-in*, só podem ser enviadas mensagens não solicitadas a pessoas que tenham expressamente indicado que queriam recebê-las. Já se se seguir um sistema de *opt-out*, só não podem ser enviadas mensagens a pessoas que tenham expressamente indicado que as não queriam receber, designadamente inscrevendo o seu nome nas chamadas "Listas de Robinson"³² que deverão ser consultadas pelos fornecedores³³.

³⁰ Acerca desta prática, *vide*, por todos, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, "A distribuição de mensagens de correio electrónico indesejadas (SPAM)", in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Almedina, 2002, págs. 219-240.

³¹ ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., pág. 145.

³² THEO BODEWIG, "Die neue europäische Richtlinie zum Fernabsatz", *DZWir*, 11/1997, págs. 447-455, pág. 454; ALAIN BENSOUSSAN, *Internet, aspects juridiques*, 2ª edição, Hermes, Paris, 1998, pág. 88; PAULO MOTA PINTO, "Notas sobre a Lei n.º 6/99 de 27 de Janeiro - Publicidade domiciliária, por telefone e por telecópia", in *Estudos de Direito do Consumidor*, dir. António Pinto Monteiro, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Publicação do Centro de Direito do Consumo, n.º. 1, Coimbra, 1999, págs. 117-176, págs. 160 ss.

³³ Com efeito, no art. 5.º, n.º 6, das Linhas Orientadoras da CCI sobre Publicidade e *Marketing* da Internet, determina-se que as mensagens comerciais não solicitadas não devem ser enviadas a utilizadores

Por seu turno, na legislação portuguesa, encontramos, no art. 23.º do Código da Publicidade, uma referência aos requisitos a que deve obedecer a publicidade domiciliária, por correspondência, ou que recorra a qualquer outro meio análogo, sem indicação de adopção do sistema “*opt-out*” ou “*opt-in*”.

A Lei n.º 6/99, de 27 de Janeiro, que regula a publicidade domiciliária por telefone ou por telecópia, afasta expressamente a sua aplicação, no art. 1.º, n.º 2, à publicidade divulgada por correio electrónico.

Mais recentemente, no art. 11.º do Dec.-Lei n.º 143/2001, com a epígrafe “[r]estrições à utilização de determinadas técnicas de comunicação à distância”, o legislador interno acolheu o sistema de *opt-in* quando o fornecedor de um bem ou serviço utilize como técnica de comunicação à distância “sistema automatizado de chamada sem intervenção humana, nomeadamente os aparelhos de chamada automática” ou o telefax. Já no caso de serem utilizadas outras técnicas de comunicação que admitam uma comunicação individual, vigora o sistema de *opt-out* e como tal, só poderão ser utilizadas se não houver “(...) oposição manifesta do consumidor (...)”.

Já no art. 20.º do projecto de Dec.-Lei que procederá à transposição da directiva sobre o comércio electrónico³⁴ para o direito interno, com a epígrafe “[c]omunicações não solicitadas” seguiu-se um sistema de *opt-in* determinando-se que: “[o] envio de comunicações publicitárias, cuja recepção seja independente de intervenção do destinatário, ou por correio electrónico, carece de consentimento prévio do destinatário”³⁵.

que tenham indicado que as não pretendiam receber. Além disso, as entidades que as enviam deverão criar um mecanismo em linha (*on-line*), acessível pelos utilizadores e em que possam indicar que não pretendem receber futuras solicitações. E acrescenta-se ainda que as mensagens comerciais não solicitadas devem ser claramente identificadas como tais, assim como devem indicar o respectivo emissor.

Também na Recomendação do Conselho da OCDE relativa às linhas orientadoras para a protecção do consumidor no contexto do comércio electrónico, Parte Dois, ponto II, se determina que deve ser respeitada a escolha dos consumidores que indicaram não querer receber mensagens comerciais não solicitadas.

³⁴ No art. 7.º, n.º 1, da Directiva sobre comércio electrónico, determina-se que os Estados-membros devem tomar medidas para que a comunicação comercial não solicitada por correio electrónico seja clara e inequivocamente identificada como tal, a partir do momento em que é recebida pelo seu destinatário.

No n.º 2 da mesma disposição, prevê-se que os Estados-membros deverão tomar medidas que garantam que os prestadores de serviços que enviam mensagens comerciais não solicitadas por correio electrónico consultem e respeitem registos em que se podem inscrever pessoas singulares que não desejam receber este género de comunicações.

³⁵ Entendeu-se, no entanto, exceptuar da regra do n.º 1: “(...) a) as mensagens enviadas por entidades de fins não lucrativos; b) as mensagens enviadas a pessoas colectivas”, estabelecendo-se que, nestes casos, “(...) fica aberto aos destinatários o recurso ao sistema de opção negativa (...)”. No n.º 4 permite-se “(...) ao fornecedor de um produto ou serviço, no que respeita aos mesmos ou a produtos ou serviços análogos, enviar publicidade não solicitada aos clientes com quem celebrou anteriormente transacções, se

Pessoalmente concordo com este sistema de *opt-in* uma vez que os destinatários que não querem receber estas mensagens não são obrigadas a descarregá-las no seu computador, com os inerentes custos e inconvenientes que isso acarreta.

8. Assinatura electrónica

Um outro aspecto interessante a analisar no que respeita à protecção do consumidor, é o respeitante à assinatura electrónica com cuja utilização se pretende, justamente, estabelecer um clima de confiança e potenciar o crescimento do próprio comércio electrónico já que o consumidor sentir-se-á mais seguro quanto à integridade e autenticidade do documento electrónico que envia ou que recebe.

Não iremos analisar o regime relativo à assinatura electrónica nem ao documento electrónico por existirem já outras intervenções especificamente vocacionadas para abordar esse tema, no entanto, não deixamos de fazer aqui uma referência ao já citado Dec.-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril, que veio alterar o Dec.-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, que aprova o regime jurídico dos documentos electrónicos e da assinatura digital, para cuja leitura se remete.

PARTE II

Determinação da lei aplicável aos contratos celebrados com os consumidores

A utilização da Internet para a transmissão de mensagens potencia o surgimento de situações que estão em contacto com mais do que um ordenamento jurídico. Importará então determinar qual a lei aplicável nessas situações e, no que ao nosso assunto mais interessa, ainda que de um modo sucinto, a lei aplicável nos contratos celebrados com os consumidores.

ao cliente tiver sido explicitamente oferecida a possibilidade de o recusar por ocasião da transacção realizada, e se não implicar para o destinatário dispêndio adicional ao custo do serviço de telecomunicações”. Embora no n.º 5 se determine que “[n]o caso previsto no número anterior, o cliente deve ter acesso a meios que lhe permitam a qualquer momento recusar, sem ónus e independentemente de justa causa, o envio dessa publicidade para futuro”. E no n.º 6 estabelece-se que “[c]ada comunicação não solicitada deve indicar um meio técnico, de fácil identificação e utilização, que permita ao destinatário do serviço recusar futuras comunicações”.

Ora, no que a este tema concerne, a Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, aberta à assinatura em Roma, em 19 de Junho de 1980³⁶, mais simplificada denominada de Convenção de Roma, será o diploma aplicável. Esta Convenção aplica-se às obrigações contratuais nas situações que impliquem um conflito de leis (art. 1.º, n.º 1). E a regra geral, nesta Convenção, determina que o contrato se rege pela lei escolhida, expressa ou tacitamente, pelas partes (art. 3.º, n.º 1).

O recurso à autonomia da vontade na determinação da lei aplicável aos contratos permite aos contratantes uma maior previsibilidade e segurança. No entanto, o que se poderá verificar, na prática, não será uma livre escolha da lei aplicável por justa composição das partes mas antes uma imposição, por parte do fornecedor ou do prestador de serviços, com maior poder negocial, da lei aplicável ao contrato³⁷.

Já se as partes não tiverem escolhido a lei aplicável ao contrato, determina o art. 4.º, n.º 1, que se aplique a lei que apresenta uma conexão mais estreita com o contrato. O art. 4.º, n.º 2, determina que se presume que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com a lei do país onde a parte que cumpre a prestação característica tem a sua residência habitual, ou tratando-se de sociedade, associação ou pessoa colectiva, a sua administração central.

Ora, sendo que a prestação característica³⁸ tende a ser cumprida pelo fornecedor, na maioria das situações aplicava-se a lei da administração central do fornecedor, afinal, a lei com que este está mais familiarizado e, pelo contrário, a lei a que o consumidor estará menos acostumado.

Atendendo a esta situação e, especificamente, à fragilidade do consumidor, veio estabelecer-se uma regra específica na determinação da lei aplicável aos contratos

³⁶ Publicada no *D.R.* de 3 de Fevereiro de 1994.

³⁷ FAUSTO POCAR, “La protection de la partie faible”, *RCADI*, Tomo 188, 1984-V, págs. 341-417, pág. 352; RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Da lei aplicável...*, cit., pág. 748; RUI MANUEL MOURA RAMOS, “La protection de la partie contractuelle la plus faible en droit international privé portugais”, in *Droit international et droit communautaire*, Actes du Colloque, Fondation Calouste Gulbenkian, Centre Culturel Portugais, Paris, 1991, págs. 97-133, págs. 105, 109, 114; EUGÉNIA GALVÃO TELES, *A protecção dos consumidores nos contratos internacionais*, dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito de Lisboa, policopiada, 1997, pág. 393; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Direito aplicável aos contratos com consumidores”, *ROA*, Janeiro 2001, págs. 155-170, pág. 158; ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., págs. 188 ss.; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Direito aplicável aos contratos celebrados através da Internet e Tribunal competente”, in *Direito da Sociedade da Informação*, vol. IV, Coimbra Editora, 2003, págs. 107-170, pág. 117.

³⁸ EUGÉNIA GALVÃO TELES, define a prestação característica como “(...) a prestação que caracteriza o tipo ou a categoria contratual em questão” (“A prestação característica: um novo conceito para determinar a lei subsidiariamente aplicável aos contratos internacionais. O art. 4.º da Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais”, *O Direito*, Ano 127.º, 1995, I-II, págs. 71-183, pág. 94); ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., págs. 196 ss.; cf. ainda ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Direito aplicável...”, cit., págs. 119 ss.

celebrados com os consumidores, mais concretamente, o art. 5.º da Convenção de Roma.

Neste artigo é delimitado o seu âmbito de aplicação e aí se determina que esta disposição é aplicável aos contratos que tenham por objecto o fornecimento de bens móveis corpóreos³⁹ ou de serviços a consumidores, bem como aos contratos que se destinam ao financiamento desse fornecimento.

O contrato terá “(...) uma finalidade que pode considerar-se estranha à sua [do consumidor] actividade profissional, bem como aos contratos destinados ao financiamento desse fornecimento”⁴⁰.

Mas não basta, para se aplicar o art. 5.º da Convenção de Roma, que se trate de um contrato que tenha por objecto o fornecimento de bens móveis corpóreos ou de serviços a uma pessoa, o consumidor, para uma finalidade que se possa considerar estranha à sua actividade profissional, ou então, um contrato destinado ao financiamento desse fornecimento. Para que o art. 5.º seja aplicável, há ainda que verificar se está preenchido, alternativamente, algum dos pressupostos previstos num dos três travessões do n.º 2 do art. 5.º, que traduzem situações em que o consumidor assume um comportamento passivo, em que é convencido, incentivado, pelo fornecedor, no país da sua residência habitual, a consumir, a adquirir bens ou serviços.

No âmbito dos contratos celebrados através da Internet, será especialmente interessante analisar o parágrafo primeiro já que a interpretação dos outros dois parágrafos não suscitam tantas divergências doutrinárias⁴¹.

No art. 5.º, n.º 2, primeiro parágrafo, condiciona-se a aplicação do artigo à circunstância de a celebração do contrato ser precedida, no país da residência habitual do consumidor, de uma proposta que lhe tenha sido especialmente dirigida ou de um anúncio publicitário divulgado por um fornecedor. Para além disso, exige-se ainda que o consumidor tenha executado no país da sua residência habitual todos os actos necessários à celebração do contrato.

Por exemplo, se um fornecedor tiver enviado uma mensagem, por correio electrónico, com uma proposta contratual ao consumidor e, nessa sequência, o

³⁹ Sobre uma interpretação actualista e extensiva deste artigo, incluindo no seu âmbito de aplicação as coisas incorpóreas, *vide* LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Direito aplicável...”, cit., pág. 163; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Direito aplicável...”, cit., págs. 132 ss.

⁴⁰ Acerca da dificuldade em delinear, uniformemente, uma noção de consumidor, *vide*, por todos, ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Direito aplicável...”, cit., pág. 125, nota 58 e texto correspondente.

⁴¹ *Vide*, por todos, ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Direito aplicável...”, cit., págs. 131 ss.

consumidor tiver celebrado o contrato, não há dúvidas de que a situação se enquadra neste primeiro parágrafo.

Dúvidas maiores poderão surgir quanto à aplicação deste art. 5.º a situações em que o consumidor acede a uma página na Internet e aí vê um anúncio publicitário relativo a algum bem ou serviço, e, nessa sequência celebra um contrato. Segundo uma orientação doutrinária, pelo facto de um anúncio publicitário ser divulgado através da Internet, não se poderá considerar que seja direccionado ao país da residência habitual de consumidores determinados - pressuposto que alguns autores consideram necessário⁴² -, mas para o mundo inteiro, e como tal não se aplicaria o art. 5.º. Nesta hipótese consideram que o consumidor que acede à Internet, e aí procura os sítios que lhe interessam – celebrando ou não contratos – já não se poderá considerar como um consumidor passivo, que seria justamente a categoria visada pelo art. 5.º⁴³.

Seguindo uma orientação doutrinária divergente, outros autores consideram que bastará que o consumidor possa aceder às mensagens publicitárias que o fornecedor divulgou na Internet para que o parágrafo primeiro do art. 5.º, n.º 2, se considere preenchido⁴⁴. Entendendo-se também que a própria distinção entre consumidor passivo e activo se encontra já relativamente esbatida face à globalização, rapidez e facilidade de acesso permitida pela Internet⁴⁵.

Concordamos assim com a orientação que defende que se os contratos tiverem sido precedidos de publicidade a que o consumidor, no país da sua residência habitual, podia aceder e cujo âmbito foi, ou devia ter sido, previsto pelo fornecedor ou prestador,

⁴² Neste sentido nos parece ser a posição de KURT SIEHR, “Telemarketing und Internationales Recht des Verbraucherschutzes”, *Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts / Annuaire de droit suisse de la consommation*, Stämpfli Verlag AG, Berna, 1998, págs. 151-201, pág. 168.

⁴³ KURT SIEHR, “Telemarketing und Internationales Recht...”, cit., pág. 169; THOMAS STÄHELI, “Kollisionsrecht auf dem Information Highway”, in *Information Highway*, org. R. M. Hilty, n.º 3, Stämpfli Verlag/C.H.Beck, Berna/Munique, 1996, págs. 597-623, pág. 617. Assumindo posição semelhante, vide DÁRIO MOURA VICENTE, “Comércio electrónico e responsabilidade empresarial”, in *Direito da Sociedade da Informação*, vol. IV, Coimbra Editora, 2003, págs. 241-289, págs. 279 ss.

⁴⁴ ARTHUR WALDENBERGER, “Grenzen des Verbraucherschutzes beim Abschluss von Verträgen im Internet”, *BB*, 46/1996, págs. 2365-2371, pág. 2371, e mais recentemente em “Verbraucherschutz im Internet”, in *Multimedia und Recht*, org. Thomas Hoeren e Ulrich Sieber, Verlag C.H.Beck, Munique, 1999, págs. 3-47, pág. 34, defende que basta que o consumidor consiga aceder à página do fornecedor e aí preencher um formulário de encomenda dos bens ou serviços que pretende adquirir; no mesmo sentido, na doutrina portuguesa, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Direito aplicável...”, cit., págs. 162 ss.; ainda sobre este assunto, ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., págs. 224 ss., com referências bibliográficas, designadamente, na nota 644; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Direito aplicável...”, cit., págs. 130 ss.

⁴⁵ HERBERT KRONKE, “Electronic Commerce und Europäisches Verbrauchervertrags-IPR”, *RfW*, 12/1996, págs. 985-993, pág. 990; GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER, “Internet: Mondialisation de la communication - Mondialisation de la résolution des litiges?”, in *Internet, Which Court decides? Which Law applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?*, org. Katharina Boele-Woelki e Catherine Kessedjian, Kluwer Law International, Haia/Londres/Boston, 1998, págs. 89-142, pág. 120.

deverá entender-se que está preenchido o pressuposto do art. 5.º, n.º 2, primeiro parágrafo⁴⁶.

No entanto, o fornecedor deverá ter a possibilidade de indicar, no seu sítio Internet que, se for esse o caso, a sua mensagem não se dirige aos consumidores residentes num determinado país, ou que se dirige especificamente a outros. Para além disso, o fornecedor que divulgar uma mensagem através da Internet terá sempre a possibilidade de divulgar um convite a contratar e não uma proposta, de modo que poderá sempre controlar a celebração do contrato ao não aceitar a proposta feita pelo consumidor⁴⁷, não correndo assim o risco de ver aplicado o art. 5.º da Convenção de Roma.

A aplicação do art. 5.º da Convenção de Roma tem a vantagem, para os consumidores, de, independentemente da lei “escolhida” pelas partes, serem aplicáveis as disposições imperativas da lei da residência habitual do consumidor. E, no caso de não ter havido escolha de lei, de acordo com o art. 5.º, n.º 3, da Convenção de Roma, ser aplicável a lei da residência habitual do consumidor e não a lei da residência habitual da parte que cumpre a prestação característica.

CONCLUSÃO

Conforme resulta da sucinta exposição que aqui fizemos, têm vindo a ser tomadas medidas de protecção dos consumidores - que adquirem bens ou serviços através da Internet - que visam garantir uma menor debilidade da sua posição contratual face ao fornecedor.

Pretende-se, designadamente, que o consumidor tome uma decisão mais livre e esclarecida no momento da celebração do contrato, que não seja alvo de técnicas de venda desleais e especialmente agressivas, que se não invada a sua privacidade, que tenha conhecimento dos direitos que lhe assistem.

O panorama da protecção dos consumidores não ficaria, no entanto, completo sem uma referência às questões e soluções que surgem no âmbito do Direito

⁴⁶ GERT REINHART, col. *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (EGBGB Art. 27-37, Art.10)*, 12. edição refundida, Berlim, 1998 - anotações ao art. 29 EGBGB, pág. 497, anotação 55; ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., págs. 232 ss.

⁴⁷ ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., págs. 233 ss.; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Direito aplicável...”, cit., págs. 129 ss.

Internacional Privado. Com efeito, também na determinação da lei aplicável aos contratos celebrados com consumidores encontramos disposições especiais que regulam esta matéria. Nesta exposição não quisemos deixar de fazer uma referência à Convenção de Roma, em especial ao seu art. 5.º que se aplica aos contratos celebrados com os consumidores desde que preenchidos os pressupostos por si determinados.

Principais abreviaturas e siglas utilizadas

APDI	Associação Portuguesa do Direito Intelectual
art.	artigo
BB	Betriebs-Berater
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CC	Código Civil
cit.	citado
col.	colaboração
Dec.-Lei	Decreto-Lei
dir.	dirigido(a), director, direcção
DR	Diário da República
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts Recht
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
JO	Jornal Oficial
JZ	Juristen Zeitung
n.º(s)	número(s)
NJW	Neue juristische Wochenschrift
org.	organizado(a) por, organização
pág.	página
Rass. dir. civ.	Rassegna di diritto civile
RCADI	Recueil des Cours de l'Academie de Droit International
Rev. eur. dt. cons.	Revue européenne de droit de la consommation
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
RPDC	Revista Portuguesa de Direito do Consumo
v. g.	verbi gratia
Vol.	Volume