

Comentário ao Projecto de
Linhas de orientação sobre o conteúdo mínimo a incluir nos contratos
prestação de serviços de comunicações electrónicas
submetido a consulta pública pelo ICP-ANACOM,
nos termos do artigo 8º da Lei das Comunicações Electrónicas

1. Nos termos do artigo 8º da Lei nº 5/2004, de 10 de Fevereiro, (Lei das Comunicações Electrónicas), o ICP-ANACOM submeteu a consulta pública as Linhas de orientação sobre o conteúdo mínimo a incluir nos contratos de prestação de serviços de comunicações electrónicas.

Estas *Linhas de orientação* têm natureza regulamentar, têm como conteúdo limitações à autonomia privada na estipulação do conteúdo e na forma adoptada na celebração de contratos para a prestação de serviços de comunicações electrónicas, e tem como função, como consta do seu ponto I – considerações gerais, a compatibilização desses contratos com os regimes jurídicos das cláusulas contratuais gerais, da protecção de dados pessoais, do tratamento de dados pessoais e protecção da privacidade nas comunicações electrónicas, da defesa dos consumidores e da protecção dos consumidores nos contratos celebrados à distância.

2. O texto das referidas Linhas de orientação suscita-me uma objecção, que submeto ao ICP-ANACOM, no âmbito da consulta pública, sobre a forma dos contratos.

Consta da pág. 2 das Linhas de orientação, sob a epígrafe *Apresentação gráfica*, que tendo em vista garantir a legibilidade do contrato, o tamanho da letra a utilizar deve ser no mínimo equivalente a "Arial 10" e a cor dos caracteres impressos deve ser escura sobre um fundo claro. Consta ainda que o espaço destinado à assinatura do cliente deve surgir logo após as condições gerais e particulares do contrato. Finalmente, consta da pág. 10, sob a epígrafe *Outras informações a incluir nos contratos relativas às condições de acesso e utilizações do serviço*, que o contrato de adesão, celebrado de forma escrita, constitui o meio adequado de transmissão da informação exigida pelo disposto no citado preceito (al. b) do nº 1 do artigo 39º da lei das Comunicações Electrónicas).

Do que ficou citado resulta que é imposta a forma escrita para a celebração dos contratos em questão.

3. Todavia, a lei não permite que a imposição de forma escrita na celebração destes contratos seja feita por via regulamentar.

Segundo o artigo 219º do Código Civil, a validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei o exigir. Este preceito consagra o princípio consensualista ou da liberdade de forma na celebração de negócios jurídicos, entre os quais se incluem os contratos a que se referem as Linhas de orientação em apreciação. A imposição de forma escrita, por via meramente regulamentar, constitui, pois, ilegalidade, geradora de nulidade do preceito que a impõe.

A imposição de forma escrita aos contratos em questão colide ainda com o preceito do artigo 26º do Decreto-Lei nº 7/2004, de 7 de Janeiro (Lei do Comércio Electrónico), segundo o qual as declarações emitidas por via electrónica *satisfazem a exigência legal de forma escrita quando contidas em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação*. Na verdade, o artigo 26º da Lei do Comércio Electrónico procede à libertação da forma escrita em relação ao suporte em papel. Em harmonia com a definição legal de documento, contida no artigo 362º do Código Civil, como qualquer objecto elaborado pelo homem com o fim de reproduzir ou representar uma pessoa, coisa ou facto, e transpondo as Directivas comunitárias referidas no seu artigo 1º, a Lei do Comércio Electrónico, além de não exigir a documentação em papel de contratos electrónicos, dispensa o suporte em papel, mesmo para os contratos para os quais a lei exija, em geral, a forma escrita. Esta orientação de abandono do suporte documental em papel nos contratos celebrados no âmbito do comércio electrónico, corresponde a uma exigência da natureza das coisas e à implementação da estratégia de Lisboa, adoptada pela União Europeia. O texto das linhas de orientação, nos excertos citados, vem, porém, exigir que a celebração dos contratos seja feita em forma escrita, em suporte de papel. Ainda que a forma escrita tivesse sido exigida por lei, respeitando assim o artigo 219º do Código Civil, o artigo 26º da Lei do Comércio Electrónico (Decreto-Lei nº 7/2004) *sempre dispensaria o suporte em papel na celebração do contrato*.

4. As *Linhas de orientação*, na matéria em apreciação, têm em vista a próssecução dos fins enunciados nas *Considerações gerais*, principalmente

a garantia do cumprimento do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, da defesa do consumidor e da contratação à distância. Estas finalidades, podem, porém, ser prosseguidas e satisfeitas sem necessidade de forma escrita nem de suporte documental em papel no acto de celebração do contrato.

Respeitando a demais legislação aplicável ao comércio electrónico, aos contratos celebrados à distância, à defesa do consumidor e às cláusulas contratuais gerais, é suficiente que a parte fornecedora tenha o texto contratual disponível a público acesso, por exemplo, na Internet ou mesmo em suporte escrito em papel que o cliente possa consultar. Neste texto, devem ser cumpridas todas as exigências que constam das *Linhas de orientação* (incluindo a letra *Arial pitch 10*, embora esta exigência me pareça de detalhe exagerado). O acto de contratação poderá ser feito telefonicamente, desde que toda a comunicação fique gravada em suporte magnético fiável, susceptível de ser armazenado com segurança e transcrito em papel.

Celebrado o contrato desta forma, este produz todos os efeitos legais, nomeadamente quanto à contratação do serviço, quanto à pré-selecção, alteração da relação contratual, extinção do contrato e cessação da prestação do serviço, etc. Nada mais será exigido para a plena eficácia jurídica do contrato, não podendo qualquer entidade exigir mais documentos ou a prática de mais actos.

A gravação da comunicação telefónica deve ser prévia e expressamente consentida pelo cliente, e pode ser feita por uma terceira entidade que não o fornecedor do serviço. Esta modalidade de gravação por terceiro – *third party verification* – é já praticada nos EUA e em vários países europeus e

assegura o controlo do conteúdo do contrato e bem assim da sua correcta execução por um terceiro sem interesse no contrato. Após a contratação telefónica, a entidade terceira, verifica a regularidade de contratação, e remete ao fornecedor do serviço o suporte magnético (por exemplo, em CD ou equivalente) que o deverá comunicar ao cliente, por correio electrónico ou por correio normal. De acordo com o regime jurídico dos contratos celebrados à distância (Decreto-Lei nº 143/2001, artigos 4º e 5º) o cliente vê assim asseguradas as informações prévias e a sua confirmação, podendo ter acesso a esses dados.

Em bom rigor, as exigências formuladas nas *Linhas de orientação*, podem ser asseguradas através das informações prévias à celebração do contrato e bem assim da sua confirmação posterior, o que conjugado com o direito de livre resolução posterior (artigo 6º do Decreto-Lei 143/2001), satisfaz perfeitamente as finalidades prosseguidas pelo ICP-ANACOM.

Com este comentário pretendo evitar a ilegalidade e conseqüente nulidade das *Linhas de orientação*, no que respeita à exigência de forma contratual que contêm, e sugerir uma solução que é já generalizada nos EUA e em vários países europeus e que é perfeitamente satisfatória, evitando o empecilho formal do contrato escrito.

17 de Junho de 2005

Pedro Pais de Vasconcelos

