



Smart (Legal) Contracts, Clickwrap Agreements, Cláusulas Contratuais Gerais e os Elefantes na Sala

Inês Palma Ramalho

1. Nota prévia

Não tive o privilégio de ser aluna do Senhor Professor Doutor Pedro Pais de Vasconcelos nos meus tempos idos de discente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Mas, mais tarde, tive a sorte de me cruzar com o Senhor Professor quando comecei a dar aulas, sob sua orientação, como assistente convidada das disciplinas de Direito Comercial I e de Direito Comercial II do curso de licenciatura da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Se nessa altura já não tinha dúvidas sobre o seu incontornável saber do Direito – e que os anos seguintes só mo vieram confirmar – tive a honra de, durante seis anos, assistir em primeira mão à sua Pedagogia, à sua Dedicação ao Ensino, ao profundo Respeito pelos valores primordiais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e aos seus sentidos de Humanismo e Liberdade, enquanto Professor, Colega e Amigo. Foi uma honra – que agradeço profundamente – poder aprender com o Senhor Professor Doutor Pedro Pais de Vasconcelos, tantas vezes e a tantos níveis, durante todo este tempo.



Não sou digna, nem tenho estatuto, para figurar neste livro, mas não podia recusar o convite para o fazer. Por isso, agradeço também ao Senhor Professor Doutor Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, que também conheci no mesmo contexto e que hoje tenho a sorte de ter como Amigo, o convite para aqui participar e para abordar um tema, que também a seu convite e do Senhor Professor Doutor Pedro Pais de Vasconcelos apresentei, pela primeira vez, num Seminário de Direito Comercial co-organizado com o Centro de Estudos Judiciários em finais de 2019.

2. Introdução e alguns conceitos relevantes

O mundo dos negócios – e o Direito, em particular – parece ter sido mais ou menos apanhado de surpresa pelo surgimento de figuras como os *smart contracts*, os *smart legal contracts*, a *blockchain*, os *clickwrap contracts* nos últimos anos e, sobretudo, com o *boom* destas figuras mais ainda com a pandemia¹. Mas as figuras não são novas, nem novos são os problemas que estas

¹ Sobre estes e outros temas, sugere-se a leitura do *Contrato ex machina: breves notas sobre a introdução da tecnologia Blockchain e Smart Contracts*, da autoridade de Delber PINTO GOMES e publicado na Revista Eletrónica de Direito, n.º 3 (V. 17), 2018, pp. 40 e ss., o texto de Francisco MENDES CORREIA, *A tecnologia descentralizado de registo de dados (blockchain) no sector financeiro integrado na coletânea Fintech: Desafios da Tecnologia Financeira*, Almedina, 2017, pp. 69 e ss., ou ainda, o *Banca 4.0. – Revolução Digital: Fintechs, Blockchain, Criptomoedas, Robo-advisers e Crowdfunding* de Paulo ALCARVA, Actual, 2019, em especial as pp. 65 e ss..



trazem, em particular aquele que elegemos para tratar neste breve texto.

Para melhor compreensão do tema, torna-se importante, desde já, estabelecer alguns conceitos base.

Começemos pela figura dos *smart contracts*. O termo foi cunhado, nos anos 90, por um engenheiro informático norte-americano chamado Nick Szabo e visava designar um programa ou protocolo de computador que permitia executar e controlar, de forma totalmente automática, uma série de eventos ou ações definidas pelas partes envolvidas.

O modelo tinha vantagens evidentes: um *smart contract* dispensaria a seleção e existência de intermediários e permitia que pessoas que nem sequer se conhecessem, mas que tivessem interesses comerciais contrapostos, pudessem transacionar entre elas, ao mesmo tempo que diminuiria substancialmente – ou assim parecia - o risco de fraude, retirando às partes a possibilidade de (não) executar a sua contrapartida.

Mas, curiosamente e pese embora ter sido batizado com um nome aparentemente tão intuitivo, o *smart contract* não foi desenhado pelo seu criador para ser um... contrato. Na verdade, o *smart contract* pretende focar-se na mera execução de promessas contidas num contrato subjacente, mas que, no entender do seu criador, não constituem, em si próprias, um contrato em sentido técnico.

É nesse contexto que surge o conceito dos *smart legal contracts*, que incorpora a ideia original do *smart contract* (i.e. o protocolo informático que automatiza o ato x como consequência do ato y)



num contrato propriamente dito e vinculativo para as partes que o celebram. Sendo vinculativo, incumprir um *smart legal contract* gera consequências legais, dando azo a tradicionais disputas judiciais (ou extrajudiciais) que já nos são bem mais familiares.

Por um lado, e se formos analisar a mecânica das figuras, parece resultar que um *smart contract* não pode ser incumprido – afinal, o processo está automatizado, o que significa que não está na disponibilidade de uma das partes incumprir um *smart contract* e, ainda assim, receber uma contrapartida (*i.e.* se o ato *x* não existe, isso também significa que o ato *y* não se chega a materializar). Já um *smart legal contract* pode ser incumprido – e esse incumprimento ser sindicável e gerar responsabilidade civil – ainda que também não dê origem a qualquer contrapartida, uma vez que o *smart contract* que o executa impede automaticamente que tal aconteça.

Por outro lado, há quem pareça defender que o *smart legal contract* é um subtipo de *smart contract* (sendo os outros dois o *Decentralized Autonomous Organizations*, também conhecido por *DAO*, e os *Applications Logic Contracts*, comumente designados por *ALC*), o que naturalmente parece redundar na conclusão de que o primeiro confere natureza contratual – ainda que eventualmente não vinculativa – ao segundo.

Confuso? Naturalmente que sim, ou não fosse esta uma área do Direito que mal saiu do berçário e começa agora a dar os seus primeiros passos no jardim de infância do Direito, o que também é um dos motivos pelos quais nos parece ser tão interessante.

Familiar ainda a estes conceitos é a figura da *blockchain*, que importa aqui igualmente abordar. A *blockchain* – também conhecida como *Distributed Ledger Technology* ou banco de dados - traduz-se



numa rede pública composta e descentralizada em vários computadores (cada um correspondente a um *nó* ou um *bloco* dessa rede) que permite o registo de transações.

As principais características da *blockchain* são a imutabilidade (*i.e.* não permitindo a alteração de qualquer um dos registos efetuados sem que o resto da rede tenha conhecimento e autorize essa mesma alteração), a fiabilidade (*i.e.* a realidade demonstrada em cada nó será igual nos demais e espelhará, necessariamente, o registo efetuado e as eventuais alterações ao mesmo que tenham sido consentidas por todos), a irreversibilidade (*i.e.* não sendo consentidas alterações sem acordo, isso significa que todos os registos são irreversíveis) e autónomo (*i.e.* tornando-se inacessível a uma ou mais partes por força da sua descentralização).

E em que medida importa o conceito da *blockchain* para efeitos do presente texto? Porque foi o surgimento do conceito de *blockchain* que levou ao florescimento dos *smart (legal) contracts*. Isto é, apesar de a existência de uma *blockchain* não ser condição necessária para o aparecimento destas figuras “contratuais” foi precisamente este contexto tecnológico que as fez florescer, permitindo criar o cenário ideal para que duas ou mais partes totalmente desconhecidas entre si tivessem incentivo e se sentissem suficientemente seguras para executar, de forma totalmente automática (ou automatizada) uma transação sem medo de serem enganadas.

Foi mormente por isso que os *smart (legal) contracts* foram, num primeiro momento, tão rapidamente associados à *blockchain* e às criptomoedas, tendo rapidamente sido adotadas por outras áreas de negócio com maior ou menor pujança, como o *e-commerce*, a



compra e venda de imóveis, o setor segurador, o licenciamento de *software*, as transações financeiras, o *supply chain*, etc.

Mas será que tudo isto – sobretudo os *smart (legal) contracts* – são assim tão inovadores e disruptivos? De um ponto de vista tecnológico talvez sim, mas, de um ponto de vista jurídico, esta figura é muito próxima dos chamados *clickwrap agreements* (para mantermos a gíria anglo-saxónica).

Os *clickwrap agreements* são contratos de (mera) adesão, compostos por cláusulas pré-definidas por uma das partes (aquela que dispõe de mais poder negocial) e apresentadas à outra parte (tradicionalmente um consumidor), e cuja celebração e efeitos ocorrem pelo mero facto de a parte se limitar a carregar num botãozinho ou num ícone que diga qualquer coisa como “*Eu aceito*” ou “*Concordo*” ou até numa simples caixinha com efeito equivalente.

Desta descrição é evidente que um *clickwrap agreement* é um contrato tendencialmente sujeito às regras aplicáveis às cláusulas contratuais gerais, mesmo que seja apresentado através de meios tecnológicos, remotamente e dispensando uma *assinatura* no sentido originalmente autógrafo da mesma.

Como tal, terá tendencialmente de respeitar as regras² plasmadas no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, conforme

² Sem prejuízo de outras que se lhes possam aplicar, tais como Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro (conforme sucessivamente alterado), e que se aplica a contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial, ou de outras que se possam aplicar em função do tipo de serviço ou bem comercializado através de um *clickwrap agreement*.



sucessivamente alterado (doravante, o “DL 446/85”)³³, na medida que este diploma determina, logo no número 1 do seu artigo 1.º, que «[a]s cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respetivamente, a subscrever ou aceitar, regem-se pelo presente diploma» e não se enquadra em nenhuma das exceções que o artigo 3.º deste regime jurídico entendeu consagrar.

Nessa linha, parece-nos igualmente incontornável que as mesmas regras previstas em matéria de cláusulas contratuais gerais também sejam aplicadas e aplicáveis a *smart (legal) contracts*, na medida em que os mesmos também comungam da natureza generalista, não negociada e generalizada dos *clickwrap agreements*.

De facto, a diferença entre os primeiros e os segundos prende-se, sobretudo, com o contexto em que surgem e a sua ligação a ou enquadramento em *blockchains* (e, por conseguinte, a sua tendencial imutabilidade e a ligação umbilical à rede em que estão registados). Mas, tal como os segundos, os *smart (legal) contracts* não deixam margem a negociação, e a sua celebração assenta numa mera aceitação dos respetivos termos... tal e qual os contratos de (mera) adesão celebrados com recurso a cláusulas contratuais gerais.

Portanto, as questões que se impõem – e que seleccionámos para tratar de seguida – prendem-se com uma das grandes exigências do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais. Se os *clickwrap*

³³ Sobre as origens do diploma e a sua articulação com o Código Civil, sugerimos a leitura de ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, em *Síntese do Regime Jurídico Vigente das Cláusulas Contratuais Gerais*, 2.ª edição revista e atualizada, 1999, Universidade Católica Portuguesa, pp. 13 e ss.



agreements e os *smart (legal) contracts* estão sujeitos a esta disciplina, como é que se assegura o cumprimento dos deveres de informação tão exigentes neste contexto contratual? E como opera o respetivo ónus da prova em matéria de informação? E como são assegurados o direito à informação e à obtenção de esclarecimentos do proponente?

3. O Elefante na Sala: comunicação e ónus da prova à luz do regime das cláusulas contratuais gerais

Determina o artigo 5.º do DL 446/85, que as cláusulas contratuais gerais devem ser comunicadas, na íntegra, à contraparte que a estas irá aderir (no seu número 1) e essa comunicação deve ser feita com a antecedência e de forma a garantir o conhecimento e compreensão integral e efetiva, por parte desse aderente, do conteúdo do contrato que se propõe subscrever (no subsequente número 2).

O racional desta norma é profundamente intuitivo. A parte que irá aderir a um contrato desta natureza não dispõe de poder ou autonomia negocial, não se encontrando em posição de alterar, por pouco que seja⁴, as regras do jogo contratual em que estás prestes a entrar. Por isso, o legislador português fez prever uma regra geral –

⁴ Como dizem Pedro PAIS DE VASCONCELOS e Pedro Leitão PAIS DE VASCONCELOS, e muito bem, no seu *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.ª edição, Edições Almedina, p. 558, «[n]a contratação padronizada, a parte proponente ou oferente impõe aos seus clientes estipulações já pré-constituídas e sem possibilidade de negociação pela outra parte; não negocia: impõe à contraparte estas cláusulas».



aplicável a todos os contratos abrangidos pelo DL 446/85 – que obriga a parte que tem a maior força – e benefício – contratual de comunicar todas as cláusulas do contrato de forma clara, transparente, exaustiva e, mais importante, assegurando que o aderente compreende, efetivamente, o que lhe é pedido⁵.

A preocupação do legislador é tão premente, que o número 3 do artigo 5.º prevê que «[o] *ónus da prova da comunicação adequada e efetiva cabe ao contratante que submeta a outrem as cláusulas contratuais gerais*», colocando a parte mais forte na posição desconfortável – mas evidentemente necessária – de organizar o processo contratual de forma a assegurar que cumpriu com as suas obrigações de comunicação de informação nos precisos termos que a lei a instrui.

Este problema é relevante e, nesse contexto, deu origem a múltiplas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, em qualquer tipo de contrato sujeito ao DL 446/85. Mas parece-nos que a discussão ganha contornos distintos – verdadeiramente paquidérmicos – no caso dos *clickwrap agreements* e dos *smart (legal) contracts*.

Neste novo tipo de contratos, o aderente tem normalmente

⁵ Veja-se o Acórdão da Relação de Lisboa de 7 de abril de 2005 (Proc. 840/05-8; Salazar Casanova) que, a propósito de um contrato de crédito ao consumo, veio considerar que certas cláusulas referentes ao custo do crédito não tinham sido apresentadas pelo Banco com o mesmo realce de outras cláusulas do mesmo contrato e, por conseguinte, não permitia à parte proponente comprovar o cumprimento do dever de comunicação previsto no artigo 5.º do DL 446/85 *apud* João BOTELHO, no seu *Cláusulas Contratuais Gerais – Notas de Jurisprudência*, Livraria Petrony, 2010, pp. 25-26.



acesso às cláusulas contratuais no ecrã do seu computador ou *smartphone* (caso mais comum nos *clickwrap agreements*) ou, nalguns casos, tem de carregar num *link* que o direciona para as regras do protocolo contratual alojadas num outro *website* de repositório mais generalista (caso mais corrente nos *smart (legal) contracts*).

Em ambos os casos, o aderente consegue, com pouco esforço e muito incentivo – sobretudo atendendo a que vivemos num mundo onde estamos sempre atrasados para qualquer coisa e em que todos parecem ter muita pressa de chegar ao momento seguinte – fazer um rápido *scroll down* no ecrã e poupar o trabalho de ler cada uma daquelas aborrecidas e longas cláusulas que regem o contrato a que vamos aderir.

Ora, essa circunstância, decorrente do melhor conforto tecnológico, levanta, desde logo, uma primeira questão jurídica sobre se esta forma de disponibilização destas cláusulas consubstancia uma efetiva comunicação.

Será a mera apresentação das cláusulas de forma corrida, que não impede o sobredito *scroll down* e feita em contexto remoto, rápido e aparentemente indolor – mesmo que num formato que permita respeitar o tamanho e espaçamento de letra recentemente exigidos com a nova redação da alínea i) do artigo 21.º do DL 446/85⁶ e que

⁶ Que, com a alteração da Lei n.º 32/2021, de 27 de maio, passou a exigir que as cláusulas se encontrem redigidas com um tamanho de letra igual ou superior a 11 ou com, pelo menos, 2,5 milímetros, e com um espaçamento entre linhas não inferior a 1,15, sob pena de as cláusulas que não o façam serem consideradas absolutamente proibidas.



até permita um *zoom* eficaz para quem efetivamente queira ler as cláusulas que vai subscrever - bastante para dar cumprimento às exigências legais de comunicação? E, em caso de resposta afirmativa, o facto de ser necessário consultar um *link* de redireccionamento, não obsta à comunicação efetiva?

A segunda questão que se coloca prende-se com os contornos da comunicação e, em particular, com o fator *tempo*. Conforme acima se indicou, a comunicação – que, para os presentes efeitos, vamos presumir como existindo – deve ser feita de forma a permitir o *conhecimento completo e efetivo* da parte aderente e com a antecedência necessária para atingir esse mesmo conhecimento.

Ora, a legislação até nos faz o favor de densificar o que entende como *antecedência necessária*, indicando, no seu artigo 5.º, n.º 2, do DL 446/85, que a parte proponente terá de ter em consideração a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas para definir o número de minutos, horas, dias ou meses que serão suficientes para garantir que consegue comprovar – recorde-se, o número 3 do artigo 5.º do DL 446/85 faz recair o ónus desta prova sobre a parte proponente – que a parte aderente recebeu a informação com tempo e prazo suficiente para a ler, interiorizar e, ainda assim, avançar com a adesão contratual.

De igual modo, o artigo 5.º, n.º 2, do DL 446/85, dá também simpaticamente orientações quanto à bitola de julgamento a considerar, ao indicar que o objetivo da comunicação é tornar «*possível o (...) conhecimento completo e efetivo [das cláusulas contratuais] por quem use de comum diligência*».

Ou seja, um contrato muito simples – p.e., com muito poucas cláusulas, num setor ou área de negócios fácil, comum e intuitivo,



sem condições relevantes ou obrigações adicionais, com uma linguagem clara e com termos linguísticos facilmente perceptíveis pelo homem (ou mulher) médio(a) e apresentado de forma transparente – pode, naturalmente, ser comunicado de forma efetiva em menos tempo que um contrato mais complexo – *p.e.* com muitas cláusulas ou cláusulas muito longas, amplo uso de termos técnicos, uma linguagem complexa e termos científicos e com muitas obrigações ou condições – que muito provavelmente irá aconselhar um tempo alargado de reflexão para garantir a comunicação pelo proponente e posterior decisão informada do aderente.

Contudo, tanto os *clickwrap agreements*, com os *smart (legal) contracts* caracterizam-se por ser contratos de fácil e intuitivo acesso, *maxime* totalmente imediatistas, fruto do avanço tecnológico e das maravilhas do acesso remoto de que beneficiam, o que potencia uma maior rapidez na disponibilidade e na formalização de uma contratação por adesão.

Só que, da mesma forma que essa rapidez facilita a contratação e poupa tempo precioso aos intervenientes, a dita velocidade não vai privilegiar seguramente o esclarecimento da parte aderente. Na verdade, dificilmente o mais sabedor dos juristas se pode declarar totalmente esclarecido quando faz *scroll down* num contrato de adesão e dispensa a leitura das cláusulas do mesmo.

Talvez antecipando estas dúvidas – ou melhor, o tipo de problemas que estas dúvidas podem levantar à parte proponente – tanto os *clickwrap agreements*, com os *smart (legal) contracts* recorrem habitualmente a certas ferramentas, como um *pop-up* confirmatório ou um *email* subsequente com o mesmo efeito, que são utilizados para confirmar a comunicação ao aderente e pedir que



este declare que recebeu, leu e tomou conhecimento das cláusulas contratuais do contrato que vai subscrever e que as aceita na íntegra.

Esse tipo de ferramentas são normalmente passos incontornáveis da contratação (*i.e.* se a parte aderente não carregar no botão do “Concordo” ou equivalente ou se não carregar no *link* que lhe foi disponibilizado no *email* confirmatório a transação entre as partes não se chega a formalizar e fica por ali) e permitem à parte proponente comprovar que a parte aderente declarou que recebeu a comunicação nos termos estipulados no artigo 5.º do DL 446/85, dessa feita não só resolvendo o risco de responsabilidade contratual que a inversão do ónus da prova necessariamente trazia ao proponente no âmbito deste regime mas também o risco de exclusão de uma determinada cláusula por falta de comunicação, por comunicação irregular ou por violação do dever de comunicação⁷, consequências determinadas pelo artigo 8.º do DL 446/85 e que teriam, necessariamente, um peso incontornável sobre a parte proponente, por mais forte que seja⁸.

Como acima se disse, este problema não é novo e o artigo 5.º do DL 446/85 tem dado origem à sua quota-parte de discussões sobre a sua relevância e eficácia. Mas é inegável que este artigo e todos os mecanismos de proteção nele contidos e previstos, aliás, em várias

⁷ E, como dizem Mário Júlio de ALMEIDA COSTA e António MENEZES CORDEIRO, no seu *Cláusulas Contratuais Gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*, estamos perante uma «*obrigação de meios: não se trata de fazer com que o aderente conheça efetivamente as cláusulas, mas, apenas de desenvolver, para tanto, uma atividade razoável*» (p. 25).

⁸ Sobre este efeito, veja-se Pedro PAIS DE VASCONCELOS e Pedro Leitão PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral...cit.*, pp. 655 e ss.



outras normas do DL 446/85, não foram pensados e legislados tendo como referência estes novos tipos contratuais, mas sim uma realidade em que a massificação de contratos aparecia em setor específicos – p.e. *utilities*, produtos financeiros, etc – e ainda vivia num formato papel e tendencialmente presencial, o que muda substancialmente a configuração do risco que a realidade remota e tecnológica hoje nos traz.

4. Um Elefante nunca vem só: o tema da informação e esclarecimentos luz do regime das cláusulas contratuais gerais

O artigo 6.º do DL 446/85 determina que a parte proponente deve informar a parte aderente dos aspetos que careçam de eventual aclaração (número 1), bem como prestar todos os esclarecimentos razoáveis que lhe tenham sido solicitados (número 2).

O preceito vai no sentido de permitir não só à parte aderente receber informações ou elementos adicionais relativamente a todos os pontos que precise de ver clarificados ou que lhe levantem dúvidas (respeitando um critério de razoabilidade), mas também permite à parte proponente sublinhar ou destacar aspetos-chave do contrato ou questões que entenda ser aconselhável esclarecer com particular cuidado junto da parte aderente, por serem, nomeadamente, mais difíceis de entender, por envolverem aspetos mais técnicos do modelo contratual ou até por corresponderem aos pontos principais do contrato relativamente às quais a parte proponente, a parte aderente ou ambas têm especial interesse, mesmo que por motivos distintos, em interiorizar ou ver



interiorizados.

Num modelo de cláusulas contratuais gerais dito *tradicional*, estes momentos de esclarecimento e de prestação de esclarecimentos podem ser cumpridos através da entrega de documentação complementar, tais como folhetos, brochuras ou panfletos com áreas de destaque mas, mais comumente, pela interação física e pessoal entre a parte aderente e a parte proponente.

Contudo, o contexto remoto próprio dos *clickwrap agreements*, com os *smart (legal) contracts* parece ser de difícil compaginação com uma articulação contínua entre as partes.

O acesso a um destes tipos contratuais é normalmente feito através de um *website* ou de uma *app* para telemóvel e de forma totalmente automatizada, pelo que a parte proponente não está propriamente a aguardar sentada do outro lado do ecrã para responder a questões ou dúvidas que o aderente possa eventualmente vir a ter.

Mesmo no caso de existir algum robô ou ferramenta informática destinado a responder a dúvidas ou questões dos aderentes, a verdade é que esses esclarecimentos serão dados na medida da respetiva programação dessa ferramenta e sujeito às respetivas limitações da mesma, *i.e.* a ferramenta só vai responder às perguntas dentro do guião sobre o qual foi programada e isso obriga o aderente a fazer as perguntas certas (sendo que nada garante que todas as perguntas serão adequadamente respondidas, seja porque possam ter sido inadvertidamente mal formuladas pela parte aderente, seja porque a parte proponente não as quer, simplesmente, responder, e não programou a ferramenta de suporte para o fazer).



A verdade é que, mais uma vez, o artigo 6.º do DL 446/85 não foi desenhado a pensar nestes novos tipos contratuais, e assumia que a comercialização de produtos ou serviços sob a égide das cláusulas contratuais gerais seria feita de forma tendencialmente presencial e não com recurso a meios tecnológicos, de utilização remota e robotizados, em que a parte proponente pode até não ter qualquer interação humana no processo.

5. Conclusão

O DL 446/85 é um daqueles diplomas que resiste, qual Gaulês, à passagem do tempo. Apesar de alterações pontuais desde a sua criação, tem sido um dos poucos regimes jurídicos a passar quase incólume às alterações e frenesim legislativos a que se tem assistido em Portugal.

Sendo um diploma sólido, atravessa talvez agora um dos seus períodos mais desafiantes. A realidade da contratualização massificada é, hoje, muito, mas muito diferente, da que existia à data da conceção e definição das regras referentes às cláusulas contratuais gerais. E, talvez até mais importante que isso, o que mudou, nesta área, nos últimos cinco anos, mudou seguramente muito mais depressa do que em qualquer uma das décadas anteriores.

Enquanto jurista, tenho poucas dúvidas que o DL 446/85 irá resistir à passagem do tempo e a mais esta prova de vida. Mas também tenho poucas dúvidas que, mais tarde ou mais cedo, este diploma precisará de uma adaptação significativa para permitir



continuar a acautelar as preocupações subjacentes ao diploma atual, mas já neste contexto de *clickwrap agreements*, com os *smart (legal) contracts*, sob pena de esse papel ter de caber a outro diploma ou regime especial.

É certo que as obrigações que expusemos aqui hoje – os nossos Elefantes na Sala e que são apenas alguns da grande manada de outras obrigações contratuais previstas no DL 446/85 que obrigam a exercícios de difícil aplicação num contexto de *clickwrap agreements* e de *smart (legal) contracts* – não deixam de ser cumpridas por estes novos tipos contratuais, nem que seja de um ponto de vista formal.

Ao assinalar, numa *app* ou num *website*, que um aderente quer comprar aquele bem ou serviço e que concorda com as condições contratuais que recebeu, este aderente está a declarar, para todos os efeitos, que lhe foram comunicadas as cláusulas contratuais a que se propõe aderir e que as analisou, compreendeu, colocou (ou não colocou) as dúvidas que bem entendeu, e decidiu avançar com a contratação no final desse caminho. E a parte proponente, para efeitos probatórios, seguramente guardará registo desse assentimento, eximindo-se de eventuais responsabilidades civis que resultem do eventual desconhecimento ou incompreensão das regras contratuais aplicáveis.

Mas será que isto basta? Em tempos, este tema foi tão preocupante para o legislador, que a opção do artigo 5.º, n.º 3, do DL 446/85 foi inverter o ónus da prova da comunicação deste tipo de cláusulas nos termos deste diploma e, nos termos do artigo 8.º do mesmo diploma, excluir cláusulas não comunicadas ou indevidamente comunicadas que não respeitassem estes cânones. Será que o mesmo legislador consideraria que a lei hoje é capaz de



conferir o mesmo grau de proteção aos sujeitos que inicialmente dela beneficiavam? E nos mesmos termos?

Cabe ao legislador, na sua capacidade de cientista e empreendedor jurídico, ver para além do cumprimento formal destas regras de modo a conseguir alcançar aquele que é o grande objetivo do DL 446/85: proteger a parte aderente, enquanto parte mais fraca, da desproporcionada força da parte proponente definindo as melhores regras do jogo.

Enquanto isto não acontecer estes – e outros Elefantes – continuarão a deslocar-se na Sala até que todos os possamos ver.

Inês Palma Ramalho