

DIVERGÊNCIA ENTRE VONTADE E DECLARAÇÃO NAS DECLARAÇÕES EMITIDAS POR “AGENTES” DE *SOFTWARE*

Francisco ACP Andrade

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.20>

1. Introdução

O uso de “agentes” de *software* no comércio electrónico vem colocar uma série de novas questões ao Direito Civil. Este novo tipo de “agentes” de *software* será capaz de emitir declarações de vontade¹ e concluir acordos, por si só, sem que os utilizadores (humanos) tenham sequer consciência de que uma negociação contratual teve sequer início, quanto mais que um acordo contratual foi concluído. As possibilidades de actuação destes “agentes”, mais

* Escola de Direito da Universidade do Minho, JUSGOV – Centro de Investigação em Justiça e Governação, fandrade@direito.uminho.pt

¹ Poderá ser discutido se a vontade subjacente à declaração é do “agente” de *software* ou da pessoa em benefício da qual o “agente” atua. Mas a vontade terá que existir sob pena de um eventual negócio que venha a ser celebrado ter que ser considerado nulo. Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2021, p. 587. O modo tradicional de resolução desta questão é o da chamada “teoria da atribuição”.

ou menos inteligentes, baseadas em estados cognitivos e estados intencionais², acabam por nos forçar a analisar as possibilidades de aplicação das regras gerais de direito civil sobre divergências entre vontade e declaração nas declarações contratuais emitidas por “agentes” de *software*.

A intervenção destes programas no comércio electrónico traz consigo uma mudança radical na forma como entendemos algumas questões jurídicas, tais como sejam as matérias das relações entre vontade e declaração. A partir de agora poderemos, com efeito, vir a ter declarações de vontade e acordos já não gerados e concluídos “através de máquinas”, mas “pelas próprias máquinas, sem qualquer intervenção ou supervisão de um indivíduo” (humano)³ e, neste contexto, será interessante proceder a uma análise que vá para lá da própria questão da expressão de vontade e do consentimento, analisando a própria formação de vontade e a declaração, indagando se, e em que medida, será possível encarar a questão da divergência entre a vontade e a declaração⁴ a propósito de declarações emitidas por “agentes” de *software*.

2. Declaração de vontade e erro

A declaração de vontade é constituída por dois elementos diferentes – o elemento externo (a declaração em si mesma) e o elemento interno (a vontade em si mesma, a fonte real da declaração), e geralmente os dois são

² Cf. Giovanni SARTOR, “Cognitive automata and the Law: electronic contracting and the intentionality of software agents”, *Artificial Intelligence and Law*, vol. 17, nº 4, 2009, pp. 253-290.

³ Cf. Emily WEITZENBOECK, “Electronic Agents and the formation of contracts”, *ECLIP – Electronic Commerce Legal Issues Platform, International Journal of Law and Information Technology*, vol. 9, nº 3, 2001, pp. 204-234.

⁴ “[U]ma divergência (ou não coincidência) entre a verdadeira, a vontade real do declarante, e a vontade manifestada por ele”. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., p. 588. Ver ainda, entre outros, M. D. ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1974; C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit.; José de Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil e Teoria Geral*, vol. II, op. cit.; Luís A. Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, op. cit.; António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral*, tomo I, Coimbra, Livraria Almedina, 2007; Fernando Andrade Pires de LIMA e João de Matos Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, 1967; Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit.; José Alberto VIEIRA, *Negócio Jurídico – anotação ao regime do código civil (artigos 217º a 295º)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006. No que se refere à questão da relevância do erro, cf. Paulo Mota PINTO, “Requisitos de relevância do erro nos princípios de direito europeu dos contratos e no Código Civil português”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. IV, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 43-139.

coincidentes⁵. Contudo, há situações em que não existe coincidência entre o que realmente foi querido e aquilo que foi expresso, entre a vontade real e a vontade declarada. Por outro lado, existe ainda a possibilidade de haver coincidência entre aquilo que foi querido e aquilo que foi declarado, mas numa situação em que a vontade tenha, na verdade, sido condicionada por uma motivação viciada, que a lei possa considerar como uma motivação ilegítima da vontade⁶.

Isto também poderá acontecer no caso de declarações emitidas por agentes de *software*, mas neste caso alguns autores entendem que a vontade “não está no agente electrónico, mas na pessoa ou entidade em cujo interesse o agente está a actuar”⁷. Contudo, mesmo considerando a noção de atribuição – proposta por Weitzenboeck – no sentido de que os actos do agente electrónico devem ser atribuídos ao utilizador humano, a verdade é que ninguém poderá antecipar exactamente o comportamento contratual do agente⁸, ou mesmo a boa fé da actuação do agente, considerando que o utilizador pode nem sequer ter sido directamente envolvido ou “consultado” pelo agente electrónico na execução dos actos que conduziram ao contrato⁹.

É fundamental referir a importância (e a viabilidade ou não) da aplicação das regras gerais sobre o erro aos contratos celebrados por “agentes” electrónicos¹⁰.

⁵ Cf. M. D. ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, op. cit.

⁶ Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit. Cf. ainda António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral*, op. cit., p. 781, que refere que, num dos casos apontados “a vontade, em si, formou-se devidamente; no entanto, algo interfere aquando da sua exteriorização, de tal modo que a declaração não corresponde à vontade real do sujeito: há divergência entre a vontade e a declaração”, enquanto no outro caso “o processo que leva à tomada de decisão do sujeito autónomo é perturbado: há um vício na formação da vontade”.

⁷ Cf. Victor Castro ROSA, “Contratação Electrónica”, in AAVV, *Lei do Comércio Electrónico Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 191-208.

⁸ Cf. Giovanni SARTOR, “Agents in Cyberlaw”, in AAVV, *Proceedings of the “Workshop on the Law of Electronic Agents – LEA 2002”*, Bolonha, Università Degli Studi, 2002.

⁹ Cf. Emily WEITZENBOECK, “Electronic Agents and Contract Performance: Good Faith and Fair Dealing”, in AAVV, *Proceedings of the “Workshop on the Law of Electronic Agents – LEA 2002”*, Bolonha, Università Degli Studi, 2002, pp. 67-73.

¹⁰ E não falamos apenas na questão do chamado “erro técnico”: “contractors who use an electronic agent would not be liable if they could prove that a technical mistake had occurred that was not due to negligence on their part”. Cf. Silvia FELLIU, “Intelligent Agents and Consumer Protection”, *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 9, nº 3, pp. 235-248, ponto 1.3.2. Esta autora refere a possibilidade, bem real, alias, de os contratos poderem ser concluídos por erro técnico, apontando a hipótese de fazer funcionar aqui o princípio da boa fé: “electronic suppliers would share the payment of the cost of confidence in electronic commerce” (ponto 1.3.2 in fine).

Em Portugal, o Decreto-Lei nº 7/2004, de 7 de Janeiro, refere, no seu artigo 33º, a contratação electrónica sem intervenção humana (ou contratação electrónica inter-sistémica) e estabelece que as regras gerais sobre o erro se aplicarão apenas em certas situações, quando se entender que há uma actuação¹¹:

- em caso de erro de programação, serão aplicadas as normas relativas ao erro na formação da vontade¹² [artigo 33º, nº 2, a)];
- em caso de funcionamento defeituoso da máquina, serão aplicadas as normas relativas ao erro na declaração¹³ [artigo 33º, nº 2, b)];
- Se a mensagem não chega ao destinatário exactamente como foi enviada, serão aplicadas as normas sobre erro na transmissão¹⁴ [artigo 33º, nº 2, c)].

A estas três situações previstas pelo Decreto-Lei nº 7/2004 corresponderá, então, a aplicação do preceituado nos artigos 251º (erro sobre a pessoa ou sobre o objecto do negócio), 247º (erro na declaração) e 250º (erro na transmissão da declaração), todos do Código Civil (CC).

Assim, de acordo com a lei portuguesa, é possível dizer que estas são as situações legalmente reconhecidas que conduzem à aplicação das regras do erro às declarações da contratação electrónica inter-sistémica.

Mas, não será este custo demasiado oneroso, não comportará um risco demasiado elevado para os fornecedores e utilizadores de agentes electrónicos?

¹¹ O modo como o texto legal aparece redigido indicia com bastante clareza que o legislador português pensou exclusivamente nas hipóteses de contratação electrónica inter-sistémica automática e já não nas de contratação electrónica inter-sistémica inteligente.

¹² Sobre as questões do erro nas declarações emitidas por “agentes” de software, cf. o nosso “O erro nas declarações emitidas por ‘agentes electrónicos’”, in AAVV, *Direito na Lusofonia. Direito e Novas Tecnologias*, Braga, Universidade do Minho – JUSGOV, 2018, pp. 95-100.

¹³ Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., p. 625.

¹⁴ Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., p. 630.

3. Vontade e declaração

Por outro lado, é sabido que a doutrina distingue as divergências entre a vontade e a declaração, em duas categorias distintas: as divergências intencionais (voluntariamente assumidas pelo autor da declaração) e as divergências não intencionais (e, portanto, não voluntárias)¹⁵. E, do modo como foi redigido o decreto-lei português relativo ao comércio electrónico, não restam grandes dúvidas de que foi assumido que apenas as divergências não intencionais relevariam na contratação electrónica inter-sistémica, e mesmo essas de um modo bastante restrito. Tendo isto em atenção, há que colocar uma questão decisiva: deveria o sistema jurídico encarar a hipótese (algo ousada) de considerar que um agente electrónico (ainda que podendo ser considerado como mera ferramenta ou instrumento usado por um indivíduo humano) pode ter uma vontade própria?

De facto, estamos perante novas formas de actuação autónoma e inteligente, através de complexos mecanismos ou programas inteligentes, capazes de operarem de forma totalmente autónoma por si próprias sem qualquer intervenção humana. Ou seja, estão a emergir sistemas computacionais capazes não só de operar automaticamente, mas também autonomamente. E as características destes novos agentes de *software* estão-se a tornar tão sofisticadas que temos já que considerar a possibilidade de agentes de software expressarem emoções, ou manifestarem certas características de uma verdadeira personalidade¹⁶. E a questão será sabermos até onde poderemos ir na consideração da inteligência e autonomia das entidades computacionais e de que modo se poderá considerar juridicamente a intervenção na nossa vida quotidiana e no comércio de novas formas de comportamento electrónico, tais como agentes electrónicos autónomos e inteligentes ou sistemas computacionais capazes de uma actuação autónoma no seu ambiente, em ordem à prossecução das finalidades e objectivos que lhe são cometidos¹⁷.

¹⁵ Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., p. 588.

¹⁶ Cf. G. BALL e J. BREESE, “Emotion and Personality in a Conversational Agent”, in Justine Cassel et al. (eds.), *Embodied Conversational Agents*, Massachussets/London, The Mit Press Cambridge, 2000.

¹⁷ Isto, não obstante a Proposta de Regulamento para a Inteligência Artificial de 21 de Abril de 2021 parecer orientar-se claramente para uma ideia de “atribuição” aos humanos dos “efeitos” dos estados intencionais do *software*. Cf., propósito dos estados intencionais do software, Giovanni SARTOR, “Cognitive Automata and the Law: electronic contracting and the intentionality of software agents”, *Artificial Intelligence and Law*, vol. 17, 2009, pp. 253-290.

Tendo estas questões presentes, há que reconhecer em primeiro lugar que, na realidade, os agentes electrónicos inteligentes têm capacidades de aprendizagem, de raciocínio, de escolha, de decisão e até mesmo de iniciativa. E mesmo quando eles actuam por conta de um humano, ainda que pudessem ser considerados como “nuntius”^{18 19}, a verdade é que a sua actuação vai muito para além da simples transmissão da declaração de outrem, uma vez que eles têm um raciocínio e acção perfeitamente autónomos.

Este é o ponto de partida para a análise subsequente, destinada a indagar se é ou não possível equacionar a aplicação, com as devidas adaptações, das regras gerais relativas à divergência entre a vontade e a declaração, aos processos declarativos conducentes à emissão de declarações contratuais emitidas por agentes inteligentes de *software*.

Estes agentes de *software* já não se limitam à mera execução mecânica de operações pré-programadas, mas antes actuam de forma inteligente, autónoma e flexível, procuram “resolver problemas através de processos inteligentes”²⁰, manifestando capacidades de aprendizagem, de raciocínio, de decisão, ou seja, de certa forma, actuam uma vontade própria²¹. Estes agentes possuem como principais características a autonomia²², a reactividade²³, a pró-actividade²⁴ e a sociabilidade²⁵. De entre estas características, uma assume particular importância no sentido de equacionarmos a existência de uma verdadeira

¹⁸ Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER, “Sobre a formação do contrato segundo os arts. 217º e 218º, 224º a 226º e 228º a 235º do Código Civil”, *Revista de Direito e Economia*, ano IX, nº 1-2, Janeiro/Dezembro de 1983, pp. 121-157

¹⁹ Cf. F. ANDRADE *et al.*, “Issues on Intelligent Electronic Agents and Legal Relations”, in Cláudia Cevenini (ed.), *The Law of Electronic Agents – Proceedings of the LEA 2004 Workshop*, Gedit edizioni, 2004, pp. 81-94.

²⁰ Cf. Paulo NOVAIS, *Teoria dos Processos de Pré-Negociação em Ambientes de Comércio Electrónico*, Braga, Universidade do Minho, Braga, 2003, p. 7.

²¹ Cf. Paulo NOVAIS, *Teoria dos Processos de Pré-Negociação em Ambientes de Comércio Electrónico*, *op. cit.*

²² “[O]s agentes operam sem a intervenção de outros agentes, e têm controlo sobre as suas acções e o seu estado de conhecimento interno”. Cf. Paulo NOVAIS, *Teoria dos Processos de Pré-Negociação em Ambientes de Comércio Electrónico*, *op. cit.*, p. 57.

²³ “[A]o agentes têm percepção do que ocorre no seu universo e respondem adequada e atempadamente a mudanças ocorridas nesse ambiente”. Cf. Paulo NOVAIS, *Teoria dos Processos de Pré-Negociação em Ambientes de Comércio Electrónico*, *op. cit.*, p. 58.

²⁴ “[O]s agentes são capazes de tomar a iniciativa, conduzindo as suas próprias acções segundo um comportamento que é dirigido por objectivos”. Cf. Paulo NOVAIS, *Teoria dos Processos de Pré-Negociação em Ambientes de Comércio Electrónico*, *op. cit.*, pág. 58.

²⁵ “[O]s agentes interactuam com outros agentes, comunicando com estes, competindo ou cooperando na resolução de problemas que entretanto lhes tenham sido colocados”. Cf. Paulo NOVAIS, *Teoria dos Processos de Pré-Negociação em Ambientes de Comércio Electrónico*, *op. cit.*, p. 59.

vontade no agente inteligente de *software*: a característica da pró-actividade, e a assunção de que o agente inteligente é capaz de definir as suas próprias estratégias de actuação, de acordo com os seus próprios objectivos. Ou seja, esta característica da pró-actividade indicia a existência de uma intencionalidade própria do agente electrónico²⁶. É que o agente inteligente de *software* é capaz de decidir²⁷ os modos e o quando da sua actuação, tendo em vista os objectivos que se propõe atingir²⁸. Assim, podemos dizer que tal como o homem age na prossecução de fins²⁹, também o agente inteligente, que possui uma base de conhecimento própria (que ele próprio actualiza e sobre a qual raciocina)³⁰, pondera as suas motivações³¹, os seus objectivos e decide e actua em conformidade com uma intencionalidade³² própria, da qual fazem parte crenças, desejos, intenções³³. De certa forma podemos dizer que o agente inteligente de *software* emula não só os comportamentos humanos como a

²⁶ “A intencionalidade é a capacidade que o agente apresenta para a definição de objectivos assim como de estratégias para os atingir”. Cf. Paulo NOVAIS, *Teoria dos Processos de Pré-Negociação em Ambientes de Comércio Electrónico*, *op. cit.*, p. 59.

²⁷ “O trabalho de um agente passa, necessariamente, pela tomada de decisão. A ligação entre o raciocínio lógico e a tomada de decisão passa por levar o agente a concluir se uma acção a ser executada é a mais indicada, baseando a sua escolha no seu conhecimento”. Cf. José Manuel Ferreira MACHADO, *Agentes Inteligentes como Objectos dum Sistema Distribuído de Realidade Virtual*, Braga, Universidade do Minho, 2002, p. 83.

²⁸ “Um agente tem de ser capaz de expressar os seus objectivos/metast e justificar as suas opções com base no seu conhecimento”. Cf. Paulo NOVAIS, *Teoria dos Processos de Pré-Negociação em Ambientes de Comércio Electrónico*, *op. cit.*, p. 133.

²⁹ “[A] acção é ontologicamente caracterizada pela finalidade porque o homem age na prossecução de fins”. Cf. José de Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil e Teoria Geral*, vol. II, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 129.

³⁰ “Na camada de raciocínio, o agente possui ferramentas, na forma de demonstração de teoremas, para processar a informação presente na camada de conhecimento. Um agente deve ser capaz de raciocinar com base em informação de índole genérica, a qual, porventura, pode ser incompleta. Por outro lado, e a partir desta camada, deve ser capaz de justificar quaisquer formas de raciocínio utilizadas ou adquirir novo conhecimento, sobretudo sob a forma de novas experiências”. Cf. Paulo NOVAIS, *Teoria dos Processos de Pré-Negociação em Ambientes de Comércio Electrónico*, *op. cit.*, p. 88.

³¹ “Entre os motivos, há os que radicam no mero conhecimento da situação de facto e que esgotam na deliberação o seu significado. Mas há outros motivos que se transmudam em fins: são o porquê da acção, mas com a decisão transformam-se no para quê desta. São motivos que se projectam para uma mudança da situação antecedente”. Cf. José de Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil e Teoria Geral*, *op. cit.*, pp. 129-130.

³² “A intencionalidade é a capacidade que o agente apresenta para a caracterização de objectivos. Os agentes intencionais têm a faculdade de raciocinar, processando conhecimento. Os agentes intencionais são também denominados de agentes cognitivos”. Cf. José Manuel Ferreira MACHADO, *Agentes Inteligentes como Objectos dum Sistema Distribuído de Realidade Virtual*, *op. cit.*, p. 90.

³³ “Certas características próprias do ser humano têm vindo a migrar e a constituir-se como parte constituinte de agentes e Sistemas Multi-Agente. Os primeiros passos nesta área foram dados, entre outros, por Rao e Georgeff, que introduziram as arquitecturas tipo BDI (i.e., Beliefs, Desires, Intentions)”. Cf. Paulo NOVAIS, *Teoria dos Processos de Pré-Negociação em Ambientes de Comércio Electrónico*, *op. cit.*, p. 60.

sua maneira de raciocinar e decidir³⁴. Ora, assim sendo, há que questionar: haverá possibilidade de o agente, voluntária ou involuntariamente, se afastar na sua actuação, nas declarações negociais que emite, daquilo que é a sua “vontade”? E terá a “vontade” do agente electrónico relevância suficiente para permitir a aplicação das regras gerais do direito civil no que se refere às divergências entre a vontade e a declaração?

Já acima nos referimos à existência de uma intencionalidade própria dos agentes inteligentes, à possibilidade da sua actuação de acordo com crenças, desejos, intenções. Também nos parece não haver dificuldade à consideração de uma verdadeira vontade negocial (*Geschäftswille*) e mesmo de uma vontade do conteúdo da declaração (*Inhaltswille*) ou intenção do resultado (*Erfolgswille*) por parte dos agentes electrónicos³⁵. O agente electrónico inteligente analisa todos os elementos do negócio e actua de acordo com a sua vontade negocial, tendo em vista os seus objectivos próprios ou os que lhe são cometidos por terceiros (entendendo-se aqui que terceiros poderão ser tanto outros agentes electrónicos como pessoas singulares humanas). Na verdade, a vontade de acção (*Handlungswille*) existirá no agente electrónico inteligente, já que os seus actos são praticados voluntariamente (o agente actua com total autonomia) e conscientemente (o agente analisa todas as possíveis implicações da sua actuação)³⁶.

Precisados assim os contornos da atribuição de uma vontade aos agentes inteligentes de *software*, analisemos um pouco mais de perto as situações classicamente referidas pela Doutrina civilística, e tentemos equacionar as possibilidades da sua verificação num ambiente virtual operado através de

³⁴ A este respeito, não podemos deixar de fazer aqui uma referência aos mais recentes desenvolvimentos na área das chamadas Redes Neurais Artificiais – RNAs: “As RNA(s) são sistemas computacionais que emulam o funcionamento do sistema nervoso humano convertendo sinais de entrada em sinais de saída. São sistemas que permitem a representação do conhecimento e o desenvolvimento de operações de treino e de aprendizagem”. Cf. José Manuel Ferreira MACHADO, *Agentes Inteligentes como Objectos dum Sistema Distribuído de Realidade Virtual*, op. cit., p. 14; e Paulo NOVAIS, *Teoria dos Processos de Pré-Negociação em Ambientes de Comércio Electrónico*, op. cit., p. 96. Sobre as Redes Neurais Artificiais, ver ainda Paulo Alexandre Ribeiro CORTEZ, *Modelos inspirados na natureza para a previsão de séries temporais*, Braga, Universidade do Minho, Braga, 2002, pp. 6-9.

³⁵ “É a vontade de realizar um negócio jurídico de conteúdo correspondente ao significado exterior da declaração – e não um negócio diferente. É a vontade desse negócio determinado: uma vontade negocial específica e concreta, portanto; não apenas – como a vontade da declaração – uma vontade negocial genérica e abstracta”. Cf. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, 1983, p. 127.

³⁶ “A vontade de acção (*Handlungswille*). Consiste na consciência e vontade de comportamento. [O] serem estes actos praticados consciente e voluntariamente é que constitui a vontade de acção”. Cf. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, op. cit., p. 126.

agentes electrónicos inteligentes. Vamos então intentar analisar cada uma das figuras de divergência entre a vontade e a declaração – e posteriormente também dos vícios da vontade – tentando averiguar sobre a sua aplicação ou não ao mundo da contratação electrónica inter-sistémica inteligente.

4. Divergências entre a vontade e a declaração em actos negociais realizados por agentes inteligentes de *software*

4.1. Divergências não intencionais

Como foi referido supra, o Decreto-Lei nº 7/2004, de 7 de Janeiro, refere-se apenas, no seu artigo 33º, a três situações de divergência não intencional entre o declarado e a vontade, mas sempre na pressuposição de que estaremos perante relações electrónicas inter-sistémicas automatizadas em que a vontade não reside no computador ferramenta mas no utilizador humano. No entanto, para que a nossa análise sobre a contratação electrónica prossiga, devemos agora debruçar-nos sobre a contratação electrónica inter-sistémica inteligente e a possibilidade de a declaração corresponder a uma vontade própria, já não de um humano mas de um agente de *software* dotado de Inteligência Artificial.

Quanto aos casos de divergência não intencional, costuma a Doutrina civilística referir as seguintes hipóteses: a de erro obstáculo ou erro na declaração, a de falta de consciência da declaração e a de coacção física ou violência absoluta. São os casos referidos nos artigos 247º e 246º do CC.

4.1.1. Falta de consciência da declaração

Começamos pelo artigo 246º do CC. Prevê este artigo duas situações distintas³⁷. Na primeira, o declarante não tem de todo qualquer tipo de consciência de ter emitido uma declaração, ou seja, o comportamento do declarante é havido como declaração negocial, apesar de o próprio declarante

³⁷ Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português, op. cit.*, pp. 615 e ss.

não ter tido consciência de que assim era³⁸. Imaginemos a seguinte situação: um agente móvel³⁹ acede a um sítio em que as regras de funcionamento de um determinado sistema electrónico de leilão não são por si conhecidas nem identificadas com o usual nos sítios electrónicos de leilões. O agente, pretendendo aceder a um sítio web onde decorre um leilão, transmite o seu endereço e assinatura electrónicos, procedimento habitual em outros sítios para que o agente seja admitido a participar no leilão. No entanto, no caso vertente, as regras do leilão, desconhecidas do agente, interpretam essa transmissão de endereço e assinatura como um assentimento a uma operação de compra. Ou seja, o agente actuou com uma determinada intencionalidade (a entrada ou admissão ao sítio em que decorre o leilão) mas o seu acto foi interpretado no ambiente em que o agente actuava como uma confirmação ou assentimento a um negócio determinado (ou, melhor dizendo, como aceitação de uma proposta contratual). Na verdade, segundo as regras particulares do sítio a que o agente acedeu, o comportamento do agente configurava uma verdadeira declaração negocial, mas a verdade é que o agente, desconhecedor de tais regras, não actuou na previsão de celebração de um qualquer negócio. A sua vontade não era emitir qualquer declaração negocial, mas apenas ser admitido ao sítio web e a uma eventual participação nos leilões aí decorrentes. Este caso, sendo protagonizado por um agente inteligente (móvel), é em tudo idêntico à previsão da primeira parte do artigo 246º do CC. Ou seja, de acordo com uma estrita aplicação das regras civilísticas, a declaração emitida pelo agente electrónico no caso vertente, não deverá produzir qualquer

³⁸ “[E]mbora exista a vontade de acção, falta a vontade de acção como declaração, a consciência de se assumir um comportamento declarativo ou a aparência de uma declaração”. Fernando Andrade Pires de LIMA e João de Matos Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, 1967, anotação ao artigo 246º. No entender de Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Pais Leitão de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9ª edição, Coimbra, Almedina, 2002, p. 654, “trata-se de casos em que o autor do comportamento em questão não tem consciência de estar a emitir uma declaração negocial, o que significa, portanto, que não está efectivamente a fazê-lo. Não pode haver declaração negocial sem consciência da negocialidade e, nesta circunstância, nada mais existe do que uma simples aparência”. Carlos Alberto da Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina 2012, p. 491, refere o debate ocorrido na doutrina alemã, relativamente a saber-se se “para existir uma declaração, é necessária a consciência ou se basta a imputabilidade da declaração, embora falte a consciência respectiva”. No entanto, acrescenta o mesmo Autor que “No direito português existe norma expressa (o art. 246º), estabelecendo que a declaração ‘não produz qualquer efeito’, se não existe a consciência de se fazer uma declaração negocial”.

³⁹ Ou um agente dotado de mobilidade. “Um agente diz-se móvel quando se movimenta através da rede executando as tarefas de que foi incumbido e cumprindo objectivos”. Cf. Paulo NOVAIS, *Teoria dos Processos de Pré-Negociação em Ambientes de Comércio Electrónico*, *op. cit.*, p. 59.

efeito⁴⁰. No entanto, há que ressaltar a hipótese prevista na parte final do artigo: é que a falta de consciência da declaração pode ser devida a culpa do declarante. E neste caso, este ficará obrigado a indemnizar o declaratório. Ora, no caso em apreço, poderá acontecer que o acesso (ou autorização de acesso) de agentes electrónicos a sítios web, em que decorram leilões electrónicos, seja precedido de comunicação ao agente (através de mensagem electrónica) das regras de funcionamento do sítio e do leilão. Neste caso, a não leitura dessa mensagem pelo agente electrónico pode configurar uma falha ou até mesmo uma intenção deliberada do agente em manter-se desconhecedor das regras aplicáveis ao leilão em causa. Neste caso parece dever ser de presumir a “culpa” do agente de *software*. Claro que, nestes casos, a forma de efectivação da obrigação constante na parte final do artigo 246º (obrigação de indemnizar o declaratório) ficará dependente do modo como for assumida pela ordem jurídica a questão do consentimento nas relações jurídicas electrónicas inter-sistémicas inteligentes (fundamentalmente, de saber se o agente electrónico é considerado como uma mera ferramenta, ou como uma pessoa jurídica, ou como representante de um humano ou ainda de alguma outra forma que imponha determinada solução jurídica para essa questão).

4.1.2. Coacção física⁴¹

Bem diferente será a hipótese também prevista no artigo 246º do CC e que se refere à figura da coacção física. Neste caso, como bem referem Pires de Lima e Antunes Varela⁴², pode o declarante ter até (ou não) a perfeita

⁴⁰ Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., p. 615: “Em rigor não há nenhuma divergência entre uma vontade e a sua declaração”. E “a lei recusa à declaração qualquer efeito [ressalvado] o caso de a falta de consciência da declaração ser devida a culpa do declarante”. Fernando Andrade Pires de LIMA e João de Matos Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, op. cit., anotação ao artigo 246º. E, como refere Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Pais Leitão de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 657, “caso o comportamento do autor seja culposos, isto é, se ele tiver culpa na falta de consciência e na criação dessa aparência de declaração negocial, incorrerá em responsabilidade civil e deverá indemnizar os danos que assim causar”. No mesmo sentido, cf. António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral*, op. cit., pp. 787-789, o qual, no entanto, aparece a defender “uma interpretação restritiva do art. 246º, nº 1, na parte relativa à falta de consciência da declaração”.

⁴¹ Ou “Coacção absoluta”. Cf. Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Pais Leitão de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 652.

⁴² Cf. Fernando Andrade Pires de LIMA e João de Matos Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, op. cit., anotação ao artigo 246º. Cf., no entanto, C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 489, que estabelece a distinção entre coacção física ou absoluta e coacção moral ou relativa: “na coacção física ou absoluta o coagido tem

consciência de estar a emitir uma declaração, mas a declaração é emitida por força de uma vontade que lhe é totalmente alheia⁴³. Esta situação parece, à primeira vista, dificilmente equacionável na contratação realizada através de agentes electrónicos. No entanto, devemos pensar no caso em que um vírus ou programa malicioso se instala no agente e desata a enviar propostas contratuais para todos os sítios e parceiros contratuais com os quais o agente em causa havia entrado em contacto⁴⁴ e cujos endereços constavam da sua memória. (Esta é uma situação que pode também verificar-se na contratação electrónica inter-sistémica automatizada). Na verdade, neste caso, haverá declarações contratuais emitidas (aparentemente) por um determinado agente, que utiliza um determinado login, *password* e assinatura electrónica. Mas na verdade, não é o agente que actua, mas outrem por si⁴⁵, ou mais precisamente, outrem que força a sua actuação em sentido não coincidente com a sua vontade. Na verdade, a vontade negocial do agente falta de todo neste caso e as declarações emitidas só o foram devido a uma força externa à qual o agente não conseguiu resistir. Pelo que, também aqui, as declarações “negociais” emitidas pelo agente inteligente deveriam ser consideradas como não produzindo qualquer efeito, nos termos do artigo 246º do CC⁴⁶.

a liberdade de acção totalmente excluída, enquanto na coacção moral ou relativa a liberdade está cerceada, mas não excluída (o coacto pode optar por outro comportamento, como sofrer o mal ou combatê-lo)”. No mesmo sentido, Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Pais Leitão de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, p. 655, que refere ainda a necessidade de distinguir as situações de “coacção moral em que a ameaça é feita com o concurso de meios físicos”.

⁴³ “[P]ode existir a consciência da acção como declaração, mas falta de todo a vontade do declarante, por causa não imputável a este”. Cf. Fernando Andrade Pires de LIMA e João de Matos Antunes VARELA, *Código Civil Anotado, op. cit.*, anotação ao artigo 246º.

⁴⁴ Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português, op. cit.*, p. 615: “No fundo, nem é bem o declarante que emite a declaração, mas aquele que exerce a força física sobre ele, servindo-se do declarante como instrumento”.

⁴⁵ Mas haverá que distinguir entre a coacção física (coacção absoluta) e a coacção moral com ameaça física. Cf. Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Pais Leitão de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, p. 653: “enquanto na coacção moral existe vontade negocial, embora essa vontade tenha sido pressionada, influenciada, viciada pelo medo causado pela ameaça, na coacção absoluta não existe qualquer vontade negocial, nem sequer viciada”.

⁴⁶ No caso das declarações emitidas por agente inteligente de *software*, tornam-se menos nítidos os contornos da distinção entre “coacção física” e “incapacidade acidental”. No entanto, no caso de acção desencadeada pela presença de vírus, parece-nos evidente a existência de uma força ou programa estranho ao agente e que determina a sua acção num sentido que nunca seria querido pelo próprio agente, de acordo com as regras determinadas pela única acção da sua “vontade” ou “intenção” livremente formada.

4.1.3. Erro na declaração

Diferente destes casos é a previsão do artigo 247º do CC, relativa ao erro na declaração. Trata-se de uma situação em que o declarante quer uma coisa mas na realidade, por erro, diz outra⁴⁷. Heinrich Hörster distingue a este respeito duas situações tipo diferenciadas⁴⁸: “No primeiro caso, trata-se de um erro na própria declaração, ou no acto da declaração (engano no meio declarativo, *lapsus linguae*, erro mecânico, erro ortográfico, etc.); no segundo caso, trata-se de um erro sobre o conteúdo da declaração (erro sobre o sentido real ou significado do declarado no ambiente em que ele foi proferido)”⁴⁹. À primeira vista parece que este tipo de erros⁵⁰ dificilmente ocorrerá relativamente a declarações negociais emitidas por agentes electrónicos em geral, e em particular nas emitidas por agentes inteligentes⁵¹. É que estes programas inteligentes dificilmente se enganarão ou equivocarão. Podemos dizer que o equívoco é muito mais da natureza humana do que da natureza dos agentes de

⁴⁷ A questão do erro constitui uma área muito vasta e diversificada. Cf. António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, op. cit.*, p. 807: “O erro implica uma avaliação falsa da realidade: seja por carência de elementos, seja por má apreciação destes e, num caso e noutro, por actuação própria ou por intervenção, maldosa ou inocente, da contraparte ou de terceiros. As hipóteses possíveis são infundáveis”. No entanto, há que estabelecer a distinção entre erro na declaração e erro-vício, referindo, tal como o faz Paulo Mota PINTO, “Requisitos de relevância do erro nos princípios de direito europeu dos contratos e no Código Civil português”, *op. cit.*, p. 51, que “diversamente do Código de Seabra, o Código Civil de 1966 considerou, na regulamentação do erro, a distinção entre erro na declaração – isto é, o que importa um dissídio entre a vontade e a declaração (*aliud voluit, aliud dixit*) e erro-vício, incidente na formação da vontade”. Claro que aqui estamos ante a questão do erro na declaração, enquanto divergência entre o querido e o manifestado. Relativamente ao erro vício, enquanto vício da vontade, cf. infra o ponto 5.3.1. Já no que respeita ao erro entendido como divergência entre a vontade e a declaração, cf. Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Pais Leitão de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, p. 699: “A divergência não intencional entre a vontade e a declaração ocorre sempre que o declarante inadvertidamente faz constar da sua declaração algo que não coincide com aquilo que queria declarar: é o erro na declaração, também designado erro-obstáculo (impede a expressão correcta da vontade negocial)”. Cf. ainda Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, 1983, p. 151: “Aqui o declarante diz o que não quer por inadvertência, engano ou equívoco. Emite a declaração divergente da sua vontade real sem dar por ela”. Ou, como aponta C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, pp. 492-493: “No erro-obstáculo, há uma divergência inconsciente entre a vontade e a declaração, mas há um comportamento declarativo do errante”.

⁴⁸ Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Livraria Almedina, 1992, p. 561.

⁴⁹ Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português, op. cit.*, p. 626.

⁵⁰ Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português, op. cit.*, p. 626: “A delimitação entre o erro na própria declaração (Erklarungsirrtum; Irrtum in Erklärungsakt) e o erro sobre o conteúdo da declaração (Inhaltsirrtum; Verlautbarungsirrtum) não é sempre fácil. Mas a lei submete ambos ao mesmo regime; assim o problema da delimitação não tem grande relevância jurídica no âmbito do regime do erro”.

⁵¹ Estamos a referir tanto os casos de erro na própria declaração, como os de erro sobre o conteúdo da declaração. É que, como refere Heinrich Hörster “A delimitação entre o erro na própria declaração (Erklärungsirrtum; Irrtum im Erklärungsakt) e o erro sobre o conteúdo da declaração (Inhaltsirrtum; Verlautbarungsirrtum) não é sempre fácil”. Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, p. 561.

software. No entanto, existe sempre a possibilidade de um bug informático ou até uma falha eléctrica causar uma declaração electrónica claramente errada. Imagine-se a seguinte situação: no decurso de uma negociação, entre agentes electrónicos, a uma série de propostas e contrapropostas, relativas a um determinado produto, situadas no espaço entre os 15 e os 45 euros, aparece uma declaração emitida por um agente que refere “447 euros”! Numa situação destas, muito provavelmente terá ocorrido uma qualquer falha informática que levou o agente a emitir uma declaração não conforme com a sua “vontade interna”, ou seja, com a sua estratégia de negociação para aquela concreta situação negocial. Neste caso parece claro, à luz do decurso da própria negociação entre os agentes e à luz da normal actuação de um agente inteligente, que a declaração foi emitida em erro, podendo portanto a mesma ser enquadrada na previsão legal do artigo 247º – a declaração negocial é anulável⁵². A menos que o erro em causa constitua um evidente erro de cálculo ou de escrita⁵³, o que em certos casos pode ser facilmente comprovado. Imagine-se uma declaração negocial incidindo sobre 9 unidades de um artigo, para o qual é proposto o preço unitário de 6 euros, e no entanto a declaração do agente electrónico apresenta um valor de 540 euros!!! Aqui parece evidente que este erro do agente electrónico se enquadraria na hipótese do artigo 249º do CC, que prevê a possibilidade de rectificação⁵⁴.

Pense-se agora numa outra hipótese, com base num exemplo adiantado por José de Oliveira Ascensão⁵⁵, relativamente a declarações negociais emitidas por pessoas singulares humanas, mas que bem o poderiam ser também por agentes electrónicos: “Abel encarrega Bento de levar a Carlos uma proposta de compra por 1.000 dólares americanos. Bento comunica 1.000 dólares australianos”. Claro que esta situação se centra em divergência surgida através de defeituosa transmissão da declaração por transmissário. Mas

⁵² “O acto é anulável e não nulo, e a anulabilidade depende de o destinatário da declaração conhecer ou dever conhecer a essencialidade para o declarante do elemento sobre que incidiu o erro”. Cf. Fernando Andrade Pires de LIMA e João de Matos Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, *op. cit.*, anotação ao artigo 247º.

⁵³ “[O] erro de cálculo ou de escrita constitui uma subespécie do erro na declaração, dando o direito à rectificação nos termos do art. 249º. Mas nem todo o erro de cálculo ou de escrita é relevante para efeitos do referido artigo”. Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, *op. cit.*, p. 565.

⁵⁴ “O simples erro de cálculo ou de escrita, revelado no próprio contexto da declaração ou através das circunstâncias em que a declaração é feita, apenas dá direito à rectificação desta”. Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, *op. cit.*, p. 566.

⁵⁵ Cf. José de Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil e Teoria Geral*, *op. cit.*, p. 213.

imaginemos que a situação adquire novos contornos e se passa da seguinte forma: Abel encarrega B (agente de software) de comprar um determinado bem ou produto, por um valor até 1.000 dólares americanos. B contacta C (também agente de software) que está vendedor do produto em causa. E após uma proposta de C de venda do produto por 950 £ (novecentas e cinquenta libras inglesas), B aceita, sem reparar que a divisa em que estava a negociar era a Libra e não o dólar.

Questão a colocar neste caso é a de saber se, face à parte final do artigo 247º, o agente electrónico C (que aparentemente negociava em Libras) conhecia ou não que a negociação em dólares era um elemento essencial para o agente electrónico B. Esta questão pode suscitar muitas dúvidas que só poderão ser resolvidas, de uma ou de outra forma, perante as circunstâncias concretas do caso. Na situação aqui referida, podemos equacionar a possibilidade de o agente B ter formulado sempre as suas propostas em dólares e, por isso, o agente C conhecer, ou dever conhecer, que era em dólares que o agente B queria negociar. No entanto, a situação sub-judice, pode-se ainda complicar noutro sentido, de modo a tornar-se difícil a distinção entre o erro na declaração e o erro de escrita. Pensemos na possibilidade de, no caso anterior, os agentes negociarem em dólares australianos, mas o agente vendedor aceitar a proposta final em dólares americanos. Neste caso, poderíamos ser levados a pensar, pelo próprio contexto da negociação e pela troca de mensagens efectuadas, que estaríamos já perante um evidente erro de escrita, ao abrigo do artigo 249º do CC.

Como se vê, a distinção entre estes dois tipos de desconformidade (erro na declaração/erro de cálculo ou de escrita) entre o declarado e o “querido” nem sempre é evidente⁵⁶, muito menos nos casos de contratação electrónica inter-sistémica inteligente. E, no entanto, a lei prevê consequências diferentes para as hipóteses destes dois artigos. Assim, enquanto no artigo 247º se prevê expressamente a possibilidade de anulação da declaração⁵⁷, já no artigo 249º

⁵⁶ Cf. Fernando Andrade Pires de LIMA e João de Matos Antunes VARELA, *Código Civil Anotado, op. cit.*, na anotação ao artigo 249º referem que o erro de cálculo ou de escrita contemplado por este artigo “deve tratar-se de um lapso ostensivo, sob pena de o caso ficar sob a alçada do artigo 247º”.

⁵⁷ Mas com a reserva constante da 2ª parte do artigo: “desde que o declaratório conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro”, o que pode colocar sérias dificuldades à aplicação deste artigo em caso de troca de declarações por agentes electrónicos. Relativamente a esta questão, esclarece-nos Heinrich Hörster que “O elemento é essencial quando é decisivo para o declarante! Isto significa, pelo

se prevê apenas um direito à rectificação⁵⁸. Pelo que haverá que analisar todos os elementos disponíveis em cada caso para que seja feito um correcto enquadramento legal da situação. O Decreto-Lei nº 7/2004, de 7 de Janeiro, no seu artigo 33º, nº 2, alínea b), relativamente às situações de contratação entre computadores sem intervenção humana, limita-se a mandar aplicar as regras sobre o erro na declaração às situações em que haja “funcionamento defeituoso da máquina”. Esta formulação pode merecer vários reparos, desde logo porque é extremamente vaga e genérica. Por um lado, não refere com rigor o que entende por funcionamento defeituoso da máquina. Já acima referimos a hipótese de funcionamento defeituoso por efeito de vírus informático e o modo como a acção desse tipo de programas, que se instalam sobre outros, alterando o normal modo de funcionamento destes, poderá equivaler a uma nova espécie de coacção física “electrónica”. Parece-nos evidente que esta situação se configura como algo diferente daquela outra, também já referida, em que o erro provém de bug informático do próprio agente ou sistema informático, ou de uma falha decorrente até de falha eléctrica. Por outro lado, o artigo 33º, nº 2, alínea b), também nada diz relativamente à distinção entre os casos de erro na declaração propriamente dito e de erro de cálculo ou de escrita, limitando-se a mandar aplicar as regras sobre o erro na declaração. Mas tratando-se a hipótese do artigo 249º do CC uma subespécie do erro na declaração⁵⁹, pensamos que também esta hipótese haverá de ser equacionada em aplicação do artigo 33º, nº 2, alínea b), e em sede de análise do erro proveniente de declaração emitida por agente de *software*.

menos no âmbito da conclusão de um contrato, que o elemento é essencial quando for necessário, no sentido do art. 232º”. Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 562. Atente-se ainda no que Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Pais Leitão de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 700, refere a este propósito: “Mas a essencialidade, só por si, não é suficiente: é ainda necessário que a mesma essencialidade seja conhecida, ou não deva ser ignorada, da outra parte”. No entanto este Autor entende ser bastante “nas circunstâncias concretas do negócio, a outra parte devesse, com uma diligência normal, conhecê-la”. Atente-se ainda nos exemplos referidos por C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 495 e que, segundo este Autor, merecerão um tratamento especial.

⁵⁸ Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., p. 631.

⁵⁹ “Também o erro de cálculo ou de escrita constitui uma subespécie do erro na declaração, dando direito à rectificação nos termos do art. 249º”. Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 565. Como referem Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Pais Leitão de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 700: “Em vez de se anular a declaração negocial, importa neste caso corrigi-la, desde que se verifiquem os pressupostos da correcção”.

4.2. Divergências intencionais

No âmbito já da divergência intencional, pressupõe-se a capacidade das pessoas singulares (humanas) de intencionalmente emitirem uma declaração não concordante com a sua vontade real, de modo a obterem uma vantagem para si próprio(s) ou uma desvantagem ou prejuízo para terceiro(s). São os casos de declarações negociais emitidas através de Simulação⁶⁰ e de Reserva Mental⁶¹, previstos pelos artigos 240º a 244º do CC. Esta situação que aparece com toda a naturalidade e clareza relativamente a declarações emitidas por humanos, pressupõe, no caso de contratação através de agentes electrónicos inteligentes, a necessidade de uma resposta a uma questão que vem sendo muito debatida entre os autores da área informática, e de um modo muito particular entre todos os que se dedicam às questões da Inteligência Artificial e do Comércio Electrónico realizado através de agentes e sistemas multi-agentes: pode ou não um agente electrónico inteligente deliberadamente omitir ou mentir? Parece que apesar de tendencialmente os agentes serem assumidos como verídicos, a possibilidade da mentira existe de facto⁶². A simples consideração desta possibilidade, na contratação electrónica inter-sistémica inteligente, força-nos a termos que encarar a possibilidade de ocorrência de divergências intencionais entre a vontade do agente e a sua declaração, força-nos a uma análise das figuras da Simulação e da Reserva Mental nos ambientes de Comércio Electrónico em que actuem agentes inteligentes de *software*.

⁶⁰ Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., p. 592.

⁶¹ Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., p. 611.

⁶² “[A]pesar dos agentes se assumirem como verídicos – dizendo ou expressando a verdade – trilharam o seu próprio caminho baseados na sua estrutura de crenças e atributos”. Cf. Luís Filipe de Quintas BRITO, *Uma abordagem Multiagente à problemática do comércio electrónico*, Braga, Universidade do Minho, 2003, pp. 95-96. E este autor vai mesmo mais longe ao considerar que “num mercado aberto, não pode ser assumido que os agentes sejam necessariamente verídicos” (pp. 96-97). Também José Manuel Ferreira MACHADO, *Agentes Inteligentes como Objectos dum Sistema Distribuído de Realidade Virtual*, op. cit., refere a pp. 90-91 que “[u]m agente pode, deliberadamente, passar informação falsa aos outros agentes”.

4.2.1. Simulação e reserva mental⁶³

É sobejamente conhecida a distinção entre estes dois tipos de divergência intencional entre a vontade e a declaração. Em ambos os casos se pressupõe a emissão de uma declaração não concordante com a vontade real do declarante, com o intuito de enganar alguém. A diferença essencial reside porém no facto de que, no caso da simulação, a declaração expressa (intencionalmente discordante da vontade real) resulta de acordo entre o declarante e o declaratário, no intuito de enganar terceiros⁶⁴; enquanto na situação de Reserva Mental, é apenas o declarante que emite uma declaração não concordante com a sua vontade real, agora com a intenção de enganar o próprio declaratário⁶⁵. Para o que aqui nos interessa, no entanto, o fundamental reside no comportamento do declarante (conluído ou não com mais alguém) que actua com intenção de enganar outrem⁶⁶. Poderá um agente inteligente de

⁶³ Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., pp. 592 e ss. e 611-612. Cf. Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Pais Leitão de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., pp. 678 e ss. e 695-696.

⁶⁴ Relativamente aos requisitos da simulação, cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., p. 592 referem como pressupostos da simulação: “1) Uma divergência entre a declaração negocial e a vontade real do declarante; 2) Um acordo entre declarante e declaratário a este respeito. A existência deste acordo (o chamado ‘acordo simulatório’) significa que ambos conhecem a divergência que é, assim, intencional. 3) O intuito de enganar terceiros, que também é intencional”. Cf. António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral*, op. cit., p. 843, que refere também três requisitos: “um acordo entre o declarante e o declaratário; no sentido de uma divergência entre a declaração e a vontade das partes; com o intuito de enganar terceiros”. Cf. ainda Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, 1983, p. 150. No entanto, há que referir que a figura da Reserva Mental se subdivide em duas modalidades diferentes: reserva mental desconhecida e reserva mental conhecida do declaratário. Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., p. 611. Cf. ainda Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., pp. 548-549. A estas duas modalidades correspondem efeitos diversos: “Tratando-se de uma reserva mental desconhecida do declaratário, ela não afecta a validade da declaração negocial, feita pelo declarante, que produz os seus efeitos normais como se não tivesse havido a reserva. [Quem] declarar conscientemente uma coisa ao contrário daquilo que realmente pretende, fica vinculado à sua declaração. Assim o exige o interesse do declaratário em ser protegido; assim também o reclama a necessidade da segurança do tráfico jurídico”. Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 548. Consequência diferente terá já a reserva mental conhecida do declaratário. Neste caso, a reserva tem os mesmos efeitos da simulação, e a declaração, consequentemente, será nula – artigos 244º, nº 2, e 240º, nº 2, do CC. Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 549. Cf. ainda Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Pais Leitão de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., pp. 682-698; e C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., pp. 466-488.

⁶⁵ Cf. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, op. cit., pp. 215-216; C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 486; e Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Pais Leitão de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., pp. 697-698. O que realmente releva é o intuito de enganar. E, como refere C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 488: “Nem sequer se exceptua expressamente o caso de ter havido uma boa intenção como, p. ex., tranquilizar um moribundo”.

⁶⁶ E não necessariamente prejudicar. É que a existência ou não do intuito de prejudicar já nos coloca perante uma outra distinção, aquela que a Doutrina estabelece entre simulação fraudulenta e simulação inocente. Cf. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, op. cit., p. 172: “A simulação diz-se fraudulenta quando foi feita com o

software actuar desta forma? Poderá um agente de *software* mentir, ou omitir informação, no sentido de enganar outro agente (ou até um humano) com o qual esteja negociando? Ou, acordar uma estratégia com outro agente, no sentido de enganar um terceiro (electrónico ou humano)?

É de referir aqui ainda o facto de a figura da simulação poder ser subdividida em duas categorias distintas: simulação absoluta e simulação relativa. Na primeira, as partes no negócio simulado não querem, na realidade, concluir negócio nenhum. Já na segunda, as partes querem efectivamente concluir um negócio, mas diferente do que aparece como concluído⁶⁷. De todo o modo, para que se possa falar de simulação, haverá que verificar a existência dos requisitos fundamentais desta figura⁶⁸.

A equacionação das hipóteses de simulação (absoluta ou relativa) ou de reserva mental em transacções operadas através de agentes inteligentes de *software* leva-nos a ter que responder a duas questões essenciais: a primeira (já enunciada supra), pode ou não um agente de *software* mentir, ocultar, enganar? Já vimos acima que a resposta a esta questão é positiva, o agente actua de acordo com uma determinada estratégia, em ordem à prossecução de determinados objectivos, e, assim sendo, existe uma real possibilidade de os agentes nem sempre declararem a verdade, ou não declararem toda a verdade, ou, para colocar a questão noutros termos, nem sempre actuarem

intuito não só de enganar mas também de prejudicar terceiros (de modo ilícito) ou de contrair a qualquer disposição legal (*animus nocendi*); e diz-se inocente quando só houve o intuito de enganar terceiros, sem os prejudicar (*animus decipiendi*). Cf. ainda C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, p. 467, que não deixa no entanto de apontar, face ao disposto no artigo 242º, n.ºs 1 e 2, do CC, “o escasso interesse civilístico da referida dicotomia”. É que, como referem Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Pais Leitão de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, p. 683, “Os casos de simulação inocente não são frequentes: na maior parte das vezes, os simuladores agem com o intuito de enganar e prejudicar terceiros”.

⁶⁷ Cf. Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Pais Leitão de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, p. 682: “Quando, sob a aparência criada com a simulação existir um negócio oculto, fala-se de simulação relativa; quando sob o negócio aparente nenhum negócio verdadeiro existir, fala-se de simulação absoluta”. Cf. ainda Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil – Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, p. 536. Cf. ainda C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, pp. 467-648. Cf. António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, op. cit.*, p. 844: “A simulação é absoluta quando as partes não pretendam celebrar qualquer negócio; é relativa sempre que, sob a simulação, se esconda um negócio verdadeiramente pretendido: o negócio dissimulado”.

⁶⁸ “1º uma divergência entre a vontade real e a vontade declarada; 2º o intuito de enganar terceiros (enganar não é a mesma coisa que prejudicar!); 3º um acordo entre declarante e declaratório, o chamado acordo simulatório”. Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil – Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, pp. 535-536. Atente-se que não é necessário que haja intenção de prejudicar o terceiro. Esta intenção pode verificar-se (estaremos então perante um caso de simulação fraudulenta) ou não (simulação inocente). Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil – Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, p. 537.

de boa fé. A segunda questão prende-se já não com a possibilidade de mentir, mas com o objectivo da mentira: porque mentirá (ou omitirá a verdade) um agente de *software*? Haverá alguma razão que leve um agente a simular um negócio ou a emitir uma declaração que não corresponde à sua vontade, com o intuito de enganar outrem? Poderá o agente, fruto da sua base de conhecimento (que poderá até incluir conhecimentos de regras jurídicas) e da sua experiência, ter interesse em adoptar um tal comportamento? Quais as razões que poderão levar um agente de *software* a, por exemplo, participar num negócio simulado? Poderá, com efeito, haver razões que levem o agente de *software* a emitir intencionalmente uma declaração que não corresponda à realidade e essas razões não serão muito diferentes daquelas que normalmente são apontadas para os casos de contratação entre humanos⁶⁹ – obter qualquer vantagem, enganando outrem ou o Estado. E a incorporação de bases de dados jurídicas, por exemplo, na Base de Conhecimento de um agente, poderá levar este a adoptar estratégias que, contornando certas regras, lhe possibilitem maximizar os resultados obtidos. Não nos parece, portanto, totalmente descabido equacionar a possibilidade de negócios simulados ou celebrados com reserva mental, ainda que os únicos participantes nesses negócios sejam agentes inteligentes de *software*. Ainda que para esse efeito tenhamos que considerar, com Manuel de Andrade, que a divergência entre a declaração emitida e a vontade do agente terá que ser “livre – querida e propositadamente realizada”⁷⁰. No nosso caso, pelo agente electrónico, claro!

⁶⁹ Heinrich Hörster refere a propósito da simulação, a possibilidade desta incidir sobre o valor do negócio: “(aqui pretendem-se vantagens económicas secundárias, não realizáveis sem a simulação; p.ex., uma menor carga fiscal por meio da ocultação de lucros realizados ou da apresentação de prejuízos não sofridos ou da indicação de um preço fingido ou de transferências invisíveis de capitais por via de sobrefacturação ou de subfacturação”. Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil – Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 543. Cf. também Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, op. cit., p. 202: “Um devedor pode prejudicar os seus credores com negócios simulados que diminuam o seu activo (alienações) ou agravem o seu passivo (assunção de novas obrigações)”.

⁷⁰ Cf. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, op. cit., p. 169.

4.2.2. Declarações não sérias⁷¹

Diferente das hipóteses acima referidas é a prevista pelo artigo 245º do CC, que nos refere o caso das chamadas “declarações não sérias”. Neste tipo de declarações existe também uma divergência intencional entre aquilo que é declarado e aquilo que é a vontade do autor da declaração, mas falta de todo o intuito de enganar (e *a fortiori* claro que também falta o intuito de prejudicar). Refere-se este artigo ao caso em que o declarante, não querendo enganar ninguém, age contudo “na expectativa de que o declaratário se aperceberá do propósito não sério que inspira a declaração”⁷². Ou seja, por vezes até para melhor ilustrar a sua vontade, o declarante afirma precisamente o contrário daquilo que quer, esperando que o declaratário compreenda o real sentido das suas palavras. A este propósito costuma a Doutrina falar de declarações jocosas, didácticas ou cénicas⁷³. Este será porventura o caso de divergência intencional entre vontade e declaração mais dificilmente equacionável a propósito das declarações emitidas por agentes inteligentes de *software*. Contudo, mesmo aqui é sempre possível considerar a possibilidade de, por exemplo, um agente electrónico emitir uma declaração apenas com o objectivo de demonstrar o absurdo de uma determinada proposta da contraparte (*demonstrationis causa*) e sem que haja, com toda a evidência, qualquer intenção de emissão de uma verdadeira declaração negocial, muito menos de aceitação de proposta. Imagine-se uma sessão ou ronda negocial, em que os valores apontados pelos agentes electrónicos envolvidos fossem os seguintes:

⁷¹ Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, *op. cit.*, p. 613. Cf. ainda Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Pais Leitão de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, *op. cit.*, p. 654.

⁷² Cf. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, *op. cit.*, p. 151; C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, *op. cit.*, p. 488; e Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Pais Leitão de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, *op. cit.*, p. 657.

⁷³ “Por declaração não séria designa o art. 245º nº 1, a declaração feita na expectativa de que a sua falta de seriedade não seja desconhecida por parte do declaratário”. Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, *op. cit.*, p. 613. Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil – Teoria Geral do Direito Civil*, *op. cit.*, p. 549. Como referem Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Pais Leitão de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, *op. cit.*, p. 657, “nestes casos não existe verdadeiramente acção negocial, embora haja a sua aparência”. Cf., no entanto, o comentário de António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral*, *op. cit.*, p. 793: “A declaração não séria distingue-se da falta de consciência da declaração pela “expectativa de que a falta de seriedade não seja desconhecida”. Para este autor, tal expectativa “terá de ser objectivamente cognoscível, aquando da sua emissão e isso segundo critérios de normalidade e razoabilidade sociais”.

Agente A propõe-se vender o bem X
Agente B oferece 40 € por X
Agente A contrapõe 80 €
Agente B oferece 45 €
Agente A contrapõe 80 €
Agente B oferece 50 €, declarando ser essa a sua última oferta
Agente A contrapõe 80 €
Agente B declara “oferecer” 365 € + 365 dias de férias num site de jogos de computador!!!!

Na sequência deste conjunto de propostas e contra-propostas, a última declaração de B só pode ser entendida como uma demonstração da inutilidade da negociação. Não pode ser levada a sério enquanto declaração negocial, dado que manifestamente, no contexto das declarações anteriormente proferidas por B, não se enquadra nos limites expressamente definidos pelo próprio agente B. Por outro lado, esta última declaração de B pode ser entendida, por um lado, como uma declaração didáctica (*demonstrationis causa*), destinada a enfatizar o absurdo da irredutibilidade negocial da contraparte, mas também como uma declaração jocosa (*ludendi causa*) – e não está posta de parte a possibilidade de os agentes aprenderem umas graças para utilizarem em situações de “enfado” com o comportamento negocial da contraparte⁷⁴.

⁷⁴ No entanto, situações poderão ocorrer em que os agentes electrónicos poderão, eventualmente, com declarações deste tipo, originar verdadeiros problemas de interpretação relativamente à questão da seriedade (ou falta dela) da declaração. É que, nos termos do artigo 245º, nº 2, do CC. “Se, porém, a declaração for feita em circunstâncias que induzam o declaratório a aceitar justificadamente a sua seriedade, tem ele o direito de ser indemnizado pelo prejuízo que sofrer”.