

# Assinaturas Electrónicas, Documentos Electrónicos e Garantias Reais

Reflexões Sobre a Viabilidade de Constituição de Garantias Imobiliárias por Meios Electrónicos à Luz da Lei Portuguesa

## Resumo

O comércio electrónico tem sido utilizado pelo legislador europeu como mecanismo de realização do mercado comum. Todavia, no que concerne à liberdade de circulação de capitais (designadamente na sua dimensão de acesso a garantias imobiliárias), vigoram na maioria dos países europeus regras de notariado latino, que fazem depender a aquisição de direitos reais sobre imóveis de declarações de vontade materializadas em documento público. Importa saber se, à luz da lei portuguesa, o próprio documento público (ou o documento particular autenticado) pode ser emitido em suporte electrónico: a ser assim, abrir-se-á a porta a negócios sobre imóveis celebrados entre ausentes (e desconhecidos), potenciando a criação de um mercado europeu de garantias imobiliárias.

## I. Introdução

O comércio electrónico<sup>1</sup> tem sido encarado pelos legisladores nacionais e (principalmente) pelo poder legislativo comunitário como uma virtuosidade que deve ser incentivada<sup>2</sup>. Percebe-se que assim seja: afinal, a distintiva desnecessidade de comparência física dos contraentes pode ser determinante no estabelecimento de um verdadeiro mercado único, ao permitir que vontades negociais de todo o espaço europeu se encontrem. Ademais, é

<sup>1</sup> Não parece haver uma definição unânime de *comércio electrónico*, sendo apenas certo que, na sua formulação mais ampla, se liga ao estabelecimento de relações jurídicas mediante a utilização de computadores e de redes de telecomunicações (cfr. Ian Walden, “Regulating Electronic Commerce: Europe in the Global Economy”, *O Comércio Electrónico — Estudos Jurídico-Económicos*, coordenado por Glória Teixeira, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 9), pelo que é nesta acepção que aqui nos referimos. Sobre as várias definições adoptadas pelas organizações internacionais, vide Martien Schaub, *European Legal Aspects of E-commerce*, Europa Law Publishing, Amesterdão, 2004, pp. 4. Entre nós, Miguel Pupo Correia, “Sociedade de Informação e Direito: A Assinatura Digital”, *Revista de Derecho Informático*, n.º 12 define-o como “a utilização de tecnologias de informação avançadas para aumento da eficiência de relações entre parceiros comerciais ou para desenvolvimento de vendas de bens e serviços”, ao passo que Mário Castro Marques avança um conjunto de definições possíveis, se bem que sempre arrefegadas à qualificação dos contratos como comerciais. Cfr. Mário Castro Marques, “O Comércio Electrónico — Algumas questões jurídicas”, *O Comércio Electrónico — Estudos Jurídico-Económicos*, coordenado por Glória Teixeira, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 39. Já Alexandre Dias Pereira enuncia-o como “a negociação realizada por via electrónica, isto é, através do processamento e transmissão electrónicos de dados”. Alexandre Dias Pereira, *Comércio Electrónico na Sociedade de Informação: da segurança técnica à segurança jurídica*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 14.

<sup>2</sup> Neste sentido, cfr. Ian Walden, “Regulating Electronic Commerce...”, pp. 10. De facto, atente-se na Comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões COM(97)157, de 15.04.1997 (“Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico”) onde o Comércio Electrónico é tido como a chave de desenvolvimento e de expansão das empresas europeias e na redução do desemprego: “A sua rápida implementação constitui um desafio urgente para o comércio, a indústria e os governos na Europa. O comércio electrónico torna possível o comércio com baixos custos através de regiões e de fronteiras nacionais”.

o comércio electrónico a chave para a internacionalização, a baixo custo, das pequenas e médias empresas, que podem assim vender os seus produtos em mercados estrangeiros; do mesmo modo, ao permitir oferecer a cada consumidor propostas negociais de um espaço internacional, estimula-se a concorrência, facultando a opção por um leque mais alargado de fornecedores de bens e serviços<sup>3</sup>.

Se tais vantagens são inegáveis, igualmente incontestáveis são os perigos que este modo de contratação implica, seja pela incúria de consumidores menos avisados que possam assumir obrigações que não compreendem cabalmente, seja porque se abrem brechas ao controlo jurisdicional de uma actividade que, frequentemente, atravessa várias fronteiras, não se submetendo ao domínio judicial de um único Estado. Ademais, o carácter impessoal da maioria dos negócios celebrados vem potenciar a eventualidade de comportamentos ilícitos, uma vez que os outorgantes exprimem as suas declarações de vontade em documentos electrónicos sem conhecer a contraparte ou estar sequer certas da sua existência.

É este binómio antitético (incentivar a contratação electrónica<sup>4</sup> mas precaver os seus sujeitos dos riscos a ela inerentes) que vem orientando a produção legislativa neste domínio; na verdade, o legislador vem removendo os obstáculos desnecessários ao estabelecimento de relações jurídicas por via electrónica<sup>5</sup> mas estabelecendo regras que atenuem, tanto quanto possível, os perigos inerentes à assunção de obrigações através de meios informáticos<sup>6</sup>. Um dos vectores da actividade normativa a que nos referimos radica na

<sup>3</sup> Tanto assim é que, noutra organização de integração económica — o Mercosul — se pretendem adoptar passos similares, pelo que se têm realizado reuniões bilaterais entre este e a União Europeia com vista à adopção de mecanismos similares de potenciação da utilização das assinaturas electrónicas. Sobre o tema, *vide Cfr.* Marcelo Corrales, “Mercosur: E-Signatures In Mercosur Countries”, *Revista de Derecho Informático*, ISSN 1681-5726, Nº. 116, 2008, pp. 955, disponível em [http://www.alfa-redi.com/apc-aa-alfaredi/img\\_upload/9507fc6773bf8321fcad954b7a344761/corrales.pdf](http://www.alfa-redi.com/apc-aa-alfaredi/img_upload/9507fc6773bf8321fcad954b7a344761/corrales.pdf) e acedido a 27 de Agosto de 2009.

<sup>4</sup> Utilizamos a expressão “contratação electrónica” no seu sentido técnico, isto é, referindo-nos às declarações negociais produzidas através de meios informáticos. Esta figura é apelidada por Paula Costa e Silva de “contratação automatizada”, que a distingue da “contratação electrónica em sentido estrito”, aquela em que as declarações de vontade são transmitidas por meios telemáticos mas não produzidas dessa forma (pense-se no envio por fax). Sobre a distinção, *cfr.* Paula Costa e Silva, “A Contratação Automatizada”, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IV, Associação Portuguesa do Direito Intelectual, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 290.

No nosso entender, e como a própria Autora reconhece, só a contratação electrónica em sentido técnico (ou, na sua terminologia, a “contratação automatizada”) reclama verdadeiramente uma regulação específica, atendendo aos desvios que avultam da materialização única das declarações de vontade em suporte incorporado que não se verificam na transmissão telemática de documentos assentes em papel.

Por outro lado, deve frisar-se que também não aderimos à definição avançada por Sebastião Nóbrega Pizarro, *Comércio Electrónico: Contratos Electrónicos e Informáticos*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 74. Para o Autor, no contrato electrónico “as manifestações de vontade são expressas sem que as partes estejam defronte uma da outra”. Ora, sendo esta uma das mais importantes vantagens da contratação electrónica, não cremos fazer parte do seu conceito: os outorgantes podem estar simultaneamente presentes e emitir as suas declarações de vontade num documento electrónico, não deixando de se estar, nesse caso, perante um *contrato electrónico*.

<sup>5</sup> Neste sentido, *cfr.* Ian Walden, “Regulating Electronic Commerce...”, pp. 10.

<sup>6</sup> O legislador comunitário tem assumido um papel preponderante nesta área. Lembre-se a Directiva 97/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das telecomunicações, publicada no *Jornal Oficial da União Europeia* (JOUE) em 30.01.1998; a Directiva 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância, publicada no JOUE de 04.06.1997; a Directiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno («Directiva sobre comércio electrónico»), publicada no JOUE de 17.07.2000; a Directiva 2000/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Setembro de 2000 relativa ao acesso à actividade das instituições de moeda electrónica e ao seu exercício, bem como à sua supervisão prudencial, publicada no JOUE de 27.10.2000.

Da mesma forma, mas no plano internacional extracomunitário, a UNCITRAL tem vindo a desenvolver esforços no sentido do reforço do comércio electrónico. Nessa medida, atente-se nas Leis-Modelo sobre comércio electrónico de 1996 e sobre Assinaturas Electrónicas de 2001, e na Convenção das Nações Unidas sobre o Uso de Comunicações Electrónicas em Contratos Internacionais de 2007, que ainda não entrou em vigor por não ter obtido o número mínimo de ratificações.

aceitação dos documentos e mensagens electrónicas como forma válida de contratação, embora envolvendo-a em cautelas que permitam afastar os receios que concita<sup>7</sup>.

A aceitação da contratação por meios electrónicos poderia significar um importante avanço na correcção de um dos aspectos da tardia e deficiente realização da liberdade de circulação de capitais — a inexistência de um mercado europeu de garantias imobiliárias. De facto, por uma série de razões, é praticamente irrelevante o crédito hipotecário internacional no quadro comunitário, sendo hoje problemático a um proprietário de um imóvel sito em Portugal que uma instituição bancária estrangeira aceite uma hipoteca sobre o seu prédio.

Sendo certo que as razões da deficiente realização do mercado europeu de hipotecas não radicam apenas (nem principalmente) na forma da sua constituição, certo é que a exigência da presença simultânea das partes no momento da sua titulação é mais um óbice que dificulta a sua prestabilidade na garantia de créditos internacionais. Nessa medida, e porque a contratação electrónica é especialmente útil na celebração de contratos entre ausentes e desconhecidos, a viabilidade de constituição electrónica de um direito real de garantia sobre imóveis constituiria a superação de um obstáculo e, assim, um incentivo a que estas relações jurídicas pudessem ser estabelecidas mais amiúde. Aliás, mesmo no quadro da proposta de criação de uma garantia real imobiliária de raiz europeia (a euro-hipoteca), dotada de grande flexibilidade e especialmente vocacionada para caucionar obrigações internacionais, certo é que o seu sucesso estará igualmente dependente da admissibilidade da sua formalização sem a presença física e simultânea do credor e do devedor, desígnio para o qual a utilização de meios electrónicos pode constituir uma mais-valia.

Assim, o nosso estudo destina-se, primordialmente, a solucionar o problema de saber se é hoje viável, à luz da lei portuguesa, constituir através de meios electrónicos uma hipoteca sobre coisa sita em Portugal. Para este efeito, exploraremos o regime jurídico da assinatura electrónica e ajuizaremos da sua compatibilidade com os instrumentos jurídicos comunitários sobre a matéria.

De seguida, e de acordo com o valor que o legislador português houver atribuído aos documentos electrónicos a que for aposta uma assinatura electrónica, procuramos indagar a viabilidade de cumprimento das formalidades impostas à constituição de garantias reais sobre imóveis através de documentos informáticos incorpóreos, designadamente quanto à exequibilidade de um documento particular autenticado revestir natureza electrónica.

## II. Documentos Electrónicos — dificuldades inerentes a uma nova realidade.

No comércio electrónico, prescinde-se inevitavelmente da proximidade e imediação que caracteriza outras formas de celebração de negócios jurídicos. Na verdade, se as formalidades presenciais de contratação implicam a interposição de um conjunto de elementos pessoais das partes, a conclusão negocial sem a comparência simultânea dos outorgantes está construída em torno de um suporte de papel, garantindo-se tradicionalmente a identidade dos intervenientes e a regularidade do seu consentimento através de mecanismos que pressupõem a materialização física do negócio<sup>8</sup>. Ora, sabendo-se que a *“eficácia jurídica*

<sup>7</sup> Note-se porém que, como bem lembra Marcelo Corrales, não é o comércio electrónico o único beneficiado do recurso a documentos electrónicos: *“public states agencies which are at the moment overloaded with great amounts of documents in paper support that occupy a significant and expensive space of files in their offices making difficult to find them when it is necessary and making the access very slow and tedious”*. Cfr. Marcelo Corrales, “Mercosur: E-Signatures In Mercosur...”, pp. 8. Para uma mais detalhada análise das vantagens decorrentes da utilização, pela Administração Pública, de documentos electrónicos, vide Pedro Gonçalves, “O Acto Administrativo Electrónico”, *Scientia Iuridica*, Janeiro-Junho de 1997, n.ºs 265/267, pp. 49 a 51.

<sup>8</sup> Nas impressionantes palavras de Miguel Pupo Correia, *“A cultura jurídico-económica tradicional estava — e ainda está, em larga medida... — baseada no uso de documentos escritos em papel, pelo que todo esse alicerce conceitual ficou posto em questão quando se deparou a possibilidade de eles passarem a ser remetidos por via electrónica”*. Miguel Pupo Correia, “Assinatura Electrónica e Certificação Digital”, 2003, pp. 1, disponível no portal electrónico da Associação Portuguesa de Direito Intelectual (<http://www.apdi.pt>), acedido em 17.07.2009.

Assim, deve concordar-se com Oliveira Ascensão quando considera que a *forma* (e a assinatura) é o mais considerável problema que se coloca na celebração de negócios jurídicos por via electrónica. Cfr. José de Oliveira Ascensão, “Contratação Electrónica”, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 52.

dos documentos depende da confiança que possam merecer como reproduções fidedignas de factos ou objectos, em especial de manifestações de vontade contratual de determinadas pessoas”<sup>9</sup>, se os negócios jurídicos deixarem de estar fisicamente materializados, assentando num documento electrónico<sup>10</sup>, vão colocar-se os mesmos problemas que a ordem jurídica já havia solucionado em redor da materialização em papel.

Assim, a primeira questão que se coloca no âmbito da contratação electrónica é a da certeza quanto à identidade das partes — a autenticidade enquanto correspondência entre o autor aparente e real da declaração electrónica. Na verdade (sobretudo se pensarmos na utilização de documentos electrónicos na celebração de negócios jurídicos através da internet, mas também nos casos de transmissão de declarações negociais através de meios telemáticos<sup>11</sup>), esta é, as mais das vezes, francamente impessoal, mormente quando se prescinde da transmissão de voz ou imagem. Nessa medida, será mais fácil a alguém passar-se por outra pessoa.

O segundo problema que o comércio electrónico coloca é o da integridade do conteúdo do documento a que o sujeito se vinculou. Com efeito, diferentemente do que sucede com as formalidades assentes em papel, se a informação constante de um documento electrónico for adulterada, a corrupção do seu conteúdo pode ser indetectável ou, pelo menos, de revelação difícil e falível<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Cfr. Miguel José de Almeida Pupo Correia, “Documentos Electrónicos e Assinatura Digital: As Novas Leis Portuguesas”, *Revista de Derecho Informático*, N.º 23 — Junho de 2000, <http://www.alfa-redi.org/>, acedido em 9 de Junho de 2009. No mesmo sentido, cfr. Alexandre Dias Pereira, *Comércio Electrónico na Sociedade...*, pp. 18, que defende que “a promoção do comércio electrónico depende da confiança que as empresas e os consumidores nele depositem”.

<sup>10</sup> Documento electrónico é legalmente definido como “o documento elaborado mediante processamento electrónico de dados” (cfr. alínea a) do n.º 2 do art. 2.º do regime jurídico dos documentos electrónicos e da assinatura digital, constante do Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 88/2009, de 9 de Abril) o que, aliado à definição de “documento” constante do art. 362.º do Código Civil, implica a conclusão que um documento electrónico é qualquer objecto elaborado mediante processamento electrónico de dados com o fim de reproduzir ou representar uma pessoa, coisa ou facto.

A definição (uma originalidade do legislador nacional que não era imposta pela Directiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas) deve considerar-se tecnologicamente neutra, já que abrange todo e qualquer documento que haja sido criado por computador.

Ainda assim, a Doutrina propõe algumas classificações de documentos electrónicos. Diferencia, por um lado, quanto ao modo de introdução na memória do computador, entre o *documento electrónico originário* — aquele que foi mecanicamente construído no computador mediante a reprodução ou representação de um facto externo — e o *documento electrónico derivado* — aquele que foi introduzido na memória do computador através de aparelhos de digitalização; por outro lado, quanto à forma de armazenamento, distingue entre *documentos electrónicos em sentido estrito* — aqueles que são armazenados em memória digital e que só são descodificáveis através de meios informáticos — e *documentos electrónicos em sentido amplo ou documentos informáticos* — aqueles que, gerados por um computador, são materializados em suporte clássico, podendo ser descodificados sem apoio de meios informáticos (por exemplo, os documentos emitidos por uma impressora). Sobre a distinção, cfr. Miguel José de Almeida Pupo Correia, “Documentos Electrónicos e Assinatura Digital: As Novas Leis Portuguesas”, *Revista de Derecho Informático*, N.º 23 — Junho de 2000, <http://www.alfa-redi.org/>, acedido em 9 de Junho de 2009 e Joel Timóteo Ramos Pereira, *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*, Quid iuris, Lisboa, 2004, pp. 627.

A pertinência prática das classificações é óbvia: se qualquer destes conjuntos de documentos é subsumível na definição legal de *documento electrónico*, certo é que nem todos importam os problemas a que nos referimos e reclamam uma regulação jurídica própria. Na verdade, os *documentos electrónicos derivados* são meras reproduções electrónicas de documentos tradicionais, pelo que se regerão primordialmente pelas normas aplicáveis a qualquer documento em suporte papel. Igualmente, os *documentos electrónicos em sentido amplo*, isto é, os que são gerados por um computador mas que não carecem de mecanismos informáticos para que sejam descodificados, estão materializados em suportes clássicos, pelo que se devem considerar abrangidos pelas disposições relativas a qualquer documento materializado em papel.

<sup>11</sup> No ensinamento de Miguel Pupo Correia, o neologismo *telemática* pretende “significar a associação de tecnologias de telecomunicações e informática”. Miguel Pupo Correia, “Sociedade de Informação...”, nota n.º 2.

<sup>12</sup> Sobre estes problemas, vide Paula Costa e Silva, “A contratação automatizada...”, pp. 291.

Note-se, todavia, que existem vários mecanismos de garantia da integridade digital (como os mecanismos de *hashing* [D5, SHA1]) mas cuja aplicabilidade se limita a identificar que uma determinada versão de um documento digital não foi adulterada, não fazendo a ligação com as entidades a que ele se vincularam. Neste cenário, e como veremos melhor *infra*, apenas os mecanismos baseados em assinatura digital (ou em tecnologia equivalente) garantem simultaneamente a integridade da informação e a autenticidade do vínculo de uma entidade ao seu conteúdo.

Há ainda um terceiro obstáculo que se coloca nos documentos electrónicos, por comparação com o suporte de papel: trata-se do controlo da sua *confidencialidade*, no sentido de prevenir o acesso de pessoas não autorizadas ao seu conteúdo. De facto, inexistindo fisicamente um documento, é desde logo mais difícil tornar o seu conteúdo reservado a um círculo estrito de pessoas autorizadas, porquanto à sua natureza incorpórea corresponderão necessariamente diferentes formas de armazenamento seguro<sup>13</sup>.

Para além destes três problemas, directamente suscitados pela natureza desmaterializada de um documento electrónico, há ainda duas questões jurídicas surgidas da sua utilização. Referimo-nos, em primeiro lugar, à sua classificação formal, isto é, aos problemas de saber se um documento electrónico cumpre, nos negócios jurídicos para que a lei o exija, a forma de *documento escrito* ou se esta formalidade carece sempre do suporte papel (i), se um documento electrónico pode ser *autenticado* (ii) e se podem ser exarados *documentos electrónicos autênticos* (iii). Em segundo lugar, importa indagar sobre o seu valor probatório, já que o regime estatuído no Código Civil se encontra pensado exclusivamente para os documentos materializados em papel.

Estas dificuldades encontram solução legal, muito por responsabilidade do Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e da Assinatura Digital (RJDEAD<sup>14</sup>), constante do Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, que, depois de quatro alterações<sup>15</sup>, transpõe a Directiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999<sup>16</sup>.

Deve sublinhar-se que o legislador nacional foi pioneiro na regulação desta matéria, tendo precedido inclusivamente a intervenção comunitária<sup>17</sup> (embora contivesse, já na sua versão originária, muitas das soluções que viriam a constar do diploma europeu, uma vez que teve em conta os trabalhos preparatórios do normativo comunitário). A conformidade não era todavia cabal; se o texto europeu se fundava no intuito de criação do mercado comum (preocupado designadamente com a eliminação de obstáculos à celebração de contratos internacionais por via electrónica e com o estabelecimento de um mercado europeu para a actividade de certificação de assinaturas)<sup>18</sup>, o legislador português criava em 1999 um verdadeiro *regime geral dos documentos electrónicos*, de índole jusprivatística, destinado a nortear as relações privadas assentes em documentos incorpóreos<sup>19</sup>. Nessa

<sup>13</sup> Ademais, alerta Paula Costa e Silva, “A contratação automatizada...”, pp. 292, que se coloca ainda o problema da violação parcial do conteúdo, que não é frequente nos suportes clássicos: “*porque a mensagem não vai toda ela «enfiada» num envelope, pode suceder que parte chegue ao destinatário, ficando a outra pelo caminho*”.

<sup>14</sup> Note-se que, como veremos melhor *infra*, está já hoje ultrapassada esta designação do diploma, já que, desde 2003, o regime jurídico nacional pretendeu neutralizar a opção tecnológica que remontava a 1999 (em torno da *assinatura digital*), prescrevendo hoje consequências jurídicas pela utilização de outras técnicas de subscrição electrónica de um documento informático. Todavia, porque o enunciado (e a respectiva sigla) se celebrou, optamos por continuar a nomear o Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, com as suas alterações, pela mesma expressão.

<sup>15</sup> A actual redacção do diploma encontra-se em anexo ao Decreto-Lei n.º 88/2009, de 9 de Abril, que procede à sua quarta alteração e republica uma versão consolidada.

Atenda-se também ao Decreto Regulamentar n.º 25/2004, de 15 de Julho, que vem dar execução à vertente técnica do RJDEAD, já que as suas disposições de carácter jurídico dispensam qualquer execução. Neste sentido, cfr. Miguel José de Almeida Pupo Correia, “Documentos Electrónicos e Assinatura...”.

<sup>16</sup> Para uma análise minuciosa do RJDEAD, vide Joel Timóteo Ramos Pereira, *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*, Quid iuris, Lisboa, 2004, pp. 191ss.

<sup>17</sup> Na verdade, e olhando à Europa comunitária, Portugal foi o terceiro país a regular juridicamente a utilização de documentos electrónicos e de assinaturas electrónicas, logo depois da Alemanha e da Itália, que o fizeram em 1997.

<sup>18</sup> Neste sentido, Manlio Cammarata e Enrico Maccarone, “I problemi del recepimento della direttiva 1999/93/CE”, in <http://www.interlex.it/docdigit/recep1.htm>, 12, acedido em 20.07.2009: “*gli obiettivi dell’iniziativa di Bruxelles sono in primo luogo gli scambi commerciali all’interno dello Spazio economico europeo e la prestazione transfrontaliera di servizi di certificazione*”.

<sup>19</sup> Nas impressivas palavras de Miguel Pupo Correia, o RJDEAD quis construir “*um ordenamento geral da «relação jurídica por meios electrónicos», capaz de suportar as implicações desta realidade em todos os ramos do direito; e, bem entendido, desde logo as relações de carácter civil e comercial, tendo designadamente em vista o favorecimento da expansão do comércio electrónico, portador de enormes potencialidades de desenvolvimento económico*”. Miguel Pupo Correia, “Assinatura Electrónica e Certificação...”, pp. 4.

medida, em 2003 veio a lei introduzir algumas alterações ao normativo de 1999, com vista a transpor perfeitamente a Directiva comunitária<sup>20</sup>.

Retornando ao problema, a solução legalmente avançada para boa parte das questões concitadas radica na *assinatura electrónica*. Isto é, tal como sucede nos documentos em suporte de papel, em que é a subscrição que identifica o seu autor e afiança a integridade do conteúdo, foi similar o *iter* escolhido pelo legislador nos documentos electrónicos quanto à persecução do mesmo desígnio, assentando primordialmente na aposição de uma *assinatura electrónica*.

Entendamo-nos: a lei equipara o documento electrónico a documento escrito, quando contenha uma declaração escrita<sup>21</sup>. Nessa medida, o problema da classificação formal está claramente solucionado, sendo suficiente em todos os negócios para que a lei imponha forma escrita. As demais questões colocadas (sejam as dificuldades materiais inerentes à forma incorpórea e impessoal dos documentos, seja o problema jurídico da força probatória do documento) encontram uma solução que depende da aposição e da modalidade de uma *assinatura electrónica*, que assume aqui uma importância preponderante.

Por um lado, veremos *infra* que é a *assinatura electrónica* (ou uma das suas modalidades) que consegue, de forma cabal, garantir de uma só vez a identidade do outorgante, a inviolabilidade do documento e a confidencialidade do conteúdo.

Por outro, é consabido que, nos termos da lei civil, a assinatura produz efeitos essenciais no que respeita ao valor probatório dos documentos. Com efeito, dividindo-se estes em documentos autênticos e particulares, certo é que o título de *documento autêntico* — e a força probatória plena que se lhe associa — depende de assinatura (cfr. art. 370.º do Código Civil) e que um documento particular só pode almejar a categoria de *documento autenticado* se for assinado (cfr. art. 375.º do Código Civil). Ora, também no quadro dos documentos electrónicos, a *assinatura electrónica* produz efeitos no respectivo valor probatório.

### III. O regime jurídico da Assinatura Electrónica

Antes de adentrarmos no regime jurídico da assinatura electrónica, não podemos deixar de notar que a figura da “*assinatura*”, a que se atribui uma preponderante importância — pois só documentos assinados poderão revestir força probatória plena — é uma realidade que não é legalmente definida nem tão-pouco produz, em si mesma, qualquer efeito. Na verdade, o legislador civil limitou-se a prescrever um *dever de assinatura* dos documentos e a disciplinar a *assinatura a rogo*, não determinando qualquer modalidade de subscrição nem lhe estabelecendo nenhum efeito automático<sup>22</sup>, embora a sua aposição constitua um dos requisitos

<sup>20</sup> Referimo-nos ao Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril. Note-se que a qualidade da intervenção do legislador de 2003 deixou bastante a desejar, pois optou por uma colagem ao normativo comunitário que, não apenas não era exigida pelo direito europeu (cfr. art. 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que deixa às autoridades nacionais liberdade quanto à forma e meios tendentes aos objectivos fixados pelas directivas) como estabeleceu uma indesejável complexidade, muito por culpa da multiplicação de conceitos esvaziados de efeitos. Voltaremos a pronunciar-nos sobre este problema *infra*.

Para mais críticas relativas à técnica de transposição plasmada no Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril, vide Miguel Pupo Correia, “Assinatura Electrónica e Certificação...”, pp. 4 e o aí citado estudo de Miguel Almeida Andrade, “As insondáveis razões de uma mudança desnecessária. O Decreto-Lei n.º 62/2003 e a transposição para a ordem jurídica interna da Directiva 1999/93/CE, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas”.

<sup>21</sup> Dispõe assim o n.º 1 do artigo 3.º do Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e da Assinatura Digital (Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 88/2009, de 9 de Abril): “O documento electrónico satisfaz o requisito legal de forma escrita quando o seu conteúdo seja susceptível de representação como declaração escrita”.

<sup>22</sup> Sublinhe-se, porém, que apesar de os efeitos da assinatura não decorrerem de qualquer disposição legal, a própria noção gramatical de assinatura parece implicar desde logo consequências de relevo. Efectivamente, escreve Marcelo Corrales, “Mercosur: E-Signatures In Mercosur...”, pp. 11, que os dicionários de língua inglesa, ao defini-la, esclarecem: “A person signs a document when he writes or marks something on it in token of this intention to be bound by its contents”. Iguar opinião tem Francisco Carneiro Pacheco de Andrade, “A Assinatura Dinâmica face ao Regime Jurídico das Assinaturas Electrónicas”, *Scientia Iuridica*, Tomo LIII, n.º 299, 2004, pp. 347, que fala no conceito de assinatura como “método

para a atribuição ao documento de uma força probatória qualificada. Ora, como veremos, ao equiparar *certa modalidade de assinatura electrónica* a uma assinatura autógrafa, é curioso ser o regime jurídico da assinatura electrónica, ao determinar a produção de certos efeitos jurídicos pela sua aposição, a estendê-los à clássica assinatura em documentos em papel.

A lei define a assinatura electrónica como “o resultado de um processamento electrónico de dados susceptível de constituir objecto de direito individual e exclusivo e de ser utilizado para dar a conhecer a autoria de um documento electrónico”<sup>23</sup>. Esta definição parece afastar-se ligeiramente da noção fornecida pelo legislador comunitário, já que este entende-a como os “dados sob forma electrónica ligados ou logicamente associados a outros dados electrónicos, e que sejam utilizados como método de autenticação”<sup>24</sup>.

Sendo certo que ambas as enunciações portam uma considerável abrangência, deve aplaudir-se a opção do legislador nacional, porquanto afasta todos os modos de autenticação que não devam considerar-se pessoais e exclusivos. Assim, não será uma *assinatura electrónica* a aposição a um documento, por via informática, do nome do pretenso autor, porquanto essa introdução não é susceptível de constituir objecto de um direito individual e exclusivo<sup>25</sup>; pelo contrário, já será *assinatura electrónica* o resultado de um conjunto alargado de processos: a autenticação por código PIN, a digitalização de uma assinatura autógrafa, a autenticação do autor por dados biométricos ou uma assinatura digital ou criptográfica<sup>26</sup>.

Nessa medida, a *assinatura electrónica* compreende várias modalidades, com níveis de segurança que podem ser muito díspares, pelo que a lei faz depender os seus efeitos do tipo de *assinatura electrónica* que tiver sido aposta ao documento electrónico.

O regime jurídico da assinatura electrónica do direito pátrio desenha-se em torno da *assinatura digital*, aquela por que o sistema declara expressamente a sua preferência e de que faz uma exaustiva descrição tecnológica<sup>27</sup>. De facto, sendo certo que a lei hoje vigente não exclui outras técnicas, estabelecendo várias categorias de assinatura electrónica, será difícil obter efeitos probatórios de um documento electrónico que haja utilizado qualquer tecnologia distinta da *assinatura digital*<sup>28</sup>.

Entendamo-nos: o legislador, a par da supra mencionada noção de *assinatura electrónica*, enuncia uma sua categoria dotada de uma superior exigência — a *assinatura electrónica avançada*. Esta figura consubstanciar-se-á em qualquer assinatura electrónica, independentemente da tecnologia<sup>29</sup>, que cumpra quatro requisitos: a identificação unívoca do titular da assinatura como autor do documento (i), a dependência da aposição apenas da vontade do titular (ii); o controlo exclusivo do titular sobre a criação da assinatura (iii) e a possibilidade de detecção de alterações supervenientes do conteúdo do documento após a aposição da assinatura (iv)<sup>30</sup>.

*de identificação de uma pessoa e de indicação de aprovação de um determinado conteúdo*” e Laurence Birnbaum-Sarcy e Florence Darques, « La signature électronique — Comparaison entre les législations française et américaine », *Revue du Droit des Affaires Internationales*, n.º 5/2001, pp. 543, acedido via internet em [http://www.signelec.com/content/download/articles/la\\_signature\\_electronique\\_comparaison\\_fr\\_us\\_vf.pdf](http://www.signelec.com/content/download/articles/la_signature_electronique_comparaison_fr_us_vf.pdf) e consultado em 02.09.2009.

Nessa medida, parece que a assinatura implicará sempre a associação do seu autor ao conteúdo do documento a que é aposta a assinatura.

<sup>23</sup> Cfr. alínea b) do artigo 2.º do Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e da Assinatura Digital (Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 88/2009, de 9 de Abril).

<sup>24</sup> Cfr. n.º 1 do artigo 2.º da Directiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999.

<sup>25</sup> Na verdade, se nos ativésemos apenas à definição do legislador comunitário, esta forma de autenticação constituiria uma *assinatura electrónica*. Num raciocínio similar, cfr. Marcelo Corrales, “Mercosur: E-Signatures In Mercosur...”, pp. 12.

<sup>26</sup> Sobre esta figura nos pronunciaremos melhor *infra*.

<sup>27</sup> Por uma questão de rigor na sistematização, explicaremos *infra* o funcionamento desta categoria de assinatura electrónica.

<sup>28</sup> Assim, e como veremos melhor *infra*, tem razão Marcelo Corrales, “Mercosur: E-Signatures In Mercosur...”, pp. 12, aplicando a sua afirmação ao ordenamento jurídico português, quando diz que “in a legal aspect only the e-signatures with the proper technology are legally binding, ensuring the aforementioned security criteria. This sort of e-signatures are the so called (in the majority of the countries) «digital signatures»”.

<sup>29</sup> Desde que seja o resultado de um processamento de dados susceptível de constituir objecto de direito individual e exclusivo e de ser utilizado para dar a conhecer a autoria de um documento electrónico.

<sup>30</sup> Cfr. alínea c) do art. 2.º do Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e da Assinatura Digital (Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 88/2009, de 9 de Abril).

Em face desta noção, tecnologicamente neutra, esperaríamos encontrar efeitos jurídicos resultantes da aposição de uma qualquer assinatura electrónica avançada a um documento electrónico. Todavia, não é isso que acontece; na verdade, não será *qualquer* assinatura electrónica avançada a implicar consequências jurídicas, dependendo estas de *certa categoria* de assinatura electrónica avançada. Assim, o legislador descreve depois a *assinatura digital*, aquela que recolhe assumidamente a sua preferência; sem grandes preocupações de rigor, trata-se de um mecanismo criptográfico<sup>31</sup> que assenta na geração de um par de chaves assimétricas<sup>32</sup> (i. e., diferentes e complementares) — uma *chave privada* e uma *chave pública*. A chave privada é do conhecimento estrito do titular e permite-lhe declarar a autoria de certo documento electrónico, pois só ela possibilita a aposição da assinatura<sup>33</sup>; a chave pública possibilita ao(s) destinatário(s) do documento electrónico verificar se a assinatura foi criada pela utilização da correspondente chave privada (comprovando assim a efectiva autoria do documento electrónico) e se o conteúdo do documento foi alterado depois de aposta a assinatura<sup>34</sup>, já que ao mecanismo criptográfico acresce uma função de *hash*, que permite detectar modificações depois de aquela lhe ser aposta, garantindo a sua integridade<sup>35</sup>. A criação do par de chaves e a sua atribuição a dado sujeito fica

<sup>31</sup> Isto é, que subordina o acesso ao conteúdo de um documento electrónico à utilização de uma chave. Os mecanismos criptográficos surgiram como forma de garantir a confidencialidade de documentos electrónicos e não como mecanismo de geração de assinaturas electrónicas.

A forma tradicional de criptografia é aquela que se baseia em chaves *simétricas* (é o chamado método da *chave secreta*): o autor do documento codifica-o através de uma chave que o torna ilegível, salvo para quem a conhecer. Desde logo se conheceram as suas desvantagens, nomeadamente no que tange a dar a conhecer as chaves secretas quando se pretenda que o documento seja acessível por um largo número de utilizadores.

A *criptografia assimétrica* funciona de forma diferente, pois pressupõe a existência de duas chaves diferentes e complementares: uma chave pública, que pode ser divulgada a todos os sujeitos; uma chave privada, apenas do conhecimento do seu titular. Ora, a natureza complementar das chaves implica que os documentos que sejam cifrados com a chave pública apenas possam ser conhecidos pelo detentor da chave privada correspondente; da mesma forma, um documento codificado por chave privada apenas pode ser acedido com a introdução da correspondente chave pública. Assim, e no que tange à aplicação deste mecanismo na criptografia, quando se pretenda quer enviar um documento para ser conhecido apenas por A, basta codificá-lo através da aposição da chave pública de A (que todos podem conhecer), sendo que apenas A (o único que conhece a sua chave privada) conseguirá decifrá-lo.

A criptografia assimétrica foi descoberta em 1976, mas apenas na década de 90 do século XX foi popularizada. Cfr. Augusto Tavares Rosa Marcacini, “O Documento Eletrónico como meio de prova”, *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n.º 52, Maio/Junho de 2002, pp. 3 e 4 e Sebastião Nóbrega Pizarro, *Comércio Electrónico: Contratos Electrónicos e Informáticos*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 56.

<sup>32</sup> Sublinhe-se que Marcelo Corrales, “Mercosur: E-Signatures In Mercosur...”; pp. 13, abarca na sua definição de “*assinatura digital*” os mecanismos criptográficos baseados em chave simétrica o que, de acordo com a lei vigente em Portugal e na Comunidade, deve considerar-se uma inexactidão. De facto, como veremos melhor *infra*, a *assinatura digital* é um mecanismo tecnológico que se define pela utilização de um binómio chave pública / chave privada.

<sup>33</sup> Constituindo assim, na terminologia legal, os *dados de criação da assinatura*, já que só ela permite a aposição de uma assinatura em certo documento electrónico.

<sup>34</sup> Consubstanciando deste modo os *dados de verificação de assinatura*. Cfr. alíneas d) a l) do art. 2.º do Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e da Assinatura Digital (Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 88/2009, de 9 de Abril).

Como se percebe, a assinatura digital baseia-se no mecanismo criptográfico que descrevemos na nota n.º 31, embora utilizando-se aqui a tecnologia de forma invertida, atendendo ao diferente intuito. Assim, é utilizando a sua *chave privada* que o titular da assinatura subscreve o documento, sendo que qualquer pessoa, através da chave pública, pode confirmar a autoria do documento.

<sup>35</sup> “A função de «hash» faz corresponder de forma unívoca a uma mensagem uma determinada sequência binária (cadeia de «bits») chamada «digest», de tal forma que a probabilidade de que duas mensagens diferentes dêem origem ao mesmo «digest», seja em termos práticos de zero”. Manuel Lopes Rocha, Miguel Pupo Correia et al., *As Leis do Comércio Electrónico*, Edições Centro Atlântico, Matosinhos, 2000, pp. 15. No fundo, e no ensinamento de Sinde Monteiro, “Assinatura Electrónica e Certificação (A Directiva 1999/93/CE e o Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto)”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 133 (2001), n.º 3918, pp. 263, obtém-se um “conglomerado ou resumo da mensagem de dados («message digest»), uma sequência de dados com determinada extensão», que constitui como que uma «impressão digital electrónica» da sequência de dados mais extensa”.

Note-se que, neste particular, a lei não descreve tecnologicamente o mecanismo de garantia da integridade do documento, limitando-se a exigir que, mediante utilização chave pública, possa detectar-se a alteração do conteúdo depois de aposta a assinatura. Cfr. parte final da alínea b) do art. 2.º do RJDEAD.

a cargo de uma *entidade certificadora*, pessoa singular ou colectiva (que, facultativamente, pode submeter-se a credenciação<sup>36</sup>), sendo a respectiva autenticidade confirmada por um *certificado digital* — documento electrónico emitido pela entidade certificadora, atestando a qualidade da assinatura digital, a ligação entre a chave pública e a chave privada, e a conexão ao respectivo titular, o qual é acessível a qualquer interessado em ambiente informático<sup>37</sup>.

A noção legal de *assinatura digital* é deveras desconcertante. De facto, ao invés de prescrever os requisitos que reputaria necessários a uma *assinatura electrónica* dotada de efeitos jurídicos qualificados, o legislador explanou um dos métodos tecnológicos de obter uma assinatura electrónica avançada, modo de agir que, como facilmente se percebe, comporta (entre outros) um risco de desactualização tecnológica. O perigo de superação técnica da *assinatura digital* não é meramente teórico, até porque é desde logo conhecida uma sua deficiência que, conquanto ténue, a aparta das clássicas congéneres autógrafas; na verdade recorde-se aquela “*comprovando embora a utilização de uma chave criptográfica, atribuída a uma determinada pessoa, não pode, no entanto, assegurar que a chave tenha sido efectivamente aplicada pelo seu titular*”<sup>38</sup>. Simplesmente, a cessão da chave privada (que é do estrito conhecimento do titular da assinatura) apenas pode ocorrer por sua vontade, pelo que não se tem colocado em cheque a utilização e valia desta modalidade de *assinatura electrónica*.

Todavia, deve salientar-se que o problema da opção tecnológica está hoje minorado; na verdade, sendo o RJDEAD anterior à aprovação da Directiva relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas<sup>39</sup>, a transposição do normativo comunitário veio obrigar a concessão de efeitos jurídicos a assinaturas electrónicas que pudessem oferecer semelhante nível de segurança mas que revestissem soluções informáticas distintas, conferindo neutralidade tecnológica ao normativo nacional<sup>40</sup>. Assim, foi introduzida a noção de *assinatura electrónica qualificada*, que consiste numa assinatura digital ou noutra assinatura electrónica avançada que ofereça as mesmas garantias de certificação<sup>41</sup>.

Não sendo conhecida qualquer outra assinatura electrónica que cumpra o mesmo patamar de segurança facultado pela assinatura digital<sup>42</sup>, a neutralização tecnológica do diploma

<sup>36</sup> Cfr. art. 9.º e 10.º RJDEAD, que consagram o princípio da credenciação facultativa enquanto dimensão da liberdade de acesso à actividade de certificação.

<sup>37</sup> Cfr. arts. 28.º a 32.º do RJDEAD.

<sup>38</sup> Cfr. Francisco Cameiro Pacheco de Andrade, “A Assinatura Dinâmica...”, pp. 350. De facto, lembra o Autor que “*embora a assinatura digital resulte da atribuição de um longo código numérico a uma pessoa, na verdade o seu conceito é claramente distinto do de assinatura, enquanto resultante de um procedimento próprio ao (e único do) assinante*”. Isto é, não sendo possível deduzir ou adivinhar a chave privada de um estranho, nada obsta a que o seu titular a transmita a um terceiro para que este a aponha a dado documento, dada a natureza impessoal de um código numérico. Nessa medida, não pode garantir-se que o sujeito que a utilizou seja efectivamente o seu titular. Igual reparo faz Ana Costa Almeida, *Direito e Internet*, Minerva, Coimbra, 2002, pp. 65: “*a assinatura digital, apesar de indiscutivelmente exclusiva e individual, ainda assim não terá o mesmo grau de certeza e segurança que a assinatura autógrafa, pelo facto de haver sempre um risco, ainda que diminuto, de apropriação indevida da chave privada*”.

<sup>39</sup> Directiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro.

<sup>40</sup> Cfr. o Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril.

<sup>41</sup> Cfr. alínea g) do art. 2.º do Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e da Assinatura Digital (Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 88/2009, de 9 de Abril).

<sup>42</sup> Neste sentido, cfr. Miguel Pupo Correia, “Assinatura Electrónica e certificação...”, pp. 175s; Jorge Sinde Monteiro, “Assinatura Electrónica e Certificação (A Directiva 1999/93/CE e o Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto)”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 133 (2001), n.º 3918, pp. 263; Sebastião Nóbrega Pizarro, *Comércio Electrónico...*, pp. 75. Em sentido contrário, porém, vide Francisco Cameiro Pacheco de Andrade, “A Assinatura Dinâmica...”, pp. 352ss, que defende enquadrar-se a *assinatura dinâmica* ou *assinatura biométrica*, que combina a captação do processo de assinatura manual (geometria das letras, forma da escrita, velocidade de escrita, ordem dos traços, etc.) com a criptografia e com a acção de mecanismos de *hash* destinados a garantir a integridade da mensagem. Não conhecemos, porém, quaisquer outras opiniões técnicas que concluem pela equiparação, ao nível da segurança, entre a Assinatura Digital e a *Assinatura Dinâmica*; de facto, enquanto que na *assinatura digital* a chave privada constitui um longo código numérico complexo (tornando impossível a qualquer pessoa deduzi-lo ou adivinhá-lo), a *assinatura dinâmica* aponta como “chave privada” o processo dinâmico de produção da assinatura autógrafa, comportamento que, ainda que de forma difícil, pode ser copiado e reproduzido por terceiro sem o conhecimento ou consentimento do titular. Ora, este perigo parece ser mais grave do que a deficiência da assinatura digital a que nos referimos na nota n.º 38.

nacional traz duas importantes virtualidades, devendo aplaudir-se<sup>43</sup>. Por um lado, avulta a já referida precaução de desenvolvimento de novos mecanismos técnicos mais perfeitos<sup>44</sup>; por outro, deve atender-se a que, com a criação da categoria da *assinatura electrónica qualificada* se retiram obstáculos a um reconhecimento de assinaturas electrónicas qualificadas que cumpram a legislação de Estados terceiros que, porventura, optem por assinaturas tecnologicamente distintas mas igualmente seguras<sup>45</sup>.

Definidas as várias modalidades de assinaturas electrónicas, a lei nacional determina os efeitos jurídicos da sua aposição a um documento electrónico. Note-se que as consequências resultantes da aposição de uma assinatura electrónica constituem uma opção soberana do legislador nacional, já que o normativo comunitário apenas obriga ao estabelecimento de uma equiparação entre a *assinatura electrónica qualificada* e a assinatura autógrafa (i) e à viabilidade utilização processual de documentos a que aquela seja aposta (ii)<sup>46</sup>. Ora, o direito pátrio foi bem mais longe, gerando dois resultados a partir da aposição de assinaturas electrónicas.

Por um lado, determina o art. 7.º do RJDEAD que a *assinatura electrónica qualificada* é legalmente equivalente à assinatura autógrafa aposta em documento em suporte de papel<sup>47</sup>. Simplesmente, e como sublinhámos *supra*, uma vez que a lei civil não faz nascer qualquer efeito da aposição de uma assinatura autógrafa a um documento, é o Decreto-Lei n.º 290-D/1999, de 2 de Agosto, que acaba por prescrever as consequências de ambas, gerando três presunções: que a pessoa que após a assinatura electrónica qualificada é o titular desta (ou é representante, com poderes bastantes, da pessoa colectiva titular da assinatura electrónica qualificada) (i)<sup>48</sup>, que a assinatura electrónica qualificada foi aposta com a intenção

<sup>43</sup> Em sentido contrário, vide Miguel Pupo Correia, “Assinatura Electrónica e Certificação...”, pp. 20. O Autor manifesta-se contrário à neutralização tecnológica do diploma com o fundamento de que as diversas tecnologias não são plenamente equivalentes e lembra que o regime pós-comunitário, apregoando a neutralidade, tem subjacente um quadro técnico que é o da *assinatura digital*. Note-se, aliás, que mesmo as regras comunitárias não se afastam cabalmente da *assinatura digital*, já que, por exemplo ao definir os “*dados de criação de assinatura*”, exemplifica com “*códigos ou chaves criptográficas privadas*” (Cfr. n.º 4 do art. 2.º da Directiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Dezembro de 1999). Neste sentido, vide Pedro Alberto de Miguel Asensio, “Regulación de la firma electrónica: balance y perspectivas”, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 116. Sendo certo que não podem ser afastados estes argumentos, cremos ainda assim que a regulação comunitária através de uma neutralização (ainda que hodiernamente teórica) da assinatura electrónica é mais correcta. É que, segundo julgamos, não cabe ao direito escolher o *modelo* do produto que vai assegurar a autenticidade e integridade do documento electrónico mas apenas definir os requisitos de que faz depender a concessão de efeitos jurídicos a esse produto. Nessa medida, ainda que o quadro técnico que subjaz à enunciação do sistema seja o da *assinatura digital*, parece mais curial que o direito regule de forma abstracta, em detrimento de operar uma opção tecnológica porventura ultrapassável num futuro próximo.

<sup>44</sup> Neste sentido, cfr. Seabra Lopes, *Direito dos Registos e do Notariado*, 3ª Edição, Almedina, 2005, pp. 28.

<sup>45</sup> Trata-se de uma hipótese académica (pois continuamos a julgar não existirem outras assinaturas electrónicas que ofereçam as mesmas potencialidades que o binómio *chave pública/chave privada*), mas que não deve descurar-se, já que a evolução técnica é por natureza mais célere que a previsão normativa. Ademais, não se olvide que, por um lado está identificada uma deficiência da *assinatura digital* que tenderá a ser superada, e por outro, há já quem defenda a utilização de nova modalidade de assinatura electrónica (*a assinatura dinâmica*), alegadamente dotada de próximo nível de segurança. Cfr. a nota n.º 42.

<sup>46</sup> Cfr. n.º 1 do art. 5.º da Directiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro. É também o caminho que segue a Lei Modelo da UNCITRAL de 1996 (art. 7.º) e de 2001 (art. 3.º). Note-se, porém, que a Lei Modelo de 2001 define a fiabilidade de uma assinatura electrónica através da seu cumprimento dos requisitos que o legislador comunitário impõe à *assinatura electrónica avançada*.

<sup>47</sup> Por outro lado, e no que concerne mais propriamente às pessoas colectivas, atente-se que a aposição desta assinatura substitui, para todos os efeitos legais, a aposição de selos, carimbos, marcas ou outros sinais identificadores do seu titular.

<sup>48</sup> Muito crítica desta presunção é Paula Costa e Silva, que a considera incompatível com o requisito prescrito na alínea c) do art. 2.º RJDEAD nos termos do qual a assinatura electrónica avançada “*identifica de forma unívoca o titular como autor do documento*”. Assim, defende a Autora dever entender-se que a aposição da assinatura apenas presume a autoria do documento e não identifica o seu autor, hierarquizando o art. 7.º em face do art. 2.º. Cfr. Paula Costa e Silva, “Transferência electrónica de dados: a formação dos contratos”, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 227.

Não partilhámos, de modo algum, desta visão. Na verdade, a norma do art. 2.º versa sobre a *definição da assinatura electrónica avançada*: é esta que identifica de forma unívoca o seu titular. Outra coisa, (o objecto do art. 7.º) são os *efeitos*

de assinar o documento electrónico (ii) e que o documento electrónico não sofreu alteração desde que lhe foi aposta a assinatura electrónica qualificada (iii)<sup>49</sup>.

Por outro lado, prescreve-se que a agregação de uma *assinatura electrónica qualificada certificada* por entidade credenciada confere ao documento electrónico a força jurídica de um documento particular dotado de assinatura reconhecida por entidade com funções notariais, fazendo prova plena quanto às declarações atribuídas ao seu autor<sup>50</sup>. Ou seja, de um modo simplista, a aposição da assinatura electrónica qualificada certificada presume a autoria do documento, passando este a fazer prova plena quanto às declarações atribuídas ao seu autor se a assinatura houver sido certificada por entidade certificadora credenciada<sup>51</sup>.

Percebe-se a opção do legislador. No fundo, se num documento clássico se patenteia o reconhecimento presencial de assinaturas por uma entidade com funções notariais, assegurando assim a identidade do seu autor, a utilização de uma assinatura electrónica qualificada *certificada por entidade credenciada* oferece um padrão de segurança semelhante, porquanto uma entidade certificadora credenciada cauciona que aquela assinatura corresponde ao sujeito que figura como titular<sup>52</sup>.

No entanto, este regime concita duas questões, que urge resolver. Em primeiro lugar, importa saber quais os efeitos da aposição a um documento electrónico de uma assinatura electrónica que não atinja o título de *assinatura electrónica qualificada* (considerar-se-á um documento não assinado? Ou simplesmente um documento assinado mas sem os efeitos do reconhecimento presencial?). Em segundo lugar, e como avançámos *supra*, não se percebe muito bem a delimitação legal do conceito de *assinatura electrónica avançada*, à qual a lei não parece fazer corresponder qualquer tipo de efeito, importando perceber a *ratio* da sua individualização.

### a) A aposição de uma assinatura electrónica «não qualificada».

Como dissemos *supra*, de acordo com o regime do Código Civil, a assinatura de um documento reveste uma importância preponderante no que tange à sua força probatória: um documento não assinado “*não tem legalmente valor superior a qualquer outro meio de prova comum, isto é, não pode de modo nenhum atingir a força probatória plena que cabe aos documentos autênticos (art. 371º, 1, Cód. Civil) e autenticados (art. 377º Cód. Civil), bem como aos documentos particulares assinados cuja letra e assinatura, ou só assinatura, sejam consideradas verdadeiras*”<sup>53</sup>. Ou seja, só a assinatura pode conferir à prova documental valor superior ao dos demais meios de prova, retirando ao julgador o poder de considerar não atestados os factos documentalmente demonstrados, se a veracidade do documento não for posta em causa.

No quadro específico dos documentos electrónicos, nenhuma dúvida se coloca quanto aos que for aposta uma *assinatura digital* (ou outra assinatura electrónica qualificada) *certificada por entidade credenciada*, já que esta se equipara à assinatura autógrafa reconhecida presencialmente, implicando a prova plena quanto às declarações atribuídas ao seu autor<sup>54</sup>.

*da aposição de uma assinatura a um documento; estes concretizam-se na presunção de autoria. Isto é, a aposição de uma assinatura que identifica univocamente o seu autor pode presumir que este titular é autor documento subscrito.*

<sup>49</sup> Cfr. n.º 3 do art. 7.º do RJDEAD. Sobre o tema, cfr. Joel Timóteo Ramos Pereira, *Compêndio Jurídico...*, pp. 203.

<sup>50</sup> Cfr. o n.º 2 do art. 3.º do Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e da Assinatura Digital e o artigo 376.º do Código Civil. Na terminologia de António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. I – Parte Geral, Tomo I, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 579, podem denominar-se tais documentos por “*documentos reconhecidos*”.

<sup>51</sup> De facto, deve ter-se presente que, nos termos dos arts. 9.º e 10.º RJDEAD, é livre o acesso à actividade de entidade certificadora, sendo por isso facultativa a sua credenciação na *autoridade credenciadora*. Nessa medida, nem todas as assinaturas digitais são certificadas por entidade credenciada.

<sup>52</sup> Pronunciarmo-nos melhor *infra* sobre o problema da concessão deste efeito apenas às assinaturas que provenham de entidades credenciadas, em face da apregoada *credenciação facultativa* das entidades certificadoras.

<sup>53</sup> Cfr. Miguel José de Almeida Pupo Correia, “Documentos Electrónicos e Assinatura...”. Além das normas indicadas pelo Professor, cfr. ainda, no que tange à necessidade de assinatura dos documentos autênticos, o artigo 370.º do Código Civil.

<sup>54</sup> Cfr. o art. 376.º do Código Civil.

No entanto, deve recordar-se que vigora entre nós o *princípio da não obrigatoriedade* da assinatura digital<sup>55</sup>, pelo que o signatário pode optar por recorrer a outro sistema de autenticação electrónica; nessa medida, há que colocar a hipótese de o autor do documento pretender subscrevê-lo com *outra assinatura electrónica* distinta da assinatura digital (ou de outra assinatura electrónica qualificada).

Nesta eventualidade, a solução emana primordialmente do n.º 5 do artigo 3.º do RJDEAD, que dispõe revestir um documento assim assinado o valor de *qualquer meio de prova*, não almejando uma redução da livre apreciação do julgador<sup>56</sup>. Isto é, em face desta norma, a opção por uma assinatura electrónica *não qualificada* equiparar-se-á à subscrição de um documento em suporte de papel com uma assinatura *não reconhecida*, deixando ao decidente o poder de valorar livremente a sua autenticidade.

Esta conclusão deve ser confrontada criticamente com a norma do n.º 4 do artigo 7.º, que vem cominar com a *inexistência* a aposição de uma assinatura electrónica qualificada que conste de certificado que esteja revogado, caduco ou suspenso na data da agregação ao documento. Isto é, uma *assinatura digital* constante de certificado cujo prazo expirou equivale a uma *não assinatura*, ao passo que uma assinatura *não qualificada* existe, embora não produza qualquer efeito jurídico automático.

Repare-se porém que, do ponto de vista estritamente positivo, não se detectam diferenças entre documentos *não assinados* ou dotados de assinaturas não reconhecidas, já que nenhum deles produz os efeitos probatórios qualificados. Simplesmente, do ponto de vista prático, cabendo a apreciação do valor do documento ao julgador, é evidente que uma assinatura, ainda que não reconhecida, constitui um aspecto a ter em conta na valoração de certo documento, podendo fundamentar uma decisão. Ao invés, a *assinatura digital* assente em certificado revogado, suspenso ou caduco não pode sequer ser valorada pelo julgador, já que *inexiste*.

Ora, se o legislador comunitário proíbe a negação de valor probatório aos documentos subscritos com uma assinatura electrónica *não qualificada*<sup>57</sup> (embora admita, como faz o direito pátrio, a concessão de uma valoração diversa da que oferece aos documentos a que é aposta assinatura digital<sup>58</sup>), implicando que — ainda que se não produza qualquer efeito automático — a sua utilização processual seja sempre admitida, é desconfortável a opção do legislador nacional.

<sup>55</sup> Cfr. Mário Castro Marques, “Comércio electrónico...”, pp. 48.

<sup>56</sup> A redacção actual da norma sofreu uma evolução desde a sua redacção inicial. Com efeito, o legislador de 1999 retirava o valor probatório qualificado não apenas a todas as assinaturas electrónicas *não qualificadas* como às assinaturas digitais que não cumprissem as normas da lei portuguesa: “o valor probatório dos documentos electrónicos aos quais não seja aposta uma assinatura digital certificada por uma entidade credenciada e com os requisitos previstos neste diploma é apreciado nos termos gerais de Direito”. Como se entende, aquando da transposição da Directiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro (operada pelo Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril), e em face da harmonização europeia do regime jurídico das assinaturas electrónicas, eliminou-se a necessidade de cumprir a lei portuguesa e conferiu-se às assinaturas electrónicas certificadas por entidades certificadoras de outros Estados-Membros o mesmo valor que as que o sejam por entidades credenciadas pelas autoridades nacionais (cfr. n.º 2 do art. 38.º do RJDEAD, na sua actual redacção). De facto, nos termos do art. 4.º da Directiva, estabeleceu-se um mercado único da actividade de certificação, não se permitindo aos Estados-Membros restringi-la a operadores nacionais ou criar requisitos mais onerosos para as entidades certificadoras de outros Estados-Membros.

Por outro lado, mesmo no que tange ao reconhecimento de assinaturas digitais certificadas por entidades de Estados terceiros à União Europeia, o normativo comunitário impõe que seja atribuída força probatória equivalente, conquanto os certificados digitais emitidos por tais entidades ofereçam a mesma qualidade e cumpram normas similares às que vigoram no espaço jurídico europeu (cfr. art. 7.º da Directiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro e o n.º 3 do art. 38.º do RJDEAD, na actual redacção). Esta opção, não se ligando já ao estabelecimento do mercado interno (pois dirige-se às entidades certificadoras estabelecidas em Estados terceiros) só pode explicar-se no objectivo do fomento da utilização dos documentos electrónicos digitalmente assinados, evitando que as relações comerciais internacionais (onde aqueles desempenham um mais importante papel) pudessem ver arredada a viabilidade de contratação electrónica.

<sup>57</sup> Cfr. n.º 2 do art. 5.º da Directiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro.

<sup>58</sup> No fundo, e como bem explica Miguel Pupo Correia, “Documentos Electrónicos e...”, estes documentos “*não são destituídos de valor probatório, embora de menor grau pois apenas serão livremente apreciados nos termos gerais de direito*”.

De facto, o julgador pode *valorar* uma assinatura autógrafa digitalizada, mas não pode conferir qualquer importância a uma (mais segura) assinatura digital se o certificado tiver expirado. Nessa medida, parece que seria preferível submeter este tipo de assinaturas (digitais assentes em certificado caduco) ao mesmo regime das assinaturas *não qualificadas*: a sua aposição poderia ser valorada como um meio de prova ponderado a propósito da autoria do documento.

### b) A categoria da “assinatura electrónica avançada”

A força probatória de um documento a que é aposta uma assinatura electrónica é um problema deixado à apreciação do legislador nacional, conquanto não seja negada a sua utilização processual<sup>59</sup>. Nessa medida, coube exclusivamente às autoridades portuguesas a valoração das diversas assinaturas electrónicas que a lei prevê e autonomiza.

Ora, como vimos, os órgãos legiferantes nacionais optaram por conceder aos documentos a que é aposta assinatura digital certificada por entidade credenciada (ou outra que ofereça semelhantes garantias — a *assinatura electrónica qualificada certificada por entidade credenciada*) o valor de documento subscrito por assinatura reconhecida por entidade com funções notariais<sup>60</sup> — conferindo-lhes efeitos probatórios subtraídos à apreciação do julgador — e aos que contenham outras assinaturas electrónicas o valor de um documento particular sem efeitos probatórios plenos<sup>61</sup>.

Se assim é, surge desde logo uma dúvida: se o legislador classifica os efeitos da aposição de assinaturas electrónicas em dois grandes grupos (de um lado, o dos documentos subscritos com uma *assinatura electrónica qualificada certificada por entidade certificadora credenciada*; de outro, todos os demais documentos electrónicos, com ou sem outra modalidade de assinatura electrónica), qual a razão da identificação da figura da *assinatura electrónica avançada*?

A resposta a este problema não pode descobrir-se no campo dos efeitos da sua aposição, porquanto estes não existem. Assim, cremos que a sua previsão pode explicar-se em duas ordens de motivos.

Por um lado, é possível que o legislador pretendesse transmitir ao julgador que, embora só a *assinatura electrónica qualificada certificada por entidade certificadora credenciada* produza efeitos probatórios plenos, nem todas as assinaturas electrónicas são iguais. Isto é, apesar de conferir ao intérprete o poder de apreciar livremente o valor de certo documento electrónico dotado de *outra* assinatura electrónica, a lei indica ao Juiz que certas assinaturas electrónicas — as *assinaturas electrónicas avançadas* —, ainda que não ofereçam as mesmas garantias de uma assinatura digital certificada, são dotadas um patamar de segurança a que este deve atender na sua valoração<sup>62</sup>. A ser esta a explicação, a autonomização da *assinatura electrónica avançada* consubstancia uma *indicação* ao julgador para valorar de forma mais vinculada os documentos a que uma destas modalidades de subscrição for agregada.

Outra possível explicação, menos abonatória à técnica do legislador nacional, radicaría na atribuída transposição da Directiva comunitária relativa a um quadro legal comunitário para as

<sup>59</sup> Assim dispõe o n.º 2 do art. 5.º da Directiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro: “Os Estados-Membros assegurarão que não sejam negados a uma assinatura electrónica os efeitos legais e a admissibilidade como meio de prova para efeitos processuais apenas pelo facto de:

— se apresentar sob forma electrónica,

— não se basear num certificado qualificado,

— não se basear num certificado qualificado emitido por um prestador de serviços de certificação acreditado,

— não ter sido criada através de um dispositivo seguro de criação de assinaturas”.

<sup>60</sup> Cfr. o n.º 2 do art. 3.º do Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e da Assinatura Digital (RJDEAD) e o artigo 376.º do Código Civil.

<sup>61</sup> Cfr. n.º 5 do art. 3.º do RJDEAD.

<sup>62</sup> Pense-se, por exemplo, na aposição de uma assinatura composta por uma chave biométrica, baseada no reconhecimento de características físicas do subscritor (impressão digital, face, íris) ou mesmo na aposição de uma assinatura autógrafa digitalizada acessível apenas por palavra-passe apenas conhecida pelo titular.

assinaturas electrónicas<sup>63</sup>. Entendamo-nos: a legislação comunitária define apenas a *assinatura electrónica* e a *assinatura electrónica avançada*. Ora, antes da publicação do normativo europeu (mas já depois da sua aprovação), as autoridades nacionais aprovaram o Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, que continha muitas das soluções que o diploma comunitário viria a consagrar. Nessa medida, o legislador interno definiu a *assinatura electrónica avançada* exactamente nos mesmos termos que o diploma comunitário; simplesmente, ao invés de ficar por aqui, fez uma opção tecnológica, descrevendo a *assinatura digital* como a modalidade de *assinatura electrónica avançada* cuja aposição produzia efeitos probatórios plenos<sup>64</sup>. No fundo, a *assinatura digital* era a opção técnica portuguesa para uma assinatura electrónica avançada dotada de maior valia.

Quando mais tarde<sup>65</sup> se quis neutralizar tecnologicamente o regime nacional, ao invés de simplesmente eliminar a referência à *assinatura digital* (e conferir efeitos probatórios plenos às assinaturas electrónicas avançadas baseadas num certificado qualificado e criadas através de dispositivos seguros de criação de assinaturas), construiu-se uma nova categoria, a *assinatura electrónica qualificada*, aquela que oferece as mesmas garantias da assinatura digital mas que é criada por soluções técnicas distintas<sup>66</sup>.

Assim, a explicação da ausência de efeitos jurídicos para a categoria da *assinatura electrónica avançada* radica numa confusa e pouco rigorosa técnica legislativa: em 1999 a noção não teria efeitos porque o diploma nacional formulava uma opção tecnológica por uma das assinaturas electrónicas avançadas; em 2003, no intuito de neutralizar a opção, alargaram-se os efeitos da *assinatura digital* a outras assinaturas electrónicas avançadas com o mesmo patamar de segurança, criando-se uma nova categoria<sup>67</sup>.

Por nossa parte, apesar de cremos que a justificação da previsão da categoria da *assinatura electrónica avançada* reside numa imperfeita técnica legislativa (atribuindo-se, assim, ao segundo dos motivos que apontámos)<sup>68</sup>, julgamos que a sua existência acaba por produzir uma indicação gradativa ao julgador na apreciação de documentos electrónicos subscritos, pois este tenderá a valorar mais seriamente um documento dotado de uma *assinatura electrónica avançada* em face dos demais, dada a individualização legislativa daquela categoria.

#### IV. A Directiva e o Regime Nacional.

##### a) A neutralização tecnológica do RJDEAD em face das imposições comunitárias.

É longa a discussão jurídica sobre a melhor solução de regulação legal das assinaturas electrónicas. Sumariamente, as opções ao dispor das autoridades legiferantes podem resumir-se em três vias<sup>69</sup>.

<sup>63</sup> A Directiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro.

<sup>64</sup> Note-se no entanto que, como nota Sinde Monteiro, “Assinatura Electrónica...”, pp. 263, “*embora a assinatura electrónica avançada que obedeça aos requisitos [...] da Directiva não se identifique com «assinatura digital», no actual estado da ciência e da técnica o desejado (muito elevado) nível de segurança parece só poder ser alcançado através da criptografia (assinatura digital)*”.

<sup>65</sup> Através do Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril.

<sup>66</sup> É curioso reparar que, como nos informa Sinde Monteiro, mesmo no quadro comunitário “*os trabalhos da comissão, numa fase inicial, tinham directamente em conta a “assinatura digital”. Posteriormente, foi entendido que uma directiva europeia deveria ser neutra no que se refere à tecnologia, utilizando conceitos que permitam integrar diferentes meios de autenticação de dados, portanto outras modalidades de assinaturas electrónicas*. Sinde Monteiro, “Assinatura Electrónica e Certificação (A Directiva 1999/93/CE e o Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto)”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 133 (2001), n.º 3918, pp. 262.

Isto é, mesmo no quadro comunitário houve tendência para formular uma opção tecnológica, só perto da aprovação do diploma se tendo decidido a neutralidade técnica.

<sup>67</sup> É esta a opinião de Miguel Pupo Correia, “Assinatura Electrónica e Certificação...”, pp. 19.

<sup>68</sup> Até porque, como explicámos na nota n.º 66, por um lado, a opção técnica pela assinatura digital foi igualmente equacionada pelo legislador comunitário e, por outro, o normativo nacional é anterior à versão final da Directiva europeia, pelo que é crível que, no momento da aprovação do RJDEAD, as autoridades nacionais confiassem que igual opção fosse formulada pelos órgãos da União.

<sup>69</sup> Sobre o tema, cfr. Francisco Cameiro Pacheco Andrade, “A Assinatura Dinâmica...”, pp. 351; Pedro Alberto de Miguel Asensio,

A primeira radica na opção por *uma tecnologia*, prescrevendo exclusivamente a valoração jurídica da *assinatura digital*, fazendo ou não depender os efeitos da respectiva aposição de uma credenciação pública da entidade certificadora. Esta solução, adoptada no Estado do Utah, constou na redacção originária dos diplomas italiano, alemão e português<sup>70</sup>.

Outro caminho possível, que tem como primordial intuito a generalização da utilização das *assinaturas electrónicas*, deixa aos operadores económicos a escolha da tecnologia que lhes aprouver, com qualquer nível de segurança que as partes quiserem utilizar. É o *iter* seguido nos países de *Common Law*, como a legislação federal norte-americana, canadiana, australiana ou neo-zelandesa<sup>71</sup>.

A terceira via de regulação, dita *intermédia*, consubstancia-se na opção do legislador comunitário. Esta terceira hipótese consiste na fixação legal dos requisitos de segurança de que se faz depender determinadas consequências jurídicas. A prescrição de mínimos de segurança tem subjacente o paradigma da assinatura digital (não deixando de se lhe referir<sup>72</sup>), mas admite a utilização de qualquer tecnologia que satisfaça um patamar de confiança similar. Desta forma, não obstante fixar condições de segurança que, hodiernamente, poucos métodos de subscrição electrónica podem satisfazer, confere ao sistema uma *relativa neutralidade técnica* que deixa alguma liberdade de escolha da modalidade de assinatura electrónica.

A versão originária do RJDEAD alinhava pela primeira via de regulação (determinando efeitos probatórios apenas para a *assinatura digital*), ao passo que o normativo comunitário impunha uma relativa neutralização tecnológica, estabelecendo a produção de efeitos jurídicos pela aposição de *assinaturas electrónicas avançadas baseadas num certificado qualificado*<sup>73</sup>. Nessa medida, o legislador nacional interveio, adaptando o normativo nacional à terceira via que presidia ao instrumento jurídico comunitário<sup>74</sup>.

A Doutrina maioritária é ferozmente crítica das alterações impostas pelo legislador comunitário e introduzidas entre nós em 2003. Entre outros comentários, considera-se que a neutralização tecnológica das assinaturas electrónicas e o princípio da liberdade de acesso à actividade certificadora “*subalterniza o papel da assinatura como alicerce do valor probatório dos documentos e da inerente segurança do comércio jurídico*”<sup>75</sup> em prol do desenvolvimento da actividade económica no espaço comunitário.

Se bem percebemos a análise, a tese que subjaz a tais considerações radica no entendimento de que a versão originária do RJDEAD, porque admitia apenas a *assinatura digital* enquanto subscrição produtora de efeitos probatórios — afastando todas as soluções tecnológicas que pudessem com aquela competir —, conferiria uma maior dose de segurança jurídica aos documentos electrónicos, indispensável para que os operadores económicos aceitassem conduzir a sua esfera jurídica com recurso a negócios jurídicos assentes em suporte informático. A escolha de uma única tecnologia arredaria incertezas que pudessem derivar da opção por outra assinatura cuja valia poderia sempre ser questionada.

“Regulación de la firma electrónica...”, pp. 124; Laurence Birbaud-Sarcy e Florence Darques, «La signature électronique — Comparaison entre les législations française et américaine », *Revue du Droit des Affaires Internationales*, n.º 5/2001, pp. 543ss.

<sup>70</sup> Concretamente no que à legislação nacional diz respeito, dispunha a versão originária do n.º 2 do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto: “Quando lhe seja aposta uma assinatura digital certificada por uma entidade credenciada e com os requisitos previstos neste diploma, o documento electrónico com o conteúdo referido no número anterior tem a força probatória de documento particular assinado, nos termos do artigo 376.º do Código Civil”.

<sup>71</sup> Vide, a título de exemplo, o norte-americano *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act* de 2000 que expressamente rejeita expressamente “the implementation or application of a specific technology or technical specification for performing the functions of creating, storing, generating, receiving, communicating, or authenticating electronic records or electronic signatures”.

<sup>72</sup> Cfr. arts. 2.º e 5.º da Directiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas. Neste sentido, cfr. Martien Schaub, *European Legal...*, pp. 173.

<sup>73</sup> Que correspondem àquilo que a actual versão do RJDEAD apelida de *assinatura electrónica qualificada*.

<sup>74</sup> Através do Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril.

<sup>75</sup> Cfr. a Doutrina referida na nota n.º 20.



Por nossa parte, não acompanhamos o raciocínio. Em primeiro lugar, parece que o risco da incerteza dos efeitos jurídicos resultantes de uma assinatura electrónica que não corresponda à *assinatura digital* é hoje meramente teórico. De facto, se por um lado, no momento actual, não são conhecidas outras *assinaturas electrónicas qualificadas* que possam concorrer com escolha tecnológica do legislador originário, por outro, ainda que estas existissem, a produção de efeitos jurídicos sempre dependeria, no regime português, da certificação por entidade credenciada, o que apartaria qualquer hesitação dos operadores económicos<sup>76</sup>.

Em segundo lugar, deve considerar-se que a principal mais-valia da utilização dos documentos electrónicos reside na viabilidade de estabelecimento de relações jurídicas entre ausentes e, muitas vezes, desconhecidos. Ora, esta virtualidade assume uma primordial importância nas relações transnacionais, onde as partes mais distam e em que os documentos electrónicos podem prestar para conclusão de negócios que doutra forma dificilmente se celebraria. Se assim é, e tendo presente a inexistência de mercados compartimentados nacionais e a construção crescente de um mercado único, percebe-se que o legislador tenha forçosamente de admitir opções tecnológicas variadas, conquanto cumpram os patamares de segurança definidos, sob pena de eliminar a vantagem da contratação electrónica.

Em terceiro lugar, julgamos que a promoção da actividade económica de certificação electrónica, estabelecendo-se um mercado único nessa área, não prejudica a segurança jurídica depositada nos documentos e assinaturas electrónicos. Pelo contrário, quanto mais normalizada for a utilização destes mecanismos, mais dissipadas serão as desconfianças dos sujeitos; nessa medida, a criação de concorrência a nível europeu entre empresas de certificação de assinaturas só pode ter como resultado o aumento da sua utilização e, concomitantemente, um aprofundamento da certeza jurídica que estes envolvem.

Por fim, cremos que a intervenção do legislador comunitário, abrindo tecnologicamente a assinatura electrónica e estabelecendo o mercado comum da actividade de certificação, ao invés de reduzir a segurança jurídica depositada nas figuras do documento e assinatura electrónicos, gera uma *condição dessa segurança jurídica*. Na verdade, no mercado europeu onde nos movemos, não é crível que os operadores económicos confiassem numa assinatura electrónica que limitasse os seus efeitos a um Estado, correndo o risco de enfrentar um ordenamento jurídico estrangeiro que não conferisse qualquer valor a dado documento electrónico<sup>77</sup>. De facto, na falta de uma intervenção do legislador europeu nos precisos termos em que teve lugar, a celebração de negócios assentes em documentos electrónicos enfrentaria uma insustentável intranquilidade conducente à sua rejeição pelos operadores económicos.

Ou seja, não cremos que a (relativa)<sup>78</sup> neutralização tecnológica do regime jurídico das assinaturas electrónicas, imposta pelo legislador comunitário e apregoada no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril<sup>79</sup>, constitua uma qualquer dificuldade ou envolva os inconvenientes que lhe são associados.

<sup>76</sup> É esta a grande vantagem da opção pela *terceira via* e não o mecanismo da plena liberdade a que nos referimos na nota anterior. De facto, a opção do legislador comunitário combina as vantagens do combate à desactualização tecnológica (e com a liberdade de escolha) com a segurança que advém de ter subjacente o expediente técnico da *assinatura digital*, admitindo somente mecanismos que o igualem nesse domínio.

Por outro lado, deve recordar-se que, tendo o legislador nacional sido particularmente generoso no que concerne aos efeitos jurídicos da *assinatura electrónica qualificada* (equiparando-a à assinatura autógrafa notarialmente reconhecida), fê-lo apenas quando a entidade certificadora que tiver gerado a assinatura esteja credenciada, não dispensando assim um controlo público que deve apartar as dúvidas que a Doutrina aqui aponta.

<sup>77</sup> Esta conclusão parece subjazer às palavras de Joaquim Barata Lopes, que a propósito da criação de uma entidade certificadora, entende que a segurança jurídica dos certificados digitais por si comercializados são uma valia dentro e fora do país. Cfr. Joaquim Barata Lopes, “A segurança jurídica — registos e notariado, factores de estabilidade económica”, *I Encontro dos Notários e Conservadores dos países de língua portuguesa*, Julho de 2007, pp. 14, disponível em [http://encnlp.gov.cv/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_details&gid=4](http://encnlp.gov.cv/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=4), acedido em 22 de Julho de 2009.

<sup>78</sup> Cfr. o que dissemos na nota n.º 76.

<sup>79</sup> Pode ler-se no preâmbulo daquele diploma que “*Em conformidade com a referida directiva e com os recentes desenvolvimentos legislativos nos Estados membros da União Europeia, é adoptada uma terminologia tecnologicamente neutra. Assim, as referências que traduziam a opção pelo modelo tecnológico prevalecente, a assinatura digital produzida através de técnicas criptográficas, são eliminadas*”.

## b) A persistência da desconformidade do normativo nacional com o ordenamento jurídico comunitário

Não obstante a intervenção do legislador pátrio no sentido da compatibilização do RJDEAD com as normas europeias, alguma Doutrina continua a arguir a desarmonia do regime jurídico português em face da legislação comunitária<sup>80</sup>, com base em dois argumentos principais.

Em primeiro lugar, arrazoa-se que, apesar da actividade legiferante de 2003, persiste uma *imperfeita neutralização tecnológica* do RJDEAD, que acaba por não permitir facilmente o recurso a outras *assinaturas electrónicas qualificadas*. Isto é, advoga-se que o actual regime, não obstante declarar a inexistência de opções técnicas, não deixa de apontar a *assinatura digital* como o paradigma de assinatura electrónica eleito, determinando que a assinatura electrónica qualificada é aquela que, para além de todos os requisitos legalmente estabelecidos, “*satisfaça exigências de segurança idênticas às da assinatura digital*”<sup>81</sup>, o que, desde logo, coloca dificuldades quando se pretenda subsumir outra assinatura electrónica no seu conceito<sup>82</sup>.

Creemos não ter fundamento tal crítica. De facto, a *relativa neutralidade tecnológica* não só parece dever considerar-se plenamente justificada (já que precavê o legislador de desactualizações técnicas, assegurando simultaneamente um nível de segurança mínimo por referência a tecnologias conhecidas), como é ela própria uma *consequência da terceira via* que preside à regulação comunitária desta matéria, decorrendo directamente da legislação comunitária, já que a sua definição pressupõe uma técnica de referência<sup>83</sup>.

Em segundo lugar, critica-se a originalidade das autoridades nacionais na restrição de efeitos probatórios às assinaturas qualificadas *certificadas por entidade credenciada*. Segundo esta Doutrina, a opção nacional enferma de dois vícios: por um lado, erige um importante obstáculo à utilização de qualquer outra prática de subscrição electrónica — beneficiando dos seus efeitos jurídicos — já que, como se percebe, tal prescrição pressupõe uma pirâmide certificadora assente em certificados qualificados que só faz sentido no quadro das assinaturas digitais<sup>84</sup>. Por outro, a opção constitui uma desconformidade com a directiva comunitária, no que tange à criação do mercado europeu de assinaturas electrónicas, já que aquela proíbe especificamente a sujeição da actividade certificadora a uma autorização<sup>85</sup>, ao mesmo tempo que determina a obrigação de os legisladores nacionais conferirem efeitos jurídicos às assinaturas electrónicas qualificadas<sup>86</sup>.

Analisemos separadamente as duas alegadas consequências resultantes da limitação dos efeitos do n.º 2 do art. 3.º do RJDEAD às assinaturas electrónicas qualificadas *certificadas por entidade credenciada*, procurando saber se tal prescrição constitui uma transgressão das regras comunitárias neste âmbito.

No que toca ao pretenso primeiro efeito (o da insanável indicação de utilização da *assinatura digital*, atendendo à sua necessária integração numa pirâmide certificadora a que corresponde a indispensabilidade da credenciação das entidades geradoras das assinaturas), não podemos, de modo algum, acompanhar. De facto, nada impede que as entidades

<sup>80</sup> Referimo-nos a Francisco Carneiro Pacheco de Andrade, “A Assinatura Dinâmica...”, pp. 365 e 366.

<sup>81</sup> Cfr. alínea g) do art. 2.º RJDEAD. No mesmo sentido, *vide* as considerações de Miguel Pupo Correia que transcrevemos na nota n.º 43.

<sup>82</sup> Atente-se, por exemplo, no esforço argumentativo desenvolvido por Francisco Carneiro Pacheco de Andrade, “A Assinatura Dinâmica...”, pp. 364, no sentido da consideração da *assinatura dinâmica como assinatura electrónica qualificada*.

<sup>83</sup> Cfr. o que dissemos *supra* sobre as vias de regulação das assinaturas electrónicas no que concerte à opção ou neutralidade tecnológicas do legislador.

<sup>84</sup> Cfr. Francisco Carneiro Pacheco de Andrade, “A Assinatura Dinâmica...”, pp. 365, que sublinha que, ainda que existam assinaturas electrónicas qualificadas *distintas* da assinatura digital que confirmam semelhante patamar de segurança, a limitação de efeitos probatórios às assinaturas certificadas por entidades *credenciadas* vem quase impor a utilização das *assinaturas digitais*, já que só neste quadro tecnológico faz sentido falar-se na pirâmide de entidades certificadoras.

<sup>85</sup> Cfr. n.º 1 do art. 3.º da Directiva 1999/93/CE.

<sup>86</sup> Cfr. art. 5.º da Directiva 1999/93/CE.

certificadoras (embora estruturadas em pirâmide e num quadro técnico que assumidamente declara a preferência pela assinatura digital) cedam não apenas *certificados digitais* como soluções de quaisquer outras assinaturas electrónicas qualificadas. Na verdade, não se encontra qualquer obstáculo nesse enquadramento, pois admite-se a certificação de *qualquer* assinatura electrónica qualificada. Ora, admitindo-se a viabilidade de certificação de *outras assinaturas qualificadas*, não se percebe por que razão se pode pensar numa limitação pragmática à opção pela assinatura digital, como aliás, esta Doutrina acaba por admitir<sup>87</sup>.

Relativamente ao incumprimento da liberdade de circulação, alegadamente resultante da violação da proibição de sujeição das entidades certificadoras a uma autorização pública, a argumentação é mais apurada e reclama uma solução cautelosa. Seguindo o raciocínio desta Doutrina, as autoridades portuguesas optaram por conferir *vastos efeitos* à assinatura electrónica qualificada (chegando mesmo a equipará-la à assinatura notarialmente reconhecida) mas apenas quando esta tenha sido certificada por entidade credenciada, e assim, *autorizada*. Caso o certificado digital qualificado provenha de entidade que não tenha obtido a credenciação, inexistem efeitos probatórios automáticos, podendo ser valorada pelo julgador como qualquer meio de prova. Nessa medida, é questionável a vigência, em Portugal, de um princípio de *liberdade de acesso*, já que o direito pátrio apenas reconhece inteiramente as assinaturas certificadas por entidades que se submeteram a um *processo público de credenciação*.

Este raciocínio não deve impressionar-nos. Na verdade, e antes da análise quanto à sua conformidade com o normativo comunitário, importa concitar a viabilidade das alternativas; ora, quanto a este aspecto, são conjecturáveis duas outras opções.

*A primeira alternativa*, sufragada pela Doutrina que aqui analisamos, consistiria na atribuição dos efeitos probatórios prescritos pelo n.º 2 do art. 3.º do RJDEA] a qualquer *assinatura electrónica qualificada*, quer a entidade certificadora houvesse ou não sido credenciada, argumentando que a satisfação dos respectivos requisitos é condição bastante para a confiança do sistema jurídico<sup>88</sup>.

Como facilmente se percebe, por mais simplista que possa parecer, esta opção não satisfaz as necessidades de segurança fundamentais a uma equiparação a uma assinatura autógrafa reconhecida notarialmente. Com efeito, ainda que a assinatura electrónica qualificada se baseie num certificado qualificado<sup>89</sup>, a inexistência de *credenciação* implica que se não possa garantir, por exemplo, se a entidade certificadora armazena devidamente a *chave privada* ou se, dolosa ou negligentemente, a divulga a terceiros<sup>90</sup>. Isto é, parece absolutamente necessária a existência de um controlo, por parte da Administração, das entidades que criam e gerem as assinaturas electrónicas qualificadas<sup>91</sup>.

Nessa medida, ganha relevo uma *segunda alternativa* ao sistema de credenciação pública das entidades certificadoras<sup>92</sup>: cometer a oficiais públicos, imparciais, a actividade certifica-

<sup>87</sup> Cfr. Francisco Carneiro Pacheco de Andrade, “A Assinatura Dinâmica...”, pp. 367, que declara poderem as entidades certificadoras fornecer “*soluções de assinatura dinâmica certificada*”.

<sup>88</sup> Cfr. Francisco Carneiro Pacheco de Andrade, “A Assinatura Dinâmica...”, pp. 366, nota n.º 60 O Autor defende que a conformidade com o regime europeu apenas se dará mediante uma intervenção legislativa que determine a suficiência da utilização de qualquer *assinatura electrónica qualificada*, argumentando que a satisfação dos respectivos requisitos é de tal forma exigente que dispensaria a intervenção da credenciação.

<sup>89</sup> O que, nos termos do art. 29.º RJDEAD, implica *inter alia*, que contenha o nome ou denominação do titular da assinatura; o nome e assinatura electrónica avançada da entidade certificadora; os dados de verificação de assinatura correspondentes aos dados de criação de assinatura detidos pelo titular; o número de série do certificado; o período de validade do certificado; os identificadores de algoritmos utilizados na verificação de assinaturas do titular e da entidade certificadora e a eventual restrição do uso do certificado.

<sup>90</sup> Esta garantia é precisamente uma das funções da *credenciação*, nos termos da alínea b) do art. 12.º do RJDEAD.

<sup>91</sup> Apartamo-nos assim, neste particular, da posição sufragada por Francisco Carneiro Pacheco de Andrade, “A Assinatura Dinâmica...”, pp. 366, nota n.º 60, que considera desnecessária a credenciação em face das garantias inerentes à própria definição da *assinatura electrónica qualificada*.

<sup>92</sup> Para uma análise mais profunda e mais entusiasta desta alternativa, vide Augusto Tavares Rosa Marcacini, “O Documento Eletrónico...”, como meio de prova”, *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n.º 52, Maio/Junho de 2002, pp. 3 e 4.

dora — os *cibernetários*. Esta via, defendida por alguma Doutrina brasileira, garantiria que fossem entidades dotadas de fé pública a assegurar a titularidade das chaves privadas, a sua ligação às chaves públicas, e o armazenamento seguro em cartório notarial, prescindindo assim de uma necessária *credenciação*. Entre nós, e atendendo à privatização do notariado, nenhum óbice se levantaria em que tal função fosse desempenhada por notários privados, já que os seus actos são dotados de fé pública.

Tal solução, garantidora da segurança das assinaturas electrónicas e sem necessidade de *credenciação* é porém inexequível entre nós. De facto, o sistema claramente violaria o princípio do *livre acesso à actividade de certificação* imposto pelas regras comunitárias: a actividade notarial (que emitiria os certificados digitais) está sujeita a licença pública, atribuída na sequência de concurso público<sup>93</sup>. Nessa medida, também esta segunda alternativa à necessidade de credenciação é inviável.

Cremos, todavia, que não é despicienda a discussão suscitada, pois embora consideremos imprescindível a garantia da correcção do funcionamento das entidades certificadoras, importa saber se a necessidade de credenciação<sup>94</sup> (enquanto modalidade de controlo público eleita pelo legislador português) é admitida em face do princípio comunitário da liberdade de acesso à actividade certificadora. A dúvida quanto à admissibilidade de tal solução é convocada, desde logo, porque o legislador português é, do nosso conhecimento, o *único* que atribui um valor superior às assinaturas electrónicas qualificadas que hajam sido credenciadas pelas autoridades públicas<sup>95</sup>.

O princípio da liberdade de acesso, ao proibir a sujeição da actividade certificadora a uma *autorização*, admite expressamente que os Estados-Membros possam criar mecanismos facultativos de acreditação “*que se destinem a obter níveis mais elevados na oferta dos serviços de certificação*”<sup>96</sup>. Ponto é saber se esta *acreditação* pode implicar um valor probatório distinto em face das assinaturas electrónicas que dela não beneficiem.

Ora, quanto a este problema, julgamos não existir qualquer desconformidade da lei nacional com o normativo comunitário, o que fundamos em três razões principais.

Em primeiro lugar, deve considerar-se o cumprimento absoluto dos objectivos prescritos pela Directiva. Efectivamente, saliente-se que o normativo comunitário, no que ao valor probatório das assinaturas electrónicas diz respeito, estabelece duas imposições: *por um lado*, proíbe que os Estados neguem às assinaturas electrónicas (ainda que não *qualificadas* e mesmo que advenham de entidades certificadoras *não acreditadas*) a admissibilidade como meio de prova para efeitos

<sup>93</sup> Cfr. art. 34.ºss do Estatuto do Notariado, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 26/2004, de 4 de Fevereiro.

<sup>94</sup> Rigorosamente, a credenciação é facultativa, como expressamente afirma o n.º 1 do art. 9.º RJDEAD. Simplesmente, e como vimos melhor *supra*, uma assinatura electrónica (ainda que *qualificada*), se tiver sido certificada por uma entidade *não credenciada* não produz qualquer efeito probatório automático, sendo o valor do documento apreciado nos termos gerais de direito (cfr. n.º 5 do art. 3.º RJDEAD).

<sup>95</sup> Na verdade, se é certo que muitos outros Estados-Membros prevêem igualmente uma credenciação das entidades certificadoras (como aliás é comprovado pelo facto de o legislador nacional ter sentido necessidade de prescrever os efeitos jurídicos da credenciação das entidades em Estados terceiros), certo é que não fazem depender da *acreditação da entidade certificadora* o valor dos documentos electrónicos. Pelo contrario, a *acreditação* apenas constitui um selo de qualidade da actividade certificadora, não se fazendo depender daquela a valia formal da assinatura. Cfr., por exemplo, o sistema belga, que estabelece que as assinaturas electrónicas avançadas assentes em certificados digitais (quer de entidades *acreditadas*, quer de entidades *não acreditadas*) se equiparam à assinatura autógrafa (*Loi fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification*, de 9 de Julho de 2001, publicada no *Le Moniteur Belge* em 29 de Setembro de 2001 e alterada pelo *Arrêté Royal* de 6/12/2002 *organisant le contrôle et l'accréditation des prestataires de service de certification qui délivrent des certificats qualifiés*, publicada no *Le Moniteur Belge* de 17/01/2003); em Espanha vigora um regime muito próximo, equiparando as *assinaturas electrónicas avançadas* às assinaturas manuscritas (quer provenham de entidade certificadora *certificada* ou não), conferindo a *certificación de entidades certificadoras* apenas uma garantia de qualidade dos serviços de certificação, como aliás em França, nos termos da actual versão (de 2009) do *Décret n.º 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique*, e em Itália (cfr. Decreto legislativo 23 gennaio 2002, n. 10).

<sup>96</sup> Cfr. n.º 2 do art. 3.º da Directiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas.

processuais<sup>97</sup>; *por outro*, preceitua que as assinaturas electrónicas qualificadas<sup>98</sup> (baseadas em certificado qualificado) cumprem nos documentos electrónicos a mesma função e produzem os mesmos efeitos que as assinaturas autógrafas nos documentos em suporte de papel<sup>99</sup>.

Ora, este desígnio é plenamente cumprido, já que todos os documentos a que é aposta uma *assinatura electrónica* são utilizáveis processualmente (sendo valorados como qualquer meio de prova<sup>100</sup>) e a assinatura electrónica qualificada (ainda que não certificada por uma entidade credenciada) é legalmente equivalente à assinatura autógrafa, presumindo a autoria do documento e a sua integridade<sup>101</sup>.

Simplesmente, o legislador português foi ainda mais receptivo e, para além dos efeitos que a normatividade comunitária impõe, optou por estabelecer que, caso a entidade certificadora haja sido credenciada, tudo se passa como se a assinatura houvesse sido reconhecida, o que se compreende pois há um oficial público a verificar (ainda que indirectamente) a titularidade da assinatura. Esta opção não deve condenar-se, porquanto não só é proveitosa no que tange ao propósito da confiança nos documentos electrónicos (i), como é permitida pela ordem jurídica comunitária<sup>102</sup> (ii) e parece inclusivamente ter sido pretendida pelas autoridades europeias, como é sugerido pela norma que expressamente prevê a criação de um nível elevado de acreditação (iii)<sup>103</sup>.

A segunda razão que funda o nosso entendimento reside nos moldes em que o legislador previu a *credenciação*. De facto, ainda que o nosso primeiro argumento não colhesse, se a credenciação consubstanciasse uma autorização administrativa perpetrada por um juízo discricionário poderia ver-se um entrave ao pleno acesso à actividade certificadora, que dependeria de uma apreciação da Administração. Ora, uma análise do RJDEAD demonstra que nada disso se passa. Na verdade, os requisitos de credenciação estão expressa e inequivocamente positivados<sup>104</sup>, estabelecendo-se *taxativamente* os motivos que podem habilitar a autoridade responsável pela credenciação<sup>105</sup> a recusá-la. No fundo, rigorosamente, a credenciação não consubstancia uma *autorização* mas apenas uma *fiscalização* das condições de segurança de funcionamento da entidade certificadora, atestada documentalmente, pelo que não se viola a proibição do legislador comunitário.

Em terceiro lugar, a conformidade da legislação nacional com a legislação comunitária demonstra-se nas regras atinentes ao valor das assinaturas electrónicas qualificadas certificadas por entidades credenciadas *por outro Estado*. De facto, se a entidade certificadora estrangeira (estabelecida noutro Estado-Membro) estiver sujeita a um *sistema de fiscalização* de outro Estado-Membro, há uma plena equiparação à credenciação pela Autoridade Nacional de Segurança, fazendo-se aqui funcionar o *direito administrativo internacional*<sup>106</sup>.

<sup>97</sup> Cfr. n.º 2 do art. 5.º da Directiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999.

<sup>98</sup> Que, na terminologia do legislador europeu, assumem a designação de *assinaturas electrónicas avançadas*.

<sup>99</sup> Cfr. n.º 1 do art. 5.º da Directiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999. Cfr. ainda Martien Schaub, *European Legal Aspects...*, pp. 177.

<sup>100</sup> Cfr. n.º 5 do art. 3.º RJDEAD.

<sup>101</sup> Cfr. n.º 1 do art. 7.º RJDEAD.

<sup>102</sup> Recorde-se que, nos termos do art. 249.º TCE, as directivas apenas são obrigatórias para os Estados-Membros quanto aos fins, deixando plena liberdade quanto à forma e quanto aos meios de os alcançar. Nessa medida, conquanto o legislador português haja consagrado os efeitos prescritos pela normatividade comunitária, nada obsta a que crie *outros efeitos* que vão além da obrigação europeia.

<sup>103</sup> Referimo-nos ao n.º 2 do art. 3.º da Directiva.

<sup>104</sup> Cfr. art. 12.ºss do RJDEAD.

<sup>105</sup> Actualmente, a Autoridade Nacional de Segurança, nos termos do art. 8.º do Decreto-Lei n.º 116-A/2006, de 16 de Junho, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 88/2009, de 9 de Abril.

<sup>106</sup> Repare-se que, neste campo como noutros, é trazida para o âmbito do direito público — concretamente na credenciação de entidades certificadoras — a aplicação de lei estrangeira, realidade que até há bem pouco tempo era exclusiva do direito privado. Na verdade, ensina Rui Moura Ramos, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1991, pp. 265, que “as regras de conflitos de leis [...] apenas legitimariam a aplicação dos comandos desse ordenamento [estrangeiro] que pertencessem ao domínio do direito privado, não provocando por esse facto

Ora, a produção de efeitos probatórios reforçados das assinaturas electrónicas qualificadas certificadas por entidades estrangeiras (e, assim, não credenciadas pela Autoridade Nacional de Segurança) comprova que a *credenciação* não é uma qualquer autorização mas tão somente uma garantia de segurança.

Nessa medida, e de acordo com as três razões que mencionámos, não pode concluir-se outra coisa que não seja a conformidade do normativo português com a Directiva comunitária e o saudável equilíbrio do regime, ao reforçar positivamente o valor das assinaturas geradas por entidade que apresenta todas as garantias de segurança.

## V. Negócios Solenes em suporte electrónico e a titulação de garantias reais

Chegados a este ponto, analisado o valor dos documentos electrónicos e a importância que neles reveste a assinatura electrónica, importa questionar a sua relevância notarial, nomeadamente no que concerne à sua utilização na celebração de negócios jurídicos para cuja validade a lei exija documento autêntico (ou documento particular autenticado e submetido a depósito electrónico por entidade com funções notariais).

*a aplicação das normas pertinentes ao âmbito do direito público*”, pressupondo “l'esistenza di una pluralità di sistemi giuridici statali, come tali collocati sul medesimo piano, aventi cioè la stessa forza” (Antonio Saggio, “Diritto Internazionale Privato e Diritto Uniforme nel sistema comunitario”, *Rivista di Diritto Europeo*, n.º 2, Aprile-Giugno 1996, pp. 215). É que a escolha da lei aplicável através de uma regra de conflitos bilateral pressupõe a aceitação da aplicação de leis estrangeiras no ordenamento jurídico do foro, ou seja, o abandono do princípio da territorialidade das normas. Esta concepção decorre “da necessidade de garantir a continuidade da vida dos indivíduos que estabeleceram relações ao abrigo de determinada lei diferente da lei do foro”. Rui Moura Ramos, *Da Lei Aplicável...*, pp. 278. Este pressuposto, no passado, não se preenchia nas normas de direito público: nas relações jurídico-públicas, estava em causa saber se o Estado do foro quer regular determinada situação, uma vez que lhe reconhece um qualquer interesse público na sua implicação, ou se entende que certa relação jurídica está fora da sua vontade reguladora, abdicando, por isso, “de se preocupar com a regulamentação respectiva. E como, desde logo atenta a vinculação da competência estadual ao território respectivo, as actuações em que o Estado pode intervir investido do seu poder supremo se limitam àquelas que se desenvolvem no interior do seu território, a regulação que para elas é criada acaba por vir nele tão-só a produzir os seus efeitos”. Cfr. Rui Moura Ramos, *Da Lei Aplicável...*, pp. 274. Isto é, no direito público, apenas se determinava a vontade de aplicação das normas ou se não há, não se carecendo neste caso de fazer intervir regras disciplinadoras de relações verticais emanadas por Estados terceiros.

Este raciocínio não é já hoje verdadeiro: de facto, sobretudo em espaços de integração económica como as Comunidades Europeias, há situações em que a vontade reguladora do Estado se basta com o cumprimento de uma lei estrangeira. Nessa medida, as regras de conflitos (bem como o problema da determinação do direito aplicável), deixaram hoje de ser monopólio das relações jurídico-privadas, pois ensina Paulo Otero que “não obstante toda a teoria das normas de conflitos ter sido elaborada para a resolução de situações jurídico-privadas, «atravessadas por fronteiras», falando-se, por isso mesmo, em Direito Internacional Privado, o certo é que não se pode excluir a existência de situações ou relações jurídico-administrativas «atravessadas por fronteiras». Paulo Otero, “Normas administrativas de conflitos: As situações jurídico-administrativas transnacionais” *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 783.

Com efeito, vigoram disposições conflituais no seio do direito público, designado “Direito Administrativo Internacional” ou “Direito Internacional Administrativo”, de que encontramos manifestações no Código dos Valores Mobiliários (referimo-nos ao facto de a aprovação do prospecto de Oferta Pública feita em vários Estados-Membros da União Europeia ser da competência da autoridade do Estado-Membro onde o emitente tem a sua sede, aplicando a lei nacional desse Estado para a validação do prospecto em todos os Estados. De facto, ao remeter-se a competência de aprovação para a autoridade administrativa estrangeira, está também a determinar-se que o interesse público manifestado pelo acto de aprovação do prospecto será regulado segundo a lei do Estado da sede do emitente. Para mais exemplos, cfr. Paulo Otero, “As normas administrativas de conflitos...”, pp. 785). Isto é, há situações onde autoridades nacionais de um Estado remetem não só para instâncias administrativas de outro Estado como para a sua legislação (jurídico-pública) a regulação de determinada matéria, o que legitima a conclusão que a aceitação de lei estrangeira já não é monopólio do direito privado, podendo mobilizar-se nas relações jurídicas de natureza pública. Ora, é precisamente isto que acontece no RJDEAD. Na verdade, quando o n.º 1 do seu art. 38.º atribui às assinaturas qualificadas geridas por entidades credenciadas *noutro Estado-Membro*, tal significa que o Estado Português, não obstante ter interesse em aplicar normas de direito público e de controlar a actividade certificadora aceita neste campo a aplicação da lei estrangeira e a intervenção de autoridades públicas estrangeiras. No fundo, estabelece-se aqui uma regra de conflitos com uma *conexão múltipla alternativa*, a facilitar a credenciação de entidadesificadoras: será credenciada qualquer entidade que cumpra os requisitos de credenciação *de qualquer uma das leis de qualquer Estado-Membro*.



Como se percebe, tal viabilidade traria uma importante vantagem, porquanto permitiria a celebração entre ausentes e desconhecidos<sup>107</sup> de negócios formais ou solenes que exijam a intervenção de uma entidade com funções notariais<sup>108</sup> sem necessidade de recurso à representação — designadamente a constituição ou transmissão de direitos reais sobre imóveis. A ser possível exarar um documento autêntico em suporte electrónico, o notário poderia recolher as manifestações de vontade dos outorgantes através de meios telemáticos, apondo ao documento electrónico autêntico as assinaturas electrónicas qualificadas certificadas por entidades credenciadas (do notário e dos contratantes)<sup>109</sup>, que assegurariam não apenas a identidade dos intervenientes como a integridade das suas declarações de vontade. Da mesma forma, e uma vez que entre nós passou a ser suficiente para a maioria dos negócios reais o documento particular autenticado submetido a depósito electrónico, a viabilidade de autenticação de documentos electrónicos particulares prescindiria da presença das partes, flexibilizando a celebração deste tipo de negócios.

A flexibilização da contratação de negócios reais assumiria especiais vantagens no campo dos direitos reais de garantia, mormente no caso da constituição de hipotecas, pois é nesse campo que, as mais das vezes, o potencial adquirente do direito real não tem qualquer ligação ao local da situação do imóvel. De facto, se um potencial devedor que vise oferecer uma hipoteca sobre um imóvel como garantia de um empréstimo puder celebrar tais negócios sem a presença do futuro credor, mais facilmente acederá a crédito junto de instituições financeiras distantes, *maxime* sedeadas noutros Estados-Membros da União Europeia, que poderão ver constituídas a seu favor garantias reais sem necessidade de representante em Portugal<sup>110</sup> e, assim, sem tais gastos. No fundo, desapareceria um dos óbices que parece ser responsável pelo tão tardio e ineficiente estabelecimento de uma verdadeira *liberdade de circulação de capitais* na União Europeia<sup>111</sup>, que assume um especial atraso no âmbito do

<sup>107</sup> Estes negócios são apelidados de “*relações virtuais*” por Mário Castro Marques, “O comércio electrónico...”, pp. 43.

<sup>108</sup> Para os negócios formais em que a lei se basta com forma escrita, sem impor documento autêntico ou autenticado, o problema está claramente resolvido, já que o documento electrónico satisfaz o requisito de forma escrita (art. 3.º RJDEAD) e é expressamente aceite a contratação electrónica sempre que a lei imponha meramente a forma escrita (cfr. artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, na redacção que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 62/2009, de 10 de Março).

<sup>109</sup> A este propósito, importa, como se percebe, tratar o problema da disciplina legal da transmissão dos documentos electrónicos, enquanto forma adequada para recolher as manifestações de vontade de contraentes ausentes. Ora, a formação dos contratos e dos demais actos jurídicos electrónicos pode resultar de meios telemáticos já que desde 1999, nos termos do art. 6.º do RJDEAD e na sequência do que a Doutrina já vinha defendendo, a comunicação por correio electrónico é legalmente equivalente a qualquer outra forma de expressão da vontade, pelo que nenhum óbice se levanta à celebração de contratos por esta via. Impõe-se, no entanto, a conclusão de uma convenção de endereço electrónico, a qual pode ser expressa ou tácita — por exemplo, pela indicação do proponente do seu endereço de correio electrónico e a resposta do aceite através de outro endereço (cfr. n.º 1 do art. 6.º do RJDEAD). Ademais, não parece dever olvidar-se que, apesar de tudo, o “*envio de correspondência por correio tradicional é mais seguro do que por correio electrónico*”. Cfr. Elsa Dias Oliveira, *A protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados através da Internet*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 123.

De notar ainda que a remessa por correio electrónico de documentos electrónicos subscritos por assinatura electrónica qualificada equivale, em todos os seus efeitos legais, ao envio por via postal registada, acrescentando-se que se a recepção for comprovada por mensagem de confirmação dirigida ao remetente pelo destinatário, a equivalência estabelece-se com a via postal registada com aviso de recepção (cfr. n.º 3 do art. 6.º RJDEAD).

<sup>110</sup> Efectivamente, nada obstará a que fossem celebrados no estrangeiro negócios jurídicos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis situados em Portugal, desde que titulados segundo a legislação internacionalmente competente, que será amiúde a lei da situação da coisa. Sobre a lei aplicável a tais negócios internacionais nos pronunciaremos melhor *infra*.

<sup>111</sup> Como é evidente, não é apenas a necessidade de presença simultânea das partes que obstaculiza a realização de um verdadeiro mercado único de garantias reais imobiliárias, sendo normalmente apontadas outras importantes razões, como a forçosa sujeição da hipoteca à lei da situação da coisa, a pouca flexibilidade dos regimes hipotecários nacionais ou a intervenção, no direito das garantias reais, de uma multiplicidade de ramos do direito, como o direito falimentar e o direito registal. No entanto, não pode negar-se que, a estas dificuldades de fundo acresce também a rigidez da *formalidade* da contratação, que exige, pelo menos na hipoteca clássica de influência napoleónica, a presença simultânea das partes. Sobre as razões de inexistência de um mercado europeu de garantias imobiliárias *vide* Mónica Jardim, “A euro-hipoteca e os diversos sistemas registais europeus,” *Página Electrónica do Centro de Estudos Notariais e Registais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2008, <http://www.fd.uc.pt/cenor/textos/> (acedido em 16 de Abril de 2009, e Manuel Casero Mejías, “La Eurohipoteca”, tradução de “Die Eurohypothek”, de O. Stöcker, *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, 1994, pp. 91.

crédito hipotecário — a quase inexistência de financiamentos bancários transfronteiriços garantidos por hipoteca no espaço comunitário<sup>112</sup>. Trata-se de um dado surpreendente, atendendo a que o mútuo hipotecário é aquele que, nos planos nacionais do espaço europeu, gera maior volume de financiamento, particularmente na construção e aquisição de imóveis.

Como se percebe, a limitação é nefasta principalmente ao devedor, que apenas poderá oferecer uma hipoteca às instituições de crédito que laborem no Estado-Membro onde a coisa se situe, implicando uma redução da concorrência entre as entidades bancárias, que não temem a celebração de mútuos hipotecários pelas suas congéneres estrangeiras. Ora, inexistindo uma verdadeira concorrência entre instituições de crédito no espaço comunitário, os potenciais devedores encontrarão um leque de eventuais credores menor do que aquele que achariam, não podendo aceder, na prática, a condições mais vantajosas que um mercado único de capitais poderia oferecer<sup>113</sup>.

Por outro lado, e ainda que se considere que a flexibilização da contratação internacional<sup>114</sup> das garantias reais previstas e reguladas pelos direitos dos Estados-Membros seja insuficiente à realização de um mercado europeu de garantias imobiliárias, não deve olvidar-se que alguns autores vêm propondo modelos de criação de uma *garantia real de raiz europeia*, a acrescentar aos institutos de direito interno, especificamente orientada para corrigir a deficiência *supra identificada*<sup>115</sup>. Ora, qualquer que seja o modelo que venha a adoptar-se, caso a criação de uma garantia real uniforme por via comunitária venha a suceder — cumprindo o desígnio da potenciação do crédito hipotecário internacional —, é evidente que as condições atinentes à formalidade de contratação serão um ponto a ter em conta, sendo expectável que o objectivo seja melhor atingido caso se admita a celebração destes contratos sem a presença simultânea das partes, *maxime* através de meios electrónicos.

Em suma, *quer* mantendo-se o quadro actual de garantias imobiliárias *distintas* em vários Estados-Membros, *quer* avançando-se para a criação de uma *euro-hipoteca*, ponto é que a viabilidade de constituição de um direito real de garantia sobre um imóvel por meios electrónicos, dispensando a presença simultânea de credor e devedor, consubstanciaria um incentivo à criação de relações internacionais no campo das garantias reais.

Assim, dedicar-nos-emos ao problema da titulação de garantias reais por via electrónica na lei portuguesa (aquela que será as mais das vezes chamada a resolver o problema quando o imóvel a onerar se situe em Portugal<sup>116</sup>) e por titular português — regendo-se

<sup>112</sup> Segundo Mónica Jardim, “A euro-hipoteca e os diversos sistemas registais europeus,” *Página Electrónica do Centro de Estudos Notariais e Registais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2008, <http://www.fd.uc.pt/cenor/textos/> (acedido em 16 de Abril de 2009), pp. 1, menos de 1% do crédito hipotecário europeu é transfronteiriço.

<sup>113</sup> Neste sentido, cfr. Mónica Jardim, “A euro-hipoteca...”, pp. 2; Manuel Casero Mejías, “La Eurohipoteca”, tradução de “Die Eurohypothek”, de O. Stöcker, *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, 1994, pp. 91: “la desaparición de las fronteras en el ámbito del crédito hipotecario supondría una rebaja en su coste y, consiguientemente en el precio de la vivienda, lo que favorecería, sin duda, principalmente a las clases más necesitadas”.

<sup>114</sup> Contratos internacionais são aqueles que têm contactos significativos com mais do que um Estado, seja através de diferente nacionalidade das partes, da sua sede ou residência habitual, do local de celebração do negócio, etc. Luís de Lima Pinheiro, “Direito Aplicável aos Contratos Celebrados através da Internet”, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 363.

<sup>115</sup> Sobre o tema, vide Koendgen/Stöcker, “Die Eurohypothek – Akzessorietät als Gretchenfrage?” *ZBB (Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft)*, 2/2005, pp. 112-120; Esther Muñoz Espada, *Bases para una propuesta de Eurohipoteca*, Valencia, 2004, Ed. Tirant lo Blanch; Sergio Nasarre-Aznar, “The Eurohypothec: a common mortgage for Europe”, *The Conveyancer and the Property Lawyer*, Thomson-Sweet & Maxwell, January-February 2005, pp. 32-52.

<sup>116</sup> Quanto ao problema da determinação da lei aplicável a este problema, deve sublinhar-se que, em nosso entender, as normas disciplinam a celebração de negócios através de meios electrónicos se qualificam no conceito-quadro da forma dos negócios jurídicos, pois está em causa o problema de saber se a exteriorização da vontade *negocial* pode ocorrer através de documentos electrónicos. Isto é, interpretando o conceito-quadro de acordo com a *lex formalis fori* (e, assim, sendo irrelevante que a lei material portuguesa não trate a *forma electrónica* como solenidade distinta da forma escrita), quer o problema da *aceitação dos meios electrónicos para exteriorização da vontade*, quer a questão do *valor formal das declarações negociais assentes em documentos electrónicos* são compreendidos pelo conceito-quadro da forma *negocial*, pelo que deverão ser aí qualificadas as normas que, atendendo ao conteúdo e função que desempenhem no ordenamento jurídico a que pertençam, versem sobre esse problema. Sobre a qualificação e interpretação do conceito-quadro, cfr., p. todos, António Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2000 pp. 205ss. Sobre o conceito de forma, vide Luís Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol.

II (Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica), 3ª Edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2001, pp. 233. A forma das declarações negociais não se sujeita, necessariamente, ao estatuto contratual — aquele que seria, à partida mais adequado aos interesses das partes (cfr. Cfr. Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, Vol. II, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 159). Na verdade, o âmbito da *lex contractus* é definido pelo legislador conflitual comunitário como compreendendo tão-somente a interpretação do contrato, o cumprimento das obrigações dele decorrentes, as consequências do incumprimento total ou parcial dessas obrigações (nos limites dos poderes atribuídos ao tribunal pela respectiva lei de processo), as causas de extinção das obrigações, a prescrição e a caducidade e as consequências da invalidade do contrato. [Recorde-se que, sobre esta matéria — lei aplicável a contratos que constituam ou transmitam direitos reais sobre imóveis — vigora nos Estados-Membros da União Europeia um instrumento de unificação das regras de conflitos — Regulamento (CE) n.º 593/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre lei aplicável às obrigações contratuais (Regulamento ROMA I) —, pelo que em qualquer Estado-Membro se mobilizará o mesmo direito conflitual. Sobre o âmbito da *lex contractus*, cfr. n.º 1 do art. 12.º do Regulamento ROMA I].

No entanto, deve sublinhar-se que se verificou uma evolução neste domínio. A perspectiva tradicional submetia o problema da forma à lei do local da celebração, conexão de raiz estatutária, que pretendia assegurar a validade do negócio e a fluidez do comércio jurídico. De facto, “quem opta por celebrar um negócio jurídico em determinado país pode facilmente informar-se, no local, dos requisitos formais que deve satisfazer. Por outro lado, quando a celebração do acto exige a intervenção de uma autoridade pública, esta autoridade está mais familiarizada com a lei local do que com uma lei estrangeira”. Cfr. Dulce Lopes, Mafalda Seabra Pereira, Rui Dias, Geraldo Ribeiro e Luís Verde de Sousa, *Sumários Desenvolvidos de Direito Internacional Privado — Parte Especial: Estatuto Negocial*, pp. 6, disponível na internet via <http://woc.uc.pt/fduc>, acedido em 10 de Setembro de 2009. Cfr. ainda Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, Vol. II, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 159.

Hoje, pelo contrário, vigora uma posição flexível: considerar-se-á formalmente válido o contrato que cumprir, *alternativamente*, as disposições da *lex contractus*, da lei do local onde seja emitida qualquer das declarações negociais ou da lei da residência de qualquer das partes. Cfr. n.º 2 do art. 11.º do Regulamento ROMA I, sobre lei aplicável às obrigações contratuais [Repare-se que o sistema internacionalprivatístico comunitário, em face do regime do Código Civil, subtrai uma conexão subsidiária — a lei indicada pelas regras de conflitos do Estado onde o negócio foi celebrado (cfr. n.º 2 do art. 36.º do Código Civil) — o que se explica em face da hostilidade da convenção ao reenvio (cfr. art. 20.º do Regulamento ROMA I), como aliás é próprio dos instrumentos de unificação das regras de direito internacional privado]. Isto é, como posição de princípio decorrente das regras gerais de direito internacional privado no espaço europeu, a contratação electrónica será possível desde que tal seja permitido por uma de cinco legislações: a lei que regular as obrigações contratuais (i), a lei do local onde for emitida a declaração negocial do primeiro outorgante (ii), a lei do Estado onde for proferida a vontade contratual do segundo contratante (iii), a lei do Estado onde residir o primeiro contraente (iv) ou a lei do Estado onde residir o segundo contraente (v). Ora, sendo a lei do contrato escolhida livremente pelas partes, as normas jusinternacionalísticas em causa parecem permitir às partes a opção por uma qualquer legislação que o admita, podendo assim constituir por via electrónica (*maxime* à distância) uma garantia real sobre um imóvel. Na falta de escolha, aplicar-se-á a lei da lei da situação da coisa (Cfr. alínea c) do n.º 1 do art. 4.º do Regulamento ROMA I). Porém, dois problemas se colocam no que concerne à aplicação desta construção jurídica, tendente ao *favor negotii*, à constituição de direitos reais sobre imóveis.

Em primeiro lugar, importa ressaltar os casos em que se imponha a forma de documento autêntico com vista a assegurar o controlo da legalidade do acto, o que acontecerá nos sistemas de notariado latino (Cfr. Mónica Jardim, “A segurança jurídica preventiva como corolário da actividade notarial”, pp. 2 e 3, disponível no Portal Electrónico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, acedido via internet em <https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=2&id=2314> e consultado em 8 de Setembro de 2009). Com efeito, se a solenidade tem subjacente a verificação do cumprimento da lei que regulará o contrato, parece que terá de ser a *lex contractus* a regular a forma (sendo que Lima Pinheiro defende ainda a necessidade de celebrar o negócio no Estado que formula esta exigência, “com vista a garantir que a entidade dotada de fé pública interveniente controla a legalidade do acto”, já que o Estado apenas confere fé pública aos seus agentes e não aos que laborem num Estado terceiro. Cfr. Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional...*, Vol. II, pp. 159).

Ou seja, se a lei aplicável à substância do contrato implicar o cumprimento de forma que pressuponha a intervenção de uma entidade com funções notariais destinada a verificar a legalidade do acto, não obstante a prescrição do Regulamento Roma I, não só deverá ser esta a regular a forma como o contrato terá de se celebrar forçosamente nesse Estado. Nessa medida, quanto aos contratos destinados a constituir direitos reais sobre imóveis sítos em Portugal, caso as partes não escolham expressamente outra *lex contractus*, o contrato em causa será celebrado de acordo com a lei portuguesa.

Por outro lado, não pode olvidar-se que o direito de conflitos comunitário é um pouco mais cauteloso na indicação da conexão nestes contratos, prescrevendo a obrigatoriedade de cumprimento das normas do Estado da situação da coisa que constituam normas de aplicação necessária e imediata (terminologia de Rui Moura Ramos, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, Almedina, Coimbra, 1991, pp. 667), ou seja, que se aplique qualquer que seja o local de celebração do contrato ou a lei a que este esteja submetido. Ou seja, deve indagar-se se, mesmo quando as partes escolham outra legislação para regular as obrigações contratuais de um negócio deste tipo, se não está o legislador a prescrever necessariamente, quanto aos imóveis sítos em Portugal, a obrigatoriedade de ser cumprida uma formalidade com intervenção notarial, prescrita pela lei portuguesa. No ensinamento de Rui Moura Ramos, as normas de aplicação necessária e imediata podem sê-lo implícitas, quando o seu âmbito de aplicação não possa deixar de deduzir-se pelo intérprete sempre a sua razão de ser não dependa de “a circunstância de os factos e relações nelas previstos se encontrarem ligados à ordem jurídica de um Estado pelo particular elemento previsto pelo sistema conflitual como relevante para lhe atribuir competência”. Rui Moura Ramos, *Da Lei Aplicável...*, pp. 672

a respectiva actividade notarial pela lei do Estado onde o oficial desempenha a sua actividade (*auctor regit actum*).

### a) Negócios Solenes<sup>117</sup> em suporte Electrónico na Lei Portuguesa.

Antes de uma análise do regime positivo com vista a saber da viabilidade de outorga electrónica de contratos reais (quanto aos efeitos) sobre imóveis, deve questionar-se se em sentido contrário não aponta a imposição de formalidade solene a este tipo de negócios, a qual se costuma justificar não apenas na necessidade de garantir a segurança e certeza jurídicas numa perspectiva preventiva<sup>118</sup> como igualmente na convicção de que a necessidade de cumprimento de uma forma de exteriorização da vontade negocial implica uma maior reflexão pelas partes<sup>119</sup>. Ora, há que indagar se a flexibilização da celebração de negócios solenes não contraria o escopo da formalidade que o legislador quis impor.

Tal concepção não deve impressionar-nos, pois o argumento radica numa confusão entre *forma e formalidade*<sup>120</sup>. Na verdade, não está aqui em causa uma redução da formalidade prescrita por lei (de documento autêntico ou de documento particular autenticado) mas tão-

Ora, se a exigência de controlo de uma autoridade com funções notariais se explica na perspectiva *preventiva de conflitos*, na perspectiva de *guarda avançada do registo* (que terá lugar em Portugal — já que o sistema tabular português é de fôlio real), na garantia de uma imprescindível segurança jurídica no estatuto real da coisa (que se situa em Portugal), e em “*certas razões que o legislador considera serem de interesse público (ou de ordem pública), superiores, portanto aos interesses das partes envolvidas*” (Cfr. Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português — Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 442), temos muitas dúvidas que, ainda que a lei reguladora do contrato seja outra, não deva sempre aplicar-se a exigência formal de titulação prevista na lei portuguesa quando o imóvel sobre o qual incidem os direitos reais a titular se situe em Portugal. De facto, sublinhe-se que a solenidade imposta se trata de uma formalidade *ad substantiam*, fazendo depender dela a validade de todo o negócio. Luís Carvalho Fernandes, *Teoria Geral...*, pp. 235.

Este assunto (da aplicabilidade estendida das normas de notariado latino) será objecto de um nosso estudo mais aprofundado, pelo que suscitamos apenas aqui a questão de saber se a imposição de forma autêntica (ou da autenticação do documento particular) a este tipo de negócios jurídicos não será exigida sempre que formulada *quer* pela *lex contractus*, *quer* pela *lex rei sitae*. A ser assim, a forma de tal negócio sobre coisa sita em Portugal sempre carecerá da intervenção de uma entidade com funções notariais.

<sup>117</sup> Rigorosamente, não trataremos da exequibilidade de reduzir a suporte electrónico todos os negócios solenes. Na verdade se, nas impressionantes palavras de Carlos Alberto da Mota Pinto, negócios formais ou solenes são “*aqueles para os quais a lei prescreve a necessidade da observância de determinada forma, o acatamento de determinadas solenidades*”, certo é que caso a formalidade imposta seja o simples escrito particular, nenhum óbice se coloca. De facto, o n.º 1 do art. 3.º RJDEAD é expresso ao equiparar o documento electrónico à forma escrita, desde que aquele seja representável como declaração escrita.

O problema põe-se quando o legislador imponha uma solenidade acrescida, dos quais o exemplo clássico no direito pátrio é o da constituição ou transmissão de direitos reais sobre imóveis, para os quais se impõe a forma de escritura pública ou de documento particular autenticado e sujeito a depósito electrónico, nos termos do art. 24.º do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho e da Portaria n.º 1535/2008, de 30 de Dezembro.

Sobre a classificação dos negócios jurídicos, cfr. Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 395.

<sup>118</sup> No ensinamento de Mónica Jardim, a solenidade que advém da exigência de intervenção de entidade com funções notariais tem como consequência a prevenção e evicção de conflitos, o que é uma consequência da inserção do sistema português no sistema latino de notariado. Cfr. Mónica Jardim, “A segurança jurídica preventiva como corolário da actividade notarial”, pp. 1, disponível no Portal Electrónico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, acedido via internet em <https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=2&id=2314> e consultado em 8 de Setembro de 2009.

<sup>119</sup> Neste sentido, cfr. António Ferrer Correia, “A Codificação do Direito Internacional Privado — Alguns Problemas”, Separata dos volumes LI, LII, LIII e LIV do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1979, pp. 39: “*Olhemos as disposições concernentes à forma externa dos negócios jurídicos. O seu escopo e fundamento é duplo: por um lado, trata-se de chamar os interessados a reflectir sobre o alcance do acto que pretendem praticar, de modo a que a sua conduta venha a resultar de uma vontade esclarecida e séria e não dalgum impulso ocasional; por outra parte, trata-se também (...) de promover a certeza jurídica*”.

Em sentido contrário, *vide* António Menezes Cordeiro que considerando ter sido este o desígnio primitivo das exigências formais, julga não serem cumpridos quaisquer destes escopos, justificando-as apenas em razões históricas e advogando a sua revogação. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. I — Parte Geral, Tomo I, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 569.

<sup>120</sup> No ensinamento de Luís Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito...*, pp. 234, a forma é o modo de exteriorização da vontade, ao passo que a *formalidade* constitui o conjunto de operações executado na sua expressão. Assim, numa escritura pública a *forma é escrita*, embora a *formalidade* equivalha às operações a do oficial público nos termos da lei notarial.



-somente a sua reprodução em formato electrónico, atendendo a que a natureza *escrita* do suporte informático é legalmente equivalente à do suporte de papel.

Nessa perspectiva, e não obstante uma maior facilidade de celebração (porquanto pode ser concitada a viabilidade da sua outorga sem a presença simultânea das partes), não deixaríamos de estar perante documentos com a mesma solenidade que os seus homólogos assentes em papel, com intervenção do Estado (por força da entidade com funções notariais) a garantir a conformidade com a lei<sup>121</sup>. Ademais, no ensinamento de Hörster, é sabido que a exigência de formas solenes não se liga a qualquer propósito de “*reduzir a fluência do tráfico jurídico, mas antes para garantir a sua eficiência e a sua segurança, protegendo-o, deste modo, no interesse geral*”<sup>122</sup>.

Nessa medida, a maior facilidade de celebração, conquanto se mantenha o controlo imposto pela *formalidade imposta*, é uma consequência favorável que em nada coloca em causa o fundamento da solenidade prescrita. A ser possível a sua realização em suporte electrónico, quer o escopo da segurança jurídica quer o desígnio da reflexão das partes seriam plenamente efectivados, não se colocando o óbice de uma desformalização negocial, porquanto sempre existe uma entidade a garantir ambos os objectivos. Sublinhe-se, pois, que não está em causa a *substituição das formalidades legais* (escritura pública ou documento particular autenticado nos termos do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho) por outra forma — uma “*formalidade electrónica*” — como parecem sugerir alguns Autores<sup>123</sup>. Ao invés, o que está em causa é o suporte do documento, a qual importa indagar se deve ser assente forçosamente em papel ou se é admissível a sua existência em electronicamente<sup>124</sup>.

### **b) O princípio comunitário da admissibilidade da contratação electrónica.**

Consciente do impulso que a contratação electrónica pode dar ao estabelecimento de um mercado comum no espaço comunitário, desenvolvendo o comércio jurídico independentemente de fronteiras ou distâncias, o legislador europeu adoptou em 2000 a Directiva sobre comércio electrónico<sup>125</sup>, depositando neste domínio esperanças de impulso do desenvolvimento económico europeu<sup>126</sup>. Assim, as autoridades comunitárias assumiram um claro propósito: “*generalizar o recurso à contratação electrónica, afastando os obstáculos à sua concretização*”<sup>127</sup>.

O normativo comunitário estabelece um princípio de *admissibilidade da contratação*

<sup>121</sup> Segundo Joaquim Barata Lopes, a segurança jurídica conferida pela actividade notarial reside na certificação que o negócio é conforme à lei. Cfr. Joaquim Barata Lopes, “A segurança jurídica — registos e notariado...”, pp. 3.

Não discutiremos nesta sede a bondade da autenticação de documentos por advogados, solicitadores e Câmaras de Comércio e Indústria, que não são oficiais públicos e cujos actos não gozam de fé pública.

<sup>122</sup> Cfr. Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral...*, pp. 443.

<sup>123</sup> É o caso de Sebastião Nóbrega Pizarro, *Comércio Electrónico...*, pp. 76, que argumenta serem formas diferentes e inconciliáveis: “*Tratando-se de um negócio sujeito a uma solenidade formal — a escritura pública — a sua celebração por meios electrónicos será nula, nos termos do art. 220.º do Código Civil.*”

<sup>124</sup> Este entendimento encontra claramente apoio no n.º 1 do art. 3.º RJDEAD, que não cria uma *forma electrónica* mas afirma que a *forma escrita* tanto é satisfeita por documentos assentes em papel como por documentos em suporte electrónico.

<sup>125</sup> Directiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, publicada no JOUE em 17 de Julho de 2000.

<sup>126</sup> Vide considerando n.º 2 e 3.º do preâmbulo da dita Directiva.

<sup>127</sup> José de Oliveira Ascensão, “*Contratação Electrónica*”, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IV, Associação Portuguesa do Direito Intelectual, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 47.

Uma intervenção comunitária neste domínio surge plenamente justificada, já que a harmonização ou uniformização das regras aplicáveis à contratação electrónica implica simultaneamente a redução das disparidades das opções legislativas dos ordenamentos jurídicos nacionais — efectivando as liberdades de estabelecimento e de prestação de serviços — e uma regulação internacional de um modo de contratar que, as mais das vezes, atravessa fronteiras, conferindo assim maior dose de segurança aos operadores económicos. Todavia, se é inquestionável a pertinência da regulação comunitária do problema da contratação electrónica, é por outro lado muito criticável a técnica legislativa que se encontra na Directiva sobre comércio electrónico, pois trata de seis disciplinas avulsas que não apresentam sequer grande homogeneidade (como sejam o acesso à actividade de prestação de serviços na sociedade de informação e a responsabilidade civil dos operadores). Neste sentido, cfr. José de Oliveira Ascensão, “*Contratação Electrónica...*”, pp. 44.

*electrónica*, impondo aos Estados-Membros que o regime jurídico aplicável confira efeitos jurídicos aos contratos celebrados electronicamente<sup>128</sup>. Entre nós, esta regra é absolutamente inócua, atendendo à vigência do princípio da liberdade de forma (art. 219.º do Código Civil), que aceita qualquer modalidade de contratação e, assim, também o encontro de declarações de vontade através de meios telemáticos. O problema coloca-se, sim, se em dado negócio não vigorar o princípio de liberdade de forma mas se impuser o cumprimento de uma dada forma legal; por outras palavras, importa questionar se é possível recorrer a documentos electrónicos para formalizar negócios solenes.

Ora, relativamente a esse problema, a União Europeia não impõe que seja conferida à emissão de declarações de vontade por documentos electrónicos o valor de uma dada forma legal, não prescrevendo, por exemplo, se esta se equipara à *forma escrita*; nessa medida, serão os Estados-Membros quem, no acto de transposição, definirão se a contratação electrónica basta nos negócios formais ou solenes. Assim, deve recordar-se que o legislador português, como já dissemos *supra*, foi particularmente receptivo, já que no acto de transposição veio sublinhar que o valor de *documento escrito* que atribuía aos documentos electrónicos implica que os contratos celebrados electronicamente cumpram a exigência de forma escrita<sup>129</sup>, o que vem claramente permitir a celebração de contratos formais através de meios telemáticos<sup>130</sup>.

Todavia, o normativo comunitário não obriga a que *todos* os contratos sejam abrangidos pelo *princípio da admissibilidade*, permitindo excluir, designadamente, aqueles que careçam de intervenção de entidade com funções públicas e os que constituam ou transfiram direitos reais sobre imóveis. Quanto a esta faculdade, o nosso legislador foi expresso e aceitou-a inequivocamente, não estendendo a aplicação do princípio a tais contratos<sup>131</sup> e gerando a dúvida quanto à viabilidade de emissão de declarações de vontade por via electrónica neste domínio.

### c) Documentos autênticos em suporte electrónico

O problema que aqui concitamos — a questão de saber se são admissíveis documentos *autênticos* em formato electrónico — não é claramente resolvido pelo Regime Jurídico do Documento Electrónico e da Assinatura Digital.

Para a sua resolução, deve começar por notar-se que em lugar algum, o legislador se pronuncia sobre a classificação dos documentos electrónicos na *summa divisio* operada pela lei civil entre documentos autênticos ou particulares. Nessa sequência, não parece haver razão para arguir a inaplicabilidade do regime estatuído pelas normas do Código Civil: um documento autêntico é aquele que é exarado, com as formalidades legais, pelas autoridades públicas nos limites da sua competência, pelos notários, ou por outros oficiais públicos (cfr. o n.º 2 do artigo 363.º do Código Civil). Ora, não suscitando dificuldades a questão de saber se as autoridades públicas e os notários podem exarar documentos em suporte electrónico,

<sup>128</sup> Assim dispõe o seu artigo 9.º: *Os Estados-Membros assegurará o que os seus sistemas legais permitam a celebração de contratos por meios electrónicos. Os Estados-Membros assegurará o, nomeadamente, que o regime jurídico aplicável ao processo contratual não crie obstáculos à utilização de contratos celebrados por meios electrónicos, nem tenha por resultado a privação de efeitos legais ou de validade desses contratos, pelo facto de serem celebrados por meios electrónicos*. Por outro lado, e como bem nota Oliveira Ascensão, este princípio é claramente reforçado pela previsão expressa das excepções onde este princípio pode ser afastado. Cfr. José de Oliveira Ascensão, “Contratação Electrónica...”, pp. 47.

<sup>129</sup> Assim dispõe o art. 26.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 62/2009, de 10 de Março: *“As declarações emitidas por via electrónica satisfazem a exigência legal de forma escrita quando contidas em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação. O documento electrónico vale como documento assinado quando satisfizer os requisitos da legislação sobre assinatura electrónica e certificação”*.

<sup>130</sup> Como vimos, o mesmo já resultava do n.º 1 do art. 3.º do RJDEAD, que expressamente equiparava o Documento Electrónico a documento em forma escrita conquanto o seu conteúdo seja susceptível de representação como declaração escrita.

<sup>131</sup> Cfr. n.º 2 do art. 9.º da Directiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, publicada no JOUE em 17 de Julho de 2000 e o n.º 2 do art. 25.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 62/2009, de 10 de Março.

porquanto o artigo 5.º do Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e da Assinatura Digital (RJDEAD) o admite expressamente<sup>132</sup> conquanto se submeta às regras gerais (apesar de, como se percebe, dever a autoridade pública submeter-se, para a respectiva emissão, às regras constantes do Decreto-Lei n.º 116-A/2006, de 16 de Junho, que cria o Sistema de Certificação Electrónica do Estado — Infra-Estrutura de Chaves Públicas) —, parece que a questão se resolverá no que tange à viabilidade da aplicação das “*formalidades legais*” de emissão de um documento autêntico à formalidade electrónica.

Entendamo-nos: se é certo que as autoridades públicas podem exarar documentos electrónicos (art. 5.º RJDEAD) e que a assinatura digital se equipara à assinatura notarialmente reconhecida (n.º 2 do art. 3.º RJDEAD), o documento electrónico que for exarado por notário ou outro oficial público nos limites da sua competência e ao qual seja aposta a respectiva assinatura digital será considerado *documento autêntico* se forem cumpridas “*as formalidades legais*” a que se refere o n.º 2 do artigo 363.º do Código Civil. Estas formalidades compreendem, nomeadamente, as obrigações relativas à sua constância em livros, índices e arquivos, nos termos dos artigos 7.º a 34.º do Código de Notariado que, como se percebe, estão pensadas em exclusivo para os documentos exarados em suporte de papel. Nessa medida, a Doutrina tem recusado a viabilidade prática de geração de documentos electrónicos autênticos<sup>133</sup>.

Antes de nos pronunciarmos sobre o problema, deve sublinhar-se que a questão que se coloca não é propriamente a de estar normativamente proibida a utilização, para cumprimento destas obrigações, de documentos electrónicos; o óbice radica no facto da legislação em causa ter sido produzida “*in a era when technologies did not exist to replace documents ‘in writing’ with electronic mail or ‘signatures’ with encrypted data blocks*”<sup>134</sup>. Isto é, não está em causa uma *proibição* de exarar escrituras públicas em suporte electrónico mas uma *incerteza* quanto a essa viabilidade, em face de as normas aplicáveis serem historicamente datadas.

Por nossa parte, julgamos que a mera prescrição pelo Código de Notariado de obrigações de organização de livros e arquivos não preclude, só por si, essa viabilidade, uma vez que, numa interpretação actualista, é possível entender os ditos livros e arquivos como documentos que, com conteúdo idêntico, revistam natureza electrónica. Efectivamente, não deve olvidar-se que inexistem obstáculos de natureza técnica à organização de *livros, índices e arquivos* em suporte informático, assegurando-se a sua inviolabilidade e autenticidade recorrendo à assinatura digital do notário autor do documento. Aliás, mesmo a norma do art. 9.º do Código do Notariado admite esta interpretação, já que, por um lado, desde que não existam modelos aprovados (por despacho do Presidente do Instituto dos Registos e do Notariado), cabe ao notário adoptar os modelos de livros que lhe aprovar, e por outro, admite-se expressamente a submissão ao tratamento informático dos livros notariais<sup>135</sup>. Nessa medida, e como posição de princípio, cremos que não será a obrigação de os actos notariais constarem de livros que impedirá a opção do notário por um documento autêntico em suporte electrónico.

Posição similar tem a Ordem dos Notários Portugueses que, de acordo com Joaquim Barata Lopes, criou uma entidade certificadora com vista à criação de escrituras electrónicas, “*em que as partes podem estar em locais físicos diferentes, mas proferem a declaração negocial na presença do notário, que, com o seu certificado digital, garante a segurança técnica ao mesmo tempo que garante a segurança jurídica certificando, nomeadamente, a capacidade das partes*”<sup>136</sup>.

Porém, certo é que se colocam importantes obstáculos à efectivação prática desta realidade.

<sup>132</sup> Neste particular, acompanhamos expressamente Miguel Pupo Correia quando defende que esta norma, que admite a emissão por entidades públicas de documentos electrónicos, compreende quer os actos administrativos, quer os que relevem das suas relações de natureza jurídico-privada. Cfr. Miguel Pupo Correia, “Assinatura Electrónica e Certificação...”, pp. 25.

<sup>133</sup> Vide Miguel José de Almeida Pupo Correia, “Documentos Electrónicos e Assinatura...” e “Assinatura Electrónica e Certificação...”, pp. 27; Joel Timóteo Ramos Pereira, *Compêndio Jurídico...*, pp. 631.

<sup>134</sup> Ian Walden, “Regulating Electronic Commerce...”, pp. 21.

<sup>135</sup> Cfr. n.º 6 do art. 21.º do Código do Notariado.

<sup>136</sup> Cfr. Joaquim Barata Lopes, “A segurança jurídica — registos e notariado...”, pp. 14.

Em primeiro lugar, e no que respeita à viabilidade de exarcação de escrituras públicas sem a presença simultânea das partes, recorde-se que a norma do artigo 46.º do mesmo código, impõe a *presença simultânea* dos outorgantes e do notário, a eliminar qualquer vantagem que pudesse decorrer da celebração de escrituras públicas electrónicas<sup>137</sup>.

Por outro lado, é duvidoso que um instrumento público exarado sem a *presença simultânea das partes* possa garantir, com fé pública, a sua vontade livre e esclarecida, já que aquela é precisamente um dos requisitos inerentes ao seu conceito<sup>138</sup>. Com efeito, e ainda que cada uma das partes se apresente (em locais distintos) perante um notário diferente, que recolha as respectivas manifestações de negociais, o facto de as partes poderem ser desconhecidas entre si e de a explicação do conteúdo provir de oficiais públicos diferentes pode atentar contra uma das finalidades que o legislador quis impor na modelação da formalidade dotada da maior solenidade.

Ademais, e mesmo quanto à celebração de uma escritura pública electrónica na presença simultânea dos outorgantes, deve atentar-se que algumas das normas do Código de Notariado revelam de forma quiçá inultrapassável a sua ligação ao suporte de papel: basta pensar nas disposições relativas ao desdobramento de livros, à sua encadernação e às folhas soltas constantes dos artigos 20.º e 21.º do Código do Notariado, a qual parece enfrentar sério óbice à utilização de suporte electrónico para os documentos autênticos. Lembre-se, ainda, que a legislação só autoriza o *tratamento informático* dos livros<sup>139</sup> mediante despacho favorável do Presidente do IRN, o que, por maioria de razão, parece impor a dedução de que se o *tratamento* dos actos através de mecanismos electrónicos se sujeita a autorização, também a substituição do seu suporte o será.

Por outro lado, não deve negligenciar-se que, como vimos *supra*, o facto de a lei ser anterior à viabilidade de documentos electrónicos como perfeitos substitutos dos seus congéneres em papel gera uma situação de incerteza jurídica. Ora, *incerteza jurídica* será porventura um dos mais graves obstáculos que aqui se concitam, já que a utilização de formas solenes na celebração de negócios jurídicos (prescrita pelo legislador ou decorrente da vontade dos outorgantes) tem como escopo a geração de uma maior segurança, sem a qual o recurso a instrumentos autênticos perderá sentido.

Por fim, deve notar-se que, aquando da transposição da Directiva sobre comércio electrónico<sup>140</sup>, o legislador nacional utilizou a faculdade que as instituições comunitárias lhe haviam conferido de excluir do princípio da admissibilidade dos contratos em forma electrónica os negócios “*legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais*” e, para que dúvidas não restassem, todos os negócios “*reais imobiliários, com excepção do arrendamento*”<sup>141</sup>. Ora, se este argumento não é determinante (uma vez que apenas estabelece a não sujeição daqueles negócios ao *princípio geral da admissibilidade da contratação electrónica* e não excluindo expressamente aquela faculdade), é certo que a lei portuguesa deu um sinal contrário à aceitação desta via de formalização negocial, gerando (pelo menos) incerteza quanto à viabilidade da sua utilização. Esta *incerteza da viabilidade de utilização de meios electrónicos* é um factor de repúdio, entre os operado-

<sup>137</sup> Cfr. alínea l) do art. 46.º do Código do Notariado.

<sup>138</sup> Não estando definida legalmente a *escritura pública*, certo é que “*o conceito está suficientemente firmado no ordenamento jurídico há longa data*”. Ora, este abrange *necessariamente* como requisitos, pelo menos actualmente, “*a exigência de a mesma ser escrita em língua portuguesa, devendo nela observar-se também as exigências da «simultaneidade da presença de todos os intervenientes, o controlo da identidade das partes, a validade da sua representação, a legalidade do acto...»*”. Cfr. Parecer do Conselho Técnico do Instituto dos Registos e do Notariado de 30 de Julho de 2009, proc. 67/2009, pp. 5.

<sup>139</sup> Cfr. n.º 6 do art. 21.º do Código do Notariado. Não discutiremos o conteúdo ou significado desta referência.

<sup>140</sup> Directiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, publicada no JOUE em 17 de Julho de 2000.

<sup>141</sup> Cfr. alíneas b) e c) do n.º 2 do artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, na redacção que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 62/2009, de 10 de Março.

res, desta via negocial, principalmente num domínio onde a segurança jurídica assume primordial importância; com efeito, julgamos que qualquer ameaça que se coloque neste âmbito implica a sua rejeição pelos operadores económicos<sup>142</sup>.

Nessa medida, julgamos que, na senda do que defende a Doutrina dominante, sem uma intervenção do legislador ordinário no sentido da aceitação expressa de escrituras públicas electrónicas, não pode concluir-se outra coisa que não seja a ainda impossibilidade de lançar mão de escrituras públicas electrónicas, estando tal facto dependente de uma cirúrgica intervenção do Código de Notariado.

#### d) Documentos electrónicos e documentos particulares autenticados

Neste ponto, sumariamente, concitamos um problema que é divisível em duas questões. Por um lado, importa saber se uma entidade com funções notariais pode autenticar um documento particular em suporte electrónico que titule a constituição ou transmissão de um direito real sobre um imóvel sito em Portugal. Por outro, há que indagar se o termo de autenticação de um documento particular pode ser exarado em suporte informático e não em papel.

Sublinhe-se que nos referimos ao *documento particular autenticado* instituído pelo Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, e regulamentado pela Portaria n.º 1535/2008, de 30 de Dezembro, cuja validade depende da promoção do seu depósito electrónico<sup>143</sup>, ao invés do que sucede com a clássica autenticação de documentos particulares, exclusivamente regulada nos arts. 150.ºss do Código de Notariado<sup>144</sup>.

Nestes actos normativos, não obstante se regular o *depósito electrónico*, não está resolvido o problema de saber se os títulos a submeter podem constituir *documentos electrónicos em sentido estrito* (armazenados em memória digital e apenas descodificáveis através de meios informáticos) ou apenas *documentos electrónicos derivados* (documentos originariamente em papel e introduzidos na memória do computador através de aparelhos de digitalização)<sup>145</sup>. Na verdade, quanto ao formato, o legislador dispõe tão-somente que os documentos submetidos “*devem adoptar os formatos jpeg, tiff ou pdf e ter uma dimensão máxima de 5 MB*”<sup>146</sup>. Em face desta disposição, se podemos concluir que é viável o depósito electrónico de *digitalizações de documentos em papel* (já que os formatos *tiff* e *jpeg* se reportam exclusivamente a imagens gráficas), subsiste a dúvida quanto à exequibilidade de submissão de documentos em formato *pdf*, pois estes ficheiros podem conter quer uma imagem do documento em papel (subscrito por assinatura autógrafa), quer um documento electrónico gerado com a aposição de uma assinatura electrónica qualificada<sup>147</sup>.

<sup>142</sup> Nesta senda, Alexandre Dias Pereira, *Comércio Electrónico na Sociedade...*, pp. 27, declara que “*a promoção do comércio electrónico depende não apenas da segurança técnica mas também da confiança jurídica dos intervenientes.*”

<sup>143</sup> Cfr. n.º 2 do art. 24.º do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho.

Duas notas a este respeito. Em primeiro lugar, importa sublinhar que *este documento particular autenticado*, que titula a constituição ou transmissão de direitos reais sobre imóveis **é bastante diferente da figura similar que conhecíamos**, pelo que a necessidade de depósito electrónico apenas se verifica nestes e não em todos os demais (como, por exemplo, o documento a que se refere o n.º 1 do CRPred relativo ao cancelamento da hipoteca). Neste sentido, *vide* Parecer do Conselho Técnico do Instituto dos Registos e do Notariado de 30 de Julho de 2009, proc. 67/2009, pp. 7. Em segundo lugar, importa sublinhar que a disposição em causa tem gerado as maiores dúvidas na Doutrina, uma vez que é difícil conciliá-la com o princípio da consensualidade (art. 408.º Código Civil). No fundo, surge a dúvida sobre se o contrato é suficiente para a transmissão do direito ou se a este deve acrescer um *modo*, concretizado no depósito electrónico do documento.

<sup>144</sup> Obviamente, é possível que os notários titulem igualmente negócios jurídicos de constituição, transmissão ou extinção de direitos reais sobre imóveis através deste documento particular autenticado. Simplesmente, como se percebe, não terão quaisquer vantagens em fazê-lo, já que podem materializá-los em escrituras públicas, conferindo uma maior segurança aos outorgantes e prescindindo da necessidade de depósito electrónico.

<sup>145</sup> Sobre as classificações dos documentos electrónicos, *vide* o que dissemos *supra* na nota n.º 10.

<sup>146</sup> Cfr. artigo 10.º da Portaria n.º 1535/2008, de 30 de Dezembro.

<sup>147</sup> De facto, no formato PDF, já desde a sua versão 1.3 (do ano 2000), quer o ficheiro contenha informação visual ou electrónica, é possível ligar uma assinatura digital ou outra *assinatura electrónica qualificada*.

Assim, importa tratar da ligação entre os documentos electrónicos (*stricto sensu*) e a figura do *documento particular autenticado*, que titula a constituição ou transmissão de direitos reais sobre imóveis.

Começemos pelo primeiro problema: saber se, num contrato de constituição de um direito real sobre imóveis (principalmente, na constituição de uma garantia real imobiliária, que prescinde as mais das vezes de uma ligação do seu titular ao lugar da situação da coisa e) é possível que as partes reduzam o contrato a escrito através de um documento electrónico, apondo cada uma delas uma *assinatura electrónica qualificada certificada por entidade credenciada* (ou com efeito equivalente, nos termos do art. 38.º RJDEAD), e depois o submetam para autenticação, cumprindo assim a forma legal.

A importância prática da eventual viabilidade de autenticação de documentos electrónicos é directamente proporcional à dimensão da sua aceitação, já que um seu acolhimento *restrito* pouco acrescenta do ponto de vista do incremento da constituição de garantias imobiliárias numa relação internacional e uma aceitação *alargada* da medida admitiria que os sujeitos mais facilmente acessem a crédito prestado por entidades estrangeiras, oferecendo hipotecas sobre os imóveis sítios em Portugal. Isto é, a ser plenamente possível, abrir-se-ia a porta a uma constituição entre ausentes e desconhecidos de direitos reais sobre imóveis, o que, no que respeita às hipotecas, incrementaria consideravelmente a concorrência entre as instituições de crédito, já que o potencial devedor poderia oferecer a sua garantia a entidades não sedeadas no Estado da situação da coisa e contratar a respectiva constituição à distância.

Entendamo-nos: a autenticação de documentos particulares<sup>148</sup>, nos termos do art. 150.º do Código do Notariado, pode ocorrer quando as partes confirmem o respectivo conteúdo perante uma entidade com funções notariais<sup>149</sup>. Nessa medida, colocam-se aqui duas questões.

Em primeiro lugar, concita-se o problema de saber se, ao receber um documento electrónico com as *assinaturas electrónicas qualificadas certificadas por entidade credenciada*, pode considerar-se que as partes confirmaram “o seu conteúdo perante o notário”<sup>150</sup>. Este quesito (que podemos apelidar do problema da *aceitação ampla* da autenticação de documentos electrónicos), liga-se a perceber se a utilização de uma assinatura electrónica confirma à entidade com funções notariais o conteúdo do documento electrónico. A ser possível, como se percebe, viabilizar-se-ia que um potencial devedor, titular de um imóvel sítio em Portugal, pudesse contratar electronicamente e de modo particular com uma entidade bancária estrangeira a constituição de uma hipoteca e que, apondo ambos os outorgantes a sua *assinatura electrónica*, remetendo-se depois o documento a uma entidade com funções notariais para proceder à sua autenticação.

Em segundo lugar, suscita-se a questão da *aceitação restrita* da autenticação de documentos electrónicos (menos útil mas igualmente pertinente) que se concretiza em saber se as partes podem, confirmando presencialmente o conteúdo de um documento electrónico junto de uma entidade com funções notariais, obter a sua autenticação.

Sobre o tema, vide Adobe Systems Incorporated, *PDF Reference*, 6ª Edição, Novembro de 2006, pp. 725, acessível na internet via [http://www.adobe.com/devnet/acrobat/pdfs/pdf\\_reference\\_1-7.pdf](http://www.adobe.com/devnet/acrobat/pdfs/pdf_reference_1-7.pdf), consultado em 4 de Setembro de 2009: “A digital signature (PDF 1.3) can be used to authenticate the identity of a user and the document’s contents. It stores information about the signer and the state of the document when it was signed. The signature may be purely mathematical, such as a public/private-key encrypted document digest, or it may be a biometric form of identification, such as a handwritten signature, fingerprint, or retinal scan”.

O processo de aposição é muito simples, podendo seguir-se o método explicado pelos serviços informáticos da Universidade do Minho, disponível na internet via [http://www.sapia.uminho.pt/uploads/assinar\\_AReader.pdf](http://www.sapia.uminho.pt/uploads/assinar_AReader.pdf), consultado em 4 de Setembro de 2009.

<sup>148</sup> E, recorde-se que, uma vez autenticado, o documento passa a gozar da mesma força probatória de um documento autêntico, nos termos do art. 377.º do Código Civil.

<sup>149</sup> Com efeito, manda o n.º 1 do art. 24.º do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, aplicar subsidiariamente as normas do Código do Notariado, apelidando-o estranhamente de “Código aprovado pelo Decreto-Lei n.º 207/95, de 14 de Agosto”.

<sup>150</sup> Desde o Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, em vez de “notário”, deverá ler-se “entidade com funções notariais”, já que há hoje um conjunto alargado de sujeitos capazes de autenticar os documentos particulares que titulam a constituição, transmissão ou extinção de direitos reais sobre imóveis.

Por nossa parte, parece-nos claro que a *aceitação ampla* da autenticação de documentos electrónicos é *de iure condito* absolutamente inviável. De facto, a *autenticação de um documento particular* implica que as partes hajam garantido à entidade que exerce funções notariais o conhecimento e aceitação do conteúdo do documento, o que se deduz não apenas da própria noção da *autenticação*<sup>151</sup> mas do requisito legal de o notário (ou equiparado) declarar solenemente que as partes leram e estão inteiradas do conteúdo do documento. Ora, a mera cognição de que foi aposta uma assinatura digital<sup>152</sup>, equiparada à assinatura autógrafa notarialmente reconhecida, apenas faz prova de que o titular *declarou* o seu conteúdo, mas não que está elucidado sobre o respectivo teor, já que se exige “à entidade autenticadora que explique às partes o próprio conteúdo do documento (apenas) por elas assinado”<sup>153</sup>, (por força da norma do n.º 3 do art. 23.º do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, que faz impender sobre as entidades autenticadoras todas as “obrigações de verificação, comunicação ou participação” relacionadas com a constituição e transmissão de direitos reais sobre imóveis). Nessa sequência, deve recordar-se que o Conselho Técnico do IRN estabeleceu que “a confirmação do conteúdo do documento particular perante a entidade autenticadora tem que ser feita simultaneamente por todos os declarantes, porquanto se trata de negócio para cuja validade (existência jurídica) a lei exige documento particular autenticado”<sup>154</sup>. Isto é, aceitar a vertente *ampla* da autenticação de documentos particulares equiparar-se-ia a prescindir do controlo do terceiro imparcial, fiscalização essencial entre nós.

Ademais, e ainda que assim não fosse, colocam-se obstáculos legais intransponíveis; recorde-se que o termo de autenticação se sujeita às regras do documento público, pelo que devem ocorrer uma série de formalidades impossíveis de ter lugar no arquétipo aqui desenhado. Efectivamente, se a autenticação ocorre na ausência das partes, é impossível ocorrer, “em voz alta e na presença simultânea de todos os intervenientes, a leitura do instrumento lavrado e a explicação do seu conteúdo”<sup>155</sup>.

Por fim, atendendo à equiparação legal dos documentos electrónicos subscritos com assinatura electrónica qualificada certificada por entidade credenciada aos documentos cuja assinatura foi notarialmente reconhecida, a sustentação desta solução implicaria aceitar que a mesmo a autenticação de documentos em papel poderia ocorrer sem a presença das partes, bastando remeter ao notário um documento escrito e com as assinaturas reconhecidas. Ora, se a lei, mesmo no âmbito do tradicional suporte de papel, distingue claramente as figuras da *autenticação* e do *reconhecimento*, não pode advogar-se que este bastará para se produzir aquela.

A *aceitação restrita* da autenticação de documentos electrónicos, não obstante ser menos atractiva do ponto de vista da constituição de relações jurídicas à distância, coloca menos problemas. Aqui, o que está em causa é saber se as partes se podem apresentar junto de uma entidade com funções notariais munidas de um documento electrónico digitalmente assinado<sup>156</sup>, confirmando aí o seu conteúdo para que esta exare o competente termo de autenticação.

Quanto a este problema, não se colocam os óbices que identificámos a propósito dos instrumentos públicos nem as dificuldades inerentes à autenticação sem a presença dos outorgantes. Ademais, equiparando-se legalmente um documento electrónico a um documento escrito<sup>157</sup>, para todos os efeitos o notário estará presente a um documento particular.

<sup>151</sup> Cfr. Seabra Lopes, *Direito dos Registos e do Notariado*, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, pp. 403.

<sup>152</sup> Ou outra assinatura electrónica qualificada certificada por entidade credenciada.

<sup>153</sup> Cfr. Parecer de 30 de Julho de 2009 do Conselho Técnico do IRN, proc. 67/2009, pp. 7.

<sup>154</sup> Cfr. Parecer do Conselho Técnico do Instituto dos Registos e do Notariado de 30 de Julho de 2009, proc. 67/2009, pp. 8. Trata-se, assim, de uma formalidade *ad substantiam* e não *ad probationem*.

<sup>155</sup> Formalidade imposta pela alínea *l*) do art. 46.º do Código do Notariado, aplicável aos termos de autenticação por força do n.º 1 do art. 151.º do mesmo código, por sua vez mobilizável em razão da norma do n.º 1 do art. 24.º do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho.

<sup>156</sup> Ou com outra assinatura electrónica qualificada certificada por entidade credenciada.

<sup>157</sup> Nos termos do n.º 1 do art. 3.º do RJDEAD.

Assim, pareceria que a única dificuldade prática suscitada à autenticação de documentos electrónicos é a da agregação do termo de autenticação (porventura necessariamente assente em papel) ao documento electrónico, que tem natureza incorpórea, embaraço que não parece relevar<sup>158</sup>.

No entanto, e chegados a este ponto sem encontrar óbices de maior, é o vector do regime jurídico que pareceria ser mais propício à aceitação de documentos particulares electrónicos na titulação da constituição ou transmissão de direitos reais sobre imóveis que acaba por colocar os maiores obstáculos à sua aceitação.

Entendamo-nos. Vimos existirem dois factores que nos fariam propender para, neste caso, aceitar a viabilidade do formato electrónico do título constitutivo ou translativo do direito real: *por um lado*, é patente um certo favor do legislador em torno do formato electrónico, porquanto faz depender a validade desta autenticação do seu *depósito electrónico* em formato digital (*pdf, tiff ou jpeg*); *por outro*, o termo de autenticação (e o documento particular) não está sujeito, nos termos do Código do Notariado, às normas relativas à encadernação dos instrumentos públicos em livros, constantes dos arts. 20.º e 21.º e que nos suscitaram dúvidas quanto à viabilidade de operar delas uma interpretação actualista.

O entusiasmo com que encarámos estes dois factores foi, todavia, rapidamente esquecido, já que o carácter progressista do legislador é traído por um ainda excessivo arreigamento ao suporte de papel. De facto, um mais cuidadoso olhar sobre as normas reguladoras deste especial *documento particular autenticado* permite descobrir que o n.º 6 do art. 24.º do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, faz impor sobre as entidades autenticadoras a obrigação de arquivo dos *documentos originais*.

Só por si, esta norma denota que o legislador, quando construiu o depósito electrónico, não vislumbrou a eventualidade de utilização de documentos electrónicos *stricto sensu*, pois a formulação só faz perfeito sentido quando é perspectivada a existência de um original em papel e de uma digitalização electronicamente submetida<sup>159</sup>, prática que aliás não é nova<sup>160</sup>. O argumento isolado não seria porém determinante, já que sempre podia advogar-se existir a obrigação de armazenamento do documento electrónico original, em suporte idêntico ao que foi submetido<sup>161</sup>.

Porém, não sendo definidos os contornos da obrigação de *arquivo* dos documentos originais que recai sobre as entidades autenticadoras, e perante a remissão operada pelo n.º 1 do art. 24.º do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, parece que é nos arts. 27.ºss do Código do Notariado que deve procurar-se o respectivo conteúdo. Ora, como se espera, é manifestamente desolador o quadro normativo: os documentos devem ser arquivados em livros ou em maços, sendo extensas as normas relativas à sua destruição

<sup>158</sup> De facto, nenhuma norma positiva ou suprapositiva impõe que o termo de autenticação tenha o mesmo suporte do que o documento particular a que se refere. Na verdade, a imposição legislativa (obviamente pensada exclusivamente para a autenticação de documentos com existência física e assentes em papel) basta-se pela indicação de que sejam lavrados “no próprio documento a que respeitam ou em folha anexa”. Cfr. n.º 4 do art. 36.º do Código do Notariado. Ora, uma interpretação actualista desta regra permite concluir ser possível que a entidade com funções notariais identifique, no termo de autenticação, o documento a que se refere (com os tradicionais elementos identificativos – data, local, outorgantes e seu conteúdo sumário), anexando-se o documento electrónico digitalmente assinado em qualquer outro suporte (um CD, uma disquete, uma *pen-drive*), já que a presença da assinatura electrónica qualificada dos outorgantes sempre garantirá, como *supra explicámos*, a integridade do documento. Claro que, como obviamente se deduz, não existe qualquer vantagem na autenticação em papel destes documentos, uma vez que não apenas se exige a presença das partes nos mesmos termos em que ocorreria uma tradicional autenticação de documento em papel, como há uma desvantagem prática da anexação, que é menos funcional e mais dispendiosa.

<sup>159</sup> É esta a convicção do Conselho Técnico do Instituto dos Registos e do Notariado que, no seu Parecer do de 30 de Julho de 2009, proc. 67/2009, pp. 12, determina que tem de existir um documento em papel, “um documento escrito que [...] é arquivado pela entidade autenticadora”.

<sup>160</sup> Basta recordar-se que o Decreto-Lei n.º 66/2005, de 15 de Março, relativo à transmissão por via electrónica de documentos com valor de certidão, se refere *sempre* a digitalizações de documentos em papel (portanto, *documentos electrónicos derivados*) e nunca a documentos electrónicos em sentido próprio, incorpóreos e sujeitos a assinatura electrónica.

<sup>161</sup> Este argumento encontraria algum apoio no facto de o art. 4.º RJDEAD estabelecer que as cópias de documentos electrónicos podem constar de idêntico ou de diferente suporte.

física e à sua arrumação, demonstrando que nunca o legislador concebeu a hipótese da natureza incorpórea de tais títulos.

Nessa medida, e tal como vimos suceder no campo das *escrituras electrónicas*, ainda que reconheçamos a viabilidade de interpretação actualista de tais normas, regista-se uma enorme *incerteza* na aceitação destas figuras, a retirar qualquer vantagem aos outorgantes de recorrer a esta figura: não só a autenticação, como vimos, deve ocorrer na presença simultânea das partes como parece que esta foi pensada exclusivamente para suportes físicos, pelo que a opção por um formato electrónico *stricto sensu* sempre implicaria uma incerteza capaz de suscitar problemas aquando do registo do direito. Ora, *qualquer incerteza* dos operadores económicos relativa à utilização de meios electrónicos de contratação extingue qualquer hipótese de sucesso na sua utilização<sup>162</sup>.

Isto é, as razões que aduzimos no sentido do afastamento da viabilidade de escrituras públicas electrónicas (ou, pelo menos, da sua vantagem) valem igualmente neste quadro, arrastando assim qualquer relevância prática da possível formalização electrónica de documentos particulares; de facto se pelas razões que acima explicitámos melhor, a autenticação não poderá ocorrer sem a presença simultânea das partes, não só é duvidosa a aceitação do suporte electrónico (apontando a lei — e o Conselho Técnico do IRN<sup>163</sup> — para um sentido negativo) como inexistente qualquer vantagem que este poderia oferecer.

Concluindo pela inviabilidade (ou pelo menos inutilidade) da transmissão ou constituição de direitos reais sobre imóveis através de documentos electrónicos *stricto sensu*, perde relevância o problema de saber se o termo de autenticação lavrado pela entidade com funções notariais pode revestir formato electrónico.

A resposta a este problema não poderia, no entanto, ser outra: na verdade, porque o termo de autenticação está, por um lado, submetido a obrigações notariais muito próximas das de uma escritura pública<sup>164</sup> e, por outro, sujeito a depósito electrónico (*e arquivo do original*)<sup>165</sup> conjuntamente com o documento particular, são razões bastantes para impor a mesma conclusão: o formato electrónico é hoje inviável ou, pelo menos, absolutamente inútil. Ademais, a necessidade de os termos de autenticação constarem “*no próprio documento a que respeitam ou em folha anexa*”<sup>166</sup> aponta invariavelmente para que, não podendo estes ser desmaterializados, deverem igualmente aqueles concretizar-se em suporte físico.

## VI) Conclusões

Terminada a análise e confrontação do regime jurídico dos documentos electrónicos e da assinatura electrónica, por um lado, e das exigências formais na titulação de direitos reais sobre imóveis, por outro, avultam duas importantes conclusões.

Em primeiro lugar, no que respeita à posição da legislação nacional em face do valor jurídico dos documentos electrónicos e das assinaturas electrónicas, não pode deixar de elogiar a postura progressista do legislador pátrio, não apenas aceitando a sua utilização sempre que a lei imponha forma escrita, como conferindo um valor qualificado a todos os documentos dotados de certo tipo de assinatura. Ademais, deve ser sublinhado que as últimas intervenções no RJDEAD vieram não apenas adoptar a via tecnológica imposta pela legislação comunitária (através da sua *relativa neutralização técnica*), como mantiveram a originalidade portuguesa de, perante uma credenciação facultativa das entidades certificadoras, permitir

<sup>162</sup> Cfr. Alexandre Dias Pereira, *Comércio Electrónico na Sociedade...*, pp. 18.

<sup>163</sup> Parecer do Conselho Técnico do Instituto dos Registos e do Notariado de 30 de Julho de 2009, proc. 67/2009, pp. 12.

<sup>164</sup> De facto, o termo de autenticação é sujeito a todos os requisitos prescritos pelo art. 46.º do Código de Notariado. Neste sentido, cfr. Seabra Lopes, *Direito dos Registos e do Notariado*, 3ª Edição, Almedina, 2005, pp. 403.

<sup>165</sup> Cfr. n.º 2 do art. 24.º do Decreto-Lei n.º 116/2008.

<sup>166</sup> Cfr. n.º 4 do art. 36.º do Código do Notariado.

atribuir às assinaturas electrónicas a força de *assinaturas notarialmente reconhecidas*.

A segunda conclusão — inferida depois de trazer o progressista regime português dos documentos electrónicos ao campo da constituição e transmissão de direitos reais sobre imóveis — é a de que não parece ser ainda possível (ou pelo menos útil) a substituição do suporte papel naquele tipo de negócios, já que a função *preventiva* do notariado português exige sempre a presença simultânea dos outorgantes, a que acresce alguma desactualização insanável das normas do Código do Notariado<sup>167</sup>.

As consequências desta segunda conclusão são evidentes: estamos perante um importante obstáculo à criação de garantias internacionais sobre imóveis sítos em Portugal. Simplesmente, a sua superação constitui um difícil problema jurídico: haverá forma de afiançar a *guarda avançada* da função notarial através de meios telemáticos que prescindam da presença simultânea das partes? A busca do êxito na combinação de dois interesses que parecem apontar em sentido contrário constitui, assim, um sério desafio que se coloca à Doutrina e aos órgãos legiferantes.

**Palavras-Chave:** Assinatura Electrónica, Documento Electrónico, Garantias Imobiliárias, Documento Público, Documento Particular Autenticado.

Afonso Patrão

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

#### Bibliografia Citada

Almeida, Ana Costa, *Direito e Internet*, Minerva, Coimbra, 2002;

Andrade, Francisco Carneiro Pacheco de, “A Assinatura Dinâmica face ao Regime Jurídico das Assinaturas Electrónicas”, *Scientia Iuridica*, Tomo LIII, n.º 299, 2004, pp. 347-367;

Ascensão, José de Oliveira, “Contratação Electrónica”, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 43-68;

Bimbaum-Sarcy, Laurence / Darques, Florence, « La signature électronique — Comparaison entre les législations française et américaine », *Revue du Droit des Affaires Internationales*, n.º 5/2001, pp. 543, acedido via internet em [http://www.signelec.com/content/download/articles/la\\_signature\\_electronique\\_comparaison\\_fr\\_us\\_vf.pdf](http://www.signelec.com/content/download/articles/la_signature_electronique_comparaison_fr_us_vf.pdf) e consultado em 02.09.2009;

Cammarata, Manlio / Maccaroni, Enrico, “I problemi del recepimento della direttiva 1999/93/CE”, disponível na internet via <http://www.interlex.it/docdigit/recep1.htm12>, acedido em 20.07.2009

Casero Mejías, Manuel, “La Eurohipoteca”, tradução de “Die Eurohypothek”, de O. Stöcker, *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, 1994, pp. 91-182;

Cordeiro, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. I – Parte Geral, Tomo I, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, 2005;

Corrales, Marcelo, “Mercosur: E-Signatures In Mercosur Countries”, *Revista de Derecho Informático*, ISSN 1681-5726, Nº. 116, 2008, pp. 955, disponível na internet via [http://www.alfa-redi.com//apc-aa-alfaredi/img\\_upload/9507fc6773bf8321fcad954b7a344761/corrales.pdf](http://www.alfa-redi.com//apc-aa-alfaredi/img_upload/9507fc6773bf8321fcad954b7a344761/corrales.pdf) e acedido a 27 de Agosto de 2009;

Correia, António Ferrer, “A Codificação do Direito Internacional Privado — Alguns Problemas”, Separata dos volumes LI, LII, LIII e LIV do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1979;

—, *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2000;

<sup>167</sup> Ademais, a titulação solene da constituição ou transmissão de direitos reais sobre imóveis parece ser dever ser sempre respeitada no que concerne aos imóveis situados em Portugal — forçando *inclusive* a celebração daqueles negócios em Portugal.

Correia, Miguel Pupo, “Sociedade de Informação e Direito: A Assinatura Digital”, *Revista de Derecho Informático*, n.º 12, disponível na internet via <http://www.alfa-redi.org/>, acessado em 9 de Junho de 2009;

—, “Documentos Electrónicos e Assinatura Digital: As Novas Leis Portuguesas”, *Revista de Derecho Informático*, N.º 23 — Junho de 2000, disponível na internet via <http://www.alfa-redi.org/>, acessado em 9 de Junho de 2009.

—, “Assinatura Electrónica e Certificação Digital”, 2003, disponível na internet no portal electrónico da Associação Portuguesa de Direito Intelectual (<http://www.apdi.pt>), acessado em 17.07.2009.

Fernandes, Luís Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II (Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica), 3ª Edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2001;

Gonçalves, Pedro, “O Acto Administrativo Electrónico”, *Scientia Iuridica*, Janeiro-Junho de 1997, n.ºs 265/267, pp. 47-95;

Hörster, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português — Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2003

Jardim, Mónica, “A segurança jurídica preventiva como corolário da actividade notarial”, pp. 2 e 3, disponível no Portal Electrónico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, acessado via internet em <https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=2&id=2314> e consultado em 8 de Setembro de 2009;

—, “A euro-hipoteca e os diversos sistemas registais europeus,” *Página Electrónica do Centro de Estudos Notariais e Registais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2008, <http://www.fd.uc.pt/cenor/textos/> (accedido em 16 de Abril de 2009);

Koendgen / Stöcker, „Die Eurohypothek – Akzessorietät als Gretchenfrage?“ *ZBB (Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft)*, 2/2005, pp. 112-120;

Lopes, Dulce/Pereira, Mafalda Seabra/Dias, Rui Manuel Pinto Soares/Ribeiro, Geraldo/Sousa, Luís Verde de, *Sumários Desenvolvidos de Direito Internacional Privado — Parte Especial: Estatuto Negocial*, pp. 6, disponível na internet via <http://woc.uc.pt/fduc>, acessado em 10 de Setembro de 2009

Lopes, Joaquim Barata, “A segurança jurídica — registos e notariado, factores de estabilidade económica”, *I Encontro dos Notários e Conservadores dos países de língua portuguesa*, Julho de 2007, pp. 14, disponível em [http://encnpl.gov.cv/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_details&gid=4](http://encnpl.gov.cv/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=4), acessado em 22 de Julho de 2009;

Lopes, J. de Seabra, *Direito dos Registos e do Notariado*, 3ª Edição, Almedina, 2005;

Marcacini, Augusto Tavares Rosa, “O Documento Electrónico como meio de prova”, *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n.º 52, Maio/Junho de 2002, pp. 3-23;

Marques, Mário Castro, “O Comércio Electrónico — Algumas questões jurídicas”, *O Comercio Electrónico — Estudos Jurídico-Económicos*, coordenado por Glória Teixeira, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 39-55;

Miguel Asensio, Pedro Alberto de, “Regulación de la firma electrónica: balance y perspectivas”, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 115-143;

Monteiro, Jorge Sinde, “Assinatura Electrónica e Certificação (A Directiva 1999/93/CE e o Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto)”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 133 (2001), n.º 3918, pp. 261-272;

Muñiz Espada, Esther, *Bases para una propuesta de Eurohipoteca*, Valencia, 2004, Ed. Tirant lo Blanch;

Nasarre-Aznar, Sergio, “The Eurohypothec: a common mortgage for Europe”, *The Conveyancer and the Property Lawyer*, Thomson-Sweet & Maxwell, January-February 2005, pp. 32-52.

Oliveira, Elsa Dias, *A protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados através da Internet*, Almedina, Coimbra, 2002;

Otero, Paulo, “Normas administrativas de conflitos: As situações jurídico-administrativas transnacionais” *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 781-790;

Pereira, Alexandre Dias, *Comércio Electrónico na Sociedade de Informação: da segurança técnica à segurança jurídica*, Almedina, Coimbra, 1999;

- Pereira, Joel Timóteo Ramos, *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*, Quid iuris, Lisboa, 2004;
- Pinheiro, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado*, Vol. II, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2002;
- , “Direito Aplicável aos Contratos Celebrados através da Internet”, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2008;
- Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1999;
- Pizarro, Sebastião Nóbrega, *Comércio Electrónico: Contratos Electrónicos e Informáticos*, Almedina, Coimbra, 2005
- Ramos, Rui Moura, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1990;
- Rocha, Manuel Lopes / Correia, Miguel Pupo / et al., *As Leis do Comércio Electrónico*, Edições Centro Atlântico, Matosinhos, 2000;
- Saggio, Antonio, “Diritto Internazionale Privato e Diritto Uniforme nel sistema comunitario”, *Rivista di Diritto Europeo*, n.º 2, Aprile-Giugno 1996, pp. 215-263;
- Schaub, Martien, *European Legal Aspects of E-commerce*, Europa Law Publishing, Amesterdão, 2004;
- Silva, Paula Costa e, “Transferência electrónica de dados: a formação dos contratos”, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 201-228;
- , “A Contratação Automatizada”, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IV, Associação Portuguesa do Direito Intelectual, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 289-306;
- Walden, Ian, “Regulating Electronic Commerce: Europe in the Global Economy”, *O Comercio Electrónico — Estudos Jurídico-Económicos*, coordenado por Glória Teixeira, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 9-34;

