

CONTRATOS ELETRÔNICOS

Semy Glanz

Muita gente hoje tem conta em banco. Estes instalaram máquinas, movimentadas, em geral, com o uso de cartões plásticos magnetizados.

Outros têm os chamados cartões de crédito, que são também de plástico, contendo dados magnetizados. Os primeiros são usados com uma senha, mas os segundos, em geral, não precisam de senha. Basta apresentá-los ao comerciante, que emite uma nota contendo os dados (a maioria por leitura magnetizada), devendo o cliente assinar uma das vias e ficando com a cópia para seu controle. Há, mais recentemente, o chamado "cheque eletrônico", ou seja, o uso de cartão bancário magnetizado. Pode-se pagar a compra com o cartão. O computador, que opera interligado, debita o valor da conta do cliente e logo o credita ao comerciante. Aí, porém, o cartão depende de senha, que só deve ser digitada pelo cliente.

Temos aí exemplos de contratos eletrônicos, que são contratos antigos, como a compra e venda e prestação de serviços, com novos meios de utilização.

Conceito de contrato eletrônico

Em trabalho já publicado, procuramos conceituar o contrato eletrônico. Dissemos: contrato eletrônico é aquele celebrado por meio de programas de computador ou aparelhos com tais

programas. Dispensam assinatura ou exigem assinatura codificada ou senha.

Mas não é simples o conceito. OLIVIER ITEANU diz que não há em parte alguma definição legal ou jurisprudencial deste tipo de contrato. Este autor propõe duas definições. A primeira, limitada: "convenção pela qual uma oferta e uma aceitação se encontram numa rede internacional de telecomunicações".

Conclui que é preciso delimitar melhor, dependendo de três características essenciais do comércio eletrônico: 1) A oferta se exprime por uma rede internacional de telecomunicações, ou no quadro de um serviço telemático; 2) A oferta se expressa de modo audiovisual, 3) A interatividade entre profissional e cliente.

Conclui, após analisar estes aspectos, pela seguinte conceituação:

"O contrato do comércio eletrônico pode definir-se como o encontro de uma oferta de bens ou serviços que se exprime de modo audiovisual através de uma rede internacional de telecomunicações e de uma aceitação suscetível de manifestar-se por meio da interatividade."¹

A segurança de tais contratos vem sendo desenvolvida por processos de codificação secreta, chamados de criptologia ou encriptação.

Tal método vem sendo aperfeiçoado, porque foi verificado que certos técnicos, chamados em inglês *hackers* e *crackers*, conseguem descobrir as senhas e penetrar nas contas ou operações secretas, inclusive transferindo dinheiro de contas bancárias. Como diversas entidades passaram a contratar os *hackers*, para melhorar o sigilo ou a criptografia, chamam-se de *crackers*, os que violam o direito.

¹ ITEANU, Olivier. *Internet et le Droit*. Eyrolles, Paris, 1996, p. 23-27. Diz o texto em francês: "Le contrat du commerce électronique peut se définir comme la rencontre d'une offre de biens ou de services qui s'exprime sur un mode audiovisuel au travers d'un réseau international de télécommunications et d'une acceptation que est susceptible de se manifester au moyen de l'interactivité" (op. cit., p. 27).

Aspectos dos contratos eletrônicos – distinções

Há que distinguir, como já se faz há muito, os contratos derivados da informática e os contratos eletrônicos. Os computadores, especialmente os chamados microcomputadores, distinguem-se de outros objetos, porque constituem uma combinação de dois bens diversos: um material – o *hardware*, que é o equipamento ou conjunto de aparelhos (processador, monitor, teclado, drivers, e outro, do qual depende o primeiro, imaterial – o *software*, que é o programa com o qual funciona o computador. Os contratos de instalação e o de suporte técnico, os direitos e deveres das partes, os direitos autorais, e de outros, embutidos no uso do computador nada têm com contratos eletrônicos.²

Segundo ALAIN BENSOUSSAN, o comércio eletrônico é uma diversificação da venda à distância. O relatório do grupo de trabalho presidido por Francis Lorentz, enviado ao Ministro da Economia francês, em janeiro de 1998, conceitua comércio eletrônico "como conjunto de trocas digitalizadas, ligadas a atividades comerciais, entre empresas, entre empresas e particulares ou entre empresas e administrações".³

Porém, não se limita à venda, porque há diversos outros contratos, como os serviços bancários, contratação de seguros, jogos e apostas em loterias, fornecimento de notícias e até mesmo assinatura de jornais e provedores da própria Internet. Há também serviços e fornecimento de programas gratuitos, como consultas a bibliotecas e arquivos, legislação, jurisprudência, e outros.

A propósito, o *Code de la Consommation* francês, (consolidado pela Lei n. 93-949, de 26-7-93), contém uma seção com cinco artigos (arts. 121-16 a 121-20) regulando as "Vendas à dis-

² Sobre a evolução, ver LUCAS, André. *Le droit de l'informatique*. PUF, Paris, 1987, n. 328 e segs., p. 391 e segs.

³ BENSOUSSAN, Alain. *Internet - aspects juridiques*. 2.ed., Hermes, Paris, 1998, cap. 11, p. 118.

tância". Mas estas diferem dos contratos eletrônicos, já que podem ser feitas por carta, telegrama ou telefone. Também o Código de Defesa do Consumidor, no Brasil, só cuida de "oferta ou venda por telefone ou reembolso postal", no art. 33. Observa o Prof. JERÔME HUET que os contratos não são apenas entre o comerciante e o consumidor, porque também há contratos entre comerciantes, já se tendo formado verdadeiros "centros comerciais virtuais", aos quais aderem cada vez mais pequenos comerciantes, que buscam colocar os seus produtos ou serviços, com a vantagem de que tais vias funcionam 24 horas por dia.⁴

É o que já lembrava o jurista americano LANCE ROSE, descrevendo "O sistema on-line como centro comercial" (*The Online System as a Shopping Mall*).⁵ Também OLIVIER ITEANU já havia observado que estava formada "uma economia eletrônica mundializada", que antes fora regulada por tratados, como o caso do GATT (Convenção Geral sobre Tarifas e Comércio) e que mais recentemente chegou à Organização Mundial do Comércio (tratado assinado em Marrakech em 15/4/94).⁶

Fechamento e prova do contrato pela Internet

A dificuldade que se levanta é: quando se fecha um contrato pela Internet? Como se prova? É preciso assinar? Como assinar pelo computador?

O já citado ALAIN BENSOUSSAN entende que deve haver uma forma de alertar o solicitado ou oblato a refletir melhor antes de obrigar-se. Assim, haveria uma pergunta: quer contratar? O usuário da Internet daria um clique. Viria então uma segunda pergunta: quer realmente contratar? Viria o segundo clique e este segundo clique valeria por assinatura. Isto consta de

⁴ HUET, Jérôme. *Internet saisi par le droit*. Editions des Parques, Paris, 1997, p. 51 e segs.

⁵ ROSE, Lance. *Netlaw*. Osborne McGraw-Hill, U.S.A. 1995, p. 58.

⁶ ITEANU, Olivier. *Internet et le Droit*. Eyrolles, Paris, 1996.

um artigo deste autor, intitulado: "Um clique, nada. Dois cliques, contratado", citado por ele no livro já referido.

Os advogados franceses THIERRY PIETTE-COUDOL e ANDRÉ BERTRAND dizem que há uma problemática nova com as trocas eletrônicas, porque estão sob a forma desmaterializada de um documento, que habitualmente tinha forma escrita. Com o comércio eletrônico, perdem seu suporte em papel. Dizem que o consumidor ficará melhor protegido se os negócios forem registrados por um terceiro, que poderá fornecer certidões e aditam que estão sendo desenvolvidos sistemas, que serão propostos às empresas.⁷ Cabe lembrar que os dados, em geral, obtidos pelo computador, podem ser gravados em disquete e impressos em papel.

Mais adiante indicamos normas referentes às provas.

Alguns contratos eletrônicos

Os bancos passaram a ceder aos clientes dois tipos de serviços: os automatizados, em que são usados aparelhos informatizados, que indicam saldos, emitem extratos e fornecem saques em dinheiro, dentro de certos limites. Tais máquinas se localizam nas agências dos bancos ou lugares especiais, como os shopping centers. O outro serviço é o chamado *home banking*, através de comunicação entre computadores. Para isto, o cliente deve ter um computador, no qual se instala o programa fornecido pelo banco, permitindo ao cliente o acesso a vários serviços, em casa ou no local de trabalho, sem ir ao banco. Nestes casos, combinam-se os recursos de informática com os de telefone, donde o nome de "telemática". Tais serviços são feitos por videotexto ou pela Internet. Consistem em consultas a saldos, obtenção de extratos, transferência de valores entre contas ou de uma pessoa a outra, e abertura de conta, além dos pagamentos, os chamados e-

⁷ PIETTE-COUDOL, Thierry et BERTRAND, André. *Internet et la loi*. Dalloz, Paris, 1997, p. 185 e segs.

cash, que podemos traduzir por dinheiro eletrônico. Tudo isso é feito através do acesso, por computador, à conta bancária, o que sempre depende de senha. Pela Internet é possível jogar em cassinos, bem como acertar a assinatura de jornais e revistas, e comprar diversos objetos. Como se sabe, a Internet vem sendo desenvolvida como um grande centro de comércio mundial. Neste caso, só se pode movimentar a chamada "moeda escritural", já que em casa o computador não fornece as notas de dinheiro. É possível também pagar contas, desde que haja os códigos numéricos, indicados nas guias e que são digitados ou reconhecidos por leitoras ópticas, ou seja, aparelhos acoplados ao computador, que decodificam os chamados códigos de barras.

Leis reguladoras

Embora tenhamos lei regulando programas de computador (Lei n.º 9.609, de 19 de fevereiro de 1998), não há ainda leis reguladoras do comércio eletrônico.

O Projeto do novo Código Civil brasileiro, ainda tramitando no Congresso, prevê a respeito de prova, mas falando em *reproduções mecânicas ou eletrônicas*:

Art. 224. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.

VINCENT GAUTRAIS⁸ lembra que o novo Código Civil do Quebec, em vigor desde 1/1/94, já contém normas que incluem os contratos eletrônicos.

Eis os artigos em português:

Código Civil do Quebec

Seção 6 - Das inscrições informatizadas

⁸ GAUTRAIS, Vincent. *Preuve et formalisme des contrats électroniques: l'exemple québécois*, obtido pela Internet em Juriscom.net; o trabalho data de 21/3/99.

Art. 2837. Quando os dados de um ato jurídico são inscritos em suporte informático, o documento que reproduz estes dados faz prova do conteúdo do ato, se é inteligível e apresenta garantias bastante sérias para que se possa confiar nele. Para apreciar a qualidade do documento, o tribunal deve ter em conta as circunstâncias em que os dados foram inscritos e o documento reproduzido.

Art. 2838. A inscrição dos dados de um ato jurídico em suporte informático presume-se apresentar garantias suficientemente sérias para que se possa nele fiar, quando é efetuada de modo sistemático e sem lacunas e que os dados inscritos são protegidos contra alterações. Tal presunção existe em favor de terceiros pelo só fato de que a inscrição foi efetuada por uma empresa.

Art. 2839. O documento que reproduz os dados de um ato jurídico inscritos num suporte informático pode ser contraditado por todos os meios.⁹

Vemos assim que o novo Código Civil canadense cuida de regular a prova dos atos jurídicos "eletrônicos".

Diz o autor que o novo Código Civil do Quebec pretende distinguir as inscrições informatizadas das escritas, dando a cada

⁹ Section 6: Des inscriptions informatisées.

2837 C.c.Q. Lorsque les données d'un acte juridique sont inscrites sur support informatique, le document reproduisant ces données fait preuve du contenu de l'acte, s'il est intelligible et s'il présente des garanties suffisamment sérieuses pour qu'on puisse s'y fier. Pour apprécier la qualité du document, le tribunal doit tenir compte des circonstances dans lesquelles les données ont été inscrites et le document reproduit.

2838 C.c.Q. L'inscription des données d'un acte juridique sur support informatique est présumée présenter des garanties suffisamment sérieuses pour qu'on puisse s'y fier lorsqu'elle est effectuée de façon systématique et sans lacunes, et que les données inscrites sont protégées contre les altérations. Une telle présomption existe en faveur des tiers du seul fait que l'inscription a été effectuée par une entreprise.

2839 C.c.Q. Le document reproduisant les données d'un acte juridique inscrites sur support informatique peut être contredit par tous moyens.

qual um regime diverso. Assim, nos artigos acima, não aparece a palavra "escrito", que se substitui por "documento" e "dados" ou eventualmente "ato". A seção 4, ao cuidar de atos por instrumento particular, não se refere a escrito, que só aparece em outra seção, intitulada "das escrituras privadas". Diz ele que isto levou a que a doutrina e jurisprudência fizessem referências à noção de "escrito" por instrumento particular. Nota ainda que a antiga expressão, do código precedente, de "começo de prova por escrito", foi substituída por "começo de prova", no art. 2865 do Código Civil do Quebec.¹⁰

Sucedede que, mesmo com o computador, é possível escrever, apenas usando dos recursos da informática. Assim, após escrito o presente trabalho, foi ele gravado em disquete, o que possibilita ainda seja o trabalho impresso em papel.

Evidente que, se os dados forem mal gravados ou alterados, a impressão igualmente o será.

Nos Estados Unidos há projeto de alteração do *Uniform Commercial Code*, para introduzir o seguinte:

Operações de um ou mais agentes eletrônicos que confirmam a existência de um contrato ou indicam acordo, formam um contrato, ainda que nenhum indivíduo tenha ciência de ou tenha revisto as ações ou resultados.

¹⁰ *Le C.c.Q., nous semble-t-il, s'est employé à distinguer nettement le statut des inscriptions informatisées de celui de l'écrit, édictant dans chacune des situations un régime propre. D'abord, le mot écrit est totalement banni des trois articles susmentionnés, remplacé sciemment par ceux, moins équivoques, de document, de données, éventuellement, d'acte. Ensuite, la section 4 sur les actes sous seing privé ne fait aucunement référence à un écrit, le C.c.B-c. réservant les dispositions relatives à cette notion dans une section intitulée des écritures privées. Ceci avait eu pour conséquence de trouver dans la doctrine et la jurisprudence maintes références à la notion d'écrit sous seing privé. Autre élément d'évolution qui confirmerait cette rupture entre l'écrit et les inscriptions informatisées, la notion de commencement de preuve par écrit, anciennement article 1233 par. 7 C.c.B-c., est désormais remplacée par celle de commencement de preuve (article 2865 C.c.Q.).*

Dizem que tais contratos ocorrem na área da chamada Informação de Dados Eletrônicos (*Electronic Data Information - EDI*), entre grandes fornecedores e clientes.

Agora já se introduzem negócios em bolsas de valores através da Internet. Para isso, poderá alguém programar uma ordem de venda ou compra em certos momentos, por exemplo, quando a ação atingir certa cotação.

Cartões bancários e contratos eletrônicos

Observa o Prof. António Menezes Cordeiro que, além dos serviços comuns realizados pelos cartões bancários, como saques e pagamentos diversos, podem eles ter outros serviços associados, como seguros, assistência em viagem e pagamentos a distância. Admite-se hoje o saque no exterior, em que se realizam operações de câmbio, admitindo-se que o portador saque certas quantias em outro país, pagando taxas bancárias.¹¹

Discute-se se, nestes casos, a máquina tomará decisões independente da vontade humana. Assim, publicou-se um artigo pela Internet, intitulado: "*ELECTRONIC CONTRACTS...WHEN MACHINES MAKE THE LAW*" (Contratos eletrônicos...quando máquinas fazem o direito) .

Surgiria, diz o articulista, nova modalidade de contratar: o contrato com a máquina. É que tais contratos são programados e as pessoas interessadas se comunicam com os computadores de venda, ou outro negócio, pela Internet. Tais programas aceitam as propostas, analisam, respondem e está formado o contrato, sem intervenção, no momento, do proponente. É claro que a máquina foi programada, e a vontade do proponente foi manifestada de antemão. Isto já ocorria com as chamadas máquinas vendedoras, em que o adquirente coloca moedas ou fichas e a máquina fornece uma bebida ou biscoitos, ou qualquer outro produto, escolhi-

¹¹ CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito Bancário*. Almedina, Coimbra, 1988, § 54, V, p. 517.

do por teclas ou comandos. Mas é claro que o vendedor é uma empresa, agindo através da máquina. É o que ocorre, por exemplo, com os bancos.

Observa-se, porém, que, nas relações de consumo, há sempre interpretação a favor do aderente e, entre nós, o Código de Defesa do Consumidor considera nulas as chamadas cláusulas abusivas (art. 51).

Novas modalidades de contratos eletrônicos

Anuncia-se agora nova modalidade de televisão, que será acoplada à Internet, permitindo ao telespectador comunicar-se com as pessoas que se encontram nos estúdios, para a aquisição de bens, ou seja, as televendas poderão ser feitas por controle remoto, manejado pelo espectador. São as televisões interativas. Tais aparelhos ainda não estão no mercado, ao menos entre nós.

Outra modalidade é a ampliação dos telefones celulares, que permitirão acesso à Internet, com exibição de certas imagens no visor. Inicialmente, dizem, o portador terá acesso às bolsas de valores e, por telefone, poderá adquirir ou vender ações. Mas, com o acesso à Internet, poderá realizar quaisquer negócios.

Perigos dos contratos eletrônicos

O Jornal da Tarde, de S. Paulo, de 8/9/99, publica interessante matéria intitulada: "Assaltantes roubam sem sair de casa. Via Internet". Narra que pelo menos oito casos foram registrados pelo 15º Distrito Policial de S. Paulo, só no mês de agosto passado e no mês anterior, cinco ocorrências. Diz o jornal que a fraude é apelidada de "estelionato eletrônico".

Em 20/9/99, a Agência Estado noticia que o Secretário de Segurança Pública do Distrito Federal tivera sua senha violada em negócios pela Internet. Adita-se que já foram identificados e indiciados os *crackers*. Ele descobriu que sua senha, usada na Internet, também estava sendo acessada por três pessoas, que lhe deram um prejuízo de R\$ 354,00.

Temos aí novas modalidades de fraude, com o uso de meios eletrônicos. Os bancos costumam dizer que é possível descobrir as senhas ou que os clientes facilitam e os criminosos os descobrem. Ocorre que muitas das queixas, segundo vimos em notícias da TV e dos jornais, são de pessoas que não têm computador, não usam a Internet e nem sacaram dinheiro durante o período, nem permitiram que alguém soubesse das senhas.

A explicação é fácil. Se alguém autoriza o banco a sacar dinheiro de sua conta, como por exemplo, autoriza débitos em conta, (hoje as contas de luz, gás e telefone podem ser debitadas automaticamente) inclusive para cartões de crédito e outros, evidente que o banco tem livre acesso às contas do cliente. Isto ocorre há muitos anos e sempre foi assim. Mesmo antes dos meios eletrônicos, sempre foi possível aos bancários sacar dinheiro de qualquer conta e isto continua. Só que os bancos são "estabelecimentos de crédito", e seus empregados, na imensa maioria, são pessoas de bem. A desculpa de que só com a senha são possíveis os saques é defesa dos bancos, mas para quem conhece os serviços bancários é simples. Basta uma ordem telefônica ao gerente: faça o favor de transferir tal quantia em favor de fulano. Isto se faz sem qualquer senha, pois o banco tem livre acesso a qualquer conta.

Dir-se-á que há controle do próprio banco, o qual pode saber qual a pessoa que intervém nas contas dos clientes. Em tese, é claro, tudo é controlado. Mas se há má-fé, evidente que acaba havendo fraude. Assim, tem sido noticiada a existência de "clonagem" de cartões, ou seja, duplicação fraudulenta. Por outro lado, se a maioria permite que o cliente escolha uma senha, há certos bancos que oferecem a senha ao cliente. Este é obrigado a usar a senha que lhe foi fornecida e enviada pelo correio. Ora, uma pessoa mal intencionada, pode acabar descobrindo as senhas. Por outro lado, há ainda uma informação de que, quando o cliente entrega a uma loja, por exemplo, um cartão de crédito para o pagamento, pode ter seus dados eletrônicos copiados e

gravados em fita ou mesmo num disquete, que depois são repassados para um cartão em branco, com os mesmos dados. Pode haver até outro sistema: enquanto os dados são transmitidos pelo telefone, uma extensão do mesmo telefone, acoplada a um computador, capta os dados e os grava em disquete. Posteriormente, faz-se outro cartão, com os mesmos dados e os estelionatários fazem compras diversas, que são debitadas ao verdadeiro titular. Note-se que tais cartões apresentam certos selos, que são imitados. É a chamada "clonagem", palavra que se adaptou da biologia.

Em casos tais, não estamos na área de contratos, mas de crimes (estelionato, por exemplo), embora os criminosos celebrem contratos, com documentos ou cartões falsos.

Nos Estados Unidos, desde 1984, há lei para incriminar a fraude e o abuso por computador (*Computer Fraud and Abuse Act - CFAA*). Ali também editaram, em 1986, o *Electronic Communications Privacy Act - ECPA*, lei que protege a privacidade, atingida por comunicações eletrônicas.

A proteção dos dados. A criptografia

Fala-se hoje em criptografia, um processo pelo qual os dados são baralhados pelo computador e só por este reconhecidos. Mas é possível descobrir tais dados, especialmente se alguém tem acesso ao controle.

Ocorre ainda que certos *crackers* ficam à espreita, pela Internet, para captar dados, como os números dos cartões de crédito, que são fornecidos pelos adquirentes de bens ou serviços. Por ora, ainda não há como evitar tais fraudes, sendo a criptografia o modo de dificultar a descoberta de dados.

Assim, temos o aspecto moderno da criminalidade, com as crises econômicas e seus diversos problemas, que se aproveitam dos contratos eletrônicos. A matéria foi também enfocada em livro por Miriam Junqueira.¹²

¹² SOUZA, Miriam Junqueira de. *Contratos Eletrônicos*. Mauad, Rio, 1997.