

Doutrina

APONTAMENTOS SOBRE ASPECTOS JURÍDICOS DO "E-COMMERCE"*

PAULA A. FORGIONI

1. Uma breve nota introdutória. 2. Os limites deste trabalho. 3. A celebração do contrato. 4. A forma do contrato. 5. O valor probante do instrumento eletrônico. 6. A senha e o comércio eletrônico. 7. A assinatura eletrônica. 8. A comprovação de ordens e do recebimento do produto ou do serviço pelo adquirente.

1. Uma breve nota introdutória

A fluência das relações de mercado experimentou, recentemente, um incremento que pode ser comparado ao reaquecimento do comércio na Baixa Idade Média. Naquela época o tráfico pelas vias terrestres e marítimas era essencial, alcançando o lucro apenas os comerciantes ou as cidades que tinham, de alguma forma, acesso direto ou indireto a esses caminhos. Os comerciantes, desamparados pelo Direito Medieval, que os ignorava, criaram um novo ordenamento (e novos tribunais), capaz de lhes garantir *segurança e previsibilidade* jurídicas. Paralelamente, os glosadores esmeraram-se em "redescobrir" o Direito Romano, para adaptá-lo às novas necessidades da vida social: os antigos textos legais, reinterpretados pelos glosadores sob a luz de novos princípios, deram vida a um novo Direito.

Hoje, podemos paragonar as estradas medievais à *Internet*. Em determinados setores da economia seu domínio é o controle do comércio, e o bloqueio do acesso à rede a expulsão do mercado. Tal como fizeram os glosadores, devemos nos deter sobre os textos legais disponíveis e, reinterpretando-os, delinear as normas que se prestam a pautar a atuação dos agentes econômicos nesse novo ambiente.

Uma diferença entre esses contextos jurídicos é fundamental: Agora, não estamos diante de novos princípios, ditados pelas exigências conjunturais, mas apenas de uma nova prática comercial. Isso significa que o atual sistema jurídico é em grande parte capaz de orientar o comércio de bens e serviços pela *Internet*, trazendo já em seu seio alguns princípios cardeais para os operadores do Direito preocupados com essa nova forma de fazer negócios:¹ *segurança, previsibilidade e proteção ao con-*

* Este estudo foi patrocinado pelo Banco ABN Amro Real S/A. No entanto, as opiniões aqui expostas são de inteira responsabilidade da autora.

A autora agradece a cuidadosa revisão e as sugestões efetuadas pelo professor titular de Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Eros Roberto Grau.

1. Trata-se, vê-se logo, de dar vida ao que Ascarelli chamou de "invenções jurídicas", ou seja, "novas combinações de princípios jurídicos já conhecidos para alcançar a solução de um problema insatisfeito" (*Panorama do Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 1947, pp. 44-45).

sumidor.² Ao mesmo tempo, não obstante o corpo de leis possa e deva ser aperfeiçoado para, em um futuro próximo, proporcionar maior eficiência ao sistema (e, portanto, um maior grau de segurança, previsibilidade jurídica e proteção a hipossuficientes), há regras que incidem sobre os contratos eletrônicos, muito embora até hoje tenham se prestado a regular as avenças tradicionais.³

2. Os limites deste trabalho

Considerando a ausência de julgados nacionais específicos sobre o tema de que trataremos, nossa linha de análise aproveitamos princípios jurídicos positivados em decisões dos tribunais sobre outras questões de alguma forma ligadas a “novas” tecnologias e ao relacionamento comercial seja entre empresas, seja entre estas e seus clientes (“*business to business*” ou “*business to consumers*”); igualmente, lida-se com a reinterpretção de institutos há muito aceitos pela doutrina tradicional.

Nessa linha, iniciaremos a exposição explicando a celebração de um contrato pela *Internet* (ou seja, em que momento a avença passa a existir de acordo com a sistemática de nosso Código Civil), para, então, analisarmos a forma de que se pode revestir e concluirmos pela aceitação do contrato eletrônico (= celebrado sob a for-

ma eletrônica). Deslocamos, a seguir, o foco para o real cerne: a prova dos contratos eletrônicos. Identificando os princípios fixados pela jurisprudência, estudamos a senha em nosso ordenamento jurídico e a possível aceitação da assinatura eletrônica. A seguir, brevemente deitamos os olhos sobre a comprovação do recebimento dos produtos virtuais.

Não está incluída neste trabalho a análise de questões relativas à segurança das operações realizadas pela *Internet* (v.g., possibilidade da ocorrência de fraudes e invasão do sistema por *hackers*), e tampouco à proteção da privacidade dos consumidores ou clientes. Igualmente, abstivemo-nos de comentar aspectos relacionados aos Direitos de Propriedade Industrial e aos Direitos do Autor.

3. A celebração do contrato

O contrato é um negócio jurídico bilateral que resulta do encontro de duas declarações de vontade. Assim, quando as declarações de vontade de duas ou mais pessoas demonstram um consenso⁴ sobre os elementos essenciais do negócio (*essentialia negotii* ou conteúdo necessário do negócio),⁵ podemos dizer que ele entra no mundo jurídico, passando a ali existir.

Como saber, porém, se as declarações de vontades foram ao encontro uma da outra, tendo a certeza da realização do negócio? Quando podemos reputar realizado o contrato?

A resposta deve partir do pressuposto de que proposta e aceitação são *negócios jurídicos unilaterais e receptícios* (= a sus-

2. Por isso, o projeto de Diretiva Européia sobre as assinaturas eletrônicas sustenta que “It is important to strike a balance between consumer and business needs”.

3. Alain Bensoussan diz “si le type du support nécessaire à l'échange est différent, la nature juridique du rapport reste le contrat. Effectuer des transactions sur l'*Internet* ne change pas l'étendue de la problématique juridique: contrat entre absents, dispositions spécifiques au droit de la consommation, preuve etc.” (*Internet – Aspects Juridiques*, 2ª ed., Paris, Hermès, 1998, p. 117). No mesmo sentido, mostrando a possibilidade da aplicação adaptada de regras jurídicas já existentes, Ludovic Bernardeau e Massimiliano Pacifico, “*Internet et le Droit des Contrats: observations d'ordre général et identification des intervenants*”, *Uniform Law Review* 1998-1, p. 35.

4. Tal como Darcy Bessone, reputamos excelente a definição de Ruggiero: “Consenso é o encontro de duas declarações de vontade, que, partindo de dois sujeitos diversos, se dirigem a um fim comum, fundindo-se” (*Do Contrato – Teoria Geral*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, p. 116).

5. “Conteúdo necessário é o que a lei faz ser essencial à existência do negócio jurídico” (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, v. III, p. 321).

cetibilidade, a possibilidade de chegar ao outro pólo, de sair da esfera da pura subjetividade e objetivar-se, no mundo social, podendo ser aceito, como ensina Eros Roberto Grau). Assim, *quando proposta e aceitação se encontrarem e forem como um espelho uma da outra, em correspondência perfeita, demonstrando o consenso havido entre as partes no que diz respeito aos elementos essenciais do negócio, teremos celebrado o contrato.*⁶ Portanto, ainda que a vontade seja manifestada por intermédio da *Internet*,⁷ como veremos adiante, resta-

6. Nosso Código Civil disciplina: "Art. 1.080. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso"; "Art. 1.083. A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta"; "Art. 1.084. Se o negócio for daqueles, em que se não costuma a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa". As disposições do Código Comercial são no mesmo sentido daquele Civil: "Art. 126. Os contratos mercantis são obrigatórios; tanto que as partes se acordam sobre o objeto da convenção, e os reduzem a escrito, nos casos em que essa prova é necessária"; "Art. 127. Os contratos tratados por correspondência epistolar reputam-se concluídos e obrigatórios desde que o que recebe a proposta expede carta de resposta. Aceitando o contrato proposto sem condição nem reserva; até este ponto é livre retratar a proposta; salvo se o que a fez se houver comprometido a esperar resposta, e a não dispor do objeto do contrato senão depois de rejeitada a sua proposição, ou até que decorra o prazo determinado. Se a aceitação for condicional, tornar-se-á obrigatória desde que o primeiro proponente avisar que se conforma com a condição".

Despiciendo lembrar que as normas do Código Civil são aplicáveis aos contratos comerciais, nos termos do art. 121 do Código especial.

7. Cumpre ver que quem celebra o contrato são as partes, por intermédio da *Internet*, ainda que não haja qualquer pessoa diante do terminal no momento da concretização do negócio. Da mesma forma como ocorre com máquinas automáticas para venda, o negócio é realizado entre a empresa vendedora e o comprador, por intermédio da máquina (e não pela máquina). Interessante questão surge quando os computadores são programados para tomar a iniciativa da realização do negócio; para maior aprofundamento, remetemos ao texto de Tom Allen e Robin Widdison, "Can computers make contracts?", a ser transcrito na próxima edição do livro *International Business Transactions*, de Ralph Folson, Michael

rá concluído o contrato se proposta e aceitação coincidirem, abarcando a *essentialia negotii*.⁸

Costuma-se apartar os contratos típicos daqueles atípicos, conforme estejam ou não previamente modelados nos textos normativos. Essa distinção é importante porque, tão logo celebrado, o contrato típico chamará sobre si a incidência de todas as normas a ele referentes.

No que diz respeito à compra e venda mercantil, dispõe o art. 191 do CC Comercial que estaremos diante desse tipo de contrato todas as vezes em que o comprador e o vendedor acordarem sobre a *coisa*, o *preço* e as *condições do negócio*⁹ (isto é, a lei determina que esses são os elementos essenciais da compra e venda mercantil). Ora, se uma parte enviou um *e-mail* à outra contendo proposta que especifica a coisa, o preço e as condições, e o destinatário expediu outro exprimindo sua aceitação àqueles termos, podemos reputar concluída a compra e venda mercantil.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado aos *sites* nos quais as empresas oferecem produtos aos consumidores, já que, como bem aponta Bensoussan,¹⁰ as operações jurídicas a serem realizadas são meras "compras e vendas à distância"; contendo a página os elementos necessários à celebração do negócio, tão logo o adquirente clique a tecla

Gordon e John Sapgnole, St. Paul, West Publishing, no prelo.

8. Lembra Beviláqua que "é preciso firmar quando ha realmente uma proposta. Ha proposta quando ella se refere aos pontos essenciaes do contracto, e o proponente não se reservou o direito de retirala ao receber a aceitação, de modo que, dada a aceitação, esteja formado o contracto" (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*, 7ª ed., v. IV, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1946, p. 238).

9. "Art. 191. O contrato de compra e venda mercantil é perfeito e acabado logo que o comprador e o vendedor acordam na coisa, no preço e nas condições; e desde esse momento nenhuma das partes pode arrepender-se sem consentimento da outra, ainda que a coisa se não ache entregue nem o preço pago (...)."

10. *Internet – Aspects Juridiques*, cit., p. 119.

“comprar” haverá a incidência do disposto no art. 191 do CCComercial.

Se o *site* não encerrar esses elementos essenciais poderá ser considerado um “convite a propor”, transformando-se, então, o adquirente em ofertante. A mecânica da celebração do negócio, entretanto, permanece idêntica àquela já exposta.

Para elucidar a questão podemos nos inspirar na sistematização elaborada por Tosi¹¹ sobre as formas de conclusão do contrato eletrônico, adaptando-a ao Direito Brasileiro.

Primeiramente, o negócio pode formar-se segundo o difundido esquema da *oferta ao público* prevista no art. 30 do Código do Consumidor (CDC): “Art. 30. Toda informação ou publicidade, *suficientemente precisa*, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”. Destaque-se que se deve dar ao fato de o texto legal fazer referência a “toda informação ou publicidade (...) veiculada por qualquer forma”, abrangendo, obviamente, a difusão pela *Internet*. Ao mesmo tempo, a expressão “suficientemente precisa” significa que, para ser considerado uma oferta ao público, o *site* deve conter todos os elementos essenciais do negócio. Nessa situação, reputar-se-á perfeito o contrato no momento em que o consumidor expedir a resposta, como estabelece o art. 1.086 do CC.¹² Note-se que a resposta tanto pode ser um *e-mail* quanto um clique sobre a tecla “comprar”.¹³

11. “La conclusione di contratti *on line*”, *I Problemi Giuridici di Internet*, Milão, Giuffrè, 1999, pp. 14 e ss.

12. “Art. 1.086. Os contratos por correspondência epistolar, ou telegráfica, tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida (...)” Em outros sistemas a questão é tratada de forma diversa, sendo o contrato perfeito apenas no momento em que a aceitação chega ao conhecimento do proponente (e não naquele em que foi expedida).

13. Por causa de algumas promoções atualmente existentes na *Internet*, quando falamos de “oferta

Tal contexto jurídico aconselha que a empresa, ao efetuar uma oferta ao público, cerque-se de determinados cuidados, pois estará obrigada a cumprir o ofertado quando o consumidor manifestar sua vontade de concluir o contrato. Dizendo de outro modo, caso o pretense adquirente ordene bem que a empresa não tenha disponível, esta poderá ser obrigada a indenizar eventuais perdas e danos sofridos pelo consumidor em virtude do descumprimento do contrato. Sendo assim, é prudente que no *site* estejam absolutamente claras todas as restrições devidas a estoques, disponibilidade dos bens etc.¹⁴

A empresa pode se valer do que parte da doutrina chama de *convite a propor*. Nesta hipótese o *site* não conterà todas as informações essenciais para a conclusão do negócio (ou, nos termos do Código do Consumidor, a oferta não será “suficientemente precisa”). Aqui, a proposta é efetuada, na realidade, pelo consumidor que solicita o bem. Em teoria, assiste à empresa o poder de concluir ou não o contrato, mediante a aceitação ou recusa da oferta do consumidor. Segundo Tosi tal esquema resolveria eventuais problemas com estoque, pois a falta do bem não significaria inadimplemento do contrato (como ocorre na situação exposta supra). Ressaltamos, todavia, que ainda não é possível vislumbrar o entendimento que os tribunais darão à questão, especialmente no que diz respeito a

ao público” é preciso apartá-la das “promessas ao público”, que são verdadeiros concursos, sujeitos a regimento especial e controle da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

14. Trata-se, claramente, de respeitar todas as regras referentes ao comércio com consumidores. Sobre essa questão é interessante a consulta ao *draft do Code of Online Business Practices*, elaborado pelo Better Business Bureau (<http://www.bbbonline.org/download/draft.com>), bem como as *Guidelines* da OCDE (*Recommendation of the OECD Council concerning Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce*). A ação da *Federal Trade Commission* norte-americana visando à proteção do consumidor na *Internet* pode ser encontrada no *site* <http://www.ftc.gov/opa/1999/9912/case121599.pdf>.

demandas entre consumidores e fornecedores de bens ou serviços.

É possível, também, que o contrato seja celebrado segundo o tradicional esquema proposta/aceitação (cf. arts. 1.080 e ss. do CC, bem como art. 127 do CComercial), mediante a utilização de *e-mails* ou ligação *on line*. Saímos, então, do campo de um contrato de adesão (em que uma das partes, simplesmente, adere aos termos formulados pela outra) para negócios onde as cláusulas contratuais são esculpidas uma a uma. Aliás, esta forma deverá ser a mais utilizada quando o negócio for celebrado entre duas empresas (“*business to business*”) para disciplinar o relacionamento comercial entre ambas (por exemplo, entre a empresa e seus fornecedores). No caso da proposta efetuada a pessoa determinada, porque o regramento jurídico da mecânica da celebração da avença será diverso, torna-se importante precisar (i) se foi efetuada entre ausentes ou entre presentes e (ii) se possui prazo determinado.¹⁵

Considera-se presente a pessoa que tem condições materiais de imediatamente aceitar a oferta – e esse parece ser o caso da contraparte que se encontra *on line*, comunicando-se de forma eletrônica em tempo real.¹⁶ A proposta entre presentes caducará se, feita com prazo, nele não for aceita. Ou, ainda, se, feita sem prazo, não for imediatamente aceita.

Entende-se que existe proposta a pessoa ausente quando é feita a alguém que não tenha condições materiais de dar resposta imediata ao proponente. Subsumem-

se a essa categoria as propostas efetuadas por *e-mail* quando as partes não estão conectadas *on line*. Nessa hipótese diz o Código Civil que a proposta deixará de ser obrigatória caso, feita sem prazo, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente. Ou, se feita com prazo, não tiver sido expedida a resposta dentro desse prazo dado. Já o Código Comercial, ao tratar dos contratos por correspondência epistolar, em dispositivo plenamente aplicável aos contratos eletrônicos celebrados entre ausentes, é bem claro ao estabelecer que “os contratos (...) reputam-se concluídos e obrigatórios desde que o que recebe a proposição expede carta de resposta, aceitando o contrato proposto sem condição nem reserva; até esse ponto é livre retratar a proposta; salvo se o que a fez se houver comprometido a esperar resposta, e a não dispor do objeto do contrato senão depois de rejeitada a sua proposição, ou até que decorra o prazo determinado” (art. 127).

Aqui, é oportuno retomar as palavras de Pontes de Miranda, sublinhando o comportamento a ser esperado daquele que recebe a mensagem: “Ao destinatário não poderia ficar o ensejo de conhecer ou de não conhecer. O manifestante de vontade tem que fazer o que possa – e lhe incumbe – para que o destinatário possa conhecer a oferta. Se assim procedeu, não se lhe há de exigir que ainda lhe caiba providenciar para que o destinatário abra a correspondência, ou leia o telegrama, de modo que o oferente tem de fazer tudo que não é de esperar-se, segundo o uso do tráfico, da parte do destinatário. Se êsse não praticou os atos que deveria praticar, conforme as circunstâncias normais, e somente não veio a conhecer da oferta, porque não diligenciou, seria absurdo que não se tivesse por cumprido o que o manifestante da vontade tinha que fazer. Não se poderia deixar a libito do destinatário a eficácia da manifestação de vontade do oferente. O destinatário tem o dever de estar a par do que lhe chega; o oferente tem o de-

15. Lembremo-nos de que, nos termos do art. 1.080 do CC, a proposta de contrato vincula o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso.

16. Segundo a doutrina tradicional o que caracteriza o contrato entre presentes é que “a comunicação do aceitante chega, imediatamente, ao conhecimento do proponente”, ao passo que nos contratos entre ausentes “há um intervalo de tempo *tractus temporis*, entre a manifestação da vontade do aceitante e o conhecimento della pelo proponente” (Clóvis Beviláqua, *Código ...*, cit., v. IV, pp. 244-245).

ver de tudo fazer para que o destinatário possa conhecer a oferta".¹⁷

Embora – obviamente – o renomado privatista não tivesse em mente a celebração de contratos eletrônicos, sua lição há de ser considerada para os dias de hoje: é de se esperar que todo comerciante médio (ou mesmo consumidor) ativo e probo acesse sua caixa de correio com a frequência adequada às suas necessidades (ou aos seus negócios). Entendemos que tal comportamento muito provavelmente será tomado pelos tribunais como uma “presunção jurídica”: isto é, o intérprete do Direito está autorizado a supor que aquele que possui um *e-mail* o acesse com adequada frequência, dificultando a alegação de recebimento mas não conhecimento do teor da mensagem.

4. A forma do contrato

É livre a forma¹⁸ que reveste o contrato, a proposta e a aceitação,¹⁹ a menos que haja texto de lei que diga o contrário. Neste ponto é expresso o artigo 129 do CC: “Art. 129. A validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente o exigir”.²⁰

17. *Tratado de Direito Privado*, t. XXXVIII, Rio de Janeiro, Borsóti, 1962, p. 51.

18. Por *forma* do negócio jurídico deve-se entender “o conjunto das solemnidades que se devem observar, para que a declaração da vontade tenha eficácia jurídica. É o revestimento jurídico, a exteriorizar a declaração da vontade” – como faz Beviláqua, em definição aproveitada pelos mais renomados civilistas que o seguiram (*Código ...*, cit., v. I, p. 374).

19. Sílvio Rodrigues bem anota que, sendo a vontade elemento de caráter subjetivo, ela se revela pela declaração (*Direito Civil – Parte Geral*, 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 1985, p. 163).

20. Lembre-se, também, o texto dos arts. 82, 130 e 145 do CC: “Art. 82. A validade do ato jurídico requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei”; “Art. 130. Não vale o ato, que deixar de revestir a forma especial, determinada em lei (art. 82), salvo quando esta comine sanção diferente contra a preterição da forma exigida”; “Art. 145. É nulo o ato jurídico: (...) III – quando não revestir a forma prescrita em lei”.

É bem verdade que aqueles que redigiram os nossos Códigos sequer imaginavam pudessem os contratos vir a se revestir de outra forma que não a oral e a escrita. Mas, estando consagrado e positivado o princípio da *liberdade de forma*, a eletrônica mostra-se plenamente válida e inatacável, salvo se houver um texto de lei que a repudie.²¹ Por exemplo, a renúncia da herança jamais poderá assumir a forma eletrônica, já que é exigido que conste expressamente de escritura pública ou de termo judicial.²² Ao mesmo tempo, uma compra e venda de bem móvel pode ser celebrada sem que, obrigatoriamente, as partes reduzam o acordado a escrito.

*Deduz-se que não há necessidade de qualquer novo texto de lei que repute o documento eletrônico como válido, porque nosso ordenamento assim já o considera.*²³

Merecem destaque algumas formas de agir difusas entre os usuários da *Internet* que, sob o ponto de vista jurídico, devem ser entendidas como “comportamentos so-

21. Muito se tem discutido sobre a forma dos contratos celebrados por intermédio da *Internet*. Alguns a apontam como escrita, outros como eletrônica. Para Fabrizio Devescovi aqueles que se dedicaram ao profundo estudo do tema entendem que estaríamos diante de uma nova forma de contrato, não redutível à escrita ou à oral, “ma utilizza, per manifestarsi, gli impulsi elettronici emessi e ricevuti, dai quali verrebbe veicolata”. Essa forma eletrônica, desmaterializada, portanto, seria percebida pelo ser humano pela forma escrita (na tela do computador ou impressa), ou ainda pela linguagem oral (*Titoli di Credito e Informatica*, Pádua, CEDAM, 1991, p. 184).

22. Cf. art. 1.581 do CC.

23. O mesmo já se disse a respeito da Lei italiana 59, de 1997, que entende válidos “gli atti e i documenti formati (...) dai privati con strumenti informatici o telematici, i contratti stipulati nelle medesime forme, nonché la loro archiviazione e trasmissione con strumenti informatici, sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge”. Emilio Tosi observa ser redundante tal dispositivo, pois “che gli atti e i documenti formati telematicamente fossero validi – quanto meno in tutte le situazioni negoziali caratterizzate da libertà di forma – anche prima dell’entrata in vigore della L. 59/1997 non si sarebbe dovuto, infatti, avere alcun dubbio” (“La conclusione ...”, cit., *I Problemi Giuridici di Internet*, p. 12).

cialmente típicos”, ou seja, condutas que traduzem uma declaração de vontade do agente, quer em relação a uma proposta quanto a uma aceitação.²⁴ Da mesmo forma como em uma haste pública o gesto de levantar do braço deve ser entendido como a manifestação de vontade no sentido de adquirir o bem ofertado, clicar um determinado botão na tela do computador onde está escrito “comprar” (*point and click*) há de significar que o consumidor quer adquirir o bem; presume-se que, hoje em dia, qualquer pessoa alfabetizada que esteja diante de um computador saiba que, ao praticar tal ato, está manifestando sua vontade de comprar. Igual ilação se pode fazer do ato do consumidor que expede pela *Internet* os dados de seu cartão de crédito ao ofertante do bem, autorizando, dessa forma, o débito.

O que dissemos a respeito da liberdade de forma vale para o ato do cliente que, sempre pela *Internet*, autoriza a transferência de recursos de sua conta corrente para aquela de outrem. A partir do momento em que essa pessoa digita os dados da conta beneficiada e clica no botão “transferir”, manifestou sua vontade naquele exato sen-

24. Aqui, lembramos a lição de Antônio Junqueira de Azevedo: “(...) há de se entender por negócio jurídico aquela conduta total socialmente qualificada como negócio. (...) As ‘circunstâncias negociais’ são, pois, um modelo cultural de atitude, o qual, em dado momento, em determinada sociedade, faz com que certos atos sejam vistos como dirigidos à produção de efeitos jurídicos” (*Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1986, pp. 139 e 141). Com a clareza que lhe é habitual, Orlando Gomes diz que as declarações pressupõem *processo de comunicação* e podem ser feitas mediante palavras, gestos ou sinais. Assim, conforme o meio empregado, podem ser verbais, escritas ou simbólicas: “Diz-se simbólica a declaração por meio de gestos ou sinais. A que se faz através de gestos chama-se declaração mímica. Assim, a inclinação da cabeça para a frente é tida como expressão de assentimento. Significativo, igualmente, o gesto de levantar o braço. De resto, outros gestos mediante os quais se exprime a vontade por modo a ser entendida por qualquer pessoa. Podem ser utilizados, ainda, certos sinais convencionais, como os semafóricos” (*Contratos*, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 51).

tido e esta pode (e *deve*) ser considerada pela instituição financeira.

É importante observar que a ordem de transferência há de ser entendida no contexto do contrato de conta corrente (ou de outro tipo) mantido entre o banco e seu cliente, como veremos adiante.

5. O valor probante do instrumento eletrônico

Linhas acima dissemos que a celebração de um negócio jurídico pela *Internet* é plenamente possível e válida desde que as declarações de vontades das partes tenham se encontrado com a coincidência entre oferta e aceitação. A questão desloca-se, portanto, para o campo da *comprovação* em juízo da avença feita ou do ato praticado. Dizendo de outro modo: considerando a atual disciplina jurídica brasileira, não se pode negar a existência e a validade de um contrato porque se reveste da forma eletrônica. Mas os tribunais admitirão o suporte eletrônico como prova do avençado? Em caso afirmativo, de que forma? São essas as questões que passam a ser discutidas.

Diz o art. 136 do CC que “os atos jurídicos, a que se não impõe forma especial, poderão provar-se mediante (...) documentos públicos ou particulares”. Em face dessa disposição, cumpre, ainda, perguntar: o contrato eletrônico pode ser entendido como um “documento”, para fins e efeitos da prova judicial?

Entendemos que sim,²⁵ pois, na famosa lição de Chiovenda, o documento “è ogni rappresentazione materiale destinata ed ido-

25. Elcio Trujillo sustenta que os elementos básicos que compõem e informam o documento tradicional podem ser aproveitados para fundamentar o conceito de “um documento que seja formado sobre uma base material distinta, qual seja o meio eletrônico” (*O Mercosul e a Documentação Eletrônica*, disponibilizado em <http://www.teiajuridica.com/m/mercotel.htm>). Stefano Nespore, por sua vez, diz: “anche il documento informatico è un documento, in quanto presuppone una scrittura nella quale al posto dell’inchiostro c’è il flusso degli elettroni, al

nea a riprodurre una data manifestazione del pensiero".²⁶ De resto, tem observado a doutrina que os documentos não necessariamente devem ser escritos.²⁷

A prevalência da forma escrita do documento sobre todas as outras explica-se pela facilidade de produção da prova da

posto della carta la memoria del disco rigido o del floppy, mentre i bit sono una sorta di alfabeto. Il documento elettronico quindi è un documento che contiene un messaggio scritto in uno specifico linguaggio (il linguaggio dei bit) su un supporto materiale (che può essere un floppy disk, una hard disk, oppure un compact disk ...) e destinato a durare nel tempo" (*Come Internet e la Legge*, Milão, Hoelpi, 1999, pp. 56-57). Essa parece ser a opinião unânime dos autores (cf. Miguel Ángel Moreno Navarrete, *Contratos Electrónicos*, Madri, Marcial Pons, 1999, pp. 90 e ss.).

26. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, 2ª ed., v. II, Nápoles, Jovene, 1936, p. 456. Ou, na tradução de Moacyr Amaral Santos, "é toda representação material destinada e idônea a reproduzir uma manifestação do pensamento". Para Santoro-Passarelli documentos são "cose rappresentative di un fatto giuridicamente rilevante" (*Dottrine Generali del Diritto Civile*, 5ª ed., Nápoles, Jovene, 1957, p. 45). Paolo Piccoli e Giovanna Zanolini anotam que "il supporto materiale del documento può essere costituito da qualunque materia purchè idonea ad incorporare la rappresentazione" ("Il documento elettronico e la firma digitale", *I Problemi Giuridici di Internet*, cit., p. 65).

27. Valemo-nos, aqui, das palavras de Vicente Greco Filho: "O documento liga-se à idéia de papel escrito. Contudo, não apenas os papéis escritos são documentos. Documento é todo objeto do qual se extraem fatos em virtude da existência de símbolos, ou sinais gráficos, mecânicos, eletromagnéticos etc. É documento, portanto, uma pedra sobre a qual estejam impressos caracteres, símbolos ou letras; é documento a fita magnética para reprodução por meio do aparelho próprio, o filme fotográfico etc." (*Direito Processual Civil Brasileiro*, 2ª ed., v. II, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 195). Na mais clássica obra brasileira sobre as provas judiciais, Moacyr Amaral Santos explica que: "Etimologicamente, 'documento' significa uma coisa que *docet*, isto é, que tem em si a virtude de fazer conhecer. Costuma-se conceituar documento, num sentido amplo, como toda e qualquer representação material destinada a reproduzir duradouramente uma representação do pensamento. Será como uma *vox mortua*, isto é, uma voz fixada permanentemente por meio de escrito ou outro sinal material. (...) A percepção de um fato ou a idéia de um fato, que se processam através do psíquico, que os percebe e os reflete, podem ser expressos por via

existência do negócio.²⁸ Mas isso não significa, em absoluto, que o documento eletrônico não sirva ao mesmo fim. E mais: se a forma escrita pode não ser indispensável à existência, validade e eficácia do ato, também não o é a assinatura do documento. Lembremo-nos, a título exemplificativo, de que a jurisprudência brasileira é pródiga em casos de reconhecimento de sociedades comerciais de fato, onde os sócios jamais haviam assinado qualquer documento que os ligasse.

A assinatura presta-se, em nosso sistema, para admitir a *presunção*²⁹ (i) da autoria do documento e (ii) do conhecimento de seu conteúdo pelo signatário.³⁰ Por essa razão, dispõe o art. 131 do CC que "as de-

oral (testemunho) ou por via documental. A coisa que fixa permanentemente o fato ou a idéia constitui o documento. Essa fixação, porém, pode dar-se por escrito ou por processos semelhantes: tanto são meios de fixação permanente do fato ou da idéia as escrituras, que os narram ou os focalizam, como as plantas, cartas topográficas, desenhos, que os traduzem em linguagem técnica embora não escrita. E uns e outros são modos de se documentar o fato ou a idéia em condições de serem interpretados e apreciados em juízo" (*Prova Judiciária no Cível e Comercial*, v. IV, São Paulo, Max Limonad, s/d, p. 31).

28. Cf. Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 55.

29. Por "presunção jurídica" deve-se entender "a legítima dedução de um fato para o conhecimento da verdade de outro", como faz Teixeira de Freitas (*Vocabulário Jurídico*, São Paulo, Saraiva, 1983, p. 270).

30. Moacyr Amaral Santos, *Prova ...*, cit., v. IV, p. 39. No ano de 1996 o *Information Security Committee*, *Section of Science and Technology Division*, da *American Bar Association*, ressaltou as seguintes funções que, geralmente, competem à assinatura: (i) *Evidência*: a assinatura identifica o subscritor com o documento assinado, de forma que "when the signer makes a mark in a distinctive manner, the writing becomes attributable to the signer"; (ii) *Cerimônia*: o ato de firmar o documento chama a atenção do signatário para a relevância jurídica desse mesmo ato. evitando, assim, *inconsiderate engagements*; (iii) *Aprovação*: em certos contextos legais ou históricos a assinatura expressa aprovação ou autorização daquele que firma, ou sua intenção de produção de efeitos jurídicos; (iv) *Eficiência*: a assinatura do documento pode dispensar maiores indagações sobre as obrigações que corporifica. Por exemplo, a circulação rápida e fácil de alguns documentos (*negotiable instruments*) só é possível por-

clarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários”; e o art. 135 do mesmo Código que “o instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na disposição e administração livre de seus bens, sendo subscrito por duas testemunhas, prova as obrigações convenionadas de qualquer valor”.³¹

Concluimos, portanto, que os documentos eletrônicos, porque são documentos para todos os efeitos de direito, poderão ser admitidos em juízo como meio de provar a existência de um contrato entre as partes ou a prática de qualquer ato jurídico. No entanto, não se tratando de um documento assinado, não se poderá de plano presumir sua autenticidade. A valoração dessa prova dependerá do contexto processual e terá o peso que lhe for atribuído pelo juiz, conforme mandar a sua livre apreciação.³²⁻³³ Nesse momento, provavelmente,

que presentes alguns requisitos formais, tal como a assinatura. Importante notar que “the formal requirements for legal transactions, including the need of signatures, vary in different legal systems, and also vary with the passage of time” (*Digital Signatures Guideline*, disponibilizado no site <http://www.abanet.org/scitech/ec/isc/dsgfree.html>).

31. No mesmo sentido é o Código de Processo Civil. “Art. 368. As declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário (...)”; “Art. 371. Reputa-se autor do documento particular: I – aquele que o fez e o assinou; II – aquele por conta de quem foi feito, estando assinado; III – aquele que, mandando compô-lo, não o firmou, porque, conforme a experiência comum, não se costuma assinar, como os livros comerciais e assentos domésticos”.

32. “Art. 131 do CPC: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

33. Há alguns anos, antes que se difundisse entre os juristas a idéia da assinatura eletrônica e da criptografia, José Rogério Cruz e Tucci anotava que eram dois os principais problemas relacionados ao valor probante do suporte informático: (i) “não há como serem firmados” e (ii) “são, por natureza, extremamente vulneráveis”. Não obstante, mesmo com

o conjunto probatório será de fundamental importância.³⁴

Na ausência de jurisprudência nacional acessível sobre a questão de que ora tratamos, não se pode ignorar a atual posição dos tribunais brasileiros em relação a ordens de clientes transmitidas às suas corretoras

tais restrições técnicas existentes à época, o professor já sustentava a força probante dos documentos eletrônicos: “Em nosso país (...), não se vislumbra óbice à admissibilidade deste como meio de prova. Com efeito, o art. 332 do CPC preceitua que são hábeis para provar a verdade dos fatos, ainda que não nominados, todos os meios legais e moralmente legítimos. (...) Ademais, é de ser salientado que pelo princípio da persuasão racional do juiz (...), ao realizar o exame crítico dos elementos probatórios, o agente do Poder Judiciário tem a faculdade de apreciá-los livremente, para chegar à solução que lhe parecer mais justa quanto à vertente fática. Conclua-se, pois, que a eficácia probante dos documentos informáticos deve ser admitida sem quaisquer obstáculos e colocada à prudente análise do juiz, que poderá, à evidência, quando se fizer necessário (...) recorrer aos demais meios de prova, em especial à prova pericial” (“Valor probante do suporte informático”, *Ajuris* 44/103 e 106).

34. Tratando das provas na ação monitoria, o STJ corroborou a lição de Humberto Theodoro Jr., para quem “não é imprescindível, portanto, que o documento esteja assinado, podendo mesmo ser acolhido o que provém de terceiro ou daqueles registros como os do comerciante ou dos assentos domésticos que não costumam ser assinados, mas aos quais se reconhece natural força probante (CPC, art. 371, n. III). Pouco importa, outrossim, que o documento escrito não contenha a firma do devedor, se por outro documento se obtém a certeza de que este o reconheceu como representativo de sua obrigação. O conjunto documental pode, dessa forma, gerar a convicção do juiz sobre o direito do credor, mesmo quando cada um dos escritos exigidos não seja, isoladamente, capaz de comprová-lo” (transcrito para embasar o voto do Min. Relator, Waldemar Zveiter, no REsp 164.190, cf. texto disponibilizado em <http://www.stj.gov.br>). Esse julgado vai na esteira da jurisprudência comparada, estudada por Luiz Olavo Baptista: “(...) ainda que possam servir como meio de prova os documentos informáticos, o estudo comparativo mostrar-nos-ia que os escritos não assinados dependem de provas complementares, ou do convencimento do juiz de que sejam confiáveis” (*Aspectos Jurídicos das Transferências Eletrônicas Internacionais de Fundos*, tese apresentada ao concurso para Livre-Docente de Direito Internacional Privado do Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da USP em 28.3.1986).

de valores mobiliários. Como se sabe, é prática bastante difundida que sejam transmitidas por telefone, determinando-se a compra e venda de títulos sem maiores formalidades. Os julgados, entretanto, exigem que, na ausência de ordem por escrito, a corretora comprove a existência da determinação do cliente.³⁵ Paralelamente, entende o STJ que o simples fato de uma mensagem ter sido expedida de determinado *telex* ou mesmo de uma máquina de *fax* que indica o remetente não comprova sua origem.³⁶

A nosso ver, isso significa que uma mera mensagem enviada por computador, sem qualquer identificação segura do remetente, não servirá, *isoladamente*, para comprovar sua proveniência e tampouco o conhecimento de seu teor. A situação será diversa, entretanto, se houver outras provas que demonstrem tais fatos, como um elemento adicional de identificação, uma senha.

35. "As operações realizadas por corretoras de valores, independentemente de ordens por escrito de seus clientes, só justificam a cobrança de débitos se estes constarem dos respectivos assentamentos, complementados por prova documental" (RTJ 108/440). "Alegação de inexistência de autorização para operações de maior vulto e que resultaram ruinosas a pequeno investidor. Incumbe à corretora comprovar a existência de autorização, escrita ou resultante inequivocamente da conduta do investidor, para que possa deste cobrar o saldo negativo resultante das operações" (JSTJ 9/131, REsp 1.154, rel. Min. Athos Carneiro, DJU 5.2.1990).

36. Cf. o seguinte julgado: "É de ponderar-se que, mesmo tendo as mensagens em questão sido expedidas do *telex* do 'Carrefour', possam elas não ter sido determinadas pelo gerente do setor de mercaderia que consta como emitente. Em realidade, qualquer pessoa, munida de certo conhecimento relativo à operação de aparelho de *telex*, bem assim do código do destinatário, pode enviar comunicação de qualquer teor. Ou, ainda, mesmo não tendo o referido conhecimento técnico, pode essa pessoa induzir o empregado que trabalha no respectivo setor a emitir a mensagem, como se tivesse sido determinada pelo preposto credenciado. Por tais razões é que este Tribunal, analisando caso semelhante, envolvendo transmissão via *fax*, já teve oportunidade de decidir: 'Não supre a autenticação de documento transmitido por *fax* a circunstância de haver sido utilizado aparelho de assinatura do expedidor'" (REsp 20.148-6, rel.

6. A senha e o comércio eletrônico

Permitimo-nos retomar o que acima ficou dito sobre as assinaturas de próprio punho: quando apostas em documentos particulares fazem presumir (i) a autenticidade do documento e (ii) o conhecimento de seu teor pelo signatário.

É nosso entendimento que a utilização de uma senha pelo cliente pode desempenhar idêntico papel, prestando-se a iguais fins.³⁷ Por exemplo, na sistemática de que atualmente se valem as instituições financeiras uma senha também é a expressão da identidade do agente e, nessa extensão, faz presumir a autenticidade do ato (isto é, a certeza de que foi praticado por aquela determinada e identificada pessoa), bem como o conhecimento de seu conteúdo.

Essa presunção já foi assumida pelos tribunais: tendo o agente se identificado com uma senha pessoal, há de se supor que praticou aquele ato, assumindo a produção de todos os respectivos efeitos fáticos e jurídicos. Ousaríamos, mesmo, considerar que tal entendimento traduz uma *tendência jurisprudencial*.

Alguns já argumentaram que, em princípio, a senha poderia ser utilizada por terceira pessoa que não seu titular. Mas, atentos à necessidade de presteza das relações comerciais, os julgadores têm entendido que cabe ao titular da senha o dever de protegê-la contra indevida utilização (de-

Min. Sálvio de Figueiredo, j. 16.6.1992, cf. texto disponibilizado pelo referido Tribunal, <http://www.stj.gov.br>, em 10.1.1999).

37. Poder-se-ia argumentar que a aposição de uma senha pelo cliente seria semelhante à colocação de um sinal de qualquer espécie, sinete ou carimbo, considerada vedada em nosso ordenamento pela antiga doutrina. Mas essa posição já foi afastada pelos modernos julgados brasileiros que analisaram a identificação do agente por senhas. No ano de 1988, Luiz Olavo Baptista ressaltava que "o problema da identificação do autor de determinado ato se faz por meios adequados à nova tecnologia: códigos numéricos, cartões magnéticos, fazem as vezes de firma ou chancela" ("Direito e Informática - Reflexões sobre novas fronteiras", RDP 86/162).

ver de vigilância). A instituição financeira somente será responsável se agir com culpa ou dolo, concorrendo para eventual prejuízo sofrido pelo cliente.³⁸

Trazemos, para ilustrar o afirmado, uma seqüência de elucidativos julgados:

1. “Saque indevido efetuado com cartão magnético – Ausência de responsabilidade do banco, pois o uso do cartão e o conhecimento da respectiva senha são exclusivos do usuário – Eventual quebra do sigilo da senha não pode ser imputada ao banco, pois o saque foi feito em caixa eletrônico de atendimento rápido onde não há participação de nenhum funcionário deste – Responsabilidade do próprio usuário pela utilização de seu cartão e senha que é de seu exclusivo conhecimento. (...)”

“A cautela quanto ao uso do cartão magnético bancário repousa tão-somente no zelo que se há de exigir do usuário, porque dele seria a total responsabilidade por eventual violação do sigilo e consequente utilização em prejuízo de seu patrimônio, posto sob a guarda do estabelecimento bancário.

“Não resta dúvida de que o usuário deve zelar, guardar e vigiar seu cartão magnético, tanto quanto a senha que permite privacidade e segurança na sua utilização.

38. Nesse sentido é o entendimento do 1º TACivSP: “Contrato bancário – Indevida utilização de cartão magnético por terceiros, após a sua retenção pela máquina de caixa eletrônico – Responsabilidade do banco-réu pelo pagamento indevido, pois por sua conta passaram a correr os riscos inerentes à guarda do cartão, a partir do momento que passou a tê-lo em sua posse – Impossibilidade de atribuir culpa ao titular da conta, dada a inexistência de prova de eventual descuido em manter sob sigilo a senha – Cobrança procedente. (...). A contratação entre as partes envolve a prestação dos serviços pelo apelante, sendo inerente ao negócio jurídico a sua realização com todos os cuidados necessários para garantir a segurança das operações. Fazendo publicidade da qualidade dos seus serviços, o que compreende segurança e facilidade para os usuários, busca o apelante atrair os clientes, que justamente com ele contrataram com a expectativa de poderem utilizar os serviços, convencidos da eficiência e garantia deles. Se assim anuncia, é evidente que deve o banco zelar para que a estrutura que montou seja plenamente ade-

Afirmar-se a responsabilidade do banco, por fatos ocorridos no interior de sua agência ou mesmo na utilização de equipamentos instalados fora da agência, é distância suficiente para afastar a responsabilidade pelo risco-proveito, ou risco funcional, como diz parte da doutrina.

“Houve, efetivamente, negligência do usuário no manuseio descuidado do cartão magnético, sem que para isso tenha ocorrido de qualquer maneira o banco apelante. Se é certo que há de se exigir, de outra parte, vigilância e diligência do banco, quanto à utilização dos equipamentos, não menos certo que este não pode ser responsabilizado por fato a que não deu absolutamente causa.

“O sistema informatizado não é mero elemento de agrado, mas agrado com a finalidade de angariar a simpatia do cliente e, por via de consequência, tornar efetivo objeto empresarial, lucrativo. Contudo, também o usuário há de agir com certo cuidado e não deixar toda a vigilância aos cuidados do banco. (...). Se a apelada forneceu seu cartão e a respectiva senha para terceiro, o fez por sua conta e risco, ou se simplesmente foi enganada por alguém, tais fatos

quadra aos seus fins. E a falha do serviço importa necessariamente em responsabilidade do fornecedor pela reparação dos danos que propiciar” (rel. Juiz Antônio Rigolin, j. 17.11.1998, *JTA-Lex* 176/198). Interessa, ainda, o seguinte julgado: “Indenização – Responsabilidade civil – Imposição com fulcro no art. 159 do Código Civil, objetivando a condenação do banco réu no ressarcimento, à autora, das importâncias sacadas em sua conta corrente, conseqüentes de furto de seu cartão especial, que autorizava a retirada de numerário de caixas eletrônicos e agências bancárias – Irrelevância de terem sido os saques efetuados em máquinas instaladas no interior de agências bancárias ou nos Bancos Eletrônicos 24 Horas – Hipótese em que, tendo em vista terem os saques sido reiterados (cerca de 67 em poucas horas), fica configurada a responsabilidade civil do banco, que teria que possuir um controle de programação do sistema eletrônico, no sentido de vedar saques repetidos, diários, geralmente criminosos – Ação procedente – Embargos infringentes rejeitados” (EInfrs 709.932-7/02, rel. Min. Armino Friere Mármora, j. 20.10.1998, cf. cópia fornecida pelo 1º TACivSP em 31.I.2000).

refogem do campo de responsabilidade do banco.”³⁹

2. “Cartão magnético de movimentação de contas bancárias – Perda para estelionatário, que causa saques em prejuízo do correntista – Nenhuma a responsabilidade do banco – Culpa exclusiva do correntista, que permitiu o uso do cartão por terceiro que, por sua vez, foi vítima do ‘golpe do cartão’ – Negligência *in vigilando*.”⁴⁰

3. “Ação de cobrança – Prova – Cartão de crédito – Dispensa da assinatura do portador – Existência do crédito que se comprova com o uso do código. (...). Por seu turno, da autora não poderia ser exigido comprovante assinado pelo portador do cartão, porquanto, como já foi dito, a mera utilização do cartão com o uso do código dispensa a assinatura. Nesse tipo de financiamento, acionado eletronicamente por meio de cartão individual e intransferível do usuário portador, nem sempre há necessidade da assinatura para o alcance do crédito. Não necessita, portanto, a autora trazer comprovantes, por ter trazido os diversos lançamentos de crédito e débito, eletronicamente, como fez (...).”⁴¹

É bem verdade que tal jurisprudência foi desenvolvida considerando os cartões magnéticos e de crédito. Contudo, mesmo não se podendo indicar com exatidão, espera-se que os mesmos princípios, em um futuro próximo, sejam utilizados na análise dos documentos eletrônicos.

Nesse contexto, o velho aforisma *pacta sunt servanda* encontra seu lugar, pois *o contrato que serve de base para o relacionamento entre a empresa (instituição financeira) e seu cliente é de suma importância*. Consideramos paradigmático o acórdão proferido pela 8ª Câmara Cível do 1º TACivSP em 27.3.1995, JTACivSP 158/45. Determi-

nado cliente de um banco mudou-se sem comunicação à instituição financeira, que enviou cartão magnético e senha ao antigo endereço, constante do contrato. Saques alegadamente indevidos foram efetuados. Admitiu o cliente que havia se mudado de sua residência sem qualquer comunicação ao banco, “mas este agiu sem um mínimo de segurança, pois enviou correspondência para o endereço (...) sem as cautelas necessárias”. Ademais, “sem a comprovação da entrega pessoal do cartão magnético e da senha ao próprio cliente, ou sem a comprovação do AR do Correio, não se pode admitir que o cliente/correntista é o responsável pelos saques feitos via cartão”. Decidiu o Tribunal que: “A cláusula 2ª do contrato estabelece que toda correspondência relacionada com a conta corrente aberta pelo apelante seria enviada pelo Correio, no endereço por ele indicado, considerando-se como recebida por esta forma de expedição. Ficou ajustado, ainda, que qualquer alteração de endereço ou telefone seria comunicada” ao banco. Como o cliente mudou de endereço e restou silente, descumpriu o contrato, sendo-lhe defeso reclamar do extravio, “na medida em que era de sua obrigação comunicar a alteração do endereço. Prevalece o que foi estabelecido em contrato, e, por consequência, aceito pelas partes, no que se refere à forma de entrega do cartão e respectiva senha. Se não é a forma mais segura, é a forma contratualmente acertada. O contrato obriga os contratantes. Lícito não lhes é arrepender-se; lícito não é revogá-lo senão por consentimento mútuo; lícito não é o juiz alterá-lo ainda que a pretexto de tornar as condições mais humanas para os contratantes. O princípio da força obrigatória do contrato significa, em essência, a irreversibilidade da palavra empenhada”.

Idênticos princípios embasaram a decisão proferida na Ap. 715.277-8, julgada em 1.9.1997.⁴² A administradora do cartão

39. Cf. cópia fornecida pelo 1º TACivSP, Ap. 847.306-3, rel. Juiz Artur César Berreta da Silveira, j. 5.8.1999.

40. Cf. cópia fornecida pelo 1º TACivSP, Ap. 769.960-9, rel. Juiz Soares de Mello, j. 8.9.1998.

41. 1º TACivSP, rel. Juiz Edgard Jorge Lauand, j. 2.9.1997, RT 748.267.

42. É a seguinte a ementa do julgado: “Cartão de crédito – Cobrança – Procedência parcial – Limi-

de crédito enviou extratos das despesas feitas com o uso do cartão ao usuário, que não as impugnou no prazo de 10 dias, conforme previsto no contrato. As contas não foram pagas, tendo a administradora proposto ação de cobrança. Como documentos de prova foram juntados o contrato e os extratos, mas não os comprovantes das despesas efetuadas. A administradora esclareceu que “a sistemática hoje adotada impede a exibição de todos os comprovantes e não há impugnação especificada a qualquer dos lançamentos feitos”. Entendeu o Tribunal que “o cartão (...) não é meio de pagamento, nem o equivalente ou sucedâneo da moeda corrente, constituindo-se apenas em elemento do sistema e que pode ser conceituado como ‘o conjunto sistematizado de contratos cujo objeto predominante consiste num serviço de administração de contas correntes mercantis’ (...). É bem verdade que, no caso, a apelante exibiu apenas parte dos talões ou cupões emitidos pelos comerciantes ou prestadores dos serviços. No entanto, não são eles comprovantes de gastos, constituindo-se, como destaca o já citado Daniel Gerardo Reynoso, apenas ‘una información escrita que el usuario y establecimiento efectúe registros en sus respectivas contas. Como la razón y finalidad de tal información está contenida en los contratos de usuario y establecimiento, el cupón no es causa sino efecto’ (...). Não têm caráter instrumental ou documental e, em inúmeros casos, sequer chegam à administradora, máxime quando feita a comunicação através de terminal de computação ou quando a compra é feita através de telefone. O registro da conta é feito mensalmente e os extratos encaminhados ao usuá-

tação aos valores dos comprovantes de compras anexados aos autos – Existência de conjunto sistematizado de contratos cujo objeto predominante consiste num serviço de contas correntes mercantis – Notas emitidas pelos fornecedores – Documentos dispensáveis – Prova suficiente do montante da dívida – Falta de impugnação administrativa das faturas – Recurso provido (...)” (cf. texto disponibilizado pela AASP, em 20.1.2000; <http://200.224.27.202/netacgl/npn-brs>).

rio, e não é atribuição do administrador documentar as despesas feitas, mesmo porque não é o vendedor, nem o prestador de serviços. Daí resulta que, encaminhado o extrato, compete ao usuário verificar sua regularidade, efetuando pagamento, se for o caso, ou impugnando eventual erro de lançamento. E, nesse aspecto, (...) *a cláusula contratual nada tem de ilegal e não ofende o Código de Defesa do Consumidor, gerando, em caso de omissão, presunção de que se encontram corretas as contas.* (...). As provas exibidas, assim, mostram-se satisfatórias e autorizam acolhimento integral do pedido (...) verificando-se, ademais, que vários saques em dinheiro foram feitos com seu uso, pressupondo, evidentemente, conhecimento de senha e que só pode ter sido utilizado pelo seu verdadeiro portador”.⁴³

Vale, ainda, a referência ao julgado publicado na RT 755/275: a administradora do cartão de crédito pretendia a cobrança de despesas lançadas em determinado cartão de crédito, sendo que da respectiva nota constava assinatura que não era a do titular. Este alegou que fora vítima de fraude. O 1º TACivSP entendeu que caberia ao titular do cartão comprovar a fraude, porque, *nos termos do contrato firmado*, cabia “ao usuário (...) a responsabilidade pela guarda do cartão que lhe é confiado, sendo que a ocorrência de furto ou de qualquer irregularidade deve ser imediatamente comunicada à empresa administradora”. Ademais, embora houvesse concordância entre as partes quanto ao fato de a assinatura lançada no comprovante de compra não pertencer ao titular do cartão, disse o Tribunal que “tal circunstância, por si só, não representava prova suficiente do fato impeditivo do direito da autora. Basta ver que os elementos probatórios constantes do processo não excluem a hipótese de a fraude ter sido perpetrada com a participação do próprio réu, que poderia ter emprestado o cartão a terceiro para que fizesse a compra.

43. Íntegra disponibilizada em <http://200.224.27.202/netacgl>, na data de 20.1.2000.

(...). Outro dado que milita em desfavor do apelado é a exata coincidência entre os dados contidos no cartão e aqueles utilizados na suposta fraude. Dados como o número da conta, data de vencimento etc. só poderiam, em princípio, ser obtidos através do titular do cartão, não sendo aceitável a hipótese de que se tratou de simples coincidência”.⁴⁴

Na mesma linha, e mais recentemente, o 1º TACivSP decidiu, na Ap. 844.923-2:

“Cobrança – Cartão de crédito – Ausente impugnação, no prazo de 90 dias, previsto contratualmente, dos valores lançados através dos extratos-fatura, tendo o titular utilizado o cartão para saques em caixas eletrônicos, operação exclusiva daquele, pois dependente da senha, ausente, ademais, denúncia de furto ou roubo – Aceitação tácita reconhecida, havendo, apenas, impugnação genérica do débito – Irrelevante a ausência da assinatura no contrato-padrão, eis que, formada a proposta para opção do cartão, o interessado vincula-se às cláusulas gerais – Recurso improvido. (...).

“É válida a cláusula contratual aludida, que estabelece o prazo de 90 dias para reclamação, presumindo-se correto o extrato em caso de silêncio.

“Trata-se de estipulação necessária nesse tipo de negócio, pois seria inviável para a administradora a remessa, juntamente com o extrato, de todos os documentos comprobatórios das despesas, documentos, esses, que, na maior parte das operações, são entregues, em uma determinada via, ao associado, no momento em que ele utiliza o cartão. Assim, ficando o documento em poder do associado, não seria razoável que outro lhe fosse remetido juntamente com o extrato. E a conferência do extrato mensal é feita, pelo associado, precisamente com base nos documentos que se encontram em seu poder.

“Não é relevante a circunstância referida pelo apelante, de não se encontrar as-

sinatura sua no contrato-padrão em que figura tal cláusula. Pois, quando firma a proposta para obtenção do cartão, o interessado desde logo se vincula às cláusulas gerais, que constam no instrumento que depois chega às suas mãos.”⁴⁵

7. A assinatura eletrônica

A *praxis* do comércio pela *Internet* tem difundido a utilização de assinaturas ou firmas eletrônicas,⁴⁶ bem como da certificação, para assegurar ao destinatário da mensagem que o documento (i) foi expedido por seu “subscriber” e (ii) não houve alteração do seu conteúdo.

As assinaturas eletrônicas (ou digitais) são criadas e conferidas graças à criptografia e utilizam a chamada *public key cryptography*. Esta, por sua vez, emprega um algoritmo usando duas diferentes chaves (*keys*) relacionadas entre si. A primeira cria a assinatura eletrônica e/ou transforma a mensagem em algo ininteligível; a segunda presta-se à verificação da assinatura digital e/ou ao retorno da mensagem à forma legível. Os computadores e programas que utilizam essas duas chaves são geralmente chamados, em conjunto, de criptossistema assimétrico (*asymmetric cryptosystem*).

As chaves complementares de um criptossistema assimétrico são normalmente chamadas de chave privada (*private key*) e chave pública (*public key*), sendo a chave privada de conhecimento exclusivo do signatário que a utiliza para criar a assinatura eletrônica. A chave pública é de alcance mais

45. Rel. Juiz Itamar Gaino, j. 29.7.1999, cf. cópia fornecida pelo mencionado Tribunal.

46. A pauta da reunião de n. 2.228 do Conselho da União Européia (Conselho de Telecomunicações), realizada em 30.11.1999, anota que existem várias formas de se assinar eletronicamente documentos, desde as mais simples, como a inserção de uma *scanned image* de uma assinatura manuscrita, até modernos sistemas de criptografia. Aqui, tomamos assinatura eletrônica ou digital por aquela baseada na criptografia, com sistema duplo de chaves, uma pública e outra privada.

44. Rel. Juiz Cristiano Ferreira Leite, j. 26.2.1998.

difuso e utilizada pelo destinatário da mensagem para verificar a assinatura digital. Obviamente, para viabilizar a conferência da mensagem o destinatário deve saber a chave pública do emitente, mas não a chave privada. Assim, mesmo que várias pessoas possam conhecer a chave pública de determinado subscritor, não conseguem descobrir a chave privada e, com isso, forjar a assinatura. Acrescente-se, ainda, que mediante a utilização das chamadas *hash functions* é acusada e percebida pelo destinatário qualquer modificação no teor da mensagem ocorrida entre a expedição e a recepção.

A utilização de uma assinatura eletrônica geralmente envolve dois procedimentos, um executado pelo remetente e outro pelo destinatário, a saber: (i) criação da assinatura eletrônica e (ii) verificação da assinatura eletrônica, que visa a demonstrar (ii.1) que a assinatura foi criada com a utilização da chave privada e que (ii.2) a mensagem não teve seu teor alterado. Já se disse que a probabilidade de um mal funcionamento ou falha de segurança na assinatura digital criptografada é extremamente remota e sempre inferior ao risco de falsificação de uma assinatura tradicional ou de um documento escrito.

Ocorre que o par de chaves não tem ligação intrínseca com pessoa alguma: trata-se, simplesmente, de um par de números. Como saber, então, que o subscritor é, realmente, quem diz ser? Mostra-se necessário, pois, algum sistema que certifique a ligação entre uma dupla de chaves e uma determinada e identificada pessoa.

Ademais, é lógico que, em princípio, uma pessoa pode comunicar a outra sua chave pública. Esse procedimento será até factível quando as partes mantiverem entre si relacionamento comercial estável. Mas, em outras situações, como saber que não se está tratando com um “fantasma” ou impostor; com alguém que, simplesmente, “criou” uma identidade falsa?

A solução para esses problemas é dada pela utilização de *trusted third parties* que certificam a associação entre uma pessoa e

uma chave pública (autoridades de certificação ou *certification authorities*), emitindo os competentes certificados.⁴⁷

Parece-nos claro que a assinatura eletrônica está apta a desempenhar as mesmas funções que nosso ordenamento atribui às assinaturas tradicionais, quais sejam: admitir a *presunção* (i) da autoria do documento e (ii) do conhecimento de seu conteúdo pelo signatário. O desempenho dessas funções restará ainda mais claro se houver a certificação por uma autoridade de renome ou situada em país assistido por um eficaz sistema jurídico.

Não se pode saber se nossa jurisprudência tomará a firma eletrônica como uma assinatura, para os fins e efeitos dos arts. 371 e 389⁴⁸ do CPC. Entretanto, considerando que a assinatura digital trabalha com um esquema baseado em senhas, é de se esperar que sejam mantidos os mesmos princípios já deitados em vários julgados. Auguramos que sobre os documentos eletrônicos firmados com o sistema de duplas chaves incida uma *presunção de autenticidade*, tal como ocorre com os documentos firmados de próprio punho e com os saques efetuados mediante a aposição de senha.⁴⁹

Essa *presunção de autenticidade* será ainda mais reforçada se forem utilizados os serviços de renomadas autoridades de certificação.

47. Todas as informações técnicas e de funcionamento do sistema de assinaturas eletrônicas foram colhidas no documento *Digital Signature Guidelines*, acima citado.

48. O art. 389 trata do ônus da prova, dispondo que: “Incumbe o ônus da prova quando (...) se tratar de contestação de assinatura, à parte que produziu o documento”.

49. Lembramos que vários textos legais estrangeiros foram editados para positivar essa *presunção*. No que diz respeito ao Direito Internacional, a lei-modelo da UNCITRAL aconselha que: “Where the law requires a signature of a person, that requirement is met in relation to a data message if: (a) a method is used to identify that person and to indicate that person’s approval of the information contained in the data message; and (b) that method is as reliable as was appropriate for the purpose for which the data messa-

Aqueles que se debruçam sobre o estudo do *e-commerce* costumam situar-se em duas posições maniqueístas: ou propalam a necessidade de sua regulação pelos Estados ou, ao contrário, defendem a livre atuação do mercado.⁵⁰ Seria absolutamente inútil discorrermos, aqui, sobre as diferenças filosóficas entre essas posições. Interessamos, somente, a questão da segurança jurídica relacionada às autoridades de certificação.

*Há autoridades que desfrutam de maior ou menor grau de prestígio entre os comerciantes. Servir-se de uma autoridade de renome traz, por óbvio, um maior grau de segurança e utilidade ao respectivo certificado.*⁵¹ O que incisivamente deve

be generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement”.

Já a lei sobre assinatura digital de Utah bem como *The Washington Digital Signature Act* determinam que “a digital signature issued according to current legal standards is rebuttably presumed to be valid; that is, if the subscriber wishes to repudiate the signature’s validity in a particular instance, then the subscriber has the legal burden of proving that the signature was no longer valid in that instance” (conforme noticiado no *Summary of the Workshop on Consumers and Public Key Infrastructure*, realizado em 8.4.1999 – <http://www.ftc.gov/bcp/fcpw/presentations/baum.htm>).

E o projeto de Diretiva Européia sobre as assinaturas eletrônicas (art. 5º): “Member States shall ensure that advanced electronic signatures which are based on a qualified certificate and which are created by a secure-signature-creation device: (a) satisfy the legal requirements of a signature in relation to data in electronic form in the same manner as a handwritten signature satisfies those requirements in relation to paper-based data; and (b) are admissible as evidence in legal proceedings” (para um breve comentário sobre a lei-modelo em língua portuguesa, v. Newton de Lucca, “Contratos pela *Internet* e via computador. Requisitos de celebração, validade e eficácia: legislação aplicável. Contratos e operações bancárias”, *RTRF-3ª R.* 33/20).

50. V., a título exemplificativo, *Protecting Privacy and Security of Personal Information in the Global Electronic Marketplace*, de Peter Gray (*Internet Consumers Organization*), acessível em <http://www.ftc.gov/bcp/fcpw/comments/fco2.htm>.

51. O certificado – escreve Miguel Navarrete – é “un documento electrónico, emitido por una autoridad certificadora, que identifica de forma se-

aqui ser afirmado é que a certificação é um *plus* em relação à assinatura eletrônica, destinada a conferir-lhe maior grau de confiabilidade, mas não um requisito da validade ou eficácia do ato. *Igualmente, por todos os motivos que já deixamos vinculados, a falta de certificação não pode retirar a força probante dos documentos eletrônicos.*⁵² *Entendimento diverso somente deverá ser admitido se houver uma alteração nos textos legais vigentes, já que no Brasil inexistente ainda legislação específica que trate da matéria. Dá-se, apenas, notícia de projeto de lei que pretende revestir de fé pública as assinaturas eletrônicas certificadas por notários.*

Assim, na ausência de legislação específica, os usos e costumes desempenham papel primordial,⁵³ e, nessa medida, a prática dos negócios celebrados pela *Internet* haverá de ser considerada pelos juízes quando da apreciação das provas, *tal como ocorreu com a análise de contendas versando sobre cartões de crédito.*

8. A comprovação de ordens e do recebimento do produto ou do serviço pelo adquirente

Passamos a tratar da comprovação do recebimento de serviços (virtuais) e produtos (virtuais ou não) pelos consumidores.

gura al poseedor del mismo, evitando la suplantación de identidad por terceros. La función principal de un certificado es asegurar la validez de una clave pública” (*Contractos Electrónicos*, cit., p. 108).

52. Nessa linha, o art. 5º do projeto de Diretiva, acima citado, diz que:

“Member States shall ensure that an electronic signature is not denied legal effectiveness and admissibility as evidence in legal proceedings solely on the grounds that it is:

- in electronic form, or
- not based upon a qualified certificate, or
- not based upon a qualified certificate issued by an accredited certification-service-provider, or
- not created by a secure signature-creation device.”

53. Dispõe o art. 4º da nossa LICC: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito”.

Por *produtos virtuais* entendemos aqueles que abandonam sua base material para existirem apenas no mundo virtual. Como exemplo, fomos convidados a pensar no consumidor que, ao invés de adquirir um *compact disc* tradicional, ordena, pela *Internet*, o conteúdo que teria esse mesmo CD, recebendo, em seu computador, material eletrônico que lhe permite escutar as músicas. Ou, ainda, em um livro que é recebido pelo computador, sem qualquer base material (muito embora seja viável sua posterior impressão). Por *produtos não-virtuais* estamos tomando aqueles que se corporificam em uma base material (por exemplo, um CD de músicas ou um livro). Já quando nos referimos aos *serviços virtuais* estamos cogitando da movimentação, mediante ordem eletrônica, do numerário do cliente depositado junto ao banco. Assim, v.g., a transferência eletrônica de fundos ou outros serviços eletrônicos que viabilizam a colocação de numerário do cliente em aplicações financeiras.

Primeiramente, é preciso notar que todas as vezes em que a empresa tratar com destinatários finais⁵⁴ dos produtos poderá estar sujeita à incidência do Código de Defesa do Consumidor. Esse diploma, como se sabe, caracteriza-se por privilegiar o interesse daquele teoricamente hipossuficiente, facilitando sua atuação em juízo.

O art. 6º, VIII, do referido Código (Lei 8.078, de 1990) determina ser direito básico do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”.

Dessa forma, devemos considerar que a defesa da empresa em juízo pode ser dificultada justamente pela incidência do Código de Defesa do Consumidor, principal-

mente no que diz respeito à produção de provas. Parece-nos, portanto, adequado lembrar que, muito embora os negócios celebrados permaneçam arquivados na forma digital, é conveniente que, em caso de necessidade, seja materialmente possível levar esse arquivo ao juiz. Além disso, a viabilidade de eventual impressão também é útil. Quanto maior a possibilidade de transposição da prova para um suporte material confiável, maior será a facilidade de sua apreciação pelo magistrado.

Cogitamos três opções para a solução do problema apontado, qual seja, a materialização da prova a ser apresentada em juízo:

(i) em primeiro lugar, seria possível registrar-se o “clique” do consumidor acompanhado de qualificadores (sessão, dia, hora etc.). Ou seja, mediante o exame dos registros eletrônicos da empresa pode-se comprovar que determinada pessoa praticou um comportamento social típico, manifestando sua intenção de adquirir um bem ou de lhe transmitir uma ordem. O inconveniente, neste caso, é que tais provas poderiam ser facilmente forjadas pela empresa;

(ii) poder-se-ia, ainda, utilizar alguma forma de assinatura digital (certificação);

(iii) por último, é possível enviar confirmação por *e-mail* ao interlocutor e aguardar eventual discordância durante um certo período de tempo, nos termos de contrato vigente entre as partes.

Passamos a analisar cada uma dessas opções.

(i) Alguns juristas já fizeram menção à possibilidade de efetuar perícia técnica nos computadores para comprovar a existência e extensão de um contrato eletrônico.⁵⁵ No

55. Para Fábio Ulhôa Coelho “cada suporte de informações exige meios de prova judiciária específicos: quando o contrato é oral, faz-se a prova por testemunhas ou depoimento pessoal; quando papealizado, pela apresentação do instrumento escrito, ou de cópia xerográfica, ao juiz; quando eletrônico, por perícia” (“O contrato eletrônico: conceito e prova”, *Tribuna do Direito*, ed. fevereiro de 2000, p. 8).

54. Nesse sentido, estatui o art. 2º do CDC: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

entanto, diante da facilidade da ocorrência de fraudes, quer-nos parecer que tal prova equivaleria a um documento produzido pela parte que, embora possua certo valor, tem a sua força probante limitada no contexto processual. Lembremo-nos dos julgados referidos no início, tratando de ordens de compra e venda de ações: os tribunais não costumam atribuir valor a esse tipo de prova quando o conjunto probatório não a robustece.

(ii) Já a assinatura eletrônica, se mantida a tendência jurisprudencial identificada no caso das senhas, deve prestar-se a comprovar a existência e extensão do contrato eletrônico em juízo com maior eficácia. Das três soluções apresentadas, tudo indica tratar-se daquela que propicia às empresas um maior grau de segurança jurídica no que diz respeito à certificação da identidade do consumidor, bem como à existência da ordem de compra ou de execução do serviço. Alternativamente à assinatura eletrônica, a requisição da senha do cliente para a realização de determinada operação também encerra confortável grau de segurança jurídica.

(iii) Por fim, a utilização de *e-mails* de confirmação pode, também, se prestar à defesa dos interesses das empresas, considerando a jurisprudência que respeita os termos do contrato celebrado entre a instituição financeira e seu cliente. A sistemática a ser adotada deveria, em linha de princípio, considerar o seguinte: (iii.1) necessidade de absoluta ciência dos termos do

contrato pelo cliente; (iii.2) necessidade de previsão detalhada do método de envio de *e-mails* de confirmação, incluindo a determinação de prazo para eventuais reclamações. Recorde-se que essa linha de atuação já tem sido admitida pela jurisprudência que atribui ao cliente de cartões de crédito o ônus de conferir os extratos e deles reclamar no prazo previsto no contrato, sob pena de ser responsabilizado pelos valores indevidamente lançados nas faturas.

Tudo o que ficou dito nos leva a concluir que:

(i) nos três casos (produtos virtuais ou não e serviços virtuais) há de se comprovar o ato do cliente, seja manifestando sua vontade de adquirir o produto, seja transmitindo uma ordem à empresa;

(ii) tratando-se de produtos e serviços virtuais é necessário comprovar-se a concretização da operação (entrega do produto virtual ou execução da ordem);

(iii) tratando-se de produtos não-virtuais a comprovação da entrega é mais fácil, podendo-se lançar mão de instrumentos tradicionais (aposição de assinatura no comprovante de recebimento).

Esses eram os apontamentos que pretendíamos efetuar e que se prestam como indicação de pontos que merecem estudo em face da realidade hoje enfrentada pelos agentes econômicos e pelo Direito.