

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PÓS – GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

**A DEFESA DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS
BANCÁRIOS**

JULIANA APARECIDA SANTANA DOS SANTOS

São Paulo

2016

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
CURSO DE DIREITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E
EXTENSÃO - COGEAE
COORDENADOR: Dr. FREDERICO COSTA CARVALHO NETO

A DEFESA DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS
BANCÁRIOS

Monografia apresentada ao Curso de Universidade Pontifícia Católica de São Paulo-PUC, como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito do Consumidor.

Orientador: Prof. Dr. Frederico da Costa Carvalho Neto

São Paulo

2016

A DEFESA DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS BANCÁRIOS

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito das Relações de Consumo.

ORIENTADOR: Dr. Frederico da Costa Carvalho Neto

1º Examinador

2º Examinador

São Paulo, 30 de setembro de 2016.

RESUMO

A presente monografia traz a discussão acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) nas relações comerciais eletrônicas com os bancos brasileiros.

Partindo da premissa de que contratações pela internet são consideradas um processo a distância, um aumento da oferta de produtos e serviços bancários pela internet, possibilitando aos consumidores uma variedade de oportunidades, faz-se necessário uma análise sobre uma tutela jurisdicional específica.

O estudo tratou do surgimento da internet, do comércio eletrônico no Brasil, as relações de consumo e dos contratos eletrônicos, dentre eles os contratos bancários realizados pela internet, buscando, nesses itens, uma definição conceitual importante para o desenvolvimento do trabalho.

Palavras-chave: Consumidor. Contrato bancário. Internet. Conceito. Proteção.

SUMMARY

This monograph brings the discussion on the implementation of the Consumer Protection Code (CDC) in electronic trade relations with Brazilian banks.

Starting from the premise that the Internet hiring process are considered a distance, an increased supply of banking products and services via the Internet, enabling consumers a variety of opportunities, it is necessary an analysis of a specific remedy.

The study dealt with the emergence of the Internet, e-commerce in Brazil, consumer relations and electronic contracts, including bank contracts carried over the Internet, seeking these items, an important conceptual definition for development work.

Keywords: Consumer. Banking contract. Internet. Concept. Protection.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	1
2 COMÉRCIO ELETRÔNICO NO BRASIL, OS BANCOS E O JUDICIÁRIO.....	2
3 CARACTERIZAÇÃO DOS BANCOS COMO INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.....	4
3.1 Bancos comerciais	6
3.2 Bancos de Investimento	7
3.3 Bancos Múltiplos	8
3.4 Bancos de Desenvolvimento	9
3.5 Bancos de Câmbio	10
4 DEFINIÇÃO DE ESTABELECIMENTO	12
5 RELAÇÕES DE CONSUMO	14
5.1 Conceito de Consumidor	15
5.2 Conceito de Fornecedor	18
5.3 Produto	18
5.4 Serviço	20
6 APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AO DIREITO BANCÁRIO	21
6.1 Responsabilidade.....	24
6.2 Práticas comerciais.....	26
6.2.1 Conhecimento prévio e descrições claras do conteúdo do contrato	27
6.3 Cláusulas abusivas e proteção contratual.....	27
6.4 Variação de direitos.....	29
6.5 Aplicação Administrativa do CDC aos bancos.....	29

7 COMÉRCIO ELETRÔNICO BANCÁRIO	30
7.1 Endereço Eletrônico do estabelecimento bancário.....	31
8 O CONTRATO ELETRÔNICO	33
8.1 Regras Gerais dos Contratos Eletrônicos	33
8.2 Proteção do Consumidor no Ambiente Virtual	35
8.3 Documento, assinatura e autoria no meio digital	38
8.4 Contratos Bancários	40
8.5 Proteção do Consumidor nas relações contratuais com os Bancos por meios eletrônicos.	48
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	50

1 INTRODUÇÃO

A presente Monografia visa analisar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos realizados por meios eletrônicos, através da internet, em especial, os contratos bancários.

Nos dias atuais os meios eletrônicos com utilização da internet são de extrema importância para a sociedade moderna, qualquer pessoa que tenha acesso a um aparelho eletrônico (computadores, smartphones, notebooks, tablets, etc.) conectado à rede mundial (internet) pode adquirir produtos ou serviços à distância, possibilitando a celebração contratual à distância, assim o surgimento de novas formas de relações jurídicas.

O Comércio Eletrônico teve sua regulamentação em 2013, tendo como finalidade trazer transparência e segurança aos contratos eletrônicos. CDC – Código de Defesa do Consumidor, onde há uma maior abrangência as questões relativas às relações de consumo e a proteção ao consumidor.

No caso dos bancos, eles apostam no poder da internet para divulgação de produtos e serviços bancários, devido à facilidade de incluir novas funcionalidades e ao número crescente de clientes que as utilizam, permitindo-lhes acesso mais fácil aos produtos e serviços e um menor custo operacional. Em vista deste novo comportamento das instituições, do mesmo modo que um consumidor tradicional (aquele que busca os estabelecimentos físicos) os clientes que utilizam os meios digitais necessitam de uma tutela jurisdicional específica, a condição de hipossuficiência na relação de consumo.

Assim analisaremos neste trabalho a importância para o Direito como um todo, o acompanhamento das mudanças tecnológicas, as transformações do mundo moderno no tocante as relações jurídicas bancárias, as quais a lei irá atribuir a relevância jurídica necessária capaz de garantir a ordem e a harmonização dos direitos e deveres como pressupostos de uma sociedade organizada.

2 COMÉRCIO ELETRÔNICO NO BRASIL, OS BANCOS E O JUDICIÁRIO NESSE NOVO CENÁRIO

Nas décadas de 1980 e 1990 as pessoas passaram a utilizar o telemarketing como forma de substituir estabelecimentos comerciais e nos próprios anos 90 o comércio eletrônico.

O comércio eletrônico surgiu como um novo conceito de mercado, oferecendo uma oportunidade de negócios na forma de comércio virtual. A ideia é proporcionar maior comodidade, segurança e credibilidade no momento de efetuar uma compra seja de um produto/serviço real (físico) ou virtual.

Com a grande evolução e expansão da rede mundial de computadores, o comércio eletrônico ou e-commerce tem se tornando uma das aplicações mais promissoras da internet, a ampla liberdade e praticidade às partes, que podem se comunicar independente de fronteiras e distâncias, o que possibilita que continue se expandindo de forma diferenciada, proporcionando negociação de bens e serviços entre empresas, governo e público em geral.

A utilização do comércio eletrônico nos últimos anos se tornou algo tão rentável que marcas que sobrevivem do mundo virtual, já contabilizam as maiores rendas do mundo, isso só se tornou possível ao grande fluxo de usuários da rede mundial.

Porém, em contrapartida a esta ampla liberdade, é importante ressaltar que é necessário o respeito a regras mínimas que garantam a segurança jurídica das relações estabelecidas por meio da internet.

O Brasil foi um dos pioneiros na tecnologia bancária. O início do desenvolvimento da tecnologia bancária no Brasil ocorreu em um período relativamente curto e com grande aporte de recursos. As condições relacionadas à situação macroeconômica e monetária do país motivaram este processo.

No caso dos bancos as mudanças na tecnologia, a desregulamentação de muitas partes financeiras, o surgimento de novas instituições bancárias e pela reestruturação básica da economia, os bancos estão reavaliando suas estruturas de custos e de lucro. Dadas essas mudanças ambientais, muitos bancos acreditam que, para serem lucrativos, eles precisam reduzir suas despesas operacionais e para isso a tecnologia está permitindo o desenvolvimento de novos produtos e serviços, e mudando a interação entre os bancos e os consumidores.

Outra contribuição do comércio eletrônico considerada pelos bancos é o seu poder na divulgação de produtos e serviços bancários, devido à facilidade de incluir novas funcionalidades e ao número crescente de clientes que as utilizam, permitindo-lhes acesso mais fácil aos produtos e serviços visando àqueles clientes que procuram formas de evitar a sua presença física nas agências.

Apenas em 2013, o Comércio Eletrônico teve sua regulamentação, sendo que o Decreto expedido pela Presidência foi apresentado à população na data comemorativa ao dia do consumidor 15 de março, tendo como finalidade trazer transparência e segurança aos contratos eletrônicos, pois não se caracteriza como um novo tipo de contrato, mas sim um contrato de adesão nos moldes do art. 54, do CDC, utilizando-se a Internet para a sua celebração.

Rafael Fernandes Maciel ¹

“Nem sempre o avanço tecnológico demanda a necessidade de novas leis. O Código de Defesa do Consumidor, já vinha sendo facilmente aplicado às transações realizadas em meio eletrônico, sobretudo o direito ao arrependimento. (...) O Decreto, então, não inovou buscou apenas definir padrões para direitos já previstos no CDC (...)”.

Assim também para comércio eletrônico o CDC se aplica em sua integralidade e sua interpretação já se encontra pacificada que “envolvendo consumidores deve ser diferenciada, sensível a proteção do contratante mais fraco e leigo, o consumidor”² Acolhendo para o consumidor virtual a vulnerabilidade defendida pelo Código de Defesa do Consumidor.

Existe projetos em discussão para criar uma regulamentação específica ao comércio eletrônico e isso “evitaria que a jurisprudência considerasse todo o CDC como norma de aplicação imediata”³, o que parece é que essa norma limitaria a extensão do direito do consumidor adepto ao e-commerce e poderia alterar direitos quando fosse de forma virtual contratados.

O direito do consumidor virtual precisa ser tutelado, de maneira a visar sempre a defesa da parte mais vulnerável, já que é impossível se quantificar quantos possíveis

¹ MACIEL, Rafael M. O E-Commerce e sua regulamentação. Comentários ao Decreto 7.962/13.

² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 129.

³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 145

consumidores estarão sendo lesados por publicidade enganosa e outros tantos abusos cometidos também na forma virtual.

Segundo a Associação Brasileira de Comércio Eletrônico⁴, para os próximos anos o setor deve permanecer crescendo e aumentando sua participação em relação ao varejo tradicional, para que os litígios não cresçam acompanhando este aumento da utilização dos serviços do comércio eletrônico brasileiro, é de suma importância que o Poder Judiciário acompanhe a evolução da sociedade e se insira no contexto do novo Direito.

3 CARACTERIZAÇÃO DOS BANCOS COMO INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

O setor financeiro é constituído por empresas com atividade econômica bastante diversificada. Entre elas, destacam-se os bancos, as seguradoras, as ‘financeiras’ e as empresas de cartões de crédito. Mas há ainda cooperativas de crédito, empresas de factoring, corretoras e distribuidoras de títulos etc. Isto justifica-se pelo fato de que boa parte da oferta de serviços financeiros está concentrada no setor bancário. Esta prática revela não só uma estratégia de distribuição de produtos e serviços, como também a conglomeração financeira das empresas do setor.

A lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, ao criar o Sistema Financeiro Nacional (SFN) disciplinou a atividade bancária no Brasil, previsto também no artigo 192 da Constituição Federal. Determinou competência regulamentar ao Conselho Monetário Nacional (CMN) e competência executiva e fiscalizatória em relação à atividade bancária, ao Banco Central do Brasil.

LSFN - Lei nº 4.595 de 31 de Dezembro de 1964

Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências.

Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras.

⁴ <http://abcomm.org/>

§ 1º Além dos estabelecimentos bancários oficiais ou privados, das sociedades de crédito, financiamento e investimentos, das caixas econômicas e das cooperativas de crédito ou a seção de crédito das cooperativas que a tenham, também se subordinam às disposições e disciplina desta lei no que for aplicável, as bolsas de valores, companhias de seguros e de capitalização, as sociedades que efetuam distribuição de prêmios em imóveis, mercadorias ou dinheiro, mediante sorteio de títulos de sua emissão ou por qualquer forma, e as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, por conta própria ou de terceiros, atividade relacionada com a compra e venda de ações e outros quaisquer títulos, realizando nos mercados financeiros e de capitais operações ou serviços de natureza dos executados pelas instituições financeiras.

§ 2º O Banco Central da República do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena (Vetado) nos termos desta lei.

§ 3º Dependerão de prévia autorização do Banco Central da República do Brasil as campanhas destinadas à coleta de recursos do público, praticadas por pessoas físicas ou jurídicas abrangidas neste artigo, salvo para subscrição pública de ações, nos termos da lei das sociedades por ações.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003).

A legislação brasileira não dá uma definição precisa do que seja banco, uma tendência também encontrada em outros sistemas jurídicos estrangeiros, derivada do fato de que as normas gerais devem se referir as entidades que exercem intermediação financeira, sejam elas bancos ou não, pois todas elas influenciam na economia, na circulação da moeda; Sendo comum serem tratadas conjuntamente com outras entidades que exercem atividade financeira, serão então todas designadas como instituições financeiras no regime brasileiro da lei nº 4.595/64.

Porém a regulamentação desprovida de caráter legislativo necessita de uma diferenciação dos bancos com estas outras entidades financeiras, pois estas têm por finalidades específicas em suas operações ativas, e aquelas são instituições creditícias de

caráter genérico, cuja função é a captação e repasse de recursos sem o caráter de especialização ou certo tipo de negócio predominante, como acontece nas sociedades de crédito, financiamento e investimento, ou as de arrendamento mercantil.

As características destas empresas bancárias são porte dos ativos, número de pessoas ocupadas, número de clientes, número de agências, entre outros indicadores. E Deverão sempre ser constituídos em sociedades anônimas (art. 25 da lei nº 4.595/64).

Analisaremos a seguir as tipificações dos bancos, sendo elas:

- Bancos Comerciais
- Bancos de Investimento
- Bancos Múltiplos
- Bancos de Desenvolvimento
- Bancos de Câmbio

3.1 Bancos comerciais

Os bancos comerciais são instituições financeiras privadas ou públicas que têm como objetivo principal proporcionar suprimento de recursos necessários para financiar, a curto e em médio prazo, o comércio, a indústria, as empresas prestadoras de serviços, as pessoas físicas e terceiros em geral. A captação de depósitos à vista, livremente movimentáveis, é atividade típica do banco comercial, o qual pode também captar depósitos a prazo.⁵

No quadro do sistema de intermediação financeira do país, os bancos comerciais constituem a base do sistema monetário. Estes possuem a faculdade de criar - sob efeito multiplicador, a principal função do conceito convencional de moeda - a moeda escritural, constituída pelo total de depósitos à vista nestas instituições, na medida em que os bancos emprestam diversas vezes o volume dos depósitos à vista captados no mercado, por meio do efeito multiplicador do crédito. São instituições constituídas obrigatoriamente sob a forma de sociedades anônimas e na sua denominação social deve constar a expressão "Banco".

Clientes pessoa física ou jurídica realizam ou movimentam, por exemplo, contas correntes, contas poupança, fundos de investimento, contas especiais, cartões de crédito, empréstimos pessoais, também prestam serviços auxiliares, tais como cobranças mediante comissão, transferências de fundos de uma para outra praça, recebimentos de impostos e

⁵ Resolução CMN 2.099, de 1994.

tarifas públicas, aluguel de cofres, custódia de valores, crédito consignado, empréstimos para capital de giro, financiamentos para compra da casa própria, operações especiais de crédito rural, de câmbio e de comércio exterior, pagamento de contas e boletos, obter recursos junto às instituições oficiais para repasse aos clientes, adiantamentos sob caução de títulos comerciais, cheques especiais, transferência de fundos, pagamento de salários, pagamento de aposentadoria INSS, e qualquer tipo de subsídio do governo.

Os bancos comerciais caracterizam-se por prestar serviços à sociedade e por isso mesmo possuem redes de agências postos de atendimento bancário, oferecendo ainda canais eletrônicos para o público, tais como internet banking, call centers e caixas eletrônicos (ATMs).

Suas atividades e funcionamento são regulados e fiscalizados pelo Banco Central do Brasil, por intermédio deste órgão, as autoridades monetárias controlam a liquidez do sistema bancário.

3.2 Bancos de Investimento

Os bancos de investimento são instituições financeiras privadas especializadas em operações de participação societária de caráter temporário, de financiamento da atividade produtiva para suprimento de capital fixo e de giro e de administração de recursos de terceiros.

Não possuem contas correntes e captam recursos via depósitos a prazo, repasses de recursos externos, internos e venda de cotas de fundos de investimento por eles administrados. As principais operações ativas são financiamento de capital de giro e capital fixo, subscrição ou aquisição de títulos e valores mobiliários, depósitos interfinanceiros e repasses de empréstimos externos.⁶

São instituições financeiras constituídas sob a forma de sociedade anônima, em sua denominação deve, obrigatoriamente, constar a expressão “Banco de Investimento”. A captação de recursos é feita principalmente por meio da emissão de CDB e RDB, os recursos captados são investidos em empréstimos e financiamentos específicos para aquisição de bens de capital pelas empresas ou para subscrição de ações e debêntures.

Além de terem sido criados para canalizar recursos de médio e longo prazos para suprimento de capital fixo ou de giro das empresas, não podem destinar seus recursos a

⁶ Resolução CMN 2.624, de 1999.

empreendimentos mobiliários e têm limites para investimentos no setor estatal. Desta forma, orientam a aplicação de seus recursos repassados no fortalecimento do capital social das empresas, via subscrição ou aquisição de títulos; na ampliação da capacidade produtiva da economia, via expansão ou realocação de empreendimentos; no incentivo à melhoria da produtividade, por intermédio da reorganização, da racionalização e da modernização das empresas, estimulando fusões, cisões, incorporações (corporate finance), na promoção do desenvolvimento tecnológico, via treinamento ou assistência técnica.

Em síntese, as operações ativas que podem ser praticadas pelos bancos de investimento são:

- a) Empréstimos a prazo mínimo de um ano para financiamentos de capital fixo ou capital giro;
- b) Aquisição de ações, obrigações ou quaisquer outros títulos e valores mobiliários para investimento ou revenda no mercado de capitais (operações de underwriting);
- c) Repasses de empréstimos obtidos no País ou no exterior;
- d) Prestação de garantia de empréstimos no País ou provenientes do exterior.

Os bancos de investimento também se capacitam, pela sua estrutura técnica, a oferecer uma série de serviços, como assessoria na realização de negócios, orientação financeira, administração de projetos e outros.

Outro tipo de operação é securitização de recebíveis que consiste na transformação de valores a receber e créditos das empresas em títulos negociáveis no mercado, atuam também na área de leasing financeiro.

Portanto, grandes municiadores de créditos de médio e longo prazo no mercado, suprimindo os agentes deficitários de recursos para investimento em capital de giro e investimento em ativos fixos.

3.3 Bancos Múltiplos

Os bancos múltiplos são instituições financeiras privadas ou públicas que realizam as operações ativas, passivas e acessórias das diversas instituições financeiras, por intermédio das seguintes carteiras: comercial, de investimento e/ou de desenvolvimento, de crédito

imobiliário, de arrendamento mercantil e de crédito, financiamento e investimento. Essas operações estão sujeitas às mesmas normas legais e regulamentares aplicáveis às instituições singulares correspondentes às suas carteiras. A carteira de desenvolvimento somente poderá ser operada por banco público. O banco múltiplo deve ser constituído com, no mínimo, duas carteiras, sendo uma delas, obrigatoriamente, comercial ou de investimento, e ser organizado sob a forma de sociedade anônima. As instituições com carteira comercial podem captar depósitos à vista. Na sua denominação social deve constar a expressão "Banco".⁷

Os bancos múltiplos são as instituições financeiras que reúnem as funções de banco comercial e banco de investimento. A diversidade de produtos está relacionada com os tipos de carteira que atuam, sendo que por meio de cada uma delas, esses bancos realizam atividades distintas, atingindo diferentes grupos de clientes.

Com a carteira comercial exercem suas atividades como se fossem bancos comerciais, e portanto, podem captar depósitos à vista e de poupança, e proporcionam suprimento de recursos necessários para financiar, a curto e a médio prazos, o comércio, a indústria, as empresas prestadoras de serviços, as pessoas físicas e terceiros em geral. Operando com a carteira de investimento, os bancos podem captar depósitos a prazo, como também, realizar operações financeiras de médio e longo prazo, financiando a atividade produtiva no suprimento de capital fixo e de giro, o principal objetivo de um banco de investimento é a dilatação do prazo das operações de empréstimos e financiamentos, para ajudar no processo de capitalização das empresas.

Há diferenças entre as organizações, pois esses bancos podem possuir diferentes números e tipos de carteiras, assim como o capital e o patrimônio líquido exigidos para essas instituições variam, dependendo da atuação de suas carteiras

3.4 Bancos de Desenvolvimento

Os bancos de desenvolvimento são instituições financeiras controladas pelos governos estaduais, e têm como objetivo precípua proporcionar o suprimento oportuno e adequado dos recursos necessários ao financiamento, a médio e em longo prazo, de programas e projetos que visem a promover o desenvolvimento econômico e social do respectivo Estado. As operações passivas são depósitos a prazo, empréstimos externos, emissão ou endosso de cédulas hipotecárias, emissão de cédulas pignoratícias de debêntures e de Títulos de

⁷ Resolução CMN 2.099, de 1994.

Desenvolvimento Econômico. As operações ativas são empréstimos e financiamentos, dirigidos prioritariamente ao setor privado. Devem ter sede na capital do Estado que detiver seu controle acionário, devendo adotar, obrigatória e privativamente, em sua denominação social, a expressão "Banco de Desenvolvimento", seguida do nome do Estado em que tenha sede.⁸

Os bancos de desenvolvimento são um mecanismo específico de direcionamento de crédito na economia. Suas características dominantes são o controle público de suas decisões, o foco no financiamento de investimentos de longo prazo na indústria e na infraestrutura, a disponibilidade de fundos em moeda nacional e a capacidade de originar crédito diretamente junto ao público.

Historicamente os bancos de desenvolvimento são instituições que, em sua maioria, foram criadas nos anos que se seguiram à 2ª Guerra Mundial para a reconstrução das grandes economias destruídas pelo conflito – Alemanha e Japão – e para a promoção da industrialização e do desenvolvimento em países da Ásia e da América Latina. No Brasil, este é o caso do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

Os atuais bancos de desenvolvimento constituem uma forma particular de direcionamento de crédito, proporcionam o suprimento de recursos para o financiamento, em médio e longo prazos, de programas e projetos que tenham o objetivo de promover o desenvolvimento econômico e social dos estados onde tenham sede, apoiando prioritariamente o setor privado. Ademais, o crédito habitacional pode ser oferecido aos clientes desses bancos por intermédio da carteira de crédito imobiliário.

O direcionamento do crédito é um dos principais instrumentos que os governos dispõem para atender diferentes demandas da sociedade. Possui ainda a vantagem de poder prescindir ou substituir o uso de recursos fiscais, sem grande perda de eficácia.

A capacidade de originar operações de crédito é fundamental para que um banco de desenvolvimento, para quando necessário, atue arbitrando ou formando preços em segmentos do mercado financeiro, associados ao investimento

3.5 Bancos de Câmbio

Os bancos de câmbio são instituições financeiras autorizadas a realizar, sem restrições, operações de câmbio e operações de crédito vinculadas às de câmbio, como financiamentos à

⁸ Resolução CMN 394, de 1976

exportação e importação e adiantamentos sobre contratos de câmbio, e ainda a receber depósitos em contas sem remuneração, não movimentáveis por cheque ou por meio eletrônico pelo titular, cujos recursos sejam destinados à realização das operações acima citadas.⁹

Câmbio é toda operação em que há troca de moeda nacional por moeda estrangeira ou vice-versa. Mercado de câmbio é o ambiente onde se realizam as operações de câmbio entre os agentes autorizados bancos, corretoras, distribuidoras, agências de turismo e meios de hospedagem e entre estes e seus clientes.

No Brasil, o mercado de câmbio é dividido em dois segmentos, livre e flutuante, que são regulamentados e fiscalizados pelo Banco Central. O mercado livre é também conhecido como "comercial" e o mercado flutuante, como "turismo". À margem da lei, funciona um segmento denominado mercado paralelo, mercado negro, ou câmbio negro. Todos os negócios realizados no mercado paralelo, bem como a posse de moeda estrangeira, sem origem justificada, são ilegais e sujeitam o cidadão ou a empresa às penas da lei.

É de responsabilidades do banco a prevenção e combate à lavagem de dinheiro assim devem estabelecer um conjunto de regras e procedimentos adequados, com o objetivo de identificar e conhecer a origem e constituição do patrimônio e dos recursos financeiros do cliente.

Por considerar que transações de câmbio têm um risco mais elevado para lavagem de dinheiro, os bancos realizam uma verificação aprofundada (especial atenção) de informações para os clientes que realizam operações de câmbio. Essa verificação aprofundada consiste em avaliar o perfil do cliente em relação às transações que serão realizadas, importação, exportação, remessa de investimentos visando entender se existe razoabilidade para que o cliente utilize o produto e as transações

Pelos procedimentos adotados, os bancos visam prover direcionamento e padronização para o início, a manutenção e o monitoramento do relacionamento com aqueles que utilizam ou que pretendam utilizar os produtos e serviços, de modo a prevenir qualquer forma de colaboração com a lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo ou quaisquer outras atividades ilícitas.

⁹ CMN 3.426, de 2006.

4 DEFINIÇÃO DE ESTABELECIMENTO

O estabelecimento empresarial constitui elemento essencial para o desenvolvimento de qualquer atividade econômica. Sua disciplina legal é imprescindível para atribuir a segurança jurídica necessária para as questões obrigacionais decorrentes da exploração da empresa.

Encontra-se definido no Código Civil

Artigo 1142, que assim dispõe: “Considera - se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”.

Para composição de recursos financeiros da empresa, o empresário deverá, necessariamente, se utilizar de um complexo de bens, os quais, dispostos de forma organizada propiciam a atração da clientela e, conseqüentemente, a obtenção de lucro. A esse complexo de bens dá-se o nome de Estabelecimento Empresarial, e aos bens que compõem este dá-se o nome de elementos do estabelecimento empresarial.

Para Fábio Ulhôa Coelho¹⁰,

É o conjunto de bens que o empresário reúne para exploração de sua atividade econômica. Compreende os bens indispensáveis ao desenvolvimento da empresa, como mercadorias em estoque, máquinas, veículos, marca e outros sinais distintivos, tecnologia etc. Trata-se de elemento indissociável à empresa.

O estabelecimento ocupa um determinado espaço, físico ou virtual, o qual não se confunde com o “estabelecimento” (local de exercício da atividade), esse local poderá ser de propriedade do empresário ou locado; e, se propriedade do empresário, o espaço também fará parte do estabelecimento empresarial, por ser um bem organizado para o exercício da atividade.

O imóvel onde funciona a empresa, não pode ser efetivamente considerado o estabelecimento empresarial, apenas por seu espaço físico, pois constitui-se apenas um dos elementos que compõe o estabelecimento.

O que o caracteriza é a organização dos elementos que o compõem, sejam eles corpóreos ou incorpóreos, contendo, além dos bens, dívidas, créditos e contratos. Não é sujeito de direito (sujeito de direito é o empresário) e não possui personalidade jurídica;

¹⁰ COELHO, FÁBIO ULHOA. Manual de direito comercial. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

Não é uma pessoa jurídica, é uma universalidade de fato que integra o patrimônio do empresário individual ou da sociedade empresária, sendo objeto de direito, pode ser alienado, onerado, arrestado, penhorado ou objeto de sequestro.

É composto por elementos corpóreos (materiais) e incorpóreos (imateriais).

- Corpóreos, abrangem as mercadorias do estoque, utensílios, veículos, móveis, máquinas, edifícios, terrenos, matéria-prima, dinheiro e títulos (atividades bancárias) e todos os demais bens corpóreos utilizados pelo empresário na exploração de sua atividade econômica.
- Incorpóreos são principalmente, os bens industriais (patentes de invenção e de modelo de utilidade, registros de desenho industrial e de marca registrada), o nome empresarial, o título de estabelecimento, expressão ou sinal de publicidade, o ponto empresarial (local em que se explora a atividade econômica, ponto físico), o nome de domínio (endereço do empresário na Internet, ponto virtual), obras literárias, artísticas ou científicas.

Para Rubens Requião¹¹

Fundo de comércio ou estabelecimento comercial é o instrumento da atividade do empresário. Com ele o empresário comercial aparelha-se para exercer sua atividade. [...] Compõe-se o estabelecimento comercial de elementos corpóreos e incorpóreos que o empresário comercial une para o exercício de sua atividade. [...] Os bens corpóreos e incorpóreos conjugados no fundo de comércio não perdem cada um deles sua individualidade singular, embora todos unidos integrem um novo bem. Cada um mantém.

Com a Internet as mais variadas transações comerciais e prestação de serviços surgiram e com esta modalidade de negociação surgiu o que hoje se chama de estabelecimento virtual, que possui um endereço eletrônico, cuja identificação é chamada de domínio. O consumidor ou cliente tem acesso de forma eletrônica, sem a necessidade de seu deslocamento ao local físico.

Sem a utilização desses elementos não é possível a realização de qualquer atividade empresária, pois, não há empresa sem estabelecimento empresarial.

¹¹REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. v.1. 25 ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

5 RELAÇÃO DE CONSUMO

A primeira menção aos direitos do consumidor em nosso país foi feita pela Lei de Ação Civil Pública, também conhecida como Lei dos Interesses Difusos, que veio para tutelar dentre outros os direitos de consumo. Esta lei traz bastante similaridade em termos instrumentais com a Ação Popular.

Com o advento da Constituição Federal do Brasil em seu art. 170 determinou como norteador da atividade econômica a defesa do consumidor. Assim como no art. 5º obrigou o Estado a defesa ao consumidor.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V - defesa do consumidor;

Decorrente de um período político pós Golpe de Estado 1964, com a promulgação da Constituição Federal em 1988 o país retornou a democracia.

Bem pontuado por Frederico Da Costa Carvalho Neto se a elaboração e aprovação do Código de Defesa do Consumidor ocorresse em outro período a oposição a criação seria muito maior, porém ainda enraizado nos operadores do direito o preconceito com relação a aceitação e aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Descreve ainda¹²:

Ainda hoje inúmeras questões relativas à responsabilidade objetiva são decididas por sentenças que aludem a culpa. Outras decisões que ao analisarem contratos se referem sem nenhuma cerimônia ao brocardo da “pacta sunt servanda”.

Esta postura, não só revela o descompasso com a realidade com a verdadeira modernidade que é exalada pelos chamados novos direitos, os direitos difusos e coletivos, como faz com que os consumidores sejam lesados.

¹² CARVALHO NETO, Frederico da Costa, “Nulidade Da Nota Promissória dada em garantia nos contratos bancários” – Editora Juarez de Oliveira, pág. 75 / 76.

E esse preconceito com relação ao Código de Defesas do Consumidor está presente até em muitos dos jovens operadores do direito que estão mais preocupados em agasalhar a defesa dos fornecedores do que os próprios direitos deles consumidores, sejam estudantes, sejam integrantes de carreiras da área jurídica. Todos, aliás, consumidores.

Para aplicação do Código de Defesa do Consumidor, necessária a existência de uma relação consumerista; É imprescindível que os contratantes estejam inclusos nos conceitos de fornecedor e consumidor.

Para que seja feita uma interpretação correta sobre a relação de consumo, os princípios tradicionais devem ser deixados de lado, sem um julgamento da aquisição e motivo de aquisição de bem ou serviço, a análise do pleito do consumidor é o que realmente importa.

A boa-fé deve existir em toda a relação de consumo, principalmente pela diversidade de objetivo, da vulnerabilidade e hipossuficiência, e seus participantes.

5.1 Conceito de Consumidor

As várias definições de consumo constantes no CDC deram abertura a diferentes interpretações acerca da definição de consumidor, ainda que adotada a interpretação teleológica da norma, segundo a qual não basta ser destinatário fático do bem ou produto, necessário ser destinatário final econômico, o que, nas palavras de Cláudia Lima Marques¹³:

Não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida 'destinação final' do produto ou serviço. Parece-me que destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. O destinatário final é o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquiri-lo ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico), e não, aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor final, ele está transformando o bem [...].

Uma relação jurídica deverá apresentar três elementos: o subjetivo, o objetivo e o finalístico, para que possa ser tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor. Assim,

¹³ MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor;

estaremos diante de uma relação jurídica de consumo. O elemento subjetivo desta relação: o consumidor e o fornecedor.

A Constituição Federal do Brasil determina ao Estado promover a defesa ao consumidor, porém a partir do Código Defesa do Consumidor, expressamente, em seu texto, o conceito de consumidor aparece no artigo 2º, e completa essa conceituação nos artigos 17 e 29.

“Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

Para Maria Helena Diniz¹⁴, em seu Dicionário Jurídico, temos a seguinte definição:

“1. Pessoa física ou jurídica que adquire ou usa produto ou serviço como destinatário final. 2. Coletividade de pessoas que intervêm numa relação de consumo. 3. Aquele que consome. 4. O que compra produtos para uso próprio, sem intenção de revendê-los para obter lucro.”

Pode-se determinar que o consumidor possa vir a ser uma pessoa física, uma pessoa jurídica ou, até mesmo, por meio de equiparação, a coletividade de pessoas, independentemente de serem determináveis ou não, que adquirem ou utilizam produtos ou serviços, para o seu próprio benefício ou de outrem.

O Código Defesa do Consumidor reconhece que as pessoas, mesmo sem adquirir ou utilizar produto ou serviço como destinatário final, ou que estejam em grupos indetermináveis, podem estar em condição de vulnerabilidade às práticas comerciais cometidas pelos fornecedores. Sendo assim, esse grupo de pessoas necessita ser defendido, amparado através das normas e princípios do CDC, de forma equiparada àqueles consumidores individuais e determináveis que participaram da relação jurídica de consumo, ou seja, adquiriram produtos ou serviços como destinatário final.

Filomeno discorre:

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 818. Volume 1.

“Dessa forma, além dos aspectos já tratados em passos anteriores, o que se tem em mira no parágrafo único do art. 2º do Código do Consumidor é a universalidade, conjunto de consumidores de produtos e serviços, ou mesmo grupo, classe ou categoria deles, e desde que relacionados a determinado produto ou serviço. Tal perspectiva é extremamente relevante e realista, porquanto é natural que se previna, por exemplo, o consumo de produtos e serviços perigosos ou então nocivos, beneficiando-se assim, abstratamente, as referidas universalidades e categorias de potenciais consumidores. Ou, então, se já provado o dano efetivo pelo consumo de tais produtos ou serviços, o que se pretende é conferir à universalidade ou grupo de consumidores os devidos instrumentos jurídico-processuais para que possam obter a justa e mais completa possível reparação dos responsáveis, circunstâncias essas pormenorizadamente previstas a partir do art. 8º e seguintes do Código do Consumidor, e, sobretudo pelo art. 81 e seguintes.”¹⁵

Com a conceituação de consumidor decorrida acima surgem assim seus direitos básicos determinados pelo artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor.

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII – 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 experiências;(…)

(…) X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.”

¹⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito. Op. cit. p. 39.

Portanto, nas relações jurídicas de consumo, devem ser observados esses direitos estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor. Na realidade, devemos interpretá-los como sendo o mínimo de direitos que o consumidor possui nas relações jurídicas de consumo.

5.2 Conceito de Fornecedor

O conceito de fornecedor, no Código de Defesa do Consumidor, vem estampado no artigo 3º, que assim prevê:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Pelo conceito, verifica-se que é fornecedor todo aquele que oferte produtos ou serviços para o consumo, mediante remuneração, sejam eles pessoas de direito privado ou público, nacionais ou não; bastando, para se incluir na definição, que pratique atividade de fornecimento de produto ou serviço para o mercado de consumo, na forma de atividade econômica, coloque produtos ou serviços no mercado de consumo de forma habitual.

Para Maria Helena Diniz¹⁶, em seu Dicionário Jurídico, encontramos o seguinte sentido para fornecedor:

“1. É a pessoa natural ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, ou ente despersonalizado, que desenvolve atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

5.3 Produto

Determina o Código de Defesa do Consumidor qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial, com valor econômico, destinado ao comércio será assim caracterizado para fins de defesa da relação de consumo como produto.

O Código Civil em seus artigos seguintes descreve:

“Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998.

Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:

I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;

II - o direito à sucessão aberta.

Art. 81. Não perdem o caráter de imóveis:

I - as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local;

II - os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem.

Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:

I - as energias que tenham valor econômico;

II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;

III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

Art. 84. Os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam sua qualidade de móveis; readquirem essa qualidade os provenientes da demolição de algum prédio”

São produtos móveis aqueles que têm a capacidade de movimento próprio ou que possam ser transportados sem que lhe incida qualquer tipo de perda ou modificação; já os produtos imóveis não podem ser transportados, em caso contrário, sofrerão avarias em sua substância ou depreciação em sua destinação econômico-social.

Materiais são os objetos que ocupam espaço no mundo físico, aqueles que nós podemos ver e tocar, como por exemplo, uma caneta, um livro, um sapato.

Os produtos imateriais são as coisas incorpóreas, nós não podemos sentir essas coisas fisicamente, elas não ocupam lugar no meio físico, são, portanto, produtos abstratos. Podemos citar como exemplo produtos oferecidos pelas instituições financeiras, como o mútuo e a caução, ou mesmo produtos oferecidos por outras instituições, como a energia elétrica.

Os produtos duráveis são aqueles que não se exaurem pelo próprio uso. Exemplo de produto durável um automóvel, uma mesa, um computador, um livro, entre outros. O produto descartável é destinado a ser utilizado uma única vez, porém este produto não se exaure pelo

seu próprio uso; sendo então classificado como um produto durável. Por exemplo: garfo de plástico, guardanapo etc.

Na relação de consumo o produto não durável tem a mesma característica definida pelo Código Civil, se exaure, naturalmente, pela sua própria utilização. Como por exemplo: alimentos, bebidas, produtos de higiene etc.

5.4 Serviço

Serviço se configura como atividade seja prestada no mercado de consumo mediante remuneração, decorrente da atividade econômica do fornecedor.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor define no art. 3º, § 2º:

“Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

Para o Código, serviço é, portanto, aquela atividade que é fornecida mediante pagamento, ou seja, os serviços prestados sem remuneração não são regulados pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

A prestação de serviços pode ou não vir acompanhada de um produto, mas quando o fornecedor se presta a vender um produto, este processo sempre acompanha a prestação de um serviço. O CDC divide os serviços em não duráveis e duráveis.

Consideramos um serviço não durável aquele que se completa com uma prestação, sem a necessidade de prosseguimento nesta prestação. E serviço durável é aquele que é prestado de forma contínua. Neste tipo de serviço é estabelecido um prazo para a sua prestação.

Aplica-se o CDC nos serviços públicos prestados pela União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e empresas privadas que, sob concessão, permissão ou qualquer outra forma, prestados aos consumidores. Porém, apenas há enquadramento do CDC caso o consumidor pague por eles através de tarifa ou preço público, a remuneração através de tributos ou taxas o Código não o regula.

Inclui-se aqui os serviços que prestam os bancos, pois oferecem produtos aos consumidores com habitualidade. Assim sendo, os bancos devem se submeter às regras estabelecidas pelo Código do Consumidor, exceto, quando a relação jurídica não se der entre uma instituição financeira – fornecedor e uma pessoa que se enquadre como consumidor.

6 APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AO DIREITO BANCÁRIO

A aplicabilidade do CDC às atividades bancárias foi questionada quando de sua criação, baseou-se no entendimento de que a natureza do produto oferecido pelas instituições financeiras não se enquadraria nas atividades descritas pelo CDC e que aquele que toma empréstimo bancário pudesse ser considerado como consumidor final de acordo com o artigo 2º do CDC.

Porém tal entendimento não vigorou, uma vez que o próprio texto do CDC menciona a sua aplicação aos serviços de natureza bancária (art. 3º § 2º). Entende - se que não se trata o objeto da relação de consumo o dinheiro e sim a prestação de serviço.

No entendimento de Cláudia Lima Marques¹⁷:

O sistema do CDC não distingue entre ‘operações’ e ‘serviços’, distinção existente apenas na legislação especial bancária. No sistema do CDC, por sua natureza, as operações bancárias são espécie do gênero serviços, atividades operativas, de administração, organização, captação e de banco de natureza comercial e profissional incontestemente na doutrina e na legislação. No sistema do CDC, por sua ratio legis de inclusão de relações jurídicas desequilibradas e com a presença de um vulnerável a necessitar proteção especial, não se distingue entre consumidores e usuários, nem entre serviços materializados e vinculados a produtos e fazeres totalmente imateriais, nem entre produtos materiais e imateriais, economicamente destrutíveis ou não, mas sim entre serviços e produtos, incluindo todos os produtos juridicamente consumíveis, úteis e economicamente valorados, mesmo que imateriais, incluindo todos os serviços, fazeres juridicamente consumíveis, úteis e economicamente valorados, mesmo que o simples uso, a simples organização, a simples intermediação, a simples informação, a simples conduta anexa a uma finalidade valorada no atual mercado. [...] Os complexos serviços bancários encontram-se incluídos dentre os serviços valorados no mercado de consumo, são serviços auxiliares ao consumo e per se oferecidos aos consumidores leigos, a eles aplicando a Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), especialmente às relações massificadas, de adesão e essenciais ao homo economicus atual.

Também o STF já sumulou entendimento que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) se aplica às instituições bancárias, a ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.591 foi

¹⁷ . MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor pág.118

julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal por maioria de votos, vencidos parcialmente o Ministro Carlos Velloso (relator) e o Ministro Nelson Jobim.

A ementa do julgado, devidamente assegurada pelo Supremo Tribunal Federal, assim restou consubstanciada:

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5o, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA [ART. 3º, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência. 4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro. 5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia. 6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. ART. 192, DA CB/88. NORMA-OBJETIVO. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR EXCLUSIVAMENTE PARA A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO. 7. O preceito veiculado pelo art. 192 da Constituição do Brasil consubstancia norma objetivo que estabelece os fins a serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do

País e a realização dos interesses da coletividade. 8. A exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. ART. 4º, VIII, DA LEI N. 4.595/64.

CAPACIDADE NORMATIVA ATINENTE À CONSTITUIÇÃO, FUNCIONAMENTO

E FISCALIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ILEGALIDADE DE RESOLUÇÕES QUE EXCEDEM ESSA MATÉRIA. 9. O Conselho Monetário Nacional é titular de capacidade normativa, a chamada capacidade normativa de Conjuntura, no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras, isto é, o desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro. 10. Tudo o quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional. 11. A produção de atos normativos pelo Conselho Monetário Nacional, quando não respeitem ao funcionamento das instituições financeiras, é abusiva, consubstanciando afronta à legalidade.

Uma vez definida a aplicação do CDC a atividade financeira, salienta-se que esta deve ser realizada às pessoas físicas enquanto desempenham atividade profissional e às pessoas jurídicas, não se aplica os benefícios do CDC às instituições financeiras intermediárias na circulação de recursos ou a relação que a liga à instituição onde fornece o crédito.

O enquadramento do conceito de consumidor a atividade financeira é controverso na doutrina e está dividida em duas correntes opostas, finalista e maximalista.

A corrente finalista afasta do âmbito do art. 2º do CDC as pessoas físicas no desempenho de atividade profissional e alega que as pessoas jurídicas já tem a proteção do direito comercial, pois acredita-se nessa corrente que estes não são consumidores finais, destinatários finais dos recursos, sendo assim descaracterizados para a proteção do CDC.

Por outro lado, a corrente maximalista entende que o CDC não estabelece qualquer restrição ao enquadramento no conceito de consumidor de pessoas físicas agindo profissionalmente e pessoas jurídicas.

Assim pessoas físicas que utilizam empréstimos pessoais como capital de giro para seus negócios, bem como todas as pessoas jurídicas estariam protegidas pelo CDC.

Desdobramos assim quatro regras primordiais para a atividade bancária que dispõe sobre responsabilidade, práticas comerciais, cláusulas abusivas e proteção contratual, e por último variação de direitos.

6.1 Responsabilidade

Os bancos são tanto fornecedores de produtos, como prestadores de serviços; Quando é concedido empréstimo a seus clientes, eles fornecem produtos, o dinheiro dado a crédito, bem móvel e fungível, além disso, também prestam serviços como pagamento de contas e serviços de cobrança.

O CDC traz duas espécies de responsabilização do fornecedor de produtos e serviços, para a corrente majoritária, a diferença existe no fato de ser o vício uma imperfeição de quantidade ou qualidade intrínseca ao produto, ao passo que o defeito, ou seja, o fato seria a deficiência que causa a insegurança e está extrínseca ao produto.

- **FATO (art. 12 a 17)** - Serviço defeituoso; Dano econômico; Prejuízo na reputação do consumidor.

Como mencionado, os artigos 12 a 17 do Código de Defesa do Consumidor tratam dos defeitos do produto ou do serviço e da responsabilidade civil pelos danos causados ao consumidor por esses defeitos.

O legislador estabeleceu no artigo 12, § 1º que o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, assim a base para a definição de defeito está relacionada à segurança do produto e não a aptidão ou idoneidade deste para a realização do fim a que é destinado.

Apenas quando enquadrados nos incisos I, II e III do § 1º do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor as circunstâncias serão valoradas pelo julgador.

Nesse sentido, Rizzatto Nunes¹⁸: *“o estabelecimento da responsabilidade de indenizar nasce do nexo de causalidade existente entre o consumidor (lesado), o produto ou serviço e o dano efetivamente ocorrente.”*

DE PRODUTO

O defeito pode ocorrer tanto no momento da fabricação do produto, podendo atingir uma série deles, quanto no modo em que se conserva este produto, que “nasce” sem defeito, mas devido a sua má conservação se torna defeituoso.

DE SERVIÇO

Devedor protestado pelo banco indevidamente, após, pagamento de título em data correta, este poderá pleitear ressarcimento; Vazamento de informações sigilosas seja por meios eletrônicos ou entrega de documentos físicos.

Uma das poucas hipóteses de **responsabilização dos bancos por fato ou vício de produto** (que no caso dos bancos é o dinheiro) é a distribuição de moeda falsa, quando dado em espécie ao consumidor.

- **VÍCIO (art. 18 a 25)** - Falha no produto ou na prestação de serviço que se propôs a realizar, diminuição do valor econômico, restabelecimento do equilíbrio contratual.

Segundo o professor Rizzatto Nunes¹⁹ *“são considerados vícios as características de qualidade ou quantidade que tornem os produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam e também que lhes diminua o valor. Da mesma forma são considerados vícios os decorrentes da disparidade havida em relação às indicações constantes do recipiente, embalagem, rotulagem, oferta ou mensagem publicitária.”*

DO PRODUTO

¹⁸ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3 edição. São Paulo: Saraiva, 2007

¹⁹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3 edição. São Paulo: Saraiva, 2007

De acordo com o CDC quando o produto não atinge o fim a que se destina, se encontra com vícios - mais conhecidos como defeitos e avarias decorrentes de sua fabricação, e não do mal uso ou desgaste natural.

Estes defeitos podem ser: aparentes, ou seja, aqueles que o consumidor consegue identificar assim que inicia a utilização do produto, ou ocultos que só se manifestam após certo tempo de uso, sendo difícil sua constatação pelo consumidor.

No caso dos vícios aparentes, os fabricantes costumam informar com mais clareza as condições de troca ou assistência dos produtos. Entretanto, quando se trata de vício oculto, fabricantes, vendedores e comerciantes tendem a dizer que as providências em relação ao defeito só poderão ser tomadas durante o período de vigência da garantia.

No caso das instituições financeiras, em que “produto” é o dinheiro, uma vez que os bancos ou instituições financeiras não produzem / fabricam o dinheiro, difícil a responsabilização com fato no artigo citado, ao menos que se enquadre como distribuição de moeda falsa, quando em espécie.

DE SERVIÇO

Se o banco encarregado do serviço de cobrança, por exemplo, age de forma ineficiente, prejudicando o cliente, cabe a este solicitar devolução dos valores já pagos pela prestação do serviço, ou que a cobrança seja novamente efetuada sem custo adicional, ou o abatimento proporcional da não prestação de serviço no valor cobrado.

Diversas hipóteses podem levar a **responsabilidade das instituições financeiras por vício de serviço** como a perda de títulos de créditos dados a cobrança, a violação de cofres de segurança, senhas, a devolução de cheques sem fundos.

6.2 Práticas comerciais

Como já analisado acima os bancos se enquadram no conceito de fornecedores de produtos e serviços disciplinados pelo CDC, assim devem obedecer a todas as normas que são prescritas para as atividades comerciais acerca da oferta e publicidade, cobrança de dívidas, práticas abusivas e banco de dados e cadastro que contenham informações a respeito de consumidores de serviços financeiros.

Para Arnaldo Rizzardo²⁰,

A atividade principal dos bancos se desenvolve nas chamadas operações bancárias, consistentes em conceder empréstimos, receber valores em depósito, descontar e redescotar títulos, abrir créditos, enfim, na realização da série de atos próprios para a consecução de sua finalidade econômica. [...] O significado envolve, também, a contabilização de todos os valores que ingressam e saem do banco, com a escrituração, de modo a não permitir margem a dúvidas quanto ao seu montante, ao vencimento, aos encargos inerentes e às amortizações. Abrange a contabilização das relações entre o banco e os clientes

As operações bancárias podem ser fundamentais, visam à intermediação do crédito, e acessórias, quando voltadas à captação de fundos, responsabilidades e obrigações com os clientes.

Os negócios jurídicos realizados entre as instituições financeiras e os consumidores se materializam por meio de contratos, logo o motivo de se falar em contratos bancários.

6.2.1 Conhecimento prévio e descrições claras do conteúdo do contrato

A informação é imprescindível, fundamental na relação de consumo, sua falta ou imprecisão podem levar a não vinculação do contrato, assim o CDC traz como direito básico do consumidor a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, e os riscos que estes apresentem, art. 6º, inciso III, em combinado o art. 46 garante ao consumidor o direito conhecimento do que e como irá contratar.

Todos os contratos devem ser redigido de forma clara e compreensível, a fim de que a parte vulnerável nesse negócio tenha plena noção das obrigações que estão sendo contraídas. Logo, se o consumidor não pôde compreender os termos do contrato celebrado com o fornecedor, este último não poderá exigir daquele o cumprimento dos deveres contratados.

O CDC sempre prevalecerá sobre outras regras se estas forem incompatíveis com as previstas em sua legislação, mesmo sendo as leis do Novo Código Civil e Novo Código de Processo Civil posteriores ao CDC, assim mais recentes, não se aplicarão nas relações de consumo. Os contratos sempre terão seu respaldo no CDC.

6.3 Cláusulas abusivas e proteção contratual

O relacionamento dos bancos com seus consumidores está dentro da casuística das cláusulas e práticas tachadas de abusivas pelo CDC. Exemplos disto é a alteração ou

²⁰ RIZZARDO, Arnaldo. Contratos de Crédito Bancário. 3ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.16

determinação unilateral de taxas, eleição de foro prejudicial ao consumidor, exigência de emissão de título de crédito em branco, etc.

Professor Frederico da Costa Carvalho Neto²¹ discorre:

“Nesses contratos não há a informação clara e suficiente. Isso ocorre por várias razões e uma de ordem cultural. Dependemos tanto do crédito, nos acostumamos de tal forma com a cobrança de juros que ao decidir pela contratação o consumidor, que já está necessitando do crédito ou decidido a adquirir determinado produto ou serviço, não decide pela taxa real de juros, pelo custo do financiamento, decide pela sua capacidade de pagar ou não a prestação.

...a celeridade da contratação que hoje é feita por máquinas na maioria das vezes, e quando feitas por funcionário ou preposto das instituições financeiras são assinadas em branco. Aliás, entendemos que quando esses contratos não são celebrados dentro da instituição financeira, o consumidor tem o direito ao arrependimento previsto no art. 49...”

O direito contratual voltado às relações de consumo está acima da vontade dos contratantes. Nesse sentido, presente abusividade no conteúdo de qualquer cláusula contratual, sua nulidade será absoluta. E sendo nula de pleno direito, de acordo com o CDC a declaração de sua nulidade produzirá efeitos *ex tunc* (retroativos), pois torna inexistente e sem qualquer eficácia a declaração de vontade do consumidor.

Como dito, a sanção para cláusula tida como abusiva no CDC é a nulidade, assim o negócio jurídico será inválido, porém é possível o reequilíbrio, se preciso judicialmente, das desvantagens, prevendo a preservação do negócio jurídico, respaldando-se no art. 6º, V do CDC.

Tendo em vista ser o CDC uma norma de ordem pública, a declaração de sua nulidade se dá a qualquer tempo, em qualquer grau de jurisdição, inclusive por iniciativa própria do Poder Judiciário (*ex officio*), ainda que não instado a fazê-lo pelas partes.

Cláudia Lima Marques²²:

O Poder Judiciário declarará a nulidade absoluta destas cláusulas, a pedido do consumidor, de suas entidades de proteção, do Ministério Público e mesmo, incidentalmente, ex officio. A vontade das partes manifestada livremente no contrato não é mais o fator decisivo para o direito, pois as normas do Código instituem novos valores superiores, como o equilíbrio e a boa-fé nas relações de consumo. Formado o vínculo contratual de consumo, o novo direito dos contratos opta por proteger não só a vontade das partes, mas também os legítimos interesses e expectativas dos consumidores

²¹ CARVALHO NETO, Frederico da Costa, “Nulidade Da Nota Promissória dada em garantia nos contratos bancários” – Editora Juarez de Oliveira, pág. 112 / 113.

²² MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2ª ed.rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.pág. 693.

O Art. 51 do CDC será aplicável sempre que houver, por parte do fornecedor, intenção de se prevalecer da situação de dependência do consumidor.

De acordo com os princípios básicos do consumidor, de vulnerabilidade no mercado de consumo, as cláusulas que privilegiarem a posição do fornecedor, obrigatoriamente, serão declaradas nulas.

6.4 Variação de direitos

Há momentos no negócio jurídico que justificam a alteração de seus termos em favor do consumidor. Hipóteses estas previstas no art. 6º V do CDC e também no Código Civil nos art. 393 e 478 a 480.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

Código Civil:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

6.5 Aplicação Administrativa do CDC aos bancos

A autoridade competente para imposição, em matéria bancária, das penas previstas no art. 56 do CDC é o Banco Central do Brasil nos termos do art. 10, IX da lei 4.595/64. Justificando-se pelo princípio da reserva legal em Direito Público, que exige lei expressa para o desempenho de qualquer atividade por ente estatal.

Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

- I - multa;
- II - apreensão do produto;
- III - inutilização do produto;
- IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente;
- V - proibição de fabricação do produto;
- VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço;
- VII - suspensão temporária de atividade;
- VIII - revogação de concessão ou permissão de uso;
- IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;
- X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;
- XI - intervenção administrativa;
- XII - imposição de contrapropaganda.

Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

Lei 4.595/64

Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil:

IX - Exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas

7 COMÉRCIO ELETRÔNICO BANCÁRIO

No que se refere aos serviços propriamente bancários, os tipos de tecnologia disponível (Internet, home banking, telefone, etc.) confirma, mais uma vez, a presença marcante dos grandes bancos, disponibilizavam praticamente todos os meios para os vários tipos de serviços.

Os bancos são considerados por realizarem grandes investimentos em comércio eletrônico e têm seus processos, produtos e serviços fundamentalmente apoiados por essa tecnologia. A justificativa se dá na maneira de os bancos nacionais tornarem-se mais competitivos, visto esta iniciada desde a entrada de concorrentes estrangeiros no mercado nacional, e entrarem nesse ambiente da economia digital, onde seus clientes terão cada vez mais ofertas de melhores produtos e serviços, sem limite de localização e tempo, de forma mais fácil e a um custo mais baixo, bem como facilidades de escolha de seus fornecedores financeiros.

Albertin²³, que teve por objetivo identificar a situação atual da utilização das aplicações de comércio eletrônico setor bancário brasileiro, em "o Modelo Integrado de Comércio Eletrônico" analisou:

As aplicações de comércio eletrônico ganham uma dimensão significativa, devido às suas características e às de seus produtos, serviços e clientes.

As aplicações de home banking, Office banking e EDI são aquelas que receberam maiores avaliações em relação aos valores e benefícios que oferecem aos bancos, confirmando e sendo coerentes com a priorização de implementação.

Os bancos consideram que as aplicações de TI/CE que devem afetar mais o relacionamento com os clientes são as de home banking, Office banking e EDI, uma vez que essas aplicações têm o potencial de mudar significativamente os processos de negociação entre os bancos e seus clientes. Por outro lado, essas aplicações são as que devem contribuir de forma mais significativa para a obtenção de informações sobre os clientes, podendo facilitar a customização dos produtos e serviços bancários e, assim, melhorar o relacionamento com os clientes.

Os softwares de segurança para troca de informações eletrônicas e os outros tipos, que eram em sua maioria adquiridos por meio de soluções padronizadas, apresentam um alto nível de customização no seu desenvolvimento, principalmente por meio da encomenda deste serviço a terceiros. Deve-se ressaltar aqui que a segurança na troca de dados eletrônicos é uma preocupação antiga e generalizada entre empresas que realizam e-commerce, não apenas bancos, pois possibilita às empresas que os desenvolvem maior condição de oferecer soluções padronizadas satisfatórias.

7.1 Endereço Eletrônico do estabelecimento bancário

²³ ALBERTIN, A. L. Comércio eletrônico: um estudo no setor bancário. São Paulo, 1997

Para que os bancos disponibilizem a seus clientes a utilização de seus serviços ou aquisição de seus produtos por meio da internet, devem seguir padrões conforme decorridos abaixo.

O sítio eletrônico não se confunde com a sede indicada pelo empreendedor para efeito de registro na Junta Comercial, inscrição no CNPJ e nas Fazendas Estadual e Municipal. O empreendedor fornece o endereço físico apenas para atender à exigência legal, mas conclui-se que o estabelecimento virtual seja uma extensão do daquele endereço físico.

O estabelecimento virtual é o que de fato existe, resumindo-se o físico ao local. A localização virtual é dada por um nome de domínio, que, muitas vezes, se expressa pela mesma nomenclatura do título do estabelecimento (físico) ou pela nomenclatura da marca. O sítio eletrônico como estabelecimento empresarial, são suscetíveis de regulamentação pelas mesmas normas relativas ao estabelecimento físico.

O art. 2º do decreto determina quais informações devem ser disponibilizadas para o consumidor a fim de estar ciente do produto ou serviço por meio eletrônico. Em uma eventualidade, saberá como deve proceder judicialmente.

DECRETO Nº 7.962, DE 15 DE MARÇO DE 2013.

Art. 2º Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações:

I - nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda;

II - endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato;

III - características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores;

IV - discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros;

V - condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e

VI - informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.

A identificação do estabelecimento virtual seria feita pelo seu nome de domínio, segundo Fábio Ulhôa Coelho²⁴ nome de domínio no estabelecimento virtual possui duas funções *A de endereço eletrônico, que possibilita a conexão pela internet [sic] entre as máquinas do empresário e a do consumidor ou adquirente, e a de título de estabelecimento, que o identifica. Em vista da função de identificação, o nome de domínio (registrado no NIC.br) não pode ter seu núcleo formado por expressão protegida como marca (registrada no INPI) por outro empresário.*

8 O CONTRATO ELETRÔNICO

Contrato eletrônico é aquele celebrado através da transmissão eletrônica de dados, no qual a declaração de vontade dos contratantes é transmitida eletronicamente. Nas palavras de Carlos Alberto Rohrmann²⁵ é “o negócio jurídico bilateral que tem no meio virtual o suporte básico para sua elaboração”.

Podem ser celebrados digitalmente de forma total ou parcial, no primeiro caso as partes elaboram suas propostas e declarações de vontade por meio eletrônico e assim as afirmam, e no segundo caso há uma aceitação prévia pelo meio eletrônico e uma assinatura documental física, da mesma maneira o pagamento que pode ser através de moeda digital (cartões de crédito ou transferências bancárias de valores entre contas) ou por meio de dinheiro físico, títulos ao portador, cheques, etc.)

Assim toda vez que se verificar que o meio eletrônico foi utilizado para celebrar, cumprir ou executar um acordo estaremos diante de um contrato eletrônico.

Em vista da natureza jurídica dos contratos eletrônicos, percebe-se que estamos diante de uma nova modalidade de contrato, com peculiaridades em relação à forma, ao objeto e a verificação da capacidade das partes.

Os contratos eletrônicos feitos pelos bancos podem ser aqueles em que o usuário acessa uma conta corrente on-line, adquire ações, podendo comprá-las ou vendê-las em bolsas eletrônicas, transfere ou recebe dinheiro eletrônico em suas contas correntes, poupança ou investimento, adquire ou resgata títulos de capitalização, previdências privadas, contrata

²⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012

²⁵ ROHRMANN, Carlos Alberto. Curso de direito virtual. Data. 2005

seguros, empréstimos pessoais, para aquisição de bem móvel ou imóvel, emite títulos de cobranças, etc.

8.1 Regras Gerais dos Contratos Eletrônicos

Aplicam-se as regras gerais quanto à capacidade, ao objeto, a causa e aos efeitos, para que se minimizem possíveis conflitos categorizam-se contratos feitos por setor público e privado, entre empresas e consumidores, modo de celebração consensual, ou modo de celebração automático, celebrados por adesão, nacionais ou internacionais, submetidos à legislação especial.

Alguns contratos apresentam características peculiares, em que é possível classificar os contratos eletrônicos em três espécies: interpessoais, interativos e Inter sistêmicos.

- Interpessoais seriam aqueles firmados em decorrência da interação de duas pessoas, simultaneamente ou não, através da internet. Pode-se exemplificar tal classificação, nos casos de contratos firmados através de troca de e-mails, de videoconferência ou em programas de mensagem instantânea, ou ainda, no caso de leilão virtual.

Há necessidade de uma manifestação ativa das partes, ou seja, é necessário a ação humana tanto para enviar uma proposta através de mensagem, quanto para emitir mensagem de resposta de aceitação.

- Interativos são aqueles em que o usuário da internet tem acesso a um sistema programado previamente para ofertar produtos e serviços. São os contratos mais comuns, podemos citar como exemplo o caso das lojas virtuais, em que já se encontram diversos produtos a disposição de possíveis clientes, bem como já estão dispostas as cláusulas contratuais, sujeitas a adesão ou não do internauta.

Há interação da pessoa com um sistema de computador programado para oferecer acesso a bancos de dados, escolher itens de compra, preencher formulários com seus dados necessários, e principalmente, indicar meios eficazes para que a pessoa indique sua aceitação aos termos contratuais, bem como que autorize o débito em sua conta bancária ou em seu cartão de crédito. Portanto, é através desta forma que se consumam os contratos por adesão no meio eletrônico, para efeitos jurídicos.

- Inter sistêmicos, a Internet é utilizada apenas para ratificar e executar o que as partes já estipularam previamente, geralmente em contratos escritos. Esta forma de contratação é inerente às pessoas físicas, geralmente são utilizadas para estabelecer relações comerciais;

Pelo princípio da não discriminação nas relações eletrônicas não se negará validade ou eficácia a uma declaração de vontade apenas pelo fato de ter se dado por meios digitais, presumindo-se assim a Boa-Fé entre as partes, proibindo comportamentos contraditórios.

Em relação à capacidade das partes, a regra da teoria geral também se aplica aos contratos eletrônicos, em que este só terá validade e eficácia se as partes forem capazes. Os atos de dependentes ou pessoas autorizadas a utilizar em seu nome os meios eletrônicos serão imputados aos titulares responsáveis assim como dispositivos eletrônicos programados serão vinculados àqueles que os programou.

Aqui encontra-se uma dificuldade devido ao fato das partes não estarem presentes fisicamente no momento da celebração, pois torna-se difícil a verificação da capacidade jurídica destas, porém devem ser declarados nulos os contratos que figurem um incapaz como parte.

Os contratos eletrônicos serão divididos de acordo com o objeto, em direto e indireto.

- Indireto são os que envolvem bens tangíveis, corpóreos. Exemplo: livros, carros, aparelhos eletrônicos.
- Diretos são aqueles em que a transação envolve somente meios eletrônicos referentes a bens intangíveis, incorpóreos. Exemplo, os *softwares*.

Os elementos de validade dos contratos eletrônicos serão divididos também em subjetivos, objetivos e formais. Sendo:

- Subjetivos referentes à declaração de vontade e às partes envolvidas no contrato.
- Objetivos referem-se ao objeto do contrato e meios eletrônicos para a prestação.
- Formais referentes à forma do contrato, e dos documentos eletrônicos.

O objeto necessita ainda ser lícito, idôneo, possível e determinado ou determinável, pois caso contrário poderá ser nulo.

Embora o princípio da liberdade formal se aplique aos contratos eletrônicos, é necessário um documento informático, que deverá servir para possível constatação probatória.

8.2 Proteção do Consumidor no Ambiente Virtual

A proteção do consumidor no ambiente virtual apresenta inúmeros desafios: a vulnerabilidade, às cláusulas abusivas a publicidade, o tempo e à territorialidade, a responsabilidade, o direito à informação e a liberdade de uso, as disparidades quanto à informação, a tendência de dispensabilidade de documentos físicos e questão da segurança, e por fim, a questão dos contratos como um instrumento jurídico de efetivação do comércio eletrônico.

De maneira geral todos os direitos básicos do consumidor no ambiente físico são aplicáveis ao meio eletrônico também, sendo eles, uma proteção legal, direito a informação, ao “conselho” e a educação, proteção contra as práticas que infringem a concorrência, direito à segurança, a proteção contratual, contra publicidade ilícita, ao ressarcimento, ao arrependimento, acesso à justiça e ao devido processo legal.

No caso das relações entre consumidores e os bancos deve se observar o conceito de subconsumidor, aquele que necessita de uma proteção especial, nos casos de idosos, por exemplo, ou pessoas semianalfabetas que utilizam tecnologia sofisticada, como caixas eletrônicos ou *Home Banking* cuja utilização sem uma supervisão ou aconselhamento adequado podendo levar ao superendividamento ou escolhas equivocadas. Nesse sentido o banco deve disponibilizar todos os meios de sanar qualquer dúvida, ou obscuridade no momento da aquisição do produto ou serviço, e não pode fazer nenhum tipo de diferenciação a estes clientes, com valor de produtos e serviços a maior ou a menor para poder atender a esta necessidade.

A contratação à distância aquela firmada sem a presença física simultânea das partes envolvidas, seja por telefone, a domicílio, por reembolso ou através da internet, bem como aquelas em que o consumidor não teve, por qualquer motivo, contato direto com o bem adquirido, antes da efetivação da compra; Portanto aqueles contratos firmados via rede mundial de computadores entre uma instituição bancária e o seu cliente.

Como registra Cláudia Lima Marques²⁶:

A contratação à distância introduz dois novos elementos no fenômeno dos contratos de massa: o espaço, como fator de vulnerabilidade, pois despersonaliza ainda mais o contrato, permitindo também uma banalização de sua internacionalidade; e a virtualidade, pois o imaterial agora não é só o fazer prestacional e de condutas de boa-fé (informação, cooperação e cuidado), mas também o próprio contrato, na linguagem virtual, e os vícios.

E, nos termos das legislações vigentes, tanto na brasileira quanto no direito comparado, aplica-se às contratações à distância com cunho consumerista o direito de arrependimento, que na esfera nacional está previsto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

No entanto, como se tratou de contratação à distância, faz-se necessário explorar o tema estabelecimento comercial/empresarial, para certificar-se acerca da possibilidade de aplicação do direito de arrependimento aos contratos eletrônicos firmados com as instituições bancárias.

Condições para o exercício do direito de arrependimento nos contratos de mútuo bancário Na esfera nacional, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) – CDC - e o Decreto 7.962/2013 tratam da aplicação do direito de arrependimento aos contratos firmados à distância. Aludido direito, conforme demonstrado neste trabalho, visa, precipuamente, proteger o consumidor de contratações impensadas, indesejadas, ou decorrentes de venda agressiva, e acarreta a rescisão do contrato sem qualquer ônus para o consumidor. O CDC prevê, literalmente, a aplicabilidade desse direito somente aos contratos firmados “fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou domicílio”

O direito de arrependimento como nas demais situações em que é admitido, permite ao consumidor possibilidade de analisar a contratação, verificar outras possibilidades, comparar preços, e desistir da contratação, o arrependimento é imotivado, vale dizer, o consumidor não precisa justificar o motivo pelo qual desiste da transação assim não se pode falar em enriquecimento ilícito do consumidor.

Não existe o direito de arrependimento em relação a produtos adquiridos no estabelecimento comercial. Assim, se o produto não apresenta vício ou defeito, não há amparo legal, em tese, para a troca do produto ou devolução do dinheiro.

Em caso de desobediência, e não informar em seu estabelecimento eletrônico a informação de arrependimento, ou qualquer outra informação relevante para a decisão do consumidor haverá uma falha de informação do produto ou serviço, surgindo aí, para o consumidor, o direito de se valer além do direito de arrependimento, do direito de responsabilizar o fornecedor pelo vício do produto ou serviço, conforme os artigos 18, 19 e 20 do CDC.

²⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

A responsabilidade por danos verifica-se o direito de ressarcimento admitido em geral por todas as legislações o que não seria diferente no meio eletrônico, assim como a eleição do foro para resolução dos conflitos que pela corrente majoritária será a do domicílio do réu.

Resumindo o que foi acima exposto aos contratos eletrônicos aplicam-se as regras gerais à todos os contratos. Sendo necessário para a validade do contrato celebrado por meio da internet, a declaração de vontades das partes, a capacidade dos contratantes, a licitude e possibilidade do objeto do contrato, além de ser objeto determinado ou determinável, e ainda que contenha forma prevista ou não vedada em lei.

8.3 Documento, assinatura e autoria no meio digital

Os documentos eletrônicos são informações puras, convertidas de uma origem analógica ou mesmo criadas diretamente em mídia eletrônica, isto é, são codificadas e decodificadas matematicamente por um equipamento informático, e tanto podem ser gravadas em um meio de armazenamento de dados como existir temporariamente em uma mídia de processamento e transmissão.

Nas relações jurídicas por meios eletrônicos há um problema de reconhecimento de autoria e existência do documento. No mundo virtual não é possível a prova empírica comparativa, assim o meio utilizado para vincular o documento ao seu autor é através de um código. No caso de cartões de crédito, por exemplo, a assinatura é realizada através de um código de segurança e o envio de dados de identificação.

Há duas correntes doutrinárias quanto à existência e validade deles como meios de prova dos contratos: Uma a qual nega a possibilidade de aceitação jurídica dos documentos digitais, justamente pela falta de materialidade, forma estática e vinculação aos seus criadores; E outra que os aceitam, após atendidos certos requisitos.

A autoria do documento escrito se comprova pela assinatura nele aposta ou, naqueles documentos que não se costuma assinar, mediante análises grafológicas. O art. 219, do Código Civil traz:

“As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.”

Em um sentido amplo, a assinatura é qualquer método ou símbolo usado por uma parte com a intenção de vincular ou autenticar um documento, assim no caso da assinatura digital apenas o titular tem posse deste código para dar valia a autoria do documento.

A assinatura formal é uma marca personalíssima, gravada de forma idêntica em todos os documentos produzidos por seu autor. Já no caso da assinatura digital tem origem em um processo automatizado, sob o controle de terceiros (por isso chama-se certificação digital), no qual serão produzidos para cada documento eletrônico uma sequência numérica, uma outra sequência de algarismos.

É necessária a implantação de uma Infraestrutura de Chaves Públicas, para o serviço de certificação digital ter validade jurídica, que vem a ser um conjunto de normas e padrões tecnológicos para garantir a integridade e segurança das comunicações por meio de documentos eletrônicos.

Documentos eletrônicos são unidades de registro de informações, acessível por meio de um equipamento eletrônico; Documentos digitais, por sua vez, é a unidade de registro de informações, codificada por meio de dígitos binários E por fim, documentos digitalizados são documentos convencionais convertidos para um padrão de formato digital por meio de dispositivo apropriado.

A autenticação, através do uso da certificação digital é necessária para identificar com segurança as partes contratantes, dar proteção contra a adulteração do conteúdo dos documentos e proporcionar prova aceitável juridicamente. Ela traz consigo:

- A certeza jurídica sobre o criador do documento;
- O impedimento de adulteração da mensagem digitalmente assinada;
- A entidade certificadora pode se tornar responsável por atestar a data e a hora nas quais o documento eletrônico foi assinado, de forma a possibilitar a averiguação da

tempestividade da mensagem ou documentos eletrônicos, ao mesmo tempo em que resolve o problema da testemunha eletrônica.

É importante destacar que pessoas que estão em locais distintos, sob fusos horários diferentes, pode haver intervalo de tempo entre as etapas de formação do contrato, gerando dificuldades em estabelecer o momento da formação de contratos, ou ainda, se este tipo de contratação é feito entre ausentes e entre presentes.

No que tange as assinaturas, diferenciam-se em:

- Assinatura eletrônica, toda forma de se autenticar um documento digital. Geralmente o usuário utiliza-se de login e senha, no caso de programas ou sítios acessados por computadores, ou somente senha, no caso de acesso aos terminais da rede bancária.
- Assinatura digital uma modalidade de assinatura eletrônica, gerada por um sistema de criptografia assimétrica e que permite aferir, com segurança, a origem e a integridade do documento.
- Assinatura digitalizada a reprodução da assinatura manuscrita como imagem por um equipamento tipo scanner. Porém, não garante a autoria e integridade do documento eletrônico.

A tecnologia da biometria, embora de uso e criação recentes, já é considerada muito mais segura no momento de autenticar a identificação do indivíduo visa a substituição o sistema antigo das senhas e códigos. Por se tratar de um assunto novo, não há uma legislação brasileira própria sobre a matéria, porém está relacionada diretamente aos conceitos de intimidade, privacidade e imagem do usuário.

Os bancos estão adotando um sistema biométrico mais sofisticado por medida de segurança, visando evitar eventuais fraudes, pode haver a coleta de dois dados biométricos do cliente, e o cruzamento deles no momento de permitir o acesso do indivíduo à informação que ele quer ter no sistema. Por exemplo, a leitura da palma da mão e da íris conjuntamente.

As empresas ao implantarem em seus sistemas a solução biométrica para coleta de dados devem deixar claro para o consumidor, preferencialmente por escrito, as condições de uso e a forma de armazenagem destas informações.

Os problemas enfrentados pela ordem jurídica para a aceitação dos documentos eletrônicos como prova aceitável perante um juiz são enormes, e baseadas no relato acima quanto maior for as formas de minimizar os impactos a fraude de informações são válidas e aceitáveis.

8.4 Contratos Bancários

O contrato bancário é instrumento de operação de crédito, em sua grande maioria, assume várias outras características, decorrentes desta; Envolve confiança, pois de um lado o banco averigua a vida do cliente, e de outro deve haver rígido controle do Poder Público sobre a instituição financeira, pois promove interesses na coletividade; Envolve prazo, que é o tempo que medeia prestação e contraprestação (esta é diferida, e não imediata); Envolve juros que é o preço de cada unidade de tempo em que se dilata o pagamento de um crédito; Envolve risco, inseparável da operação de crédito, seja risco particular (relativo a uma pessoa ou operação), geral (relativo a acontecimentos gerais que envolvem toda a nação ou até várias nações) ou corporativo ou profissional (relativo a um setor, uma classe ou uma profissão qualquer);

No Brasil não existe uma norma específica sobre os contratos bancários, porém isso não significa que tais contratos não encontrem tratamento no Direito Positivo, em diversos diplomas legais há normas aplicáveis aos contratos bancários.

A regulamentação positiva de um contrato faz-se preenchida através do *Código de Defesa do Consumidor*:

- Na proteção da parte mais fraca através de normas cogentes;

Pelo Código Civil em:

- Dar regras sobre

a) A contratação, incluindo a forma a ser utilizada pelas partes;

b) prova;

c) Efeitos de inadimplemento;

d) Efeitos de vícios de capacidade, formais e de vontade;

e) Outras disposições que delimitem as condições para que as partes obtenham o benefício que buscam através do contrato;

Há um elemento essencial: a vontade. No entanto, em relação aos contratos bancários, somente a vontade, não legitima o contrato. Conforme instituiu o Código de Defesa do Consumidor, outros deveres contratuais precisam ser observados pela Instituição Financeira, tal como, a boa-fé, a transparência, a confiança, a equidade, a probidade e a função social. Contratos bancários são apenas aqueles que visam à intermediação de crédito e que são, obrigatoriamente, realizados por um banco.

Arnaldo Rizzardo²⁷ define os contratos bancários como sendo um “*acordo entre Banco e cliente para criar, regular ou extinguir uma relação que tenha por objeto a intermediação do crédito*”

Para que o contrato bancário se realize é necessário que, além da concordância entre as partes em firmar o contrato, um dos pólos que figuram no negócio jurídico esteja autorizada a exercer a atividade bancária.

Os contratos bancários possuem várias feições, entretanto, em sua grande maioria, caracterizam-se como contratos interativos, de adesão, tendo em vista que as instituições bancárias possuem um alto volume de negócios, em situações similares, com pessoas diversas. São classificados em:

a) **Típicos (ou exclusivos):** dizem respeito à administração direta da moeda e do crédito, quando se fazem para o cumprimento da concessão de crédito, e quando típicos se subdividem em ativos e passivos, conforme assumo o banco, respectivamente, a posição de credor ou devedor da obrigação principal.

Exemplos:

- Contrato de abertura de Crédito em Conta Corrente ou Denominado Cheque Especial – objetiva colocar à disposição do cliente um crédito em dinheiro por um prazo determinado pelas partes, pode ser considerado um financiamento bancário.

- Contrato de mútuo Financeiro – consiste no empréstimo de coisas fungíveis, onde há a transferência da propriedade sobre a coisa emprestada.

²⁷ RIZZARDO, Arnaldo. Contratos de Crédito Bancário. 3ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

- Contrato de depósito em caderneta de poupança – criada para o financiamento do setor de construção civil para aquisição da casa própria.

- Contrato de Antecipação Bancária – consiste na dação ao cliente, de uma quantia proporcional ao valor da garantia real dada por ele ao Banco.

- Contrato de Arrendamento Mercantil ou Leasing – é um financiamento que proporciona, geralmente às empresas, o acesso a bens de produção indispensáveis ao funcionamento das mesmas, sem que seja necessário comprá-los. Ou seja, os bens são adquiridos por outra empresa, que os aluga.

A grande maioria da atuação bancária se desenvolve, em importância e quantidade, sobre os contratos típicos. Estes, como mencionado, podem ser ativos e passivos, conforme o banco assuma, respectivamente, posição de credor ou devedor da obrigação principal, isto é, o pólo ativo ou passivo. As operações passivas têm por objeto a captação de recursos junto à coletividade, pelo banco, dos quais necessita para processar sua atividade. Já nas operações ativas os bancos concedem crédito aos clientes com recursos arrecadados de outros clientes mediante as operações passivas.

Além da classificação em ativos e passivos, outras classificações, sendo elas:

- I. Segundo a natureza do devedor, pode ser público ou privado, o crédito é público ou privado segundo sua fonte, de recursos públicos ou privados, e não segundo o devedor;
- II. Segundo a duração, em de curto, médio e longo prazos, devendo-se considerar a possibilidade de renovação ou prorrogação, mas sendo em princípio: de curto prazo o de liquidez, normalmente para capital de giro, de até 360 dias, mais frequentemente realizado até 120 dias; de médio prazo vai até cinco anos e tem variadas destinações, não se dando pesadas imobilizações; e o de longo prazo normalmente é de investimentos pesados, de lenta maturação, exigindo tempo de carência para ter retorno financeiro, excedendo cinco anos;
- III. Segundo a natureza da garantia, real (sobre bens móveis e imóveis) e pessoal (sobre o patrimônio todo de uma pessoa de confiança do garantido);
- IV. Segundo o destino dos bens financiados, de produção e de consumo.

Há também a classificação de contrato de crédito em nacional e internacional, segundo a posição das partes contratantes, sendo regidos por normas de um ou mais países. Existe ainda uma classificação do contrato de crédito privado (ou de o crédito destinado a particular), podendo ser:

- I. Individual, ou pessoal, quando concedido a certas pessoas que, embora não tenham grande patrimônio, têm condições de honrar o compromisso pela estabilidade da profissão, fazendo o banco uma avaliação da confiança que pode ter no indivíduo com seu “levantamento cadastral”, um crédito de consumo, destinado à aquisição de bens e serviços;
- II. Comercial, que visa a estimular o comércio, produção e venda de bens;
- III. Industrial, que não difere do comercial, mas é de longo prazo normalmente, fornecido por bancos de investimentos;
- IV. Agrícola, modalidade importante, que estimula a agricultura;
- V. Marítimo, estimulando a construção naval e compra e venda de navios.

b) **Atípicos (ou acessórios):** são os contratos bancários relacionados às atividades de prestação de serviços. Exemplos:

- Contrato de serviço de custódia de valores – na mais comum das modalidades desse tipo de contrato, que é o depósito de títulos em administração, o Banco assume o papel de garantidor dos títulos e também é responsável por administrá-los.

c) Misto: operações bancárias que envolvem operações de créditos e serviços. Exemplos:

- Contrato de Crédito documentário – um acordo financeiro, entre Instituição Financeira (emissor) e Cliente (ordenante), em que o Banco fica com a posse de documentos que representam uma operação comercial internacional e, em contrapartida, se compromete ao pagamento em favor de terceiro (beneficiário).

Segundo Maria Helena Diniz²⁸

Serviço de ações escriturais (implantação e manutenção), de emissão e de movimentação de certificados de ações, de debêntures (emissão, registro, movimentação, exercício de direitos), de caixas eletrônicos externos, de cartões de crédito ou de movimentação bancária. Todas essas operações bancárias poderão ser consideradas como contratos, por haver acordo entre as partes, gerando obrigações.

²⁸ DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 818. Volume 1.

Como dito anteriormente o contrato bancário é um contrato realizado em massa. O banco realiza operações em massa, a um grande número de clientes indistintamente. Dado o crescimento da sociedade de consumo, tornou-se necessário elaborar contratos que pudessem ser celebrados de forma massificada, contendo formulários com cláusulas estabelecidas previamente, imprimindo maior celeridade ao comércio e às relações de forma geral. Uma padronização de contratos, para uma sociedade de consumo que cada vez mais faz uso das operações creditícias, merece atenção.

Discorre Cláudia Lima Marques²⁹

“A revolução industrial trouxe consigo a revolução do consumo. Com isso, as relações privadas assumiram uma conotação massificada, substituindo-se a contratação individual pela coletiva. Os contratos passaram a ser assinados sem qualquer negociação prévia, sendo que, mais e mais, as empresas passaram a uniformizar seus contratos, apresento-os aos seus consumidores como documentos pré-impressos, verdadeiros formulários...”

“Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pro parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), ne varietur, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito. [...] Realmente, no contrato de adesão não há liberdade contratual de definir conjuntamente os termos do contrato, podendo o consumidor somente aceitá-lo ou recusá-lo.”

Assim, contrato de adesão é aquele que tem seu conteúdo ditado exclusivamente pelo fornecedor e cabe ao consumidor tão somente decidir por aceitá-lo, contratando, ou rejeitá-lo, exercendo sua faculdade de não contratar.

Em seu art. 54, o CDC estabeleceu o contrato de adesão como sendo "aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo."

Enuncia Nelson Nery Júnior³⁰:

A doutrina, de há muito, vem preconizando a ideia de que a mera inserção de cláusula no formulário nem por isso deixa de caracterizar o contrato como sendo de adesão. [...]

O principal objetivo da norma é fazer com que não sejam desfigurados os contratos de adesão dos quais constem uma ou algumas cláusulas manuscritas ou datilografadas, acrescentadas ao formulário já impresso. [...]

O Código permite a cláusula resolutória nos contratos de adesão, mas restringe sua aplicação, pois só está permitida a cláusula resolutória alternativa. [...]

²⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 4ª ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

³⁰ JUNIOR, Nelson Nery. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor 8ª ed Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004, pág 623

A resolução do contrato de consumo, prevista por cláusula constante do formulário de adesão, não poderá ficar na esfera de decisão do fornecedor. Tanto os contratos concluídos por escrito como também os celebrados verbalmente podem ser contratos de adesão se verificados os requisitos da lei. [...] As 'letras miúdas', quase sempre ilegíveis por pessoa com razoável nível de visão, não são mais admitidas pelo sistema do Código, pois os formulários deverão ser impressos com caracteres legíveis.

Em sua grande maioria, os contratos de adesão são desvantajosos para o consumidor, as condições ali descritas, muitas vezes, não são reconhecidas nem identificadas no momento em que se estabelece a vontade de contratar, porém quando são, a necessidade e a posição de inferioridade econômica faz com que o consumidor se veja obrigado aceitá-lo.

Para Humberto Theodoro Júnior³¹:

Um dos fatos que comprometeram o prestígio da autonomia de vontade foi a proliferação, nos últimos tempos, dos chamados 'contratos de adesão', ou seja, daqueles em que a notória superioridade econômica e jurídica de uma das partes leva à imposição de todas as cláusulas do negócio sem qualquer possibilidade de discussão pela parte mais fraca. A esta cabe somente aderir ou não aderir ao contrato, como um todo. Às vezes nem mesmo a abstenção do contratante mais fraco é possível, pela essencialidade dos serviços e bens ou pelo monopólio detido em mãos do outro contratante.

Há imensa possibilidade de nesses contratos surgirem obrigações inadequadas, incoerentes, colocando o consumidor em ampla desvantagem, demonstrando assim desequilíbrio contratual entre as partes, ferindo a boa-fé e a equidade.

As cláusulas podem ter sido aceitas conscientemente pelo consumidor, mas, se traz vantagem excessiva para o fornecedor, se é abusiva, o resultado é contrário à ordem pública, contraria às novas normas de ordem pública de proteção do CDC e a autonomia de vontade não prevalecerá.

Assim pelo princípio de que o consumidor é vulnerável no mercado de consumo, buscar o equilíbrio entre as partes do contrato, visando à plena proteção da parte mais fraca, o consumidor, é mais que necessário.

Para todos os meios de contratação acima expostos é dever intrínseco ao contrato bancário o dever jurídico de sigilo. Fábio Ulhôa Coelho discorre sobre privacidade³²:

“A cada pessoa corresponde um conjunto de informações. Algumas delas são públicas e a pessoa interessada não pode impedir o acesso de terceiros ou mesmo sua divulgação. Nesse caso se encontram os nomes dos pais e dos avós, data e local de nascimento e outras. As demais são informações privadas, que se

³¹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. O Contrato e Seus Princípios. 2ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1999, pág.26

³² COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de Direito Civil, Parte Geral, Editora Saraiva, 4ª. Edição, pág .207/208.

encontram em laudos médicos, prontuários escolares, faturas de cartão de crédito, contas de telefone, etc. Cada pessoa tem o direito de manter reservadas as informações não públicas que quiser. Este é o direito à privacidade.”

O banco assume informações confidenciais no trato com os clientes, sendo-lhe imposto o dever de discrição, sigilo. É verdadeiro dever jurídico de sigilo profissional;

Art. 38 da lei nº 4.595/64:

“As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.”

Várias são as teorias que procuram explicar o caráter sigiloso. A contratual afirma surgir do contrato, certas disposições, mesmo que não expressas, se pressupõem, o sigilo. É teoria bastante aceita, reforçada pela tese de que no contrato bancário estão os elementos do contrato de mandato, devendo o banco mandatário agir com diligência e discrição.

Outra teoria é a de Direito Comercial, pois enquanto atos de comércio as operações bancárias se devem interpretar de acordo com os usos e costumes do comércio, que impõem o dever de sigilo. A teoria do ato ilícito afirma, por sua vez, que a quebra do sigilo acarreta danos, ficando o banco obrigado à reparação do prejuízo. Teorias do direito penal também procuram explicar, pois a quebra do sigilo profissional configura crime contra o Sistema Financeiro Nacional.

Lei nº 7.492, art. 18.

Art. 18. Violar sigilo de operação ou de serviço prestado por instituição financeira ou integrante do sistema de distribuição de títulos mobiliários de que tenha conhecimento, em razão de ofício:

Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

A quebra do sigilo imputam-se sanções civis, penais e administrativas. Mas o sigilo profissional não é absoluto, havendo limites naturais, bem como legais, casos em que sua quebra não é ato ilícito (penal ou civil) do banco. São naturais o direito de o banco levar a protesto título que representa empréstimo, acionar judicialmente o cliente, ou fornecer dados da operação quando o cliente solicita.

A quebra do sigilo bancário somente era possível mediante ordem judicial, porém o decreto nº 3.724, outorgou a autoridades e agentes fiscais a possibilidade da quebra do sigilo bancário, sem prévia autorização do Poder Judiciário

Regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas.

No caso do meio eletrônico quando um consumidor digita seus dados no site do seu banco, qualquer problema na prestação de serviço é de responsabilidade do banco³³.

8.5 Proteção do Consumidor nas relações contratuais com os Bancos por meios eletrônicos

O fato de a declaração de vontade dos contratantes expressa por meio eletrônico se manifestar mediante a transmissão de algoritmos que se dirigem ao receptor do banco que a recebe acarreta uma forte despersonalização, pois o meio utilizado, computador, celular, tablets, pode não ser do titular do negócio concretizado ou mesmo nem ser o próprio que o faz e sim um fraudador.

Também há o problema dos riscos na emissão da declaração que pode ser adulterada, trocada, interceptada por um terceiro ou como dito acima enviada por terceiro desconhecido a relação, ou feita por meio de robotização como caixas eletrônicos.

O costume é fonte de direito, se ficar provado na causa judicial que o documento eletrônico ou o hábito de realizar tal operação por meios eletrônicos, o juiz deverá levá-lo em conta e pesar tal feito em sua decisão. Porém, há de se observar que os consumidores só se obrigarão se tiverem oportunidade prévia de tomarem conhecimento do contrato que rege a relação de consumo.

Assim normas estatutárias e regulamentos operacionais de cada banco só terão efeitos internos, para que tenham efeitos contratuais devem ser incluídas nos contratos e possibilitar o consumidor seu conhecimento.

³³ Yuri Gonzaga em matéria no site da Folha de São Paulo, noticiou: **“Brechas em sites do Bradesco e do Banco do Brasil expõem milhões.** Diferentes brechas de segurança encontradas nos sites do Banco do Brasil, do Bradesco, do serviço de pagamentos Moip e da Boa Vista Serviços (administradora do cadastro de devedores SCPC) expuseram recentemente dados privados de milhões de pessoas. Os problemas foram descobertos pelo analista de sistemas Carlos Eduardo Santiago, 21, que os demonstrou à Folha após ter sido ignorado pelas empresas. “Ao Moip, à Boa Vista e ao Bradesco, relatei as questões há cerca de um ano”, conta. “Descobri o erro do Banco do Brasil no dia 8, mesma data de quando avisei a empresa por meio do SAC, mas fui ignorado. Decidi, então, checar as outras falhas, e elas ainda existiam” diz. A seção de seguros residenciais da agência virtual do Banco do Brasil permitia, até a quinta-feira passada, que qualquer pessoa com acesso à área (cliente segurado pelo banco ou em posse desses dados) visualizasse CPF, nome, endereço, telefone, e-mail, agência e número da conta de outro segurado, por meio de uma simples alteração de parâmetro no código-fonte. Tal parâmetro pode ser visualizado com qualquer navegador moderno --não demanda ferramenta ou conhecimento avançados. Segundo Santiago, o número de clientes do Banco do Brasil que foram expostos pelo erro é de 1,85 milhão, estimativa com base na sequência do código dos documentos disponíveis por pelo menos duas semanas. Contatada pela Folha na quinta, a companhia solucionou a falha no mesmo dia. Por meio de sua assessoria de imprensa, o Banco do Brasil disse que “o problema não teve associação com qualquer tipo de transação financeira” e que, por isso, “não trouxe risco para os clientes.”

E ratificando mais uma vez a certeza da proteção ao consumidor bancário pelo CDC, o STJ – Superior Tribunal de Justiça – já sumulou o entendimento que as disposições do CDC se aplicam às instituições bancárias, e, inclusive, reconhece a possibilidade do exercício desse direito quando se tratar de contrato acessório.

Súmula n. 297 do STJ: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”; e o entendimento do Supremo Tribunal Federal que, por maioria de votos, julgou improcedente o pedido formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) n. 2591 proposta pela Confederação Nacional das Instituições Financeiras (Consif) em que era pleiteada a inconstitucionalidade do artigo 3º, parágrafo 2º, do CDC, na parte que considera a aplicação de tal Código nas relações bancárias.

CONCLUSÃO

O presente trabalho mostrou que estamos diante de uma nova modalidade de contrato, com peculiaridades em relação à forma, ao objeto e a verificação da capacidade das partes. Porém, este fato, não altera a natureza jurídica das relações contratuais.

O princípio boa-fé ganha certo destaque, pois tais contratos envolvem a complexidade das tecnologias digitais, as quais muitas pessoas ainda desconhecem e não estão habituadas a manuseadas.

A internet ao mesmo tempo em que se constitui um elemento facilitador de comunicação e um elemento de intermédio entre as partes, pode representar também diversos riscos, que geram insegurança ao consumidor; Portanto, estas pessoas se tornam vulneráveis a fraudes e poderiam ser induzidas ao erro ou fazer determinado acordo não condizente com sua vontade.

Vimos que o Código de Defesa do Consumidor insere como objeto das relações de consumo as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, não deixando dúvidas sobre sua aplicabilidade nas relações firmadas entre os consumidores e as instituições financeiras.

Ainda há muitos problemas enfrentados pelo judiciário para que se possa proteger o interesse de ambas as partes desta relação, e observando sempre a hipossuficiência do consumidor na realização deste negócio, aceitando as provas digitais e sentenciando de forma correta.

Assim, resta a certeza de que será necessário aproximar o direito e a realidade jurídica da realidade virtual, para que este se adéque aos novos mecanismos tecnológicos e atenda os anseios da sociedade de forma adequada

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTIN, A. L. **Comércio eletrônico: um estudo no setor bancário**. São Paulo, 1997

BOIAGO JUNIOR, José Wilson. **Contratação eletrônica**. Curitiba: Juruá, 2005.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2591. Confederação Nacional do Sistema Financeiro e Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Velloso.

COELHO, Fábio Ulhôa **Curso de Direito Civil, Parte Geral**, Editora Saraiva, 4ª edição, São Paulo, 2010.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**, v.1: direito de empresa. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da Internet**. São Paulo. Saraiva, 2000.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. [Et al.]. 8ª ed. rev. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004.

CARVALHO NETO, Frederico da Costa. **Nulidade Da Nota Promissória dada em garantia nos contratos bancários** – Editora Juarez de Oliveira, 2003.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **O Contrato e Seus Princípios**. 2ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1999.

JUNIOR, Nelson Nery. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentados pelos Autores do Anteprojeto**. [et al.]. 8ª ed. rev. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Comércio Eletrônico**. São Paulo: RT, 2008.

MACIEL, Rafael M. **O E-Commerce e sua regulamentação**. Comentários ao Decreto 7.962/13.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 818. Volume 1.

MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4ª ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NETO, Eduardo Salomão, **Direito Bancário** – 02ª Ed. Revisada e Ampliada – ATLAS

PECK PINHEIRO, Patrícia. **Direito Digital**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. v.1. 25 ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de Crédito Bancário**. 3ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de direito virtual**. Data. 2005

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **Formação e eficácia probatória dos contratos por computador**. 1 ed., São Paulo : Saraiva, 1995

SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. **Contratos Bancários**. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2004.

Citação 33: Artigo: *Novas Ferramentas e Privacidade* - Frederico da Costa Carvalho Neto