

Contratos bancários eletrônicos

Julio Cezar Hoffman

Advogado da Caixa em Alagoas

Pós-graduado em Direito Empresarial pela UFPB

Pós-graduando em Direito Civil pela SEUNE

Conselheiro da OAB/AL

Professor na FEJAL/CESMAC/CCJUR

RESUMO: O objeto do presente estudo é a análise, à luz da legislação em vigor, em especial da novel normatização introduzida pelo Código Civil vigente, bem como dos estudos doutrinários e da interpretação jurisprudencial, acerca da validade dos contratos eletrônicos, em especial daqueles de natureza bancária. Para tanto, são analisados os preceitos concernentes à formação e à validade dos contratos em geral, para em seguida ser feita uma abordagem das principais características dos contratos bancários. Em seguida é procedida a análise dos principais aspectos que envolvem os contratos eletrônicos, e para finalizar é feito um estudo acerca da posição dos contratos bancários eletrônicos à luz dos preceitos concernentes a todos os tópicos anteriormente examinados.

Palavras-chaves: Contratos Bancários Eletrônicos.

1 Introdução

O comércio atuou ao longo da história como o combustível essencial que impulsionou o homem a desafiar o desconhecido em busca de novas oportunidades de expansão. Não foram poucas as guerras que se travaram pelo domínio de rotas comerciais e pelo monopólio de determinados produtos.

Hodiernamente, a importância do domínio das rotas comerciais tradicionais vem perdendo fôlego para os novos meios de comércio, calçados, sobretudo, no avanço da tecnologia das telecomunicações, trazendo a reboque toda uma infra-estrutura de novas modalidades de oferta e procura de produtos e serviços, que não mais se detêm pelas tradicionais fronteiras políticas, físicas ou geográficas, tudo dentro de um contexto maior de aproximação dos mercados, que se convencionou chamar de globalização.

Nesse contexto, inúmeros institutos de direito precisam ser reinventados ou quando não revisitados com o desiderato de se adapta-

rem à evolução alucinante da dinâmica da sociedade moderna, sob pena de caducarem. Com o surgimento de novas tecnologias, em especial a rede de computadores mundialmente interligados, a facilitarem a contratação entre pessoas literalmente em lados opostos do globo, novos desafios se colocam.

O contrato, visto sob uma ótica menos individualista, e agora especialmente em sua modalidade eletrônica, assumiu papel de extrema relevância na sociedade moderna.

Dentro deste contexto evolutivo, um setor da economia que se desenvolveu de forma impressionante e adquiriu importância vital foi sem dúvida o bancário, fundado, essencialmente, no fortalecimento das relações contratuais. De fato, poucos são os setores da economia onde a tecnologia atuou de forma tão intensa e trouxe tantas mudanças radicais nos hábitos e costumes da sociedade hodierna.

O presente estudo tem por objeto análise acerca da validade das transações bancárias efetuadas pela via eletrônica, em especial a formalização dos contratos bancários eletrônicos.

No primeiro capítulo, é feita uma breve análise acerca das disposições que regulam a formação e a validade dos contratos no Código Civil vigente, assim como dos novéis princípios contratuais introduzidos pela sua edição.

Na sequência, é feita uma análise da disciplina dos contratos bancários, das suas peculiaridades e dos seus requisitos de validade, para em seguida ser feita uma abordagem acerca dos principais aspectos dos contratos eletrônicos.

Para finalizar, é feita uma análise da validade e da legalidade das operações bancárias, firmadas por meio eletrônico, à luz da legislação de regência da matéria.

2 Contratos no Código Civil vigente

Não se pretende neste breve trabalho analisar de forma profunda o tratamento jurídico dado aos contratos pelo Código Civil vigente.

Contudo, para a compreensão do contexto no qual encontram-se inseridos os chamados contratos eletrônicos e em especial os de natureza bancária, necessário se faz um breve exame dos preceitos jurídicos que passaram a reger os contratos a partir da edição do Código Civil vigente.

Relativamente aos preceitos concernentes à formação dos contratos, o novel Código não trouxe grandes inovações em relação ao de 1916.

O legislador do Código Civil vigente, a exemplo do de 1916, preferiu não conceituar o contrato, deixando tal mister a cargo da doutrina e da jurisprudência, limitando-se a citar, no artigo 104, os requisitos para sua formação, quais sejam: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei.

Do latim *contractu*, significa mútuo consenso de pessoas sobre determinada coisa. Para Ulpiniano, *duorum plurimumve in idem placitum consensus*, ou seja, contrato é mútuo consenso de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto.

Para Washington de Barros Monteiro (2000) contrato é "o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito."

Já para Fran Martins (2001, 52), após tecer críticas ao subjetivismo de tal conceito, contrato é "o acordo de duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial."

Para Orlando Gomes (2001, 4), "o contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença pelo menos de duas partes. Contrato é, portanto, negócio jurídico bilateral, ou plurilateral."

Como se vêem dos conceitos acima transcritos, as declarações receptícias de vontade (oferta e aceitação), bem como a coincidência destas (o consenso) são elementos constitutivos do contrato.

Por proponente, deve-se entender aquele que emite a declaração receptícia de vontade, ou proposta, com o intuito de contratar. Oblato, por sua vez, é aquele a quem a proposta é dirigida e a quem incumbe emitir a declaração receptícia de vontade, denominada de aceitação. A proposta, capaz de vincular, de obrigar o proponente a contratar, deve ser séria e emitida por quem efetivamente tem vontade de fazê-lo.

Mais importante do que a forma pela qual a manifestação de vontade é externada, escrita, verbal ou através do uso de meio eletrônico, é o fim a ser alcançado. O que realmente importa é que a manifestação traduza, de forma o mais fiel possível, a intenção dos contratantes.

O consenso, do mesmo modo, é elemento essencial à formação do contrato, na medida em que, se a declaração receptícia de vontade, ou aceitação, não se adequar à proposta, importará em contraproposta e não em aceitação.

As declarações receptícias de vontade, segundo dispõe o artigo 107 do Código Civil vigente, não dependem de forma especial, senão quando a lei expressamente o exigir. Desse modo, inexistindo previsão legal em contrário, os contratos, de um modo geral, podem ser firmados verbalmente.

Há casos, contudo, em que o instrumento público é da essência do ato, como se dá na transferência da propriedade imobiliária, de um modo geral (Código Civil, artigo 108).

Ainda de acordo com o Código Civil em vigor, mostra-se relevante a definição do momento em que a contratação se efetiva, uma vez que a partir de tal verificação é que serão aferidos a existência ou não da relação jurídica, as obrigações a partir dela constituídas, os prazos de prescrição e decadência, a legislação aplicável à espécie, o foro competente para a sua discussão judicial, etc.

Quando a contratação se dá entre presentes, aí incluídas as situações de que cuida o artigo 428, I, última parte, do Código Civil, a qual abrange os contratos firmados com o uso do telefone ou de outros meios assemelhados, desde que possibilitem a emissão e recepção imediata das declarações de vontade, como se dá com os programas de troca de mensagens instantâneas, como o MSN, *v.g.*, a formação se dá com a aceitação e o contrato se considera firmado a partir do momento em que o oblato manifesta sua aceitação.

Sendo o contrato firmado entre presentes, o local da contratação será aquele onde os contratantes se encontrem no momento do enlace. No caso dos contratos firmados por telefone ou outros meios assemelhados, será considerado como local da contratação aquele onde se encontre o emitente da proposta, mesmo que o oblato, por vezes, se encontre do outro lado do mundo, já que por ficção de nossa legislação, tais contratações são consideradas entre presentes. É o que se extrai do artigo 435 do Código Civil¹.

Já os contratos firmados entre ausentes, reputar-se-ão celebrados desde que expedida a aceitação, conforme preceitua o artigo 434 do Código Civil², com as exceções de que cuidam os incisos daquele mesmo dispositivo legal³.

Em relação à formação dos contratos entre ausentes, portanto, o Código Civil adotou a teoria da expedição, com os temperamentos constantes dos incisos do artigo 434.

Especificamente no que respeita aos contratos eletrônicos, merece menção a alteração introduzida pelo artigo 428⁴, que em seu inciso I ampliou a expressão "por meio de telefone" constante do inciso I do artigo 1081⁵ do Código de 1916 para "por telefone ou por meio de comunicação semelhante", ampliando, portanto, o leque das formas de comunicação aptas a caracterizar a contratação como sendo entre presentes.

Conquanto o legislador nada mais tenha feito do que consolidar entendimento jurisprudencial que há muito se encontrava pacificado ainda na vigência do Código revogado, a alteração é bem-vinda, pois traz maior segurança às contratações formalizadas com o uso de meios eletrônicos, não deixando margem a dúvidas acerca desse especial aspecto.

A importância dessa alteração avulta face ao disposto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, o qual dispõe que "O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 (sete) 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."

No que concerne aos contratos eletrônicos, merecem menção ainda as disposições constantes do artigo 212, II, que, combinado com o artigo 225 do Código Civil, atribui valor probante aos documentos eletrônicos, "se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão."⁶

Já o artigo 889, § 3º, do Código Civil, atribui validade à emissão de títulos de crédito por meio eletrônico, positivando a chamada desmaterialização dos títulos de crédito.⁷

No mais, a não ser a alteração introduzida pelo artigo 434, onde o legislador preferiu utilizar a expressão genérica "entre ausentes" ao invés de enumerar "por correspondência epistolar, ou telegráfica" como constava no artigo 1.086⁸ do Código de 1916, seguindo a tendência do novo Estatuto Civil quanto à adoção de cláusulas gerais em contraposição ao revogado, as demais alterações foram apenas de redação.

As novidades realmente importantes foram introduzidas pelos arts. 421⁹ e 422¹⁰ do Código vigente.

Com efeito, o contrato, na atual dinâmica de um mundo integrado economicamente, assumiu papel relevante não apenas como direito subjetivo e individual, mas também como instrumento de política econômica, financeira e social, proporcionando a implementação de políticas de distribuição de riquezas, a realização de justiça social e a proteção da própria soberania.

Através daqueles dispositivos legais o legislador introduziu na disciplina jurídica dos contratos os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva dos contratantes.

O princípio da função social do contrato nada mais é do que a aplicação extensiva do disposto no artigo 5º, XXIII¹¹, da Constituição Federal à esfera contratual, cujo alcance é impedir que o contrato, enquanto direito subjetivo e individual, seja utilizado de forma a lesar os interesses maiores da sociedade.

Nesse sentido, leciona Arnaldo Wald (2001, 45) que:

(...) a partir do momento em que o direito constitucional brasileiro considerou que a propriedade tinha uma função social (artigo 5º, XXIII), tendo a palavra propriedade uma conceituação ampla, o mesmo princípio haveria de ser aplicado aos direitos de créditos, ou seja, às obrigações e, conseqüentemente, aos contratos. Assim, à primeira vista, em termos gerais, pode-se considerar que o Projeto se limitou a explicitar uma norma constitucional e a ratificar tanto a legislação anterior quanto a construção jurisprudencial.

Trata-se de princípio que deve orientar a interpretação dos contratos, bem como limitar a liberdade individual, impedindo a formalização ou a manutenção de contratações atentatórias aos demais princípios, valores e garantias sociais asseguradas pela Constituição Federal.

Adverte, contudo, o citado doutrinador (WALD, 2001, 39):

Deve-se, entretanto, ponderar que a função social do contrato não deve afastar a sua função individual, cabendo conciliar os interesses das partes e da sociedade. Assim, os direitos contratuais, embora exercendo uma função social, constituem direitos adquiridos (artigo 5º, XXXVI) e gozam, nos termos da CF, da proteção do devido processo legal substantivo (artigo 5º, LIV), em virtude do qual ninguém pode ser privado dos seus bens - e dos seus direitos que também se incluem entre os bens - sem o devido processo legal. Com essa interpretação, que é a única aceitável em nosso regime constitucional, a inovação do Projeto não põe em risco a sobrevivência do contrato, como manifestação da vontade individual e acordo entre partes interessadas para alcançar um determinado objetivo, por elas definido em todos os seus aspectos.

Como se vê, o princípio da função social do contrato não deve ser utilizado como fundamento para a implementação de políticas sociais ou mesmo de distribuição de renda em detrimento da liberdade contratual.

Somente naquelas situações em que a liberdade de contratar servir de pretexto para a ofensa a outros direitos e garantias sociais elencados pela Magna Carta é que o julgador poderá afastar a autonomia da vontade.

O princípio da boa-fé objetiva, por seu turno, veio consolidar o entendimento há muito sedimentado na doutrina e na jurisprudência de que o abuso de direito e a conduta antiética, ou de má-fé, devem ser afastados, fazendo prevalecer nas relações contratuais o binômio da causalidadefinalidade.

De fato, conforme bem o observa Clóvis Veríssimo (1976, 42),

(...) a aplicação do princípio da boa-fé tem função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico dedutivo do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no hortus conclusus do sistema do positivismo jurídico, janelas para o ético.

Trata-se, pois, de princípio que limita a liberdade de contratar, a qual não se fundamenta somente na vontade das partes, mas também em fatores externos de natureza social e constitucional. É a elevação da ética ao status de princípio a ser observado "assim na conclusão do contrato, como em sua execução".

A boa-fé objetiva se traduz naquela regra de conduta que se espera das partes contratantes, naquela conduta proba, ética, leal, que se espera do bom pai de família, do cidadão médio, de modo a preservar o equilíbrio entre as obrigações contratadas e impedir que obrigações obtidas mediante o emprego de astúcia, deslealdade ou esperteza, possam obrigar o contratante que tenha sido empulhado pela conduta antiética do outro. Os contratantes passam a ser vistos não mais como estando em lados opostos, mas como agindo de forma harmônica, buscando a satisfação de ambos os interesses e acima de tudo o da própria sociedade.

A boa-fé objetiva deve pautar não apenas a interpretação dos contratos, mas a conduta dos contratantes na sua execução, assim como deve limitar o exercício dos direitos decorrentes da contratação. Tudo isso, evidentemente, limitado ao exame da manifestação de vontade no âmbito interno da contratação e à sua finalidade econômica e social substancial.

É mais uma cláusula geral de natureza aberta, cuja aplicação e alcance deverão ser objeto de interpretação doutrinária e jurisprudencial, à luz da evolução social, mediante análise técnico-jurídica caso a caso, sem que, contudo, possa ser utilizada como meio de ajustar a conduta das partes a padrões morais subjetivos ou mesmo se prestar à correção de injustiças sociais, tais como a concentração de renda.

Por fim, merece menções o artigo 423, o qual, ao tratar dos contratos de adesão, inspirado no que já dispunha o artigo 131, n° 5¹², do C. Comercial, estabelece que "Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente" e o artigo 424, que estipula que "Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio".

Esta nova ótica sob a qual deve ser visto o direito como um todo, e em especial as normas concernentes ao instituto contratual, deve balizar todas as espécies contratuais, incluindo-se os eletrônicos.

Vale lembrar, por oportuno, que além das normas e princípios constantes do Código Civil, que se aplicam de forma genérica a todas as espécies de contratações, as normas consumeristas incidem nas contratações decorrentes das relações de consumo, sendo certo, ainda, que nada obstante o Código Civil vigente trazer normas relativas ao direito das obrigações que se aplicam genericamente a todos os ramos do direito privado, as normas contidas no Código Comercial que não tenham sido revogadas em razão da novel normatização, permanecem vigentes para as relações comerciais.

3 Contratos bancários

Para Fábio Ulhoa Coelho (2004, 117), os bancos são "... uma espécie de *fundo*, constituído pelo depósito das disponibilidades das unidades

com superávit e do qual se socorrem as unidades com déficit (Garcia, 1992:301/302)".

Para aquele mesmo autor (COELHO, 2004, 118), os contratos bancários:

(...) são os veículos jurídicos da atividade econômica de intermediação monetária, encontrados tanto no pólo da captação (recolhimento de superávits) como no fornecimento (cobertura de déficits). Em termos outros, são os contratos que só podem ser celebrados por um banco. Qualquer pessoa, física ou jurídica que não estando autorizada a operar na atividade bancária, realiza contratos de intermediação de dinheiro incorre em conduta ilícita. A participação necessária de um banco em pelo menos um dos pólos da relação contratual é, assim, da essência do contrato bancário.

Note-se que não basta o banco ser um dos contratantes para que o contrato seja bancário. Com efeito, em razão de sua condição de sociedade empresária, o banco deve celebrar muitos outros contratos que nada têm de bancário, porque não realizam a função econômica da intermediação. (...) O contrato é bancário se ninguém mais a não ser a sociedade empresária autorizada a operar a atividade de intermediação de recursos monetários, pode oferecê-lo ao mercado.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2003, 17) define contrato bancário como "(...) aquele concluído por um banco na sua atividade profissional e para a consecução dos seus fins econômicos, que são crédito e serviços."

Esclarecedora observação faz o referido Ministro do STJ (AGUIAR JÚNIOR, 2003, 9) acerca do binômio contratos e operações bancárias. Segundo ele,

Para estabelecer a natureza do contrato bancário, na perspectiva que nos interessa, devem-se precisar alguns pontos a partir do seu objeto. Em primeiro lugar, está a propalada dualidade entre contratos bancários e operações bancárias. Costuma-se dizer que estas têm abrangência maior que o contrato, pois compreendem também atos praticados pelos bancos que não se formalizam no contrato, como ocorre com o simples cumprimento de ordens do cliente, e têm um sentido mais

dinâmico, sendo o conjunto de atos que se desenvolvem para alcançar um resultado econômico, enquanto o termo contrato nos leva mais precisamente ao acordo de vontades (Bolaffio, "Il Codice di Commercio Commentato", I/282/283). No entanto, se entendermos a obrigação como processo, visualizada na sua totalidade e integrada de diversas fases, seguindo a lição de Clovis do Couto e Silva ("A obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor", em A obrigação como processo, São Paulo, José Bushatsky, p. 10), logo se conclui que as diversas condutas praticadas pelos participantes das operações bancárias integram um processo obrigacional que se formaliza no contrato, sejam atos preparatórios, executivos, principais ou acessórios. Por isso, justifica-se o uso das expressões operações bancárias e contratos bancários como sinônimas, o que se dá tanto na prática do mercado como na nossa doutrina e jurisprudência.

Fran Martins (2001, 384), no mesmo sentido, assevera que:

O Código Comercial, ao tratar dos banqueiros, se refere aos atos de comércio pelos mesmos praticados denominando-os de operações de bancos (arts. 119 e 120). De fato, todas essas operações poderão ser classificadas como contratos, já que há acordo entre as partes criando obrigações.

Duas são as posições adotadas pela doutrina quanto à caracterização de um contrato como sendo bancário. Uma delas leva em conta o aspecto subjetivo, ou seja, será bancário o contrato em que figure na relação jurídica contratual um banco, ou, conforme o artigo 17 da Lei nº 4.595/64, uma instituição financeira. A outra corrente leva em conta o elemento objetivo, ou seja, será bancário todo contrato que realize as finalidades específicas do banco, qual seja, a intermediação do crédito e a prestação de serviços de natureza bancária.

Entretanto, como bem observa o citado Ministro (AGUIAR JÚNIOR, 2003, 9/10), para que se configure um contrato como sendo bancário,

Não basta, porém, que participe da relação um banco, pois, como sujeito, a empresa bancária pode firmar contratos alheios à sua atividade principal; nem por isso deixa de ser banco, nem o contrato

pode ser incluído na espécie dos contratos bancários. Na verdade, é preciso reunir os dois aspectos assinalados pelas correntes antagônicas (objetivistas e subjetivistas) para concluir que o contrato bancário se distingue dos demais porque tem como sujeito um banco, em sentido amplo (banco comercial ou instituição financeira, assim como definido no artigo 7º da Lei nº 4.595, i.e., caixa econômica, cooperativa de crédito, sociedade de crédito, banco de investimento, companhia financeira, etc.), e como objeto a regulação da intermediação de crédito.

E arremata:

Os negócios de crédito podem ser de moeda, de mercadorias, etc., mas o que aqui nos interessa é o negócio de crédito que tenha por objeto a moeda, isto é, em que a entrega e a restituição sejam contratadas em moeda (Alcaro, Soggetto e contratto nell'attività bancaria, Giuffrè, p. 22 e seguintes), que é a operação fundamental do banco, a atuar principalmente na interposição lucrativa do crédito. O negócio bancário é uma espécie do gênero negócio de crédito.

Nos contratos bancários, os bancos atuam basicamente como intermediários entre a oferta e a procura de dinheiro, aceitando o depósito deste em troca de remuneração financeira ou da prestação de serviços e aplicando os recursos captados, mediante a cobrança de encargos.

O lucro das instituições financeiras consiste na diferença entre o que for despendido com o dinheiro captado e aquilo que se recebe pelo empréstimo desse mesmo dinheiro ou ainda pela prestação de serviços bancários.

Segundo dispõe o artigo 17 da Lei nº 4.595/64, "Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros."

Contratos bancários, como se vê, são todos aqueles negócios jurídicos em que figure como contratante uma instituição financeira e que tenham como objeto imediato a regulação das relações jurídicas de intermediação de crédito ou prestação de serviços e como objeto mediato o próprio crédito ou o serviço bancário prestado.

Alguns contratos bancários são específicos desse segmento, muito embora possa ocorrer a sua utilização, isoladamente, por não banqueiros. Há casos em que determinadas operações só podem ser realizadas por instituição financeira, por força de determinação legal, como se dá com o penhor de jóias. Há contratos bancários, contudo, que na sua essência, não se diferenciam em muito dos demais enlances contratuais firmados nas esferas cível e comercial (mútuo, v.g.). O que os qualifica como bancários é o fato de neles figurar, como contratante, uma instituição financeira e de terem por objeto a intermediação de crédito ou a prestação de serviços bancários, podendo assumir as mais diversas formas, sejam típicas, sejam atípicas, desde que não haja vedação legal à contratação.

Os contratos bancários são, em regra, consensuais (em alguns casos podem ser reais como, v.g., no caso do mútuo), bilaterais, onerosos, comutativos, não solenes (podem ser solenes, v.g., no caso de empréstimo com garantia hipotecária, em que a forma será a de escritura pública), *intuitu personae* (já que tem por fundamento a fidúcia - o crédito - do contratante), e guardam uma peculiaridade em relação às demais avenças, que é a exigência constitucional de sigilo em relação aos dados a eles relativos.

Segundo Arnaldo Wald (1998, 15/21)

O sigilo bancário é o meio para resguardar a privacidade no campo econômico, pois veda a publicidade sobre a movimentação da contacorrente bancária e das aplicações financeiras.

Via de regra são contratos de adesão e não raro suas cláusulas são fixadas por disposições legais expressas ou através de regulamentação do Banco Central.

Os contratos bancários podem ser classificados em operações ativas, quando a instituição financeira concede crédito ao cliente e este se torna devedor daquela (empréstimos, descontos de títulos de terceiros, antecipações, aberturas de crédito, v.g.); passivas, quando o cliente é quem concede crédito à instituição financeira e esta se torna devedora dele (depósito bancário e aplicação financeira, v.g.); e ainda as neutras, onde o banco atua como prestador de serviços ou intermediário, cobrando tarifas por tal atuação, como se dá com as operações de câmbio, aluguel de cofres, etc.

Ruy Rosado (AGUIAR JÚNIOR, 2003, 17) classifica os contratos bancários em: "(...) contrato de moeda e crédito, depósito e financiamento; contrato misto, de crédito e serviços (intermediação bancária); e contrato de serviços (garantia, custódia, cofre, etc.)."

O vínculo contratual mais comum entre uma instituição financeira e seus clientes se dá por meio do contrato de depósito bancário em

conta-corrente, através do qual o cliente entrega uma determinada quantia em dinheiro ou valores mobiliários ao banco, e este se compromete a devolver-lhe, assim que solicitado.

Fábio Ulhoa Coelho (2004, 17) observa que:

O contrato veículo das operações passivas dos bancos é o depósito bancário, conhecido vulgarmente como conta (Rizzardo, 1990:31/32). Quando se diz que alguém abriu uma conta no banco, em termos técnicos, essa pessoa celebrou contrato de depósito bancário.

Ruy Rosado (AGUIAR JÚNIOR, 2003, 17/18) observa que o contrato de depósito bancário:

É um contrato próprio, típico, e guarda similitude com o depósito irregular, mas com este não se confunde: 'o depósito irregular tem por objeto coisas fungíveis e o depositário se obriga a restituir um bem do mesmo gênero, qualidade e quantidade do custodiado (como acontece nos armazéns gerais, regulados pelo Dec. no 1.102, de 21/11/1903). Esses elementos, por evidente, podem se verificar na relação entre o depositante de recursos monetários e o banco, mas a instituição financeira, a partir do contrato de depósito bancário, passa a titularizar a propriedade dos valores depositados e não a exercer a simples custódia, como ocorre em relação ao depositário no depósito irregular. A relação entre o cliente e o banco, nesse contrato, é de verdadeira fidúcia' (Fábio Ulhoa Coelho, Manual de Direito Comercial, p. 431). Corrente divergente sustenta ser do depositante a propriedade do numerário, de que o banco apenas tem a posse, mas tal entendimento não merece aplauso. Na verdade, trata-se de duplo poder de disposição: do cliente, sobre a parte que deposita, e do banco, sobre o total dos depósitos de terceiros. Em época normal, o banco efetua 'o trabalho técnico com a média de disponibilidade possível' (Pontes de Miranda, Tratado, vol. 42, p. 372/374), o que lhe permite girar com o numerário depositado, sem retirar do cliente o direito à restituição imediata.

O contrato de depósito bancário é um contrato autônomo, *sui generis*, que se classifica como real, oneroso, bilateral, não formal e de

adesão, tendo como elementos: a) os sujeitos, que são o cliente como depositante e o banco como depositário; b) o objeto, que consiste na obrigação do banco de guardar os fundos depositados e mantê-los à disposição do cliente, quando por ele solicitados; e c) a tradição.

Os depósitos bancários podem ser efetuados nas modalidades *à vista*, *a pré-aviso* ou *a prazo fixo*; com ou sem remuneração.

A fim de operacionalizar o contrato de depósito bancário, o banco abre ao cliente uma conta-corrente na qual são creditados todos os valores depositados e de onde são sacados os montantes destinados ao pagamento das ordens de pagamento por ele emitidas.

Fran Martins (2001, 372), observa, que:

Não devem ser confundidos, entretanto, o contrato e a escrituração da conta-corrente. Esta é apenas uma modalidade de lançamento na escrita mercantil para verificar a situação exata de um freguês de estabelecimento comercial de acordo com as dívidas que esse for contraindo e os pagamentos que for efetuando. (...) No contrato de conta-corrente há uma convenção entre as duas partes no sentido de serem anotadas nas contas as remessas de valores que mutuamente se fazem como partidas de débito e de crédito para uma verificação posterior do saldo. Somente quando a conta é encerrada é que o saldo acusado se tornará exigível por parte daquele que for credor. As remessas de valores, na conta-corrente contratual, são mútuas, figurando os remetentes como credores ou devedores, na escrituração, mas só no encerramento se apurando quem, afinal, é o credor e quem o devedor. Ao passo que na conta-corrente contábil há um só devedor, que é o cliente em nome de quem a conta foi aberta; esporádica e teoricamente esse devedor poderia, ao encerrar a conta, figurar como credor, se houvesse remetido mais dinheiro a seu crédito do que o montante das dívidas feitas. Na prática isso nunca acontece, pois as partidas de numerários por ele remetidas são, em geral, por conta do seu débito, com a finalidade de cobri-lo.

O contrato de depósito em conta bancária pode ser firmado nas modalidades individual ou conjunta. Na modalidade individual, há apenas um titular, o qual tem a livre movimentação da conta. Já no caso da conta conjunta, são no mínimo dois os titulares, sendo que a movimentação poderá ocorrer de forma solidária, caso em que qualquer dos titu-

lares pode movimentar individualmente, ou de forma não solidária, caso em que a conta só pode ser movimentada por todos os titulares, conjuntamente.

Os contratos de depósito bancário em conta-corrente, de um modo geral, têm, como característica, uma alta rotatividade, promovendo o cliente depósitos e saques, estes geralmente mediante a emissão de cheques; a utilização de cartão de débito; ou através de saques na boca do caixa, etc., quase que diariamente. Isto implica um movimento contínuo e constante da conta.

Nesta espécie contratual o cliente tem a obrigação de depositar os valores correspondentes para que o banco possa efetuar o pagamento dos cheques e demais ordens de pagamentos por ele emitidos e vice-versa.

Via de regra é a partir do contrato de depósito bancário em conta-corrente que é constituída uma série de outros contratos, tais como os de abertura de crédito; CDC Eletrônico; mútuo; financiamento; locação de cofres; etc.

Hoje em dia é comum que concomitantemente com a abertura da conta de depósito bancário a instituição financeira já faça um cadastro do cliente e defina um limite global de crédito a ser posto à sua disposição, firmando um 'contrato mãe', por meio do qual o banco se compromete a pôr à disposição do cliente diversas linhas de crédito pré-definidas.

Definidas as linhas de crédito (crédito rotativo, CDC Eletrônico, etc.), e postos os respectivos valores à disposição do cliente, basta que ele se dirija a um terminal eletrônico ou acesse a página da instituição bancária na Internet e escolha o valor, dentro do limite posto à sua disposição obviamente; o dia do vencimento; bem como o número de parcelas em que pretende restituir o valor emprestado, e em seguida digite a sua senha e conclua a operação, para que seja instantaneamente creditado em sua conta de depósitos o valor contratado.

Esta é a mais recente modalidade de contração bancária, a qual proporciona ao cliente a comodidade de poder contratar sem sair de casa, bem como de poder decidir acerca de todas as regras relativas ao pagamento, dentro, obviamente, dos limites pré-estabelecidos.

Tais contratações só se tornaram possíveis a partir da criação da chamada Cédula de Crédito Bancário, que se deu com a edição da MP 1925/1999, reeditada inúmeras vezes até que, por força da edição da EC 43/2001 foi renumerada para nº 2.160/2001, a qual atualmente encontra-se revogada pela Lei nº 10.931, de 02/08/2003. Esta era uma providência há muito reclamada pelo mercado financeiro e de resto por toda a sociedade brasileira, como bem lembra Humberto Theodoro Júnior (2003, 5):

A criação da cédula de crédito bancário veio ao encontro da necessidade premente e urgente de

inovação no cenário nacional, à época em que os financiamentos bancários se tornavam cada dia mais caros e restritos, devido à insegurança e instabilidade das decisões dos pretórios nacionais que fragilizavam os vínculos contratuais.

Nesta modalidade de contrato bancário, ao firmar o 'contrato mãe' com a instituição financeira, por meio do qual é definido o limite global de crédito posto à disposição do cliente, bem como os respectivos limites de cada operação (crédito rotativo, CDC eletrônico, etc.), é emitida em favor do banco a chamada Cédula de Crédito Bancário, a qual, desde que revestida das formalidades constantes da Lei nº 10.931/2003, é título executivo extrajudicial apto a aparelhar ação de execução.

Em ocorrendo o inadimplemento contratual, a instituição financeira poderá ingressar com ação de execução, desde que acoste à Cédula planilha demonstrando o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais devidos, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela de atualização monetária ou cambial, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais, as despesas de cobrança e de honorários advocatícios devidos até a data do cálculo e, por fim, o valor total da dívida, sendo que em caso de Cédula de Crédito Bancário representativa de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário em conta corrente esta será emitida pelo valor total do crédito posto à disposição do emitente, competindo ao credor discriminar nos extratos da conta corrente ou nas planilhas de cálculo, que serão anexados à Cédula, as parcelas utilizadas do crédito aberto, os aumentos do limite do crédito inicialmente concedido, as eventuais amortizações da dívida e a incidência dos encargos nos vários períodos de utilização do crédito aberto.

Esta modalidade de contratação vem se difundindo rapidamente, sendo largamente utilizada nas contratações com pessoas físicas.

A emissão da Cédula de Crédito Bancário pode abranger o contrato de abertura de crédito, o chamado CDC eletrônico, o mútuo e o financiamento bancário, dentre outros.

Na modalidade de abertura de crédito, as partes convencionam que o banco colocará à disposição do cliente determinado limite de crédito, o qual poderá ou não ser efetivamente utilizado. Caso ocorra a utilização do limite contratado, que poderá ser total ou parcial, haverá a incidência de encargos sobre as quantias utilizadas, pelo período em que perdurar a utilização.

Como bem observa Arnaldo Rizzardo (2003), essa espécie contratual tem por objeto a concessão de crédito e não a entrega ou mesmo a transferência de dinheiro para o cliente, que, inclusive, poderá sequer chegar a ocorrer.

Tem-se a contratação como firmada mediante a simples promessa do banco de que o cliente terá a seu dispor o crédito de determinado

valor, que poderá ser-lhe entregue em dinheiro, quando assim o determinar ou poderá ser objeto de saque por meio de movimentação da própria conta de depósito bancário, como se dá, *v.g.*, com o cheque especial (pessoa física) ou o cheque garantido (pessoa jurídica), por meio do qual a instituição financeira coloca à disposição do depositante titular de conta-corrente de depósitos certa quantia em dinheiro, por um período de tempo previamente convencionado, mediante remuneração apenas dos valores efetivamente utilizados, durante o período da utilização.

Muito embora o contrato de abertura de crédito geralmente esteja vinculado ao contrato de depósito em conta bancária, é um contrato autônomo, atípico ou inominado, bilateral, oneroso, comutativo, de execução continuada e *intuitu personae*, já que tem por sustentáculo a confiança de que o cliente restituirá o valor que vier a utilizar. Pode ser lastreado em garantia real ou pessoal e a fim de que possa aparelhar futura execução judicial, em caso de inadimplemento, deve ser formalizado sob os auspícios da lei nº 10.931/2003, com a emissão de Cédula de Crédito Bancário, sendo admitido, contudo, como apto a instruir ação monitória, desde que acompanhado do demonstrativo de débito (Súmula STJ 247).

Outra espécie de contratação de massa firmada pelas instituições financeiras é o contrato de empréstimo bancário, comumente conhecido como mútuo bancário, por meio do qual as instituições financeiras entregam aos seus clientes determinada soma em dinheiro, a qual deverá ser restituída dentro de determinado prazo, mediante o pagamento de juros.

Essa espécie contratual pode ser firmada mediante o simples consenso das partes quando a garantia é pessoal e o banco concede o empréstimo confiando na solvabilidade do cliente, ou mediante a exigência da emissão de título de crédito do próprio contratante em garantia do pagamento ou ainda mediante a exigência de garantia pessoal de terceiros ou mesmo real. As carteiras de empréstimos bancários das instituições financeiras constituem considerável parte de suas operações ativas.

Para essa modalidade de contratação, a rigor, não há necessidade de que seja emitida Cédula de Crédito Bancário, já que é plenamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência a exequibilidade dos contratos firmados de acordo com o artigo 585, II, do CPC, o que, contudo, não impede que seja acordada a emissão da Cédula.

Entretanto, quando firmado na modalidade CDC Eletrônico, é aconselhável que seja formalizado sob os auspícios da Lei nº 10.931/2003, já que alguns Tribunais não vêm reconhecendo esta modalidade contratual em sua forma original, executada pela via eletrônica, sequer como apta a aparelhar ação monitória, conforme se vê do seguinte acórdão do TJ/DF:

PROCESSUAL CIVIL - MONITÓRIA - Ausência de prova escrita do crédito alegado. Contrato eletrônico. Inadequação da via eleita. A ação monitória é ação de natureza documental, cumprindo ao autor, nos termos do artigo 1102a do CPC, instruir o pedido com prova escrita do crédito alegado, capaz de ensejar razoável certeza da obrigação. O contrato eletrônico que não se torna expresso através de documentos, não autoriza a utilização da monitória. A prova do descumprimento, em contratos dessa espécie, só será possível no procedimento comum, quando será permitida ampla dilação probatória. Inépcia da inicial. Apelação provida. (TJDF - APC 20030110352234 - 4ª T.Cív. - Rel. Des. Getúlio Moraes Oliveira - DJU 31/05/2005 - p. 165) JCPC.1102A

Tal decisão demonstra de forma insofismável a importância da criação da Cédula de Crédito Bancário para a modernização do sistema financeiro, em especial para a adoção dos contratos bancários eletrônicos.

Através do desconto bancário pode o cliente, mediante a transferência da propriedade de títulos de crédito emitidos contra terceiros, obter junto ao banco o adiantamento das respectivas quantias, mediante o pagamento de juros. O desconto de títulos constitui modalidade de mútuo bancário, diferindo deste apenas no que respeita à garantia, que no caso do desconto será sempre um título de crédito emitido por terceiro, enquanto que no mútuo bancário a contratação poderá ocorrer pelo simples consenso ou pela emissão de título de crédito do próprio contratante.

Nas operações de antecipações, que em muito se assemelham ao mútuo e ao desconto, o cliente recebe determinada importância mediante garantia real do pagamento, que pode se dar pela entrega dos documentos representativos de mercadorias, como se dá com o conhecimento de depósito ou warrant.

Há ainda inúmeros outros contratos bancários, como os firmados no âmbito do SFH ou SFI, destinados à aquisição de imóveis; de penhor; de alienação fiduciária em garantia; de cobrança de duplicatas, etc., sobre os quais não se irá discorrer tendo em vista a natureza do presente estudo, mas em relação aos quais eventualmente se fará menção.

4 Contratos eletrônicos

Muito se tem discutido acerca da real necessidade de uma normatização específica acerca dos contratos eletrônicos, vista por al-

guns como engessadora e por outros como estabilizadora dessas novas relações jurídicas derivadas do uso da tecnologia digital.

Contraditoriamente, porém, neste momento de transição, em que se buscam meios práticos e eficientes para a solução dos conflitos cibernéticos, exatamente o ramo do direito que desde o seu nascedouro ostentou nítida tendência globalizadora, vem sendo mitigado na sua real importância, especialmente após a edição do Código Civil vigente.

De fato, não se pode deixar de observar que neste momento em que se busca com tamanho frenesi a reinvenção de institutos tradicionais, com o fito de adequá-los às novas tecnologias de formação dos contratos, especialmente na seara dos chamados contratos eletrônicos, que sem dúvida são o sustentáculo desta nova fase evolutiva da atividade mercantil, o Direito Comercial, que tanto contribuiu para a expansão do comércio e a globalização dos mercados, vem tendo seu papel mitigado.

Nada obstante a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da necessidade ou não de uma normatização específica, o contrato eletrônico é hoje uma realidade incontestável, a qual o direito não pode ignorar.

Cabe aos artifices do direito, portanto, até que sobrevenha legislação específica, buscar dentro do sistema legal vigente, através de uma interpretação de cunho jusnaturalista, soluções jurídicas as mais justas e consentâneas com as aspirações da sociedade moderna, não permitindo que o apego exacerbado a um jurispotivismo ultrapassado engesse os agentes econômicos e impeça a adoção de métodos modernos e eficazes de troca de mercadorias e circulação de riquezas, sem, contudo, abandonar à própria sorte aqueles com reduzido poder de barganha diante dos grandes conglomerados econômicos.

Conforme leciona Arnaldo Wald (2001, 39):

(...) o Direito deve servir de ponte entre a economia moderna e a política arcaica, pois abrange regras tradicionais e outras inovadoras, que devem formar um sistema único, racional e coerente, não podendo subsistir sob a forma de uma colcha de retalhos.

30. Por outro lado, na medida em que a evolução das atividades econômicas contribui para tornar mais complexas as regras jurídicas, a criatividade jurídica do advogado tornou-se, no mundo hodierno, uma verdadeira vantagem competitiva, que tem inclusive justificado a preferência pela utilização, em todos os países, de sistemas jurídicos mais flexíveis e adaptados à mudança.

31. Dentro desse contexto, o direito privado se torna uma verdadeira força que assegura a melhor performance da empresa, considerada como

centro da economia contemporânea, a possibilidade de atrair capitais nacionais e estrangeiros e conseqüentemente a riqueza das nações e o aprimoramento das condições de vida na sociedade. E o direito público passa a ser um instrumento da reforma do Estado e da nova estruturação dos serviços públicos, que deve prestar de modo eficiente, para cumprir a sua função constitucional em todos os campos de atividade, assegurando a todos os cidadãos uma vida digna em um clima de segurança.

E conclui o emérito professor (WALD, 2001, 39):

Se o Direito tem a dupla finalidade de garantir tanto a justiça quanto a segurança, é preciso encontrar o justo equilíbrio entre as duas aspirações, sob pena de criar um mundo justo, mas inviável, ou uma sociedade eficiente, mas injusta, quando é preciso conciliar a justiça e a eficiência. Não devem prevalecer nem o excesso de conservadorismo, que impede o desenvolvimento da sociedade, nem o radicalismo destruidor, que não assegura a continuidade das instituições. O momento é de reflexão e construção para o jurista que, abandonando o absolutismo passado, deve relativizar as soluções, tendo em conta tanto os valores éticos quanto as realidades econômicas e sociais. Entre princípios antagônicos, em um mundo dominado pela teoria da relatividade, cabe adotar, também no campo do Direito, o que alguns juristas passaram a chamar os princípios de geometria variável, ou seja, o equilíbrio entre justiça e segurança, com a prevalência da ética mas sem desconhecer a economia e os seus imperativos.

Este, sem dúvida, é o papel daqueles que labutam na seara jurídica, independentemente da positivação de normas a respeito de tema tão relevante e em relação ao qual a sociedade não pode permanecer inerte, aguardando a boa vontade dos legisladores.

A utilização da via eletrônica como meio de firmar contratos, efetuar pagamentos ou mesmo transferir valores é uma realidade inconteste, e que assume papel cada vez mais relevante em uma sociedade que se globaliza a passos largos e onde os bens e direitos se tornam cada vez mais fluidos e intangíveis.

O legislador do Código Civil vigente perdeu grande oportunidade de dotar nosso sistema legislativo de dispositivos modernos e adequados à fase evolutiva em que se encontra nossa sociedade, nesta era digital.

É verdade que tramitam no Congresso Nacional o PLC nº 1.483/1999, que trata da criação da fatura eletrônica e da assinatura digital, e o PLC nº 1.589/1999, que dispõe sobre a regulamentação do comércio eletrônico, a validade do documento eletrônico e a assinatura digital, os quais se encontram apensados ao PLC nº 4906/2001 (PLS nº 672/1999), que dispõe sobre o comércio eletrônico.

Entretanto, referidos projetos de lei encontram-se paralisados há alguns anos, seja pela ausência de uma real avaliação da importância da regulamentação de tais institutos, seja pela incapacidade daquela Casa em exercer seu mister legislativo a contento, perdendo-se em infundáveis comissões parlamentares de inquérito e processos éticos instaurados para investigar e punir, na maioria das vezes, seus próprios membros, assim como por disputas políticas travadas com os outros poderes constituídos.

Vale lembrar que a Lei Modelo da *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL), foi apresentada na 29ª Assembléia Geral das Nações Unidas, realizada no período de 28 de maio a 14 de junho de 1996.

Em verdade, não se trata de uma lei no sentido estrito, mas sim de diretrizes a serem adotadas, na medida do possível, pelo maior número de países, com o objetivo de se buscar a uniformização das normas legais acerca do comércio eletrônico, este entendido em sentido lato, abrangendo inclusive as transações eletrônicas que não estejam ligadas ao comércio em sentido estrito.

O PLC 1589/1999, de autoria do Deputado Federal Luciano Pizzato e outros, que teve por base o anteprojeto apresentado pela Seccional da OAB/SP, e que tramita no Congresso apensado ao PLC nº 4906/2001 (PLS nº 672/1999), tem inspiração naquela Lei Modelo. Este último, também, não destoaria do que preconizam as diretrizes traçadas pela UNCITRAL.

Diante da inapetência do Congresso em exercer seu papel legislativo, cumpre aos artifices do direito buscarem, através de uma sistematização doutrinária e uma interpretação de cunho jusnaturalista, soluções para os problemas jurídicos advindos da utilização dos meios eletrônicos como forma de contratação, pagamento, prestação de serviços ou mesmo transferências de valores.

Como consequência, a doutrina e a jurisprudência têm se desdobrado na busca de soluções para os problemas em relação aos quais permanece esse vácuo legislativo, já se podendo vislumbrar uma consistente base na qual os artifices do direito podem se abeberar.

As próprias empresas, dentre elas as instituições financeiras, têm buscado mecanismos de proteção que garantam um mínimo de segurança para si e para seus clientes, seja adotando certificados digitais em suas páginas na Internet, seja assumindo elas mesmas o papel de agen-

tes certificadores digitais, como ocorre no caso da Caixa Econômica Federal.

Não se pode simplesmente fechar os olhos para um volume astronômico de transações eletrônicas, com destaque para as bancárias, realizadas diariamente, seja em quantidade, seja pelos valores envolvidos, como têm feito nossos legisladores. Tanto é assim que mesmo diante do vácuo legislativo e da inércia do Congresso em regulamentar a matéria, os empresários, e em especial as instituições bancárias vêm investindo pesadamente nos chamados canais alternativos de atendimento, dos quais se destacam os chamados *e-commerce*, *home banking* e auto-atendimento bancário, *v.g.*, este último através da utilização de terminais instalados em pontos estratégicos ou mesmo no interior das agências bancárias.

Vale lembrar, por oportuno, que relativamente à utilização dos meios eletrônicos como forma de contratação, conquanto o Código Civil vigente não tenha feito referência expressa a tal modalidade de contrato, fê-lo indiretamente ao discriminar as situações em que as contratações se dão entre presentes ou entre ausentes, quando, no artigo 428, I, parte final, estabelece que "Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante".

Em matéria de prova, o artigo 212, II, combinado com o artigo 225 do Código Civil, atribui valor probante aos documentos eletrônicos, "se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão", enquanto o artigo 889, § 3º, do Código Civil, conquanto não trate das obrigações contratuais, atribui validade à emissão de títulos de crédito por meio eletrônico, positivando a chamada desmaterialização dos títulos de crédito, o que bem evidencia a ausência de repulsa daquele Código à utilização da via eletrônica como meio de formalizar obrigações, inclusive de natureza contratual.

A Lei Modelo da UNCITRAL, em seu artigo 2º, ao definir comércio eletrônico, o faz em um sentido amplo, devendo-se entender por tal designação não só as transações que visam à prática de atos comerciais ou que dela resultem, mas também todas as demais transações eletrônicas, ainda que praticadas fora do âmbito das relações comerciais, incluídas as de natureza civil ou mesmo as de índole administrativa.

Para Euripedes Brito da Cunha Júnior (2002, 68),

Em termos genéricos, o contrato eletrônico é aquele avençado ou executado pela via eletrônica. O contrato celebrado mediante meios eletrônicos, ou seja, eletrônico na sua formação, pode ser considerado mais eletrônico do que um contrato avençado por modo tradicional, mas com execução eletrônica. Assim, pode-se afirmar que o contrato celebrado eletronicamente é eletrônico stricto sensu, enquanto o contrato simplesmente execu-

tado eletronicamente o é lato sensu. Portanto, as duas categorias estão compreendidas dentro do escopo dos contratos eletrônicos.

Esta distinção é de grande importância para o estudo dos contratos bancários eletrônicos, como se verá mais adiante.

O aspecto eletrônico da contratação que é objeto do presente estudo, está ligado à forma ou à execução e não ao objeto do contrato propriamente dito, que, todavia, pode também ser eletrônico.

À vista de tais considerações, partindo-se do conceito de contrato formulado por Fran Martins alhures mencionado, pode-se afirmar que contrato eletrônico é o acordo de duas ou mais pessoas, celebrado ou executado pela via eletrônica, para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial.

Há que se distinguir contrato eletrônico, nesse desiderato, dos chamados contratos informáticos.

Contratos informáticos são aqueles que têm por objeto bens cuja destinação e uso estão ligados à informática, como ocorre com a aquisição de licença de uso de *software*, com a contratação do desenvolvimento de *software*, a locação de equipamentos de informática (servidores, etc), a manutenção de equipamentos, etc., cujas contratações podem ocorrer tanto por meio físico quanto pela via eletrônica. Já os contratos eletrônicos podem ter por objeto não apenas bens ligados à informática, mas quaisquer outros lícitos, possíveis e determinados ou determináveis.

5 Classificação dos contratos eletrônicos

Eurípedes Brito da Cunha Júnior (2002), propõe interessante classificação dos contratos eletrônicos levando-se em conta: o grau de eletronização; a natureza da relação jurídica tutelada; o grau de interação entre homem e máquina; e a simultaneidade da proposta e da aceitação.

Segundo ele, os contratos eletrônicos podem ser classificados de acordo com o seu maior ou menor grau de eletronização, classificação esta que deve anteceder as demais, já que facilita a compreensão daquelas.

5.1 Classificação dos contratos eletrônicos quanto ao seu grau de eletronização

Nesta classificação, o momento e a duração com que ocorre o emprego das novas tecnologias na formação ou na execução do contrato são determinantes, ou seja, um contrato que dependa dos meios tecnológicos para que possa se formar será mais eletrônico do que um outro que dependa de tais meios apenas para ser executado. O primeiro será eletrônico na sua formação, no seu nascimento, enquanto o segun-

do somente o será na sua execução. O primeiro, portanto, será um contrato eletrônico *stricto sensu*, já que sua própria formação se dá pela via eletrônica, enquanto o segundo será eletrônico *lato sensu*, uma vez que apenas sua execução ocorre por meio eletrônico.

5.1.1 Contratos executados eletronicamente

Ao se falar em contratos executados eletronicamente, é oportuno relembrar os ensinamentos do Min. Ruy Rosado (AGUIAR JÚNIOR, 2003, 9), no sentido de que "se entendermos a obrigação como processo, visualizada na sua totalidade e integrada de diversas fases, seguindo a lição de Clovis do Couto e Silva ('A obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor', em A obrigação como processo, São Paulo, José Bushatsky, p. 10)".

Nessa linha de pensamento, os contratos celebrados em meio físico, mas apenas executados eletronicamente, são contratos eletrônicos em sentido lato, os quais, por sua vez podem ser subdivididos em parcial ou integralmente executados eletronicamente.

Esses tipos contratuais, geralmente, têm um contrato-base, firmado em meio físico, cuja prestação é de execução diferida no tempo e para a qual é necessário o emprego de meios eletrônicos, total ou parcialmente.

Como existe um contrato físico que dá respaldo à execução eletrônica, a aferição do local e do momento em que ocorreu a contratação, via de regra, não oferece maiores questionamentos.

5.1.1.1 Contratos parcialmente executados eletronicamente

É muito comum nesta fase tecnológica em que nos encontramos, a utilização pelas grandes corporações de *softwares* de gestão empresarial, os quais, dentre outras tarefas, realizam o controle de estoque, efetuando novos pedidos aos fornecedores, de forma eletrônica e automatizada, dos produtos cujo estoque encontre-se abaixo do nível mínimo desejado, conforme o consumo verificado.

Nesse tipo de contratação, a exemplo da anterior, pré-existe um contrato físico entre o fornecedor e o comprador, o qual é apenas parcialmente executado pela via eletrônica, mediante a programação dos computadores do comprador e do fornecedor, já que as demais etapas são executadas fisicamente, inclusive a remessa e o recebimento dos produtos adquiridos por esta via.

5.1.1.2 Contratos integralmente executados eletronicamente

Exemplo de contrato firmado em meio físico, e executado integralmente por meio eletrônico, se dá com os cartões de crédito, quando o

cliente firma o contrato por meio físico, geralmente na agência bancária onde tem conta.

Nessa espécie contratual, é comum o cliente firmar o contrato de cartão de crédito em meio físico, receber posteriormente o cartão propriamente dito pelo correio e executar todas as operações de pagamentos de compras e serviços por meio dos terminais eletrônicos existentes nos estabelecimentos comerciais, para, no vencimento da fatura, promover o pagamento desta, também por meio eletrônico, com o uso dos canais alternativos de atendimento bancário.

Neste caso, a execução deu-se totalmente pela via eletrônica, embora a contratação tenha ocorrido em meio físico.

Vale lembrar que não se devem confundir os contratos de compra e venda ou prestação de serviços firmados pelo titular e pagos através do cartão de crédito, que podem inclusive ter por objeto bens tangíveis, com o contrato de cartão de crédito propriamente dito, cujo objeto é o crédito (meio de pagamento) e cuja execução se dá por meio eletrônico.

Essa espécie contratual é muito comum também nas contratações de hospedagem em servidores, quando o ajuste é firmado em meio físico e a execução se dá de modo totalmente virtual. Nela, uma vez efetuada a contratação por meio físico, todos os arquivos que serão hospedados são remetidos e armazenados por via eletrônica.

5.1.2 Contratos firmados por meio eletrônico, executados fisicamente

Nessa espécie contratual já não se verifica mais a existência de um contrato físico. Ela é fruto da utilização das novas tecnologias como meio de transmissão das manifestações de vontades e do registro das respectivas transações. Nelas as declarações de vontade - oferta e aceitação - são transmitidas por meio eletrônico e o seu respectivo registro ocorre de forma virtual. Tais contratos são eletrônicos desde a sua formação, que se dá mediante o uso de tecnologia eletrônica, embora sua execução ocorra pelo modo tradicional.

São os contratos eletrônicos *stricto sensu*, cujo exemplo típico é o contrato de compra e venda de bens duráveis ou não por meio da Internet. O comprador acessa a página da Internet, toma conhecimento da oferta, escolhe o produto e as condições de pagamento, preenche um cadastro com seus dados pessoais e em seguida, mediante um simples *click* do mouse manifesta a sua aceitação, a qual é transmitida de forma instantânea ao provedor do ofertante, que geralmente já está previamente programado para concluir a contratação, gerando um arquivo virtual com as cláusulas e condições da transação.

São contratos eletrônicos propriamente ditos ou contratos eletrônicos *stricto sensu*, muito embora sua execução ainda se dê pelo modo

físico. Pode-se dizer, portanto, que são menos eletrônicos do que os firmados e executados eletronicamente.

Essa espécie de contratação tanto pode se dar entre presentes, quando a máquina do ofertante estiver pré-programada para concluir a transação assim que se der o *click* no mouse do aceitante, como entre ausentes, nas situações em que a manifestação de vontade do aceitante for emitida através de e-mail, como se verá oportunamente.

5.1.3 Contratos firmados e executados por meio eletrônico

Identicamente aos anteriores, estes contratos são eletrônicos desde o seu nascimento, já que as declarações de vontade são transmitidas com o uso de tecnologia digital e o seu respectivo registro ocorre também de modo virtual.

Carregam, contudo, um maior grau de eletronização em relação àqueles, já que além de serem virtuais em sua formação - contratos eletrônicos *stricto sensu* -, são executados pelo modo eletrônico. São contratos intangíveis e imateriais, tanto no que respeita à sua formação quanto na sua execução.

Exemplo típico dessa espécie de contratação ocorre quando um software é adquirido e baixado pela Internet, através de *download*.

A compra de créditos para aparelhos celulares pré-pagos, através da Internet, é outro exemplo típico dessa espécie contratual.

Vale para esta espécie contratual o que foi dito no item anterior acerca da contratação poder dar-se entre presentes ou entre ausentes.

5.2 Classificação quanto à natureza da relação jurídica tutelada

Esta classificação leva em conta a natureza jurídica do direito material envolvido ou a personalidade jurídica das partes contratantes.

Em se tratando de matéria relacionada à informática e à rede mundial de computadores, é comum a adoção de estrangeirismos, tendo a doutrina brasileira convencionado chamar de contratos B2B - *business to business* - aqueles firmados entre duas empresas; B2C - *business to consumer* - os firmados entre uma empresa e um consumidor; C2C ou P2P as transações realizadas por pessoas físicas ou jurídicas fora do âmbito comercial, como ocorre, por exemplo, quando duas pessoas físicas contratam a compra e venda de um veículo usado, através da Internet; G2C e B2G referindo-se os primeiros às transações entre a administração pública e pessoas físicas e o segundo entre pessoas jurídicas e a administração pública; e, finalmente, G2G, que são as transações envolvendo apenas a administração pública.

Vale frisar que nem todas as transações realizadas por meio eletrônico possuem natureza comercial, e mesmo dentre as que são dotadas

de tal natureza há inúmeras que não desembocam na formação de um contrato. Nada obstante, a Lei Modelo da UNCITRAL recomenda e a doutrina convencionou classificar todas as transações realizadas por meio eletrônico como sendo de comércio eletrônico *lato sensu*, reservando a classificação como de comércio eletrônico *stricto sensu* apenas às duas primeiras categorias (B2B e B2C). As demais são classificadas como operações de comércio eletrônico apenas em sentido lato e na maioria das vezes não implicam em atos de contratação propriamente ditos.

De fato, a utilização desse avançado meio digital se expande a cada dia, abrangendo os mais diversos setores de nossa economia e sociedade, inclusive as relações de direito público e de natureza civil. A própria administração pública vem se valendo da rede mundial de computadores para prestar uma série de serviços à população, bem como para praticar atos preparatórios dos procedimentos de licitação. Assim, convencionou-se classificar tais atos como de comércio eletrônico apenas em sentido lato.

É bastante comum, inclusive, a utilização pelo Poder Público das instituições financeiras para a prestação ou mesmo execução de determinados serviços públicos, os quais se dão, em larga escala, através de meios eletrônicos, como se verifica com o pagamento dos diversos benefícios previdenciários e subsídios às populações de baixa-renda (bolsa-família, bolsa escola, etc.).

Por fim, cumpre mencionar a modalidade denominada *peer to peer*, que se caracteriza pela troca de arquivos diretamente entre pessoas que os possuem, em especial arquivos de música, filmes, livros digitalizados e diversos outros tipos de mídias, através de programas de trocas, do qual é exemplo o Napster.

5.3 Classificação quanto à interação entre homem e máquina

Essa classificação toma em conta o grau de interação entre o homem e a máquina, dividindo-se em contratos interpessoais, interativos ou intersistêmicos.

É de grande importância para a constatação da circunstância de o contrato ter sido firmado entre presentes ou entre ausentes.

5.3.1 Contratos interpessoais

Os contratos eletrônicos interpessoais são aqueles em que as mensagens de ambos os contratantes são trocadas de pessoa a pessoa, seja através de *e-mail*, seja pela utilização de programas de troca de mensagens instantâneas (MSN), seja através dos chamados *chats* de bate-papo.

Enquadra-se também nessa espécie de contratação uma compra e venda que seja efetuada por meio de página eletrônica que não esteja

programada para concluir automaticamente a transação, oferecendo apenas um endereço de *e-mail*, um *link* ou outro meio qualquer de comunicação através do qual o oblato possa manifestar sua declaração receptícia de vontade, recebendo, posteriormente, a confirmação ou mesmo instruções de como proceder para concluir o negócio jurídico.

O que caracteriza este tipo de contratação é a intervenção humana em ambos os pólos do contrato. As mensagens são trocadas entre pessoas, à semelhança do que ocorre em uma contratação via telefone, ou mesmo por meio de correspondência epistolar.

Interessante observar que a contratação firmada através de contratos interpessoais poderá dar-se entre presentes, quando se der com o uso de programas de comunicação instantânea, como o MSN ou um *Chat*, ou entre ausentes, quando ocorrer via *e-mail*.

5.3.2 Contratos interativos

Os contratos interativos são aqueles em que a contratação se dá através da interação entre uma pessoa e uma máquina previamente programada para concluir a transação, como se verifica com as páginas das grandes lojas virtuais existentes na Internet, como a *Amazon.com*, *v.g.*

O oblato acessa a página da Internet da loja virtual, escolhe os produtos que deseja adquirir dentre aqueles ofertados, indica a forma de pagamento desejada e em seguida, mediante um simples click no mouse, emite sua declaração receptícia de vontade (aceitação), a qual é transmitida de forma instantânea ao computador do ofertante, formando-se desde logo o contrato.

Para caracterizar um contrato como interativo não basta simplesmente que a oferta esteja inserida em uma página da Internet. É necessário que o computador do ofertante esteja pré-programado para concluir a contratação automaticamente, sem a interferência humana. Caso a página ofereça apenas endereços de *e-mail* ou telefone através dos quais o oblato poderá manifestar sua aceitação, não estará caracterizada esta modalidade e sim a anterior.

O intercâmbio de vontades, conquanto não ocorra de pessoa a pessoa, é instantâneo e evidentemente a contratação não se dá entre a pessoa e a máquina, mas sim entre o oblato e o ofertante, cuja manifestação de vontade já está pré-programada em seus computadores.

5.3.3 Contratos intersistêmicos

Os contratos intersistêmicos são aqueles onde as manifestações de vontade se dão de máquina a máquina. Como já mencionado, é comum nos dias de hoje as grandes corporações utilizarem *softwares* de gestão, os quais, dentre outras funções, promovem o controle de estoque e, tão logo seja verificado que determinado produto esteja

abaixo do mínimo desejado, é efetuado um pedido, automaticamente, a uma outra máquina, que geralmente também possui instalado um *software* de gestão e está pré-programada para concluir a transação, tudo de forma automatizada e sem a interferência humana, a qual, na maioria das vezes só vai ocorrer quando da remessa das mercadorias adquiridas.

A oferta e a aceitação são manifestadas de máquina a máquina, sem a intervenção humana. Na verdade, a manifestação de vontade propriamente dita, no sentido de o comprador formular pedido assim que seus estoques estiverem baixos e do ofertante em atender ao pedido assim que for acionado, por via eletrônica, já está pré-programada, em ambas as máquinas. O que se verifica, nesta fase, é apenas a ocorrência da condição para que a contratação se conclua, ou seja, o baixo nível do estoque.

A exemplo da situação anterior, a contratação não ocorre entre as máquinas, mas sim entre o comprador e o fornecedor, podendo, inclusive, haver um contrato anterior ajustando as condições em que tais contratações serão efetuadas (a mercadoria será fornecida com as alterações que o fabricante promover, pelo preço do dia, mediante determinada forma de pagamento, etc.).

5.4 Classificação quanto à simultaneidade da proposta e da aceitação

Quanto a esse aspecto, os contratos eletrônicos podem ser simultâneos ou *on-line*; ou não simultâneos ou *off-line*.

Simultâneos, ou *on-line*, são os contratos em que as manifestações de vontade (oferta e aceitação) são transmitidas de forma instantânea e, portanto, são considerados como celebrados entre presentes, à vista do disposto no artigo 428, I, do Código Civil vigente.

Nessa modalidade se enquadram, dentre outros, os contratos em que as manifestações de vontade sejam emitidas através do uso de *softwares* de comunicação instantânea (ICQ, MSN, etc.), ou nos casos em que a página do ofertante esteja programada para concluir a transação assim que o aceitante der um *click* em seu *mouse* (contratos interativos).

Não simultâneas ou *off-line* são as contratações em que as manifestações de vontade (oferta e aceitação) não são transmitidas de forma instantânea, diferindo no tempo a sua chegada ao conhecimento do ofertante.

Enquadram-se nesta espécie as contratações formalizadas através de *e-mail* ou de páginas não interativas, *v.g.* (contratações interpessoais).

É a versão moderna dos contratos firmados através de "correspondência epistolar" de que cuidava o artigo 1.086 do Código Civil de 1916, e que no Código Civil atual o legislador substituiu pela expressão "entre ausentes".

Nesta classificação não se enquadram, em princípio, os contratos inter-sistêmicos, dadas as peculiaridades de que se revestem, em especial a existência de um 'contrato mãe', firmado anteriormente, através do qual são fixadas as regras gerais que irão nortear as sub-contratações firmadas por aquela modalidade, dependendo a sua classificação do que restar nele acordado a esse respeito.

6 Formação dos contratos eletrônicos

Tendo em vista as peculiaridades dos contratos eletrônicos, necessário se faz uma análise acerca de alguns de seus elementos de formação.

6.1 Momento da formação dos contratos eletrônicos

Em se tratando de contratos eletrônicos firmados entre presentes (*on-line*), o momento da formação se dá com a aceitação do oblato, que deverá ser imediata, sob pena de deixar de ser obrigatória. Vale destacar que o fato de a oferta estar disponível na Internet não desnatura essa regra.

Já os contratos eletrônicos firmados entre ausentes (*off-line*) serão considerados celebrados a partir da expedição da aceitação pelo oblato, com as ressalvas constantes dos incisos II, III e IV do artigo 428 do Código Civil.

Dizem os incisos II, III e IV daquele artigo que a proposta deixa de ser obrigatória "se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente;" "se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado;" e "se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente."

Nas contratações firmadas por *e-mail*, a segurança acerca do efetivo recebimento da mensagem de aceitação pelo ofertante ainda não atingiu o grau de confiabilidade desejada, o que pode gerar uma série de indagações quanto à obrigatoriedade ou não da aceitação manifestada por essa via quando, por problemas de ordem técnica, a mensagem não chegar ao seu destino ou chegar com atraso.

Em verdade, até mesmo a aferição da identidade de quem efetivamente enviou a mensagem pode não ser tarefa tão simples quanto parece, já que alguns provedores ainda permitem a criação de uma conta de *e-mail* sem uma identificação mais criteriosa do titular, de modo que é possível, em tese, que alguém crie uma conta de e-mail em nome de outrem e a utilize para as mais diversas finalidades, inclusive firmar contrato.

Este é um dos aspectos dos contratos eletrônicos que ainda apresentam grande vulnerabilidade, seja pela ausência de instrumentos tecnológicos adequados e suficientes a inibir situações desse jaez, seja

pela ausência de positivação, que sob tal aspecto nos parece imprescindível, tanto assim que o Projeto de Lei nº 4.906-A de 2001 (PLS nº 672/1999), que tramita no Congresso Nacional, dedica todo o seu capítulo III a essa temática.

Sob tal aspecto, por ora, o que se pode recomendar é cautela, tanto ao ofertante quanto ao oblato, seja o primeiro emitindo mensagem de confirmação, seja o segundo reenviando a mensagem quando suspeitar que algum problema possa ter ocorrido com o envio da primitiva, o que, de todo modo, por certo não será suficiente, mas pode amenizar ao menos em parte a ocorrência de problemas nessa via de contratação.

6.2 Local da formação dos contratos eletrônicos

Conforme leciona Orlando Gomes (2001, 52), "O contrato entre pessoas presentes forma-se onde elas se encontram. O que se realiza entre pessoas distantes uma da outra, no lugar em que foi proposto. Interessa saber onde os contratos se formam, dentre outras razões, para determinar o foro competente e, no campo do Direito Internacional, a lei reguladora."

De fato, em relação aos contratos formalizados entre pessoas presentes fisicamente, considera-se como local de sua formação aquele onde as partes se encontrem no momento da conclusão.

Para aquelas avenças firmadas "por telefone ou por meio de comunicação semelhante"¹³, ai incluídos os contratos eletrônicos em que a manifestação de vontade é transmitida de forma instantânea (*on-line*), os quais por ficção legal são consideradas como celebradas entre presentes, e que as partes contratantes se encontrem na mesma localidade, esta será o local da formação.

Portanto, um contrato eletrônico firmado entre presentes (*on-line*), através de uma página eletrônica hospedada na mesma localidade em que reside o aceitante e cujo ofertante tenha domicílio nesta mesma localidade, nela será considerado firmado.

Já para aqueles contratos eletrônicos em que o ofertante se encontre em uma determinada localidade ou mesmo estado, e o aceitante se encontre em uma localidade diversa, mas que a declaração de vontade seja transmitida "por telefone ou por meio de comunicação semelhante" (*on-line*), identicamente considerado por ficção legal como celebrado entre presentes, reputar-se-á formalizado o contrato no local onde ocorreu a oferta, conforme se depreende do artigo 435 do Código Civil.

O contrato eletrônico celebrado entre ausentes (*off-line*)¹⁴, por sua vez, reputar-se-á celebrado no lugar em que foi proposto.

Essas são as regras a serem observadas quando as partes contratantes forem domiciliadas no território nacional.

Quando um dos contratantes for "residente" em território estrangeiro, aplica-se o disposto no § 2º do artigo 9º da LIC¹⁵, segundo o qual a

obrigação decorrente de contrato reputa-se celebrada no local em que residir o proponente, tanto para os casos de contratos firmados entre ausentes (*off-line*), como para aqueles firmados entre presentes apenas por ficção legal (*on-line*), já que as partes encontram-se fisicamente distantes.

Tais regras, conquanto sejam de uma clareza palmar, em se tratando de contratos eletrônicos firmados através da rede mundial de computadores, podem trazer sérias dúvidas acerca do local de sua concretização.

Imagine-se uma página de *e-commerce* interativa de uma empresa que tenha sua sede física na Alemanha e que esteja hospedada em um provedor cujo servidor esteja localizado fisicamente na Costa do Marfim e cuja sede seja no Canadá. Alguém aqui do Brasil acessa essa página e formaliza um contrato eletrônico de compra e venda *on-line*. Pergunta-se: Qual o local da contratação? Qual a legislação que irá reger a avença?

Este realmente é outro dos aspectos vulneráveis do comércio eletrônico, em relação ao qual nos parece indispensável a normatização. Na verdade, se a página do ofertante não trazer informações claras e precisas a seu respeito, fica difícil para o aceitante saber o local em que a contratação será considerada firmada e, portanto, a legislação aplicável à espécie.

O Projeto de Lei nº 4.906-A de 2001, que tramita no Congresso Nacional, em seu artigo 24 assevera que "Uma mensagem eletrônica se considera expedida e recebida nos locais onde o remetente e o destinatário têm seus estabelecimentos, respectivamente. Parágrafo único. Para os fins do disposto neste artigo: I - se o remetente ou o destinatário tem mais de um estabelecimento, considera-se aquele que guarda relação mais estreita com a transação subjacente ou, inexistindo esta, o seu estabelecimento principal; II - se o remetente ou o destinatário não possui estabelecimento, considera-se, para os fins deste artigo, o local de sua residência habitual."

O artigo 4º do PLC nº 1.589/1999, que se encontra apensado ao PLC nº 4906/2001 (PLS nº 672/1999) em trâmite no Congresso, acerca dessa temática, prevê que: "A oferta de contratação eletrônica deve conter claras e inequívocas informações sobre: a) nome do ofertante e o número de sua inscrição no cadastro geral do Ministério da Fazenda, e ainda, em se tratando de serviço sujeito a regime de profissão regulamentada, o número de inscrição no órgão fiscalizador ou regulamentador; b) endereço físico do estabelecimento; c) identificação e endereço físico do armazenador; d) meio pelo qual é possível contatar o ofertante, inclusive correio eletrônico; e) o arquivamento do contrato eletrônico, pelo ofertante; f) instruções para arquivamento do contrato eletrônico, pelo aceitante, bem como para sua recuperação, em caso de necessidade; e g) os sistemas de segurança empregados na operação."

A aprovação dos referidos projetos de lei, conquanto não resolva todos os problemas advindos do comércio eletrônico, já que em face da globalização dos mercados e da facilidade de contratação com ofertantes com sede no estrangeiro, dependerá da positividade da matéria nos demais países onde isso ainda não ocorreu, já será um grande alento. Só nos resta esperar que os Congressistas finalmente tomem consciência da importância de que se reveste a regulamentação do comércio eletrônico e os projetos em tramitação sejam convertidos em lei no menor espaço de tempo possível.

6.2.1 Jurisdição e foro dos contratos eletrônicos

Segundo De Plácido e Silva (2002, 466), a palavra jurisdição, que deriva do latim *jurisdictio* (ação de administrar a justiça, judicatura), sendo formada, como se vê, das expressões *ius dicere*, *ius dictio*, é usada para designar "as atribuições especiais conferidas aos magistrados, encarregados de administrar a justiça. Assim, em sentido eminentemente jurídico ou propriamente forense, exprime a extensão e o limite do *poder de julgar* de um juiz."

Para Humberto Theodoro Júnior (2001, 36), "em vez de conceituar a jurisdição como poder, é preferível considerá-la como função estatal e sua definição poderia ser dada nos seguintes termos: jurisdição é a função do Estado de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação jurídica controvertida."

Acerca do conceito tradicional de jurisdição, Alexandre Ateniense (2004) aduz que:

Respaldado na síntese de renomados juristas, podemos concluir, portanto, que jurisdição é poder, função e atividade inerente ao Estado, devendo este aplicar o direito ao fato concreto buscando solucionar os conflitos existentes.

A manifestação do jus imperium estatal se expressa através da sua capacidade de decidir e impor suas decisões perante a população obediente à sua soberania consubstanciada a um determinado território geográfico, promovendo a harmonização de conflitos mediante a realização do Direito justo. O poder estatal é delegado às autoridades judiciais e às autoridades administrativas que se incumbem de legitimar seus atos de forma transparente através do devido processo legal.

De acordo com o artigo 1º do CPC "A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece".

A questão da jurisdição, em se tratando de comércio eletrônico, constitui tema de alta indagação, já que o conceito tradicional de jurisdição, tal qual o conhecemos, assenta-se no pressuposto da soberania do Estado, ou seja, é exercida nos limites do território nacional, salvo as poucas exceções discriminadas na Constituição.

A jurisdição, assim, encontra limites exatamente onde começa a jurisdição dos outros Estados. Como a Internet não se detém por barreiras políticas, o resultado é que hoje é perfeitamente possível contratar, literalmente, com alguém que se encontre em qualquer lugar do mundo, o que pode gerar inúmeros dissabores, já que, em termos práticos, de pouca ou nenhuma valia será o consumidor tomar conhecimento de que poderá discutir a compra e venda de uma impressora de computador, por exemplo, diante de um tribunal sediado em Hong Kong. O custo-benefício inviabiliza a busca da reparação do direito lesado.

Alexandre Ateniense (2004), no já mencionado artigo denominado 'A jurisdição no ciberespaço', registra que:

(...) alguns observadores ingleses e norte-americanos, estudiosos do tema denominado Law of the Cyberspace, acreditam que a Internet poderia ou deveria ser auto-regulamentada, sob o argumento de que a legislação aplicável à solução dos conflitos inevitavelmente seria inerente a uma instituição específica de uma determinada Nação, e isto seria menos efetivo e apropriado do que se buscar construir centros de arbitragem ou mediação para apreciar os problemas oriundos do Federalismo Eletrônico. Demais disso, a observância do princípio de que a Jurisdição pressupõe a existência de um território em que será exercida merecerá uma reavaliação diante de múltiplas relações que os indivíduos instauram através da Internet, independentemente de aspectos geográficos. Nesta perspectiva, autores como o inglês Cliff Dilloway e o Professor norte-americano David Post, vislumbram a perspectiva de que a Internet deveria, ao menos potencialmente, possuir sua própria jurisdição, sem ser atrelada a padrões de territórios geográficos, ou qualquer outro meio físico e virtualmente sem soberania de países. É bem verdade que, em se tratando de Internet, o conceito tradicional de soberania, que preceitua que o Estado deverá exercer sua autoridade plena e governo próprio dentro do território nacional e em suas relações com outros Estados, deverá ser reavaliado. Isto porque

uma das características principais da grande rede é que o indivíduo instaura múltiplas relações por meio eletrônico, sem que o Estado possa efetivamente controlá-lo. Exemplificando, como o Estado poderia exercer a sua autoridade soberana e controlar todos os atos de seus cidadãos praticados pelo meio eletrônico. Se um cidadão brasileiro opta por apostar, através do seu computador pessoal, em páginas de cassinos virtuais na Internet, o Estado estará muitas vezes incapacitado soberanamente de controlar a prática desta contravenção penal.

É aquele mesmo autor quem traz à colação decisão do STJ, no REsp nº 63.981/SP, em que, conquanto o tema não esteja ligado ao comércio eletrônico, levando em conta a crescente globalização da economia mundial, aquele Tribunal determinou que, embora o autor da referida ação tenha adquirido uma filmadora no estrangeiro, as empresas brasileiras que representam a marca no Brasil têm a obrigação de prestar assistência técnica ao produto, em caso de defeito. Confirma-se a ementa oficial:

Direito do consumidor. Filmadora adquirida no exterior. Defeito da mercadoria. Responsabilidade da empresa nacional da mesma marca ("Panasonic"). Economia globalizada. Propaganda. Proteção ao consumidor. Peculiaridades da espécie. Situações a ponderar nos casos concretos. Nulidade do acórdão estadual rejeitada, porque suficientemente fundamentado. Recurso conhecido e provido no mérito, por maioria. (D.J.. 20/11/2000)

A jurisdição, como se vê, a exemplo de inúmeros outros institutos jurídicos, está a carecer de uma releitura e de uma reinterpretção de seu conceito e alcance, à luz de uma visão menos vinculada ao poder estatal limitado pela territorialidade, o que somente poderá se verificar com o empenho e a adesão de todos os países, ou ao menos daqueles mais desenvolvidos.

Como visto, jurisdição "é a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade dos órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva" (CHIOVENDA, 1942, 11).

A competência, por sua vez, nada mais é do que a quantidade de jurisdição atribuída a cada juízo. Conquanto a jurisdição seja uma, por uma questão de ordenamento dos trabalhos decorrentes de seu exercí-

cio, é fixada a quantidade de jurisdição afeita a cada juiz, segundo critérios territoriais, materiais ou ainda relativos à natureza das pessoas envolvidas na lide.

Como a competência nada mais é do que a delimitação da parcela de jurisdição atribuída a cada juiz, seu exercício está intimamente ligado à soberania do Estado e, via de consequência, à extensão territorial deste.

Em assim sendo, tudo o que foi observado em relação à jurisdição, no que concerne ao comércio eletrônico, vale também para a competência.

Nessa linha de pensamento, quando as lides acerca do comércio eletrônico forem travadas entre litigantes domiciliados no Brasil, as regras incidentes são as mesmas que vigorariam para os negócios jurídicos da mesma natureza, firmados pela via tradicional.

De acordo com o disposto no artigo 94 do CPC:

A ação fundada em direito pessoal e a ação fundada em direito real sobre bens móveis serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu.

§ 1º. Tendo mais de um domicílio, o réu será demandado no foro de qualquer deles.

§ 2º. Sendo incerto ou desconhecido o domicílio do réu, ele será demandado onde for encontrado ou no foro do domicílio do autor.

§ 3º. Quando o réu não tiver domicílio nem residência no Brasil, a ação será proposta no foro do domicílio do autor. Se este também residir fora do Brasil, a ação será proposta em qualquer foro.

§ 4º. Havendo dois ou mais réus, com diferentes domicílios, serão demandados no foro de qualquer deles, à escolha do autor.

Em se tratando de contrato eletrônico que tenha por objeto direito pessoal ou real sobre bem móvel, e cujas partes tenham domicílio no território brasileiro, a regra é a de que o foro competente será o domicílio do réu.

Para as ações fundadas em direito real sobre imóveis, é competente o foro da situação da coisa, podendo o autor, entretanto, optar pelo foro do domicílio ou de eleição, não recaindo o litígio sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova.

Se a relação contratual eletrônica for de consumo, a regra é a inserta no artigo 101, I, do CDC, segundo a qual "a ação pode ser proposta no domicílio do autor".

Nos contratos eletrônicos internacionais, segundo dispõe o artigo 12 da Lei de Introdução ao Código Civil, "É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui

tiver de ser cumprida a obrigação", sendo que no caso de ações que tenham por objeto bens imóveis localizados no Brasil, competente será sempre a justiça brasileira para solucionar o litígio.

Há, ainda, a possibilidade das partes contratantes elegerem o foro onde poderão ser dirimidos os conflitos advindos da contratação, desde que se trate de competência relativa e não implique em cerceio do direito de defesa da parte reputada mais frágil na relação contratual.

Torna-se cada dia mais comum, por outro lado, as partes elegerem juízes ou tribunais arbitrais, especialmente nos contratos B2B.

7 Validade dos contratos eletrônicos

Humberto Theodoro Júnior (2001, 460), citando Carnelutti, define documento como sendo "(...) uma coisa capaz de representar um fato", conceito este bastante amplo, já que não se limita aos documentos materializados em papel, mas a "uma coisa", capaz de representar um fato.

Ainda segundo ele (THEODORO JÚNIOR, 2001, 460), o termo documento pode ser conceituado em sentido lato ou em sentido estrito. Nesse contexto, documento:

É o resultado de uma obra humana que tenha por objetivo a fixação ou retratação material de algum acontecimento.

Contrapõe-se ao testemunho, que é o registro de fatos gravados apenas na memória do homem.

Em sentido lato, documento compreende não apenas os escritos, mas toda e qualquer coisa que transmita diretamente um registro físico a respeito de algum fato, como os desenhos, as fotografias, as gravações sonoras, filmes cinematográficos etc.

Mas, em sentido estrito, quando se fala da prova documental, cuida-se especificamente dos documentos escritos, que são aqueles em que o fato vem registrado através da palavra escrita, em papel ou outro material adequado.

Observa-se, contudo, que mesmo ao restringir o alcance do termo documento fazendo referência à sua conceituação em sentido estrito, referido autor não limita a abrangência do conceito estrito apenas aos documentos materializados em papel, deixando margem para a produção de prova documental "em outro material adequado."

Fabiele Behrens (2005), em percuciente dissertação de mestrado intitulada "A assinatura eletrônica como requisito de validade dos negócios jurídicos e a inclusão digital na sociedade brasileira", de forma profunda, aborda a questão da validade dos documentos digitais. Para

ela, inicialmente, é essencial que seja feita a distinção entre ato, fato e negócio jurídico. Segundo ela, o negócio jurídico relaciona-se diretamente com o estudo da declaração de vontade destinada ao alcance de certo objetivo ou efeito jurídico.

Sobre as declarações de vontade, emitidas na formação dos contratos eletrônicos, cita a referida mestrandia (BEHRENS, 2005) a lição de José Lawand, no sentido de que:

(...) a declaração de vontade emitida eletronicamente não é outra coisa senão uma mensagem de dados, com variedades de configurações, dependendo do sistema (...) aliada a métodos de assinatura eletrônica, como a criptografia com chaves duplas, que contém a vontade de comprometer-se do seu iniciador e signatário num caso concreto.

A função básica do documento, independentemente de qual seja a sua forma, é manter o registro, fiel, confiável e seguro de um fato ou negócio jurídico.

Citando Augusto Tavares Rosa Marcacini, sustenta (BEHRENS, 2005) que, para a compreensão do conceito de documento eletrônico:

"(...) se deve analisá-lo com um grau significativo de abstração. Assim, observando-se o documento tradicional, pode ser identificado um apanhado de átomos, micro-partículas que unidas formam um objeto (papel) com a possibilidade de transmissão de informações. E, por outro lado, o documento eletrônico reconhecido pela formação de uma seqüência de bits, que por meio de computador e do programa adequado permite a transmissão de informações. Assim, ao se conceituar o documento digital, pode-se defini-lo como uma espécie de representação da realidade, sob o aspecto gráfico, sonoro, impresso ou qualquer outra forma, desde que permita garantir certeza, impossibilidade de mudança (no caso de mudança passa a ser identificável) e determinação dos sujeitos. O conceito jurídico de documento trata da representação material que visa produzir ou re-produzir certa manifestação de pensamento, sendo referente aos mais variados assuntos. E, tal manifestação do pensamento pode ou não prescindir de uma assinatura, conforme ensina Giuseppe CHIOVENDA (1994, p. 83) (...) Por analogia o documento eletrônico pode ser considerado como uma espécie de representação material de certa manifestação de pen-

samento, porém, fixada num ambiente eletrônico. Ou seja, não há visualização deste documento sob a forma escrita, e nesse sentido afirma Katya Regina ISAUGUIRRE (2002, p. 55) que 'os documentos eletrônicos propriamente ditos são aqueles que se formam e são entabulados por meio de processos eletrônicos, como a Internet.' Portanto, inafastável o fato de que, em nenhuma das análises sobre a definição de documento indica-se apenas a necessidade da utilização de papel, ou seja, fixou-se no aspecto material do conhecimento ou da informação. A questão do papel foi apenas uma questão de usos e costumes, e assim aderiu à noção de documento erroneamente."

O que se observa em termos de negócios jurídicos firmados por meio eletrônico é a dificuldade de sua aceitação, não em face de vedação legal mas sim em decorrência do arraigado apego à tangibilidade do documento sob a forma impressa ou escrita em papel.

Em termos jurídicos, a função principal de um documento, seja expresso em papel ou em outro meio não vedado legalmente, é a de constituir prova do fato jurídico nele expresso.

Para uma melhor compreensão acerca dos documentos eletrônicos, se faz necessária uma análise acerca da distinção entre os aspectos representativo, que nada mais é do que a base física na qual se encontram inseridas, gravadas, as informações; e o representado, que é a informação propriamente dita, gravada em um meio físico.

Humberto Theodoro Júnior (2001, 461) observa "(...) no documento duplo aspecto: o fato representativo, que é o próprio documento em seu aspecto material; e o fato representado, que é o acontecimento nele reproduzido." Alguns preferem denominar o fato representativo de continente e o fato representado de conteúdo.

A questão que envolve a aceitação ou não do documento eletrônico como forma de armazenamento de informações diz respeito, precipuamente, ao aspecto representativo (continente), uma vez que superado este óbice, a análise do fato nele representado (conteúdo) pouco ou nada irá diferir da análise das informações armazenadas em meio físico, que se limitarão aos pressupostos fáticos necessários à validade do negócio jurídico.

Uma vez constatado que o armazenamento da informação foi realizado de forma segura e capaz de manter a sua integridade, o que, modernamente é feito por meio da adoção de encriptação, uso de chaves certificadas digitalmente e assinatura digital, o exame das informações armazenadas se limitará à análise da validade e legalidade do negócio jurídico.

A evolução história acabou sedimentando na mente humana a idéia de que o continente e o conteúdo do documento são indissociáveis, o que não é verdade. Isso decorreu, em grande parte, da ausência de tecnologia segura e confiável que possibilitasse o armazenamento de informações. O suporte mais conhecido e difundido de armazenamento de informações foi, sem dúvida, o papel. Tanto é verdade que quando se fala em documento, o que nos vem à mente, imediatamente, é a informação escrita ou impressa em papel.

Contudo, vivemos uma nova era, com muita propriedade denominada por alguns como a era da informação, em que o papel vem perdendo rapidamente sua importância como suporte de armazenamento de informações, já que hoje estão disponíveis sistemas seguros, que proporcionam a manutenção da integridade das informações geradas e armazenadas sob a forma de bits. Os sistemas de criptografia, associados às chamadas chaves públicas e assinaturas digitais permitem, hoje, a criação e o armazenamento seguro de documentos eletrônicos.

A barreira cultural à adoção da gravação de informações em meio eletrônico continua a ser um dos principais obstáculos à aceitação dessa novel modalidade de documento, a qual, contudo, vem perdendo força diante das inegáveis vantagens do documento eletrônico, que proporciona o armazenamento de informações a um custo muito mais baixo, de forma que já pode ser considerada segura, duradoura, e de quebra politicamente correta, já que minimiza o sacrifício de nossas florestas.

A Lei Modelo da UNCITRAL recomenda que não seja negada validade aos documentos eletrônicos pelo simples fato de se apresentarem na forma digital.¹⁶

O próprio Código Civil vigente, embora não tenha feito referência expressa aos contratos eletrônicos, fê-lo indiretamente ao discriminar as situações em que as contratações se dão entre presentes ou entre ausentes, quando, no artigo 428, I, parte final, estabelece que "Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante".

Por meio do artigo 212, II, c/c o artigo 225 do Código Civil, é atribuído valor probante aos documentos eletrônicos, "se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão".

Já o artigo 889, § 3º, do Código Civil, conquanto não trate das obrigações contratuais, atribui validade à emissão de títulos de crédito por meio eletrônico, positivando a chamada desmaterialização dos títulos de crédito, o que bem evidencia a validade da via eletrônica como meio de formalizar contratos.

Constata-se, portanto, dos dispositivos legais acima transcritos, que conquanto o legislador do Código Civil de 2002 tenha perdido a oportunidade de dotar nosso sistema jurídico de uma legislação moderna e

atual acerca do comércio eletrônico, esta novel modalidade de contrato não passou despercebida do legislador daquele diploma civil.

8 Contratos bancários eletrônicos

Tecidas essas breves considerações acerca da novel normatização dos contratos no Código Civil vigente, bem como analisados os principais aspectos dos contratos bancários e dos contratos eletrônicos, resta examinar o contexto em que se enquadram os contratos bancários eletrônicos frente ao nosso ordenamento jurídico.

Pela própria natureza das atividades desenvolvidas, o segmento bancário brasileiro foi um dos precursores na utilização das novas tecnologias digitais. A necessidade de agilidade e confiabilidade na prestação dos serviços bancários, aliada à redução de custos proporcionada pela adoção de novas tecnologias, levou o setor bancário a investir pesadamente na informatização de suas atividades, o que acabou gerando uma redução de cerca de 50% somente em termos de postos de trabalho naquele segmento. Os altos índices inflacionários também contribuíram decisivamente para o elevado índice de informatização do setor bancário, já que em tempos de inflação alta, o eventual atraso na conclusão de alguma operação de valor elevado, devido a erro humano, poderia implicar grandes perdas financeiras.

As novas tecnologias foram agregadas com o firme propósito de esvaziar as dependências físicas das agências bancárias, fazendo com que os próprios clientes, através do uso de terminais de auto-atendimento instalados em locais estratégicos, ou do chamado *home banking*, cujo acesso se dá através da Internet, possam, a qualquer hora do dia ou da noite, sem enfrentar filas e sem sequer precisar sair de casa, efetuar as mais diversas espécies de transações bancárias, tais como pagamentos, transferências, aplicações financeiras, empréstimos, etc.

Para que se tenha uma idéia do grau de sofisticação da tecnologia posta à disposição dos clientes pelo setor bancário brasileiro, basta que se diga que o Bradesco, um dos maiores bancos privados do país, disponibiliza para seus clientes canal de atendimento via *home banking* com a utilização de programa de reconhecimento de voz, para uso de deficientes visuais.

A utilização cada vez mais freqüente do cartão de débito, por sua vez, vem proporcionando uma drástica redução no número de cheques emitidos, revelando-se uma forma de pagamento rápida e eficaz. Com ela, o cartão da conta bancária de depósitos do cliente é utilizado para debitar diretamente da sua conta o valor do pagamento efetuado, através de terminais instalados nos pontos comerciais, transferindo a importância debitada diretamente para a conta do credor.

A própria cobrança de duplicatas pela via eletrônica hoje é uma realidade incontestável. Não é mais necessário o envio do título físico

para que o banco promova a cobrança. O empresário registra em sua contabilidade a duplicata e envia, eletronicamente, apenas os dados a ela referentes, à vista dos quais o banco gera um boleto de cobrança, e tão logo seja esta concretizada, o valor é creditado diretamente na conta do sacador. Na hipótese do pagamento do boleto ocorrer mediante débito automático na conta do sacado, a execução do serviço se dá de forma totalmente eletrônica e intersistêmica. Isso tudo com respaldo no que dispõe o artigo 889, § 3º, do Código Civil vigente.

Evidentemente que para se atingir tal patamar de desenvolvimento, foi necessário investir pesadamente no item segurança.

O setor bancário, pela própria natureza de sua atividade, sempre foi alvo da cobiça daqueles que buscam ganho fácil, sem se preocupar com a legalidade de suas ações. E isso vale tanto para o mundo real quanto para o mundo virtual. Isso levou o setor a investir pesadamente no desenvolvimento de ferramentas que possibilitassem a utilização da via eletrônica como forma de efetuar transações bancárias.

O resultado é que hoje existem sistemas bastante seguros, que tem possibilitado a disseminação cada vez maior do uso dos chamados canais alternativos de atendimento nas relações cliente e banco. É evidente que no mundo digital, assim como no mundo físico, sempre haverá a possibilidade de fraudes. Contudo, o nível de confiabilidade atingido permite dizer que se podem realizar transações bancárias por meio eletrônico sem correr riscos maiores do que se correria efetuando transações não eletrônicas.

De fato, apesar do número impressionante de transações bancárias realizadas diariamente por via eletrônica, o percentual de fraudes é relativamente baixo, o que bem demonstra a evolução e a eficácia dos sistemas de segurança desenvolvidos.

8.1 Classificação dos contratos bancários eletrônicos

No presente tópico, procurar-se-á classificar os contratos bancários eletrônicos genericamente, tomando-se por base a classificação dos contratos eletrônicos proposta no item 4.1 e seus subitens.

Mais adiante, se procurará classificar os contratos bancários eletrônicos por espécie, ressaltando as principais características de cada tipo contratual, à luz daquela mesma classificação.

8.1.1 Classificação dos contratos bancários eletrônicos quanto ao seu grau de eletronização

Os contratos bancários eletrônicos, de um modo geral, são eletrônicos apenas na sua execução, ou eletrônicos lato sensu, já que a contratação propriamente dita, via de regra, ocorre em meio físico. E isso se dá tanto por razões de ordem legal, como se verá mais adiante,

como pela própria natureza das relações jurídicas estabelecidas entre cliente e banco, que pressupõem a fidúcia, aferida através de dados e informações obtidos mediante a apresentação de documentos físicos comprobatórios (comprovante de renda, de residência, da propriedade de bens, etc).

E mesmo a execução dos contratos bancários dificilmente ocorre totalmente pela via eletrônica, pois embora hoje seja menos freqüente a presença dos clientes nas agências bancárias, algumas operações ainda não prescindem de uma tradicional visita à agência da qual se é cliente, como para se promover a contra-ordem ao pagamento de um cheque, por exemplo.

Pode-se dizer, sob tal aspecto, que os contratos bancários eletrônicos enquadram-se, grosso modo, na categoria daqueles firmados pelo modo tradicional e parcialmente executados eletronicamente.

8.1.2 Classificação dos contratos bancários eletrônicos quanto à natureza da relação jurídica tutelada

Sob este aspecto os contratos bancários eletrônicos podem ser firmados nas categorias B2B - business to business - que são aqueles firmados entre uma instituição financeira e uma empresa; B2C - business to consumer - que são os firmados entre uma instituição financeira e um consumidor; e B2G, estes firmados entre uma instituição financeira e a administração pública.

8.1.3 Classificação dos contratos bancários eletrônicos quanto à interação entre homem e máquina

De um modo geral, os contratos bancários eletrônicos, em especial no que concerne à sua execução, são interativos, com o cliente acessando o *home banking* através da Internet, ou mesmo mediante o uso de terminais de auto-atendimento, e concluindo a transação com um simples *click do mouse*, no caso do *home banking*, ou o acionamento da tecla de confirmação no caso dos terminais de auto-atendimento. A grande massa das transações bancárias eletrônicas, ou tecnicamente falando da execução dos contratos bancários eletrônicos ocorre desse modo, ou seja, pela forma interativa. Entrementes, nada impede que algumas transações sejam concluídas através do envio de mensagens de e-mail, ou mesmo pelo uso de outras formas de transmissão, como os *softwares* de comunicação instantânea o que, aliás, não é nada incomum nos dias de hoje.

A execução das operações bancárias, pelas formas interativa e interpessoal, predomina nas relações B2C - *business to consumer*.

Nas relações B2B - *business to business* e B2G, além das execuções pelas formas interativa e interpessoal, é comum a execução dos contratos bancários eletrônicos pela via intersistêmica. Isso ocorre tanto com a

cobrança eletrônica de duplicatas como com o crédito da folha de pagamento das empresas nas contas dos seus empregados, em que os clientes enviam arquivos magnéticos contendo os dados das duplicatas a serem cobradas ou das contas de salário dos empregados a serem creditadas e o sistema do banco, ao receber tais arquivos, processa os dados neles contidos e executa as operações de cobrança, débito e crédito, automaticamente.

Pode-se dizer, portanto, que quanto à interação entre homem e máquina, os contratos bancários eletrônicos tanto podem ser interpessoais, quanto interativos e intersistêmicos, estes predominantemente quando se tratarem de ralações B2B - *business to business* e B2G.

8.1.4 Classificação dos contratos bancários eletrônicos em espécie

Como visto, o contrato de depósito em conta é a espécie contratual mais comum firmada entre uma instituição financeira e seus clientes. Por meio dele, o cliente entrega ao banco determinada quantia em dinheiro ou valores mobiliários e este se obriga a restituir a quantia depositada quando solicitado pelo cliente.

A operacionalização do depósito bancário se dá com a abertura de uma conta-corrente, a qual possibilita a movimentação dos valores depositados.

A partir da edição da Lei nº 9.613, de 13 de março de 1998, que "Dispõe sobre os crimes de 'lavagem' ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências", as instituições financeiras passaram a ter a obrigação legal de identificar seus clientes e manter registros atualizados de seus dados.

É o que se verifica do disposto no artigo 10¹⁷ da referida Lei. Desse modo, a formalização do contrato de depósito bancário e a conseqüente abertura de conta-corrente bancária somente podem se efetivar mediante o comparecimento do cliente na agência em que pretende abrir a conta de depósito, onde deverá identificar-se e fornecer seus dados pessoais e ainda apresentar cópias de seu documento de identidade e da sua inscrição no CPF - Cadastro de Pessoas Físicas da SRF, sob pena de serem imputadas às instituições financeiras que descumprirem tal determinação as penalidades constantes do rol do artigo 12¹⁸ daquele diploma legal.

É bem verdade que algumas instituições financeiras possibilitam que através de suas páginas da Internet o futuro cliente dê entrada em seu pedido de abertura de conta de depósitos. Contudo, a contratação em si somente se concluirá com o comparecimento do candidato a cliente à agência bancária selecionada e a apresentação da documentação necessária.

Outra razão pela qual o contrato de depósito em conta bancária não pode ser formalizado por via eletrônica é a necessidade de fornecimento de padrões gráficos da assinatura do contratante para que seja possível a conferência da assinatura aposta nas futuras ordens de pagamento emitidas por ele, inclusive mediante o uso de cheques.

Esses padrões de assinatura, uma vez fornecidos, hoje em dia são digitalizados e mantidos em arquivos magnéticos, para futuras conferências, o que não torna prescindível o comparecimento do cliente à agência para o fornecimento dos padrões e a conferência destes com o aposto em seu documento de identidade.

Futuramente, com o desenvolvimento de novas tecnologias, em especial a certificação e a assinatura digital, é possível se vislumbrar a possibilidade de o cliente instituir uma conta bancária sem precisar comparecer à agência.

Por ora, os contratos de depósito em conta bancária só se formalizam por meio físico, sendo necessário o comparecimento do futuro cliente à agência para a abertura da conta, não sendo possível a sua concretização por meio eletrônico.

Com a modernização de alguns órgãos judiciais, como é exemplo a criação dos Juizados Especiais Federais Virtuais, é bem possível que muito em breve as contas-correntes de depósito bancário destinadas a receber depósitos judiciais possam ser instituídas por via eletrônica, já que nesta modalidade só podem ser movimentadas mediante alvará judicial.

Por ora, a regra é a abertura física para todas as modalidades.

Já a execução dos contratos de depósito bancário mediante a movimentação da conta, via de regra, é efetuada, ao menos parcialmente, pela via eletrônica.

A movimentação eletrônica tanto pode abranger os débitos quanto os créditos a serem efetuados na conta, assim como a solicitação de serviços bancários, tais como a requisição de talão de cheques, etc.

Essas transações eletrônicas costumam se dar pela forma interativa e nas modalidades B2B, B2C e B2G.

Como dito anteriormente, tornou-se comum as instituições financeiras, concomitantemente com a abertura da conta de depósitos bancários, fazerem um levantamento cadastral do cliente e definirem desde logo um limite global de crédito a ser posto à sua disposição.

Definido o limite global de crédito, é firmado um 'contrato mãe' e em seguida são postas à disposição do cliente diversas modalidades de crédito, as quais poderão ser efetivamente contratadas conforme as necessidades e a vontade do cliente.

Nessa modalidade de contratação o cliente pode, a qualquer momento, acessar os sistemas de auto-atendimento do banco, inclusive o *home banking*, através da Internet, e escolher o valor da operação, as condições de pagamento e a data de vencimento das prestações. Em seguida, basta inserir sua senha pessoal e finalizar a operação para que

o valor emprestado seja imediatamente creditado em sua conta de depósitos.

Essas transações costumam se dar pela forma interativa e nas modalidades B2B e B2C, sendo recomendável a emissão de Cédula de Crédito Bancário como forma de viabilizar futura execução judicial, em caso de inadimplemento, já que alguns Tribunais ainda resistem em lhe emprestar idoneidade para aparelhar até mesmo ação monitoria, conforme demonstrado.

Essa modalidade de contratação possui um elevado grau de eletronização, muito embora ainda a precedam algumas etapas não eletrônicas, em especial quando ocorre a emissão de Cédula de Crédito Bancário, cuja emissão deve estar prevista no 'contrato mãe' e deve ser emitida no momento da firmação daquele contrato.

Vencida essa fase inicial, entretanto, todas as demais etapas, inclusive a formalização propriamente dita, se dão pela via eletrônica.

Outro contrato bancário típico é o de abertura de crédito, através do qual o banco coloca à disposição do cliente, geralmente na própria conta de depósito bancário, um limite de crédito, que poderá ou não ser utilizado. O objeto da contratação é a disponibilização do limite de crédito e não a sua utilização propriamente dita, que poderá, inclusive, não ocorrer. Esta modalidade de contrato geralmente é firmada em meio físico e posta à disposição do cliente, para utilização do limite, tanto em meio físico quanto eletrônico, mediante a movimentação de sua conta. O cliente tanto pode utilizar o limite mediante a emissão de cheques quanto através de débito automático ou mesmo saques nos terminais de auto-atendimento.

A exemplo da maioria dos contratos bancários, é um contrato firmado em meio físico e executado eletronicamente.

Quando executado eletronicamente (débito em conta e saques em terminais de auto-atendimento, v.g.), é interativo e se formaliza nas modalidades B2C e B2B.

O mútuo bancário, com a adoção do sistema de se definir um limite global de crédito para o cliente, pondo à sua disposição várias linhas de crédito, que poderão ser formalizadas eletronicamente, passou a integrar essa espécie contratual, já que acaba sendo uma dessas linhas de crédito postas à disposição do cliente.

Esse contrato costuma ser formalizado de forma interativa e nas modalidades B2B e B2C, sendo igualmente recomendável a emissão de Cédula de Crédito Bancário como forma de viabilizar futura execução judicial, em caso de inadimplemento, pelas mesmas razões antes expostas.

Na modalidade de desconto bancário, o artigo 889, § 3º, do Código Civil, faculta que o título possa "(...) ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previstos

neste artigo", o que possibilita que a remessa do título seja feita por meio eletrônico, na modalidade intersistêmica.

O contrato de desconto, contudo, ainda é firmado em meio físico, e apenas executado eletronicamente, na modalidade B2B.

As operações de antecipações, por envolverem a entrega de documentos representativos das garantias oferecidas, em princípio, são firmados em meio físico, e executados eletronicamente.

Já se pode antever, contudo, o uso da via eletrônica para depositar as garantias junto ao banco, pelo que se viu alhures acerca da evolução do comércio eletrônico.

Além dos contratos bancários propriamente ditos, onde o objeto é a intermediação financeira, a eletrônica avança a passos largos nas contratações envolvendo a prestação de serviços bancários.

Dessa modalidade, os maiores exemplos são a prestação de serviços de cobrança de títulos e de crédito de salários, cuja execução, via de regra, se dá de forma totalmente eletrônica, com os clientes enviando arquivos de dados pela via intersistêmica e o banco recebendo-os, processando e executando todas as operações necessárias à sua execução de forma totalmente eletrônica.

O que se pode afirmar é que os contratos bancários, seja qual for o objeto envolvido, caminham para um grau de eletrônica cada vez mais acentuado.

Mesmo nas contratações em que a forma é da essência do contrato, como, v.g., nos financiamentos imobiliários, é possível um elevado grau de eletrônica na fase de execução, já que o cliente pode autorizar que os valores das prestações mensais sejam debitados diretamente em sua conta, ou, ainda, tais pagamentos podem ser efetuados através do auto-atendimento ou mesmo do *home banking*, utilizando-se a Internet.

9 Conclusão

A disseminação do comércio eletrônico é hoje uma realidade inquestionável, a qual só tende a se consolidar de forma cada vez mais intensa.

A omissão de nossos legisladores em regulamentar tão importante tema, conquanto dificulte a expansão desse meio rápido e eficaz de troca de bens, serviços e das mais diversas formas de satisfação das necessidades humanas, não tem impedido o avanço de sua utilização.

A doutrina e a jurisprudência, calcadas em uma interpretação de cunho jusnaturalista, assim como os comerciantes de um modo geral, com sua visão prática, dinâmica, e criativa, vem encontrando soluções que se não são as ideais, face à omissão de nossos legisladores, tem proporcionado solucionar de forma satisfatória as lides relacionadas a essa matéria.

Já é possível se vislumbrar uma consistente doutrina tratando do comércio eletrônico, como restou demonstrado, a qual nos permite ter uma visão técnico-jurídica capaz de proporcionar o suporte necessário à conclusão pela legalidade, de um modo geral, do uso da via eletrônica como forma de contratar.

Seja na formação, seja na execução, os contratos são hoje largamente firmados ou executados pela via eletrônica sem que a mais abalizada doutrina e jurisprudência neguem validade a essas operações.

O setor bancário, como um dos precursores na utilização da tecnologia de informática, encontra-se hoje dotado de tecnologia de primeira linha em termos de segurança na execução das transações realizadas por seus clientes, o que permitiu um elevado grau de eletrônica dessas operações, em especial na execução de suas contratações.

O que se pode concluir, portanto, é que embora ainda não haja uma normatização específica acerca da matéria, uma vez que os projetos que dela tratam encontram-se adormecidos no Congresso há alguns anos, os mais diversos setores da sociedade têm se mobilizado a fim de tornar possível o desenvolvimento desse importante canal que é a Internet como meio de troca de mercadorias e serviços.

Notas

- 1 Código Civil. Art. 435. Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto.
- 2 Código Civil. Art. 434. Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, (...)
- 3 Código Civil. Art. 434. (...) exceto: I - no caso do artigo antecedente; II - se o proponente se houver comprometido a esperar resposta; III - se ela não chegar no prazo convencionado.
- 4 Código Civil. Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta: I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante;
- 5 Código Civil 1916. Art. 1081. Deixa de ser obrigatória a proposta: I - Se, feita sem prazo a uma pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por meio de telefone.
- 6 Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: (...) II - documento;
Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.
- 7 Art. 889. (...) § 3º O título poderá ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previstos neste artigo.

- 8 Código Civil 1916. Art. 1086. Os contratos por correspondência epistolar, ou telegráfica, tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, (...).
- 9 Código Civil. Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.
- 10 Código Civil. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.
- 11 C.F. Art. 5º.(...) XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;
- 12 C. Comercial. Art. 131. (...): 5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.
- 13 Código Civil. artigo 428, I, última parte.
- 14 Código Civil, artigo 434.
- 15 LICC. Art. 9º. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. § 1º. Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. § 2º. A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.
- 16 No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos.
- 17 Lei nº 9.613/98. Art. 10. As pessoas referidas no artigo 9º: I - identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes; II - manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas; (...)
- 18 Lei nº 9.613/98. Art. 12. Às pessoas referidas no artigo 9º, bem como aos administradores das pessoas jurídicas, que deixem de cumprir as obrigações previstas nos artigos 10 e 11 serão aplicadas, cumulativamente ou não, pelas autoridades competentes, as seguintes sanções: (...)

Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Série Pesquisas do CEJ; nº 11. Brasília: ed. CJF, 2003.

ATHENIENSE, Alexandre. **A jurisdição no ciberespaço**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil nº 2, Set-Out/2004.

BARBOSA, Fernando Cabeças. **Função social do contrato**. Juris Síntese nº 39, Jan/Fev/2003.

BEHRENS, Fabiele. **A assinatura eletrônica como requisito de validade dos negócios jurídicos e a inclusão digital na sociedade brasileira**. 2005. Dissertação de mestrado apresentada para obtenção do título de Mestre em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. Guimarães Menegale. notas. Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1942.

- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CUNHA JÚNIOR, Eurípedes Brito. **Os contratos eletrônicos e o novo Código Civil**. Conferência proferida no Congresso Internacional de Direito e Tecnologia da Informação, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários, nos dias 03 e 04 de outubro de 2002, no auditório do Superior Tribunal de Justiça. Revista CEJ, nº 19, Brasília, Out./Dez. 2002.
- DIAS, Darlan Airton. **Executividade das duplicatas virtuais**. 1999. Monografia apresentada para obtenção do título de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito, Departamento de Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1999.
- EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de A. **Contratos eletrônicos**. 2000. Monografia apresentada para obtenção do título de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas. Maceió, 2000.
- ELIAS, Paulo Sá. **Contratos eletrônicos. Contratos eletrônicos bancários**. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, nº 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2674>>. Acesso em: 18 dez. 2005.
- FORTES, Christienne Krassuski. **Notas sobre o comércio eletrônico e suas implicações na realidade jurídica contemporânea: uma leitura interdisciplinar**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Vol. 39. Curitiba: 2003.
- Garcia, Ayrton Sanches. **Noções históricas de Direito Comercial**. In: Âmbito Jurídico, mar/01 [Internet] <http://www.ambito-juridico.com.br/ajdcom0015.htm> (acesso: 04/10/2005, 09h:46m.).
- GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização e notas por Humberto Theodoro Júnior. 1ª ed. eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MARQUES, Claudia Lima. **Contratos bancários em tempos pós-modernos - primeiras reflexões**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Vol. 15. Porto Alegre: 1998.
- MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 1ª ed. eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. **A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo código civil brasileiro**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº 16. MAR-ABR/2002.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 32ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2000.
- RIZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2003.
- SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: ed. José Bushatsky, 1976.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A cédula de crédito bancário**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº 26 - Nov-Dez/2003.
- _____. **Curso de direito processual civil**. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 1ª edição eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- WALD, Arnaldo. **O sigilo bancário e os direitos fundamentais**. Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, nº 22.
- WALD, Arnaldo. **Um novo direito para a nova economia: a evolução dos con-**

tratos e o Código Civil. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº 12 - Jul-Ago/2001.

ZIMMERMANN. Fernando Henrique Guedes. **A introdução da boa-fé objetiva nos contratos sob a égide do novo Código Civil.** Jornal Síntese nº 97. Março/2005.