

Submetido em: 16/08/2023

Publicado em: 30/08/2023

FRAUDES EM CONTRATOS ELETRÔNICOS DE EMPRÉSTIMOS BANCÁRIOS: VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E PROVA PERICIAL EM SISTEMAS DE BIOMETRIA

DENNIS VERBICARO SOARES¹

EMERSON BENJAMIN PEREIRA DE CARVALHO²

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2 CONTRATO ELETRÔNICO, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, ALGORITMO E BIOMETRIA NAS OPERAÇÕES BANCÁRIAS. 3 A PROVA DA FRAUDE DIGITAL EM PROCESSO JUDICIAL E O ÓRGÃO COMPETENTE. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: O presente artigo analisa os litígios oriundo de relação de consumo que envolve o fornecimento de produtos e serviços bancários, atinentes à contratação eletrônica fraudulenta de empréstimo em dinheiro. Assevera-se que o exame pericial realizado no sistema de biometria digital usado pela instituição

¹ Doutor em Direito do Consumidor pela Universidade de Salamanca (Espanha). Mestre em Direito do Consumidor pela Universidade Federal do Pará. Professor da Graduação e dos Programas de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Federal do Pará-UFPA e do Centro Universitário do Pará-CESUPA. Procurador do Estado do Pará, Advogado. Líder dos grupos de pesquisa (CNPQ): Consumo e Cidadania e Consumo Responsável e Globalização Econômica. E-mail: dennis@verbicaro.adv.br

² Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

financeira nas contratações com o consumidor é a prova mais apropriada para o completo esclarecimento da controvérsia dentro de um processo judicial. Porém, como a produção dessa espécie de prova requer a aplicação de procedimento caracterizado pela alta complexidade, não poderá ser efetivada no âmbito dos juizados especiais cíveis, haja vista as disposições dos artigos 98, I da Constituição Federal de 1988, 3º, *caput* e 35 da Lei nº 9.099/1995, que admitem apenas o processo e o julgamento das causas cíveis de menor complexidade neste órgão jurisdicional. Portanto, quando esse tipo de causa for proposto no juizado especial, o processo deverá ser extinto sem resolução do mérito com base no artigo 51, II da Lei nº 9.099/1995 e o consumidor deverá ajuizar a referida ação na justiça comum, cujas unidades jurisdicionais são comumente designadas de varas cíveis e/ou empresariais. Postula-se que o meio mais seguro de proteger o consumidor nessas contratações é obrigar os bancos a pactuarem os empréstimos eletrônicos somente nas agências físicas, mediante comparecimento presencial dos contratantes e eventuais testemunhas, principalmente quando a parte contratante for idoso, analfabeto, doente grave e portador de deficiência, tendo em vista a elevada vulnerabilidade destes neste tipo de relação consumerista. É uma pesquisa qualitativa, baseada em revisão bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato eletrônico. Inteligência artificial. Biometria. Prova pericial. Juizado especial cível.

FRAUDS IN ELECTRONIC BANK LOAN CONTRACTS: CONSUMER VULNERABILITY, ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND EXPERT EVIDENCE IN BIOMETRIC SYSTEMS

ABSTRACT: This article analyzes litigation arising from the consumer relationship that involves the supply of banking products and services, regarding the fraudulent electronic contracting of a cash loan. It is asserted that the expert evidence made in the digital biometrics system of the financial institution is the most appropriate for the complete clarification of the controversy within a judicial process, but as its production is highly complex, it cannot be carried out in the special civil court, taking into consideration the provisions of articles 98, I of the Federal Constitution of 1988, 3º, *caput* and 35 of Law No. 9,099/1995, which only admit the process and judgment of less complex civil cases. Therefore, when this type of case is brought in the special court, the process must be terminated without resolution of the merits based on article 51, II of Law No. 9,099/1995 and the consumer will have to file the action in the common justice, whose jurisdictional units are commonly designated of civil and/or business courts. It is postulated that the safest way to protect consumers in these contracts is to force banks to make electronic loans only at their physical branches, through the

presence of the contractors and occasional witnesses, especially when the contracting party is elderly, illiterate, seriously ill or disabled, taking into account the high consumer vulnerability in this type of consumer relationship. It is a qualitative research, based on bibliographic research.

KEYWORDS: Electronic Contract. Artificial intelligence. Biometry. Expert evidence. Special civil court.

INTRODUÇÃO

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor é um dos princípios previstos nos artigos 5º, XXXII, 6º, parágrafo único, 24, VIII, 150, § 5º, 170, V, 203, VI da Constituição Federal de 1988 (CF/88), 4º, I e 54-C, IV da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor-CDC).

Com o advento das tecnologias da informação surgiu e cresce a cada dia a contratação eletrônica como meio para a aquisição de bens e serviços nas relações consumeristas com o uso de aparelhos como *smartphone*, *tablet*, computadores e outros, os quais dispensam o deslocamento dos consumidores aos estabelecimentos físicos dos fornecedores e o uso de papel.

A rapidez e a comodidade contidas nesta nova forma de realizar negócios jurídicos trouxeram também riscos de prejuízos aos consumidores, os quais têm sido alvos constantes de perdas financeiras, resultantes da ação de infratores que praticam fraudes nos sistemas de informática usados pelos fornecedores para a efetivação dos contratos digitais.

Há várias décadas as instituições financeiras já utilizam programas (aplicativos) de informática para a contratação de variados bens e serviços que disponibilizam, os quais têm sido objeto de incessantes fraudes, tanto envolvendo seus clientes como pessoas que não possuem relação comercial com o banco que teve seu sistema de proteção digital violado.

O resultado é o ajuizamento de milhares de ações judiciais em todo o Brasil para apurar quem deu causa ao prejuízo financeiro experimentado pelo consumidor, situação que congestionava e sobrecarrega o poder judiciário, que já recebe carga considerável de processos sobre outras matérias.

Os processos judiciais que apuram a invasão dos sistemas de segurança digital de bancos contêm várias controvérsias para serem decididas pelos magistrados e algumas delas pertencem a escolher a prova mais hábil para esclarecer, integralmente, se ocorreu a fraude digital e, sendo afirmativa a resposta, quem deu causa à lesão ao patrimônio monetário do consumidor, além de definir qual o órgão judicial competente para produzir essa prova apta a solucionar o conflito de interesses.

O tema do presente artigo possui importância teórica e prática, centrado nas relações entre os direitos constitucional, do consumidor e processual civil e objetiva contribuir com a prevenção e solução de litígios que têm proliferado em todo o país, sobrecarregando os entes administrativos de proteção do consumidor e os órgãos judiciais.

O método de pesquisa é o dedutivo, por meio de pesquisa exploratória de natureza teórico-bibliográfica. O artigo está dividido em três seções. Na primeira, são tratadas as tecnologias referentes ao contrato eletrônico, inteligência artificial, biometria e a prova pericial. Na segunda, destacam-se o uso do processo judicial para a resolução do conflito e a produção de prova pericial nos litígios relacionados a empréstimos bancários eletrônicos. A última seção elenca as conclusões produzidas com base na exposição realizada nos tópicos anteriores.

2 CONTRATO ELETRÔNICO, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, ALGORITMO E BIOMETRIA NAS OPERAÇÕES BANCÁRIAS

A vida do ser humano no curso da história passou por diversas mudanças e estas afetaram seu modo de relacionamento em sociedade. Dentre algumas alterações importantes menciona-se a revolução industrial, as duas grandes guerras mundiais, o advento dos conhecimentos científico e tecnológico, a globalização e a recente pandemia da COVID-19. Esses eventos aumentaram as formas e intensidades das comunicações e transmissões de dados, diversificaram as modalidades de produtos e serviços postos à disposição dos

consumidores e todas essas viragens refletiram no mundo jurídico, sobretudo na maneira de firmar contratos nas relações de consumo.

Vive-se a sociedade da informação, ou seja, um novo paradigma tecnológico e cultural, consistindo numa inédita maneira de relacionamento entre a economia, o poder público, os entes coletivos privados (associações, sindicatos, organizações não governamentais-ONGS) e os indivíduos.

O aparecimento de tecnologias originais, tal como a rede mundial de computadores (*internet*), possibilitou um novo ambiente de negociação, denominado de comércio ou contratação eletrônica, ensejando vicissitudes no instituto do contrato.

Assim, inovações provenientes do mundo tecnológico transformaram o modo como os consumidores adquirem ou utilizam produtos ou serviços e um dos setores que apresentaram inúmeras criações foram os serviços bancários, que retiraram diversas operações de suas agências físicas e disponibilizaram-nas na *internet*.

Constata-se que o consumo de bens e serviços realizado pela *internet* se desenvolve de maneira fácil, simples e rápida, pois basta a efetivação de poucos comandos na tela de um computador ou *smartphone* (ou outra ferramenta que se conecte com a rede mundial de computadores) para a conclusão de um contrato.

As conveniências nesse espaço virtual de negócios seduzem o consumidor, que atua de boa-fé, acreditando na exatidão das cláusulas contratuais que lhe são expostas, aumentando sua sensação de segurança em relação aos meios de pagamento (cartão de crédito, boleto, transferência bancária e outros), além de economizar tempo em virtude da desnecessidade de deslocamento ao estabelecimento físico do fornecedor. Por todas essas vantagens, a contratação eletrônica tem atraído cada vez mais pessoas.

Argumenta-se que o uso da tecnologia da informação nos contratos bancários trouxe economia no que tange ao abandono do papel, prescindibilidade de deslocamentos dos clientes para as agências e aumentou a segurança das operações, mormente pelo fato de que o sistema digital deixa rastros, dificultando fraudes e possibilitando a realização de perícias específicas nas poucas situações em que se verificariam ilícitos virtuais.

A combinação da rede mundial de computadores com outras ferramentas digitais (*smartphones*, *tablets*, computadores, inteligência artificial e *internet* das coisas) também acrescentou mais transformações no modo de celebração e execução dos contratos, haja vista que o consumidor dá sua aceitação de maneira virtual, através de acesso a sistemas de informática que contêm comandos predeterminados, padronizados e que são acionados por mero apertado de teclas no computador ou outros aparelhos digitais. São os chamados **contratos inteligentes** (eletrônicos ou *smart contracts* na língua inglesa), os quais uniformizam os comportamentos dos contratantes, automatizando-os, sem necessidade de manter a interação física entre as partes.

Define-se contrato eletrônico como o acordo de vontades, celebrado total ou parcialmente no meio digital (eletrônico ou telemático), sem o uso de papel, com o auxílio de um sistema de informática computacional e/ou da *internet*.³

Necessário ressaltar que a terminologia “contrato eletrônico” não corresponde a uma nova espécie de contrato, mas é somente um pacto que se última através do meio eletrônico. O que se tem são as tradicionais avenças de compra e venda, empréstimos, seguros, locação, prestação de serviços e outros negócios jurídicos não nominados, efetuados numa plataforma digital com sistema de programação específica, os quais também se submetem às normas do CDC, da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil-CC), da CF/88 e do Decreto nº 7.962/2013⁴, isto é, possuem a mesma disciplina jurídica dos contratos firmados em outros meios.

O direito brasileiro permite o uso dos contratos eletrônicos, observados os meios de segurança da certificação eletrônica, assinatura digital ou autenticação eletrônica, a fim de que possam valer no mundo do Direito, sendo que seu regime jurídico, condições de existência, validade e eficácia são semelhantes ao dos pactos celebrados na forma física (papel) ou verbal, aplicando-se aos mesmos as disposições dos artigos 104, 107, 113, 187, 421, 422, 434 e 2.035 do CC.

As provas relacionadas aos contratos eletrônicos oportunizam a incidência dos artigos 411, 425, 440, 441 do Código de Processo Civil (CPC),

³ BELANDA, Douglas; CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **A incompetência do Juizado Especial Cível em caso de necessidade de prova pericial em contratos eletrônicos**. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, vol. 1024, 2021, p. 3.

⁴ Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico.

212, 225 do CC e da Medida Provisória nº 2.200/2001⁵, devendo o poder judiciário atentar para essas regras na instrução dos processos que preside.

A formalização de negócios jurídicos com a utilização de contratos eletrônicos é admitida pela jurisprudência nestes termos:

CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. CONTRATO ELETRÔNICO. ASSINATURA POR RECONHECIMENTO FACIAL. CONSUMIDOR IDOSO [...] informações da cédula de crédito bancário juntadas pelo Banco réu juntamente com a demonstração de que o autor enviou cópia do documento de identidade e, após, assinou o contrato por meio de reconhecimento facial são suficientes para legitimar sua vontade de contratar, em especial quando o Banco réu junta laudo que indica o nome do usuário, ação praticada, data e hora do fuso respectivo, número de endereço IP e porta lógica de origem utilizada pelo usuário; ID da sessão e geolocalização da residência do autor [...] Tendo o Banco réu demonstrado que o falecido manifestou a vontade de contratar ao assinar o contrato por meio de biometria facial e que todas as informações sobre o contrato estão descritas na proposta assinada.⁶

Os múltiplos programas (aplicativos) contendo inteligência artificial (IA) estão presentes em *smarthphones*, *tablets*, videogames, veículos, computadores e outros dispositivos e são utilizados nas relações de consumo, de forma que a IA, que é um programa, interage com o interlocutor e dessa interação são formalizados contratos eletrônicos. Desta feita, a inteligência artificial pode ser utilizada nas atividades de fornecimento de produtos ou serviços, junto ao mercado de consumo, estando em pleno crescimento nas práticas empresariais de todo o mundo, o que revela sua importância social.

A aplicação da inteligência artificial no mercado de consumo modificou a relação entre o fornecedor e o consumidor, posto que afastou a interação presencial entre ambos, uniformizou o atendimento nas empresas e o fornecimento de produtos e serviços no comércio eletrônico.

⁵ Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências.

⁶ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Segunda Turma Cível, Apelação 07220149220198070003, Rel. Cesar Loyola, j. 26-5-2021.

A Portaria GM 4.617/2021 instituiu a Estratégia Brasileira de IA (EBIA), fixou seus eixos temáticos, materializados na robustez, segurança e proteção e expôs os princípios éticos que devem ser observados nesta seara tecnológica.⁷

As atividades da IA são baseadas em um processo algorítmico que se assemelha ao pensamento humano racional, podendo compreender as consequências de suas atuações, simular e substituir a capacidade humana de pensar, agir, tomar decisões e negociar, sem presença humana, promovendo uma interação negocial nas relações consumeristas.⁸

É um programa (sistema informatizado) que pensa e age de maneira racional, anteriormente programada, isto é, como um ser humano; contudo, também pode interpretar um contexto específico, sem apoio em prévia programação, levando em conta somente a representação que estabelece na ocasião, definindo a conduta mais adequada para intervir naquele instante. Esse modo de atuar é conhecida como *machine learning*, que quer dizer “aprendizado de máquina”, aptidão da IA em auferir aprendizado a partir de suas próprias experiências. O adjetivo “artificial” atine ao fato de ser originário da área da informática em oposição à inteligência presente na espécie humana.⁹

Quanto aos algoritmos, vê-se que estão contidos na inteligência artificial, correspondendo a procedimentos que traçam operações, tal como num tutorial passo a passo, consistindo numa sequência finita e lógica de instruções executáveis, veiculadas em uma determinada linguagem de informática, que demonstra como resolver determinado problema, além de monitorar e compartilhar dados, fazer escolhas e tomar decisões.¹⁰

São características da inteligência artificial: a) autonomia: age sem intervenção direta de seres humanos ou outros agentes, tendo relativo controle sobre suas ações e estado interno; b) habilidade social e cooperação: interage com outros agentes e seres humanos através de uma linguagem de

⁷ BERTOLANI, Lilian Elizabeth Menezes. **Princípios éticos e jurídicos, requisitos para uma inteligência artificial confiável**. Revista de Direito e as Novas Tecnologias. São Paulo: RT, vol. 14, 2022, p. 3.

⁸ BALCONI, Lucas Ruiz; ZARELLI, Renata Calheiros; MORETI, Mariana Piovezani. **Do uso da inteligência artificial nos contratos e seus (d)efeitos**. Revista de Direito Privado. São Paulo: RT, vol. 86, 2018, p. 8.

⁹ REICHELDT, Luis Alberto. **Inteligência artificial e direitos fundamentais processuais no âmbito cível: uma primeira aproximação**. Revista de Processo. São Paulo: RT, vol. 312, 2021, p. 7.

¹⁰ BELANDA, Douglas; CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **Biometria como mecanismo de formação e prova contratual: um olhar para as transações eletrônicas bancárias na sociedade da informação**. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, vol. 1016, 2020, p. 7.

comunicação; c) pro atividade: não se limita a atuar em resposta ao ambiente que a cerca, mas toma iniciativa comportamental, colimando uma finalidade; d) reatividade: percepção do ambiente e resposta célere a respeito das alterações que nele ocorrem.¹¹

A inteligência artificial liga-se à quarta revolução industrial, denominada de revolução 4.0. Reputa-se que a primeira se deu no século XIX com o surgimento das máquinas a vapor, a segunda no século XX com o aparecimento da eletricidade e a terceira no final do século XX, através da computação.¹²

São exemplos de aplicação da inteligência artificial os veículos automotores autônomos, drones, robôs que realizam cirurgias médicas e prescrevem medicamentos, reconhecimento de voz, tradutores de idiomas, triagem de processos judiciais, cálculos sobre probabilidades de ocorrência de sinistros para seguradoras, dentre outras.

Na legislação brasileira ainda não existe uma definição jurídica de inteligência artificial, entretanto, isso não impede sua utilização nos contratos eletrônicos consumeristas, podendo as regras do CDC, da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da *Internet*-MCI), da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais-LGPD) e da Lei nº 14.129/2021 (Governo Digital-GD) serem aplicadas para a solução judicial e administrativa de eventuais litígios.

A *internet* das coisas (em inglês, *internet of things*, abreviado como IOT) é outra tecnologia digital que tem se desenvolvido e sido aplicada até em conjunto com a inteligência artificial, integrando o ambiente das relações negociais do mercado de consumo.

A *internet* das coisas consiste na aplicação da rede mundial de computadores sobre bens e serviços, por meio de interações em rede entre vários objetos ou atividades (*smartphones*, brinquedos, automóveis, televisões, geladeiras e outros), que são conectados de maneira física ou virtual com capacidade de processamento de dados, gerando novas utilidades, tais como a coleta e transmissão de dados com diversos objetivos e o atendimento de

¹¹ TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. **Desafios da inteligência artificial em matéria de responsabilidade civil**. Revista Brasileira de Direito Civil. Belo Horizonte: vol. 21, 2019, p. 63.

¹² MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. **“Interpretação 4.0” do direito, inteligência artificial e algoritmos: entre disrupções digitais e desconstrutivismos**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, vol. 138, 2021, p. 4.

inúmeros interesses dos consumidores, sejam domésticos, profissionais ou de lazer.¹³

No Brasil, o Decreto nº 9.854/2019 instituiu o Plano Nacional de *internet* das coisas e no artigo 2º, I aduz que essa ferramenta compreende a infraestrutura que integra a prestação de serviços de valor adicionado com capacidades de conexão física ou virtual de coisas com dispositivos baseados em tecnologias da informação e comunicação existentes e nas suas evoluções, com interoperabilidade.

Os contratos eletrônicos já são responsáveis por grande parcela dos negócios jurídicos concretizados nas relações de consumo e a tendência é de aumento na sua utilização, haja vista as infinitas contribuições para o fornecedor e o consumidor.

Outrossim, essa imersão tecnológica do consumidor envolve o uso de dados pessoais e representam um negócio modulado por racionalidade algorítmica. A reconfiguração da noção de privacidade diante de tais mecanismos de vigilância e controle, a impossibilidade de agir de maneira diversa do estabelecido pelos termos de adesão dos aplicativos e *sites*, a dependência do novo modelo de negócio, muitas vezes disponibilizado em caráter de monopólio em clara concentração de mercado, acabam por gerar uma nova espécie de vulnerabilidade do consumidor: a algorítmica.

A vulnerabilidade algorítmica decorre da captação, tratamento e difusão indevidos dos dados pessoais do consumidor, às vezes através de dispositivos dotados de inteligência artificial, em franca violação aos direitos da personalidade, como a privacidade e intimidade, por exemplo, podendo favorecer fraudes em massa pelo vazamento de informações pessoais sensíveis dos consumidores, muito comuns em incidentes de segurança na internet (*Data breach*).

Também, essa nova espécie de vulnerabilidade decorre da insuficiência tecno-normativa do Direito para a adequada tutela da hiperconfiança do consumidor nesse admirável e igualmente perigoso mundo virtual, desestabilizando o senso de realidade e de perigo aos riscos a que está exposto. Em outras palavras, a insuficiência normativa, o abstencionismo estatal e o

¹³ MIRAGEM, Bruno. **Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, vol. 125, 2019, p. 3.

protagonismo das grandes plataformas virtuais criam as condições ideais para a concretização dos danos no ciberespaço.

Inobstante, vários problemas surgiram nas contratações digitais, potencializando riscos para ambos os contratantes, sendo um deles as fraudes em operações bancárias, assunto que tem figurado em número significativo de processos judiciais no Brasil. Acrescente-se ainda as falhas (*bugs*) resultantes de erros gerados pelos programas usados para formalizar os contratos eletrônicos, principalmente quando esses sistemas estão em sua fase inicial de operação.

E o que fazer para proteger o consumidor frente a esse novo paradigma tecnológico?

Quantias consideráveis são gastas pelos bancos na manutenção de sistemas de segurança digitais para combater os ilícitos virtuais e uma das tecnologias aplicadas nessa batalha diária é a biometria.

A biometria é um modo de identificação único de uma pessoa, através de suas características, perante determinada plataforma (quando visa contratação eletrônica), por intermédio da colheita antecipada e sigilosa dos dados e formatação destes para o sistema de contratação, cuja finalidade é identificar um indivíduo para que seja possível reconhecê-lo com alto grau de certeza.¹⁴

O método mais comum de biometria bancária materializa-se no uso de máquinas e programas especiais para a coleta dos dados biométricos, em segredo (ou criptografada), que podem ser reconhecimento de voz, geometria da mão, imagens da face, íris, retina, impressão digital e documentos pessoais do cliente. Em seguida é feito o tratamento desses dados, a captura dos detalhes, a eliminação de falsas particularidades, o armazenamento de um modelo, a comparação com os padrões coletados e a conversão em algoritmos, de conhecimento exclusivo da instituição financeira. Assim, a informação biométrica será transformada em algoritmo, vinculado ao sistema do banco, unificando todos os dados do consumidor, não havendo necessidade deste portar outro documento, cartão de crédito ou senha para efetuar contratações eletrônicas.

¹⁴ BELANDA, Douglas; CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **Biometria como mecanismo de formação e prova contratual: um olhar para as transações eletrônicas bancárias na sociedade da informação.** Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, vol. 1016, 2020, p. 2.

No ramo das instituições financeiras, os dois tipos de biometria mais adotados são o reconhecimento facial e a biometria digital. Essas tecnologias de segurança biométrica configuram uma opção segura para substituir os cartões e senhas, tendo em vista os perigos com o mal-uso de cartões bancários (ex.: empréstimo para terceiros) e o armazenamento equivocado ou esquecimento das senhas por parte de seus titulares.

Com a biometria, os bancos tencionam individualizar seus clientes para que sejam efetuadas contratações eletrônicas com maior segurança, bem como reduzir seus custos operacionais, tornar mais rápidas as rotinas de trabalho, diminuir a ocorrência de processos administrativos e judiciais derivados de fraudes virtuais e facilitar a obtenção de provas digitais quando instaurados litígios judiciais ou extrajudiciais.

Porém, apesar da segurança que lhe é peculiar, a biometria não está completamente imune a obstáculos, pois os dados que a compõem sofrem avarias com a ação do tempo, da interação com o ambiente e com os equipamentos que fazem a coleta da amostra, fazendo com que na maioria das vezes não existam amostras inteiramente iguais para o mesmo indivíduo.

Sendo assim, é possível que um consumidor de serviços bancários seja vítima de fraudes em contratações eletrônicas, advindas da ação de infratores digitais. Uma das infrações mais comuns apuradas em processos judiciais é a efetivação de empréstimo em dinheiro sem autorização do dono da conta bancária, ou seja, um terceiro registra um empréstimo na conta bancária do consumidor, fica com o dinheiro e para o titular da conta sobra o ônus de pagar as parcelas do empréstimo, que são descontadas pelo banco sem prévio aviso. Outra situação é quando são feitos empréstimos por fraudadores em nome de pessoas que sequer possuem contas bancárias naquela instituição financeira.

Ao ser procurada em sua agência física pelos clientes e vítimas, em inúmeras oportunidades a instituição financeira não admite a violação de seu sistema de segurança biométrica, circunstância que obriga o consumidor a ingressar com ação judicial, visando a reparação do dano sofrido.

Iniciar uma ação judicial é apenas o primeiro passo de um longo percurso que o consumidor terá que percorrer para fazer valer seu direito de reparação dos danos sofridos. Um poder judiciário carente de recursos humanos, materiais, com número exorbitante de processos e demorada tramitação, uma defensoria

pública que necessita de maiores investimentos na quantidade de membros e servidores para atender integralmente a população pobre, uma legislação excessiva em fases processuais e recursos que prolongam indevidamente um processo e o alto custo financeiro para a contratação de advogado são outras dificuldades a serem vencidas pelo consumidor que intenta uma ação contra um banco.

Não se pode olvidar, também, a inação dos legitimados ativos no âmbito da tutela coletiva do consumidor para combater o assédio de consumo em relação ao crédito e a massificação das fraudes acaba por influenciar decisivamente na opção do consumidor pelas demandas individuais pulverizadas que, conquanto não tenham o efeito pedagógico necessário para reprimir a conduta ilícita das instituições financeiras, que transferem o risco da atividade para o consumidor, contribuem para o engessamento do Judiciário, que não se preparou para gerir adequadamente esse crescimento exponencial de ações.

É importante destacar que a fragilidade dos sistemas de biometria digital diante das diversas fraudes aplicadas nas contratações bancárias eletrônicas sobre empréstimos e a dificuldade e lentidão da função judicial na reparação dos danos sofridos pelo consumidor revelam alguns traços da vulnerabilidade que acomete as pessoas que se servem dos serviços prestados pelas instituições financeiras.

É certo que boa parte de conquistas tecnológicas se inserem no dia a dia da humanidade e facilitam seu modo de viver em vários aspectos, mas é de conhecimento de todos que muitas dessas invenções digitais geram enormes problemas (os efeitos colaterais), mormente a prática de ilícitos por meio delas, particularidade que justifica a restrição de suas aplicações em determinadas situações. Neste contexto de vulnerabilidade (artigos 4º, I e 54-C, IV do CDC), reputa-se que as contratações de empréstimos deveriam ser feitas tão somente na modalidade presencial (na agência física do banco), pois a possibilidade de fraudes digitais, que atualmente acontecem em números alarmantes no Brasil, conforme atesta a enorme quantidade de processos judiciais, seria reduzida a números insignificantes.

As instituições financeiras não concordam com essa proposta, pois, no mínimo, teriam aumento de seus custos operacionais, haja vista a necessidade

de contratação de mais colaboradores para o atendimento dos clientes nas agências físicas. Porém, pelo menos os idosos, portadores de deficiência, analfabetos e doentes graves poderiam ser obrigados a contratar pessoalmente os empréstimos, tendo em vista suas vulnerabilidades específicas (CDC, artigo 54-C, IV).

Mas, enquanto não se exige legalmente a presença do cliente em agência bancária física, retoma-se a hipótese da verificação do ilícito virtual e, em decorrência, indaga-se como o consumidor provará em um processo judicial que a contratação eletrônica do empréstimo em seu nome aconteceu mediante fraude digital? É o que se verá no item seguinte.

3 A PROVA DA FRAUDE DIGITAL EM PROCESSO JUDICIAL E O ÓRGÃO COMPETENTE

O cliente de serviços bancários que for vítima de fraude digital, relacionada a contratação eletrônica, deverá ajuizar ação judicial para conseguir a reparação do prejuízo financeiro que suportou indevidamente, quando a instituição financeira se recusar a recompor seu patrimônio.

Em tese, o consumidor tem a opção de intentar a ação nas varas cíveis e empresariais da justiça comum ou nos juizados especiais cíveis, observadas quanto a estes as regras de competência da Lei nº 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais-LJE).

Nas varas cíveis e empresariais da justiça comum, o consumidor pode requerer, desde a petição inicial, a inversão do ônus da prova com base nos artigos 6º, VIII do CDC e 373, § 1º do CPC, pois o primeiro dispositivo legal dispõe que são direitos básicos do consumidor, a facilitação da defesa de seus direitos por meio da inversão do ônus da prova em seu favor, quando for verossímil a alegação ou ele for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

A decisão judicial a respeito do pedido de inversão do ônus probatório formulado pelo consumidor acontecerá na fase procedimental do artigo 357, III do CPC.

Quando o banco negar na contestação que houve fraude digital em seu sistema de proteção por biometria e ocorrer a preclusão da decisão que inverteu o ônus da prova, seja no primeiro de grau de jurisdição (CPC, artigo 357, § 1º) ou após o julgamento de eventual agravo de instrumento (CPC, artigo 1.015, XI), caberá à instituição financeira provar que seu sistema de segurança contra fraudes tecnológicas não foi violado.

Neste contexto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a Súmula nº 479, afirmando que as “instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”. O STJ já decidiu também que uma das formas da fraude indicada na súmula em comento é o empréstimo falsificado no âmbito de contratações eletrônicas ilícitas.¹⁵

Destarte, consoante a súmula em tela, para restar caracterizada a responsabilidade do banco não é preciso comprovar que este agiu com culpa, sendo suficiente demonstrar que a contratação eletrônica aconteceu de maneira fraudulenta e que em virtude desta ocorreu desfalque de dinheiro da conta bancária do consumidor. A responsabilidade em foco é de natureza objetiva e na esfera das relações de consumo está regulada no artigo 14 do CDC.

Em caso semelhante, o STJ mencionou no Tema 1.061 que na hipótese em que o consumidor/autor impugnar a autenticidade da assinatura constante de contrato bancário juntado ao processo pela instituição financeira, caberá a esta o ônus de provar a sua autenticidade¹⁶. Desta feita, de forma análoga, o julgado confirma que o ônus de provar a inviolabilidade do sistema de biometria digital é do banco.

Para provar o aludido argumento de defesa e se desincumbir do ônus da prova que lhe foi atribuído na decisão do artigo 373, § 1º do CPC, o banco tem o direito de empregar todos os meios legais ou os moralmente legítimos, mesmo que não especificados no Código de Processo Civil, conforme autoriza o artigo 369 do CPC.

¹⁵ Superior Tribunal de Justiça, Segunda Seção, REsp 1.199.782-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 24-08-2011.

¹⁶ Superior Tribunal de Justiça, Segunda Seção, REsp 1.846.649-MA, Rel. Min. Marco Bellizze, j. 24-11-2021.

Uma das modalidades de prova que a instituição financeira pode empregar para comprovar a argumentação de inexistência de fraude digital em seu sistema biométrico é a prova pericial, fundamentada nos artigos 357, § 8º, 375, 443, II e 464, *caput* do CPC, posto que é a mais adequada, segura e eficiente para o esclarecimento desta controvérsia.

Para que essa perícia seja efetivada é necessário que o banco a requeira expressamente na oportunidade da oferta da contestação (CPC, artigo 336) ou quando for intimado para especificar provas, em atendimento ao despacho geralmente proferido depois que o consumidor (autor da ação) se manifestou sobre a peça de defesa da instituição financeira (na linguagem forense, chamada de “réplica”).

Mas, se a instituição financeira ou o consumidor não postularem a produção da prova pericial digital, o magistrado poderá, de ofício, requisitar a produção de tal prova, se reputar imprescindível para o julgamento do mérito do processo (CPC, artigo 370 do CPC).

Após o deferimento da realização de prova pericial digital no sistema de biometria do banco, por solicitação das partes ou de ofício pelo juiz, o juiz nomeará perito para apresentar o laudo respectivo, facultado às partes indicar assistentes técnicos e apresentar quesitos (CPC, artigo 465 e seguintes).

Deste modo, o exame pericial digital é a espécie de prova que o consumidor deverá produzir no processo judicial instaurado por provocação sua, que visa invalidar o contrato eletrônico de empréstimo fraudulento que foi efetuado em seu nome.

Por outro lado, em tese, o consumidor pode optar por intentar a ação judicial no juizado especial cível, ao invés da vara cível e empresarial da justiça comum. É grande no Brasil a quantidade de processos tramitando nos juizados, que discutem a controvérsia atinente a fraudes em contratos eletrônicos bancários.

Conforme exposto nas linhas anteriores, a prova mais adequada para solucionar os litígios de fraudes em contratos digitais de instituições financeiras é a perícia na área de informática. Entretanto, o consumidor (autor da ação) deve atentar para as regras de competência presentes nos artigos 3º, *caput* e 35 da Lei nº 9.099/1995.

Esses dispositivos legais, interpretados em consonância com o artigo 98, I da CF/88, em cumprimento ao artigo 1º do CPC, estabelecem que o juizado especial cível é competente apenas para processar e julgar as causas cíveis de menor complexidade. Inclusive, o magistrado deve estar atento para o requisito da “causa cível de menor complexidade”, haja vista que ele limita sua liberdade para determinar as provas a serem produzidas, assegurada no artigo 5º da Lei nº 9.099/1995.

A exigência de causa cível de menor complexidade contribui para a melhoria no fornecimento da prestação jurisdicional, para que seja ofertada de maneira eficiente, célere, efetiva e adequada nos termos impostos pelos artigos 5º, XXXV da CF/88, 3º, *caput*, 4º, 6º e 8º do CPC, a fim de colaborar na superação do problema da morosidade que afeta parcela dos processos judiciais em curso no Brasil, dando concretude à cláusula da razoável duração do processo presente no artigo 5º, LXXVIII da CF/88.

A causa cível de menor complexidade tem como uma de suas características a inexistência de elevada complexidade nas provas que podem ser produzidas no processo. Como a prova pericial de informática detém alta complexidade probatória, não será possível sua produção no rito sumaríssimo da Lei nº 9.099/1995, devendo a causa ser ajuizada na justiça comum ordinária (vara cível e empresarial), que detém o procedimento apropriado para a realização dessa espécie de prova.

A alta complexidade da prova pericial de informática decorre do fato de demandar tempo considerável para conclusão e possuir custo financeiro elevado para as partes, o que ocasiona lentidão procedimental e demora na entrega da prestação judicial com sobrecarga do sistema de justiça.

A sua materialização nos autos do processo requer procedimento complexo, consistente na nomeação de perito, fixação de honorário, formulação de quesitos por parte do Juízo e das partes, habilitação de eventuais assistentes técnicos, elaboração de laudo, dentre outros atos, circunstâncias que violam os artigos 98, I da CF/88, 2º, 3º, *caput*, 35 e 51, II da LJE, os quais só admitem o processamento de causas cíveis de menor complexidade na esfera do juizado especial cível, mediante incidência dos critérios da celeridade, economia processual e simplicidade.

O artigo 35 da Lei nº 9.099/1995 ratifica tal ilação, pois permite no juizado especial cível somente a inquirição de técnico e/ou a apresentação de parecer por especialista na matéria, ambos na ocasião da efetivação da audiência do artigo 27 da LJE, bem como a singela inspeção em pessoas ou coisas também na audiência una de tentativa de conciliação, instrução e julgamento, sem a possibilidade da incidência do procedimento do CPC, relativo à produção de prova pericial (artigos 465 e seguintes).

Sendo assim, como as perícias digitais em sistemas de biometria das instituições financeiras, relacionadas às apurações dos litígios de contratação eletrônica fraudulenta de empréstimos em dinheiro não reúnem condições técnicas de serem feitas no curso da audiência dos juzados especiais (artigo 27 da LJE), seja por mera oitiva do especialista em informática ou por simples inspeção em coisas, as demandas que necessitam da confecção desse tipo de prova devem ser ajuizadas na justiça comum ordinária.

A jurisprudência corrobora esse entendimento da seguinte forma:

JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. DÍVIDA DECORRENTE DE CARTÃO DE CRÉDITO DESCONHECIDO DA PARTE AUTORA. SUPOSTA DIVERGÊNCIA NA ASSINATURA DO TERMO DE ADESÃO. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DOS JUIZADOS. NECESSIDADE DE PERÍCIA GRAFOTÉCNICA. COMPLEXIDADE DA MATÉRIA. RECURSO CONHECIDO. PRELIMINAR ACOLHIDA. PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO [...] a divergência existente nos autos é em relação à suposta veracidade dos documentos colacionados pela parte ré, sendo preciso apurar se aquela assinatura seria do autor. Contudo, o juízo não detém conhecimento técnico para averiguar se a assinatura lançada no contrato impugnado é autêntica, já que possui traços similares com os demais parâmetros (ID n. 12829323), não sendo o caso de falsificação grosseira de fácil constatação. 6. Dessa forma, a prova pericial grafotécnica é necessária à solução do ponto controvertido. Em consequência, a exigência de prova pericial torna a matéria fática complexa, afastando a competência dos Juzados Especiais e impondo-se a extinção do processo sem resolução de mérito.¹⁷

JUIZADO ESPECIAL. CONSUMIDOR. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DO CONTRATO E CÓPIA DOS DOCUMENTOS DO CONSUMIDOR. COMPLEXIDADE DA MATÉRIA. NECESSIDADE DE PERÍCIA TÉCNICA. INCOMPETÊNCIA

¹⁷ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Segunda Turma Recursal, Recurso Inominado 07022750920198070012, Rel. Juiz Arnaldo Corrêa Silva, j. 11-12-2019.

DOS JUIZADOS CONFIRMADA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I. A alegação de falsidade na assinatura aposta no contrato de financiamento apresentado pelo banco réu invoca a necessidade de realização de laudo pericial para esclarecer eventual falsidade, haja vista os documentos de identificação anexados ao contrato possuírem similitude com os originais, bem como a assinatura nos termos contratuais. II. A prova pericial é pertinente à solução do ponto controvertido, e foi expressamente requerida pelo autor. Seu indeferimento, ao afastar a sua necessidade, geraria cerceamento de defesa. III. A prova pericial torna a matéria fática complexa, afastando a competência dos Juizados Especiais.¹⁸

Vale ressaltar que a complexidade de uma causa cível para os fins dos artigos 98, I da CF/88, 3º, *caput* e 35 da LJE não é definida pela dificuldade de apreciação das matérias jurídicas (teses e questões de direito) deduzidas pelas partes em juízo, mas em virtude da natureza da prova a ser engendrada no processo. Nestes termos, as provas de baixo custo financeiro e de fácil e imediata inserção nos autos podem ser usadas no procedimento da Lei nº 9.099/995, posto que se amoldam ao conceito de “baixa complexidade”. Já as provas de elevado valor monetário e significativa demora de concretização no curso do processo se adéquam ao conceito de “alta complexidade”, devendo serem provocadas na justiça comum.

Por conseguinte, embora a expressão “causas cíveis de menor complexidade” seja um conceito indeterminado, a delimitação de seu conteúdo é possível de ser obtida diante de cada ação ajuizada, ou seja, perante a análise do caso concreto.

Havendo a necessidade de realização de perícia no sistema de biometria digital do banco e estando a causa em trâmite no juizado especial cível, o juiz deverá extinguir o processo sem resolução do mérito com fulcro no artigo 51, II da LJE e o consumidor deve ingressar com ação em vara cível e empresarial da justiça comum.

Tal solução obedece ao princípio da eficiência, previsto nos artigos 37, *caput* da CF/88 e 8º do CPC, que juntamente com os artigos 98, I da CF/88, 3º, *caput* e 35 da LJE vedam o prosseguimento de causa complexa no sistema dos

¹⁸ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Primeira Turma Recursal, Recurso Inominado 07011847720168070014, Rel. Edilson Enedino das Chagas, j. 29-9-2016.

juizados especiais cíveis, que ficaria sobrecarregado, bem como assegura à parte que pediu o exame pericial digital a observância dos direitos ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa (CF/88, artigo 5º, LIV e LV), consubstanciados na prerrogativa de ver produzida em juízo a prova necessária ao julgamento do mérito, fazendo com que a decisão judicial abranja todas as especificidades controversas do litígio, afastando eventual insegurança jurídica (CPC, artigos 4º e 6º - princípio da primazia da resolução de mérito).

CONCLUSÃO

A ciência da informática contribuiu com o surgimento de tecnologias como a *internet*, a inteligência artificial e a biometria digital e a combinação destas colaborou com o aparecimento da contratação eletrônica de bens e serviços na área das relações de consumo, cuja existência é admitida pela legislação brasileira (artigos 104, 107, 113, 187, 421, 422, 434 e 2.035 do CC).

O contrato eletrônico de serviços bancários é uma realidade em todo o mundo e sua utilização no Brasil só tem aumentado, juntamente com as fraudes nesse tipo de negócio jurídico, pois os sistemas de segurança baseados em biometria por reconhecimento facial, de íris, voz e outros podem ser violados por infratores digitais ou apresentarem inconsistências técnicas.

Grande parte das fraudes acontecem nas operações de empréstimos bancários por contratação eletrônica e quando a instituição financeira se nega a reparar o dano sofrido pelo consumidor este tem que ajuizar ação judicial para obter a reparação que lhe é devida.

Quando é vítima de uma fraude digital, o consumidor está exposto há pelo menos duas formas de vulnerabilidade, sendo a primeira o fato de não ter o controle dos sistemas de segurança das operações bancárias virtuais e a segunda a circunstância de ter que se onerar financeiramente para contratar advogado ou enfrentar fila considerável para receber o patrocínio de defensor público para intentar a ação, bem como a demora para conseguir do poder judiciário a tutela jurisdicional do bem da vida que foi objeto de violação.

Levando em conta a imensa quantidade de processos instaurados no poder judiciário para apurar fraudes em contratos bancários eletrônicos, deveriam os empréstimos digitais só serem realizados com a presença do cliente

na agência física da instituição financeira ou pelo menos exigir essa espécie de contratação quando requerida por idosos, portadores de deficiência, analfabetos e doentes graves, tendo em vista serem detentores de uma vulnerabilidade mais elevada em relação aos outros consumidores.

A prova pericial no sistema de biometria digital do banco é a mais adequada para contribuir com a solução de mérito em processos que apuram a imputação de ocorrência de fraude em contrato eletrônico de empréstimo de dinheiro.

O ônus de provar a ocorrência ou não da fraude alegada pelo consumidor é da instituição financeira e se for provada a violação de seu sistema de segurança digital, a responsabilidade é objetiva, na forma do artigo 14 do CDC, de acordo com decisões proferidas pelo STJ.

O aludido exame pericial requer um procedimento extenso para sua efetivação, previsto nos artigos 465 e seguintes do CPC, tendo a natureza de ato processual de elevada complexidade probatória, a qual desloca a demanda para o conceito de “causa cível de maior complexidade”. Em razão desta peculiaridade, o consumidor deve ingressar com a ação na justiça comum ordinária (vara cível e empresarial), posto que os artigos 98, I da CF/88, 3º, *caput* e 35 da Lei nº 9.099/1995 só permitem que tramitem no juizado especial cível as causas cíveis de menor complexidade. Não obstante, havendo o ajuizamento da causa no juizado, o magistrado deve extinguir o processo sem resolução do mérito com arrimo no artigo 51, II da LJE.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALCONI, Lucas Ruiz; ZARELLI, Renata Calheiros; MORETI, Mariana Piovezani. Do uso da inteligência artificial nos contratos e seus (d)efeitos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT, vol. 86, 2018.

BELANDA, Douglas; CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. Biometria como mecanismo de formação e prova contratual: um olhar para as transações eletrônicas bancárias na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, vol. 1016, 2020.

BELANDA, Douglas; CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. A incompetência do Juizado Especial Cível em caso de necessidade de prova pericial em contratos eletrônicos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, vol. 1024, 2021.

BERTOLANI, Lilian Elizabeth Menezes. Princípios éticos e jurídicos, requisitos para uma inteligência artificial confiável. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, São Paulo, RT, vol. 14, 2022.

MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. “Interpretação 4.0” do direito, inteligência artificial e algoritmos: entre disrupções digitais e desconstrutivismos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, RT, vol. 138, 2021.

MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, RT, vol. 125, 2019.

REICHELDT, Luis Alberto. Inteligência artificial e direitos fundamentais processuais no âmbito cível: uma primeira aproximação. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, vol. 312, 2021.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Desafios da inteligência artificial em matéria de responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, vol. 21, 2019.

VERBICARO, Dennis; VERBICARO, Loiane da Ponte Souza Prado; VIEIRA, Janaina do Nascimento. **Direito do Consumidor Digital**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.