

DIREITO BANCÁRIO E PROVAS NA CONTRATAÇÃO ELETRÔNICA BANKING LAW AND EVIDENCE IN ELECTRONIC CONTRACTING

DOUGLAS BELANDA

Advogado Corporativo em São Paulo/SP, inscrito na OAB/SP sob nº 271.000, sendo atualmente Secretário da Comissão de Departamento Jurídico da OAB/SP, Seccional de Pinheiros/SP. Foi Membro da Comissão de Instituições Financeiras e Comissão de Direito do Consumidor da OAB/SP. Graduado em Direito pela FMU/SP, com especialização em Contratos e Operações Bancárias pela FGV/SP, Pós-graduado em Direito Constitucional pela FMU/SP, com MBA em Administração de Empresas pela mesma Universidade. Ademais, foi Aluno Ouvinte do Mestrado em Direito Civil na PUC/SP, bem como, Aluno Especial do Mestrado em Processo Civil na USP.

É autor de artigos jurídicos em revistas especializadas e palestrante.

RESUMO: Existe uma revolução tecnológica. A era da tecnologia invade todos os segmentos, sendo um dos mais impactados o ramo bancário, justamente pelo fato do mesmo ser dinâmico e sofrer grande influência em áreas comerciais e diversas contratações ou operações diárias por intermédio de aparatos eletrônicos, bem como, nos negócios de grandes empresas e direito bancário. Nesse sentido e mesmo diante de vários avanços abrangendo o tema em epígrafe com a área do Direito Bancário e correlatas, temos poucos artigos que dão um entendimento mais pormenorizado e detalhado sobre o Direito Bancário e a legalidade das contratações eletrônicas e apurações de fraudes. Portanto, a ideia principal é dissertar sobre esse tipo contratual e referida legalidade, e ainda, fazendo uma análise dos benefícios trazidos por ele no âmbito empresarial e financeiro.

PALAVRA CHAVE: contratos – direito processual civil – espécies – direito bancário – fraudes

ABSTRACT: There is a technological revolution. The era of technology pervades all segments, one of the most affected the banking sector, just the fact that it is dynamic and have great influence in commercial areas and several hiring's or daily operations through electronic devices, as well as in business big business and banking law. In this sense and in the face of several developments covering the topic title to the area of Banking and interface, we have very few

articles that give a more detailed and detailed understanding of the Banking Law and the legality of electronic contracts and fraud. Therefore, the main idea is to speak about this type of contract and that legality, and doing an analysis of the benefits brought by it in the business and financial area.

ANSWER KEY: procurement - civil procedure law - species - banking law – fraud.

I - INTRODUÇÃO

Certo que o renomado sistema capitalista teve seu início no Velho Continente Europeu, desde a referida baixa idade média (do século XI ao XV) com a passagem do centro da vida econômica social e política dos feudos para as antigas cidades. Certo afirmar que, desde tal século, a organização da sociedade era voltada para a relação consumerista, entretanto, sem os detalhes, complexidade e aperfeiçoamento que notamos na atualidade, que fora devidamente modificada após o transcorrer do tempo e, ainda, da melhora ocorrida em diversos quesitos sociais, com grande ênfase aos Direitos Humanos.

Penso que, o interesse social sempre foi organizar a economia, trazendo segurança e autonomia nas trocas de bens e serviços.

Sem dúvidas, o século XXI versa demasiadamente sobre o sistema capitalista (com raras exceções), e em tal contexto, o formato de organização da economia e suas respectivas nuances direcionam o mercado e nossa rotina como indivíduos, moldando pessoas e situações fáticas, o que influencia o Direito, e, não obstante, cria até mesmo um novo tema para nossas escolas de graduação e pós-graduações, o Direito Bancário.

O Direito Bancário, como conhecemos, é o ramo do Direito que estuda a evolução do segmento econômico atrelado as nuances da legislação brasileira, acompanhando sua evolução e dando respaldo legal em referidas transações, com foco na proteção ao consumidor, parte frágil na relação contratual.

Agora e sem dúvidas, o Direito Bancário ainda é novo e carece de melhores entendimentos, seja por operadores do Direito ou Magistrados e demais Membros do nosso Judiciário, abordando justamente as dificuldades no entendimento em contratação eletrônica, seu funcionamento e prova judicial.

Veja que, não é crível termos falta de entendimento (provas, meios de contratação e afim) de um mercado que é alvo de milhares de novas ações judiciais cíveis anualmente, que atravança o Judiciário e prestação Jurisdicional. O cenário atual nos mostra que precisamos acompanhar a revolução tecnologia, sendo que não podemos mais tratar de modo superficial ou sem conhecimento o Direito Bancário, Contratações Eletrônicas e Meios de Provas, que envolve pormenores e muitos detalhes, principalmente no quesito de provas e construção doutrinária ou, até mesmo, da relação comercial.

Em detalhes, ressaltamos que, de acordo com o CNJ (Conselho Nacional de Justiça), os bancos brasileiros figuram entre os maiores litigantes do país, fato que ocasiona também a morosidade do nosso Judiciário e julgamento algumas vezes sem compreensão integral dos fatos abarcados na missiva judicial.

Nesse viés, o que o Poder Judiciário e Operadores do Direito podem fazer para diminuir o volume da litigiosidade cível versus Direito Bancário? Ao meu ponto de vista, entender os meios de contratação eletrônica, segurança e eficácia, automaticamente facilitariam a prestação jurisdicional, pois fraudes doravante são quase nulas em tal Segmento, justamente pela confiabilidade das transações.

Com isso, levando-se em conta a dinamicidade do mercado econômico atual, bem como, que todos os produtos e serviços estão ao alcance imediato e irrestrito do ser humano em virtude da internet (celulares e fins), nada é mais correto do que as instituições financeiras acompanhem essa evolução, apontando inclusive que os Bancos e Instituições Financeiras, em nosso país, são muito atualizados e referências em sentido global no quesito transações e segurança em transferência de dados.

Reforço, o Brasil é um dos expoentes do sistema financeiro mundial, inclusive. Assim, não podemos discordar que, o sistema bancário brasileiro nada perde para os demais “players” do globo terrestre, isto avaliando tanto no quesito rapidez de atendimento e operações quanto no ponto da segurança nos dados bancários e investimentos diversos correlatos.

Demonstrando o cenário bancário brasileiro atual, temos mais de uma centena de instituições financeiras atuantes no mercado financeiro de varejo e atacado, o que por si só demonstra o quão sofisticado e interessante é o referido cenário. Imaginem os milhares de operações diárias que ocorrem sem problemas? Observem o quão seguro é referido sistema.

Novamente discorrendo e para termos uma simples noção e volumetria do apontado, a Câmara Interbancária de Pagamentos (CIP), associação criada por algumas Instituições Financeiras para auxílio, centralização, operacionalização e controle de transações sem cunho de existência visando lucro, ou seja, tratando-se de uma organização sem fins propriamente lucrativos, mas sim, de interesse dos entes financeiros quanto segurança e processamento perfeito das informações bancárias, armazena e processa em um único dia corrente cerca de 700.000 TED`S (transferência eletrônica em média diária, no ano base de 2015).

Sem dúvidas, percebam o volume de trabalho e responsabilidade existente e, nesse sentido e sendo diligente, possível afirmar que a problemática que raramente surge é muito ínfima face a relação comercial que circunda tal entidade e demais bancos.

Nesse sentido, veja a complexidade que é dar tratamento seguro e eficaz a volume tão exacerbado de trabalho e operações, mas que sem dúvidas, ocorre com total zelo, segurança e precaução.

A ideia de dissertar esse artigo e suas nuances ao crivo dos leitores, é justamente chamar a atenção para um contexto ainda novo no Judiciário, isto é, quais são as provas necessárias e prudentes para ratificar a transação eletrônica no segmento bancário e ao pleno conhecimento sobre o funcionamento dos crimes cibernéticos, que somente em 2015 geraram aos cofres dos bancos brasileiros prejuízo em torno de R\$ 1.8 bilhão de reais, de acordo com a entidade Federação Brasileira de Bancos.

Impressionante relatar, mas do mesmo modo que os bancos investem pesadamente no segmento financeiro e prevenção de fraudes, os estelionatários e bandidos também se sofisticam, forçando os entes financeiros a manter sempre a guarda levantada e os investimentos em segurança e demais itens a todo o vapor.

Outro ponto importante é que, dado o aumento diário de usuários de internet e tecnologia anualmente no Brasil, e ainda, o acesso as plataformas bancárias mais fáceis (aplicativos em celulares), com certeza os números de fraudes eletrônicas tendem a ser um crescente, por mais difícil que se tornem tais práticas. Note que, somente no 01º semestre de 2015, as transações por canais eletrônicos no ramo bancário superaram 58,5% do total de operações efetivadas, com conseqüente investimento em aprimoramento na segurança das operações eletrônicas pelos bancos brasileiros, que em conjunto aplicaram cerca de R\$ 2 bilhões

de reais em tal quesito (valor muito considerável levando em conta, inclusive, os lucros dos bancos em caráter unitário), somente em 2015 – Febraban.

Mesmo sendo um sistema seguro e a toda prova, muitos magistrados algumas vezes não dominam a técnica e legalidade das contratações por tal meio eletrônico, sendo esse o condão principal de tal artigo. Em outras palavras, nosso intuito é de criar regras objetivas de análise (tanto técnica quanto comportamental) e verificação ou entendimento sobre o pleito bancário e as diversas fraudes atreladas a tais operações em nosso judiciário, facilitando por assim dizer o entendimento de nossos magistrados e, garantindo os anseios sociais.

Quais provas o magistrado deverá avaliar ou requisitar para decidir uma demanda envolvendo fraude bancária eletrônica? Falaremos.

Reforçamos esse ponto com frequência, pois alguns magistrados acabam proferindo decisões muitas vezes prejudiciais as instituições financeiras, quando o foco prioritário deve ser justamente dominar a matéria probatória e legalidade de contratação, aplicando a legislação plausível ao caso em concreto.

No quesito ação judicial envolvendo fraude em contratação eletrônica, a decisão que define o processo judicial deverá ser pautada sempre em prova pericial e matéria fática trazida eventualmente aos autos, pois a matéria de direito é clara, isto é, existe sim a possibilidade de contratação eletrônica, respaldada no Código de Processo Civil e Resolução do Banco Central, que trataremos com mais detalhes no decorrer do presente artigo.

Por outro turno, fato incontroverso é que, como todo sistema eletrônico em nível mundial, podem ocorrer no sistema bancário falhas ou eventualmente fraudes em transações, entretanto, temos que ter o conceito em mente de que tais fatos e falhas são exceções, e não, a regra para ser taxado um mercado altamente promissor e que visa, sem dúvidas, o bem do indivíduo e melhor prestação de serviços, seja na esfera econômica quanto temporal. Se fosse diferente, as instituições não gastariam bilhões de reais no respectivo aperfeiçoamento.

Balaceando tal relação contratual e abarcando a esfera contratual e fragilidade do consumidor, trazemos sempre o respaldo do Novo Código de Processo Civil brasileiro, Código Civil e normativo do Banco Central do Brasil, o qual disciplina inúmeros contratos e relações comerciais, não sendo diferente o tratamento nessa espécie pontual de Contrato Eletrônico vinculado ao ramo bancário.

Entretanto, por ser tal fato novo atinente à tipificação e regulamentação, e ainda, sem muitas provocações jurídicas, reforço a pertinência do mesmo perante o Judiciário, que ainda é carente de domínio temático de contratos eletrônicos, seus meios de elaboração, como produzir, valorar provas e avaliar a legalidade do mesmo, e até mesmo, em remotas hipóteses descobrir de imediato as ditas fraudes.

Independente da grande gama de opções contratuais que dispomos, nunca se pode abarcar todas as hipóteses existentes e situações fáticas em seio social, e atrelando ainda ao dinamismo do Direito, notamos que a cada dia surgem novas necessidades que devem ser satisfeitas e previstas legalmente e contratualmente, por consequência.

Assim, passamos a tratar de Contratação Eletrônica e Provas entre entes particulares e instituições financeiras, o qual se torna cada vez mais importante e utilizado nas relações comerciais e empresariais em sentido amplo e geral.

O Direito deve obrigatoriamente acompanhar essas evoluções sociais e legais, dirimindo toda e qualquer dúvida que possa existir, sendo tal cerne o foco dos apontamentos que faremos doravante.

Se a tecnologia muda o modo de contratação e existe necessidade da adequação do Direito ao caso concreto, eventualmente as provas para decidir um caso também sofrerão adequação e melhorias. Esse deve ser o pensamento doravante dos entes do Judiciário.

Mister ressaltar que não existe possibilidade da sociedade retroagir no quesito tecnologia e, principalmente, ramo bancário, sendo esse ponto o que chamamos atenção na presente resenha, isto é, como o Judiciário doravante irá encarar as matérias levadas ao seu crivo, que traçam a alegação de fraude em contratação de produtos por intermédio da rede mundial de computadores ou qualquer outro tipo de contratação envolvendo tecnologia?

Portanto e sem esgotar o tema que gera calorosos e intensos debates, procuraremos tecer e abordar nesse texto meios do Judiciário diferenciar casos de fraude de casos reais, valorando as provas que devem ser produzidas para, inclusive, enxugar os volumes de demandas levadas aos tribunais abarcando tal tema, que dificulta em sentido lato a prestação jurisdicional dado termos uma sociedade com cultura de litígio aguçada.

II – PRODUTOS BANCÁRIOS E EVOLUÇÃO

Para falarmos de Direito Bancário e tecnologia, necessário abordar um pouco do contexto histórico e da evolução de tal ramo. Os Bancos no mundo não são novos e foram se aperfeiçoando ao longo dos anos ou séculos, citando como exemplo o famoso “Bank Of New York”, criado em 1784 e ainda muito atuante. Outrossim, mister relatar sobre o Banco mais antigo do mundo, que é o italiano Banco “Monte Dei Paschi”, fundado em 1472 e ainda sendo referência no referido país.

Retornando ao deslinde bancário da atualidade, temos pelo contrato eletrônico entre instituições financeiras e clientes o meio pelo qual é possível ao cliente adquirir produtos financeiros e dinheiro (caixas eletrônicos – ATM - “Automated Teller Machines”), sem a necessidade de um funcionário do banco propriamente dito ou qualquer interface na solicitação, gerando mais privacidade, economia para a empresa financeira e segurança ao pleito.

Note que, o interessante de tudo isso é que tal enlace contratual ocorre de modo automático, em tempo real, trazendo dinamismo e perfeição a tal modalidade de contratação, pois as partes envolvidas conseguem rastrear todo o entorno da transação, do início ao fim da cadeia contratual. Isso é importante de enfatizar, pois o mundo virtual (mesmo com presença de poucos crimes), torna-se um universo transparentes para detecção de fraudes, pois toda operação deixa vestígios, sem dúvida facilitando a investigação de eventual crime ou fraude, aumentando a segurança e retirando figura de intermediador da contratação ocorrida em tal seara.

Na realidade dos “ATM’S” e na oportunidade em que um cidadão comum saca dinheiro ou opera em determinado caixa eletrônico ou internet banking, o mesmo está transacionando, isto é, contratando com a instituição financeira e terceiros (se o caso), ocorrendo a plena relação comercial e contratual, gerando deveres e obrigações para as partes afeto ao contrato eletrônico, que pode ser definido como o encontro de uma oferta de bens ou serviços facilitada por modo visual e concretizada através de uma rede interligada de telecomunicações e, ainda, de possibilidade de aceite e eventual recusa sistêmica.

Veja que, o simples ato de sacar dinheiro é entendido no mundo do Direito como a devida assinatura de um contrato, devidamente entabulado e ocasionando responsabilidade para todos os entes.

Reafirmando, se o caso concreto gera direitos e deveres e foi assinado eletronicamente com ciência dos termos transacionados, estamos falando sim e regularmente de um contrato perfeito, estando o mesmo regulado por nosso ordenamento jurídico, sem dúvidas.

Reforço que, para haver um contrato em geral, os seguintes pontos devem ser abarcados:

- (i). Ser um negócio jurídico perfeito;*
- (ii). Sujeito capaz de adquirir direitos e obrigações;*
- (iii) objeto lícito e determinado ou determinável; e*
- (iv) forma prescrita ou não defesa em lei.*

Em tal ponto, o contrato eletrônico perfaz todos os requisitos necessários, ou seja, de legalidade e existência. Afinando o sentido do trabalho desenvolvido, trazemos o preceituado no atual e vigente artigo 434 do Código Civil Brasileiro, que diz:

“Art. 434. Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, 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”.*

O contrato se aperfeiçoará com o envio da mensagem eletrônica confirmando a aceitação do que é proposto (ato jurídico perfeito). ”.

Sem dúvidas, ao efetuar uma transação eletrônica, sendo manifestado o “aceite” com as condições dispostas no equipamento utilizado, temos que a ora relação contratual existirá e terá validade e vigência na sociedade brasileira e ordenamento jurídico, isto é, é um ato jurídico perfeito em sentido lato senso.

Em outro ponto, os princípios que regem os contratos eletrônicos e, por consequência, os bancários, são:

- (i). Identificação das Partes;*
- (ii). Assinatura Eletrônica Válida;*
- (iii). Privacidade, Verificação e Checagem de Dados;*
- (iv). Possibilidade de Cancelamento ou Arrependimento;*
- (v). Validade do Contrato Juntamente a Documento Físico; e*
- (vi). Previsão no Ordenamento Jurídico e Banhado por Boa-fé Objetiva.*

Já dissertando sobre a figura do caixa eletrônico ou terminal eletrônico (“ATM” como conhecido) em paralelo ao contexto histórico, contratação bancária e suas particularidades, é notório e sabido que o primeiro caixa eletrônico existente no mundo foi desenvolvido e bancado

pelo “*Barclays Bank*”, ainda em era de pouco desenvolvimento bancário. Importante salientar que tal fato ocorreu no Século XX, tendo sido creditada tal “invenção” ao seu estimado criador, o indiano Sr. John Sheperd-Barron, figura conhecida posteriormente no Direito Bancário e Mundo financeiro.

Não obstante esse ponto e no segundo momento (visando a segurança), houve a devida e correta criação de um número de identificação pessoal (PIN) armazenado no cartão em si quando se queria retirar o dinheiro, tendo sido desenvolvido tal dispositivo de segurança pelo engenheiro britânico James Goodfellow em 1965. Notem quanta evolução tivemos pensando no curto espaço de tempo, ou seja, evolução obtida em 51 anos. Observem, ainda, que sempre houve priorização da segurança em tais contratações, justamente por falarmos de espécie (dinheiro) e grandes prejuízos possíveis de serem auferidos por todos (consumidor e bancos).

Imaginem, portanto, o que poderá ocorrer nos próximos 51 anos, nesse contexto bancário?

Não raro, temos hoje em dia notícia de surgimentos de várias “Fintechs” (empresas de tecnologia voltadas ao mercado financeiro), que com certa frequência, desafiam os Bancos em vários aspectos tecnológicos, forçando um mercado já respaldado pela inovação costumeira a “sair da zona de conforto” e buscar cada vez mais excelência nas transações, principalmente no quesito de transações eletrônicas e segurança de referido pleito. Novamente, se existe segurança nas contratações eletrônicas e uma gama volumosa de processos envolvendo fraudes, como o Judiciário deverá avaliar tais casos, otimizando a instrução processual, agilizando o processo e decidindo os casos pautados por conhecimento técnico e procedimental de avaliação de fraudes?! Com tal definição, certamente teremos diminuição dos litígios, ganhando escala em nosso Poder Judiciário, que tanto carece de atenção.

Como tudo novo e embrionário, os primeiros caixas eletrônicos eram muito defeituosos e com baixa tecnologia e segurança, sendo que o seu funcionamento era vinculado a aceitação de ficha de uso único, o qual ficava vinculado e retido junto ao caixa eletrônico, para configurar a transação. Não precisamos nem imaginar o quanto era comum fraudes de diversas espécies.

Fato é que, tendo as instituições financeiras percebido que, mesmo havendo prejuízo no primeiro momento, a ideia do caixa eletrônico e tecnologia aplicada era boa e poderia gerar maior segurança nas relações e comodidade aos clientes, resolveram aprimorar tal tecnologia

investindo muito para isso, chegando ao ponto atual, onde é muito raro e difícil as fraudes englobando os novos caixas e cartões, bem como, o dito “Internet Banking”, que sem dúvidas, é o futuro da relação comercial, com a ideia do dinheiro físico cair em desuso.

É consenso entre os trabalhadores do ramo bancário que referido setor sofrerá muitos impactos face tecnologia (como o caso citado das “Fintechs”) e outros meios de pagamento, transmissão de dados e custódia de dinheiro ou demais serviços atrelados a tal mercado. Com isso, necessário investimento de todos os entes financeiros, para acompanhar as inovações que sempre nortearam tal sistema, inclusive, pois se é fácil rastrear movimentações financeiras, também será cada vez mais fácil coibir fraudes e os lastros da respectiva.

Agora, não basta ao setor financeiro se atualizar, mas sim, a todos os entes estatais e sociedade civil.

Não podemos descartar, ainda, que a tecnologia afetará outros pontos do setor bancário e econômico, criando centros tecnológicos (call center com gerentes de investimentos, de contas pessoa física e jurídica, atendimento remoto e 24 horas por dia) para atendimento dos clientes, finalização de operações gerais entre outros.

A realidade, sem mistérios e maiores pensamentos, é que o setor bancário se aperfeiçoará ainda mais nos próximos anos, chegando ao patamar e em meu ponto de vista de que, as fraudes serão raríssimas, quando não nulas. Digo isso, pois claramente temos que o segmento bancário é um precursor no quesito de investimento em segurança transacionais eletrônicas e afins, investindo sempre fortemente em prevenção e demais precauções conforme afiançamos outrora, objetivando sempre e totalmente a segurança do cliente.

No mercado cada vez mais acirrado e disputado, sobreviverá a instituição que melhor tratar e fidelizar o cliente, não somente garantindo a perfeição das operações, mas tendo um trato de zelo e afinado junto ao seu maior patrimônio e investimento, nas pessoas do cliente e acionistas, sem dúvidas.

Acreditamos que, logo mais, haverá entendimento do Judiciário de que a contratação eletrônica é segura e eficaz e, com isso, atentar-se mais aos momentos de julgar algum processo envolvendo tal embate, bem como, a efetivamente entender um processo via contratação eletrônica, muitas vezes alterando seu livre convencimento e persuasão racional quanto ao tema imposto a seu crivo decisório.

O mundo bancário, dentre todos os setores, será um dos mais impactados pela tecnologia, portanto, carece imediatamente de um foco maior do Judiciário, para diminuir os litígios.

III – CONTRATO ELETRÔNICO NO DIREITO BANCÁRIO

O Contrato Eletrônico Bancário, está vinculado ao aceite conforme já falamos, inclusive, nos terminais eletrônicos e via internet, onde é necessário ao cliente que manifeste à vontade em adquirir produtos ou contratar valores, mediante a digitação da senha (de uso pessoal e intransferível – de responsabilidade total do cliente) e utilizando o cartão para tanto, ou alguns casos com uso de biometria (utilização da digital, que é muito seguro e diminuiu ainda mais a volumetria de fraudes).

Em tal sistemática, só existe e se concretiza uma contratação com êxito na seara eletrônica, se existir (novamente) a real intenção e concretização do ato pelo consumidor bancário, ao digitar senha e utilizar do cartão ou biometria para o ato, e assim, tendo ciência total do enlace efetivado.

Com isso, temos que o aceite é fundamental para que ocorra a perfeição de tal contrato, o qual foi abalizado e ratificado no Enunciado 173 (03ª Jornada de Direito Civil), onde foi descrito a seguinte redação: “A formação dos contratos realizados entre pessoas ausentes por meio eletrônico se completa com a recepção da aceitação pelo proponente.”

Por esse feito, o aceite é caráter obrigatória para tal transação e, rememorando o entendimento outrora proferido, novamente trazemos à baila o já citado artigo 434 do Código Civil, que regula a transação entre ausentes e a possibilidade da contratação efetiva, de modo correto.

Não é crível que, no Século XXI, exista transação somente por papel, assinatura com firma reconhecida e demais meios probatórios.

Incontroverso é o fato de que a contratação via modo eletrônico será o norte dos contratos em geral doravante e, o quanto antes o nosso Judiciário e Magistrados se adaptar, menores problemas e embaraços teremos no Brasil, com diminuição de custos e estoques de

processos, aumentando a presteza e efetividade do atendimento jurisdicional, sendo literalmente benéfico para todos os jurisdicionados.

No cerne do direito bancário eletrônico, havendo telas digitais claras de contratação (seja em ATM, Clique Único e Internet Banking), e ainda, o aceite claro e bem exposto conforme apontamos outrora, temos a real e efetiva contratação entabulada e concretizada, respaldando todos os entes presentes na relação comercial. Importante enfatizar sempre esse ponto da vontade manifesta, pois assim como existe na assinatura física (clara manifestação de vontade), o contrato eletrônico (com clique ou aceite virtual), gera a mesma formalidade de contratação, sem qualquer ressalva. Por tal ponto, se a Instituição Financeira provar o aceite ou, ainda, eventual caminho percorrido pelo dinheiro ou transação (com autorização judicial para avaliação de contas e outros produtos), automaticamente o magistrado terá um caminho mais curto e correto para decidir o embate levado ao crivo do Judiciário.

De antemão, para consolidar e efetivar tal instrumento jurídico, precisamos ter a ciência exata da ocorrência de uma troca ou atitude positiva financeira (investimento, contratação ou saque). Assim, deve existir um benefício para as partes (troca de favores ou vantagens), para que o ato no Direito Bancário se entabule.

Veja que, caso o consumidor tenha interesse em cancelar uma operação ou contratação (inclusive feita por equívoco), pode efetivar por diversos canais junto aos bancos, seja no SAC e canais de Ouvidoria da referida empresa, não havendo motivos para alegar falta de informação ou desconhecimento dos termos contratados.

Fato é que, na era da tecnologia, a mera alegação de desentendimento sobre item contratado ou detalhes intrínsecos da contratação é quesito que não pode ser alegado doravante, sem dúvidas. Novamente, alegamos que a contratação na esfera eletrônica deixa todo o histórico registrado, sendo possível rastrear todo o contexto negocial, inclusive.

Outrossim, para que seja possível uma Instituição Financeira operar com caixa eletrônico ou Internet Banking, deverá por consequência ser autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil (BACEN), e, não obstante, seguir as Resoluções do referido Órgão Regulador, sendo responsável por ofertar a segurança da máquina, do respectivo sistema e operação junto ao cliente final.

Nesse contexto, a contratação eletrônica (assim como em outros meios), **é correta e está prevista no normativo de tal órgão (BACEN)**, mais detidamente ao avaliarmos a

Resolução nº 4.283, de 04.11.2013, que regula contratação de operações eletrônicas e também a correta prestação de serviços pelas instituições financeiras, com seguinte redação:

“Art. 1º As instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, na contratação de operações e na prestação de serviços, devem assegurar:

II - A integridade, a confiabilidade, a segurança e o sigilo das transações realizadas, bem como a legitimidade das operações contratadas e dos serviços prestados;

III - a prestação das informações necessárias à livre escolha e à tomada de decisões por parte de clientes e usuários, explicitando, inclusive, direitos e deveres, responsabilidades, custos ou ônus, penalidades e eventuais riscos existentes na execução de operações e na prestação de serviços;

IV - O fornecimento tempestivo ao cliente ou usuário de contratos, recibos, extratos, comprovantes e outros documentos relativos a operações e a serviços;

VI - A possibilidade de tempestivo cancelamento de contratos”.

Não existe qualquer mistério ou obscuridade, sendo totalmente possível a transação via modo eletrônico, desde que haja a legitimidade e confiabilidade da operação, fato que não opomos ou conflitamos, sendo regra para todos os entes jurídicos ou físicos a devida operação do sistema disponível.

Notem que, é autorizado pela autoridade máxima do país afeto ao Segmento Bancário e regulação de mercado a correta operacionalização de feitos via eletrônico, portanto, não podemos falar em falta de ordenamento jurídico que respalda tal relação comercial e contratual, e não menos importante e novamente abordando, a falta de segurança ou regulação do mercado para tanto.

É evidente pelo teor do texto legal e normativo que as Instituições Financeiras podem sim operar por meio eletrônico, assegurando a simplicidade da relação comercial, o que é observado totalmente na contratação em caixa eletrônico, justamente pelo fato da operação necessitar da digitação da senha pelo cliente (que é pessoal e intransferível e, ainda, de única e total responsabilidade do portador da conta bancária), gerando comprovante físico ou eletrônico de contratação ou mantido em registro sistêmico, sendo também facilmente consultado tais informações via canais de atendimento do Banco (*“Internet e Call Center”*), estando sempre tais documentos à disposição total do cliente, inclusive, para o cancelamento do serviço contratado

dentro de 07 (sete) dias, conforme já dispõe o Artigo 49, do Código de Defesa do Consumidor, vide na sequência:

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

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

Em tal diapasão, se o cliente pode contratar e descontratar via canal eletrônico em tempo hábil e tendo ciência dos detalhes efetivos da contratação ocorrida, por qual razão não teríamos segurança no quesito eletrônico? Observem que, é possível ao cliente cancelar a contratação dentro do prazo legal ou a qualquer tempo, e por esse aspecto, existe segurança e efetiva em tal modalidade de contratação, fato esse que fazemos questão de dar ênfase ao extremo.

Os magistrados devem entender que, a operação via tecnologia auxilia os próprios consumidores quanto a segurança do ato de contratação, pois como já ressaltamos, tudo na esfera eletrônica deixa rastros e pistas, passível de descobrirmos na íntegra os detalhes efetivos de determinada contratação, totalmente positivada pelo nosso Judiciário.

Veja que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal também já se pronunciou sobre a legalidade da contratação eletrônica, em julgamento de apelação datado de 11.11.2015 (TJ-DF - Apelação Cível APC 20140111450486), discorrendo:

“Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA EM RAZÃO DE NÃO ANÁLISE DO PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. AUSÊNCIA DE DOCUMENTO ESSENCIAL À PROPOSITURA DA AÇÃO. CONTRATO ELETRÔNICO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE TERMO FÍSICO DE ADESÃO. DISPENSÁVEL. PRELIMINARES REJEITADAS. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS, COMISSÃO DE PERMANÊNCIA, TABELA PRICE, INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA E MULTA. LEGALIDADE. REVISÃO DO CONTRATO DE EMPRÉSTIMO. IMPOSSIBILIDADE. VÍCIO DO NEGÓCIO JURÍDICO. LESÃO ENORME. ONEROSIDADE EXCESSIVA. INAPLICABILIDADE. 1. Se o julgador monocrático reputou prescindível a produção da prova em questão para formar seu convencimento, considerando ser suficiente o conjunto probatório apresentado, agiu em consonância com o Código de Processo Civil (art. 330, I CPC). 2. A inexistência de contrato escrito é irrelevante para comprovar o vínculo obrigacional, uma vez essa formalidade não ser essencial para a validade da manifestação de vontade relacionada aos contratos eletrônicos, de modo que a existência desse vínculo pode ser demonstrada por outros meios de prova admitidos em direito, no caso dos autos o extrato demonstrativo da operação. Ademais, o contrato foi firmado por meio eletrônico mediante a utilização de senha pessoal de uso exclusivo do correntista, inexistindo assim

o contrato escrito. 3. As operações bancárias consumadas por meio eletrônico não geram documentos físicos de adesão aos termos gerais da contratação ofertada pela instituição financeira. 4. Pactuada de forma expressa e clara, é permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31/3/2000, data da publicação da Medida Provisória 1.963-17/2000 - em vigor como MP 2.170-36/2001 (Resp. 973827/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, DJ 24/09/2012). 5. É válida a incidência da comissão de permanência quando não cumulada com outro encargo ou qualquer outra quantia que compense o atraso no pagamento...”.

Outrossim, temos que é aceitável e já previsto pelo atual Código de Processo Civil a contratação eletrônica como prova nos processos englobando referida matéria, onde colaciono de modo claro o disposto nos artigos 440 e 441 do nosso novo Código de Processo Civil:

“Art. 440. O juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurado às partes o acesso ao seu teor.

e

Art. 441. Serão admitidos documentos eletrônicos produzidos e conservados com a observância da legislação específica. ”

Novamente, é notório e aceito o documento eletrônico ou seus deslindes (citando, por exemplo, extrato bancário ou tela do Internet Banking) como meio de prova no Direito Bancário brasileiro, e assim, concluímos que:

01º - Temos Regulamentação do Banco Central do Brasil para operação eletrônica;

02º - É possível contratação efetiva entre entes ausentes, preceituado no Código Civil; e

03º - O Código de Processo Civil aceita prova eletrônica.

Assim, o cliente ao aceitar as condições ofertadas pelo acesso via **canal eletrônico**, será responsável pela atitude tomada, de acordo com o ordenamento jurídico e proporções tomadas. Necessário é, forçarmos os consumidores sobre o entendimento de que o acesso ao crédito fácil traz referidos bônus e ônus, devendo ser transacionado com cautela e zelo.

O ordenamento jurídico, aos poucos, já reforça o entendimento de positivar a contratação eletrônica, sendo prova incontroversa o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul/RS, que se posicionou em 2013, face Apelação Cível (Apelação Cível Nº 70057100810, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo João Lima Costa, Julgado em 19/11/2013), dizendo:

**“APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS
BANCÁRIOS. CONTRATOSELETRÔNICOS. DECLARATÓRIA. DANO MORAL.**

MÚTUOS PACTUADOS PELO AUTOR. AUSÊNCIA DE NULIDADE. Comprovada a existência da contratação, tendo em vista que os empréstimos foram contratados, em nome da parte autora, diretamente no caixa eletrônico. Subtende-se que os valores e as condições de pagamento eram de conhecimento do autor, quando este pagou quase que a totalidade dos contratos firmados, estes parcelados em 48 vezes. Era da parte o dever de demonstrar as abusividades (patamar de juros contratados, prazo e não formalização das avenças) alegadas, ônus do qual não se desincumbiu, nos termos do art. 333, I, do CPC. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível N° 70057100810, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo João Lima Costa, Julgado em 19/11/2013) ”

Finalizando o raciocínio quanto a **legalidade** da contratação por meio eletrônico (com utilização da senha ou biometria, que é pessoal e intransferível), bem como, trazendo a definição do nosso Sistema Judiciário quanto a referida contratação e sua possibilidade, temos o seguinte acórdão proferido pelo STJ (Superior Tribunal de Justiça), nos autos do Recurso Especial nº 602.680 – BA (2003/0195817-1):

“...

Desse modo, achando-se na posse e guarda do cartão e da senha, a presunção lógica é a de que se houve o saque com o emprego de tal documento magnético, cabe à autora provar que a tanto não deu causa. Não basta alegar que dele não fez uso. Tem de demonstrá-lo. ”.

E

“A hipótese retratada nestes autos é idêntica, porquanto no saque não houve utilização apenas do cartão magnético, mas, também, como sustenta o Banco, da senha pessoal criptografada, que, por força de contrato, "é um código privativo e de conhecimento exclusivo do titular da conta" (fls. 70).”.

Por todo o exposto, vemos que já existe pronunciamento do órgão superior de nosso país (STJ) quanto a responsabilidade do cliente na guarda e utilização da senha e cartão, e ainda, das contratações por meio eletrônico. Com isso, é notório que o entendimento de nossa corte é amplo e já consolidado para as decisões de ações cíveis englobando tal natureza bancária e processual.

V – FRAUDE BANCÁRIA E PERÍCIA JUDICIAL

Nos casos em que não for possível provar eventualmente a contratação eletrônica por algum modo, a devida perícia técnica poderá esclarecer o ocorrido nos detalhes, pois o dinheiro e caminho percorrido no meio eletrônico deixa rastros pelo caminho que percorre, e, portanto, facilmente poderá ser detectado o criador da fraude, caso realmente exista.

Levando-se em consideração que o ordenamento jurídico e regulador permite a contratação por meio eletrônico, carece do Judiciário melhor entendimento sobre tal matéria e como eventualmente se operacionaliza uma fraude bancária, para inclusive, diminuir o estoque de ações sobre tal tema e legalidade da contratação, trazendo agilidade nos julgamentos de eventuais ações cíveis em tema afeto ao Direito Bancário e correlatos.

Veja que, se a resolução da demanda versar sobre apuração de ocorrência ou não de fraude bancária, o magistrado na hipótese de não conseguir rastrear a verba ou deslinde do caso por intermédio de quebra de sigilo bancário ou outros modos, poderá (assegurado pelo Novo Código de Processo Civil), de ofício ou a requerimento das partes, nomear perito técnico para que possa resolver o imbróglio levado ao cerne do Judiciário, com segurança e eficácia.

O próprio artigo 156 do Código de Processo Civil vigente respalda o douto magistrado em tal tarefa, como dissertamos a seguir:

Art. 156. O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico.

§ 1o Os peritos serão nomeados entre os profissionais legalmente habilitados e os órgãos técnicos ou científicos devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado;

e

§ 5o Na localidade onde não houver inscrito no cadastro disponibilizado pelo tribunal, a nomeação do perito é de livre escolha pelo juiz e deverá recair sobre profissional ou órgão técnico ou científico comprovadamente detentor do conhecimento necessário à realização da perícia.

Portanto, havendo casos de fraude bancária, o magistrado poderá ao nosso ver atuar também de dois modos distintos para decidir com êxito uma demanda reparatória, independente da persuasão racional que o é inerente, onde citamos:

01º). Autorizar instituição financeira para eventualmente quebrar o sigilo bancário e identificar o ocorrido (caminho percorrido pelo dinheiro, nos casos de transação bancária entre conta corrente; e

02). Demandar perito judicial para que faça estudo sobre a ocorrência de fraude ou não, dado a peculiaridade de tais transações.

Observem que, o que buscamos é justamente ter uma decisão coerente ao processo judicial e problema, dando segurança ao pleito e, ainda, não somente inverter o ônus da prova e ocasionar uma prova negativa, mas sim, atuar com segurança e firmeza para, inclusive, desencorajar a prática de crimes virtuais, trazendo somente ganhos a sociedade civil, mundo empresarial e ao já sobrecarregado e oneroso Poder Judiciário, que muito sofre com milhares de ações envolvendo tal problemática. Importante alertar que, muitas vezes o modo mais fácil e em tese coerente de se julgar uma demanda judicial, não é o meio mais assertivo e, pensando a longo prazo, irá onerar em todos os aspectos o sistema judicial do nosso país.

Com força, alerto que o interesse primordial é dar eficácia e agilidade a resposta levada ao crivo do Judiciário por intermédio de ação judicial.

VI – CONCLUSÃO

Sem dúvidas, a intenção de tal artigo não é o de esgotar o tema de contratação eletrônica e fraudes, que gera grandes e intensos debates no Poder Judiciário (que está sobrecarregado), mas sim, firmar um conceito diferenciado e plausível quanto a tal tipo contratual e modo de contratação, que é muito novo atrelando a tipificação. Ainda, urgente salientar que é necessário criar o conceito de que fraude bancária eletrônica é rara, quase nula. (Sendo exceção no mundo digital).

Em tal ponto, criar a cultura de rastrear o possível crime digital e coibir tal prática, é o melhor dos cenários para o Judiciário.

Dado a revolução tecnológica, hoje o nosso país conta com excelentes profissionais na área de perícia digital judicial, podendo prestar serviços de excelência e dar a resposta ao caso concreto, auxiliando o magistrado.

Nesse aspecto, trazemos as duas possibilidades para criar um alerta aos nossos doutos julgadores, tanto no sentido da autorização de quebra de sigilo bancário quanto a contratação de peritos técnicos, e não invertendo o ônus da prova, mas sim, provocar a produção de provas por todos os entes envolvidos no processo. Sem dúvidas, tal conceito irá melhorar o Judiciário a longo prazo, inclusive, diminuindo o volume de ações judiciais discutindo tal tema.

Será que é correto acontecer um julgamento envolvendo fraude eletrônica sem o conhecimento da cadeia de contratação ou; ainda, o douto magistrado julgar uma demanda envolvendo fraude em contratação bancária eletrônica sem a presença de um perito para tanto? Ao nosso ver, não é o caminho correto a ser perseguido para uma ótima decisão.

O cunho, portanto, é o de alertar totalmente o mundo jurídico de que, em toda e qualquer relação configurada por meio eletrônico (principalmente as contratações eletrônicas bancárias), existe sim segurança e que tal tipo contratual e quesito de confiabilidade deve ser abalizado no Judiciário para as decisões que serão proferidos, trazendo autonomia ao pleito decisório e confiabilidade.

O volume de contratações eletrônicas (em sentido geral), tende a aumentar diariamente e, por consequência, os problemas inerentes a tal modalidade, portanto, nada mais justo do que todos estarem preparados para coibir eventuais abusos ou novos crimes advindos de tal sistemática contratual. De tal modo, referidas modalidades de contratação doravante e ao meu ver, se tornará a regra única em todos os tipos de operação financeiras, e justamente por isso, deverá ser objeto de maior conhecimento dos corpos jurídicos que labutam em nosso país, especialmente quando falamos dos magistrados, desembargadores, ministros e afins.

Ainda, temos o condão de reforçar o entendimento atinente a necessidade de dar uma maior importância a tal modalidade de contrato, muito utilizado e que carece de maiores tipificações legais para evitar embates desnecessários e uma maior segurança jurídica, tanto para o consumidor quanto instituições financeiras em sentido geral.

Como tratado e já relatado, a tecnologia está em nosso dia a dia e não teremos meios de retroagir, portanto, temos que nos acostumar em sentido amplo com as novidades tecnológicas que avançam diariamente, e assim, mudar o entendimento do nosso Poder Judiciário quanto aos meios de realizar e obter provas jurídicas, o quesito de legalidade da contratação eletrônica e todos os pormenores que são úteis para um julgamento satisfatório do imbróglio levado ao crivo Judicial.

De positivo, temos que o Código de Processo Civil respalda os magistrados quanto contratação de perícia judicial, inclusive de ofício. A melhora da prestação jurisdicional, como sempre reforçamos, deve passar por todos os entes da sociedade, desde ocorrência de maiores transações extrajudiciais pelos entes (Pessoa Jurídica ou Física), até a observância integral do nosso dispositivo legal vigente.

V – BIBLIOGRAFIA

OLIVEIRA, Anderson de. Licitações: Fraudes comuns nas aquisições de bens, enquadramento legal e procedimentos preventivos. 2009. 107 f. Trabalho de conclusão de curso (Monografia) – Curso de Ciências Contábeis, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009

Cf. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. O Documento Eletrônico como Meio de Prova. <http://publicaciones.derecho.org/redi>

Site: <http://www.bcb.gov.br>;

GOMES, Orlando. Contratos. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998;

Site: <http://www.cip-bancos.org.br/cip/sobre/CIP-em-numeros.html>;

ALVIM, J. E Carreira. *O Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Campus Jurídico, 2013.

Site: <http://www.febraban.org.br>;

Site: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf