

FACULDADES INTEGRADAS DE BAURU
DIREITO

Roberta da Silva

**AS FRAUDES BANCÁRIAS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS
INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.**

Bauru
2020

Roberta da Silva

**AS FRAUDES BANCÁRIAS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS
INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS**

**Monografia apresentada às
Faculdades integradas de Bauru para
obtenção do título de bacharel em
Direito, sob a orientação da
Professora Me. Cláudia Fernanda De
Aguiar Pereira.**

**Bauru
2020**

Silva, Roberta.

As fraudes bancárias e a responsabilidade civil das instituições financeiras. Roberta da Silva. Bauru, FIB, 2020.

69 Fls.

Monografia, Bacharel em Direito. Faculdades Integradas de Bauru - Bauru

Orientador: Cláudia Fernanda De Aguiar Pereira

1. Responsabilidade Civil. 2. Fraude bancária. 3. Instituições Financeiras. I. As fraudes bancárias e a responsabilidade civil das instituições financeiras II. Faculdades Integradas de Bauru.

CDD 340

Roberta da Silva

**AS FRAUDES BANCÁRIAS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS
INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS**

**Monografia apresentada às
Faculdades integradas de Bauru para
obtenção do título de bacharel em
Direito.**

Bauru, 05 de Janeiro de 2021.

Banca Examinadora:

Presidente/ Orientador: Cláudia Fernanda De Aguiar Pereira

Professor 1: Maria Cláudia Zaratini Maia

Professor 2: Camilo Stangherlim Ferraresi

**Bauru
2020**

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Deus, sopro da vida, que me capacitou e me conduziu.

A minha mãe, Isabel Cristina Soares de Souza, que sempre foi e sempre será meu maior modelo de sabedoria, generosidade e superação. Sem ela, eu não existiria. Sem o seu apoio, eu não seria nada.

Ao meu pai, Rinaldo da Silva, que nunca desistiu dos meus sonhos, que sempre me apoiou nas minhas escolhas, e que sempre me ensinou a lutar pelos meus objetivos.

A minha família, por todo apoio e paciência durante o tempo de curso e escrita do presente trabalho.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, a quem devo minha existência, minha inspiração e todo o mérito de minhas realizações.

Aos meus pais e minha irmã, por todo apoio desde o início do curso, por sempre me ajudarem nas horas mais difíceis e nunca duvidarem de mim, obrigada pelo amor e exemplos de vida que vocês são.

A minha família, por todo apoio e incentivo durante mais essa jornada terrena.

A minha orientadora, Claudia Fernanda De Aguiar Pereira, meu amor e gratidão pelo apoio e ensinamentos.

A minha amiga, Livia Gomes, por todo companheirismo durante o curso, apoio necessário para vencer cada dia acadêmico.

Ao meu namorado, Luis Henrique Motta Silva, por toda ajuda e incentivo, por sempre me mostrar o quão capaz sou.

A todos os professores da FIB que, de alguma forma, contribuíram com minha formação acadêmica.

E por fim, a todos que me ajudaram, direta ou indiretamente a concluir este trabalho, meus mais sinceros agradecimentos.

“Desejar é o primeiro passo para a conquista de
nossos sonhos.”

Autor desconhecido

SILVA, Roberta. **As fraudes bancárias e a responsabilidade civil das instituições financeiras**. 2020 69fls. Monografia apresentada às Faculdades Integradas de Bauru, para obtenção do título de Bacharel em Direito. Bauru, 2020

RESUMO

A Responsabilidade Civil é tema relevante e em constante evolução. Saber qual lei aplicar na relação entre o banco e o cliente tornou-se necessário com o avanço tecnológico da sociedade, visto que a dependência dos clientes na utilização dos serviços bancários é cada vez maior. Com isso, os conflitos entre eles crescem cada vez mais, sendo em sua maioria resolvidos pelo judiciário. Os bancos disponibilizam para seus clientes cartões e permite que eles registrem suas senhas pessoais e intransferíveis, assim, o cliente realiza transações tanto presenciais quanto online. Devido ao avanço tecnológico, é possível realizar diversas operações online, com isso, as fraudes bancárias cresceram consideravelmente, cabendo ao Judiciário verificar de acordo com cada caso concreto se deve aplicar a instituição financeira a responsabilização civil objetiva, com base na lei consumerista ou aplicar a excludente de ilicitude, pois, há o dever de guarda por parte do correntista. Desta forma, este trabalho se propõe a analisar qual lei deve ser aplicada, bem como os casos mais recorrentes de responsabilidade civil envolvendo fraudes bancárias.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Fraude Bancária; Instituições Financeiras.

SILVA, Roberta. **As fraudes bancárias e a responsabilidade civil das instituições financeiras**. 2020 69fls. Monografia apresentada às Faculdades Integradas de Bauru, para obtenção do título de Bacharel em Direito. Bauru, 2020.

ABSTRACT

Civil Liability is a relevant and constantly evolving topic. Knowing which law to apply in the relationship between the bank and the customer became necessary with the technological advancement of society, as the dependence of customers on the use of banking services is increasing. As a result, conflicts between them grow more and more, which are mostly resolved by the judiciary. The banks provide to their customers cards and allows them to register their personal passwords and non-transferable, thus, the client perform both in-person and online transactions. Due to technological advances, it is possible to carry out various operations online, with this, bank fraud grows considerably, it is up to the Judiciary to check, according to each specific case, whether the financial institution should apply strict civil liability, based on consumer law or apply the excluding illegality, as there is a duty of custody by the account holder. Thus, this work aims to analyze which law should be applied, as well as the most recurring cases of civil liability involving bank fraud.

Keywords: Civil responsibility; Banking Fraud; Financial Institution.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	DA RESPONSABILIDADE CIVIL	12
2.1	Conceito	12
2.2	Elementos constitutivos da Responsabilidade Civil	13
2.3	Espécies de Responsabilidade Civil	20
2.4	Excludentes da Responsabilidade Civil	23
3	DO CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	29
3.1	Breves considerações à lei Consumerista	29
3.2	Conceito de consumidor	30
3.3	Conceito de fornecedor e prestador de serviço	33
3.4	Responsabilidade objetiva e a Teoria do risco	35
3.5	O ônus da prova	37
4	A RESPONSABILIDADE DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NAS FRAUDES BANCÁRIAS	40
4.1	Breves considerações sobre instituições financeiras	40
4.2	A Instituição Financeira Como Prestadora De Serviço	42
4.3	A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) (Nº 13.709)	44
4.4	O dever de reparar os danos e a responsabilidade objetiva	46
5	DAS FRAUDES BANCÁRIAS	49
5.1	Definição e Características Gerais de fraude	49
5.2	Modalidades	49
5.3	Julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	52
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	62
7	REFERÊNCIAS	64

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade Civil é tema relevante no mundo jurídico, pois é necessário seu estudo aprofundado para saber quem deve ser responsabilizado ao causar dano a outrem. Através dos elementos constitutivos da responsabilidade civil, as excludentes de ilicitude, e até mesmo suas espécies, é possível identificar aquele que deve ser responsabilizado pelos danos causados, que nem sempre, será aquele que praticou diretamente o ilícito.

Em alguns casos, o Código Civil não é aplicado, por existir legislação específica que regulamenta a responsabilização daquele que causou o dano. É o caso, por exemplo, das relações de consumo, na qual de um lado da relação aparece à figura do consumidor, que de acordo com referida lei, é a parte mais fraca da relação de consumo, e do outro lado o fornecedor ou prestador de serviços.

Quando a relação for regida à Luz do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade adota é a objetiva, na qual aquele que sofreu o ilícito deverá comprovar somente a conduta humana, o nexo de causalidade e o dano, não sendo necessário demonstrar a culpa.

Outra preocupação do legislador foi quanto ao ônus da prova, que nas relações consumeristas, quando comprovada a hipossuficiência do consumidor, bem como houver verossimilhanças nas afeções, será invertido. Ou seja, o fornecedor o prestador de serviços deverá provar que os fatos narrados não são verdadeiros, diferentemente do Código de Processo Civil, que traz a seguinte regra: aquele que alega deve provar.

As relações entre cliente e instituição financeira são regidas pela lei consumerista, conforme previsto expressamente no Código de defesa do consumir.

Houve durante muito tempo certa divergência entre os operadores do direito quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações bancárias, tema que atualmente está superado, sendo certa a aplicabilidade da lei Federal. Logo, todo amparo que o consumidor tem na lei, é aplicado quando o banco estiver na relação, tais como: responsabilização objetiva, inversão do ônus da prova, dentre outras.

No cenário atual em que as fraudes bancárias estão se propagando de forma incomum, e por consequência, os consumidores estão propícios a caírem em golpes, e progressivamente o Judiciário está abarrotado de ações nesse sentido.

No mundo moderno, no qual os consumidores têm acesso à internet e aos meios de comunicação, está cada vez mais sendo divulgadas as fraudes bancárias existentes.

Assim, até que ponto o consumidor que fragiliza seus dados bancários a terceiros, é responsável por suas atitudes. O fato da fragilização deve ser ignorado, somente porque a responsabilidade do banco é objetiva ou devem ser aplicadas as excludentes de ilicitude?

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Conceito

A responsabilidade civil está amparada no Código Civil, especificamente na parte especial, no título das obrigações, a qual nasce com o objetivo de reparar dano causado a outrem. Assim, quando um indivíduo lesar direito alheio através de prática ilícita, deverá ser responsabilizado civilmente.

Contudo, o que é responsabilidade no sentido genuíno da semântica? “O vocábulo responsabilidade provém do verbo latino “*respondere*”, de “*spondeo*”, que significa garantir, responder por alguém, prometer” (NADER, 2016, p.34).

Responsabilidade civil é a obrigação em que o sujeito ativo pode exigir o pagamento da indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este último. Constitui-se o vínculo obrigacional em decorrência do ato ilícito do devedor ou de fato jurídico que o envolva (COELHO, 2012 p.350).

A responsabilidade civil é definida como a situação de quem sofre as consequências da violação de uma norma, ou como a obrigação que incumbe a alguém de reparar o prejuízo causado a outrem, pela sua atuação ou em virtude de danos provocados por pessoas ou coisas dele dependentes. Trata-se, pois, de um mecanismo jurídico para sancionar violações prejudiciais de interesses alheios (WALD E GIANCOLI, 2012, p.17)

Segundo os doutrinadores Pablo Stolze e Pamplona Filho (2017), a responsabilidade deve ser entendida como uma obrigação derivada, sendo essencial a prática de uma conduta, ou seja, uma ação, que irá gerar consequências no mundo jurídico.

Portanto, é uma obrigação sucessiva, pois, o ato praticado por um indivíduo é o principal, enquanto, o dever de indenizar, é a consequência, pela ofensa á ordem jurídica.

Nesse passo, deverá ser responsabilizado o sujeito que, através da ação ou omissão, descumprir dever legal e causar lesões aos interesses jurídicos de terceiros, garantindo a este, direito de pleitear indenizações.

Para o jurista Paulo Nader (2016), o instituto da responsabilidade civil implica em duas ordens, sendo a primeira de natureza primordial, exigindo do agente que cumpra determinada obrigação; já a de ordem secundária, consiste no descumprimento de determinado dever, gerando lesão a direito de terceiros.

A responsabilidade civil pode ser simples ou complexa. Sendo simples, quando o agente assume obrigação por ato por ele cometido. E complexa, quando o agente assume responsabilidade pelo ato praticado por terceiro, o qual detém a

responsabilidade, ou seja, não foi o causador direto do ilícito, mas responde civilmente, devido ao direito positivo que lhe atribui esta obrigação.

2.2 Elementos constitutivos da Responsabilidade Civil

Conforme artigo 186 do Código Civil comete ato ilícito aquele que através de uma ação ou omissão, negligência ou imprudência, mesmo que involuntariamente, violar direito de outrem lhe causando dano, senão vejamos: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

O mencionado artigo deu causa ao princípio “*neminem laedere*”, o qual dispõe que, aquele que causar dano deverá repará-lo, pois, a ninguém é dada a faculdade de causar prejuízos a terceiros.

O ato de indenizar pressupõe o dano a outrem, mediante a quebra de dever extracontratual ou contratual e visa a restabelecer o equilíbrio rompido pela conduta antijurídica. Funda-se no princípio *neminem laedere*, pois a ninguém é dado lesar outrem, e busca a realização do preceito romano *suum cuique tribuere* – a justiça do caso concreto. (NADER, 2016, p.269).

Através do artigo citado acima, é possível identificar os seguintes elementos constitutivos da responsabilidade civil: a) conduta humana, b) dano ou prejuízo, c) nexo de causalidade e d) culpa.

a) Conduta humana

A conduta humana é o primeiro elemento explícito no artigo 186, do Código Civil, a qual deverá ser voluntária, motivada pelo comportamento do homem, sendo positiva, quando o indivíduo através de uma ação lesa direito de outrem, ou negativa, ocorrendo através da omissão. “A responsabilidade civil é a expressão obrigacional mais visível da atividade humana” (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2017, p.83).

Sem conduta humana não há que se cogitar de responsabilidade civil. Porém, para que ela possa produzir efeitos jurídicos deve ser revestida de alguns contornos mínimos de configuração. Quer na conduta positiva (ação), quer negativa (omissão), existem duas integrantes essenciais: uma anterior ou psíquica (moral), outra exterior ou física (material). (WALD E GIANCOLI, 2012, p.37).

Nesse sentido, Pablo Stolze e Pamplona Filho (2017), mencionam que sempre deverá ser analisada a voluntariedade do agente, pois se, por exemplo, se

tratando de fato da natureza, não geraria a responsabilidade civil, por ser conduta involuntária, não podendo ser atribuída responsabilidade ao homem.

Exige-se, para que haja culpa, um ato voluntário, que é condição da responsabilidade civil do agente. A voluntariedade haverá de estar presente no instante inicial da conduta, seja ela comissiva ou omissiva. Ato voluntário significa, pois, comportamento controlável ou dominável pela vontade (WALD E GIANCOLI, 2012, p.37).

Importante ressaltar que a voluntariedade exigida na conduta humana não se refere à intenção do agente em causar o dano, mas a consciência do ato.

Voluntariedade, que é pedra de toque da noção de conduta humana ou ação voluntária, primeiro elemento da responsabilidade civil, não traduz necessariamente a intenção de causar o dano, mas sim, e tão somente, a consciência daquilo que se está fazendo. E tal ocorre não apenas quando estamos diante de uma situação de responsabilidade subjetiva (calcada na noção de culpa), mas também de responsabilidade objetiva (calcada na ideia de risco), porque em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir voluntariamente, ou seja, de acordo com a sua livre capacidade de autodeterminação. Nessa consciência, entenda-se o conhecimento dos atos materiais que se está praticando, não se exigindo, necessariamente, a consciência subjetiva da ilicitude do ato. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2017, p. 79).

Conforme mencionado, à conduta humana se subdivide em positiva e negativa (omissiva), sendo que, a primeira exige o comportamento ativo do agente, sua participação direta no ato ilícito, já a segunda, ocorre à omissão do agente, ou seja, o fato de deixar de fazer, ação negativa, que gerou dano a outrem passível de indenização.

O Código Civil estabelece também a responsabilidade por ato de terceiros, como, dos pais que são responsáveis pelos filhos menores, empregador por seus empregados, tutor e curador, pelos pupilos e curatelados, dentre outros.

Existindo ainda a responsabilidade por atos de animais, na qual o dono ou detentor do animal responde pelos danos por eles causados.

E ainda, a responsabilidade pela coisa, como, por exemplo, o dono de edifício ou construção que responde pelos danos que resultarem de sua ruína, bem como aquele que habitar em prédio, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido, conforme previsto no artigo 937 do Código Civil.

b) Dano ou prejuízo

O dano ou prejuízo é indispensável para a responsabilidade civil, através dele, nasce o direito do indivíduo de ser indenizado. Nesse sentido, se não houve dano ou prejuízo causado através de uma ação, ou omissão (conduta humana), não

há que se falar em responsabilização, tampouco em reparação. Assim, àquele que teve direito lesado, através de uma conduta ilícita, deverá provar o dano sofrido, sob pena de não ser ressarcido.

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento — risco profissional, risco proveito, risco criado etc. —, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa (CAVALIERI FILHO, 2000, p. 70, *apud*, GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2017, p.94)

O dano é verdadeiramente a pedra angular para a configuração da responsabilidade civil. A doutrina e a jurisprudência praticamente se mostram unânimes em declarar que não é possível cogitar de responsabilidade civil sem sua ocorrência. Desse modo, a simples ilegitimidade ou irregularidade de uma conduta imputável, sem a ocorrência concreta de um prejuízo, não permite a responsabilização do agente, mas, tão só, se e quando for o caso, a invalidade do ato. (WALD E GIANCOLI, 2012, p.39).

Para ser caracterizado o dano reparável, deverão ser comprovados os seguintes requisitos: (1) a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica: conforme já citado anteriormente, todo ato ilícito gera o dever de reparação, pouco importando se a natureza do ato ilícito é material. Há casos em que o prejuízo é extrapatrimonial, como o dano moral, o qual não atinge de forma material o indivíduo, mas sim seus direitos personalíssimos. (2) Certeza do dano: para ser passível de indenização a perda deverá ser efetiva e comprovada. Não há que se falar em reparação por dano abstrato, tampouco hipotético. (3) Subsistência do dano: ao postular a reparação o prejuízo deve subsistir, isto é, caso o agente da ilicitude repare o dano de forma voluntária antes da propositura da demanda, não há como pleitear novamente a reparação via judicial, resguardado o direito de postular danos morais.

O dano indenizável é dividido em três espécies, sendo elas de ordem patrimonial, moral e estética.

O patrimonial, também conhecido como material, representa lesão aos bens e direitos econômicos de um indivíduo. Referido prejuízo pode ser reparado, fazendo com que aquele que teve seu patrimônio danificado, consiga retornar aos “*status quo antes*”, ou seja, restabelece a situação anterior ao dano sofrido.

O dano patrimonial se subdivide em emergente e lucro cessante, conforme determinado no artigo 403 do Código Civil: “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros

cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual” (BRASIL, 2002).

Sendo o dano emergente tudo aquilo que se perde, isto é, o efetivo prejuízo da vítima. Importante mencionar que, aquele que causou o dano, deverá, além de restituir a perda causada pelo ilícito, restituir ao patrimônio da vítima tudo aquilo que a mesma desembolsou devido ao fato danoso, senão vejamos:

Ele não será composto necessariamente somente pelos prejuízos sofridos diretamente com a ação danosa, mas incluirá também tudo aquilo que a vítima despendeu com vistas a evitar a lesão ou o seu agravamento, bem como outras eventuais despesas relacionadas ao dano sofrido (CHAMONE, 2008, SP).

Já os lucros cessantes correspondem ao que a vítima deixou de ganhar, ou seja, o indivíduo tinha pretensão de um ganho, mas foi frustrada pela conduta ilícita causada, como por exemplo:

Se o veículo seriamente avariado pertencer a um taxista, que trabalhava com ele na praça ter-se-á a duplicidade de prejuízos; o valor correspondente a perda parcial ou total do bem e o relativo aos dias em que, devido ao acidente, o profissional permanecer sem trabalhar (NADER, 2016, p.120).

Importante mencionar que para se pleitear lucros cessantes deverá haver nexos de causalidade, próximo elemento constitutivo da responsabilidade civil a ser apresentado. Logo, somente poderá ser requerido se o prejuízo causado guardar relação com o que a vítima deixou de ganhar.

Já os danos extrapatrimoniais, também conhecidos como morais, atingem os direitos da personalidade:

Trata-se, em outras palavras, do prejuízo ou lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, como é o caso dos direitos da personalidade, a saber, o direito à vida, à integridade física (direito ao corpo, vivo ou morto, e à voz), à integridade psíquica (liberdade, pensamento, criações intelectuais, privacidade e segredo) e à integridade moral (honra, imagem e identidade) (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2017, p.103).

Nesse caso, não será mais o patrimônio da vítima que sofrera um prejuízo, mas sim, seus direitos personalíssimos, como o direito à vida.

E por fim, os danos estéticos, nas palavras do professor Arnaldo Wald:

O dano estético correspondente a uma alteração morfológica de formação corporal que agride à visão, causando desagradado e eventualmente repulsa. O dano estético é visível, porque concretizado na deformidade. (WALD E GIANCOLI, 2012, p.42).

Desse modo referido dano é concreto e físico, podendo não ser de ordem patrimonial, visível porque se concretizado na deformidade.

O dano estético não está previsto na legislação, mas é assunto sumulado pelo STJ, conforme destacado: “Súmula 387: É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

Nesse passo, a súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça, permite que sejam pleiteados na mesma ação danos morais e danos estéticos.

c) nexos de causalidade

O nexo de causalidade é o liame entre a conduta do agente ao ilícito que lhe gerou o dano. Isto é, somente se pode se imputar responsabilidade ao indivíduo que através de uma ação ou omissão deu causa ao prejuízo sofrido. “É a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado, ou seja, é o liame entre a conduta e o dano, de modo que um seja consequência do outro.” (GONÇALVES, 2010, p. 54).

Uma das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade. Mas se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço (LOPES, 2001, p. 218, *apud*, GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2017, p.156).

A teoria da equivalência de condições, também denominada “*conditio sine qua non*”, foi criada pelo Jurista Von Buri na segunda metade do século XIX, a qual, inclusive, é adotada pelo código penal em seu artigo 13.

De acordo com o autor Pablo Stolze e Pamplona Filho (2017), para essa teoria tudo aquilo que colabora para que o evento danoso ocorra será considerado causa. Por esse motivo, é denominada como “equivalência de condições”, caso tenha relação com o resultado, todos os fatores que deram causa se equivalem. Logo, todos os elementos que concorrem para o evento danoso são denominadas causas.

Em sua essência, sustenta que, em havendo culpa todas as ‘condições’ de um dano são ‘equivalentes’, isto é, todos os elementos que, ‘de uma certa maneira concorreram para a sua realização, consideram-se como ‘causas’, sem a necessidade de determinar, no encadeamento dos fatos que antecederam o evento danoso, qual deles pode ser apontado como sendo o que de modo imediato provocou a efetivação do prejuízo” (PEREIRA, 2000, p. 79, *apud*, GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2017, p.158).

É uma teoria considerada de aspecto amplo, pois, todas as condições anteriores à conduta ilícita são consideradas causas, desde que concorram para o resultado.

Nessa linha, se o agente saca a arma e dispara o projétil, matando o seu desafeto, seria considerado causa, não apenas o disparo, mas também a compra da arma, a sua fabricação, a aquisição do ferro e da pólvora pela indústria etc., o que envolveria, absurdamente, um número ilimitado de agentes na situação de ilicitude (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2017 p. 159)

Por isso, é alvo de críticas na doutrina e jurisprudência, pois, poderia levar a uma análise inumerável das concausas. Nesse sentido, devem ser analisados todos os fatos que deram causa até que se chegasse ao resultado.

A teoria da causalidade adequada foi criada a partir das ideias do filósofo alemão Von Kries, a qual é adotada pelo direito Argentino.

Para essa teoria, será considerada causa à ação mais determinante que produziu o evento danoso, ou seja, ao contrário da anterior, não seria considerada causa à fabricação de uma arma que mais tarde serviria para consumir um roubo, referida fabricação não é uma causa determinante ao resultado.

Causa, para ela, é o antecedente, não só necessário, mas, também adequado à produção do resultado. Logo, nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for mais apropriada para produzir o evento (CAVALIERI FILHO, 2000, p. 51, *apud* GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2017, p.160).

Se a teoria anterior peca por excesso, admitindo uma ilimitada investigação da cadeia causal, esta outra, a despeito de mais restrita, apresenta o inconveniente de admitir um acentuado grau de discricionariedade do julgador, a quem incumbe avaliar, no plano abstrato, e segundo o curso normal das coisas, se o fato ocorrido no caso concreto pode ser considerado, realmente, causa do resultado danoso. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2017, p.162).

E por fim, a teoria da causalidade direta ou imediata, ou interrupção do nexo causal, sendo esta desenvolvida no Brasil, pelo Professor Agostinho Alvim.

Para essa teoria, causa é somente o fato que ocorre antes do resultado, de forma direta e imediata, devendo possuir vínculo necessário ao ilícito. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2017). “Considera como causa jurídica apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outra condição sucessiva”. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 79).

Existe grande divergência doutrinária no tocante a teoria adotada pelo Código Civil Brasileiro. Respeitável parcela da doutrina, nacional e estrangeira, tende a acolher a teoria da causalidade adequada. Entretanto, alguns doutrinadores, como por exemplo, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, entendem que a teoria adotada pelo Código Civil Brasileiro é da causalidade direta ou imediata.

d) Culpa

Arnoldo Wald e Brunno Giancoli (2012) conceituam culpa como: “Um erro de conduta, aferido em comparação com o procedimento que se exige do homem prudente e cuidadoso” (WALD E GIANCOLI, 2012, p.52).

Modernamente, quando se fala em responsabilidade com ou sem culpa, Deve-se levar em conta a culpa em sentido amplo ou a *culpa genérica* (culpa *latosensu*), que engloba o dolo e a culpa estrita (*stricto sensu*). (TARTUCE, p 434, 2017)

Segundo Arnoldo Wald e Brunno Giancoli (2012) o dever de reparar o dano causado através de um ato ilícito, decorre da culpa, pois, é preciso que ocorra a reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente.

A culpa, como elemento constitutivo da responsabilidade civil, causa divergência entre autores, como Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, que não denominam a culpa como elemento constitutivo, segundo eles, a mesma não se trata de um elemento essencial, mas sim accidental. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2017).

Embora mencionada no referido dispositivo de lei por meio das expressões “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”, a culpa (em sentido lato, abrangente do dolo) não é, em nosso entendimento, pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo no novo Código, considerando a existência de outra espécie de responsabilidade, que prescinde desse elemento subjetivo para a sua configuração (a responsabilidade objetiva). (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2017 p. 79)

Já o Professor Carlos Roberto Gonçalves, defende que a culpa deve ser classificada como elemento constitutivo da responsabilidade civil: “Quatro são os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima” (GONCALVES, 2017, p.52).

Outro ponto importante sobre o elemento constitutivo denominado culpa, diz respeito à concorrência de culpas. Para os doutrinadores Pablo Stolze e Pamplona Filho (2017) quando houver concorrência de culpas entre a vítima e o causador, na ação ilícita que gerou o dano passível de indenização, a mesma deverá ser reduzida, na proporção da culpa de cada um.

Na responsabilidade subjetiva, quando a causa do dano for atribuída exclusivamente ao prejudicado, não haverá obrigação de ressarcimento; entretanto, se a culpa, além da vítima, for também de outrem, este arcará com a indenização proporcionalmente à sua contribuição para o resultado danoso. (NADER, 2016, p.143)

O fundamento jurídico para se aplicar a culpa concorrente está no Código Civil, em seu artigo 945: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento

danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.” (BRASIL, 2002).

Fala-se culpa concorrente quando, paralelamente à conduta do agente causador do dano, há também conduta culposa da vítima, de modo que o evento danoso decorre do comportamento culposo de ambos (WALD E GIANCOLI, 2012, p.54).

A culpa concorrente é um critério para se quantificar a proporção da indenização, ou seja, aquele que causa o ilícito e aquele que sofre, concorreram de algum modo para que o dano ocorresse, devendo ser analisada a proporção de cada ato para ser fixada a indenização.

Assim, sem os elementos citados acima, não há que se falar em responsabilidade civil, após a identificação dos referidos elementos, o próximo passo é identificar a espécie que a responsabilidade Civil está inserida.

2.3 Espécies de Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil em sua essência é indivisível, a qual nasce em decorrência dos conflitos na sociedade. Pois, conforme já mencionado, o dever de indenizar surge através da conduta ilícita praticada por um indivíduo a outro.

Entretanto, se fez necessário, estabelecer uma classificação sistemática, por questões dogmáticas, dividir a responsabilidade civil em espécies. Sendo elas: Responsabilidade Civil e Penal; Responsabilidade subjetiva e objetiva e Responsabilidade contratual e extracontratual.

a) Responsabilidade Civil e Penal

Antes de adentrar as outras espécies de responsabilidade civil, importante distinguir a responsabilidade Civil da Penal.

De acordo com Paulo Nader (2016), a responsabilidade civil pressupõe dano moral ou material. O interesse afetado é restrito à pessoa que teve direito lesado, buscando a reparação *in natura* ou pecuniária. Já a penal, origina-se da prática de crime ou contravenção, bem como se caracteriza pela imposição de pena privativa de liberdade, restritiva de direito ou multa. Nessa, a sociedade é afetada como um todo, ou seja, não se restringe somente aquele que teve o direito o lesado, mas toda a coletividade.

É possível a ocorrência da responsabilidade civil sem que ocorra a penal, conforme explicado abaixo:

Se alguém provoca danos materiais a outrem, sem dolo, se sujeitará exclusivamente à reparação de natureza civil. As condutas que se contrapõem ao interesse público, dado o nível de sua gravidade, são tipificadas como crime. (NADER, 2016, p.45)

Importante mencionar que a responsabilidade civil é aplicada através da definição de ato ilícito e inadimplemento de ato negocial. Enquanto a penal, é limitada, sendo que somente será aplicada se o indivíduo cometer o tipo penal descrito.

b) Responsabilidade Subjetiva e Objetiva

É de relevância discernir responsabilidade subjetiva e objetiva, sendo fundamental para a compreensão do tema abordado no presente trabalho.

A responsabilidade Civil objetiva e subjetiva encontra-se amparada no Código Civil, especificamente na parte especial, no título das obrigações, conforme disposto no artigo 927:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002)

A responsabilidade subjetiva é decorrente do dano causado com dolo ou culpa pelo agente. Logo, o lesado de um direito deve demonstrar à conduta ilícita, o nexo de causalidade e a culpa do agente, para pleitear reparação do dano. “Esta culpa, por ter natureza civil, se caracterizará quando o agente causador do dano atuar com negligência ou imprudência.” (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2017, p. 65).

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa. (GONÇALVES, 2012, p. 35b)

Na responsabilidade subjetiva cada um responde pela própria culpa, tal entendimento, inclusive, é respeitado pela doutrina, sendo denominada de *unuscuique sua culpa nocet*. No quesito provas, caberá ao autor provar que teve seu direito lesado através de um ato ilícito cometido pelo réu, incumbe ao autor o ônus da prova. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2017).

Entretanto, em alguns casos, pode ocorrer do ordenamento jurídico atribuir responsabilidade a terceiros que não foi o causador direto do dano, mas que por

manter relação jurídica com o causador assume a responsabilidade de repará-lo. (GAGLIANO E PAMPLONA, 2017).

Nesses casos, trata-se, a priori, de uma responsabilidade civil indireta, em que o elemento culpa não é desprezado, mas sim presumido, em função do dever geral de vigilância a que está obrigado o réu. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2017, p. 66).

Já na responsabilidade objetiva, inexistente necessidade de caracterizar a culpa, ou seja, algumas pessoas, em alguns casos, são obrigadas a reparar um dano cometido sem ser o causador, isto é, é necessária a demonstração da conduta antijurídica e do nexo de causalidade. Para essa teoria todo dano é indenizável. (GONÇALVES, 2012b).

Uma das teorias que justifica a responsabilidade objetiva é a do risco, para ela toda pessoa que exerce atividade assume o risco por ela produzido. Nesse ponto, todo aquele que exercer atividade econômica e criar risco de dano a terceiro, deverá repará-lo, mesmo não possuindo culpa (GONÇALVES, 2012b). “As teorias objetivistas da responsabilidade civil procuram encará-la como mera questão de reparação de danos, fundada diretamente no risco da atividade exercida pelo agente” (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2017, p. 67).

Importante, mencionar que algumas legislações especiais também adotaram a responsabilidade objetiva, como o Código de Defesa do Consumidor, o qual também adota a teoria do risco. Nesse passo, à luz do CDC, a casa bancária deve ser responsabilizada de forma objetiva, pois, assumiu o risco da atividade econômica exercida, referido assunto será mais elucidado no capítulo 3, subtema 3.4.

c) Responsabilidade Contratual e Extracontratual

Nas palavras dos professores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2017), para que possa se falar em responsabilidade contratual, deverá existir uma norma jurídica contratual vinculativa, envolvendo uma relação obrigacional, a qual advém de um negócio jurídico realizado entre as partes. Sendo que o dano decorre do descumprimento da obrigação assumida no contrato.

Na responsabilidade contratual existe entre o agente responsável e a vítima uma relação jurídica obrigacional, fruto de um negócio jurídico. E é este mesmo negócio, o qual resultou de um exercício de autonomia de vontade dos contratantes, a origem, a fonte dessa espécie de responsabilidade. Não propriamente o negócio em si, mas sim a violação dos deveres dele decorrentes que geram o dever de indenizar (inadimplemento contratual). (WALD E GIANCOLI, 2012, p.71).

Uma pessoa pode causar prejuízo a outrem por descumprir uma obrigação contratual. Por exemplo: quem toma um ônibus tacitamente celebra um contrato, chamado contrato de adesão, com a empresa de transporte. Esta, implicitamente, assume a obrigação de conduzir o passageiro ao seu destino, são e salvo. Se, no trajeto, ocorre um acidente e o passageiro fica ferido, dá-se o inadimplemento contratual, que acarreta a responsabilidade de indenizar as perdas e danos, nos termos do art. 389 do Código Civil. (GONÇALVES, 2012b p.36)

A respeito da responsabilidade extracontratual, ocorre violação da própria norma, nesse caso, não há uma obrigação preestabelecida entre as partes. Todavia, mesmo não existindo negócio jurídico pactuado anterior ao dano sofrido, àquele que lhe causou deverá repará-lo, justamente porque o causador violou um dever legal, agindo contra os fins da ordem jurídica. (WALD E GIANCOLI, 2012).

A doutrina tradicionalmente divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual. No primeiro caso, há um contrato pré-existente entre o credor e o devedor; no segundo, não. (COELHO, 2012, p. 47).

Tanto a responsabilidade contratual quanto a aquiliana, estão positivadas no Código Civil, sendo a primeira nos artigos 395 e seguintes e nos artigos 389 e seguintes, já a segunda nos artigos 186 a 188 e 927 e seguintes.

Os professores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2017), mencionam que para se diferenciar se é o caso da aplicação da responsabilização contratual ou extracontratual, deverão ser observados três elementos: (1) preexistência de uma relação jurídica entre lesionado e lesionante; (2) o ônus da prova quanto à culpa; (3) diferença quanto à capacidade.

Conforme já mencionado para se caracterizar a responsabilidade contratual, deverá preexistir uma obrigação entre as partes, sendo que a mesma deve violar dever já pactuado. Já na responsabilidade aquiliana, o dever violado é negativo, a violação legal de não causar dano a terceiros. Pelo exposto, na responsabilidade extracontratual o elemento culpa deve ser sempre provado pela vítima, enquanto na outra, a vítima deverá provar que a obrigação assumida não foi cumprida.

2.4 Excludentes da Responsabilidade Civil

As excludentes de responsabilidade civil isentam o causador do dano do dever de indenizar a vítima. Ocorre quando um dos elementos constitutivos da responsabilidade, quais sejam: nexos de causalidade, conduta, dano e culpa, são afastados da conduta ilícita praticada, de modo que o causador do delito não responde pela ilicitude. (WALD E GIANCOLI, 2012).

Trata-se de um dos temas mais importantes acerca da responsabilidade civil, é pleiteada pelo requerido como tese de defesa em ações indenizatórias, para isentar o causador do dano de responder pela conduta.

Como causas excludentes de responsabilidade civil devem ser entendidas todas as circunstâncias que, por atacar um dos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompendo o nexo causal, terminam por fulminar qualquer pretensão indenizatória (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2017, p.178)

As excludentes de responsabilidade são: (a) a legítima defesa; (b) o estado de necessidade; (c) o exercício regular do direito; (d) o estrito cumprimento do dever legal; (e) o caso fortuito e força maior; (f) a culpa exclusiva da vítima; (g) o fato exclusivo de terceiro; (h) a renúncia da vítima à indenização e a cláusula de não indenizar.

a) Legítima Defesa

A primeira excludente é o instituto da legítima defesa, que deve ser presumida como reação proporcional a uma injusta agressão, desde que atual ou iminente, devendo os meios de defesa ser utilizado de forma moderada. Isto é, meios de repulsa poderão ser considerados excesso, o qual é proibido pelo direito. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2017).

A legítima defesa é a repulsa a mal injusto, grave e atual ou iminente à vítima ou terceiro, bem como aos seus bens. Ela pressupõe, assim, a existência de uma agressão ilícita, pelo agente, provocando a defesa, por parte do ofendido. (WALD E GIANCOLI, 2012, p. 117).

A legítima defesa está fundamentada na primeira parte do inciso I, do artigo 188 do Código Civil: “Não constituem atos ilícitos: I — os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido” (BRASIL, 2002).

Para os professores Arnoldo Wald e Brunno Giancoli (2012), três são os requisitos obrigatórios para configurar referida excludente, sendo eles: a) a reação a uma agressão atual ou iminente e injusta; b) a defesa de um direito próprio ou alheio; c) a moderação no emprego dos meios necessários à repulsa.

Importante, mencionar que ao agir em legítima defesa, aquele que causar dano a terceiro, deverá indenizá-lo, resguardado o direito de ação de regresso contra o verdadeiro agressor, conforme disposto no Código Civil:

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não for culpado do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram. (BRASIL, 2002).

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I). (BRASIL, 2002).

E por fim, a legítima defesa putativa, ocorre quando o agente imagina ou supõe uma agressão, e resolve agir moderadamente para resguardar seu direito ameaçado. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2017).

Nos casos de legítima defesa putativa não há a exclusão do caráter ilícito da conduta, devendo o agente causador do dano indenizar aquele que foi vítima de seu excesso de preocupação.

b) Estado de Necessidade

Ocorre o estado de necessidade quando há agressão a direito de outrem, para não ocorrer perigo iminente do causador. O valor jurídico deverá ser igual ou inferior ao que se pretende proteger e as circunstâncias não deem alternativas senão agir daquela forma. Importante mencionar que as circunstâncias deverão ser absolutamente necessárias e que não excedam os limites indispensáveis para a remoção do perigo, conforme disposto no parágrafo único do artigo 188 do código civil.

O estado de necessidade está fundamentado no inciso II, do artigo 188 do Código Civil: “Não constituem atos ilícitos: II — a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente.” (BRASIL, 2002).

Para os professores Arnoldo Wald e Brunno Giancoli (2012), são requisitos para que ocorra o reconhecimento do estado de necessidade: (a) perigo atual e inevitável e, (b) razoabilidade do sacrifício do bem ameaçado.

Estado de necessidade e legítima defesa, não se confundem, pois: “Esta se refere aos direitos da personalidade, enquanto o estado de necessidade se relaciona com o patrimônio do indivíduo”. (WALD E GIANCOLI, 2012, p. 117). “Diferentemente do que ocorre na legítima defesa, o agente não reage a uma situação injusta, mas atua para subtrair um direito seu ou de outrem de uma situação de perigo concreto”. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2017, p.179).

Aquele que causar dano a terceiro que não causou o perigo, deverá indenizá-lo, resguardado o direito da ação de regresso contra o verdadeiro agressor, conforme disposto no Código Civil em seus artigos 929/930.

c) Exercício Regular do Direito

Está excludente se regula no desenvolvimento da atividade humana, a qual deverá estar de acordo com o ordenamento jurídico. Nesse sentido, o indivíduo atua amparado pelo direito, sendo que se exercendo seu direito, causar danos a terceiros não será considerado ato ilícito, excluindo a responsabilidade de indenização. (WALD E GIANCOLI, 2012).

O estado de necessidade está fundamentado na primeira parte do inciso I, do artigo 188 do Código Civil: “Não constituem atos ilícitos: I — [...] ou no exercício regular de um direito reconhecido;” (BRASIL, 2002).

Ressalta-se que não pode haver excesso no exercício do direito, devendo o agente atuar de forma regular, sem abusar do seu direito, conforme mencionado de forma expressa no artigo 188, I do Código Civil. “Somente deixa de ser considerado regular o exercício do direito, pelo excesso, conhecido como abuso de direito” (WALD E GIANCOLI, 2012, p. 118). “Fundamental é que o exercício do direito subjetivo não vá além do permitido em lei, pois do contrário não haverá excludente, mas ato ilícito por abuso de direito” (NADER, 2016, p.197).

Os professores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2017), mencionam que o amparo legal para justificar o abuso de direito está na própria análise do art. 160, I, segunda parte, do Código, que, ao considerar lícito o exercício regular de um direito reconhecido, reputaria ilícito, por consequência, o seu exercício irregular ou abusivo.

d) Estrito Cumprimento do Dever Legal

Está excludente impede que responda pelos danos causados o indivíduo que age para cumprir dever legal, anteriormente estabelecido por lei. Pois, ao causar danos a terceiros, não será considerado ilícito civil, uma vez que agiu no estrito cumprimento do dever legal (WALD E GIANCOLI, 2012).

A excludente em análise é tão intuitiva que ninguém colocaria em dúvida, por exemplo, que, nos países onde há pena de morte, ao cumprir seu ofício o carrasco não estaria praticando atos ilícitos, mas exercendo o seu dever legal, isento de qualquer responsabilidade pelas execuções que, em realidade, seriam execuções de sentença (NADER, 2016, p.197).

Conforme ocorre no exercício regular de direito reconhecido, aqui, o indivíduo deverá agir nos limites fixados por sua função, pois, se exceder comete ato ilícito, passível de indenização, como é o caso do oficial de justiça que, além de cumprir o mandado, humilha o inquilino.

e) Caso Fortuito e Força Maior

Força maior é todo evento que não pode ser evitado, mesmo agindo com precauções para que não ocorra, a inevitabilidade é absoluta, tratando-se de um fato da natureza. Caso fortuito, é o evento totalmente imprevisível que prejudica os interesses patrimoniais ou morais da vítima. (WALD E GIANCOLI, 2012).

Na força maior conhece-se o motivo ou a causa que dá origem ao acontecimento, pois se trata de um fato da natureza, como, p. ex., um raio que provoca um incêndio, inundação que danifica produtos ou intercepta as vias de comunicação, impedindo a entrega da mercadoria prometida, ou um terremoto que ocasiona grandes prejuízos etc.". Já "no caso fortuito, o acidente que acarreta o dano advém de causa desconhecida, como o cabo elétrico aéreo que se rompe e cai sobre fios telefônicos, causando incêndio, explosão de caldeira de usina, e provocando morte" (DINIZ, 2002, p. 346-7, apud, GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2017, p.189).

A característica básica da força maior é a sua inevitabilidade, mesmo sendo a sua causa conhecida (um terremoto, por exemplo, que pode ser previsto pelos cientistas); ao passo que o caso fortuito, por sua vez, tem a sua nota distintiva na sua imprevisibilidade, segundo os parâmetros do homem médio. Nessa última hipótese, portanto, a ocorrência repentina e até então desconhecida do evento atinge a parte incauta, impossibilitando o cumprimento de uma obrigação (um atropelamento, um roubo) (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2017, p.190).

Em que pese à discussão doutrinária a respeito do caso fortuito e força maior, respeitada parte da doutrina entende que ambas são excludentes de responsabilidade, entretanto, há autores que discordam, como Paulo Nader (2016), ao mencionar que ambas são mecanismos de rompimento do nexo de causalidade, não podendo ser consideradas excludentes.

f) Culpa Exclusiva da Vítima

Quando a vítima de forma exclusiva der causa ao fato danoso, quebra o nexo de causalidade, isentando o agente de reparar o dano sofrido.

A culpa exclusiva da vítima é uma excludente de responsabilidade civil que interfere no liame que vincula a conduta do agente ao dano. Trata-se de excludente, até mesmo na responsabilidade civil objetiva; exonera o agente do dever de indenizar, por ter desaparecido a relação de causalidade. (WALD E GIANCOLI, 2012, p.119).

Conforme descrito acima, a culpa nesse caso deve ser exclusiva da vítima. Isto é, a mesma agir de forma que sem a conduta, o dano jamais ocorreria, pois se ocorrer concorrência de culpas, ambas as partes contribuíram para o evento danoso e a indenização deverá ser atribuída na proporção da culpa de cada sujeito.

g) Fato Exclusivo de Terceiro

Fato de terceiro exclui o dever de indenizar do agente. Para ser caracterizado, as partes (agente da ilicitude e vítima) não devem colaborar para o evento danoso. Sendo que somente ocorre o ato ilícito por culpa de um terceiro. Se comprovada, exonera o causador do dano do pagamento de indenização, devendo a vítima demandar no Judiciário contra o terceiro. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2017).

De acordo com os professores Arnoldo Wald e Brunno Giancoli (2012) a participação do terceiro pode ocorrer de maneira total ou parcial, sendo que na primeira, o dano é causado exclusivamente por terceiro, ocorrendo o rompimento do nexo causal e atribuindo somente a ele responsabilidade de indenizar a vítima, já na segunda, terceiro contribui para o resultado final, mas não age de forma exclusiva, sendo que nesse caso, tanto o causador do dano quanto o terceiro que concorre para o resultado ocupam o polo passivo da lide.

h) Renúncia da Vítima à Indenização e Cláusula de Não Indenizar

Ambas dependem da vontade humana, as quais levam a não responsabilização do agente. Logo, não são causas de exclusão da responsabilidade por força de lei, mas sim por vontade das partes, as quais advém da responsabilidade contratual, devendo sempre observar a boa-fé objetiva, sob pena de nulidade. (WALD E GIANCOLI, 2012).

Quando há renúncia da vítima a indenização, o ato deve ser irrevogável e unilateral, devendo o renunciante ser pessoa capaz, nela o indivíduo abdica de seu direito de receber indenizações. Já a cláusula de não indenizar, pode ocorrer quando da formação de um contrato, no qual as partes concordam em não indenizar ou reparar prejuízo patrimonial e extrapatrimonial de ambos.

3 DO CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

3.1 Breves considerações à lei Consumerista

A Lei nº 8.078/90, amplamente conhecida como Código de Defesa do Consumidor, foi apresentada através de projeto de lei, pelo, na época, Deputado Federal, Geraldo Alckmin, sendo promulgada em 11 de setembro de 1990, passando por um período de 180 (cento e oitenta) dias de *vacatio legis*, tendo vigência somente em 11 de março de 1991. (NUNES, 2012)

Antes da criação da lei consumerista, o Código Civil era aplicado às relações entre consumidores e fornecedores/prestadores de serviço. Após a vigência da lei, todas as ações que versam sobre o tema passaram a ser regidas pelo CDC. (THEODORO JÚNIOR, 2017).

Mesmo após quase 30 anos da vigência da lei consumerista, ainda há certa dificuldade dos operadores do direito na compreensão da norma, uma vez que existem resquícios de memória jurídica, afinal, o Código Civil foi aplicado nas relações de consumo por 1 (um) século, sendo a norma consumerista atrasada na proteção dos direitos dos consumidores. (NUNES, 2012)

Pensem num ponto de realce importante: em relação ao direito civil, pressupõe-se uma série de condições para contratar, que não vigem para relações de consumo. No entanto, durante praticamente o século inteiro, no Brasil, acabamos aplicando às relações de consumo a lei civil para resolver os problemas que surgiram e, por isso, o fizemos de forma equivocada. Esses equívocos remanesceram na nossa formação jurídica, ficaram na nossa memória influenciando na maneira como enxergamos as relações de consumo, e, atualmente, temos toda sorte de dificuldades para interpretar e compreender um texto que é bastante enxuto, curto, que diz respeito a um novo corte feito no sistema jurídico, e que regula especificamente as relações que envolvem os consumidores e os fornecedores. (NUNES, 2012, p.42)

Mesmo sendo positivada de forma tardia, a lei 8.078/90, trouxe inúmeros resultados positivos. O legislador ao criar a norma cuidou para que aquilo que existia de mais moderno na proteção ao consumidor fosse observado, inspirando vários países, como Paraguai e Uruguai. (NUNES, 2012)

Uma questão levantada pela doutrina no momento em que a lei passou a vigorar foi quanto aos seus efeitos, isto é, a nova lei retroagiria e atingiria casos regidos pelo Código Civil, ou somente poderia ser aplicada nas relações consumeristas a partir da sua vigência, possuindo efeitos “*ex nunc*” ou “*ex tunc*”. (THEODORO JÚNIOR, 2017).

Tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça, entenderam que a nova lei somente seria aplicada nos casos travados após a

vigência da norma, possuindo efeitos “*ex nunc*”, visto que se a lei retroagisse no tempo e atingisse casos julgados à luz do Código Civil, afrontaria a existência do ato jurídico perfeito, uma vez que o caso foi consumado sobre a ótica da lei vigente a época (THEODORO JÚNIOR, 2017).

De tal sorte, “não incidem os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor nos contratos celebrados antes de sua vigência, pois o fato de aquele se constituir em legislação de ordem pública não traz em si mesmo o condão de desconstituir os atos jurídicos formalizados sob a égide de norma anterior, uma vez que sem conteúdo de aplicação imediata e intervencionista, por força da suspensividade nela mesma contida”. «Por isso mesmo que “o CDC é inaplicável aos contratos firmados anteriormente a sua vigência”.» (THEODORO JÚNIOR, 2017, p.23)

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, já firmou entendimento de que: “embora o CDC não retroaja para alcançar efeitos presentes e futuros de contratos celebrados anteriormente a sua vigência, a legislação consumerista regula os efeitos presentes de contratos de trato sucessivo e que, por isso, foram renovados já no período de sua vigência.” (THEODORO JÚNIOR, 2017, p.23).

Assim, de acordo com o entendimento do STJ, mesmo o CDC possuindo efeitos “*ex nunc*”, no que tange os contratos sucessivos realizados anteriormente a vigência da lei, deverá ser aplicado o código quando da sua renovação.

3.2 Conceito de consumidor

Na elaboração do Código consumerista, o legislador conceituou consumidor no artigo 2º, o qual menciona:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. (BRASIL, 1990).

Conforme mencionado no artigo acima, consumidor é toda pessoa física ou jurídica. Importante mencionar que a lei nº 8.078/90, não traz nenhuma limitação ou distinção a pessoa jurídica, sendo considerada consumidora, desde que seja destinatária final do produto ou serviço, e ainda, vulnerável. Assim, tanto uma microempresa como uma multinacional, associação, fundação, dentre outras, podem ser consideradas consumidoras (NUNES, 2012).

Reconhece a jurisprudência do STJ que o CDC não é de aplicação restrita ao consumidor pessoa física. Também as pessoas jurídicas podem se beneficiar de sua proteção, “desde que (i) sejam destinatárias finais de produtos e de serviços, e, (ii) ainda, vulneráveis” (THEODORO JÚNIOR, 2017, p.29)

O artigo ainda menciona o verbo “adquirir”: “que tem de ser interpretado em seu sentido mais lato, de obter, seja a título oneroso ou gratuito” (NUNES, 2012, p 121).

Entretanto, não basta somente adquirir o produto ou serviço, conforme o artigo 2º do CDC, os mesmos devem ser utilizados, mesmo que por quem não tenham os adquiridos. (NUNES, 2012) “Assim, por exemplo, se uma pessoa compra cerveja para oferecer aos amigos numa festa, todos aqueles que a tomarem serão considerados consumidores” (NUNES, 2012, p. 122).

O mesmo explica que o produto ou serviço deve ser utilizado pelo destinatário final. Através de uma simples leitura ao artigo, fica claro que o legislador de preocupou em distinguir aquele que adquire produto ou serviço como intermediário do ciclo produtivo, daquele que adquire o produto ou serviço para consumo final (NUNES, 2012). Assim, se uma pessoa — física ou jurídica — adquire calças para revendê-las, a relação jurídica dessa transação não estará sob a égide da Lei n. 8.078/90. (NUNES, 2012, p. 122).

Há discussão doutrinária no sentido de questionar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos que adquirem bens típicos de produção, o professor Rizzato Nunes (2012), defende que nos casos em que o produto o serviço for adquirido para produção, à lei consumerista não deve ser aplicada, conforme abaixo:

Em casos nos quais se negociam e adquirem bens típicos de produção, o CDC não pode ser aplicado por dois motivos óbvios: primeiro, porque não está dentro de seus princípios ou finalidades; segundo, porque, dado o alto grau de protecionismo e restrições para contratar e garantir, o CDC seria um entrave nas relações comerciais desse tipo, e que muitas vezes são de grande porte. (NUNES, 2012, p. 125).

Além do conceito do artigo 2º, a doutrina majoritária apresenta três teorias que visam definir consumidor, sendo elas: teoria finalista, teoria maximalista e teoria do finalismo aprofundado.

A teoria finalista, adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, defende que destinatário final e aquele que retira o bem do mercado, sem nenhum interesse profissional ou econômico, com o objetivo de utilizar a coisa com destinação pessoal, ou seja, ser o destinatário fático do produto. (THEODORO JÚNIOR, 2017).

Os seguidores da corrente finalista, também conhecida como subjetiva, entendem que o consumidor de um produto ou serviço nos termos da definição trazida no art. 2º do CDC é o destinatário fático e econômico, ou seja, não basta retirar o bem do mercado de consumo, havendo a

necessidade de o produto ou serviço ser efetivamente consumido pelo adquirente ou por sua família (BOLZAN, 2014, p.59)

Há doutrinadores que analisam a teoria finalista de forma extremista, defendem a exclusão do conceito de consumidor as pessoas jurídicas e os profissionais, assim, não poderiam serem considerados destinatários finais, uma vez que o produto adquirido integra de alguma forma a cadeia produtiva na elaboração de novos produtos ou na prestação de outros serviços. (BOLZAN, 2014)

Já a teoria maximalista traz uma conceituação mais ampla de consumidor, pois, a retirada da coisa do mercado com destinação de consumo ou utilização final, por si só caracteriza o indivíduo como consumidor. Para essa teoria pouco importa se o consumidor é pessoa jurídica ou um profissional que visa o lucro ao adquirir um produto ou utilizar um serviço, sendo destinatário final, será considerado consumidor. (BOLZAN, 2014)

Destinatário final, portanto, é conceituado segundo uma análise meramente *fática*: é quem retira o produto ou o serviço do mercado e o utiliza, o consome, “não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço”.¹⁶ O aspecto econômico, destarte, não é relevante. (THEODORO JÚNIOR, 2017, p.25)

A teoria do finalismo aprofundado defende que havendo destinação fática e econômica do bem adquirido e a vulnerabilidade do adquirente, o mesmo deve ser considerado consumidor. A teoria acrescentou a noção de destinatário final a hipossuficiência do consumidor, ou seja, todo consumidor será presumidamente considerado vulnerável. (THEODORO JÚNIOR, 2017)

Para os defensores da teoria do finalismo aprofundado, a pessoa jurídica também deverá ser considerada consumidora, desde que nesta qualidade sua condição não lhe coloque em desigualdade com a outra parte. (THEODORO JÚNIOR, 2017)

Logo, a pessoa jurídica deve contar com o mesmo grau de vulnerabilidade que qualquer pessoa comum se encontraria ao celebrar negócio jurídico, de sorte a manter o equilíbrio da relação de consumo (THEODORO JÚNIOR, 2017, p.26).

O código de defesa do consumidor traz a figura de consumidor por equiparação ou *bystander*, o qual está previsto no artigo 17 da referida lei: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.” (BRASIL, 1990).

O Legislador ao positivizar o artigo acima, visou proteger aqueles que mesmo não participando de forma direta na relação de consumo, foram atingidas pelo evento danoso. (THEODORO JÚNIOR, 2017)

Assim, por exemplo, na queda de um avião, todos os passageiros (consumidores do serviço) são atingidos pelo evento danoso (acidente de consumo) originado no fato do serviço da prestação do transporte aéreo. Se o avião cai em área residencial, atingindo a integridade física ou o patrimônio de outras pessoas (que não tinham participado da relação de consumo), estas são, então, equiparadas ao consumidor, recebendo todas as garantias legais instituídas no CDC. (NUNES, 2012, p.134)

Nesse caso, o consumidor não precisa ser aquele que adquiriu o produto ou contratou o serviço na qualidade de destinatário final, é desnecessária a existência de uma prática de consumo, logo, se o indivíduo não participar da relação de consumo de forma direta, mas for atingido pelo evento danoso, será equiparado a consumidor.

3.3 Conceito de fornecedor e prestador de serviço

O Conceito de fornecedor está previsto no artigo 3º da Lei consumerista, que dispõe:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, 1990)

Conforme descrito acima, é considerado fornecedor todo aquele que utiliza o mercado de consumo para exercer atividade profissional econômica, sendo a atividade exercida meio pelo qual o consumidor adquire produto ou serviço. (LISBOA, 2012)

Para o Professor Fabricio Bolzan: “fornecedor é todo aquele que coloca produto ou presta serviço no mercado de consumo” (BOLZAN, 2014, p.87).

O artigo 3º da lei nº 8.078/90, apresenta de forma genérica o conceito de fornecedor, enquadrando pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, entes despersonalizados de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, comerciantes de produtos e prestadores de serviço. Importante mencionar que os bancos se enquadram na qualidade de prestadores de serviços. (NUNES, 2012)

Nas relações de consumo, o vocábulo “fornecedor” é fixado como gênero, do qual são espécies: o produtor, o montador, o criador, o fabricante, o construtor, o transformador, o importador, o exportador, o distribuidor, o comerciante e o prestador de serviços (LISBOA, 2012, p.64)

Produção é qualquer construção de produtos ou serviços que suprem as necessidades econômicas do homem; a montagem é a junção de peças de um dispositivo que visam seu funcionamento satisfatório; a criação é a invenção de um produto ou serviço para satisfação dos interesses humanos; a construção consistente na constituição de um bem; a transformação modifica o estado atual de um sistema físico ou orgânico; a importação consistente em trazer o produto ou serviço do exterior para o país de origem; a exportação é o envio do produto ou serviço para fora do território nacional de origem; a distribuição é a repartição social da riqueza como fato econômico; e, a comercialização consiste na negociação da mercadoria. (LISBOA, 2012)

Assim, para ser responsabilizado à luz do Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor de produtos ou serviços deve participar de uma das atividades citadas acima (LISBOA, 2012).

A doutrina ainda traz a distinção entre fornecedor imediato e mediato, sendo imediato aquele que participa de forma direta na relação de consumo, e o mediato aquele que não participa diretamente da relação jurídica, mas integra o ciclo de produção. Ambos respondem como fornecedores no polo passivo da lide (LISBOA, 2012).

Importante se faz apresentar o conceito de prestador de serviços, o qual, conforme já mencionado, é espécie do gênero denominado fornecedor, pois, as instituições financeiras se enquadram nessa modalidade.

Pois bem, o artigo 3º, § 2º, da lei consumerista traz o conceito de serviço, senão vejamos:

Art. 3º, § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (BRASIL, 1990)

De acordo com a definição do professor Rizzato Nunes: Serviço é, tipicamente, atividade. Esta é ação humana que tem em vista uma finalidade. Ora, toda ação se esgota tão logo praticada. A ação se exerce em si mesma. (NUNES, 2012, p.149)

O serviço deve ser contratado pelo consumidor, também denominado destinatário final, em contrapartida, deve ser prestado por quem se encaixe no conceito de fornecedor. (BOLZAN, 2014)

Para se definir o serviço, com base no CDC, devem ser analisados três aspectos importantes, sendo eles: exigência de remuneração; exclusão das relações trabalhistas; rol exemplificativo de serviços, com destaque para a inclusão dos serviços bancários. (BOLZAN, 2014)

A exigência de remuneração e a inclusão dos bancos no conceito de prestadores de serviços são expressamente exigidas no artigo art. 3º, § 2 do Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, a exclusão das relações trabalhistas, ocorre, pois, a Carta Magna garante como fundamentais os direitos dos trabalhadores, e ainda, há lei específica que regulamenta tais relações.

3.4 Responsabilidade objetiva e a Teoria do risco

Os artigos 12, 13 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, estabelecem a responsabilidade objetiva aos fornecedores pelos danos decorrentes do vício de seu produto ou serviço, conforme abaixo:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (BRASIL,1990)

Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis. Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso. (BRASIL,1990)

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (BRASIL,1990).

Antes de adentrar a teoria do risco da atividade, conforme já mencionado anteriormente, quando se trata de responsabilização objetiva, deve ser comprovado o defeito ou vício do produto ou serviço; evento danoso ou prejuízo causado ao consumidor; relação de causalidade entre o defeito/vício e o evento danoso/prejuízo, não sendo necessária a prova da culpa daquele que cometeu o ilícito (BOLZAN,2014)

Uma das teorias que implica na responsabilidade objetiva é a denominada teoria do risco da atividade ou do negócio, que é bem definida nas palavras do professor Fabricio Bolzan:

Nesse sentido, pela teoria do risco da atividade ou do empreendimento, todo aquele que fornece produto ou serviço no mercado de consumo cria um risco de dano aos consumidores e, concretizado este, surge o dever de repará-lo independentemente da comprovação de dolo ou de culpa” (BOLZAN, 2014)

A Carta Magna garante a livre iniciativa para exploração da atividade econômica, trazendo assim diversas características, sendo uma das principais o risco da atividade, devido todo negócio jurídico implicar riscos. Ora, o empreendedor não está garantido pelo sucesso na livre iniciativa, pode ocorrer, em alguns casos, o fracasso do empreendimento. (NUNES, 2012)

Na livre iniciativa, a ação do empreendedor está aberta simultaneamente ao sucesso e ao fracasso. A boa avaliação dessas possibilidades por parte do empresário é fundamental para o investimento. Um risco mal calculado pode levar o negócio à bancarrota. Mas o risco é dele. (NUNES, 2012, p.217)

De acordo com a teoria do risco da atividade aquele que coloca, mediante ganhos ou vantagens, alguém em risco, deve arcar com os danos decorrentes. Um exemplo é a responsabilidade objetiva e solidária dos agentes envolvidos com a prestação ou fornecimento (TARTUCE E NEVES, 2018).

A par dessa forma de pensar, José Geraldo Brito Filomeno apresenta os seguintes pontos fundamentais para justificar a responsabilidade objetiva prevista na Lei 8.078/1990: *a)* a produção em massa; *b)* a vulnerabilidade do consumidor; *c)* a insuficiência da responsabilidade subjetiva; *d)* a existência de antecedentes legislativos, ainda que limitados a certas atividades; *e)* o fato de que o fornecedor tem de responder pelos riscos que seus produtos acarretam, já que lucra com a venda. (FILOMENO, José Geraldo Brito, 2004 apud TARTUCE E NEVES, 2018, p. 157).

Como o CDC adotou a teoria que gera a responsabilização sem culpa, também denominada responsabilidade objetiva, nasce à teoria do risco da atividade, que responsabiliza aquele que assumiu o risco do empreendimento e que conseqüentemente, terá lucros pelos danos causados a terceiros em decorrência do negócio.

A atividade praticada pelas instituições financeiras é lucrativa e arriscada, razão pela qual é enquadrada na teoria do risco da atividade.

3.5 O ônus da prova

O Código de Defesa do Consumidor é constituído através de um sistema autônomo e próprio. Assim, é utilizada a lei consumerista como fonte primária, sendo aplicado de forma subsidiária o Código de Processo Civil, como por exemplo, no tocante a produção de provas, bem como a vulnerabilidade, hipossuficiência, e ainda, a verossimilhança nas alegações. (NUNES, 2011).

De fato, não possuindo o consumidor condições econômicas, fáticas, técnicas ou de informação para comprovar o seu direito, poderá o juiz inverter o ônus probante e exigir do fornecedor a demonstração de que não foi o responsável pelos danos alegados pelo autor. (BOLZAN, 2014, p. 203)

Contudo, o que significa dizer que um consumidor é vulnerável, hipossuficiente e que os fatos apresentados na exordial de um processo são verossimilhanças a ponto do Juiz entender pela inversão do ônus da prova?

A vulnerabilidade é fenômeno de direito material com presunção absoluta, sendo o consumidor considerado a parte mais fraca da relação jurídica de consumo. Sua vulnerabilidade é confirmada no artigo 4º, I, do CDC, daí porque a proteção na produção de provas em um processo:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; (Brasil, 1990).

Já a hipossuficiência é fenômeno de direito processual com presunção relativa, tem como base a escassez do consumidor sob o enfoque econômico ou de outra natureza, pois, não detém condições de custear produções de provas de um processo:

Trata-se de impotência do consumidor, seja de origem econômica, seja de outra natureza, para apurar e demonstrar a causa do dano cuja responsabilidade é imputada ao fornecedor. Pressupõe uma situação em que concretamente se estabeleça uma dificuldade muito grande para o consumidor de desincumbir-se de seu natural *onus probandi*, estando o fornecedor em melhores condições para dilucidar o evento danoso. (THEODORO JÚNIOR, 2017, p.445)

Tem-se o seguinte exemplo prático: um proprietário de uma moto popular sofre um acidente decorrente de defeito de alguma peça da mesma, porém, visto sua fragilidade econômica, o consumidor não tem condições de custear um perito para comprovar o seu direito. Desta forma, o consumidor em questão tem a característica da hipossuficiência. (BORTOLINI, 2011, SC).

A verossimilhança nas alegações é fundamentada no forte conteúdo persuasivo descrito na exordial, ao ponto de o Juiz entender que há indícios verdadeiros nos fatos narrados. (BOLZAN, 2014)

Sobre a verossimilhança: “É conceito jurídico indeterminado. Depende de avaliação objetiva do caso concreto e da aplicação de regras e máximas da experiência para o pronunciamento” (NUNES, 2011, p.427).

O Código de Processo Civil trata da produção de provas no art. 333, ao estabelecer que: O ônus da prova incumbe: I — ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II — ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. (BRASIL, 2015)

Se cabe ao autor direito de impor ao juiz a abertura do processo e de sujeitar o réu a seus efeitos, sem que se dê a este a liberdade de não se vincular à relação processual, é forçoso que ao autor caiba a responsabilidade maior pelo sucesso da demanda. E, por isso, é ele, e não o réu, quem tem de proporcionar ao juiz o conhecimento dos fatos necessários à definição e atuação do direito de que se afirma titular. Do réu, que não provocou o processo, obviamente, não se pode exigir que prove os fatos de onde nasceu o direito do adversário. Apenas quando outros fatos diversos forem invocados na resposta à demanda, para extinguir ou anular os efeitos do direito do autor, é que o demandado terá de assumir o encargo de sua comprovação. É que, em tal quadro, quem alega fato extintivo ou impeditivo necessariamente reconhece a anterior existência do direito do autor, porquanto só se extingue ou se impede o que existe ou já existiu. (THEODORO JÚNIOR, 2017, p.443)

Já o Art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, regulamenta a inversão do ônus da prova quando o Juiz estiver diante de fatos verosímeis, bem como da hipossuficiência do consumidor:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências. (BRASIL, 1990).

O Artigo 6º, VIII, da lei consumerista, deixou a critério do Juiz a análise da verossimilhança e da hipossuficiência do consumidor, nesse passo, caso o Juiz entenda que não há verossimilhança na alegação do autor, poderá deixar de aplicar a inversão do ônus probatório, devendo o consumidor apresentar as provas constitutivas de seu direito, permanecendo o disposto no Código de Processo Civil (BOLZAN, 2014)

Trata-se da denominada inversão *ope judicis*, o ônus probante será invertido a critério do Juiz segundo suas regras ordinárias de experiência. A inversão neste caso não é automática, por não ser obrigatória. (BOLZAN, 2014, p. 2014)

E por fim, em alguns artigos específicos, é aplicada a inversão do ônus da prova *ope legis*, a qual é decorrente de lei, sendo a mesma obrigatória, ou seja, não depende de critérios do juiz para tanto, como nos os artigos 12, § 3º, 14, § 3º e 38, do CDC. (BOLZAN, 2014).

Há duas modalidades de inversão do ônus da prova, sendo um de ofício e a critério do juiz, e outra, com base na lei positiva.

Para as relações de consumo, havendo verossimilhança e da hipossuficiência do consumidor, o juiz inverte o ônus da prova, devendo o fornecedor provar que os fatos narrados pelo consumidor não são verídicos.

Ocorre à inversão do ônus da prova nas relações bancárias, posto que se trata de relação de consumo. Assim, quando o Juiz estiver diante de fatos verosímeis, bem como da hipossuficiência do consumidor, a responsabilidade de provar que os fatos alegados na inicial não são verdadeiros é das instituições financeiras.

4 A RESPONSABILIDADE DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NAS FRAUDES BANCÁRIAS

4.1 Breves considerações sobre instituições financeiras

As Instituições Bancárias no Brasil ganham expressão a partir de 1808, com a criação do primeiro Banco do Brasil. O sistema bancário é composto pelas instituições financeiras que prestam serviços aos consumidores. As casas bancárias são responsáveis pela oferta de crédito para os clientes pessoas físicas e pessoas jurídicas, compostas de forma quase que total por organizações privadas. Muitas vezes, essa oferta de crédito é realizada por cartão e conta corrente. (LEMOS, 2019)

Longe de adentrar na discussão a respeito da nomenclatura “Bancos”, “Instituições Bancária”, ou “Instituições Financeiras”, pois, neste trabalho serão utilizadas como sinônimo.

Nas palavras da professora Etiane Kohler: “as instituições financeiras são pessoas jurídicas de direito público ou privado, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros” (KOHLER 2012, p. 18).

Os bancos desenvolvem atividades principais e acessórias, sendo a primeira ligada à concessão de crédito e a segunda a prestação de serviços. Todavia, essa divisão não interfere na responsabilidade civil, posto que se predomina a atividade de prestação de serviços bancários aos consumidores, como: empréstimos, cartões de créditos, conta corrente, dentre outros.

No Brasil as atividades das instituições financeiras submetem-se às determinações de resoluções e circulares do Banco Central.

Para se concretizar as operações bancárias, é necessário que os clientes possuam cartão pessoal e senha bancária, posto que são através delas que as operações se concretizam.

Logo, antes de adentrar as modalidades de fraudes, se faz necessário explicar o que é cartão pessoal e senha bancária e a sua importância.

Existe no direito positivo brasileiro uma lacuna a respeito do uso do cartão bancário e da senha, sendo necessário tomar por base as resoluções e circulares do Banco Central, bem como as orientações fornecidas pelos respectivos Bancos aos seus correntistas.

a) Cartão pessoal

A definição de cartão de crédito magnético: “Consiste em um cartão de plástico brilhante, colorido, retangular, padronizado, medindo 85mm por 54mm, com tarja magnética e identificação do usuário (FIGUEIREDO, *apud*, MORAES, 2004, p.16)”

O Executivo Frank Macnamara emitiu em 1950 o primeiro cartão de crédito. Já em 1956 por meio da franquia foi lançado o cartão Diners Club no Brasil, inicialmente como cartão de compras e não de crédito, apenas em 1968 foi lançado o primeiro cartão de crédito por um banco, já o cartão de débito foi lançado somente em 1983. (ESTABILIDADE FINANCEIRA, 2010)

O professor Carlos Roberto Gonçalves (2012) aponta três espécies de cartão de crédito:

(...) os emitidos por empresas comerciais para uso de seus clientes, os emitidos por bancos ou grupos de bancos para a utilização de crédito bancário e os emitidos por empresas intermediárias entre compradores e vendedores. (GONÇALVES, 2012, p. 685a).

Desde então, a utilização de cartões atingiu todas as modalidades de pagamento e áreas financeiras, tais como vale-transporte, lojas, etc.

b) Senha bancária

Para se utilizar o cartão bancário se fez necessária a criação de uma senha pessoal e intransferível, sendo que através dela, os clientes conseguem concluir com sucesso as compras. Em outras palavras, a senha é o meio pelo qual o cliente realizará a validação para concretizar a operação bancária.

Para realizar os serviços e operações bancárias disponíveis no seu banco, como consulta a saldos e extratos, pagamentos, aplicações, empréstimos, saques, transferências, entre outros, você precisará, no mínimo, ter uma senha bancária cadastrada (FEBRABAN, 2019).

O site da FEBRABAN (Federação Brasileira de Bancos) (2019) aconselha na escolha da senha do cartão de crédito, para que nunca sejam escolhidas senhas que podem ser facilmente descobertas, bem como aconselha nos cuidados na utilização desta, tais como: memorizar a senha; nunca fornecer esses dados a outras pessoas; nunca aceitar ajuda de estranhos ao utilizar os caixas eletrônicos, *internet banking* ou mesmo a Central de Atendimento dos bancos; ao digita-la, manter o corpo próximo ao caixa eletrônico para evitar que outros possam vê-la ou

descobri-la pela movimentação dos dedos no teclado; nunca fornecer a senha é troca-la periodicamente.

4.2 A Instituição Financeira Como Prestadora De Serviço

A década de 80 ficou conhecida pela notória mudança Legislativa. Sendo a mais importante delas, ocorrida em 1988, ano em que foi promulgada a Constituição Federal, que veio acompanhada de diversos direitos aos consumidores. Já em 1990, foi aprovada a lei 8079/90, a qual recebe o nome de Código de Defesa do consumidor, que inibe, por exemplo, a venda casada, bem como proporciona ao consumidor o direito de restituição em dobro (PETERSEN, 2012).

Há certa divergência na doutrina sobre qual lei aplicar nas relações bancárias, ao passo que parte da doutrina sustenta que a maioria das atividades bancárias são incompatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o dinheiro ou crédito fornecidos pela instituição não são utilizados pelo destinatário final, pois, circulam na sociedade. Logo, não deve ser aplicado o artigo 2º da lei consumerista. (CAVALIERI FILHO, 2012).

Entretanto, há três correntes distintas a esse respeito, a primeira corrente, sustentada por Arnaldo Wald, argumenta:

Que não é possível que o crédito seja usado por um destinatário final, já que, por sua própria natureza, destina-se à circulação como meio de pagamento. Por outro lado, seria aplicável o CDC aos serviços bancários, como, por exemplo, guarda de documentos e locação de cofres (PETERSEN, 2012, p.5, *apud*, Frederico Eduardo Zenedin Glitz, 2000).

A segunda corrente, representada por Luiz Rodrigues Wambier:

Afirma que os contratos bancários estão sujeitos ao CDC, se caracterizada a relação de consumo, isto é, que o contratante seja o próprio consumidor (inexistindo na relação qualquer intermediário) (PETERSEN, 2012, p.5, *apud*, Frederico Eduardo Zenedin Glitz, 2000).

A última corrente, capitaneada por James Marins:

É da opinião de que todos os contratos bancários, inclusive aqueles que envolvem operações financeiras de risco, estariam sujeitos ao CDC pois tratam-se de atividades oferecidas ao público, no mercado de consumo, mediante remuneração. (PETERSEN, 2012, p.5, *apud*, Frederico Eduardo Zenedin Glitz, 2000).

A Segunda incompatibilidade doutrinária ocorre com base na hierarquia das normas, o Código de Defesa do Consumidor é considerado lei ordinária, limitado a tutelar sobre as relações de consumo, sendo que a Constituição menciona no artigo 192, que somente a união através de lei complementar pode legislar sobre o sistema

financeiro nacional, pois, possui tratamento legislativo diferente da lei ordinária. (PETERSEN, 2012)

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. (BRASIL, 1988)

A grande diferença entre a lei ordinária e complementar está no quórum, sendo que a primeira, para ser aprovada, necessita de maioria simples, já a segunda, de maioria absoluta. E ainda, somente será considerada lei complementar quando houver comando expresso na Constituição Federal, caso contrário, será considerada lei ordinária. (PETERSEN, 2012)

Alguns outros juristas, devido às diferenças existentes, ainda sustentam que a lei complementar é superior à lei ordinária. Entre eles estão Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Haroldo Valadão, Pontes de Miranda, Wilson Accioli, Nelson Sampaio, Geraldo Ataliba, entre outros. Já outros, como Michel Temer e Celso Bastos, afirmam que não há essa diferença hierárquica. Ainda não há, contudo, um consenso a respeito. (PETERSEN, 2012, p.5)

Inclusive, tal argumento foi objeto da ação direta de inconstitucionalidade nº 2591, proposta ao Supremo Tribunal Federal, pela CONSIF (Confederação Nacional do Sistema Financeiro), que congrega a Federação Nacional dos Bancos (FENABAN), Federação Nacional das Empresas Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários (FENADISTRI), Federação Interestadual das Instituições de Crédito, Financiamentos e Investimentos (FENACREFI) e Empresas de Seguros Privados e Capitalização (FENASEG). (PETERSEN, 2012).

O Jurista Ives Gandra entende que se tratava de dupla inconstitucionalidade, visto que o CDC não é considerado legislação complementar, e ainda, não unifica o ordenamento jurídico financeiro em um só texto legal. (PETERSEN, 2012)

Em resposta a ADI nº 2591, o Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro, argumentou que o pedido de declaração de inconstitucionalidade se deu após 10 anos da promulgação do Código de Defesa do Consumidor e que nem todas as atividades requerem tratamento legislativo próprio conforme determinado no caput do artigo 192 da CF/88. (PETERSEN, 2012)

Em 07/06/2006, o Supremo Tribunal Federal, proferiu decisão, entendendo que deve ser aplicado nas operações e contratos bancários o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que não há conflito entre o art. 2º do CDC e o art. 192 da

Constituição, entretanto, retirou do campo da lei consumerista as ações que versam sobre juros, sendo responsabilidade do Banco Central controlar os abusos (PETERSEN, 2012).

Mesmo as instituições financeiras pleiteando o afastamento da aplicabilidade da lei consumerista, há entendimento pacificado no sentido de sua aplicabilidade, bem como o Código Consumerista menciona de forma expressa a aplicabilidade nas relações bancárias.

4.3 A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) (Nº 13.709)

A Lei Geral de proteção de dados pessoais, amplamente conhecida como LGPD, foi inspirada no Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais, também conhecido como GDPR. A lei foi promulgada pelo então presidente da república Michel Temer, no dia 14 de agosto de 2018. (PINHEIRO, 2020)

A princípio, o período de *vacatio legis* da lei era de 18 (dezoito) meses, o qual foi alterado para 24 (vinte e quatro) meses, conforme Lei n. 13.853/2019. Assim, a lei entrou em vigor na data de 15 de agosto de 2020. (PINHEIRO, 2020)

A Lei n. 13.709/2018 está dividida em 10 Capítulos, com 65 artigos, sendo que a princípio, o artigo 58-A, que visava à criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, foi vetada pelo atual Presidente da República, o que depois foi alterado pela MP n. 869/2018 e pela Lei n. 13.853/2019. (PINHEIRO, 2020)

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), foi criada para implementar, fiscalizar e zelar pela aplicabilidade da LGPD. A criação do ANPD foi de extrema necessidade, pois, sem a existência de uma autoridade nacional de fiscalização independente, o Brasil não receberia da União Europeia reconhecimento de lei no mesmo nível da GDPR. (PINHEIRO, 2020)

A LGPD é um marco brasileiro, trata-se da proteção dos dados pessoais de cada indivíduo. A inspiração na nova legislação nasceu a partir de 1990, e está diretamente ligada a mudança no modelo de desenvolvimento da economia digital, a qual passou a ter maior dependência na base de dados internacionais. Com a mudança na economia digital, houve a necessidade de ratificar o compromisso das instituições com os indivíduos em relação à proteção e à garantia dos direitos

humanos fundamentais, como o da privacidade, já celebrados desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948. (PINHEIRO, 2020).

Foi nisso que a nova legislação inovou, ou seja, padronizou, ou melhor, normalizou, quase como uma norma ISO, o que seriam os atributos qualitativos da proteção dos dados pessoais sem a presença dos quais haveria penalidades. (PINHEIRO, 2020, p.12).

O desdobramento da globalização trouxe como consequência o aumento da importância da informação. A tecnologia se expande cada vez mais no mundo, assim, a necessidade da criação de legislação específica que visa proteger de forma mais ampla os dados pessoais dos indivíduos, bem como alguns dos seus direitos fundamentais, tais como a honra, privacidade, imagem, pois, ter acesso aos dados pessoais, passou a ser um ativo de alta relevância para os governantes e empresários. (PINHEIRO, 2020)

O espírito da lei foi proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, trazendo a premissa da boa-fé para todo o tipo de tratamento de dados pessoais, que passa a ter que cumprir uma série de princípios, de um lado, e de itens de controles técnicos para governança da segurança das informações, de outro lado, dentro do ciclo de vida do uso da informação que identifique ou possa identificar uma pessoa e esteja relacionada a ela, incluindo a categoria de dados sensíveis. (PINHEIRO, 2020, p.10)

Conforme anteriormente mencionado, a LGPD foi inspirada no Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais Europeu n. 679, aprovado em 27 de abril de 2016. Após vigência da GDPR, os países que possuía relações comerciais com a União Europeia, foram pressionados a criarem uma legislação para proteger os dados pessoais dos indivíduos. Assim, precisaram criar uma legislação do mesmo nível da GDPR, visto que o Estado que não possuísse lei de mesmo nível, passaria a sofrer embaraços econômicos ou dificuldade de fazer negócios com os países da União Europeia. (PINHEIRO, 2020)

A Lei Geral de proteção de dados pessoais é extremamente técnica, sendo necessário esmiuçar algumas de suas terminologias. É denominado titular o indivíduo a quem se referem os dados pessoais que são objetos de algum tratamento. Já os agentes de tratamento são os que recolhem os dados pessoais dos indivíduos, o qual deve ocorrer com o consentimento dos mesmos ou por hipótese de exceção. Por fim o encarregado, que deve ser apontado pelo controlador, o qual atua no canal de comunicação entre o controlador, os titulares e a autoridade nacional. (PINHEIRO, 2020)

Outros termos técnicos que a LGPD traz, são: Tratamento de dados: que se refere às operações realizadas com manuseio de dados; dados pessoais: meio pelo

qual é possível identificar uma pessoa; dados pessoais sensíveis: ligado à personalidade do indivíduo e suas escolhas pessoais, nesse caso os dados são mais íntimos; dados anonimizados, ocorre quando o titular dos dados não é identificado. Transferência internacional de dados: transferência de dados pessoais para país estrangeiro ou organismo internacional do qual o país seja membro. (PINHEIRO, 2020)

A LGPD se aplica tanto em organizações públicas, quanto privadas, tanto a pessoas físicas quanto pessoas jurídicas, desde que realizem tratamento de dados pessoais que possa envolver pelo menos um dos seguintes elementos:

- (i) ocorrer em território nacional; (ii) que tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; (iii) em que os dados tenham sido coletados no território nacional. (PINHEIRO, 2020, p.22)

No que tange o tratamento de dados realizados por pessoa física com fins exclusivamente particulares e não econômicos, exclusivamente jornalísticos e artísticos e para tratamentos realizados para fins de segurança pública e defesa nacional, conforme o art. 4º, I, II, III e IV da referida lei. (PINHEIRO, 2020)

A nova lei também é muito principiológica, sendo que merecem destaque alguns princípios enaltecidos nos artigos 6º da LGPD, sendo eles: princípio da adequação; livre acesso; finalidade; segurança; necessidade; transparência; prevenção; qualidade dos dados; responsabilização e Prestação de Contas (PINHEIRO, 2020).

Conforme visto a LGPD foi um marco econômico e social, pois, sem a criação da mesma, o Brasil não poderia mais manter relações comerciais com a União Europeia.

Assim, a nova lei atinge diretamente as instituições financeiras, que deverão seguir à risca cada artigo, pois, possuem acesso aos dados dos clientes, não só dados pessoais, mas também aos dados pessoais sensíveis, sendo que qualquer descuido por parte das casas bancárias, pode gerar as penalidades previstas na lei, como também fraudes, visto que é através da fragilização dos dados que o fraudador tem acesso aos meios necessários para concretizar a fraude.

4.4 O dever de reparar os danos e a responsabilidade objetiva

Conforme já exposto não há legislação específica para solucionar as questões a respeito da responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários, sendo

que as lides, na maioria das vezes, são solucionadas a luz da doutrina e da jurisprudência. (GONÇALVES, 2012b).

Nesse passo, o Código de Defesa do Consumidor é utilizado para resoluções das questões envolvendo os bancos, conforme exposto de forma expressa no artigo 3º § 2º, da referida legislação, as casas bancárias são consideradas prestadoras de serviços, senão vejamos: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.” (BRASIL, 1990).

Logo, por serem as casas bancárias prestadoras de serviços, á luz do artigo 14ª do Código de Defesa do Consumidor, respondem de maneira objetiva:

O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (BRASIL, 1990).

O Código do Consumidor, em seu art. 3, § 2º, incluiu expressamente a atividade bancária no conceito de serviço. Desde então, não resta a menor dúvida de que a responsabilidade contratual do banco é objetiva, nos termos do art. 14 do mesmo Código. Responde, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados a seus clientes por defeitos decorrentes dos serviços que lhes presta (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 465)

Conforme descrito acima, a legislação consumerista inclui de forma expressa as atividades bancárias no conceito de serviço. Entretanto, há certa resistência das mesmas em se sujeitar a lei consumerista, sob argumento de que exercem varias atividades, sendo que nem todas estão amparadas em referida lei. (GONÇALVES, 2012a).

De acordo com o professor Carlos Roberto Gonçalves:

O Superior Tribunal de Justiça não vem admitindo qualquer interpretação restritiva ao aludido § 2º do art. 3º, afirmando que a expressão “natureza bancária e financeira e de crédito” nele contida não comporta que se afirme referir-se apenas a determinadas operações de crédito ao consumidor. Os bancos, “como prestadores de serviços especialmente contemplados no mencionado dispositivo, estão submetidos às disposições do Código do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor dos serviços prestados pelo banco” (REsp 57.974-0-RS, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior). (GONÇALVES, 2012, p. 163a).

O entendimento acima foi consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, através da súmula 297: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Nesse passo, pode-se concluir que quando se estiver diante de um conflito entre consumidor e instituição financeira, essa responderá de forma objetiva, devendo aquela que sofre o ilícito demonstrar somente à conduta, o nexo de causalidade e dano.

Pode-se afirmar, portanto, que [...] o Código de Defesa do Consumidor aplica-se a todos os serviços e operações bancárias, inclusive às cláusulas que se referem à parte econômica do contrato, como as concernentes aos juros, que continuam submetidas às suas regras, como, por exemplo, as que prestigiam a boa-fé, a transparência e a lealdade. Poderão os juízes, desse modo, rever as taxas de juros, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor. (GONÇALVES, 2012, p. 164a).

Entretanto, as instituições financeiras não serão responsabilizadas se comprovado que o ato ilícito se deu por culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros, conforme disposto no § 3 II, do artigo 14 do Código de Defesa do consumidor:

“Artigo 14 § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”. (BRASIL, 1990).

Conforme já exposto anteriormente, a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros, são consideradas excludentes de ilicitude, as quais vêm sendo adotadas cada vez mais pelas instituições financeiras como teses de defesa.

5 DAS FRAUDES BANCÁRIAS

5.1 Definição e Características Gerais de fraude

Fraude é toda ação ilícita e desonesta, que tem por objetivo enganar terceiro para obter vantagem ilícita para si ou para outrem. (MICHAELIS, 2020)

No Código Penal brasileiro, o crime de fraude é tipificado no artigo 171: “Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento”. (BRASIL, 1940)

Logo, aquele que praticar a conduta descrita no tipo penal responderá por ela na esfera competente para tanto. Já na esfera Civil, aquele que sofrer fraude, poderá ingressar com demanda para reparar o dano patrimonial e extrapatrimonial ocasionado, sendo que nessa área do direito, o fraudador responde somente com seu patrimônio. (PAES, 2019)

Para ser concluída qualquer fraude, alguns requisitos comuns são necessários: a) aquele que sofre a fraude possua relacionamento com alguma instituição financeira; b) ocorra a fragilização de algum dado bancário pessoal e intransferível. Pois, se a vítima não possuir relacionamento bancário com a instituição, o fraudador não consegue dar continuidade a fraude até que se chegue à fragilização dos dados por parte do cliente.

5.2 Modalidades

Existem diversas modalidades de fraudes que utilizam cartão de crédito e senha pessoal, sendo as mais comuns: golpe do motoboy; golpe do falso contato telefônico; golpe do envio de mensagem de texto ou *e-mail* falso; *Phishing* e as fraudes nos caixas eletrônicos.

Há um canal de YouTube do Banco Santander, que descreve de forma explicativa todas as modalidades das fraudes descritas acima, conforme melhor exposto abaixo:

a) Golpe do motoboy

Essa fraude consiste na ida de um “motoboy” (homem de moto) até a residência do cliente da casa bancária, sob argumento que devido à clonagem do cartão precisa retirá-lo juntamente com a senha com a finalidade de realizar perícia. (SANTANDER, 2017)

A fraude se inicia através de contato telefônico com a vítima, na qual o golpista começa a conversa informando o nome completo do cliente, CPF, data de nascimento, endereço, com o objetivo de criar uma sensação de ambiente seguro. Ressalta-se que os dados adquiridos pelos agentes, podem terem sido obtidos através de sites não confiáveis na internet. (SANTANDER, 2017)

Assim, por telefone, o fraudador informa que houve compras realizadas no cartão da vítima, simulando uma clonagem, sendo necessária a retirada do cartão para ser realizada perícia no chip e devolução das compras. Entretanto, antes é necessário realizar o “cancelamento do cartão” solicitando que a vítima digite no telefone a senha e o código de segurança. (SANTANDER, 2017)

Depois de realizado o “cancelamento” solicita que a vítima corte o cartão em quatro pedaços, mas que seja preservado o chip, pois, conforme mencionado, a perícia será realizada por ele, e sem a mesma não é possível à restituição das “compras” (SANTANDER, 2017).

Os golpistas enviam um motoboy à residência do cliente e faz a retirada do cartão com o chip preservado. Após, realizam diversas compras, pois, possuem o chip do cartão, senha pessoal e código de segurança digitado no telefone, ou seja, todos os dados de segurança necessários para realizar compras.

b) Golpe do falso contato telefônico

Já o golpe do falso contato telefônico, consiste na ligação de um golpista solicitando a senha do cliente, que mais tarde, é utilizada para realizar lançamentos em seu cartão de crédito ou conta corrente. (SANTANDER, 2017)

Importante mencionar que essa fraude, algumas vezes, inclui até mesmo a operadora de celular juntamente a instituição financeira de forma solidária no polo passivo da demanda. Visto que os golpistas conseguem telefonar para vítima de modo que no identificador de chamada apareça o número oficial do banco, e após o fim do contato, a linha fica inoperante. (SANTANDER, 2017)

O fraudador telefona para a vítima e se identifica como funcionário do departamento de segurança da instituição financeira. Informa um número de matrícula falso, bem como algum problema na prestação de serviço bancário, como, por exemplo, que o cartão foi cancelado ou que a houve o cancelamento de um cheque. Além disso, cita dados pessoais, tais como: nome completo, CPF, data de nascimento, endereço, para criar uma sensação de ambiente seguro. Para solucionar o suposto problema, solicita dados bancários, como a senha do cartão de

crédito, senha do *internet banking*, chave de segurança, código de verificação do cartão, mensagem de texto *token*. Assim, com essas informações realizam compras no cartão de crédito ou débito e transações bancárias na conta corrente.

c) Golpe do envio de mensagem de texto ou e-mail falso

O Golpe do envio de mensagem de texto ou *e-mail* falso, consiste no envio de mensagem de texto ou *e-mail* ao cliente da instituição financeira, com um “link” que direciona para uma página falsa do banco, na qual a vítima pensa estar navegando em um ambiente seguro, digitando senhas e códigos de segurança. (SANTANDER, 2017)

Assim, os fraudadores conseguem o *e-mail* ou o número do celular da vítima, e envia mensagens de texto ou *e-mail* como se fosse o banco, com um “link”, que leva a vítima a um site falso. Nele são solicitados os dados para cadastramento, atualização do módulo de proteção para acesso ao *internet banking* ou uso do aplicativo. (SANTANDER, 2017)

Um dos exemplos mais comuns é quando o fraudador pede à vítima que envie a foto do cartão de segurança online através do “link” enviado, para que seja realizada sua atualização. (SANTANDER, 2017)

O cartão de segurança online é utilizado para aprovar todas as transações realizadas na conta corrente do cliente, com a foto de todas as posições e códigos de segurança, o fraudador consegue realizar empréstimos, transferências, dentre outras.

d) Phishing

Já o *Phishing* é uma modalidade de fraude na internet, na qual o *hacker* finge ser outra pessoa ou organização para conseguir acesso a senhas e dados bancários através de *e-mail*, mensagem, ligação ou até mesmo redes sociais. O mais comum é que ocorra através das redes sociais com link falso, que a princípio, parece ser de alguma empresa conhecida e de confiança. (SANTANDER, 2017)

É muito comum em compras online, na qual a vítima sofre dois golpes, o primeiro por comprar algo falso, que não chegará a suas mãos; e o segundo, que para realizar as compras, digitará todos os dados pessoais e do cartão de crédito, repassando aos criminosos todas as informações necessárias. (SANTANDER, 2017)

É através do *Phishing*, que os criminosos conseguem concretizar as fraudes citadas acima, pois, com os dados básicos, sabe, por exemplo, com qual instituição

financeira o indivíduo tem relacionamento, seu nome completo, bandeira do cartão, criando uma situação de segurança com a vítima. (SANTANDER, 2017)

e) Fraudes nos caixas eletrônicos

Nesta, ao contrário das outras, o agente não utiliza a internet ou telefone para conseguir concretizar a fraude, mas age de forma presencial na agência do banco. (SANTANDER, 2017)

Algumas pessoas possuem dificuldades em manusear a máquina do caixa eletrônico e acaba solicitando ajuda de pessoas que estão na agência. Partindo disso, os criminosos se disponibilizam para ajudar a vítima a manusear o aparelho. (SANTANDER, 2017)

Ressalta-se que este golpe ocorre mais aos fins de semana, pois, nos dias úteis há funcionários nos bancos disponíveis para ajudar os clientes que possuem mais dificuldades de manusear a máquina. (SANTANDER, 2017)

Os fraudadores conseguem inserir na máquina do banco uma trava, na medida em que o cliente insere seu cartão de crédito o mesmo fica preso ao caixa eletrônico. Nesse momento, o fraudador oferece seu telefone para que a pessoa entre em contato com a central de atendimento, que na verdade, trata-se de uma central de atendimento “fake”. Em outras palavras, ao ligar na suposta central, o cliente informará a senha do cartão para tentar solucionar o problema ao comparsa do fraudador, o qual orientará o mesmo a ir embora da agência, pois, realizou uma solicitação, e assim que o primeiro funcionário chegar à agência irá realizar o destrave da máquina e devolver o cartão. Logo, os criminosos conseguem acesso ao cartão de crédito e senha do cliente, realizando diversas compras, concretizando o golpe.

5.3 Julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Antes de passar a análise dos julgados, se faz necessário esclarecer que no presente subtópico serão somente examinados julgados do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, com o objetivo de demonstrar as divergências entre os entendimentos de juízes do mesmo Estado a respeito de casos concretos semelhantes, bem como demonstrar a insegurança jurídica causada aos consumidores.

a) Julgados sobre o golpe do motoboy

Como mencionado acima, o golpe do motoboy consiste na ida de um homem de moto a casa da vítima para retirar seu cartão bancário e senha, o qual mais tarde, é utilizado para realizar compras. Sobre referido golpe verificamos os julgados, abaixo:

No processo nº 1020120-77.2018.8.26.0564, narra a demandante que recebeu uma ligação, sendo confirmados seus dados, e em seguida foi questionada sobre uma suposta compra, o que foi prontamente negado. Assim, foi informada que houve clonagem do seu cartão de crédito, sendo orientada a entregar o mesmo, juntamente com a senha para o banco, e que fizesse a entrega através do motoboy. Posteriormente a entrega do cartão, constatou que havia sido vítima de golpe. (SÃO PAULO, 2018)

Sobreveio sentença, julgado improcedente a demanda. O juiz de primeiro grau entendeu que a parte contraria agiu sem zelo adequado, pois, compartilhou seus dados bancários. (SÃO PAULO, 2018)

Fundamentou ainda que o golpe sofrido é conhecido e que a parte assumiu o risco ao entregar seu cartão e fornecer informações particulares a terceiros. Ou seja, não há que se falar em responsabilidade da instituição financeira, pela conduta da requerida, pois, não houve falha na prestação do serviço, tampouco persiste nexos de causalidade. (SÃO PAULO, 2018)

Inconformada com a sentença, a parte demandante interpôs Recurso de Apelação, sendo que o acórdão manteve a sentença de primeira instância (SÃO PAULO, 2018).

ACÇÃO DECLARATÓRIA C.C. INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Transações realizadas com cartão de crédito não reconhecidas pela autora. Pessoa que se identificou como funcionário do banco. Cartão entregue a "motoboy". Sentença de improcedência. Pretensão da apelante de reforma da r. sentença. INADMISSIBILIDADE: Não há que se falar em falha do serviço administrativo do banco a ensejar indenização por danos materiais ou morais. Indenizações indevidas. Autora que entregou a terceiros seus cartões de crédito. Ademais, a compra impugnada se assemelha ao perfil dos gastos da autora. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO. (TJSP - 37ª Câmara de Direito Privado - 1020120-77.2018.8.26.0564- São Bernardo do Campo- Relator: ISRAEL GÓES DOS ANJOS- J 30/01/2019)

O relator Israel Góes dos Anjos fundamentou o desprovimento do Recurso seguindo a mesma linha de raciocínio do Juiz de primeiro grau, que acrescentando o fato da parte contraria não ter verificado a identificação do indivíduo que foi à sua

residência apanhar o cartão, e ainda, o fato de alguém se passar por funcionário do banco, por si só, não implica, necessariamente, reconhecer que a intuição financeira praticou ato ilícito, ainda mais se os fatos não ocorreram nas dependências da agência bancária. (SÃO PAULO, 2018).

Já no processo nº 0008610-79.2018.8.26.0016, foi distribuída ação de indenização por danos morais e materiais contra um banco, alegando a demandante que teria sido vítima de estelionato, através de uma ligação fraudulenta. (SÃO PAULO, 2018a)

Em primeira instância a ação foi julgada procedente, sob o argumento de que o autor foi vítima de estelionatários, e o fato apenas ocorreu por falha na prestação de serviços da casa bancária, bem como menciona a responsabilidade objetiva das intuições financeiras nas fraudes bancárias, sob o respaldo da súmula 479 do STJ: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias” (SÃO PAULO, 2018a).

Se, por um lado, a guarda do cartão é de responsabilidade do correntista, por outro lado, a guarda do numerário depositado é do banco-réu, a quem incumbia a adoção de medidas para proteção de seus clientes. Proteção inclusive dos dados pessoais e sigilosos, os quais eram de total conhecimento dos meliantes, fato que levou o autor a erro, crendo estar conversando com preposto de sua instituição financeira. (SÃO PAULO, Processo nº 1020120-77.2018.8.26.0564- Juíza Carolina Nabarro Munhoz Rossi, São Bernardo do Campo, de 09/08/2018.).

Inconformado com a Sentença proferida, o banco interpôs Recurso Inominado, o qual foi dado provimento, sob o argumento de que a fraude somente ocorreu por culpa exclusiva da vítima, pois, ao fragilizar todos seus dados bancários, não agiu com a mínima diligência exigível do chamado “homem médio”. (SÃO PAULO, 2018a).

O relator do acórdão menciona que para ser caracterizada a responsabilidade objetiva, são indispensáveis a presença da conduta, dano e nexa causal, e que no caso dos autos, o nexa causal foi completamente quebrado com a ação exclusiva de terceiro. (SÃO PAULO, 2018a).

Já nesse outro caso, autos nº 1011074-81.2017.8.26.0020, alega a demandante que recebeu ligação no telefone fixo residencial de uma senhora que se identificou como funcionária do Banco que é correntista, solicitando a confirmação da transação no valor de R\$ 2.750,00, (dois mil setecentos e cinquenta reais). Imediatamente a demandante informou que não reconhecia tal compra e que estava

de posse de cartão crédito. Ao ligar no suposto setor de segurança da casa bancária, após a confirmação dos dados pessoais, o indivíduo informou que o cartão seria cancelado e que era necessário destruí-lo e entregá-lo ao Banco. O suposto funcionário informou que disponibilizaria um motoqueiro para retirar o cartão na residência da demandante. Contudo, no dia seguinte informou ao funcionário do banco o que havia acontecido, foi quando tomou conhecimento que não existe “setor de segurança” e que tinha sido vítima de um golpe (SÃO PAULO, 2017).

Em primeira instância, o Juiz entendeu pela procedência da demanda, sob o fundamento de que as compras realizadas fogem do padrão de consumo da autora, e, ainda, foram aprovadas acima do limite de seu cartão, indicando assim falha de segurança do banco. Entendeu que se trata de relação de consumo, e que somente poderia afastar a responsabilidade do requerido se comprovada as excludentes, o que não foi o caso (SÃO PAULO, 2017).

Por esta razão, e por se tratar de evidente relação de consumo, é que a instituição financeira responde, independente de culpa, pelos danos causados à autora, somente podendo ser excluída essa responsabilidade se demonstrada a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 12 e 14, CDC), o que não ocorreu (SÃO PAULO, Processo nº 1011074-81.2017.8.26.0020- Juiz Sabrina Salvadori Sandy Severino, São Paulo, de 29/09/2017)

Inconformado com a decisão o banco interpôs Recurso ao Tribunal de Justiça, senão vejamos:

RESPONSABILIDADE CIVIL Falha na prestação de serviços relativa a uso de cartão de débito/crédito Vítima de “golpe do motoboy” Cartão entregue a terceiro em razão de ligação recebida Culpa concorrente do consumidor Prejuízo que deve ser compartilhado entre consumidor e prestador de serviços - Inteligência do art. 14 do CDC e do art. 945 do Cód. Civil - Sentença reformada Apelação parcialmente provida. (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação 1011074-81.2017.8.26.0020- RELATOR: José Tarciso Beraldo- 28/02/2019).

O Tribunal de Justiça do estado de São Paulo entendeu pela culpa concorrente, pois, tanto a casa bancária quanto o consumidor colaboram para que o evento danos ocorresse.

b) Julgados sobre falso contato telefônico

Como já exposto, o golpe do falso contato telefônico ocorre quando um terceiro telefona para a vítima, fazendo com que a mesma fragilize todos seus dados pessoais, sobre referido golpe observa-se as decisões abaixo:

Nessa ação, nº 1007736-14.2017.8.26.0016, a demandante recebeu um telefonema de uma pessoa que se passou por funcionário da instituição financeira

para a realização de atualização cadastral em sua conta corrente jurídica. Por solicitação do suposto funcionário, entrou no site e realizou procedimentos de recadastramento. Após, constatou uma transação no valor de R\$ 19.999,99 (dezenove mil novecentos e noventa e nove reais e noventa e nove centavos). (SÃO PAULO, 2017a)

A sentença de mérito julgou improcedente a demanda, pois, entendeu que a fraude sofrida pela parte contrária não caracteriza vício na prestação do serviço, visto que o fato de uma pessoa ligar para um cliente do banco e utilizar de linguajar e procedimento semelhante aos utilizados pelas instituições financeiras, não gera a conclusão de falha no serviço prestado, posto que qualquer pessoa que tenha conta bancária pode ter conhecimento de tal conduta. (SÃO PAULO, 2017a).

Ingressou à autora com ação contra uma instituição financeira, processo nº 1024993-57.2017.8.26.0564, pois, recebeu um telefonema de uma pessoa que se identificou como atendente da instituição, informando que ligou para agendar uma data para a entrega do seu cartão, sendo que confirmou todos os seus dados pessoais e solicitou que digitasse a senha do *internet banking*. Ao desligar, a vítima constatou que o telefone utilizado para efetuar a chamada passou a aparentar que estava fora de rede. Ocorre que, após referida ligação, identificou várias transações desconhecidas feitas em sua conta corrente e cartão de crédito. (SÃO PAULO, 2017b).

O Juiz de primeiro grau entendeu que se trata de relação de consumo, sendo a instituição financeira prestadora de serviço e a autora consumidora hipossuficiente. Inverteu o ônus da prova, entendendo que a casa bancária não provou que a contratação do empréstimo e as transações da conta corrente foram realizadas pela autora. (SÃO PAULO, 2017b).

Adotou a teoria do risco da atividade “Ressalta-se que esse tipo de transferência de valores e a contratação de empréstimos, mediante fraude, são risco próprio da atividade da requerida”. (SÃO PAULO, 2017b).

Mencionou a súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça “as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”. (SÃO PAULO, 2017b).

Determinou a restituição de todas as operações realizadas na conta corrente, bem como o cancelamento o contrato de empréstimo fraudulento. (SÃO PAULO, 2017b).

Entretanto, não entendeu pela condenação em danos morais, pois os fatos narrados são considerados mero dissabor, os quais não geraram ofensa ao direito da personalidade. (SÃO PAULO, 2017b).

Inconformadas com a sentença, ambas as partes recorreram. O acórdão modificou a sentença de mérito, condenando o banco ao pagamento de danos morais, na monta de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), sob o argumento de que a parte autora experimentou diversos transtornos devido à falha na estrutura de segunda e na prestação do serviço bancário, que além de tudo, negativou o nome da parte contraria, gerando enormes angústias e aflições. (SÃO PAULO, 2017b).

c) Julgados sobre golpe do envio de mensagem de texto ou e-mail falso

Como alhures nesse trabalho, o golpe do envio de mensagem de texto ou *e-mail* falso, ocorre quando o fraudador entra em contrato com a vítima através de mensagem de texto ou *e-mail* que direciona para uma página falsa do banco, sendo que através do “link” consegue acesso aos dados pessoais, sobre referido golpe observa-se as decisões abaixo:

Nessa ação, cujo processo recebe o número 1017211-15.2018.8.26.0224, a parte contraria ajuizou demanda contra um banco, visto que ao realizar acesso a sua conta corrente através do aplicativo online, recebeu uma mensagem solicitando atualização do *token* de segurança, sendo que digitou seis posições do mesmo, após isso não conseguiu utilizar seu *token* e constatou um pagamento na sua conta, o qual desconhece. (SÃO PAULO, 2018b).

A sentença de primeira instância condenou a casa bancária a ressarcir a transações impugnadas na exordial, bem como ao pagamento de danos morais em R\$ 3.000,00 (três mil reais), inverteu o ônus da prova, sendo de responsabilidade da casa bancária provar a ausência de falha na prestação de serviços, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, o que não fez. Entende-se que o serviço prestado pelo banco foi defeituoso, visto que não forneceu ao cliente a segurança esperada. (SÃO PAULO, 2018b)

Ao fundamentar o dano moral, mencionou que os fatos narrados atingiram o direito subjetivo da parte demandante, causando transtornos e abalos de confiança,

inúmeros apuros relevantes inerentes ao problema, ultrapassando mero aborrecimento. (SÃO PAULO, 2018b)

Inconformada a casa bancária recorreu da decisão, e os desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, afastou o dano moral, sob o argumento que não vislumbrou no caso narrado fato capaz de causar danos à honra objetiva da parte demandante, pois, o desconto indevido, por si só, não gerou efetivo dano à imagem. (SÃO PAULO, 2018b).

Phishing

Conforme melhor explicado acima, no *Phishing* os criminosos coletam dados do cliente através da internet, sendo que mais tarde, utiliza os mesmos para concretizar a fraude, sobre o tema observa-se os seguintes julgados:

Ajuizou a demandante ação, (autos nº 0001626-96.2018.8.26.0366), alegando que firmou contrato de financiamento de veículo junto ao banco demandado, entretanto, por motivos pessoais, não suportou o ônus do pagamento, tornando-se inadimplente. Certo dia, recebeu por *e-mail* uma proposta para quitar a dívida junto ao banco, sendo lhe enviada no anexo do *e-mail* boleto para pagamento. Ocorre que, após efetuar o pagamento do valor de R\$ 1.661,00 (um mil seiscentos e sessenta e um reais) continuou a receber cobranças. Ao entrar em contato com o banco, para sua surpresa, foi informado que o boleto pago era fraudado e que as parcelas ainda constavam ativas. Pleiteou a declaração de inexigibilidade das parcelas quitadas, inclusive juros multas moratórias, bem como a condenação do banco ao pagamento de danos morais no importe de R\$ 19.080,00 (dezenove mil e oitenta reais). (SÃO PAULO, 2018c)

O Juiz de primeira instância entendeu pela improcedência da demanda, sob o argumento de que o autor não agiu com zelo ao realizar o pagamento do boleto recebido pelo *e-mail*, sem verificar a autenticidade do mesmo, e ainda, sequer entrou em contato com a central de atendimento do banco. Sustenta o Magistrado que a conduta de cobrar as parcelas inadimplentes e enviar o nome da demandante aos órgãos de proteção ao crédito, não configuram ato ilícito, pois, de fato as parcelas não foram pagas a casa bancária. (SÃO PAULO, 2018c)

Já em outra ação (nº 0001613-98.2018.8.26.0010), figurou o polo passivo da demanda instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Alega a parte contrária que recebeu por *e-mail* a fatura do seu cartão de crédito. Efetuou o

pagamento através do aplicativo do banco, com leitura do código de barra. Ocorre que, ao contatar a administradora do cartão, foi orientado que não constava o pagamento supracitado e que o número do código de barras era divergente. Pleiteou a procedência da demanda para declarar inexigíveis os débitos, bem como ao pagamento de danos morais. (SÃO PAULO, 2018d)

A sentença de mérito condenou os demandados a declarar inexigível a fatura cobrada, conseqüentemente à baixa do nome do demandante dos órgãos de proteção ao crédito, bem como ao pagamento de danos morais no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil), sob argumento de que o banco responde de forma solidária a administradora do cartão, por se tratar de relação de consumo, na qual assumiram o risco do negócio. Ao fundamentar o dano moral, menciona que a negativação em nome do autor, por si só já gera dano moral passível de indenização. (SÃO PAULO, 2018d)

Inconformados com a sentença, a casa bancária recorreu da decisão, sendo que o acórdão manteve a sentença de primeiro grau, uma vez que se trata de relação de consumo, sendo a parte contrária hipossuficiente. Ao confirmar o dano moral arbitrado em sentença, menciona que as demandadas agiram de forma ilícita ao negar o nome do demandante. (SÃO PAULO, 2018d)

Fraudes nos caixas eletrônicos

Como já exposto, nas fraudes nos caixas eletrônicos o cliente solicita ajuda de um terceiro para concretizar certa operação no caixa eletrônico, sendo que o fraudador utiliza de meios ardis para acessar a conta do cliente, realizando diversos lançamentos, sobre referido golpe observa-se as decisões abaixo:

No processo nº 0001960-87.2018.8.26.0348, ingressou a parte com demanda contra uma instituição financeira alegando que se dirigiu até uma agência do banco e utilizou um caixa eletrônico, sendo que solicitou ajuda a um terceiro e sem que percebesse realizou a troca do seu cartão por outro. Ocorre que a partir daí houve várias transações realizadas em sua conta corrente, as quais desconhece. (SÃO PAULO, 2018e)

A ação foi julgada improcedente, com base no artigo 14, § 3º, II do Código de Defesa do Consumidor, visto que o autor não agiu com a cautela adequada ao ser abordado por um terceiro. (SÃO PAULO, 2018e)

Ora, seria muito fácil ao julgador estabelecer a responsabilidade do réu, diante de tantas e tantas teorias e fórmulas consagradas de

responsabilização civil. Basta à parte dizer “fui enganada logo após utilização do serviço bancário” e “o réu responde de maneira objetiva” para que o juiz disserte sobre o Código de Defesa do Consumidor e fixe um dano moral. (SÃO PAULO. Processo nº 0001960-87.2018.8.26.0348- Juiz Marcos Alexandre Santos Ambrogi. Mauá, 12/04/2018).

O serviço bancário de forma eletrônica vem crescendo cada vez mais, sendo que os caixas eletrônicos estão espalhados por todas as cidades. Os bancos vêm divulgando as fraudes realizadas, especialmente no que tange a manuseio de dados pessoais para aperfeiçoamento de transações eletrônicas, bem como é de conhecimento de qualquer cidadão médio tais informações. (SÃO PAULO, 2018e).

Ingressou o autor com ação contra uma instituição financeira, autos nº 1005599-70.2018.8.26.0001, visto que em 09/07/2017, realizou pagamentos junto a um caixa eletrônico do réu, no valor total de R\$ 1.736,17 (um mil setecentos e trinta e seis reais e dezessete centavos), contudo, contou com a ajuda de um terceiro para tanto. Ocorre que, por não ter o caixa emitido os respectivos comprovantes de pagamento, dirigiu-se ao caixa ao lado, quando constatou um saque no importe de R\$2.000,00 (dois mil reais) em sua conta bancária, o qual não reconhece. (SÃO PAULO, 2018f).

O Juiz de primeira instância julgou parcialmente procedente a demanda, condenando a financeira a restituir o valor descontado da conta corrente devidamente atualizado e corrigido, com o fundamento de que se trata de nítida relação de consumo, e ainda, a casa bancária assumiu o risco da atividade econômica. Devido à relação de consumo, inverteu o ônus da prova. (SÃO PAULO, 2018f).

Argumentou que houve falha na prestação do serviço prestado através do caixa eletrônico, a quem incumbia zelar pela segurança das operações realizadas. Mencionou a Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça, que atribui responsabilidade objetiva dos bancos por fortuito interno referente às fraudes praticadas por terceiros (SÃO PAULO, 2018f).

Contudo, não entendeu pela condenação em danos morais, sob argumento de que se tratou de mero dissabor, e ainda, o fato não atingiu a honra objetiva da parte. (SÃO PAULO, 2018f).

Inconformado com a sentença de mérito, a parte autora interpôs Recurso, uma vez que entendeu ter sofridos danos extrapatrimoniais, devendo a casa bancária ser condenada ao pagamento de danos morais. (SÃO PAULO, 2018f).

O Tribunal de Justiça argumentou que não há nos autos provas de que o saque realizado causou transtornos acima do comum à parte, não sendo lesado nenhum direito. Assim, negaram provimento ao Recurso. (SÃO PAULO, 2018f).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil dos bancos frente às fraudes ocorridas foi tema discorrido no presente trabalho, por meio do estudo da responsabilidade Civil, foi possível identificar quem será responsabilizado pelo dano causado no caso concreto, mediante estudo dos elementos constitutivos da responsabilidade, das espécies e das excludentes de ilicitude, as quais, nas lides, são teses de defesa dos acusados.

Foram apresentadas no curso do trabalho todas as espécies de responsabilidade civil, sendo de extrema relevância a responsabilidade objetiva, pois, conforme exposto, o Código de Defesa do Consumidor adotou tal espécie, a qual não há a necessidade de provar a culpa daquele que causou o ilícito, mas somente o ato, o nexo de causalidade e o dano.

Ficou constado que a lei consumerista será aplicada nas relações bancárias, visto que as instituições financeiras são consideradas prestadoras de serviços, conforme artigo 2º da referida lei. Verificou-se que após muita divergência entre os operadores do direito, quanto a aplicabilidade do CDC as relações bancárias, o Supremo Tribunal Federal, através da ação direta de inconstitucionalidade nº 2591, determinou que as instituições financeiras são consideradas prestadoras de serviços, logo, respondem à luz da lei consumerista.

Dado o exposto, além de responder de maneira objetiva, todas as proteções que a lei consumerista detém, serão estendidas as relações bancárias, como a inversão do ônus da prova, quando constada a verossimilhança nas alegações e a hipossuficiência do consumidor.

Conforme demonstrado, toda ação ilícita e desonesta é considerada fraude. Identifica-se em alhures que internamente, nos bancos, tal tema ganha cada vez mais relevância. As instituições financeiras buscam informar seus clientes quanto às modalidades de fraudes, evitando que os golpistas obtenham êxito e concretizem o estelionato.

Os esforços das casas bancárias estão repercutindo nos Tribunais, há Juízes que entenderam pela aplicabilidade da culpa exclusiva do consumidor, de terceiros ou até mesmo da culpa concorrente, dividindo a responsabilidade entre banco e consumidor, devido à falta de zelo e a fragilização dos dados.

Levando em considerações os aspectos narrados no decorrer da monografia, foi analisado o entendimento do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo nos julgamentos envolvendo fraude bancária, sendo evidente a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor pelos Magistrados em todos os casos analisados. Assim, fora aplicada a responsabilidade objetiva, conforme determinado no diploma legal. E ainda, em quase todos os casos analisados houve a inversão do ônus da prova, visto a verossimilhanças das alegações e a hipossuficiência dos consumidores.

Em muitos casos o juiz condenou os bancos ao ressarcimento do valor, com base na responsabilidade objetiva, mas poucos foram os casos em que o Juiz entendeu pela condenação em danos morais.

Com o avanço tecnológico, os bancos patrocinam cada vez mais divulgações das fraudes existentes, sendo de conhecimento de qualquer cidadão médio os cuidados necessários para preservarem seus dados bancários.

Em virtude dos fatos mencionados e através das análises das jurisprudências, o Tribunal de Justiça de São Paulo vem julgando os casos envolvendo fraudes bancárias, analisando o conhecimento do cidadão, os cuidados que o mesmo tomou no momento da fraude, o nível das divulgações dos bancos no tocante as fraudes sofridas, dentro outras. Entretanto, foi averiguado que, Juízes do mesmo estado entendem de maneira divergente em casos semelhantes, fato que pode causar insegurança jurídica.

E por fim, ficou constando que, se por um lado, o judiciário aplica o Código de Defesa do Consumidor nas fraudes bancárias. Por outro, não basta somente à existência da fraude, para que a instituição financeira indenize com base na responsabilidade objetiva. É analisada a conduta do consumidor é o grau de conhecimento a respeito da fraude sofrida. Logo, a fragilização dos dados não é ignorada no julgamento, pelo contrário, mesmo aplicando o CDC, os Magistrados, em muitos casos, entendem pelas excludentes de ilicitude, afastando o ressarcimento dos valores.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei n 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, institui o Código Civil, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm, acesso em 08, março de 2020.

BRASIL, Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940, institui o Código Penal, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em 06, de agosto de 2020.

BRASIL, Decreto Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990, institui o Código de Defesa do Consumidor, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm, acesso em 14, de setembro, de 2020.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 16, de setembro, de 2020.

BRASIL, LEI Nº 13.105, de 16 de Março de 2015, institui o Código de Processo Civil, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm, acesso em 23, setembro de 2020.

BRASIL, LEI Nº 13.709, de 14 de Agosto de 2018, que institui Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm, acesso em 30, outubro de 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Súmula 479, de 01 de Agosto de 2012, disponível em: [http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2409/Sumulas e enunciados](http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2409/Sumulas_e_enunciados), acesso em 24, julho, 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Súmula 297, de 09 de setembro de 2004, disponível em: <https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stj&num=297>, acesso em 15, set,2020.

BOLZAN, Fabrício, **Direito do consumidor esquematizado**, 2ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BORTOLINI, Denise Bartel. vulnerabilidade do consumidor X consumidor hipossuficiente, para fins de aplicação do instituto da inversão do ônus da prova,

Jaraguá do Sul - SC, 1 de novembro de 2011. Disponível em: <<https://phmp.com.br/artigos/vulnerabilidade-do-consumidor-x-consumidor-hipossuficiente-para-fins-de-aplicacao-do-instituto-da-inversao-do-onus-da-prova/>>.

Acesso em: 22 de setembro de 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio, **Programa de responsabilidade civil, 10ed.** São Paulo: Atlas, 2012.

CHAMONE, Marcelo Azevedo. O dano na responsabilidade civil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1805, 10 jun.2008. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/11365/o-dano-na-responsabilidade-civil>>. Acesso em: 7 maio 2020.

COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de Direito Civil, Volume 2: Obrigações/ Responsabilidade Civil. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil, v. 3: Responsabilidade civil**, São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume 4: Responsabilidade Civil.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume 4: Responsabilidade Civil.** 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume 3: Contratos e atos unilaterais.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.a

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil – 14. Ed.** - São Paulo: Saraiva, 2012.b

KÖHLER, Etiane Barbi. **Direito bancário.** 1 ed. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2012.

LEMOS, Arthur Dantas. Entenda melhor o sistema bancário brasileiro. **Empreender dinheiro, 2019.** Disponível em: <<https://empreenderdinheiro.com.br/blog/sistema-bancario/>> Acesso em 05 julho 2020.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo – 3. Ed** – São Paulo: Saraiva, 2012

MICHAELIS, Dicionário Brasileiro de Língua Portuguesa. Editora Melhoramentos Ltda., 2020 Disponível em: < <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/fraude>> Acesso em 06 de agosto de 2020.

MONOGRAFIA: A Moeda Eletrônica – Cartões de Débito e Crédito (parte 1).

Estabilidade financeira, 2010. Disponível em: <
<https://estabilidadefinanceira.wordpress.com/2010/02/24/monografia-a-moeda-eletronica-%E2%80%93-cartoes-de-debito-e-credito-parte-1/>>. Acesso em: 07 julho 2020.

MORAES. Rosélia Pereira de. **Cartão de crédito e alguns aspectos polêmicos**. Gravataí, 2004. p.16. Monografia de Conclusão de Curso de Direito apresentada a Universidade Luterana do Brasil do Rio Grande do Sul, 2004.

NADER, Paulo; **Novo curso de direito civil, v.7: Responsabilidade civil**, Rio de Janeiro: Forense, 2016

NUNES, Luiz Antônio Rizzato, **Comentários ao Código de Defesa do Consumido**, 6ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato, **Curso de direito do consumidor**, 7ed. São Paulo: Saraiva 2012.

PAES , André Berto. Crime de Estelionato – Artigo 171 do Código Penal Brasileiro. **Âmbito jurídico**. 17/07/2019. Disponível em: <
<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/crime-de-estelionato-artigo-171-do-codigo-penal-brasileiro/>>. Acesso em: 7 maio 2020

PETERSON, Marcelo Vilela; **Aplicabilidade e eficiência do código de defesa do consumidor nas relações bancárias**, Santos, 2012.

PINHEIRO, Patricia Peck; **Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)** – 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

SANTANDER, 2017. Pulicado pelo canal Banco Santander (O golpe do falso motoboy). Disponível em:
 <<https://www.youtube.com/watch?v=kKMHNHdDED0&app=desktop>>. Acesso em 05 julho 2020

SANTANDER, 2017. Pulicado pelo canal Banco Santander. (Segurança nos Caixas Eletrônicos). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=wNvNvAfGDk&app=desktop>>. Acesso em 05 julho 2020

SANTANDER,2017. Pulicado pelo canal Banco Santander (Envio de e-mail e SMS falsos). Disponível em:

<<https://www.youtube.com/watch?v=TDEywB7UPQ0&app=desktop>>. Acesso em 05 julho 2020.

SANTANDER, 2017. Pulicado pelo canal Banco Santander (falso contato telefônico) Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=kq-ioChl2Xw&app=desktop>>. Acesso em 05 julho 2020.

SANTANDER, 2017. Pulicado pelo canal Banco Santander (Phishing). Disponível em:

<<https://www.youtube.com/watch?feature=youtu.be&v=x2HFwtwmKkA&app=desktop>>
> Acesso em 05 julho 2020

SENHAS. **Febraban**, 2019. Disponível em: <<https://portal.febraban.org.br/paginas/75/pt-br/>>. Acesso em: 07 julho 2020.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Processo nº 1020120-77.2018.8.26.0564- São Bernardo do Campo, de 09/08/2018.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Processo nº 0008610-79.2018.8.26.0016- São Paulo, de 11/05/2018a.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Processo nº 1011074-81.2017.8.26.0020- São Paulo, de 29/09/2017.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Processo nº 1007736-14.2017.8.26.0016- São Paulo, de 26/06/2017a.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Processo nº 1024993-57.2017.8.26.0564- São Bernardo do Campo, de 27/09/2017b.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Processo nº 1017211-15.2018.8.26.0224- Guarulhos, de 16/05/2018b.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Processo nº 0001626-96.2018.8.26.0366- Mongaguá, de 24/04/2018c.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Processo nº 0001613-98.2018.8.26.0010- São Paulo, de 26/03/2018d.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Processo nº 0001960-87.2018.8.26.0348- Mauá, de 16/02/2018e.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Processo nº 1005599-70.2018.8.26.0001- São Paulo, de 05/03/2018f.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil; v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio; NEVES Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual** - 7. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**; 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

WALD, Arnoldo; GIANCOLI Brunno Pandori. **Direito civil: responsabilidade civil** vol. 7. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.