

AS FRAUDES BANCÁRIAS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

*Cláudia Fernanda de Aguiar Pereira**

*Roberta da Silva***

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 as excludentes de ilicitude, pois, há o dever de guarda por parte do correntista. Desta forma, será analisado 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.

*Advogada e procuradora jurídica da Fazenda pública Municipal de Bauru.

Professora de Direito Civil das faculdades integradas de Bauru. Graduada em Direito, especialista em Direito Civil e em direito municipal. Mestre em Direito Constitucional.

**Bacharelado do curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru (FIB)

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 Consumidor.

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).

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 à 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.

Os elementos constitutivos da responsabilidade civil são: Conduta humana; Dano ou prejuízo; nexo de causalidade e culpa.

A responsabilidade civil é dividida em espécies, sendo elas: Responsabilidade Civil e Penal; Responsabilidade subjetiva e objetiva e Responsabilidade contratual e extracontratual.

E por fim, 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.

3 A RESPONSABILIDADE DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NAS FRAUDES BANCÁRIAS

3.1 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” (KOHLENER 2012, p. 18).

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. 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.

3.2 A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA COMO PRESTADORA DE SERVIÇO

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).

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)

Entretanto, 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.

3.3 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 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 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)

Assim, a nova lei atinge diretamente as instituições financeiras, que deverão seguir á 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 DAS FRAUDES BANCÁRIAS

4.1 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)

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.

4.2 MODALIDADES

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.

a) *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)

b) 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.

4.3 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

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 nexo de causalidade. (SÃO PAULO, 2018)

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

AÇÃO 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 contrária 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).

b Julgados sobre falso contato telefônico:

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, 2017)

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, 2017).

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

Nessa ação, cujo processo recebe o número 1017211-15.2018.8.26.0224, a parte contrária 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).

d) Phishing

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 inexistência 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)

e) Fraudes nos caixas eletrônicos

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, 2018d)

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, 2018d)

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, 2018d).

5 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.

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 á 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.

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, 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.

Em virtude dos fatos mencionados e através das análises das jurisprudências, o Tribunal de Justiça de São Paulo vem julgado 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 e 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, 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 01, de fevereiro de 2021.

CAVALIERI FILHO, Sérgio, *Programa de responsabilidade civil. 10ed.* São Paulo: Atlas, 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 3: Contratos e atos unilaterais.* 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

LEMONS, 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.

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

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 02 fevereiro 2021.

SANTANDER, 2017. Pulicado pelo canal Banco Santander. (Segurança nos Caixas Eletrônicos). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=-wNvNvAfGDk&app=desktop>>. Acesso em 02 fevereiro 2021

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 02 fevereiro 2021.

SANTANDER, 2017. Pulicado pelo canal Banco Santander (falso contato telefônico) Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=kq-ioChl2Xw&app=desktop>>. Acesso em 02 fevereiro 2021.

SANTANDER, 2017. Pulicado pelo canal Banco Santander (Phishing). Disponível em:<<https://www.youtube.com/watch?feature=youtu.be&v=x2HFwtwmKkA&app=desktop>> Acesso em 02 fevereiro 2021.

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 1007736-14.2017.8.26.0016- São Paulo, de 26/06/2017a

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 0001960-87.2018.8.26.0348- Mauá, de 16/02/2018d.