



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO
CIENTÍFICO

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS POR
FRAUDES E DELITOS COMETIDOS POR TERCEIROS

Ananda Maria Santos Menezes
Prof. Msc. Carlos Costa

Propriá
2020

ANANDA MARIA SANTOS MENEZES

**RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS POR FRAUDES
E DELITOS COMETIDOS POR TERCEIROS**

Trabalho de Conclusão de Curso –
Artigo Científico – apresentado ao
Curso de Direito da Universidade
Tiradentes – UNIT, como requisito
parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Aprovado em ____/____/____.

Banca Examinadora

Prof. Msc. Carlos Costa
Universidade Tiradentes

Prof.^a Msc. Fernanda Oliveira Santos
Universidade Tiradentes

Prof.^a Esp. Heidy Taiane Rocha Santos
Universidade Tiradentes

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS POR FRAUDES E DELITOS COMETIDOS POR TERCEIROS

CIVIL RESPONSIBILITY OF FINANCIAL INSTITUTIONS FOR FRAUD AND OFFENSES COMMITTED BY THIRD PARTIES

Ananda Maria Santos Menezes¹

RESUMO

O presente artigo foi desenvolvido com o escopo de realizar uma análise acerca da Responsabilidade Civil que as instituições financeiras possuem quando terceiros cometem fraudes ou delitos, causando danos ao consumidor. Essa investigação baseia-se no estudo do instituto da Responsabilidade Civil, bem como o Direito do Consumidor. Para tal abordagem, utilizou-se do método de pesquisa dedutivo, e de natureza, a qualitativa, com a aplicação de técnicas de pesquisa bibliográficas, através do uso de doutrinas, legislação e jurisprudência. Por meio desse estudo, pode-se estudar o instituto da Responsabilidade Civil, conhecendo sua história e conceituação, bem como do Direito do Consumidor, no qual tem como objetivo a proteção do consumidor hipossuficiente. Por fim, os dois institutos são relacionados, de modo que é possível compreender que as instituições financeiras se enquadram no conceito de fornecedor, respondendo objetivamente pelos danos causados aos consumidores.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Direito do Consumidor. Instituições Financeiras. Fraudes. Delitos.

ABSTRACT

This article was developed with the scope of carrying out an analysis about the Civil Liability that financial institutions have when third parties commit fraud or crimes, causing damage to the consumer. This investigation is based on a study by the Civil Liability Institute, as well as Consumer Law. For this approach, we used the deductive

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: ananda.santos.menezes@gmail.com.

and qualitative research method, with the application of bibliographic research techniques, through the use of doctrines, legislation and jurisprudence. Through this study, it is possible to study the Civil Liability Institute, knowing its history and conceptualization, as well as Consumer Law, in which the objective is to protect the underfunded consumer. Finally, the two institutes are related, so that it is possible to understand that financial institutions fall under the concept of supplier, responding objectively for the damages caused to consumers.

KEYWORDS: Civil Liability. Consumer Law. Financial Institution. Frauds. Offenses.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, principalmente com o aumento do desenvolvimento tecnológico, vem ocorrendo diversos tipos de fraudes de terceiros nas relações entre instituições bancárias e clientes e, até mesmo, contra pessoas que jamais tiveram uma relação com o banco fornecedor.

A transgressão a um dever jurídico preexistente na lei ou no contrato se enquadra como um ato ilícito que ao gerar um dano a outrem acarreta o nascimento de um dever secundário, qual seja o dever de repará-lo através de indenização, conforme preconiza o *caput* do artigo 927 do Código Civil.

A legislação civil prevê, ainda, situações em que, independentemente de culpa, haverá a obrigação de reparação, tomando por base a teoria do risco e, de outra banda, a necessidade da comprovação da conduta culposa do agente.

A objetivação da responsabilidade civil é o que acontece nos casos em que as instituições bancárias são obrigadas a reparar os danos por fraudes e delitos cometidos por terceiros, já que o Código de Defesa do Consumidor especifica que todo fornecedor de serviços, neste incluem-se bancários e financeiros, responde objetivamente, ou seja, independentemente de culpa, pelos danos causados aos consumidores, conforme seu artigo 14.

Além disso, a Súmula 479 do STJ reitera e determina que as instituições financeiras respondam objetivamente pelos danos advindos de fraudes e delitos praticados por terceiros em operações bancárias. Toma-se, ainda, a Súmula 297 do mesmo tribunal, a qual dispõe claramente que o Código de Defesa do Consumidor aplica-se às instituições financeiras, reafirmando a previsão já exposta anteriormente.

A análise do dever de indenizar, bem com as possíveis causas de excepcionar uma devida reparação à vítima, é própria do instituto da Responsabilidade Civil. A aplicação de tal instituto no âmbito das fraudes bancárias cometidas por terceiros vem garantir uma proteção ao consumidor que em momento algum realizou qualquer operação com a instituição financeira.

Nesse cenário, questiona-se: As instituições financeiras são realmente responsáveis por atos ilícitos que não foram cometidos pelo próprio banco e sim por terceiros através de fraudes? É possível afastar tal responsabilização?

Assim, nessa sequência, o presente artigo científico tem como primordial objetivo investigar a responsabilização civil dos bancos por fraudes e delitos cometidos por terceiros e, especificadamente, identificar os requisitos do dever de indenizar, analisar a aplicabilidade da teoria do risco na objetivação do dever de indenizar e o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em relação ao tema.

No primeiro capítulo serão abordadas algumas noções da responsabilidade civil, retratando um breve histórico, seu conceito (STOLZE E PAMPLONA, 2020), seus requisitos e pressupostos (TARTUCE, 2020; GONÇALVEZ, 2020), conhecendo o ato ilícito e o dever de indenizar (STOLZE E PAMPLONA, 2020).

Já no segundo capítulo serão expostas as vertentes da responsabilidade civil, retratando a diferenciação dos institutos da responsabilidade subjetiva e objetiva, observando seus conceitos e suas características. Tratando, ainda, das teorias do risco, existentes dentro da responsabilização objetiva.

No mesmo capítulo também serão vislumbrados os riscos das atividades financeiras, verificando sua relação com a teoria do risco profissional e do risco proveito (TARTUCE, 2020). Percebendo-se que o Código de Defesa do Consumidor também retrata a responsabilização civil objetiva.

Por isso, no capítulo seguinte, fora relacionada a responsabilização das instituições financeiras tanto com o Código Civil, como com o Código de Defesa do Consumidor (GONÇALVEZ, 2020), estudando alguns conceitos cruciais para o entendimento do assunto e demonstrando que os bancos respondem como fornecedores de serviços, porém existindo possíveis excludentes de responsabilidade, bem como atenuantes, nas quais podem ser aplicadas em determinadas situações.

Para tanto, como método de pesquisa, adotar-se-á o dedutivo, e de natureza, a qualitativa, com a aplicação de técnicas de pesquisa bibliográficas, através do uso de doutrinas, legislação e jurisprudência.

2 NOÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Gonçalves (2020) traz em sua obra toda a história da Responsabilidade Civil, demonstrando que no direito antigo, quando ainda não existiam legislações que tratassem da responsabilização civil, acontecia o chamado “olho por olho, dente por dente”, referindo-se a lei do talião. As pessoas que sofriam prejuízos acarretados por terceiros respondiam através de vinganças pessoais, vinganças diretas, até mesmo brutais, tal vingança era tida como uma forma de punir o culpado pelo dano que este causou.

No direito romano, já com o passar dos anos, o legislador buscou alterar essa forma de responsabilização as quais as pessoas penalizavam umas às outras, proibindo a justiça com as próprias mãos. Fazendo com que, obrigatoriamente, o culpado pelo dano reparasse através do meio econômico. Sendo assim, sai das mãos do particular o dever de exigir, punir ou obrigar uma possível responsabilização civil e passa para o Estado o dever de garantir que aquele que causa dano a outrem seja responsabilizado, nascendo a ação de indenização.

Na justiça francesa, a culpa tornou-se algo essencial e principiológica para caracterização do direito da vítima, sendo desenvolvida, ainda, a ideia da culpa contratual, nesta existe uma relação obrigacional previamente existente, na qual é culpado o sujeito da relação que se torna inadimplente, diferenciando-se da culpa extracontratual, na qual leva em consideração a culpa no sentido amplo, sem relação preexistente entre os sujeitos.

No direito francês, ainda, a composição obrigatória dos danos passa a ser abandonada, existindo apenas quando comprovada a culpa. A partir da ideia da culpa é que a responsabilidade civil vai sendo propagada e positivada em outros países.

O Brasil, na época do império, já havia previsão da reparação, indenização, juros, solidariedade etc., é o que demonstra Carlos Roberto Gonçalves (2020) em sua obra. Dispondo, ainda, sobre o fato de a reparação civil ser condicionada a condenação criminal, situação que só foi alterada posteriormente, quando separada a

esfera civil da criminal. O Brasil, no Código Civil de 1916, adotou a ideia de culpa trazida pela França, ou seja, para caracterizar a responsabilização é preciso comprovar a culpa do indivíduo causador do dano, esta chamada de teoria subjetiva.

Entretanto, a responsabilidade civil ao longo do tempo está caminhando da obrigatoriedade da culpa para sua objetividade, da não necessidade em comprovar culpa diante de certas situações, é a chamada responsabilidade civil objetiva, baseando-se na teoria do risco, ambas serão estudadas ao longo do presente artigo.

“A responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas” (STOLZE E PAMPLONA, 2020, p. 39).

Sendo a responsabilidade civil uma obrigação de reparar um dano causado a um terceiro, aquela tem como pressuposto o ato ilícito, elemento no qual revela o direito à indenização, Carlos Roberto Gonçalves (2020) diz que apesar da obrigação de indenizar assentar-se na prática de um fato ilícito ser o mais comum, a obrigação pode decorrer do exercício de uma atividade perigosa, neste caso o responsável responde não por ter cometido propriamente um ato ilícito, mas devido ao proveito que retira da sua atividade, devendo suportar o risco dela decorrente.

O mesmo autor prossegue demonstrando que a obrigação poderá surgir, ainda, de fatos permitidos por lei e não abrangidos pelo chamado risco social, cita como exemplo a situação de estado de necessidade que apesar de lícito, conforme art. 188, II, do Código Civil, obrigam o seu autor a indenizar o dono da coisa, disposto no art. 929 do mesmo diploma: “Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram”.

O dano decorrente de ato ilícito, o qual vem conceituado no artigo 186 do Código Civil, no qual dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Tartuce (2020) demonstra que dentro desse conceito existem dois requisitos que o configuram, quais sejam: lesão de direito e dano reparável.

Enquadra-se como ato ilícito a violação a um dever jurídico preexistente na lei ou no contrato, que ao gerar um dano a outrem acarreta o nascimento de uma

responsabilidade, qual seja o dever de repará-lo através de indenização, conforme preconiza o *caput* do art. 927 do Código Civil. Carlos Roberto Gonçalves (2020) discorre em sua obra que todo dano deve ser indenizado, pois reparar os danos causados a outrem tornou-se uma questão prioritária de justiça, paz, ordem e segurança.

A Constituição da República traz em seu texto, mais precisamente em seu art. 5º, incisos V e X, o dever de reparação, onde o inciso V dispõe que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” e o X traz que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Stolze e Pamplona (2020) trazem que a reparação civil possui três funções: compensatória do dano à vítima; punitiva do ofensor; e desmotivação social da conduta lesiva. Na primeira busca-se retornar as coisas ao status quo. Impondo-se um pagamento, a título indenizatório, equivalente ao valor do prejuízo ou compensatório quando o direito lesado não possa ser redutível pecuniariamente.

Em relação à punição do ofensor é definido como uma consequência punitiva por ter causado um prejuízo a um terceiro, buscando impedir que venha a praticar novamente. Devido a punição imposta ao indivíduo, a sociedade toma conhecimento que aquela prática tem consequências e que, caso pratiquem, não ficarão ilesos de responsabilidade.

O artigo 944 do Código Civil preconiza: “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Enquanto o dano material é medido de maneira mais precisa, visto que é caracterizado pelo efetivo prejuízo sofrido, podendo estabelecer com facilidade o valor que deverá ser ressarcido, o dano moral deve é o que atinge a vítima em algum direito da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade etc.

O valor indenizatório será medido de acordo com a gravidade do dano, conforme o art. 496, do Código Civil, indenizando somente aqueles danos de maior prejuízo e que demandam uma atenção judiciária, já que meros dissabores e aborrecimentos não atraem o direito a dano moral, porém o julgador deverá utilizar-se da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade. Sendo possível a cumulação dos pedidos de dano moral e material decorrentes do mesmo fato danoso, é o que foi determinado pelo Supremo Tribunal de Justiça na súmula 37.

3 OS RISCOS DA ATIVIDADE BANCÁRIA

A responsabilidade civil é tratada através da teoria subjetiva e da teoria objetiva, ambas tratam acerca da responsabilização, porém em vertentes diferentes, já que na primeira é crucial o elemento culpa, o que na segunda é prescindível, diferenças a serem notadas a seguir.

Na teoria subjetiva, segundo Tartuce (2020), a maioria doutrinária entende quatro pressupostos a definem, sejam eles: a conduta, a culpa, o nexos causal e o dano. A conduta humana e a culpa são diretamente ligadas, visto que, é através da conduta culposa que é gerada uma ilicitude. Sendo assim, a conduta é definida como um ato comissivo ou omissivo, de modo voluntário do agente e a culpa, em seu sentido amplo incluindo-se o dolo, é a ação ou omissão dolosa, negligente, imprudente ou imperita.

O nexos de causalidade, um pressuposto que não possui uma simples visualização, visto que sua existência é imaterial, é a relação entre a causa e o efeito entre a conduta humana e o resultado danoso. Desta forma, é necessário demonstrar que o resultado só ocorreu devido a conduta praticada, pois se não houver tal relação, não há que se falar em obrigação de indenizar.

Em relação ao dano, este nada mais é que o prejuízo resultante da conduta ilícita. Tartuce (2020) trata do dano seguindo duas vertentes, quais sejam: danos clássicos e danos novos, no primeiro estão inclusos o dano material e o dano moral, já no segundo refere-se ao dano estético, ao dano moral coletivo, ao dano social ou difuso e ao dano por perda de uma chance.

Já na teoria objetiva, os pressupostos mudam, visto que prescinde a prova da culpa. O parágrafo único do art. 927 do Código Civil traz expressamente a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, desde que nos casos especificados em lei, ou quando a atividade exercida pelo autor, por sua natureza, ofereça risco ao direito de outrem.

“O fundamento da responsabilidade civil deixou de ser buscado somente na culpa, podendo ser encontrado também no próprio fato da coisa e no exercício de atividades perigosas, que multiplicam o risco de danos” (GONÇALVES, 2020, p 30).

Desta forma, nota-se que a própria lei traz duas situações em que a responsabilidade será objetiva, sendo tanto em casos especificados em lei, como quando a atividade crie riscos ao direito de terceiros. É possível demonstrar alguns exemplos de responsabilização objetiva que estão presentes em várias legislações do Brasil, como, no Código Civil, em seu artigo 932, que dispõe de um rol de pessoas responsáveis por atos de terceiros. Um outro exemplo é o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor que dispõe:

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)

Já em relação às atividades que oferecem riscos, estas têm, na sua essência, um risco inerente e decorrente da sua própria natureza, estando embasado na teoria do risco a qual divide-se, principalmente, em: teoria do risco administrativo, teoria do risco criado, teoria do risco da atividade ou risco profissional, teoria do risco-proveito e a teoria do risco integral.

A teoria do risco administrativo está ligada à responsabilização do Estado, consagrada no art. 37, §6º da CRFB/88. Já na teoria do risco criado é o próprio indivíduo que cria o risco, Tartuce (2020) cita como exemplo o art. 938 do Código Civil, o qual refere-se ao morador de condomínio que responde, independentemente de culpa, se do prédio caírem ou forem lançados objetos que causem dano a outrem.

Referente ao risco da atividade ou profissional, esta decorre de atividade que cria riscos a terceiros, assim, o fornecedor deve suportar eventual responsabilização caso algum dano acometa outrem. A teoria do risco proveito, a qual muito se parece com a teoria anterior, é adotada quando a atividade é lucrativa, ou seja, a atividade que possua um risco considerável, mas que faz fornecedor obter lucro, tire proveito daquele serviço.

Já na teoria do risco integral, considera-se que nesta não há hipóteses de excludentes, porém não é o entendido doutrinariamente e jurisprudencialmente, no qual dizem que o risco integral não prospera, já que em diversas situações acaba sendo admitida alguma excludente de responsabilidade.

O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 14, já mencionado aqui anteriormente, adota a teoria do risco-proveito ou risco do empreendimento, admitida

quando o risco advém de uma atividade ou serviço lucrativo que se relaciona com a responsabilidade objetiva que decorre do código supracitado. Neste caso, a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito ou de força maior, se provados, podem excluir a responsabilidade da instituição, situações estas que serão verificadas mais à frente.

4 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS BANCOS POR FRAUDES E DELITOS COMETIDOS POR TERCEIROS

4.1 Responsabilidade Objetiva da Instituição Financeira e sua relação com o Código de Defesa do Consumidor

Consoante Gonçalves (2020), a instituição financeira tem fins altamente lucrativos e possui, sem dúvidas, um risco altíssimo na sua atividade, por isso, seu serviço deve ser cercado de bastante cuidado e diligência, visto que atrai o olhar de pessoas que veem a oportunidade de realizar fraudes. Delitos e fraudes relacionados às instituições financeiras são frequentes e, devido a responsabilidade objetiva, estas respondem mesmo sem culpa.

Nos últimos anos, principalmente com o aumento do desenvolvimento tecnológico, através de hackers e das chamadas “engenharias sociais”, por exemplo, vem ocorrendo diversos tipos de fraudes de terceiros nas relações entre instituições bancárias e clientes e, até mesmo, contra pessoas que jamais tiveram uma relação com o banco fornecedor, é o que expõe a Febraban (2019) em uma matéria divulgada no seu portal.

É possível retratar algumas situações fraudulentas que acometem o consumidor na relação de consumo deste com bancos ou financeiras, por exemplo: empréstimos nos quais o cliente não havia solicitado e nem realizado; compras pela internet feitas pelo fraudador através do cartão de crédito da vítima através de ação fraudulenta etc.

Conforme exposto anteriormente, quando a atividade exercida pelo autor, oferecer risco ao direito de outrem, aquele responderá independentemente de culpa, ou seja, responderá com base na teoria objetiva da responsabilidade civil. Direito

garantido à vítima tanto pelo Código Civil, como pelo Código de Defesa do Consumidor.

Consoante Humberto Theodoro Júnior (2017), o Código de Defesa do Consumidor é uma intervenção estatal, já que, por existir um desequilíbrio entre fornecedor e consumidor, o próprio mercado não consegue superar essa desigualdade, por isso, a criação legislativa busca incluir todos os possíveis malgrados provenientes do mercado, almejando uma proteção integral para o consumidor.

Demonstrando que o CDC busca justamente igualar essa relação, bem como dar proteção ao consumidor, pois enquanto o fornecedor tem mais poder em mãos, o consumidor torna-se hipossuficiente, incapaz de sozinho cuidar e defender seu direito de maneira igualitária. Assim, é importante definir e estudar alguns conceitos cruciais para o completo entendimento do assunto, começando pelo art. 2º, do CDC, no qual é trazido o conceito de consumidor, *in verbis*:

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)

Nota-se que consumidor não é necessariamente quem consome, mas quem adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Entretanto, equipara-se a consumidor toda pessoa que, apesar de não ter utilizado o serviço diretamente, teve alguma relação com de caráter de consumo, é o que prevê o artigo 17 do CDC, o qual trata da figura do consumidor por equiparação, dispondo que “equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

O art. 3º do mesmo código traz, ainda, o significado de fornecedor, produto e serviço. No que tange o conceito de fornecedor, este pode ser pessoa física ou jurídica que desenvolva uma atividade, e entende-se por atividade aquela que é exercida habitualmente e não isoladamente, por exemplo, não é fornecedor quem faz um contrato de compra e venda, mas o será quem exerce a compra e venda com habitualidade. Sendo, também, considerado fornecedor o prestador de serviços.

É importante verificar também o disposto no §2º do mesmo artigo, que traz o conceito de serviço ao dispor que: “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”. Sendo assim, o prestador de serviço, seja ele de qualquer atividade, responderá objetivamente pelos danos causados, independentemente de culpa, e os estabelecimentos de crédito enquadram-se perfeitamente nesta hipótese.

Desta forma, será que as instituições financeiras são realmente responsáveis por atos ilícitos que cometidos por terceiros através de fraudes? Diante do exposto, é possível compreender que sim, as instituições financeiras são responsabilizadas objetivamente por fraudes e delitos cometidos por terceiros, visto que, devido a relação consumerista entre instituição e cliente, o banco fica submetido ao que o Código de Defesa do Consumidor determina.

Tartuce (2020) trata de quatro hipóteses de responsabilidade civil que o Código de Defesa do Consumidor prevê: “a) responsabilidade pelo vício do produto; b) responsabilidade pelo fato do produto ou defeito; c) responsabilidade pelo vício do serviço; e d) responsabilidade pelo fato do serviço ou defeito”. O fato ou defeito do serviço acontece quando além de um problema ocorrido, este defeito acaba acarretando outros tipos de danos, por exemplo, o dano moral.

Quando é realizado, por exemplo, um empréstimo em nome da vítima, independentemente de ser cliente ou não daquela instituição, cabe a instituição financeira o ônus de provar que a contratação ocorreu de modo válido, pois se não houve solicitação ou autorização, mesmo que tenha ocorrido através de um ato fraudulento, o responsável pela reparação do dano causado ao cliente será a instituição de crédito que liberou o montante. Note-se:

A Segunda Seção acolheu a proposta de afetação do recurso especial ao rito dos recursos repetitivos, a fim de uniformizar o entendimento a respeito das seguintes controvérsias: 1.1) Independentemente da inversão do ônus da prova - que deve ser decretada apenas nas hipóteses autorizadas pelo art. 6º, VIII, do CDC, segundo avaliação do magistrado no caso concreto -, cabe à instituição financeira/ré, enquanto fato impeditivo e modificativo do direito do consumidor/autor (CPC, art. 373, II), o ônus de provar que houve a contratação do empréstimo consignado, mediante a juntada do contrato ou de outro documento capaz de revelar a manifestação de vontade do consumidor no sentido de firmar o negócio jurídico; 1.2) o consumidor/autor, quando alegar que não recebeu o valor do empréstimo, tem o dever de colaborar com a Justiça (CPC, art. 6º) e fazer a juntada do seu extrato bancário, embora este não deva ser considerado, pelo juiz, como documento essencial para a propositura da ação; 1.3) Nas hipóteses em que o consumidor/autor impugnar a autenticidade da assinatura constante do contrato juntado ao

processo, cabe à instituição financeira/ré o ônus de prova essa autenticidade (CPC, art. 429 II), por meio de perícia grafotécnica ou mediante os meios de prova legais ou moralmente legítimos (CPC, art. 369). ProAfR no REsp 1.846.649-MA, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, por maioria, julgado em 25/08/2020, DJe 08/09/2020.

Nesta situação fática, além da instituição ter gerado um dano material, ocorreu, ainda, um transtorno moral, já que houve um defeito na prestação daquele serviço. A instituição presta um serviço a qual deve se manter diligente, garantindo segurança aos seus clientes, então quando não atua desta maneira, será responsabilizada mesmo que por atos de terceiros. Outra situação a qual o STJ em 2006 determinou:

Recurso especial. Extravio de talões de cheque. Empresa terceirizada. Uso indevido dos títulos por terceiros. Inscrição indevida em cadastro de proteção de crédito. Responsabilidade do banco. Dano moral. Presunção. Valor da indenização excessivo – Redução. Recurso especial parcialmente provido. 1. Em casos de inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito, não se faz necessária a prova do prejuízo. 2. Restou caracterizada a legitimidade passiva do Banco recorrente, o qual é responsável pela entrega dos talões de cheque ao cliente, de forma segura, de modo que, optando por terceirizar esse serviço, assume eventual defeito na sua prestação, mediante culpa in eligendo, por defeito do serviço, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, que disciplina a responsabilidade objetiva pela reparação dos danos (REsp 640.196, 3.^a Turma, Rel. Min. Castro Filho, DJ 1.^o.08.2005). 3. Firmou-se entendimento nesta Corte Superior que, sempre que desarrazoado o valor imposto na condenação, impõe-se sua adequação, evitando-se assim o injustificado locupletamento da parte vencedora. 4. Recurso especial conhecido em parte e nela parcialmente provido (STJ, REsp 782.898/MT, 4.^a Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 21.11.2006, DJ 04.12.2006, p. 328)

Percebe-se, também, que quando o banco resolve terceirizar seus serviços, assume um risco de eventual defeito que venha a acontecer, neste caso, um indivíduo teve acesso ao talão de cheque de um cliente da instituição e fez uso, o que acarretou em uma lesão ao consumidor já que seu nome foi inscrito indevidamente em cadastro de proteção de crédito, devendo o banco reparar moralmente o seu cliente.

Em relação à atividade bancária, o Supremo Tribunal de Justiça já pacificou seu entendimento na Súmula 297, a qual dispõe claramente que o Código de Defesa do Consumidor aplica-se às instituições financeiras, reafirmando a previsão já exposta anteriormente. Além dessa, o STJ também deixou pacificado em relação a responsabilização objetiva dos bancos ao redigir a Súmula 479 na qual determina que

as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos advindos de fraudes e delitos praticados por terceiros em operações bancárias.

Assim, aquele correntista do banco que teve sua conta fraudada, ou foi vítima de alguma fraude a qual o prejudicou tanto materialmente como moralmente, visto que a frustração, o abalo emocional é de alto grau, por tratar-se de vida financeira, a qual é crucial para uma vida mais equilibrada, poderá requerer tanto a indenização por danos materiais, como por danos morais.

Fica patenteada a responsabilidade da instituição financeira, devendo restituir os valores que foram comprovadamente perdidos, ou seja, os danos patrimoniais, bem como eventuais danos morais causados, separadamente ou cumulativamente baseando-se na, anteriormente citada, súmula 37 do STJ. Devendo indenizar pela incidência da responsabilidade objetiva da instituição financeira, já que esta deveria garantir segurança e qualidade no serviço prestado ao consumidor,

Para garantir a efetiva proteção ao direito que o consumidor possui a ser indenizado diante de danos sofridos, o fornecedor não poderá inserir cláusula não indenizatória para eximir-se de futura responsabilização ou atenuar sua responsabilidade civil, por força do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor que a considera abusiva, mesmo em acidentes de consumo e em vícios redibitórios.

4.2 Excludentes da Responsabilização Civil das Instituições Financeiras

A instituição bancária sempre responderá nos casos em que ocorrem algum tipo de fraude? A resposta é não, há exceções, pois existem situações que excluem sua responsabilidade. Para que o fornecedor de serviços não seja responsabilizado ele deverá provar que seu serviço não possui defeito ou que a culpa é exclusiva do próprio consumidor ou de um terceiro, é o que dispõe o §3º do artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor.

Tanto na culpa exclusiva do próprio consumidor quanto na de um terceiro, haverá o afastamento do nexo causal. No que tange a culpa de terceiro, é importante ressaltar que este não pode ter nenhum tipo de relação com o fornecedor dos serviços, se tiver, o último responderá, porém, fazendo um apanhado do que trata as decisões dos tribunais, verifica-se que a alegação de fato de terceiro geralmente não prospera.

Consoante Gonçalves (2020), é predominante a obrigatoriedade de o causador direto reparar o dano, de forma que a culpa de um terceiro não exonera o autor em ser responsabilizado, devendo ser proposta, pelo autor, ação regressiva contra o terceiro, conforme dispõe o art. 930 do Código Civil. Entretanto, quando o fato de terceiro é imprevisível, não guardando relação com o agente direto, o nexo causal desaparece e a responsabilidade do fornecedor de serviços é excluída.

Em se tratando das instituições bancárias, por ser verificado que o prejuízo aconteceu realmente por uma falha do serviço financeiro, o qual tem o dever de dar segurança aos seus clientes, ou por ter ocorrido a outra situação excludente, que é a culpa exclusiva da vítima, a qual pode ser tomado como exemplo o seguinte julgado:

Responsabilidade civil. Danos morais e materiais. Saques em conta-corrente. Cartão magnético e senha utilizados por terceiro. Furto ocorrido na residência dos autores. Culpa exclusiva da vítima. Em que pese, regra geral, a incidência do Código de Defesa do Consumidor sobre a relação jurídica travada entre instituição financeira e correntista, o dever de indenizar é afastado se o substrato probatório e fático dos autos comprovar que o correntista não zelou pela guarda segura de seu cartão e de sua senha pessoal, oportunizando, com isto, a atuação de terceiro fraudador. Ação improcedente. Recurso não provido (TJSP, Apelação 990.10.263689-5, Acórdão 4815381, 21.^a Câmara de Direito Privado, Itápolis, Rel. Des. Itamar Gaino, j. 10.11.2010, DJESP 07.12.2010).

Como visto, a culpa exclusiva da vítima é quando esta expõe-se a situações de perigo e acaba assumindo as consequências dos seus atos, na decisão analisada é retratada a ocorrência de um furto ao cartão e a senha da vítima, porém o possuidor tem responsabilidade exclusiva em relação a guarda e utilização tanto do cartão como da sua senha, devendo ter mais atenção e diligência em relação a eles, não podendo a instituição financeira ser responsabilizada.

Há também uma forma de atenuar a responsabilidade da instituição financeira através da culpa concorrente da vítima, tal instituto é admitido nas relações de consumo mesmo o fornecedor possuindo responsabilidade objetiva. Sergio Cavalieri Filho retrata:

Muitos autores não admitem a culpa concorrente nas relações de consumo por considerarem incompatível a concorrência de culpa na responsabilidade objetiva. Como falar em culpa concorrente onde não há culpa? Por esse fundamento, todavia, a tese é insustentável porque, na realidade, o problema é de concorrência de causas, e não de culpa, e o nexo causal é pressuposto fundamental em qualquer

espécie de responsabilidade. Entendemos, assim, que, mesmo em sede de responsabilidade objetiva, é possível a participação da vítima (culpa concorrente) na produção do resultado, como, de resto, tem admitido a jurisprudência em casos de responsabilidade civil no Estado. (CAVALIERI, 2008, p.254)

Há que ressaltar o que trata o enunciado 459 da V Jornada de Direito Civil que pacificou de vez o entendimento ao dispor que: “a conduta da vítima pode ser fator atenuante do nexo de causalidade na responsabilidade civil objetiva”. Desta feita, é necessário frisar o artigo 945 do Código Civil, que trata da fixação do quantum indenizatório quando for constatado que a vítima concorreu culposamente para o evento danoso, o valor fixado deverá levar em conta a razoabilidade e proporcionalidade com base no caso concreto.

Carlos Roberto Gonçalves (2020), aduz que, por exemplo, em situações de fraudes em cheques o correntista não tem que suportar o prejuízo se não tiver concorrido para o acontecimento, porém se o banco demonstrar que o cliente teve culpa na guarda dos seus talões, aquele não será responsabilizado. Na hipótese de culpa concorrente do correntista e da instituição financeira, a responsabilidade é proporcional à culpa de cada um, porém quando comprovado que nenhum teve culpa do dano, a prejuízo recairá sobre o responsável.

Apesar da não previsão no CDC, a doutrina e a jurisprudência entendem, ainda, que é possível excluir a responsabilidade do fornecedor em situações de caso fortuito ou força maior, os quais são revestidos de imprevisibilidade e inevitabilidade. O primeiro está relacionado a fato à vontade das partes. O segundo deriva de acontecimentos naturais.

Gonçalves (2020) retrata um entendimento doutrinário no qual exige alguns requisitos para configuração do caso fortuito ou de força maior, quais sejam:

- a) o fato deve ser necessário, não determinado por culpa do devedor, pois, se há culpa, não há caso fortuito; e reciprocamente, se há caso fortuito, não pode haver culpa, na medida em que um exclui o outro;
- b) o fato deve ser superveniente e inevitável; c) o fato deve ser irresistível, fora do alcance do poder humano. (GONÇALVES, 2020)

O fortuito pode ser dividido entre interno e externo, o primeiro está diretamente ligado com o negócio desenvolvido, não podendo, assim, ser causa para exclusão da

responsabilidade. Já o segundo, este sim afasta o dever de indenizar, visto que seu acontecimento é completamente alheio a relação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil é essencial para a sociedade, dela nasce a maneira de alguém que sofreu um dano ser reparado, seja moralmente, materialmente etc., tendo como objetivo compensar a vítima, punir o ofensor e desmotivar socialmente a prática daquela conduta. O ato ilícito cometido por alguém gera uma lesão de direito e um dano reparável, acarretando o nascimento de uma responsabilidade, qual seja o dever de reparar a vítima através de indenização.

A lei traz a previsão da responsabilização objetiva, então mesmo que o fornecedor não tenha uma culpa direta relacionada ao evento que gerou dano, ainda assim responderá pelo prejuízo causado, tomando como pressuposto a teoria do risco. A responsabilização civil das instituições financeiras por delitos e fraudes cometidos por terceiros já é uma realidade que vem sendo analisada e pacificada pela lei, doutrina e jurisprudência, baseando-se justamente no risco que a sua atividade gera.

Por isso, as instituições financeiras, estas fornecedoras, possuem o dever de reparação quando algum terceiro, seja funcionário do banco ou terceiro estranho a relação, comete algum ato fraudulento contra consumidor ou equiparado, ficando o banco submetido ao que o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil determinam. Entretanto, como vislumbrado anteriormente, sua responsabilização poderá ser afastada quando diante de circunstâncias excludentes.

Espera-se que as instituições financeiras atuem com mais diligência e segurança, é isto o que o consumidor espera, ter um serviço a sua disposição no qual sintam-se seguros em usufruir. Bem como a vítima de fraude que jamais teve relação com o estabelecimento, àquela deve ser garantido todo aparato e cuidado da instituição ao ser comprovado o evento fraudulento.

Desta forma, resta-se demonstrada que a união entre a lei, a doutrina e a jurisprudência em relação ao tema buscam garantir uma proteção ao consumidor, fundamentando-se na sua hipossuficiência e no alto poder lucrativo que as instituições financeiras detêm, tomando o partido da proporcionalidade e razoabilidade,

compensando a vítima e punindo o responsável, seja este objetivamente ou subjetivamente.

6 REFERÊNCIAS

Associação Brasileira de Normas Técnicas. NBR 6023: Informação e documentação – Referências – Elaboração. Rio de Janeiro. 2002;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 sep. 2020;

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor.** Brasília. Disponível em <[planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)> Acessado em 20 de setembro de 2020;

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.** Brasília. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acessado em 20 de setembro de 2020;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Brasília. **Pesquisa de Súmula.** Disponível em <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>> Acessado em 28 de outubro de 2020;

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 990.10.263689-5. São Paulo. Relator: Itamar Gaino. **Pesquisa de Jurisprudência.** Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=FFCFA348508D41B4D4544690B30A98E7.cjsg2>>. Acesso em 21 nov 2020;

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor.** São Paulo: Atlas, 2008;

Flávio, T. Direito Civil - **Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil - Vol. 2.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. 9788530989323. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989323/>. Acesso em: 28 Sep 2020

Humberto, T. J. **Direitos do Consumidor**, 9ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2017. 9788530976828. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530976828/>. Acesso em: 21 Nov 2020

Pamplona, S.P.F. R. **Novo curso de direito civil 3 - responsabilidade civil.** São Paulo: Editora Saraiva, 2019. 9788553617708. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617708/>. Acesso em: 01 Oct 2020

Roberto, G. C. **Direito civil brasileiro v 4 - responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. 9788553615957. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615957/>. Acesso em: 27 Oct 2020

Seis tecnologias usadas pelos bancos na prevenção e combate a fraudes. **Febraban**, 2019. Disponível em: <<https://portal.febraban.org.br/noticia/3385/pt-br/>>. Acesso em: 23 nov 2020.