

A CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR E A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Márcio Berto Alexandrino de Oliveira¹

Liliane dos Anjos Simões²

RESUMO: A norma consumerista prevê em vários dispositivos sobre a responsabilização objetiva do fornecedor de bens e serviços, prevendo o dever de indenizar os consumidores, independentemente da existência de culpa. Dessa forma, cabe ao consumidor comprovar tão somente a ação ou omissão do fornecedor de bens e serviços, a existência do nexo de causalidade e, por fim, o dano sofrido para fazer jus ao pleito indenizatório, seja a título de dano moral ou material. No entanto, o dever de indenizar não é ilimitado, conforme equivocadamente sustentam alguns. Ora, a instituição financeira, na qualidade de fornecedora de serviços, somente deve ser responsabilizada quando restar comprovadas sua ação ou omissão, a existência do nexo causal e o dano sofrido. Na falta desses pressupostos, não assiste razão ao consumidor, e eventual condenação estará em descompasso com a norma vigente, notadamente quando o evento fraudulento ocorrer por culpa exclusiva do consumidor, vindo a quebrar o nexo de causalidade e, por conseguinte, afastar o dever de indenizatório. Não é razoável a condenação de uma instituição bancária quando a fraude ocorrer em decorrência de culpa exclusiva do consumidor, que achou por bem passar as informações pessoais intransferíveis de acesso bancário para terceiros estranhos. Nesses casos, o consumidor deve suportar os prejuízos decorrentes do evento fraudulento, sob pena de afronta aos princípios da boa-fé objetiva e do “*venire contra factum proprium*”, princípios esses que vedam o comportamento contraditório em todas as relações, inclusive nas relações consumeristas. É certo que as instituições bancárias devem ser responsabilizadas pelos danos ocasionados em razão da prestação de serviços, o que não pode é serem penalizadas quando o consumidor correntista foi o único causador da fraude, ou seja, o evento danoso ocorreu por culpa exclusiva do consumidor. No mais, no julgamento das ações consumeristas, notadamente decorrente de fraudes, o julgador deve enfrentar todas as alegações das partes e levá-las em consideração para proferir a decisão, em respeito à garantia constitucional do devido processo legal.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Vale do Rio Doce/UNIVALE; Especialista em Direito Processual pela PUC/Minas; Advogado atuante nas seguintes áreas: Direito Administrativo, Eleitoral, Tributário, Civil, Penal e Previdenciário. Autor da obra “*A usucapião entre herdeiros e o direito de herança à luz do Texto Constitucional*”, publicada pela Editora Lumen Juris; Autor da obra “*A prisão dos avós e a dignidade da pessoa humana*”, publicada pela Editora Lumen Juris; Autor da obra “*O Controle do Mérito Administrativo pelo Judiciário na cassação de mandato eletivo*”, publicada pela Editora Lumen Juris; Coautor da obra “*A defesa do agente público na Ação de Improbidade Administrativa*”, publicada pela Editora Lumen Juris; Autor de artigos jurídicos publicados pela Editora Fórum e RT; Procurador-Geral da Câmara Municipal de Guanhães/MG.

² Graduada em Administração pela PUC/MINAS; Pós-graduada em Gestão Financeira pela PUC/MINAS; Gerente da Caixa Econômica Federal em Minas Gerais.

ABSTRACT: The consumerist norm provides in several devices on the strict liability of the supplier of goods and services, providing for the duty to indemnify consumers, regardless of the existence of fault. In this way, it is up to the consumer to prove only the action or omission of the supplier of goods and services, the existence of the causal link and, finally, the damage suffered to be entitled to the indemnity claim, whether by way of moral or material damage. However, the duty to indemnify is not unlimited, as some mistakenly maintain. However, the financial institution, as a service provider, should only be held responsible when its action or omission, the existence of the causal link and the damage suffered remain proven. In the absence of these assumptions, the consumer is not right and any conviction will be out of line with the current rule, notably when the fraudulent event occurs through the sole fault of the consumer, breaking the causal link and, therefore, removing the obligation to indemnify. . It is unreasonable to condemn a banking institution when the fraud occurs as a result of the sole fault of the consumer, who thought it best to pass on non-transferable personal banking access information to third parties. In these cases, the consumer must bear the damages arising from the fraudulent event, under penalty of affronting the principles of objective good faith and the “venire contra factum proprium”, principles that prohibit contradictory behavior in all relationships, including consumerist relationships. . It is true that banking institutions must be held responsible for damages caused by providing services, which cannot be penalized when the consumer account holder was the sole cause of the fraud, that is, the harmful event occurred exclusively through the consumer's fault. Moreover, in the judgment of consumerist actions, notably arising from fraud, the judge must face all the allegations of the parties and take them into account to render the decision, in respect of the constitutional guarantee of due process of law.

Keywords: Exclusive fault, absence of liability, objective good faith, causal link.

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE OBJETIVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O presente artigo tem como objetivo abordar sobre as relações entre o consumidor e as instituições bancárias, notadamente no que concerne às fraudes oriundas de comportamentos inadequados do usuário do serviço bancário.

Vale destacar que o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, busca manter o consumidor respaldado no sentido de não ser prejudicado por ser hipossuficiente na relação consumerista. Para isso, o legislador achou por bem prever que o fornecedor de bens e serviços responda objetivamente pelos fatos e vícios resultantes da atividade, independentemente da existência de culpa, conforme está previsto no artigo 14 do CDC.

Não há dúvida de que o objetivo do legislador, ao instituir o CDC, foi conceder certos privilégios ao consumidor, objetivando buscar o equilíbrio entre

as partes contratantes, vez que o consumidor é a parte hipossuficiente da relação consumerista. Para efetivar tais privilégios, o legislador estabeleceu que o fornecedor de bens e serviços responde objetivamente pelos fatos e vícios resultantes de sua atividade, mas para isso, o consumidor deverá comprovar alguns pressupostos, quais sejam: a ação ou omissão do prestador de serviço ou fornecimento de bens, a existência do nexo causal e, por fim, o dano sofrido.

Insta destacar que a responsabilização objetiva é uma exceção no ordenamento jurídico brasileiro, sendo a regra a responsabilização na modalidade subjetiva, em que é necessária a comprovação da conduta dolosa ou culposa que resultou em dano a outrem. Ao passo que na responsabilidade objetiva, oriunda da prática de um ilícito ou de uma violação ao direito de outra pessoa, para ser provada e questionada, independe da aferição de culpa ou dolo, basta comprovar a ação ou omissão, a existência do nexo causal e, conseqüentemente, o dano sofrido.

Na responsabilidade civil subjetiva, “a vítima tem de demonstrar a existência dos elementos fundamentais de sua pretensão”³, ao passo que na responsabilidade objetiva basta comprovar o fato lesivo, por ação ou omissão, a ocorrência de um dano patrimonial ou moral e o nexo de causalidade entre o ato e o resultado danoso.

O Código Civil de 2002 encampou a responsabilidade subjetiva, em que a prática do ato lesivo deve ser comprovada, não admitindo presunção, estatuinto no artigo 186 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”. O artigo 927 do mesmo diploma legal prevê ainda que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Essa forma de responsabilização é a regra no ordenamento jurídico vigente.

A previsão da responsabilização civil objetiva na relação de consumo é digna de aplausos. Entretanto, não é razoável imputar o dever de ressarcir eventual dano de ordem moral ou material quando a fraude e, por conseguinte,

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 265/266.

o dano, ocorreu em decorrência da falta de atenção ou comportamento inadequado do consumidor. Nesses casos não há a demonstração de relação de causalidade entre a conduta da instituição bancária, comissiva ou omissiva, e o resultado fraudulento. Com isso, não deve prosperar o dever de indenizar, sob pena de o fornecedor de bens e serviços estar respondendo ilimitadamente, o que não é previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

Como o Direito brasileiro não consagra a teoria do risco integral, a responsabilidade civil objetiva pode ser afastada mediante a comprovação da ocorrência de uma das excludentes do nexo de causalidade (o defeito inexistente e a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro), conforme está consignado no § 3º, inciso II, do CDC, visto que, estando presente uma dessas excludentes, quebra a relação de causalidade entre a conduta do banco e os danos alegadamente sofridos pelo consumidor.

São essas as considerações introdutórias sobre o assunto proposto neste estudo.

2 A CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR E A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Na atual ordem jurídica, o fornecedor de bens e serviços assume, por força do Código de Defesa do Consumidor, os riscos decorrentes de sua atividade profissional ou econômica, e a ele é aplicada a Teoria do Risco da atividade econômica. Dessa forma, todo aquele que se propõe a desenvolver qualquer atividade que envolva fornecimento de bens e serviços automaticamente assume a obrigação de responder objetivamente pelos fatos e vícios resultantes dessa atividade, não havendo nenhum questionamento quanto à culpa no evento danoso, conforme está previsto no artigo 14 do CDC.

Sobre o assunto vale transcrever os ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho. Vejamos:

[...] pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre

do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos.⁴

Acompanhando o movimento garantista previsto no CDC, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 479, *in verbis*: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”.⁵

Realmente, a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, veio resguardar o consumidor hipossuficiente nas relações consumeristas, sendo que o prestador de serviços ou fornecedor de produtos responde objetivamente pelos eventuais danos causados. No entanto, o dever de indenizar não é ilimitado, conforme sustentam alguns desavisados, tanto é que o § 3º do artigo 14 do CPC excepciona situações em que a responsabilização será afastada.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, na responsabilidade objetiva “o dolo ou a culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável”⁶. Existindo esses elementos, deve haver a responsabilização do fornecedor ou prestador de serviços, na modalidade responsabilidade objetiva.

Na mesma trilha, são os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves, para quem:

Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco (objetiva propriamente dita ou pura). Quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa já é presumida. Trata-se, portanto, de classificação baseada no ônus da prova. É objetiva porque dispensa a vítima do referido ônus. Mas, como se baseia em culpa presumida, denomina-se objetiva imprópria ou impura. É o caso, por exemplo, previsto no art. 936 do CC, que presume a culpa do dono do animal que venha a causar dano a outrem. Mas faculte-lhe a prova das excludentes ali mencionadas, com inversão do ônus *probandi*. Se o

⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 171.

⁵ STJ - Segunda Seção, em 27/06/2012. DJe 01/08/2012, ed. 1.102.

⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de Direito Civil. Volume Único/Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 877.

rêu não provar a existência de alguma excludente, será considerado culpado, pois sua culpa é presumida. Há casos em que se prescinde totalmente da prova da culpa. São as hipóteses de responsabilidade independentemente de culpa. Basta que haja relação de causalidade entre a ação e o dano.⁷

Dessa forma, na responsabilidade objetiva não é necessário que o lesado pela conduta do fornecedor ou prestador de serviços comprove a existência de culpa, vez que o fator culpa não é pressuposto para a responsabilização objetiva, devendo o lesado comprovar tão somente a existência do ato omissivo ou comissivo, do dano e do nexo de causalidade.

O mestre Ruy Stoco preceitua que: “A responsabilidade civil decorre da ação ou omissão, dolosa ou culposa, cuja consequência seja a produção de um prejuízo”⁸. Para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência – culpa; b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral; c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento da instituição bancária. Na falta de um desses pressupostos não há que se falar em responsabilidade objetiva do banco e, por conseguinte, deve ser afastada a reparação de dano moral ou material.

Ao comentar o § 3º do artigo 14 do CDC, o qual trata das excludentes de responsabilidade civil objetiva, Carlos Roberto Gonçalves asseverou o seguinte:

Há certos fatos que interferem nos acontecimentos ilícitos e rompem o nexo causal, excluindo a responsabilidade do agente. As principais excludentes da responsabilidade civil, que envolvem a negação do liame de causalidade e serão estudadas no fim desta obra, são: o estado de necessidade, a legítima defesa, a culpa da vítima, o fato de terceiro, a cláusula de não indenizar e o caso fortuito ou força maior.

[...] Quando o evento danoso acontece por culpa exclusiva da vítima, desaparece a responsabilidade do agente. Nesse caso, deixa de existir a relação de causa e efeito entre o seu ato e o prejuízo experimentado pela vítima. Pode-se afirmar que, no caso de culpa exclusiva da vítima o causador do dano não passa de mero instrumento do acidente. Não há liame de causalidade.⁹

Sempre é divulgado nos meios televisivos e nas mídias sociais sobre a

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil, 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 21-22.

⁸ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 5. ed., RT, 2001, p. 93.

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 526 e 717.

responsabilização civil das instituições bancárias por eventuais falhas na prestação de serviços. Ocorre que, na grande maioria das vezes, quem dá causa ao evento fraudulento é o próprio usuário do serviço bancário, fornecendo ao fraudador as senhas pessoais de acesso bancário, bem como praticando outras condutas inadequadas, sem a adoção de precauções necessárias para se resguardar da atuação de fraudadores, vindo a facilitar a concretização da fraude.

Ora, com a devida vênia, nestes casos não é razoável imputar à instituição financeira a responsabilização, tendo em vista que faltará o pressuposto “nexo causal”, pois o fato não se originou da conduta comissiva ou omissiva da instituição bancária, mas em decorrência de culpa exclusiva do consumidor, que passou informações pessoais intransferíveis de acesso bancário para terceiros. Em situações como essa, o consumidor deve suportar o prejuízo sozinho, pois o fato não originou de conduta comissiva ou omissiva da instituição financeira, por conseguinte, não existe a relação de causalidade para a ocorrência da fraude.

O correntista que repassa suas senhas pessoais para terceiros ou pratica quaisquer comportamentos inadequados e, após a ocorrência de uma fraude, tenta responsabilizar o prestador de serviços, está praticando conduta atentatória aos princípios da boa-fé objetiva e do “*venire contra factum proprium*”, princípios esses que vedam o comportamento contraditório em todas as relações, inclusive nas relações consumeristas.

A professora Cláudia Lima Marques ensina que a boa-fé objetiva, significa uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade.¹⁰

Segundo Fredie Didier Jr. o princípio que veda o *venire contra factum proprium* relaciona-se na medida em que compõe o conteúdo da cláusula geral da proteção da boa-fé objetiva na relação jurídica processual. A boa-fé objetiva é norma de conduta que colore e qualifica o contraditório. A proibição de comportar-se contrariamente a comportamento anterior é uma de suas

¹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 107.

nuances.¹¹

Ao julgar o RMS 43.683/DF¹², o STJ decidiu no sentido de que o princípio da boa-fé e o subprincípio do *venire contra factum proprium* vedam o comportamento contraditório, inclusive nas relações entre a Administração Pública e o particular. O postulado da boa-fé objetiva é uma das diretrizes do Estado Democrático de Direito, devendo ser observado nas relações jurídicas, inclusive nas relações de direito público.

Em outra oportunidade, o Colendo Superior Tribunal da Cidadania – STJ manifestou que a concreção do princípio da boa-fé objetiva, sintetizada nos brocardos latinos '*tu quoque*' e '*venire contra factum proprium*', “segundo a qual ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua conduta anterior ou posterior interpretada objetivamente, segundo a lei, os bons costumes e a boa-fé”.

Feitas essas considerações, conclui-se que a conduta do consumidor em repassar suas senhas pessoais de acesso bancário para terceiros ou praticar quaisquer outros atos inadequados, concorrendo para a ocorrência da fraude em sua conta bancária e, após isso, tentar responsabilizar a instituição financeira constitui um comportamento contraditório, que não é tutelado pelo direito, tendo em vista a clara afronta aos princípios da boa-fé objetiva e do “*venire contra factum proprium*”.

No julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 1.399.771/MG, o STJ entendeu que o banco não deveria ser responsabilizado, tendo em vista que o uso do cartão magnético com sua respectiva senha é exclusivo do correntista. Dessa forma, somente haveria a responsabilidade da instituição bancária se comprovadas a negligência, a imperícia ou a imprudência na prestação do serviço bancário. Veja-se:

Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Ação de indenização por danos morais. Falha na prestação do serviço. Ausência de comprovação. Saque em conta corrente mediante uso de cartão magnético e senha pessoal. Acórdão estadual que

¹¹ DIDIER, Fredie Jr. in Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil: <http://www.frediedidier.com.br/main/artigos/default.jsp?Old=null> - acesso em 22/02/2011.

¹² STJ - RMS 43.683/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28/04/2015, DJe 07/05/2015.

decidiu com base nas provas dos autos alinhado à jurisprudência desta corte. Incidência das súmulas nºs 7 e 83 do STJ. Agravo Interno não provido.

1. Tribunal local que, com amparo nos elementos de convicção dos autos, entendeu não estar provado o fato constitutivo do direito da autora, decidindo pela ausência dos requisitos ensejadores da reparação civil. O uso do cartão magnético com sua respectiva senha é exclusivo do correntista e, portanto, eventuais saques irregulares na conta somente geram responsabilidade para o Banco se provado ter agido com negligência, imperícia ou imprudência na entrega do numerário, o que não ocorreu na espécie.

2. Impossibilidade de reexame de fatos e provas. Incidência do óbice da súmula 7/STJ no tocante à tese de reconhecimento da responsabilidade civil.

3. Ademais, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em razão da ocorrência da revelia é relativa, sendo que para o pedido ser julgado procedente o juiz deve analisar as alegações do autor e as provas produzidas.

4. Agravo interno não provido.¹³

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar Recurso Especial nº 1.463.777/MG, negou recurso em que o consumidor buscava responsabilizar uma instituição bancária pelo pagamento de danos morais em razão de fraude praticada pela irmã de duas sócias da empresa vítima, sendo consignado o seguinte no julgado:

[...] não há como sequer cogitar em responsabilidade da financeira na hipótese, pois é fato incontroverso que os atos considerados pela empresa como indevidos e ilícitos foram cometidos por preposto/funcionário/contratado seu, ao qual, inclusive, admitidamente, chegou a ser atribuída tacitamente a representação da empresa para o cometimento de determinados atos, não servindo o fortuito interno decorrente de fraude, como fundamento apto a amparar a pretensão indenizatória formulada, haja vista a inegável culpa exclusiva da vítima que mal geriu o seu quadro de pessoal.¹⁴

Em outro caso de fraude bancária, em que o correntista concorreu para a efetivação do ato fraudulento, o STJ posicionou da mesma forma. Vejamos:

[...] A hipótese "sub judice" é regida pelo Código Consumerista, que no seu art. 14, §3º, II, prevê a responsabilidade objetiva dos fornecedores e prestadores de serviço, independentemente da comprovação da culpa, somente afastando o dever de indenizar quando demonstrada a inexistência do defeito, a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. - Inaplicável ao caso a Súmula nº 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". - A fraude decorrente da adulteração na sequência numérica do código de barras de boleto bancário, emitido fora do ambiente digital da instituição

¹³ STJ - AgInt no AREsp n. 1.399.771/MG, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 2/4/2019, DJe de 8/4/2019.

¹⁴ STJ - REsp n. 1.463.777/MG, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 13/10/2020, DJe de 16/10/2020.

financeira que intermediou a operação bancária, cujo valor foi creditado em outra instituição, tendo como beneficiário terceiro fraudador, não caracterizada "falha na prestação do serviço". - Não há que se falar em fortuito interno, pois foge das atividades da instituição financeira. - Resta configurada a culpa exclusiva da vítima por não ter tomado as cautelas necessárias ao efetuar o pagamento do boleto falso, agindo com negligência, situação apta a romper o nexo de causalidade e afastar a responsabilidade civil objetiva do Banco que realizou a operação. - O evento danoso é fato de terceiro equiparado a fortuito externo, logo, não há que se falar em dever de indenizar. - Improcedência do pedido inicial.¹⁵

O Tribunal de Justiça do Estado de Paraná também já afastou a responsabilização do prestador de serviços, ao argumento de que o consumidor não agiu com a cautela devida, vindo a fazer transferências para terceiros desconhecidos, o que é suficiente para excluir a responsabilidade civil. Vejamos a ementa do julgado proferido pelo Tribunal Paranaense:

Recurso Inominado. Fraude por meio do aplicativo Whatsapp. Legitimidade passiva da ré Facebook Brasil. Mesmo grupo econômico. Golpe perpetrado por terceiro. Transferência bancária em favor de desconhecido. Consumidor que age sem a cautela devida. Culpa exclusiva de terceiro e da vítima. Excludente de responsabilidade (art. 14, §3º, II, CDC). Danos materiais indevidos. Recurso Provido. Sentença Reformada.¹⁶

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar a Apelação Cível nº 1058449-37.2014.8.26.0100, entendeu por bem afastar a responsabilidade da instituição bancária, tendo em vista que as transações foram realizadas com a utilização do cartão e senha pessoal da correntista, não sendo razoável imputar ao banco a responsabilidade pelo fatídico caso.¹⁷

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao julgar a Apelação Cível nº 1.0000.22.049464-5/001, também afastou a responsabilização da instituição bancária, ao argumento de que:

¹⁵ TJMG - Apelação Cível 1.0000.21.061910-2/001, Relatora: Des.(a) Cláudia Maia, 14ª Câmara Cível, julgamento em 30/07/2021, publicação da súmula em 30/07/2021.

¹⁶ TJPR - 1ª Turma Recursal - 0043949-16.2020.8.16.0014 - Londrina - Rel.: Juíza de Direito da Turma Recursal dos Juizados especiais Maria Fernanda Scheidemantel Nogara Ferreira da Costa - j. 26.07.2021.

¹⁷ CONTRATO – Serviços bancários – Transações indevidas junto à conta corrente e cartão de débito da apelante – Ônus da casa bancária, do qual se desincumbiu, de provar que as operações foram realizadas de forma lícita – Atendimento ao disposto no artigo 373, inciso II, do NCPC – Ação improcedente – Sentença mantida – Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1058449-37.2014.8.26.0100; Relator (a): Maia da Rocha; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 14ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/02/2018; Data de Registro: 20/02/2018).

[...] A responsabilidade das instituições financeiras pelos danos decorrentes de fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias depende de prova do fortuito interno, mediante burla aos protocolos de segurança instituídos pelo banco, o que não ocorreu no caso destes autos, não podendo ser o banco responsabilizado pelos prejuízos sofridos pelo consumidor, que realiza transferência voluntária de valores em conta de titularidade de terceiro, mediante solicitação de estelionatário, sem que tenha a instituição financeira qualquer participação na operação.¹⁸

No mesmo sentido, foi o posicionamento da 17ª Câmara Cível no julgamento da Apelação Cível nº 1.0000.16.076153-2/002. Vejamos:

Ementa: Apelação Cível - Ação Ordinária - pretensão de ressarcimento de valores e de cancelamento de empréstimo, além de indenização moral - desídia do cliente na guarda de sua senha pessoal - realização de operações bancárias por terceiro - culpa exclusiva da vítima - responsabilidade civil da instituição financeira - excludente prevista no art. 14, §3º, do CDC - sentença de improcedência dos pedidos iniciais mantida.

Nos Contratos de abertura de conta corrente, com a emissão do respectivo cartão bancário, cabe ao consumidor contratante o dever de cuidado na guarda do documento, bem como de sigilo da senha eletrônica necessária ao seu uso.

Diante da conduta desidiosa e negligente do cliente, que, conquanto vítima de estelionato, admite que porta, junto ao seu cartão bancário, a respectiva senha, permitindo facilmente a sua utilização por terceiros, não remanesce configurada a responsabilidade civil objetiva da Instituição Financeira, a teor do disposto no inciso II, do §3º, art. 14, do CDC.¹⁹

Com base nos julgados colacionados, pode-se dizer que há um movimento na jurisprudência para afastar a responsabilização dos bancos quando o consumidor concorrer para a ocorrência da fraude, visto que a instituição bancária não deve ser responsabilizada quando restar comprovada a culpa exclusiva do consumidor pelos danos a ele mesmo causados.

Lado outro, as instituições bancárias podem investir ao máximo em tecnologia de ponta para garantir a segurança das transações; no entanto, não conseguirão cessar a ocorrência de fraudes nos casos em que o próprio correntista repassa para terceiros suas senhas pessoais de acesso bancário. Nesses casos, o correntista deve suportar sozinho o prejuízo, pois ele próprio

¹⁸ TJMG - Apelação Cível 1.0000.22.049464-5/001, Relator: Des. Domingos Coelho, 12ª Câmara Cível, julgamento em 07/12/2022, publicação da súmula em 07/12/2022.

¹⁹ TJMG - Apelação Cível 1.0000.16.076153-2/002, Relator: Des. Roberto Vasconcellos, 17ª Câmara Cível, julgamento em 28/02/2019, publicação da súmula em 11/03/2019.

concorreu para a ocorrência da fraude, não sendo razoável o banco ser responsabilizado, pois não foi negligente, imprudente ou imperito na prestação do serviço bancário.

A norma vigente estabelece que os bancos respondem objetivamente pelos fatos e vícios resultantes da atividade bancária, isto é, devem reparar os danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços independentemente da existência de culpa. Contudo, a norma não prevê a responsabilização ilimitada, sem a demonstração de relação de causalidade entre a conduta da instituição bancária, comissiva ou omissiva, e o resultado fraudulento. Se não há o nexo de causalidade, a instituição financeira não pode ser responsabilizada; do contrário, estará respondendo ilimitadamente, em descompasso com o que está previsto no ordenamento jurídico.

2.1 O devido processo legal substancial nas relações de consumo

Realmente, o CDC consignou uma gama de privilégios para os consumidores. Entretanto, não retirou o dever do magistrado de enfrentar todos os argumentos e provas produzidos nos autos, inclusive aquelas produzidas pelas instituições financeiras, em homenagem à garantia constitucional do devido processo legal substancial.

Com a introdução no ordenamento jurídico brasileiro da garantia do devido processo legal, com a nova ordem constitucional instaurada em 1988, passou a ser assegurada às partes uma participação efetiva, na qual suas alegações devem ser enfrentadas e levadas em consideração para a construção do provimento final.

A propósito, leciona Fredie Didier Jr., para quem, a par da face formal do direito ao contraditório, que consiste na garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo, também vige a face substancial, relacionada à amplitude e efetividade dos argumentos apresentados, sem as quais o provimento final não terá condições de ser classificado como legítimo. Seguindo esta trilha, o ilustre processualista baiano ensina que:

Há o elemento substancial dessa garantia. Há um aspecto, que eu reputo essencial, denominado, de acordo com a doutrina alemã, de “poder de influência”. Não adianta permitir que a parte, simplesmente, participe do processo; que ela seja ouvida. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado.

Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do Magistrado – e isso é poder de influência, poder de interferir na decisão do Magistrado, interferir com argumentos, interferir com idéias, com fatos novos, com argumentos jurídicos novos; se ela não puder fazer isso, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se implementa, pura e simplesmente, com a ouvida, com a participação; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.²⁰

A relevância da matéria é tamanha que o legislador achou por bem consignar a previsão na legislação constitucional e infraconstitucional, prevendo que a ausência de enfrentamento de todos os argumentos deduzidos pelas partes atenta contra as disposições contidas no inciso IX do artigo 93 da Constituição de 1988 e artigo 489, §1º, do CPC de 2015.

Dessa maneira, não basta assegurar às partes o direito de dizer e contradizer formal, visto que é imprescindível que o contraditório conferido às partes tenha o poder de influenciar no conteúdo da decisão, isso inclui as alegações das instituições bancárias nas ações sobre fraudes contra os correntistas. Assim, não pode o julgador desprezar as provas e os argumentos apresentados pelos bancos, notadamente quando o conjunto probatório atesta que o consumidor concorreu para a concretização da fraude, o que é suficiente para afastar a responsabilidade da instituição financeira.

CONCLUSÃO

Diante das razões lançadas neste artigo, conclui-se que, quando o correntista dá causa ao evento fraudulento ao fornecer a terceiros as senhas pessoais de acesso bancário, a instituição financeira não deve ser responsabilizada, visto que faltará o pressuposto nexo de causalidade para a configuração da responsabilidade objetiva, consistente na conduta comissiva ou

²⁰ DIDIER, Fredie Jr. *in* “Curso de direito processual civil”. Vol.01. 10ªed. Salvador: JusPodivm, 2008, p.47-48

omissiva do banco, para a ocorrência do resultado fraudulento.

Quando o correntista concorre para a ocorrência da fraude bancária há o rompimento do “nexo de causalidade” frente à caracterização da culpa exclusiva do consumidor, estando superada a alegação de responsabilidade objetiva.

Realmente, a norma protetiva do consumidor prevê expressamente a responsabilização objetiva, cabendo ao consumidor comprovar tão somente a ação ou omissão do fornecedor de bens e serviços e a existência do nexo causal e, conseqüentemente, o dano sofrido. Entretanto, o fornecedor de bens e serviços não responde ilimitadamente, inclusive nos casos em que o correntista concorreu para a efetivação da fraude.

Não pode ser admitida a conduta do correntista que passa as informações pessoais intransferíveis de acesso bancário para terceiros e, quando a fraude se concretiza tenta imputar a responsabilidade à instituição bancária. Esse comportamento é um atentado aos princípios da boa-fé objetiva e do “*venire contra factum proprium*”, princípios esses que vedam o comportamento contraditório em todas as relações jurídicas, inclusive nas relações consumeristas.

Infelizmente, deparamos com inúmeras decisões em que não há o pressuposto “nexo causal” para a configuração da responsabilidade objetiva, visto que a fraude não se originou da conduta comissiva ou omissiva da instituição bancária, mas sim em decorrência de culpa exclusiva do consumidor, que achou por bem passar informações pessoais intransferíveis de acesso bancário para terceiros. Nesses casos, cabe exclusivamente ao correntista suportar os prejuízos, pois a fraude ocorreu tão somente em razão da conduta negligente do consumidor.

A comprovação de que o consumidor concorreu para o ato lesivo é suficiente para quebrar a relação de causalidade entre a conduta do banco e os danos alegadamente sofridos, em decorrência da excludente de responsabilização prevista no § 3º, inciso II, do artigo 14 do CDC.

Não é razoável imputar à instituição bancária todo e qualquer dano ocasionado ao correntista, por não consistir em uma responsabilidade civil integral ou ilimitada, mas somente quando restar comprovadas a ação ou

omissão do banco, a existência do nexo causal e, por fim, o dano sofrido. Não existindo esses pressupostos, a improcedência do pedido de reparação de danos morais e materiais é medida que se impõe, pois a responsabilidade civil inerente ao risco da atividade bancária não se concretiza quando demonstrada uma causa excludente da responsabilização civil.

Há um comportamento abusivo, contraditório e de má-fé por parte de alguns consumidores, vez que realizam transações bancárias com o uso de seu cartão magnético com chip e utilização de senha pessoal e, posteriormente, tentam imputar a responsabilidade ao banco, buscando a compensação de danos morais e materiais. Diante destes comportamentos, o Poder Judiciário tem se posicionado, mesmo que ainda de forma tímida, para excluir a responsabilidade da instituição financeira, uma vez que a culpa exclusiva do consumidor exclui o dever de indenizar.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de direito processual civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl.– Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRITO, Alzemeris Martins Ribeiro de. BARIONI, Rodrigo Otávio (Coordenadores). **Advocacia pública e novo Código de Processo Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: Editora JusPodium, 2009.

DIDIER, Jr. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Salvador: JusPodium, 2008.

DIDIER, Fredie Jr. *in* **Alguns aspectos da aplicação da proibição do venire contra factum proprium no processo civil**: <http://www.frediedidier.com.br/main/artigos/default.jsp?Old=null> - acesso em 22/02/2011.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de Direito Civil**/Elpídio Donizetti e Felipe

Quintella. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil**. Volume Único/Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume V: direito das coisas. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1998.

MELANTONIO, Ricardo e TRIVELIN, Raquel Barros Araújo. **A Lei do Superendividamento e o princípio da dignidade da pessoa humana**. <https://www.migalhas.com.br/depeso/356022/lei-do-superendividamento-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em 22/02/2023.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: RT, 2001.