

## 1. INTRODUÇÃO

Com o advento da *internet*, teve início uma verdadeira revolução social, e as empresas buscaram reorganizar o exercício de suas atividades, alterando, sobretudo, os meios de prestação de serviço. Isto, por óbvio, também repercutiu na atuação das instituições financeiras, que implementaram, com a utilização dos meios tecnológicos, a possibilidade da realização de operações financeiras através da *internet*.

Além da redução dos custos operacionais, para as instituições financeiras, a disponibilização dos serviços bancários através da *internet* possibilitou uma maior celeridade e comodidade na realização de tarefas comezinhas.

Infelizmente, a massificação da *internet* e a sua utilização como recurso inovador para a realização de transações financeiras, através do serviço que ficou conhecido como *internet banking*, suscetibilizou a ocorrência das fraudes virtuais, que acompanharam o avanço tecnológico advindo.

Sabe-se que a popularização da *internet* contribuiu consideravelmente para o desenvolvimento de novas tecnologias e serviços, estando notadamente mais presente e difundida em todas as classes da sociedade brasileira, possibilitando um maior acesso à informação, facilitando a comunicação e tornando cada vez mais cômoda a realização de tarefas essenciais.

Considerando o atual estágio de evolução de novas tecnologias, a população tornou-se cada vez mais dependente dos novos inventos, notadamente em razão da facilitação para realização de atividades essenciais e isto não poderia ser diferente no tocante aos serviços bancários. Por esta razão, as instituições financeiras disponibilizaram aos correntistas a realização de transações financeiras através de serviço conhecido como *internet banking*, que confere ao consumidor a faculdade de realizar transações financeiras através da *internet*, diminuindo consideravelmente a necessidade de comparecimento às agências (físicas) bancárias.

De outro modo, apesar dos inúmeros benefícios decorrentes da popularização da *internet*, a vulnerabilidade do mundo virtual tem consubstanciando na perpetração de fraudes eletrônicas realizadas através do *internet banking*.

Evidencia-se, portanto, um número cada vez maior de registro de transações fraudulentas, com vistas à apropriação indevida de quantias de dinheiro titularizadas pelos consumidores que utilizam a *internet* para realização de transações financeiras.

A Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN) confirmou o *internet banking* como o canal preferencial do cliente bancário, representando 39% (trinta e nove por cento) do total de transações realizadas nos últimos 05 (cinco) anos.

Assim, considerando que o Brasil ocupa a lamentável 3ª (terceira) posição no *ranking* mundial de golpes eletrônicos e que as fraudes virtuais já superam, em valores, os prejuízos dos assaltos aos bancos, surge a necessidade jurídica de identificar as situações em que as instituições financeiras deverão ser responsabilizadas civilmente pelos danos causados aos consumidores.

Ademais, considerando que a responsabilidade civil do fornecedor do serviço será imputada objetivamente, ou seja, independentemente da verificação da culpa, na forma do Código de Defesa do Consumidor, há possibilidade de se afastar a responsabilidade civil das instituições financeiras por danos causados pelas transações fraudulentas realizadas no *internet banking*? Para responder tal questionamento, faz-se imprescindível delinear os principais aspectos atinentes à responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro.

É inelutável, portanto, que a popularização da internet trouxe inúmeros benefícios à população, possibilitando entretenimento, acesso à informação e até mesmo facultando a realização de transações financeiras, que agora podem ser realizadas através de um computador conectado à rede mundial de computadores.

No entanto, diversos fatores contribuem para a perpetração das fraudes eletrônicas, o que fez o Brasil ocupar ingrata posição no ranking mundial de fraudes relacionadas às transações virtuais. Aqui, busca-se ainda delimitar o modo de atuação dos fraudadores e as medidas de segurança adotadas pelas instituições financeiras para mitigar o acelerado crescimento do índice de fraudes perpetradas virtualmente,

Deste modo, a sensibilidade do tema é evidenciada na reconhecida possibilidade de afastamento da responsabilidade civil das instituições financeiras, conforme se

demonstrará, o que enseja uma maior análise sobre a aplicação deste instituto no direito brasileiro.

Ademais, a proposta de esclarecimento dos contornos da verificação da responsabilidade em casos de fraudes, decorre do manifesto interesse social, despertado pelo interesse do consumidor em possível pedido de indenização, caso se depare com a desagradável situação de ter sua conta bancária utilizada para realização de transações fraudulentas.

Neste esteio, tendo em vista a carência da análise da aplicação da responsabilidade civil na situação supra, haja vista que as transações por internet banking tornaram-se acessíveis recentemente, considerando o montante de dinheiro envolvido e o interesse social pela busca de uma possível indenização, afigura-se a necessidade da produção científica nesse sentido, o que, aliado à sua aplicabilidade prática, fez com que a pesquisa fosse baseada neste tema.

Não pairam dúvidas que as instituições financeiras são responsáveis pelos danos decorrentes da má prestação dos serviços por elas oferecidos. Ocorre que, em algumas situações, alguns fatores têm levado os tribunais pátrios a afastar a responsabilidade das instituições financeiras pela reparação dos danos causados, mesmo sendo a prestadora do serviço, e isto torna inequívoca a importância social do tema ora delineado.

Pelas razões supra, esta pesquisa se propõe a delinear os aspectos da responsabilidade civil no direito brasileiro, abordando especificamente os contornos da responsabilização moral e material das instituições financeiras quando evidenciada a realização de transações fraudulentas e analisando os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais atinentes ao tema.

## 2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

### 2.1 CONCEITO

Para que se compreenda propósito do presente trabalho, cumpre delinear o significado jurídico da responsabilidade, caracterizada, nas palavras de Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze (2009, p. 3), como um “dever jurídico sucessivo de assumir as conseqüências jurídicas de um fato”. Para tanto, a ordem jurídica estabelece comandos que devem ser observados por toda a sociedade, haja vista que toda atuação humana impõe a necessidade de se verificar quem poderá ser responsabilizado por um dano causado por uma ação ou omissão.

Etimologicamente, o termo responsabilidade vincula-se estritamente à ideia de obrigação de arcar com o próprio comportamento, ou seja, de responder pelos atos praticados. Todavia, tais institutos não podem ser confundidos, sendo o primeiro entendido como um dever jurídico originário e a responsabilidade refere-se a um dever jurídico sucessivo, subsequente à violação do primeiro (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 2).

Ainda assim, a doutrina civilista pátria admite a dificuldade de conceituar a responsabilidade civil, notadamente em razão da versatilidade deste termo, evidenciado em toda manifestação humana (DINIZ, 2011, p. 49). Portanto, o presente trabalho não se destina a fornecer o conceito mais preciso deste aclamado instituto, mas, certamente, faz-se extremamente necessária uma breve elucidação conceitual.

Percebe-se, ademais, que este instituto da teoria do direito tem “o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir” (GONÇALVES, 2011, p. 50). A ideia da responsabilidade, para o direito, pauta-se, portanto, pela busca da reintegração do bem da vida ao *status quo ante* à atuação do agente causador do dano. Ou seja, a premissa básica da responsabilidade civil é a existência de um prejuízo ao patrimônio da vítima.

Entende-se, desta forma, que a acepção da palavra responsabilidade no meio jurídico destina-se exclusivamente à recomposição de um dano ocasionado, eis que

decorre da agressão à determinado bem jurídico, obrigando assim, o ofensor, à recomposição da vítima (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2009, p. 9).

## 2.2 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

A origem da responsabilidade civil remonta, inicialmente, à ideia da vingança privada, que, de plano, fora deflagrada coletivamente, pelo repúdio de determinado grupo contra o infrator pela ofensa a um dos seus integrantes. Posteriormente, evidenciou-se uma reação pessoal contra o mal sofrido, momento em que os homens passaram a fazer justiça com as próprias mãos, notadamente sob a égide da Lei de Talião, que se caracterizou em razão da reparação do mal pelo mal (DINIZ, 2011, p. 26).

Neste momento, o poder público não apresentava qualquer oposição à vingança privada como forma de recomposição dos danos causados, intervindo apenas para evitar abusos e identificar os casos em que a vítima fazia jus à retaliação.

Assim, verificou-se a ineficácia da reparação dos danos através da vingança privada, individual ou coletiva e, a partir daí, a sociedade passou a adotar outro método de responsabilização, consistente na composição entre o ofendido e o ofensor, mediante o pagamento de determinada quantia em dinheiro, fixada pela autoridade pública competente (DINIZ, 2011, p. 27).

Reforçando a necessidade da reparação pecuniária do dano, surgiu a *Lex Aquilia*, que priorizou a responsabilização patrimonial do infrator ao ônus da recomposição, esboçando, neste momento, a noção de culpa como fundamento essencial da responsabilidade. Atribuiu-se, portanto, o dano à conduta culposa do agente. Deste modo, o Estado passou a intervir mais efetivamente nos conflitos privados, estabelecendo a maneira para recomposição dos prejuízos ocasionados, obrigando o ofendido a aceitar a composição em prejuízo da antiga vingança privada.

Importante salientar, entretanto, que por mais que a inserção da culpa como elemento da responsabilidade civil tenha permitido um salto histórico no quesito da reparação dos danos, isto, por si só, não conseguiu satisfazer todas as necessidades da vida em comum (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2009, p. 12).

Foi no Direito Francês, vale dizer, que os pensamentos romanos foram difundidos, quando se estabeleceu expressamente o princípio da responsabilidade civil, fixando a culpa como fator determinante para verificação da responsabilidade civil, cujo entendimento passou a ser adotado pelo Código Civil Francês (DINIZ, 2011, p. 28).

### 2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL X RESPONSABILIDADE PENAL

Ademais, tendo em vista o objetivo do presente trabalho, faz-se imprescindível distinguir responsabilidade civil e penal ou criminal. Sabe-se que a verificação destes institutos no campo prático remonta à necessidade da prática de um ato ilícito, ou seja, que a atuação do agente causador do dano seja contrária ao direito. Diferem-se, todavia, nos dizeres de Caio Mário da Silva Pereira (2001, p. 11):

Como sentimento social, a ordem jurídica não se compadece com o fato de que uma pessoa possa causar mal a outra pessoa. Vendo no agente um fator de desequilíbrio, estende uma rede de punições com que procura atender às exigências do ordenamento jurídico. Esta satisfação gera a responsabilidade criminal. Como sentimento humano, além de social, à mesma ordem jurídica repugna que o agente reste incólume em face do prejuízo individual. O lesado não se contenta com a punição social do ofensor. Nasce daí a ideia de reparação, como estrutura de princípios de favorecimento à vítima e de instrumentos montados para ressarcir o mal sofrido. Na responsabilidade civil estará presente uma finalidade punitiva ao infrator aliada a uma necessidade que eu designo como pedagógica, a que não é estranha à ideia de garantia para a vítima, e de solidariedade que a sociedade humana lhe deve prestar.

Infere-se, portanto, que no caso da responsabilidade penal o interesse lesado é o da sociedade, eis que o agente infringe uma norma de direito público e poderá arcar com a privação de sua liberdade, enquanto na responsabilidade civil o interesse diretamente lesado é privado, podendo o prejudicado buscar ou não a sua reparação, consistente na restituição do dano injustamente causado (GONÇALVES, 2011, p. 52-53).

É neste sentido o pensamento do civilista Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 13), quando esclarece que o aspecto caracterizador da responsabilidade civil é a sua finalidade restitutiva. Seguindo este mesmo raciocínio, Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze (2009, p. 9) ensinam que “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”. Vige, portanto, o princípio do *restitutio in integrum*, que busca a restituição plena, almejando o retorno ao *status quo ante*.

Tanto a responsabilidade civil quanto a penal deriva da violação de um dever jurídico, em razão de uma conduta contrária à norma legal, diferindo-se, sobretudo, em razão da natureza do preceito violado. Frise-se, entretanto, que uma mesma conduta poderá autorizar a responsabilização civil e criminal, sem que possa se cogitar *bis in idem*, justamente em razão do sentido de cada uma delas (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2009, p. 12).

## 2.4 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

É cristalina a lição estampada nos artigos 186 e 927 do Código Civil, no sentido de que aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência, imprudência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem comete ato ilícito, fica obrigado a repará-lo. Veja-se:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Dito isto, infere-se que são três os pressupostos ou elementos obrigatórios da responsabilidade civil, sem os quais não se pode cogitar a ocorrência de indenização, quais sejam (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2009, p. 9): a) conduta positiva ou negativa; b) dano e c) nexos de causalidade.

### 2.4.1 Conduta

O primeiro elemento constitutivo da responsabilidade civil é a conduta humana, comissiva ou omissiva, que cause dano a outrem, gerando assim, o dever de indenizar. Isto porque, por mais que um fato da natureza possa ocasionar danos às pessoas, não se vislumbra a possibilidade de responsabilizá-la civilmente. Portanto, não resta dúvida que apenas o homem, em nome próprio ou através das pessoas

jurídicas que represente, poderá ser responsabilizado (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2009, p. 27).

Evidencia-se, portanto, que a atuação humana é imprescindível para que se configure o dever de indenizar, podendo ela ser verificada de forma omissiva ou comissiva. Ocorre que, não basta tão somente que se verifique a conduta humana, fazendo-se necessária a análise quanto à voluntariedade, que deriva do discernimento necessário para adoção de determinada conduta. Neste sentido, o pensamento do professor Rui Stoco (2011, p. 95):

Cumpre, todavia, assinalar que se não insere no contexto de 'voluntariedade' o propósito ou a consciência do resultado danoso, ou seja, a deliberação ou a consciência de causar o prejuízo. Este é um elemento definidor do dolo. A voluntariedade pressuposta na culpa é a da ação em si mesma.

Depreende-se, portanto, que a conduta humana não deriva necessariamente da intenção de ocasionar um dano, mas sim de ter a consciência das possíveis conseqüências que poderá ocasionar.

Importante ainda salientar que a vontade humana pode se manifestar positiva ou negativamente, ou seja, poderá ser comissiva ou omissiva. A positiva caracteriza-se por um comportamento ativo e é comumente chamada de ação, sendo ela a modalidade mais comum de exteriorização da conduta e consiste, grosso modo, em um movimento corpóreo comissivo (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2009, p. 29).

Por outro lado, apresenta-se a segunda modalidade de comum, caracterizada pela atuação negativa do agente, ou seja, pela abstenção de alguma conduta devida.

Ademais, não resta dúvida que esta abstenção do agente poderá gerar danos, que ensejarão o dever de indenizar e convém ainda anotar que aqui também se faz presente a voluntariedade da conduta, tendo em vista que o art. 186 do Código Civil impõe a responsabilização quando se verificar omissão voluntária. Por óbvio, verificada a ausência de omissão, não há que se falar em dever de indenizar.

Como regra, a omissão não tem o condão de gerar prejuízos gravosos. Ocorre que, em algumas situações, a atuação negativa do agente adquirirá papel importante na verificação da responsabilidade civil. Neste sentido, o professor Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 25) esclarece que a omissão será juridicamente relevante quando o agente tiver um dever jurídico de agir, de adotar uma conduta tendente a evitar o

resultado. Caso não atue para impedi-lo, o agente estará colaborando com a ocorrência do dano, devendo, portanto, ser responsabilizado.

Assim, evidencia-se que não é toda e qualquer omissão que determinará que o agente omissivo seja responsabilizado civilmente. Isto porque, só quem poderá suportar os prejuízos decorrentes da conduta omissiva é aquele que tiver o dever jurídico de agir.

#### **2.4.2 Dano**

Por outro lado, mesmo que evidenciada a conduta humana, é inconcebível a responsabilização civil sem que haja prejuízo ao lesado. Assim, só existirá o dever de reparar caso seja constatado um dano, bastando ainda que exista prova real e concreta da lesão, ou seja, que se comprove a ocorrência de um dano patrimonial ou moral. (DINIZ, 2011, p. 79).

Observando a importância da delimitação do dano como elemento necessário para a configuração da responsabilidade civil, Sérgio Cavalieri Filho (2012, p.76) esclarece que:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado etc. -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.

Note-se que o ofensor não poderá ser responsabilizado civilmente caso não haja dano a reparar, mesmo que tenha atuado dolosa ou culposamente, eis que é imprescindível que tenha havido diminuição de um bem jurídico, patrimonial ou moral. Posto isto, haverá dever de indenizar quando o ofensor praticar um ato que seja vedado pelo ordenamento e que cause dano a outrem.

Assim, faz-se imprescindível a distinção entre a responsabilização por dano patrimonial e moral, com arrimo na lição de Sérgio Severo (1996, p. 40):

Dano patrimonial é aquele que repercute, direta ou indiretamente, sobre o patrimônio da vítima, reduzindo-o de forma determinável, gerando uma *menos-valia*, que deve ser indenizada para que se reconduza o patrimônio

ao seu *status quo ante*, seja por uma reposição *in natura* ou por equivalente pecuniário.

Evidencia-se, portanto, que o dano patrimonial traduz lesão aos bens economicamente apreciáveis do seu titular e por ser mais facilmente identificado, o torna a mensuração da sua indenização mais simples de atingir (SEVERO, 1996, p. 39).

Infere-se, desta forma, que é possível a distinção, “no âmbito dos danos, a categoria dos danos patrimoniais, de um lado, dos danos extrapatrimoniais ou morais, de outro; respectivamente, o verdadeiro e próprio prejuízo econômico, o sofrimento psíquico ou moral” (CAHALI, 1998, p. 19).

A sua mensuração, grosso modo, torna-se bastante facilitada, bastando apenas que seja apurada a diferença entre o valor atual do patrimônio da vítima anteriormente à efetivação do dano e o que restou após a consumação do prejuízo. (DINIZ, 2011, p. 84)

De outro lado, vinculado a outros bens da vítima, de cunho personalíssimo e não patrimonial, é ínsito no ordenamento jurídico pátrio a responsabilização pelos danos extrapatrimoniais ou morais, que nos ensinamentos do professor Carlos Alberto Bittar (1993, p. 41) qualificam-se:

Como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social).

Em outras palavras, o dano moral não atinge conteúdos patrimoniais mensuráveis, mas sim a esfera mais particular do ofendido, como os direitos da personalidade, a honra e a boa-fama, por exemplo. O que se indeniza, por outro lado, é justamente o dano decorrente da lesão moral a que fora exposto o ofendido, e não o dano especificamente configurado. Desta constatação deriva, sem dúvidas, um dos maiores embates da doutrina civilista, notadamente em razão da banalização do dano moral, o que muito se apresenta na hipótese delimitada no presente trabalho.

Oportunas, portanto, as palavras do professor Calmon de Passos (PASSOS, 2002, p.1), que condena a indústria do dano moral:

E justamente porque a moralidade se fez algo descartável e de menor importância no mundo de hoje, em que o relativismo, o pluralismo, o cinismo, o ceticismo, a permissividade e o imediatismo têm papel decisivo, o ressarcimento por danos morais teria que também se objetivar para justificar-se numa sociedade tão eticamente frágil e indiferente. O ético deixa de ser algo intersubjetivamente estruturado e institucionalizado, descaracterizando-se como reparação de natureza moral para se traduzir em ressarcimento material, vale dizer, o dano moral é significativo não para reparar a ofensa à honra e a outros valores éticos, sim para acrescer alguns trocados ao patrimônio do felizardo que foi moralmente (?) enxovalhado.

A reparação pelos danos morais ocasionados deve ser ponderada à luz do caso concreto, para que, apenas quando evidenciada a existência efetiva da conduta contrária ao direito, o dano e o nexo de causalidade entre a conduta, impute-se ao infrator o dever da reparação.

Neste esteio, é escorreita a dicção do art. 944 do Código Civil Brasileiro, quando anuncia que “a indenização se mede pela extensão do dano”, refletindo o que já fora exposto no presente trabalho: o caráter restitutivo é o cerne da responsabilidade civil, seja ela patrimonial, onde a busca é pela restauração do *status quo ante*; seja extrapatrimonial ou moral, onde se almeja não a restituição do bem maculado, e sim uma compensação pecuniária equivalente ao dano experimentado.

#### **2.4.3 Nexo de causalidade**

Delimitados os contornos de dois dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil, imprescindível se faz esclarecer o elemento que liga a conduta contrária ao direito e o dano produzido: o nexo de causalidade. Isto porque, este importante elemento caracteriza-se como o elo que liga a conduta do agente ao prejuízo (dano) por ele ocasionado.

Em outras palavras, o dever de reparação apenas estará consumado quando demonstrada a existência do nexo causal entre a conduta do agente e o resultado danoso (SCHREIBER, 2013, p.55).

É no campo da responsabilidade civil que o nexo causal apresenta importantes funções, notadamente aquelas ligadas à verificação da autoria do evento danoso e a própria medida da extensão do dano, conforme esclarece Gisela Sampaio da Cruz (2005, p. 22).

Assim, não basta que o agente tenha praticado uma conduta contrária ao direito e que a vítima tenha sofrido um dano decorrente desta atuação. Isto porque, é preciso que haja uma ligação intrínseca entre o dano causado e a conduta do agente, evidenciada por uma relação de causa e efeito. Pode se constatar, portanto, que o nexo de causalidade é a relação causal entre determinado comportamento e o evento danoso, que permite concluir se a conduta comissiva ou omissiva do agente foi ou não a causa do dano. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 49).

Ocorre que, lamentavelmente, este instituto é mal compreendido jurisprudencialmente, consubstanciando na adoção de posicionamento confusos pelos tribunais, o que acarreta, de certo modo, prejuízo à segurança jurídica e descrédito às decisões proferidas.

Deste modo, tendo em vista o que se propõe o presente trabalho, far-se-á imprescindível demonstrar brevemente os aspectos das três principais teorias que se destinam a explicar o nexo de causalidade.

#### 2.4.3.1 Teoria da equivalência das condições

A teoria da equivalência das condições ou *conditio sine qua non*, considera elemento causal todo antecedente que haja participado da cadeia de fatos que deram origem ao dano, adotada, inclusive, pelo Código Penal brasileiro (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2009, p. 87).

Neste cenário, entende-se que o prejuízo não teria se consumado sem que cada uma das condições tivesse se verificado. Como esclarece o professor Anderson Schreiber (2013, p. 57), “o inconveniente de sua aplicação está em ampliar ilimitadamente o dever de reparar, imputando-o a uma multiplicidade de agentes e eventos que, apenas remotamente, se relacionam ao dano produzido sobre a vítima”.

Ou seja, a aplicação isolada desta teoria apresentaria resultados absurdos jurídicos, em razão da “infinita espiral de concausas, do dever de reparar, imputado a um sem-número de agentes” (TEPEDINO, 2002, p.09). Critica-se ainda esta teoria pelo fato de conduzir a uma regressão infinita do nexo causal, eis que todas as condições

antecedentes necessários do resultado, se equivalem (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 51).

Com todas estas críticas provando a imprestabilidade da teoria da equivalência das condições no âmbito cível, fez-se imprescindível buscar a construção de uma teoria que melhor se encaixasse às peculiaridades da responsabilidade civil (SCHREIBER, 2013, p. 57).

#### 2.4.3.2 Teoria da causalidade adequada

Desenvolveu-se, em razão da incompatibilidade da teoria da equivalência das condições com a responsabilidade civil, a teoria da causalidade adequada, que, ao contrário da primeira, faz a distinção entre causa e condição, entre os antecedentes que tiveram maior ou menor relevância, ou seja, a causa será apenas aquela que for determinante, desconsiderando todas as demais que não forem essenciais à averiguação da responsabilidade (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 51).

Para tanto, considerando-se “uma causa adequada, esta deverá, abstratamente, e segundo uma apreciação probabilística, ser apta à efetivação do resultado” (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2009, p. 87).

Busca-se, portanto, uma avaliação concreta capaz de determinar se a causa é ou não capaz de produzir determinados efeitos e se a conduta do agente teria o potencial de causar os danos verificados no caso concreto (SCHREIBER, 2013, p.59).

Posto isto, não resta dúvidas que somente o antecedente extremamente apto à ocorrência do evento danoso, poderá ser considerado causa (SAMPAIO, 2003, p. 88).

#### 2.4.3.3 Teoria da causalidade direta ou imediata

Para os adeptos desta teoria, causa seria “apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessidade ao resultado danoso, determinasse este último como

conseqüência sua, direta e imediata” (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2009, p. 90). Aqui, o dever de reparar o prejuízo apenas estará evidenciado quando o evento danoso for conseqüência imediata ou necessária de determinada causa.

É neste mesmo sentido o magistério do professor Gustavo Tepedino (2002, p.11), quando esclarece que o dever de reparar surge quando o evento danoso é efeito necessário de certa causa.

## 2.5 CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para que se configure o dever de indenizar devem estar presentes os elementos acima delineados, consistentes na demonstração de uma ação ou omissão, o dano e o nexo de causalidade entre o dano verificado e a conduta.

Ocorre que, existem algumas circunstâncias previstas no Código Civil que rompem o nexo de causalidade, fulminando, portanto, qualquer pretensão indenizatória. Deste modo, as causas excludentes da responsabilidade civil são, pois, “casos de impossibilidade superveniente de cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou agente” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 68).

Evidencia-se, desta forma, que as causas excludentes da responsabilidade civil atingem diretamente o nexo causal, rompendo-o. Assim, não estará verificada a obrigação de reparar do agente ofensor, eis que ausente o liame entre a conduta e o dano verificado (BRAGA NETTO, 2008, p. 128).

Aqui, não se busca questionar a ocorrência do dano, mas demonstrar que a sua consumação não decorre diretamente da atividade do agente agressor.

Em outras palavras, as causas excludentes da responsabilidade são alguns acontecimentos que rompem o elo de ligação entre a sua ilicitude e a obrigação de reparar (GONÇALVES, 2011, p. 334).

### 2.5.1 Culpa exclusiva da vítima

Havendo atuação culposa da vítima, o agente poderá ser desonerado do dever de reparar, em razão da quebra do nexo de causalidade. Esta hipótese excludente da responsabilidade civil é conhecida como culpa exclusiva da vítima. “Em verdade, diz-se que em tal caso o dano terá decorrido de fato da própria vítima e não de uma conduta culposa ou do exercício de uma atividade pelo aparente ofensor” (CALIXTO, 2008, p. 336).

Isto decorre, sobretudo, da ideia de que ninguém poderá ser obrigado a reparar um prejuízo sofrido pela vítima que deu causa à própria ocorrência do dano, inexistindo, por conseguinte, o nexo entre a conduta do suposto agressor e o dano evidenciado pela vítima (BRAGA NETTO, 2008, p.132).

Assim, verificado que a suposta vítima não atuou com a diligência devida e, de algum modo, colaborou com a ocorrência do ato ilícito, verifica-se o que a doutrina reconheceu como culpa exclusiva da vítima, uma das causas excludentes de responsabilidade civil e como ensina o professor Rui Stoco (2011, p. 217), “se a vítima contribui com ato seu na construção dos elementos do dano, o direito não se pode conservar alheio a essa circunstância”.

Neste mesmo sentido é o magistério do civilista José de Aguiar Dias (1994, p. 693), quando esclarece que:

Admite-se como causa de isenção de responsabilidade o que se chama de culpa exclusiva da vítima. Com isso, na realidade, se alude a ato ou fato exclusivo da vítima, pelo qual fica eliminada a causalidade em relação ao terceiro interveniente no ato danoso.

Denota-se, portanto, que a culpa exclusiva da vítima é causa de exclusão do próprio nexo de causalidade, porque o agente, aparente causador do dano, é mero instrumento do acidente e o próprio Código do Consumidor, em seu art. 14, § 3º, a inclui como uma das causas exonerativas da responsabilidade do fornecedor (FILHO, 2010, p. 66).

Assim, tendo a ação da vítima interferido no liame que liga a conduta do agente à ocorrência do dano, até mesmo no âmbito da responsabilidade objetiva, haverá a isenção do agente do dever de indenizar, haja vista que a ação exclusiva da vítima afeta o próprio nexo causal (CRUZ, 2005, p. 169).

Infere-se, portanto, que os Tribunais vêm reconhecendo que deverão ser consideradas as peculiaridades de cada caso concreto, haja vista que a culpa da vítima pode excluir o nexo causal e a instituição financeira não será obrigada a reparar os danos sofridos pelo consumidor.

Deste modo, não há que se falar em indenização “se a concorrência de culpas do agente e da vítima chegam a ponto de, compensando-se, anularem totalmente a imputabilidade do dano” (STOCO, 2011, p. 218).

Embora a divergência doutrinária e jurisprudencial neste sentido seja intensa, *data vênia*, atualmente tem se entendido que havendo culpa concorrente, recomenda-se que a indenização seja verificada considerando o grau de culpabilidade de cada um da vítima e do agente (FILHO, 2012, p. 43).

Grosso modo, diferentemente da culpa exclusiva da vítima, a culpa concorrente da vítima figura como uma causa de atenuação da responsabilidade civil do fornecedor, haja vista que não rompe o nexo de causalidade. Verificando-se que a vítima concorreu para a ocorrência do dano, inconcebível que o fornecedor seja responsabilizado integralmente.

### **2.5.2 Fato de terceiro**

Talvez a situação mais evidenciada nas fraudes perpetradas no meio eletrônico se relacione estritamente com a atuação de um terceiro, estranho à relação contratual estabelecida entre o consumidor e a instituição financeira. Neste esteio, interessa saber se o comportamento de um terceiro, o que se conhece doutrinariamente como fato de terceiro, rompe o nexo de causalidade, excluindo a responsabilidade civil. Nos casos das fraudes no *internet banking*, o terceiro é habitualmente conhecido como *cracker*.

De plano, cumpre asseverar que a questão é tormentosa e ainda não pacificada doutrinariamente, considerando respeitosos ensinamentos em sentidos contrários. O civilista Rui Stoco (2011, p.224) esclarece que:

No plano da responsabilidade civil, predomina e deve predominar o princípio de que responde pelo dano o causador ou responsável imediato pelo evento lesivo, de sorte que a

culpa de terceiro não exime o autor direto do dever jurídico de responsabilizar-se.

Por outro lado, é respeitável o magistério dos professores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2009, p. 117), quando ensinam que:

Em algumas hipóteses, entretanto, o fato de terceiro que haja rompido o nexo causal, sem que se possa imputar participação ao agente, exonera, em nosso entendimento, completamente a sua responsabilidade, devendo a vítima voltar-se diretamente contra o terceiro.

Ademais, “na relação contratual considera-se terceiro quem não é parte no negócio jurídico, ou seja, pessoa estranha ao contrato firmado entre as partes, mas que interfere nessa relação para alterar os efeitos e o resultado do objeto da avença” (STOCO, 2011, p. 225).

Assim, caso um terceiro, estranho à cadeia de consumo, dê causa à produção do dano, é certo que se verifica a existência de uma das causas excludentes de responsabilidade das instituições financeiras, insculpida no inciso II do § 3º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Todavia, o maior problema nos casos das fraudes *online* reside na comprovação da atuação de um terceiro, haja vista que “o ônus da prova é do causador material do dano, que deve demonstrar que sua participação no evento danoso foi como mero instrumento de atuação do efetivo responsável” (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2009, p. 118).

### **2.5.3. Caso fortuito e força maior**

Sem margem para qualquer dúvida, a alegação de caso fortuito ou força maior é das causas excludentes da responsabilidade mais polêmicas. De plano, a doutrina muito se debateu para definir a diferença entre os dois institutos, que passaram a ser entendidos até mesmo como sinônimos perfeitos (WALD, 1990, p. 111).

Se insurgindo contra a não diferenciação dos institutos ora analisados, o professor Silvio Rodrigues (2002, p. 239) assevera que:

A sinonímia entre as expressões caso fortuito e força maior, por muitos sustentada, tem sido por outras repelida, estabelecendo, os vários escritores que participam desta última posição, critério variado para

distinguir uma da outra. Dentre as distinções conhecidas, Agostinho Alvim dá notícia de uma que a doutrina moderna vem estabelecendo e que apresenta, efetivamente, real interesse teórico. Segundo a referida concepção, o caso fortuito constitui um inadimplemento relacionado com a pessoa do devedor ou com a sua empresa, enquanto a força maior advém de um acontecimento externo.

Assim, o caso fortuito decorre da imprevisibilidade relativa a um caso concreto, eis que é humanamente impossível se evitar o que não se prevê. Por outro lado, a exclusão da responsabilidade civil por força maior deriva da inevitabilidade, ou seja, quando o agente nada puder fazer para evitar, ainda que haja previsibilidade (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 71).

## 2.6 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

### 2.6.1 Subjetiva

Como regra, ninguém poderá ser responsabilizado sem que tenha faltado com cautela em sua ação ou omissão. Isto porque, de acordo com a teoria clássica, a culpa é o principal elemento da responsabilidade civil subjetiva. Neste esteio, portanto, a vítima só fará jus à reparação do dano se provar a culpa do agente, não bastando a simples presença do dano e o nexo de causalidade entre ele e a determinada conduta, seja ela comissiva ou omissiva.

A responsabilidade subjetiva era a regra no Código Civil de 1916, tendo em vista que todo o sistema de responsabilidade se baseava na culpa. Com o advento do Código Civil de 2002, o sistema foi reestruturado, dando-se maior prestígio à responsabilidade objetiva, rechaçada no antigo diploma civil. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 23).

Assim, na modalidade de responsabilidade ora examinada, para que surja o dever de indenizar, faz-se necessário que o ofensor, mediante conduta culposa, viole direito de outrem e cause-lhe um dano, consoante o disposto no art. 927 do Código Civil. Aqui, portanto, não se cogitará o direito à reparação caso o ofensor não tenha atuado com a intenção deliberada de ocasionar prejuízo à vítima.

O Novo Código Civil brasileiro consagra, em seu art. 186, a teoria subjetivista, quando verbera:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

Assim, a análise da conduta do agente será imprescindível para que se possa imputar a responsabilização do ofensor, verificando se o agente adotou todos os cuidados possíveis para evitar o dano, até porque, tratando-se de fato imprevisível, não há que se falar em responsabilização de dano que não deu causa (LISBOA, 2008, p. 266).

#### 2.6.1.1 A culpa como elemento essencial

No âmbito da responsabilidade civil subjetiva, o dever de indenizar somente existirá caso se verifique que o agente causador do dano tenha agido com dolo ou culpa. Assim, nem todo o comportamento do agente será capaz de ensejar a responsabilização civil. Isto porque, competirá à vítima a comprovação de que o ofensor agiu com culpa.

Tormentosa, portanto, a delimitação conceitual de culpa, que pode ser entendida como a inobservância de um dever de conduta imposto pela ordem jurídica. Deste modo, caso o agente tenha atuado propositalmente, caracteriza-se o dolo; se a sua conduta derivou de negligência, imprudência ou imperícia, verifica-se o que se conhece como culpa em sentido estrito (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2009, p. 124).

Ademais, para que se verifique a culpa na conduta do agente ofensor, torna-se necessária a análise dos seus elementos constitutivos, que para doutrina tradicional determina a voluntariedade no comportamento do agente, ou seja, que tenha na realização do dano o seu propósito; a previsibilidade, tendo em vista que não há que se falar em responsabilização decorrente de acontecimento imprevisível, excluindo, portanto, o nexo de causalidade; a violação de um dever de cuidado, consistente na falta de cautela, atenção ou diligência.

### 2.6.2 Objetiva

Para que se compreenda a concepção desta nova modalidade de responsabilidade civil, faz-se imprescindível considerar o momento do seu surgimento, que remonta à revolução industrial do século passado e o progresso científico e a explosão demográfica que dela decorreram. Com isto, evidenciou-se o desenvolvimento industrial e econômico e, em contrapartida, foi cada vez mais recorrente a ocorrência de acidentes de trabalho.

Diante da dificuldade de se comprovar a culpa dos empregadores, ficou claro que a teoria subjetiva não era mais suficiente para atender a transformação social e econômica ocorrida naquele período (CAVALIERI FILHO, 2012, p.135).

Isto porque, ao contrário da responsabilidade civil subjetiva, que tem na culpa o elemento essencial para que se vislumbre o dever de indenizar, a objetiva analisa apenas se o prejuízo se consumou, prescindindo de culpa.

Considerando o avanço tecnológico evidenciado, sobretudo, ao longo do século XX, fora desenvolvida a teoria do risco, que serve de base à responsabilidade objetiva, ora examinada. Com a percuciência que lhe é peculiar, o professor José Joaquim Calmon de Passos (2002, p. 1) sintetiza este esforço histórico:

Os proveitos e vantagens do mundo tecnológico são postos num dos pratos da balança. No outro, a necessidade de o vitimado em benefício de todos poder responsabilizar alguém, em que pese o coletivo da culpa. O desafio é como equilibrá-los. Nessas circunstâncias, fala-se em responsabilidade objetiva e elabora-se a teoria do risco, dando-se ênfase à mera relação de causalidade, abstraindo-se, inclusive, tanto da ilicitude do ato quanto da existência de culpa.

Com isto, inúmeros dispositivos legais consagraram a responsabilidade civil objetiva, admitindo a responsabilização do agente, independentemente da existência de culpa ou dolo. Entre elas, figura a Lei nº 8.078/90, o conhecido Código de Defesa do Consumidor, que reconhece a responsabilidade civil objetiva do fornecedor do produto ou do serviço causador do dano (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2009, p. 137).

Atento ao novo cenário econômico e social, o Código Civil de 2002, em seu artigo 927, consagrou a teoria do risco e, além da responsabilidade civil subjetiva, reconheceu a possibilidade de responsabilização objetiva do agente causador do dano, senão veja-se:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Com a adoção da responsabilidade civil objetiva àqueles que desempenharem atividade de risco, muito se questiona o que, de fato, estaria incluído neste conceito. Ou seja, qual o alcance da incidência desta norma?

Com a costumeira clareza, o professor Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 25) adverte que a admissão da responsabilidade sem culpa pelo exercício de atividade que represente risco para os direitos de outrem, da forma como fora prevista legislativamente, culminará em uma ampliação dos casos de dano indenizável, por parte do Judiciário.

A polêmica em torno do reconhecimento de quais seriam as atividades de risco estariam englobas dispositivo que reconheceu a responsabilidade objetiva permanece até os dias de hoje e, infelizmente, apenas será fulminada pontualmente, à luz do caso concreto, trazendo, portanto, uma insegurança jurídica desmedida.

#### 2.6.2.1 Teoria do risco

Surgida no período propulsor do desenvolvimento econômico europeu, a teoria do risco destinou-se, basicamente, a solucionar a reparação civil decorrente dos acidentes de trabalho. Fundamentando a responsabilidade objetiva, fora estabelecido que o empreendedor de atividades perigosas deveria assumir os riscos e reparar os danos dela decorrentes (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 152).

A premissa basilar da teoria do risco determina que todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, mesmo que não tenha atuado com culpa ou dolo. Basta apenas que seja evidenciada a relação de causalidade entre a

conduta do ofensor e o dano ocasionado a vitima. Esta teoria apresenta algumas modalidades, que serão brevemente delineadas.

Para a primeira delas, conhecida como teoria do risco proveito, o responsável será aquele que obtiver proveito da atividade danosa, haja vista que, como aproveita dos ganhos, deverá também suportar os encargos oriundos da atividade exercida. Ou seja, aquele que se beneficiar economicamente, será obrigado a suportar as conseqüências prejudiciais que dela decorrem.

Como maior adepto da segunda modalidade, a chamada teoria do risco criado, figura o professor Caio Mário da Silva Pereira (2001, p.24), que sintetiza a sua ocorrência quando se cria um perigo em razão do exercício de determinada atividade ou profissão, sujeitando-se ao dano que porventura vier a ser ocasionado. Aqui, o que se encara é a própria atividade, ainda que o resultado econômico positivo não venha a ser atingido, contrariamente ao que se propõe a teoria do risco proveito, onde a obtenção do proveito econômico é requisito para que se imponha o dever de indenizar.

A vertente mais extrema da teoria do risco apresenta-se, sem dúvidas, através do risco integral, quando se impõe a reparação do dano mesmo quando se verifique a inexistência do nexa causal entre o agente o dano ocasionado. Ou seja, evidenciado o prejuízo, aqui se dispensa até mesmo a causalidade, para que se impute a responsabilização ao ofensor. Por esta razão, o direito brasileiro admite a utilização desta modalidade apenas em casos extremos, sobretudo no que se refere à legislação ambientalista (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 155).

### **2.6.3. Contratual**

A responsabilidade civil pauta-se, sobretudo, na premissa de que evidenciado o dano, o agente causador estará, de regra, obrigado a indenizar. Em sede doutrinária, tornou-se cada vez mais necessária a distinção entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual. No que se refere à responsabilidade civil contratual, o dever da reparação deverá estar intimamente ligado a uma relação jurídica pretérita, ou seja, um inadimplemento contratual (PEREIRA, 2001, p.145).

Assim, verificada a existência de um vínculo obrigacional e o dano decorra de um inadimplemento, tem-se a chamada responsabilidade contratual. Ou seja, havendo a ocorrência de um dano, em razão do descumprimento de uma obrigação estabelecida contratualmente, surgirá o dever de repará-lo, por força da responsabilidade contratual, cabendo à parte credora a demonstração do inadimplemento..

Esta modalidade de responsabilidade decorre da autonomia da vontade, onde as disposições obrigacionais são livremente dispostas e, quando verificada a sua transgressão, haverá configurado o ilícito contratual (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 16).

#### **2.6.4. Extracontratual**

Com clareza, o professor Ricardo Pereira Lira (2013, p.1) esclarece que “o dever jurídico pode surgir da lei ou da vontade dos indivíduos” e, se o dever de indenizar decorrer da transgressão de um dever jurídico imposto legalmente, o ilícito é extracontratual e vislumbra-se, por óbvio, a chama responsabilidade extracontratual.

Decorre, como visto, da inobservância de um dever legal de cuidado ou preceito geral de direito. Assim, tanto na responsabilidade contratual quanto na extracontratual, haverá, necessariamente, a violação de um dever jurídico preexistente.

O professor Rui Stoco (2011, p.140) esclarece que o Código Civil de 2002 abarcou tanto a responsabilidade civil contratual, prevista do art. 166 ao art. 184, quanto a extracontratual, ao conceituar o ato ilícito no art. 186, regulando-a em títulos diversos.

### 3. DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

#### 3.1 CONCEITO

Como ocorre na maioria dos diplomas legislativos pátrios, mesmo não sendo esta tarefa uma competência da essência do Poder Legislativo, a Lei nº 4.595/64, que regula o Sistema Financeiro Nacional, tratou de estabelecer o conceito de instituições financeiras, disposto em seu art. 17 da seguinte forma:

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, 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.

Trazida esta importante delimitação conceitual legislativa, faz-se mister trazer à baila algumas ponderações doutrinárias, notadamente no que compete à adoção desta nomenclatura ao invés de tratar-se exclusivamente da responsabilidade civil dos bancos.

Atualmente, a adoção da expressão instituição financeira em detrimento de banco vem ganhando cada vez mais espaço no cenário comercial e até mesmo jurídico, notadamente em razão da sua abrangência e precisão. Tal fato decorre do fato da primeira terminologia se referir à, além daqueles estabelecimentos que gerenciam a guarda e o depósito de valores, acepção que comumente se definem os bancos, como será demonstrado na sequência, mas também por trazer em sua essência a ideia de uma instituição de crédito (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2009, p. 383).

Os bancos, na precisa lição de Luciano Benetti Timm (2001, p.78), são conceituados como:

“espécie do gênero instituição financeira, são essencialmente intermediários do dinheiro, ou seja, eles captam esse bem no mercado e o repassam. Nessa intermediação, remuneram-se pelo *spread* (diferença entre o valor do dinheiro na captação e repasse, simbolizado na taxa de juros)”.

Percebe-se, portanto, que os bancos podem ser tidos como estabelecimentos destinados exclusivamente à distribuição de recursos financeiros e figurariam como fornecedores de crédito aos consumidores.

Ou seja, os bancos têm o objetivo precípua de promover a intermediação entre aqueles que dispõem de capitais e os que, por alguma razão, precisam obtê-los, distribuindo-os através das operações de crédito (OLIVEIRA, 2006, p.168)

Por sua vez, o professor Arnoldo Wald (2002, p. 186) discorda do posicionamento doutrinário que sintetiza a atuação bancária à concessão de crédito, esclarecendo que:

Na realidade, o banco moderno não se restringe a recolher as economias monetárias dos que lhas confiam, para emprestá-las, através de mútuo de dinheiro, aos seus clientes, como ocorria no passado. Atualmente, o conceito de banco foi substituído ou complementado pelo de instituição financeira, ou até de conglomerado financeiro, cuja função no mercado é o exercício do crédito sob as suas novas e sofisticadas formas, das quais o recebimento de depósitos em dinheiro e sua aplicação é uma das mais antigas, mas não a única.

Fincada tal premissa, depreende-se a que a expressão instituição financeira tem ganhado cada vez mais espaço, principalmente em razão da sua maior amplitude terminológica, afastando a ideia de que se trataria de uma organização empresária restrita à troca de dinheiro, razão pela qual os bancos têm sido enquadrados como uma espécie do gênero instituição financeira (ABRÃO, 1999, p.3).

Todavia, insta consignar que os bancos constituem a fatia mais expressiva das instituições financeiras que disponibilizam aos seus clientes os serviços de *internet banking*, objeto do presente trabalho.

### 3.2 ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

Atualmente, o Sistema Financeiro Nacional é regido pela Lei nº 4.595/64, que, além do Banco Central do Brasil, constituiu ainda o Conselho Monetário Nacional, competente para formular a política da moeda e do crédito, com o fito de alcançar um maior progresso econômico e social, adaptando os meios de pagamento às necessidades econômicas nacionais (ABRÃO, 2000, p.32).

Ao Banco Central do Brasil, criada sob a forma de uma autarquia federal e vinculada ao Ministério da Fazenda, compete o cumprimento das normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional, notadamente no que concerne à política financeira, para garantir o poder de compra da moeda nacional (ABRÃO, 2000, p.35).

Em razão do interesse público e do papel econômico desempenhado pelas instituições financeiras, sua atuação é condicionada à autorização do Banco Central do Brasil, cujo requerimento deve ser formulado diretamente ao Presidente do Banco Central, nos termos da Circular nº 45, de 06 de janeiro de 1966, instruindo-o com a documentação estabelecida no Anexo I desta mesma Circular (ABRÃO, 2005, p.22).

### 3.3 OPERAÇÕES BANCÁRIAS

Para alcançarem seus objetivos, as instituições financeiras, ou simplesmente bancos, desempenham diversas atividades negociais em relação a seus clientes, conhecidas usualmente como operações bancárias, que se caracterizam, sobretudo, como um acordo de vontade pactuado com os clientes (ABRÃO, 2005, p.53).

Do magistério do professor Arnaldo Rizzardo (1997, p.16) extrai-se que a atividade principal dos bancos se desenvolve nas chamadas operações bancárias, consistentes em conceder empréstimos, receber valores em depósito, bem como na prática de atos próprios para realização de sua atividade econômica.

Mesmo inexistindo qualquer distinção pragmática entre as operações bancárias, a doutrina cuidou de classificá-las em principais e acessórias. Por óbvio, as operações tidas como principais são aquelas realizadas pela essência da atividade bancária, como, por exemplo, a distribuição de capitais. As acessórias, por sua vez, são aquelas que não constituem a essência da atividade bancária, mas se caracterizam como operações que podem ser executadas pelas instituições financeiras com maior segurança e eficiência que se fossem realizadas pelos particulares (LUZ, 1996, p.36). Neste mesmo sentido é o escólio do professor Orlando Gomes (1999, p.361):

Distinguem-se as operações bancárias em principais e acessórias. Melhor, porém, qualificar as primeiras como operações típicas, para evitar-se ambigüidade. As operações acessórias não dependem das outras, existem sobre si mesmas, assim se denominando, não obstante, porque não constituem a principal atividade dos bancos sob o ponto de vista da função econômica que exercem.

À primeira vista pode parecer que as expressões operações bancárias e contratos bancários constituem sinônimos, principalmente em razão da adoção delas como pares, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência pátria. Frise-se, por oportuno, que há uma linha tênue que distingue os contratos das operações bancárias, conforme esclarece Bolaffio (apud AGUIAR JÚNIOR, 2003, p.9):

Costuma-se dizer que estas têm abrangência maior que o contrato, pois compreendem também atos praticados pelos bancos que não se formalizam no contrato, como ocorre com o simples cumprimento de ordens do cliente, e têm um sentido mais dinâmico, sendo o conjunto de atos que se desenvolvem para alcançar um resultado econômico, enquanto o termo contrato nos leva mais precisamente ao acordo de vontades.

Evidencia-se, portanto, que a doutrina mais acertada trata as operações e os contratos bancários como institutos diversos, embora intimamente interligados.

### **3.3.1 Contratos bancários**

#### **3.3.1.1 Conceito**

Os contratos bancários concretizam as operações entre as instituições financeiras e os clientes, notadamente por constituírem um acordo de vontade entre as partes, criando, regulando ou extinguindo uma relação eminentemente ligada ao desempenho das atividades dos bancos (RIZZARDO, 1997, p.19).

A doutrina se divide acerca de qual elemento se faz imprescindível para caracterização de um contrato como bancário, o subjetivo ou objetivo. Para uma parte da doutrina, é imperiosa a participação dos bancos na relação jurídica, ou seja, basta apenas que haja a participação do banco para caracterização de um negócio jurídico como um verdadeiro contrato bancário, conforme esclarece Sérgio Carlos Covello (apud DALLAGNOL, 2002, p.1).

Por outro lado, há também quem sustente fortemente uma maior precisão do critério objetivo para caracterização do contrato como bancário, haja vista que não bastaria apenas a presença do banco no pólo da relação contratual e os contratos serão considerados bancários quando só puderem ser realizados por instituições financeiras devidamente autorizadas (COELHO, 2011, p.430).

Ao que parece, a utilização isolada destes critérios não é capaz de delimitar o que de fato se caracterizaria como contrato bancário, eis que, por um lado, o elemento subjetivo alcançaria contratos realizados pelos bancos de natureza não bancária (como os contratos de trabalho celebrados com seus empregados, os contratos de compra e venda, etc). Com isto, os contratos bancários devem ser compreendidos como aqueles em que há a atuação dos bancos como verdadeiros comerciantes (DALLAGNOL, 2002, p.1).

### 3.3.1.2 Natureza jurídica

Atualmente, firmou-se entendimento que os contratos bancários possuem natureza jurídica de verdadeiros contratos de adesão. Isto porque, em razão da necessidade de celeridade nas contratações dos serviços massificados, tornou-se imperiosa a criação de contratos com padronizados, ou seja, aplicáveis à grande maioria dos contratantes.

A professora Cláudia Lima Marques (2002, p.32) esclarece que os contratos de adesão tornaram-se inerentes à sociedade contemporânea e são cada vez mais utilizados, mesmo para formalização de contratos celebrados com pequenas empresas. Com isto, os contratos ganharam a forma de verdadeiros formulários impressos ao lote, sem qualquer particularização ou negociação prévia, cabendo ao contratante apenas aderir ou não.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 54, trouxe o conceito legal dos contratos de adesão, *in verbis*:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

O que caracteriza um contrato como de adesão é o estabelecimento prévio das cláusulas (de forma unilateral) pelo sujeito econômico mais forte, sem que a outra parte possa discutir o conteúdo do contrato, inexistindo, portanto, a liberdade de negociação contratual, cabendo apenas aceitá-lo ou recusá-lo (MARQUES, 2002, p.58).

É de fácil constatação que as instituições financeiras, em conjunto com as empresas de telefonia e fornecimento de água e energia, possuem o maior número de clientes entre as pessoas jurídicas que desempenham tipo atividade econômica, notadamente em virtude da essencialidade dos serviços oferecidos.

Assim, para que pudesse se cogitar o atendimento dos interesses da população, buscou-se reduzir cada vez mais o tempo despendido para negociação dos termos do contrato e instituiu-se os contratos de adesão no meio bancário, em que a participação do contratante se dá apenas pela aceitação das condições previamente estabelecidas pelas instituições financeiras (COVELLO, 1991, p.45).

O enquadramento dos contratos bancários como de adesão (PEREIRA, 1997, p. 178)<sup>1</sup> é posicionamento uníssono da doutrina e da jurisprudência pátria. Isto porque, como ocorrem em diversos setores, a exemplo das empresas fornecedoras de água e energia, as instituições financeiras também disponibilizam verdadeiros contratos padronizados, utilizados para manter o desequilíbrio da relação contratual.

A proliferação dos contratos de adesão acabou por mitigar a autonomia da vontade, princípio absoluto da teoria geral dos contratos, diante da imposição das cláusulas e a impossibilidade da discussão entre as partes, fato inequívoco no âmbito das contratações bancárias (THEODORO JÚNIOR, 1996, p. 26)<sup>2</sup>.

A essencialidade dos serviços autorizou, de forma indireta, a inclusão de cláusulas abusivas, bem como a utilização de técnicas redacionais inconclusivas, tendentes a desequilibrarem a relação jurídica estabelecida. Por esta razão, o diploma consumerista tratou, em seu art. 51, de impor a nulidade das cláusulas abusivas.

### 3.3.1.3 *Internet banking*

---

<sup>1</sup> Caio Mário define os contratos de adesão como os “que não resultam do livre debate entre as partes, mas provém do fato de uma delas aceitar tacitamente cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra”.

<sup>2</sup> Humberto Theodoro Júnior esclarece que “um dos fatos que comprometeram o prestígio da autonomia de vontade foi a proliferação, nos últimos tempos, dos chamados ‘contratos de adesão’, ou seja, daqueles em que a notória superioridade econômica e jurídica de uma das partes leva à imposição de todas as cláusulas do negócio sem qualquer possibilidade de discussão pela parte mais fraca. A esta cabe somente aderir ou não aderir ao contrato, como um todo. Às vezes nem mesmo a abstenção do contratante mais fraco é possível, pela essencialidade dos serviços e bens ou pelo monopólio detido em mãos do outro contratante”.

Em uma sociedade onde as empresas privadas são as principais fontes de circulação de riqueza, desempenhando notável importância econômica, não há surpresa no fato de que a difusão mais célere da internet tenha ocorrido no ambiente dos negócios (DINIZ, 2006, p.3).

Acompanhando a tendência evolutiva do Século XXI, as instituições financeiras disponibilizaram, a partir de 1995, a opção da realização de operações bancárias através da internet, serviço usualmente conhecido como *internet banking* ou banco virtual. Isto, sem margem para qualquer dúvida, “constituiu a principal inovação tecnológica incorporada aos serviços bancários na última década” (DINIZ, 2006, p.4).

Tal premissa é comprovada pela pesquisa realizada pela Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN, 2013, p.6), que confirmou o *internet banking* como o canal preferencial do cliente bancário, representando 39% (trinta e nove por cento) do total de transações realizadas nos últimos 05 (cinco) anos. Este índice é ainda mais expressivo se considerarmos os outros canais de atendimento, que demonstram, por exemplo, as agências representando apenas 11% (onze por cento) das transações bancárias realizadas.

“O *Internet Banking* representa, portanto, uma nova modalidade de comércio eletrônico, pela qual o cliente, valendo-se da internet, tem acesso a vários serviços bancários para realização de negócios e contratos eletrônicos” (GOMES, 2003). Obviamente, a disponibilização das transações eletrônicas em meio virtual é extremamente vantajosa para as instituições financeiras, pois possibilitam a realização destas operações financeiras a partir de qualquer localidade e com alto grau de confiabilidade, bastando apenas o acesso à rede mundial de computadores (ABRÃO, 2009, p. 427).

Trata-se, portanto, de um canal de relacionamento, que viabilizou a realização de operações bancárias, tradicionalmente apenas oferecidas no interior das agências físicas, pela internet, de qualquer lugar, bastando apenas uma conexão com a rede mundial de computadores.

O professor Nelson Abrão (2009, p. 428) define com clareza a destinação e a revolução trazida com o *internet banking*:

Acessando de qualquer lugar seu código, com a utilização de senha, poderá o cliente realizar todas as operações pretendidas, sem maiores esforços, e programar o funcionamento do sistema conforme for de sua conveniência, tanto para saques, pagamentos, transferências, aplicações, ingressando na modernidade via eletrônica, livre das filas e dos congestionamentos que normalmente sucedem em grandes centros econômicos.

Visando corresponder à expansão da utilização da realização de transações via *internet banking*, em 22 de fevereiro de 2001, o Conselho Monetário Nacional aprovou a Resolução nº 2.817<sup>3</sup>, que viabilizou a abertura de contas exclusivamente pela internet em instituições financeiras devidamente autorizadas pelo Banco Central do Brasil.

Ainda assim, mesmo diante desta faculdade, a grande maioria das instituições financeiras ainda exige a presença dos consumidores em suas agências para formalização dos contratos bancários, o que acontece, inclusive, com o *internet banking*.

Como fora demonstrado acima, isto não significa que as transações bancárias permanecem sendo realizadas preferencialmente na sede das instituições, até porque já fora demonstrado que nos dias atuais os serviços bancários virtuais representam o canal de atendimento utilizado pela maioria esmagadora dos consumidores, mas sim que a adesão aos serviços financeiros permanece sendo realizada presencialmente, conforme esclarece Cláudia Lima Marques (2004, p.226):

A contratação de serviços financeiros por meio eletrônico puro no Brasil ainda é pouco usada (o contrato-quadro de serviços bancários é contratado de forma presencial), mas sim o meio eletrônico (*internet banking* ou *home-banking*) é o mais utilizado para os múltiplos negócios eletrônicos durante a execução do contrato (retiradas em caixas eletrônicos, com financiamento ou não, consulta e impressão de informação, extratos, faturas para pagar, etc., transferências bancárias, pagamento com faturas com código de barras, por números, etc).

A migração dos serviços anteriormente realizados nas agências bancárias para a internet proporcionou uma maior comodidade aos consumidores, que passaram a ter autonomia para realização das transações bancárias, tornando cada vez mais

---

<sup>3</sup> Art. 1º Facultar às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil a abertura e movimentação de contas de depósitos exclusivamente por meio eletrônico, observadas as formalidades previstas na Resolução 2.025, de 24 de novembro de 1993, e alterações posteriores, bem como nas normas complementares relativas à matéria.

Parágrafo 1º Para efeito do disposto nesta Resolução, consideram-se meios eletrônicos a Internet, os terminais de autoatendimento, o telefone e outros meios de comunicação à distância tornados disponíveis pela instituição para fins de relacionamento com seus clientes. Disponível em < [http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2001/pdf/res\\_2817\\_v2\\_P.pdf](http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2001/pdf/res_2817_v2_P.pdf) > Acesso em: 28 de outubro de 2013.

desnecessária a intervenção dos funcionários das respectivas instituições (DAMIANO, 2013, p.30).

Com isto, a prestação de serviços bancários através do *internet banking* trouxe diversas vantagens às instituições financeiras, eis que descongestionam o atendimento nas agências; reduzem os custos operacionais; fornecem uma imagem de instituição moderna, etc. Além disto, proporcionam maior agilidade, conveniência e segurança, obviamente, desde que respeitados os padrões de segurança estabelecidos pelas instituições financeiras (RAMOS, 2013, p.141).

Ademais, a comodidade do *internet banking* não beneficia exclusivamente as instituições financeiras, mas principalmente aos próprios consumidores, que passaram a realizar grande parte das transações bancárias no conforto do lar, no momento em que for mais conveniente, evitando, ainda, os transtornos das grandes cidades. Isto, sem nenhuma dúvida, é comprovada pela informação divulgada pela FEBRABAN (2013, p.7), demonstrando que as transações realizadas pelos meios virtuais já ultrapassam as realizadas pelos meios tradicionais.

Por outro lado, embora a possibilidade de realização de transações bancárias através do *internet banking* tenha contribuído para a redução do índice de assaltos nas agências bancárias, as transações virtuais fraudulentas passaram a ser o cerne do problema moderno.

### 3.4 AS FRAUDES ELETRÔNICAS

De plano, convém aduzir que o termo fraude precede à própria internet e os meios eletrônicos de concretização de transações financeiras e significa, em português claro e preciso, todo artifício empregado com o fim de enganar uma pessoa e causar-lhe prejuízo, traduzindo a intenção de procurar uma vantagem indevida, sendo ela patrimonial ou não.

Se de um lado o avanço tecnológico proporcionou a propagação da utilização do *internet banking* como meio hábil para realização de transações bancárias, de outro, contribuiu também para a perpetração das fraudes eletrônicas envolvendo alta tecnologia (GALLAO, 2013, p. 8).

Frise-se, ademais, que a informação representa um valioso bem jurídico da sociedade contemporânea, face às proporções desastrosas que a sua interceptação poderá ocasionar, principalmente quando relacionado à transações financeiras, conforme esclarece Djalma Silva Júnior (2003, p. 23):

As transações eletrônicas estão transformando radicalmente o estilo de vida das pessoas, que, ante os avanços tecnológicos, passaram a substituir a locomoção física por um simples “click” no computador. Para tanto, um volume incalculável de dados está disponível na rede mundial de computadores, fazendo da informação o bem maior da sociedade pós-moderna.

No que concerne às fraudes evidenciadas no âmbito do *internet banking*, objeto do presente trabalho, é necessária a conjugação de três elementos para sua ocorrência: o fraudador, a vítima e o canal *internet banking* (LAU, 2004, p.1).

A fraude eletrônica é compreendida como “o aliciamento de vítimas através do fraudador e realização de transações fraudulentas beneficiando um indivíduo ou grupo de pessoas” (LAU, 2013, p.16).

Na precisa lição de Kovach (apud DAMIANO, 2013, p.49), a fraude eletrônica é definida como “qualquer acesso não autorizado ou uma transação não autorizada efetuada em uma conta corrente através da internet”.

#### 3.4.1 *Pharming*

O termo *pharming* é derivado de *farming*, bastante utilizado na indústria farmacêutica e agrícola para demonstrar a modificação genética de hospedeiros para incrementar a produção de drogas medicinais. A terminologia deriva da semelhança com a técnica acima descrita, haja vista que nesta modalidade de fraude eletrônica também se modifica o hospedeiro que detém informação para o funcionamento da rede (SIMON, 2013).

O ataque virtual utilizando este mecanismo é realizado através do redirecionamento da vítima para páginas falsas das instituições financeiras, utilizando eventuais falhas de segurança da resolução da internet, o *Domain Name Service* (DNS), que possibilita o acesso do usuário a páginas que embora tenham a mesma aparência das *web pages* das instituições financeiras, se trata de uma página falsa, utilizada

para a perpetração das fraudes. Aqui, o redirecionamento vai ser realizado mesmo se o usuário digitar o endereço da página no seu navegador (LAU, 2004, p.3).

### 3.4.2 *Phishing*

Já fora o método mais difundido para perpetração das fraudes em transações realizadas no *internet banking*, principalmente em razão da sua fácil aplicação. O termo, que em sua essência significa pescaria, é derivado da forma de atuação do fraudador (AZEVEDO, 2012, p.48).

Isto porque, esta modalidade de fraude é efetivada com o envio de mensagens eletrônicas falsas aos usuários de e-mail, disponibilizando o endereço de *web sites* fraudulentos na internet, com o nítido propósito de captar informações confidenciais, notadamente àquelas destinadas a utilização para consumação das transações eletrônicas através do *internet banking*.

Em outras palavras, o *phishing* é a modalidade de fraude em que se constata o envio de mensagens não solicitadas, que supostamente são enviadas por instituições conhecidas (como o próprio banco, receita federal, etc), mas que objetiva exclusivamente induzir o acesso páginas fraudulentas, projetadas exclusivamente para furtar dados pessoais e financeiros do usuário (DAMIANO, 2013, p.49).

Trata-se, portanto, de um trabalho criminoso destinado unicamente à obtenção de dados confidenciais dos usuários, cujas páginas fraudulentas são criadas e programadas de forma tão semelhante às originais, que após a inserção dos dados bancários pelas vítimas, todas as informações são repassadas aos fraudadores, que as utilizaram para consumação do ato ilícito (AZEVEDO, 2012, p.5).

Os ataques *phishing* podem ser promovidos via e-mail, programas de mensagem instantânea e *trojans* de infecção de navegador, que são programados para conduzir o usuário à página falsa (SIMON, 2013).

Mesmo desconfiado, em razão das inúmeras notícias veiculadas nos meios de comunicação, o usuário acaba sendo instigado a clicar nos falsos *links*, acreditando que irá obter informações importantes. Como a criatividade dos fraudadores é tamanha, utilizam temas que certamente atrairão o interesse das vítimas, como

notícias relativas à restituição do imposto de renda, eventual inscrição no cadastro de proteção ao crédito, cobrança de dívidas, intimações policiais, entre outros (AZEVEDO, 2012, p.6).

O professor Demócrito Reinaldo Filho (2013, p.3), estudioso das fraudes eletrônicas, esclarece como o *phishing* é posto em prática:

A primeira etapa do phishing consiste na apropriação de informações de outra pessoa (como nome, informações de conta e senha bancária), para serem utilizadas fraudulentamente nas fases seguintes da trama (transferências de numerários de contas correntes e aplicações financeiras). É um ato de impersonificação (numa incorporação para o português do termo inglês impersonation), consistente na apropriação de informações pessoais do cliente do banco com finalidades ilegais. O criminoso se apodera da informação de outra pessoa, sem o conhecimento desta, que é enganada de forma fraudulenta. Nesse sentido, o phishing pode ser enquadrado na rubrica do «furto de identidade» identity theft, que é a expressão utilizada para denominar de forma genérica o crime de maior tendência ao crescimento nos tempos atuais

Trata-se aqui de uma ameaça externa, haja vista que ela ocorre fora dos limites do sistema bancário, dependendo, única e exclusivamente, da atuação dos próprios usuários, classificando-se como uma ameaça social (DAMIANO, 2013, p.49).

### 3.4.3 Scam

É cada vez mais freqüente o recebimento de mensagens de e-mail indesejadas, notadamente àquelas enviadas indiscriminadamente às caixas postais de milhares de usuários, que, para piorar, não têm a opção de não recebê-las e ainda podem estar sendo utilizadas para fins fraudulentos (LAU, 2004, p.2).

Nesta modalidade de perpetração de fraude o usuário é induzido à uma instalação acidental de um programa existente no *link* forjado na própria mensagem, que, apesar de aparentemente inofensivo, pode ocasionar inúmeros prejuízos aos usuários. Isto porque, com a instalação do *software* indesejado, mais conhecidos como cavalos de tróia, todos os dados informados no computador infectado são coletados e encaminhados aos fraudadores (LAU, 2004, p.2).

A engenhosidade da fraude é tamanha que o processo de captura dos dados é praticamente imperceptível à vítima e, por esta razão, o *scam* é o meio mais utilizado para a perpetração de fraudes eletrônicas no *internet banking* (SIMON, 2013).

### 3.5 PROTEÇÃO DO *INTERNET BANKING* E OS MECANISMOS DE SEGURANÇA

Com a disseminação do número de transações bancárias realizadas através da internet e, de outro lado, com a proliferação das fraudes perpetradas neste ambiente, as instituições financeiras passaram cada vez mais a se preocuparem com a segurança eletrônica, conforme esclarece o professor Nelson Abrão (2009, p. 438):

Torna-se capital que os investimentos sejam feitos com vistas à proteção das operações e à própria segurança do usuário, porquanto a forma de utilização assegurada pelo sossego do lar em nada se compara com o uso de caixas eletrônicos e o acesso aos bancos que operam ininterruptamente.

Por esta razão, os mecanismos de segurança atualmente utilizados pelas instituições financeiras são estruturados de forma preventiva, consistente na adoção de mecanismos que visam proteger os dados dos usuários, de forma a proporcionar a identificação, autenticação e autorização (DAMIANO, 2013, p. 39).

Analisando o item anterior, evidencia-se que os fraudadores permanecem constantemente evoluindo os mecanismos utilizados para efetivação das fraudes no *internet banking*, diante da perda superveniente da eficácia dos ataques anteriormente efetivos. Constata-se ainda que os mecanismos de consumação das fraudes são bastante semelhantes e objetivam, de modo geral, a induzir a vítima a fornecer os dados para acesso ao *internet banking* (LAU, 2004, p.4).

Objetivando dirimir o número de registro de transações fraudulentas, as instituições financeiras investem importantes quantias em inovação e em novas técnicas de dispositivos de segurança, com o escopo básico de tornar o acesso ao *internet banking* mais seguro aos consumidores.

Além da conscientização dos usuários, que realizada de forma efetiva poderá amenizar o percentual das fraudes eletrônicas, outros meios podem ser utilizados para mitigá-las. Obviamente, como a evolução da internet veio a proporcionar a proliferação das fraudes, possibilitou também que as instituições financeiras se valessem de mecanismos cada vez mais efetivos.

### 3.5.1 Firewalls

O termo, em sua essência, é utilizado analogicamente às paredes corta fogo, que têm como objetivo evitar a propagação de incêndio, haja vista que estes dispositivos destinam-se a impedir o acesso malicioso e não autorizado à uma rede de computadores, garantindo a integridade e a confidencialidade dos dados ali armazenados, tornando-os acessíveis tão somente àqueles que possam ser identificados como o efetivo consumidor (AZEVEDO, 2012, p. 8).

Por esta razão, o *firewall* desempenha papel importantíssimo no tocante às transações realizadas no *internet banking*, pois, conforme esclarece Demócrito Reinaldo Filho (2013, p.18) sua função consiste na “regulação do tráfego de dados, para impedir a transmissão ou recepção de acessos nocivos ou não autorizados de uma rede para outra”.

Ocorre que, como a atuação dos *crackers* destina-se à obtenção prévia das senhas e dados bancários das vítimas, acessando o *internet banking* como se fossem o cliente legítimo, os *firewalls* acabam sendo ineficazes em relação à esses fraudadores.

### 3.5.2 Criptografia de dados

Conhecida tecnologia que objetiva exclusivamente garantir a confidencialidade e privacidade dos dados e, no tocante ao *internet banking*, destina-se a proteger os dados armazenados, bem como assegurar o sigilo das informações que trafegam na rede (LAU, 2006, p. 26).

As instituições financeiras adotam o protocolo de segurança SSL, que significa *Secure Sockets Layer*, tecnologia tida como padrão de segurança na transmissão de dados pela internet (REINALDO FILHO, 2013, p.18).

Aqui, para dificultar a interceptação das informações dos usuários utilizadas durante a transação eletrônica, esta tecnologia torna os dados inteligíveis, de forma a assegurar o tráfego destas informações (GUEDES, 2009, p. 19).

Caso as informações bancárias utilizadas para transações eletrônicas não fossem criptografadas, tornar-se-ia extremamente fácil a tarefa dos fraudadores, pois possibilitaria que eles se apoderassem dos dados para efetuar transações indevidas (LAU, 2006, p. 27).

Mais uma vez, mesmo fornecendo confidencialidade às informações permutadas entre o cliente e o servidor da instituição financeira, a criptografia de dados não se confirma um mecanismo hábil a obstar a atuação dos *phishers*, que não se afigura como um terceiro estranho à transação, pois, possuindo as informações bancárias anteriormente obtidas, se identifica como se fosse o próprio usuário (REINALDO FILHO, 2013, p.18).

### 3.5.3 Certificado digital

Certificado digital é documento eletrônico criado com o propósito de comprovar virtualmente a identidade virtual de uma pessoa, física ou jurídica, conferindo maior segurança às transações online, bem como possibilitando a troca eletrônica de documentos e dados, tudo isto, inclusive, com validade jurídica (GALLAO, 2013, p. 11).

No tocante ao *internet banking*, o certificado digital busca conferir autenticidade às páginas da *web* acessadas para efetivação das transações eletrônicas, disponibilizando os dados de identificação dos responsáveis pela manutenção do *website*, de forma que o usuário possa constatar se há a certificação da página e assim, se precaver de eventuais infortúnios (REINALDO FILHO, 2013, p. 19).

### 3.5.4 Teclado virtual

Trata-se, aqui, da imagem de um teclado sobreposto ao ambiente de navegação do *internet banking*, que ficou conhecido como teclado virtual e visa à proteção dos dados do usuário (LAU, 2006, p. 71). Esta novel tecnologia permite a inserção da senha utilizando o mouse, inutilizando o teclado físico, objetivando evitar a captura das informações digitadas pelo usuário, por prescindir o armazenamento em disco.

Ou seja, a utilização do teclado virtual impede que sejam captadas as informações do cliente, pois as informações digitadas no teclado virtual não são armazenadas no computador do usuário. Os fraudadores avançaram mais uma vez e desenvolveram, para superar o obstáculo criado pelo teclado virtual, uma nova modalidade de fraude, conhecida como *screenlogger*, que se caracteriza por armazenar a posição do cursor e a tela do ambiente virtual utilizado para efetivação das transações eletrônicas (REINALDO FILHO, 2013, p. 18).

### 3.5.5 Tokens

São dispositivos cada vez mais utilizados para identificar os usuários do *internet banking*, diante da sua dinamicidade, que se encarregam de gerar senhas válidas para um único acesso ou determinado período de tempo (GUIMARÃES, 2006, p. 45).

Ao pressionar o dispositivo, o usuário receberá uma combinação numérica que poderá ser utilizada uma única vez. Por isso, os especialistas estão tendentes a afirmarem que este mecanismo é capaz de mitigar a atuação dos *phishers* (REINALDO FILHO, 2013, p. 20).

## **4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS PELOS DANOS CAUSADOS NAS TRANSAÇÕES REALIZADAS PELO INTERNET BANKING**

### **4.1 AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS COMO FORNECEDORAS DE SERVIÇO E A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e a amplitude da proteção conferida pelas suas normas, muito se questionou sobre a sua aplicabilidade às instituições financeiras.

Isto porque, em razão dos regramentos insculpidos no Código de Defesa do Consumidor, a doutrina e a jurisprudência sedimentaram entendimento imputando responsabilização objetiva às instituições financeiras, bastando apenas que se comprove o nexo de causalidade entre o dano e a conduta omissiva ou comissiva do agente, em aplicação da teoria do risco proveito, aduzindo que haveria assunção dos riscos do negócio pelo lucro obtido com o exercício da atividade.

Desta forma, alegando que nem todas as atividades que exercem encontram-se sob a égide consumerista e por isto não se considerariam fornecedores de serviços, as instituições financeiras se insurgiram contra a sujeição à Lei nº 8.078/1990 e a conseqüente aplicação da responsabilização objetiva em casos de danos causados aos consumidores.

O argumento utilizado para afastar a incidência das normas consumeristas no âmbito das relações jurídicas travadas com os bancos era pautado na ideia de que, como o dinheiro era o produto oferecido e que, “uma vez disponibilizado ao consumidor, ele seria sempre repassado a mais alguém, o tomador do serviço não seria o destinatário final do produto” (MAGALHÃES, 2012, p. 11), afastando-se, por conseguinte, do conceito estabelecido pelo art. 2º do supramencionado diploma legal, que estabelece:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Insta consignar, entretanto, que para compreensão do significado empregado pelo Código de Defesa do Consumidor ao que seria destinatário final, faz-se imprescindível elucidar, em breves linhas, as interpretações teóricas conferidas ao indigitado dispositivo legal.

De um lado, os adeptos da teoria maximalista, que não é aplicável no Brasil, consideram como consumidor toda pessoa, física ou jurídica, que retire o produto ou serviço do mercado e que o utilize como destinatário final, ainda que este produto venha a ser adquirido para ser utilizado em um novo processo produtivo. Argumentam, para tanto, que diante da massificação das relações de consumo,

evidenciado na proliferação dos contratos de adesão, todo e qualquer contratante deve ser considerado vulnerável, pouco importando a destinação a que será dada ao produto adquirido (MARQUES E BENJAMIN, 2009, p. 71).

Busca-se, portanto, uma extensão do conceito de consumidor sem qualquer critério diferenciador, bastando, para que seja configurada a condição de consumidor, que o produto seja retirado do mercado e consumido pelo adquirente.

De outro lado, figuram os adeptos da teoria finalista, que impõe, para a caracterização do consumidor, a verificação do destinatário final do produto, em caráter econômico e fático. Aqui, não basta que o produto seja retirado do mercado de consumo, de modo que para a caracterização do destinatário final econômico do produto, faz-se imprescindível que ele não seja reinserido no mercado de consumo, ou seja, não passe a ser utilizado como um instrumento de produção (MARQUES, 2002, p. 304).

Como não poderia deixar de ser, a teoria mista veio a ponderar o entendimento sedimentado pelas expostas anteriormente, admitindo como consumidores mesmo aqueles que utilizassem os produtos ou serviços como meios de produção, mas desde que comprovada a sua vulnerabilidade (BRAGA NETTO, 2008, p. 197).

O que se percebe, portanto, é que o cerne para a aplicação das normas de consumo está delimitado no enquadramento do consumidor como destinatário final. Com maestria, a professora Cláudia Lima Marques (2002, p. 338) tratou de elucidar a compreensão das teorias expostas acima:

O destinatário final é o Endverbraucher, o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico), e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é consumidor-final, ele está transformando o bem, utilizando o bem para fornecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor.

Conforme restou demonstrado no tópico competente, os contratos bancários constituem, em sua maioria, verdadeiros contratos de adesão, o que indica a existência da vulnerabilidade do contratante frente às instituições financeiras, notadamente em razão da superioridade técnica e econômica (MARQUES, 2002, p. 458).

Convém aduzir que, ainda assim, a controvérsia sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras apenas restou superada após o STJ ter consagrado o entendimento em sua súmula de número 297, a seguir transcrita:

Súmula nº 297 - O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

Inequívoco, atualmente, o enquadramento das instituições financeiras no conceito de fornecedor estabelecido no art. 3º do diploma consumerista. Inelutável, portanto, a existência de uma relação de consumo, eis que delineada a definição legal de consumidor e fornecedor. Com a percuciência que lhe é peculiar, o professor Arnoldo Wald (1991, p.8) esclarece que “os clientes que usam os serviços bancários para satisfazer necessidades pessoais e não para lucrar são consumidores e essa relação sofre a incidência do Código de Defesa do Consumidor”.

Relevante, após uma aparente superação do problema concernente à incidência do CDC aos contratos bancários, é delimitar as principais conseqüências no tocante ao *internet banking*.

Destaca-se, neste rol, o dever de proteção e segurança, que impõem às instituições financeiras a obrigação de se valerem de mecanismos de segurança hábeis a protegerem os consumidores (GOMES, 2003, p. 106). Neste ponto, como já demonstrado no tópico pertinente, as instituições financeiras investem cada vez mais em dispositivos de segurança, como forma de mitigar a atuação dos fraudadores.

Estabelecido no art. 6º, I, do Código de Defesa do Consumidor, o dever de informação também se encontra como uma das conseqüências da sujeição das instituições financeiras a este diploma normativo, obrigando-as a esclarecerem exatamente os serviços que estão sendo contratados pelos consumidores, os custos que deles derivarão e, principalmente, os riscos a eles inerentes.

Há, ainda, a expressa determinação da inversão do ônus da prova em favor do consumidor, consoante expressa previsão legal insculpida no art. 6º, VIII, do diploma consumerista. Com isto, afasta-se a regra estabelecida no Código de Processo Civil, onde o ônus da prova incumbe a quem alega, nos termos do seu art. 333, I. Tal previsão decorre, obviamente, da freqüente hipossuficiência dos consumidores perante os fornecedores.

Por fim, a última e talvez a principal conseqüência da aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras é a imputação da responsabilidade objetiva.

Aqui, a responsabilidade poderá ser reconhecida independentemente da culpa, bastando apenas que seja comprovado o dano e o nexo de causalidade. Isto é o que se depreende da análise do art. 14 do diploma consumerista, *in verbis*:

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.

[...]

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Ademais, convém aduzir que como o propósito do presente trabalho não se destina a elucidar todas as questões relativas à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras, notadamente quando se tem ciência de que, mesmo após a edição da Súmula nº 297 pelo Superior Tribunal de Justiça, a doutrina e a jurisprudência têm entendido que algumas relações jurídicas estabelecidas com instituições financeiras não se sujeitam às normas consumeristas (GOMES, 2003, p. 105).

#### 4.2 A APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA E A POSSIBILIDADE DE QUEBRA DO NEXO CAUSAL

É certo que o princípio da boa-fé objetiva, insculpido no ordenamento jurídico pátrio, cria um dever geral de segurança, que dever ser estritamente observado pelos fornecedores de serviços e que condiciona a disponibilização de qualquer serviço ou produto à verificação da segurança dos mesmos. Contudo, não há que se falar em segurança absoluta, inconcebível atualmente, sendo possível exigir apenas que o

fornecedor cumpra de forma razoável e legítima aquilo que dele é esperado (SANSEVERINO, 2007, p. 125).

Com o advento da Lei nº 8.078/1990, o ordenamento jurídico brasileiro evidenciou uma importante inovação nos pilares do instituto da responsabilidade civil, notadamente em razão da previsão da responsabilidade objetiva dos fornecedores, o que fora consagrado no verbete do seu art. 14. Aqui, a contrário da responsabilidade civil subjetiva, o dever de indenizar surgirá independente de culpa, bastando que se constate o dano e o nexo de causalidade.

Assim, em razão da acolhida da chamada Teoria do Risco pelo Código de Defesa do Consumidor, entende-se que as instituições financeiras assumem os riscos do fornecimento dos serviços através do *internet banking*, o que importa reconhecer, por conseguinte, que a responsabilidade pelos danos causados nas transações fraudulentas será apurada objetivamente, eis que o risco é inerente à atividade desenvolvida, razão pela qual a responsabilidade decorre *ope legis* (OLIVEIRA, 2006, p. 291).

Evidencia-se, portanto, que a regra é a responsabilidade objetiva das instituições financeiras, “uma vez que a fraude perpetrada decorre dos riscos inerentes à sua própria atividade, ou seja, a responsabilidade decorre *ope legis* do fato objetivo de serviço, e não da conduta subjetiva do agente” (REZENDE, 2010, p. 78).

Além disto, é importante rememorar que o número de transações realizadas através do *internet banking* já supera as realizadas no interior das agências das instituições financeiras e por isto possibilita uma diminuição de custos e aumento de lucratividade. Neste sentido, inclusive, é o magistério de Patrícia Peck Pinheiro (2007, p.195):

Para nós está claro que no mundo virtual as instituições bancárias têm de ter a mesma segurança, solidez e credibilidade perante os seus clientes que no mundo real - ou até mais, pelas características da rede. O custo de cada operação feita por clientes em uma agência bancária é cerca de duas vezes maior do que o custo da mesma operação feita por telefone e dez vezes maior que a feita por Internet. Se a extensão virtual de um banco representa tamanha redução de custos para esse banco, é justo esperar que reverta também em grandes investimentos na segurança do cliente virtual. O banco é integralmente responsável por qualquer dano ao cliente enquanto este estiver em seu espaço virtual. Um roubo virtual sofrido por um cliente quando operava no site de um banco é de responsabilidade desse banco. Por isso mesmo, as operações financeiras virtuais deve, obrigatoriamente, estar cobertas por seguro total.

Diante da notória economia em relação às transações realizadas nas agências das instituições financeiras, que chega a ter o custo dez vezes menor, espera-se que seja investido cada vez mais na segurança das transações realizadas no *internet banking*.

Como já tratado ao longo deste trabalho, foram desenvolvidos diversos mecanismos de segurança para diminuição das fraudes perpetradas no *internet banking*, entretanto, caso evidenciada a sua obstrução, não estará eximida a responsabilidade e permanecerá o dever de reparar o dano causado em razão da violação dos mecanismos disponibilizados pelas instituições financeiras.

Evidencia-se, ainda, que é imperiosa a necessidade de inversão do ônus da prova, com fulcro no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, haja vista que cabe às instituições financeiras provar a eficiência dos mecanismos desenvolvidos para segurança do *internet banking*.

Com isto, evidenciada a fraude contra o correntista que se utiliza dos serviços de *internet banking*, estará consumada a responsabilidade da instituição financeira em restituir os valores que foram desviados de sua conta corrente, a título de danos materiais, bem como indenizá-lo por eventuais danos morais ocasionados.

A problemática da responsabilidade civil das instituições financeiras pelas fraudes perpetradas no *internet banking* tem despertado à atenção dos tribunais pátrios, que sedimentaram entendimento imputando a responsabilização objetiva pelos danos causados aos usuários deste serviço, consoante se infere da análise do aresto a seguir transcrito:

AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. INVASÃO DA CONTA CORRENTE DA APELADA POR MEIO DA AÇÃO DE "HACKERS" NA INTERNET - SISTEMA "BANKLINE". INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS CADASTROS DE RESTRIÇÃO DE CRÉDITO. INDENIZAÇÃO. CABÍVEL. RISCO DA ATIVIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO MORAL. MINORAÇÃO. INDEVIDA. SENTENÇA MANTIDA. 1- A atividade bancária é matéria que está no âmbito de incidência da legislação consumerista, conforme se observa das disposições dos artigos 2º, 3º e 52 do Código de Defesa do Consumidor (Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça). 2- Não tendo o Banco/Apelante demonstrado a segurança necessária na prestação do serviço que culminou com o abalo moral em decorrência da inclusão do nome da apelada em órgão restritivo de crédito, cabível é a indenização, mediante responsabilidade objetiva, nos termos do artigo 14, "caput" e 1º do Código de Defesa do Consumidor. 3- O causador do dano deve ser condenado de forma que proporcione ao lesado satisfação na justa medida do abalo sofrido, produzindo impacto para dissuadi-lo de igual e novo atentado. Apelação Cível desprovida. (Apelação Cível nº 887571-2. Tribunal

de Justiça do Paraná. 6ª Câmara Cível. Rel. Des. Paulo Cezar Bellio. Julgado em 22/08/2012).

Da análise do julgado supra, infere-se que a jurisprudência acolhe o entendimento doutrinário quanto à sujeição das instituições financeiras às normas consumeristas, aplicando-lhes a responsabilização objetiva pelos danos ocasionados pelas falhas na prestação do serviço. Neste mesmo sentido é o entendimento esposado no acórdão abaixo, *in verbis*:

CIVIL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. APLICAÇÃO DO CDC ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. RETIRADAS INDEVIDAS EM CONTA POUPANÇA. RESPONSABILIDADE DO BANCO DEPOSITÁRIO. DANOS MORAIS DEVIDOS. QUANTUM FIXADO EM R\$ 4.000,00 (QUATRO MIL REAIS). MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. A responsabilidade civil da CEF pelos danos comprovadamente causados em razão de saques indevidos, por intermédio do Internet Banking, na conta da autora é de natureza objetiva, dependendo, para a sua configuração, da presença simultânea dos requisitos extraídos do art. 14 do CDC (defeito na prestação do serviço; dano patrimonial ou moral; nexos de causalidade), aplicável às instituições financeiras por força do art. 3º, parágrafo 2º, do Estatuto Consumerista. 2. O valor da indenização por danos morais deve ser suficiente para, a um só tempo, desestimular reiteração da conduta lesiva pelo réu e abrandar, na medida do possível, o constrangimento e a humilhação causados ao autor lesado. Contudo, o quantum indenizatório deve ser proporcional ao dano moral causado, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa. 3. Na hipótese dos autos, a indenização fixada pela sentença em R\$ 4.000,00, por danos morais causados à autora, mostra-se razoável e proporcional, sendo suficiente a atender os critérios acima aludidos. 4. Apelação não-provida. (Apelação Cível nº 421804 PB 0004884-27.2006.4.05.8200. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. 2ª Turma. Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira. Julgado em 16/09/2008).

Perscrutando os termos da ementa supra, infere-se a aplicação da responsabilidade objetiva no caso concreto, onde se verifica exclusivamente a ocorrência do dano e a falha na prestação do serviço oferecido. Outro argumento válido esposado para responsabilização das instituições financeiras deriva da plena presunção de segurança repassada aos consumidores que se utilizam do serviço de *internet banking*, razão pela qual, caso constatada a fraude, é prontamente reconhecido o dever de indenizar do prestador do serviço.

DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Autora que foi vítima de fraude praticada por terceiros, mediante acesso à internet, e no sítio do réu. Acreditando estar em ambiente seguro, porquanto a tanto a fez confiar o réu, foi-lhe solicitado o cadastramento da senha bancária, que acabou por ser captada por terceiro, que efetuou inúmeras transações de pagamento de boletos de cobrança e empréstimos de crédito pré-aprovado. Réu que não comprovou a adoção de medidas de proteção quanto à segurança das transações on line, impedindo a ação de hackers em seu

sistema, não trouxe aos autos o resultado da apuração administrativa que fez acerca dos fatos, a demonstrar que o evento decorreu exclusivamente de fato imputável à autora. Responsabilidade objetiva assentada na teoria do risco do negócio (da atividade), segundo a qual se os fornecedores colocam no mercado de consumo serviço perigoso à segurança do consumidor, são seus os ônus que dessa atividade decorrem. Majoração da verba indenizatória pelos danos morais. Provisão da primeira apelação e desprovisão da segunda. Apelação Cível nº 0070488-60.2009.8.19.0001. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Décima Sétima Câmara Cível. Rel. Des. Luisa Bottrel Souza. Julgado em 19/01/2011).

É certo, portanto, que em razão da acolhida da responsabilidade objetiva pelo Código de Defesa do Consumidor e da sujeição das instituições financeiras às normas instituídas pelo aludido diploma normativo, elas serão quase sempre responsáveis pelos danos causados aos consumidores usuários do *internet banking*.

Neste esteio, verificada a existência de fraude perpetrada em desfavor do consumidor que se utiliza do serviço de *internet banking*, restará consumada, em regra, a responsabilidade da instituição financeira em reparar o dano, consistente na restituição de valores, se for o caso, consistente na reintegração ao *status quo ante*, bem como na reparação por eventuais danos morais ocasionados, ), conforme se depreende da análise do julgado a seguir colacionado:

CIVIL. CDC. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. SAQUE EM CONTA EFETUADO POR TERCEIRO (hacker), VIA INTERNET. FALHA DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO BANCO. DANO MATERIAL JÁ RESSARCIDO. DANO MORAL CARACTERIZADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. SENTENÇA MANTIDA. 1. Os bancos têm o direito de adotar todas as opções que a moderna tecnologia oferece, para prestação de seus serviços, inclusive a possibilidade da movimentação de contas pela Internet. Isso, inclusive, lhes proporciona enorme redução de custos, e por conseqüência um aumento considerável nos lucros, pois nesse caso, é o próprio cliente quem faz todo o serviço que seria feito pelos empregados do banco, caso o cliente procurasse a agência. 2. De outra banda, incumbe ao banco dotar seus sistemas eletrônicos de segurança e eficiência, de molde a impedir que seja o consumidor lesado, pelo simples fato de utilizar os meios que lhe são postos à disposição. Se o sistema eletrônico, em razão de alguma falha, permite que um terceiro tenha acesso à conta do cliente, causando-lhe prejuízo, resta ao banco a responsabilidade objetiva de reparar os danos materiais e morais eventualmente ocorridos. (Apelação Cível nº 20050110075524. Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Rel. Juiz Jesuíno Aparecido Rissato. Publicado em 04/10.2005, pág. 194).

Inexiste, portanto, qualquer dúvida no sentido de que o consumidor não poderá ser prejudicado pela utilização de sua conta-bancária para fins fraudulentos, haja vista

que a instituição financeira deve disponibilizar o serviço do modo mais seguro e eficiente possível.

Perscrutando os termos dos acórdãos acima colacionados, infere-se que as instituições financeiras são sempre responsabilizadas pelos danos materiais ocasionados aos consumidores, consistentes na restituição dos valores ilicitamente desvirtuados das suas contas bancárias.

Por outro lado, talvez a maior controvérsia acerca da responsabilização das instituições financeiras nas fraudes efetivadas no *internet banking* seja relacionada à condenação ao pagamento de indenização pelos danos morais ocasionados, haja vista que há notória divergência no entendimento sedimentado pelos julgadores. De um lado, sustenta-se que o dano moral emerge *in re ipsa*, bastando apenas que seja constatada a ocorrência do fato ilícito e do nexo de causalidade, prescindindo a demonstração do abalo moral sofrido, senão veja-se:

RECURSO APELAÇÃO. HIPÓTESE EM QUE AS RAZÕES RECURSAIS NÃO GUARDAM RELAÇÃO COM OS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA RAZÕES DISSOCIADAS - NÃO OBSERVAÇÃO DOS ARTS. 514 E 515 DO CPC RECURSO DO BANCO NÃO CONHECIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Movimentação na conta da autora Pagamento de contas via on line - Lançamentos não reconhecidos - Incidência do Código de Defesa do Consumidor Art. 14, § 3º, da lei consumerista - Responsabilidade objetiva da instituição financeira pelo dano causado por defeito na prestação de serviços Restituição dos valores retirados da conta corrente Indenização por danos morais devida - O dever de indenizar prescinde da demonstração objetiva do abalo moral sofrido, exigindo-se como prova apenas o fato ensejador do dano Elevação do montante indenizatório para R\$ 15.000,00 - Recurso da autora parcialmente provido. (Apelação Cível nº 9144354-53.2009.8.26.0000. Tribunal de Justiça de São Paulo. Décima Nona Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Mário de Oliveira. Julgado em 10/12/2012).

Em sentido contrário, há quem sustente que a responsabilização das instituições financeiras ao pagamento de indenização por danos morais somente será imputada quando efetivamente comprovados os danos ocasionados, consoante se infere da análise da ementa do julgado a seguir transcrito:

DANOS MATERIAIS. Indevidas movimentações financeiras via Internet Banking na conta corrente de titularidade da consumidora. Culpa exclusiva da correntista ou de terceiro não demonstrada (art. 14, § 3º, II, do CDC). Falha operacional ou de segurança caracterizada. Sentença mantida. DANOS MORAIS. Não caracterização. Danos que não ultrapassaram a esfera patrimonial da autora. Ausência de real penetração de conduta ilícita e indevida na esfera da personalidade humana. Banalização do dano moral que deve ser evitada. Sentença mantida. VERBAS SUCUMBENCIAIS.

Improcedência de um dos dois pedidos formulados. Sucumbência recíproca configurada (art. 21, caput, do CPC). Aplicação do art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recursos não providos. (Apelação Cível nº 9173574332008826. Tribunal de Justiça de São Paulo. Décima Primeira Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Rômulo Russo. Julgado em 15/12/2011).

Além do argumento da chamada indústria do dano moral, verifica-se que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sedimentou entendimento contrário à fixação de indenização por danos morais quando os numerários subtraídos das contas dos consumidores forem restituídos pelas instituições financeiras.

Insta consignar, no entanto, conforme esclarece a professora Maria Helena Diniz (2009, p.374), “que o juiz não terá de decidir sempre pela responsabilidade do banco, devendo, obviamente, considerar as peculiaridades de cada caso concreto, ao decidir a quem caberá reparar o dano”.

Todavia, faz-se imprescindível rememorar que a responsabilidade objetiva das instituições financeiras poderá ser afastada em algumas hipóteses, notadamente em virtude da possibilidade de quebra do nexo de causalidade, que afasta a conduta do agente ao dano por ele ocasionado, conhecidas como excludentes da responsabilidade civil.

Embora não se questione a ocorrência do dano, será possível constatar que ele não decorreu diretamente da atividade da instituição financeira, o que importará reconhecer, por conseguinte, a impossibilidade de sua responsabilização. Ou seja, embora seja inelutável que é objetiva a responsabilidade das instituições financeiras, admite-se que ela possa ser afastada em algumas hipóteses.

#### 4.3 CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA E O DEVER DE CUIDADO

Por mais sofisticados que sejam os mecanismos de segurança disponibilizados pelas instituições financeiras, é imprescindível, ainda, que os consumidores sejam cautelosos na utilização dos serviços de *internet banking*, adotando cuidados necessários para obstar a atuação dos fraudadores.

Frise-se, ademais, que a grande maioria das instituições financeiras que oferece este tipo de serviço disponibiliza em sua *web page* uma cartilha de segurança, indicando aos usuários uma série de condutas preventivas à ocorrência das fraudes eletrônicas, que, infelizmente, são desconsideradas pelos consumidores na grande maioria das vezes.

Importante ainda consignar que frequentemente são veiculadas notícias em jornais e programas de televisão informando sobre os cuidados necessários para utilização dos serviços de *internet banking*, alertando para o alto índice de fraudes evidenciadas nos últimos anos, que, como já aduzido, decorrem dos meios cada vez mais ardilosos utilizados pelos fraudadores.

Espera-se, portanto, que os consumidores adotem medidas cautelosas tendentes a reduzir o número de fraudes financeiras perpetradas no ambiente virtual.

Nas demandas postas à apreciação do Poder Judiciário, as instituições financeiras alegam que a responsabilidade pelas transações fraudulentas realizadas através do *internet banking* é exclusivamente do consumidor e invocam, para tanto, a imperiosa observância do dever de cuidado.

O dever de cuidado dos próprios usuários impõe a utilização cautelosa deste serviço e é paralelo ao dever de segurança imposto às instituições financeiras, ou seja, não adianta que as instituições financeiras disponibilizem modernos sistemas de segurança se os consumidores não forem cautelosos na utilização do serviço, que, sem dúvida, além de representar fática redução de custos, também constitui grande comodidade para os usuários.

Como precaução, algumas instituições financeiras impõem, para a disponibilização dos serviços de *internet banking*, que os consumidores assinem um contrato específico para a prestação deste serviço, em que estipulam a necessidade de observância dos padrões de segurança por elas estabelecidos. Assim, estabelecem que caso seja constatada a utilização indevida do serviço, estará afastado o dever de indenizar.

Ora, verificado que o consumidor não atuou com a diligência devida e, de algum modo, colaborou com a ocorrência do ato ilícito, verifica-se o que a doutrina reconheceu como culpa exclusiva da vítima, uma das causas excludentes de responsabilidade civil e como ensina o mestre Rui Stoco (2011, p. 217), “se a vítima

contribuiu com ato seu na construção dos elementos do dano, o direito não se pode conservar alheio a essa circunstância”. Evidenciado que a atuação do consumidor contribuiu para a consumação do dano, estará afastada a responsabilização da instituição financeira, com arrimo no supramencionado art. 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor.

Com isto, verificado o evento danoso e constatada a culpa exclusiva da vítima, há a quebra do nexo de causalidade, ou seja, restará ausente o liame que une a conduta do agente ao dano (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2009, p. 85), o que importará em eximi-lo da responsabilidade civil. Os Tribunais Pátrios, inclusive, vêm adotando este entendimento quando evidenciada a colaboração da vítima para ocorrência do evento danoso em casos de fraudes por *internet banking*, conforme ilustrado na decisão a seguir transcrita:

RESPONSABILIDADE CIVIL - TRANSAÇÕES NÃO AUTORIZADAS PELA AUTORA EM SUA CONTA-CORRENTE, VIA INTERNET BANKING - Comprovação pericial da inexistência de falha no sistema de segurança do banco, bem como da legitimidade das operações reclamadas, sendo todas realizadas pelo serviço contratado pela demandante, com o uso regular de sua senha secreta e de um usuário comum ao sistema - Configuração da excludente de responsabilidade do prestador do serviço (artigo 14, §3º, II, do Código de Defesa do Consumidor) - Dever de indenizar afastado. (Apelação Cível nº 991.08.068911-7. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Décima Segunda Câmara de Direito Privado. Rel. Des. José Reynaldo. Julgado em 24/02/2010).

Analisando a ementa do julgado supra, é possível evidenciar que na hipótese dos autos fora constatada a inexistência de falha no sistema de segurança da instituição financeira e que as transações foram realizadas com uso da senha do consumidor, que havia contratado a prestação serviço de *internet banking*. Com isto, fora reconhecida a culpa exclusiva da vítima e afastada a responsabilidade da instituição financeira acionada, no mesmo sentido da decisão a seguir transcrita:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESTADOR DE SERVIÇO BANCÁRIO. APLICABILIDADE DO CDC. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NEXO CAUSAL AFASTADO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. SENTENÇA MANTIDA. É direito básico do consumidor a proteção contra riscos à sua vida, segurança e saúde, nos termos do art. 6º, inc. I do CDC, sendo objetiva a responsabilidade da prestadora de serviço, conforme dispõe o art. 14, caput, e §1º, do CDC. Ocorre que, em demonstrada a culpa exclusiva da vítima pelo evento danoso, rompe-se o nexo de causalidade, afastando, por conseguinte, o dever de indenizar. Recurso de Apelação desprovido. (Apelação Cível nº 70044939999 RS. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sexta Câmara Cível. Rel. Des. Artur Arnildo Ludwig. Julgado em 27/10/2011).

Com efeito, não paira dúvida sobre a possibilidade de quebra do nexo de causalidade quando evidenciada a culpa exclusiva da vítima, capaz de afastar a responsabilidade das instituições financeiras pelas fraudes perpetradas no *internet banking*.

Rememore-se que umas das conseqüências da submissão das instituições financeiras às normas do Código de Defesa do Consumidor é a inversão do ônus da prova. Com isto, cabe a elas comprovar a culpa exclusiva da vítima na ocorrência da fraude efetivada no banco virtual, consoante se infere da análise da ementa de um julgado do Superior Tribunal de Justiça, a seguir transcrito:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SAQUES SUCESSIVOS EM CONTA CORRENTE. NEGATIVA DE AUTORIA DO CORRENTISTA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. - É plenamente viável a inversão do ônus da prova (art. 333, II do CPC) na ocorrência de saques indevidos de contas-correntes, competindo ao banco (réu da ação de indenização) o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. - Incumbe ao banco demonstrar, por meios idôneos, a inexistência ou impossibilidade de fraude, tendo em vista a notoriedade do reconhecimento da possibilidade de violação do sistema eletrônico de saque por meio de cartão bancário e/ou senha. - Se foi o cliente que retirou o dinheiro, compete ao banco estar munido de instrumentos tecnológicos seguros para provar de forma inegável tal ocorrência. Recurso especial parcialmente conhecido, mas não provido. (REsp 727843/SP, Rei. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2005, DJ 01/02/2006, p. 553)

Por esta razão, é bastante raro que a responsabilidade objetiva das instituições financeiras seja afastada, notadamente em virtude da dificuldade na produção da prova que ateste a culpa da vítima na ocorrência da fraude. Todavia, restou demonstrado que, caso comprovado que a atuação da vítima fora relevante para a perpetração da fraude, é possível afastar a responsabilidade objetiva das instituições financeiras.

#### **4.3.1 O consumidor e o *duty to mitigate the loss***

Considerando que os consumidores devem, obrigatoriamente, observarem o dever de cuidado, quando usuários do *internet banking*, não paira dúvida que eles se encontram adstritos a adotarem medidas aptas a minimizarem as próprias perdas decorrentes do público conhecimento acerca fraudes perpetradas eletronicamente,

sob pena de ter afastada a responsabilidade objetiva da instituição financeira fornecedora do serviço.

A sua obrigatoriedade decorre, além da boa fé objetiva, insculpida no ordenamento jurídico pátrio, do *duty to mitigate the loss*, que significa o dever de mitigar o próprio prejuízo e corresponde a um dever acessório de mitigar a própria perda.

O instituto em tela, desenvolvido no Direito Norte-Americano, tem despertado cada vez mais a atenção da doutrina e jurisprudência pátria e a sua aplicação relacionada às fraudes perpetradas no *internet banking* decorre da possibilidade do judiciário afastar a responsabilidade objetiva das instituições financeiras, caso seja comprovado que o consumidor não cumpriu com o seu dever de cuidado e, por conseguinte, com o dever de mitigar o próprio prejuízo, utilizando o ambiente virtual de forma irresponsável e sem adotar as medidas de segurança indicadas.

Nas palavras do professor Flávio Tartuce (2013, p.3) o *duty to mitigate the loss* tem “uma relação direta com o princípio da boa-fé objetiva, uma vez que a mitigação do próprio prejuízo constituiria um dever de natureza acessória, um dever anexo, derivado da boa conduta que deve existir entre os negociantes”.

Deste modo, ao deixar de mitigar o próprio prejuízo, em infringência ao princípio da boa-fé objetiva, o consumidor faz surgir o dever de indenizar da outra parte. Ou seja, mesmo podendo, ele deixa de agir com a diligência necessária, pois vislumbra que a instituição financeira será responsabilizada pela reparação dos danos, olvidando que o dever de reparar poderá ser afastado, caso demonstrada que a sua atuação fora imprescindível para a ocorrência do dano.

Por certo, caso o consumidor não atue com o cuidado imposto pelo próprio ordenamento, deverá suportar as conseqüências de ordem econômica, ou seja, deverá ser afastada a responsabilidade civil da instituição financeira, em razão da sua atuação inconstitucional. Neste sentido, é o ensinamento de Flávio Tartuce (2013, p.15):

No âmbito do direito brasileiro, existe o recurso à invocação da violação do princípio da boa fé objetiva, cuja natureza de cláusula geral, permite um tratamento individualizado de cada caso, a partir de determinados elementos comuns: a prática de uma negligência, por parte do credor, ensejando um dano patrimonial, um comportamento conduzindo a um aumento do prejuízo, configurando, então, uma culpa, vizinha daquela de natureza delitual.

Na lição do professor Aguiar Dias (1994, p. 695), para a verificação da culpa exclusiva da vítima é imprescindível analisar quem teve a melhor oportunidade de evitar o dano, se o legalmente responsável pelo dano ou a vítima, “porque se alguém tem a melhor oportunidade de evitar o evento e não a aproveita, torna o fato do outro protagonista irrelevante para a sua produção.”

É certo que a jurisprudência pátria não demoraria a reconhecer a normatividade do dever de mitigar o próprio prejuízo, insculpido no princípio da boa-fé objetiva, tendo o Superior Tribunal de Justiça reforçado a necessidade de que as condutas sejam pautadas na probidade, cooperação e lealdade, ilustrando-o na seguinte decisão, a seguir transcrita:

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico. 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. [...] (Recurso Especial nº 758.518/PR. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Rel. Min. Vasco Della Giustina. Julgado em: 17/06/2010).

Posto isto, “a falta de diligência (culpa) da vítima na concorrência do próprio dano resulta de ter concorrido para que o dano continuasse ou se fizesse maior”, conforme leciona Pontes de Miranda (1958, p.200).

Deste modo, caso o consumidor não atue com a diligência necessária quando da utilização do *internet banking*, de forma que as suas atitudes acabem por desconsiderar o dever de cuidado, que deve pautar a utilização dos serviços financeiros no meio virtual em virtude dos riscos a eles inerentes, restará infringido o dever de mitigar o próprio prejuízo, corolário da boa fé objetiva, e, por conseguinte, afastado o dever de indenizar da instituição financeira.

#### 4.4 FATO DE TERCEIRO

Trata-se, aqui, de mais uma possibilidade de excludente do nexo de causalidade, e, conseqüentemente, da própria responsabilidade civil, insculpida no art. 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor.

Para que seja possível analisar a quem será atribuído o dever de indenizar, faz-se imprescindível evidenciar o sujeito causador do dano, ou seja, é necessária a identificação dos usuários da internet que, com suas condutas efetivam a ocorrência do dano no meio virtual. Neste sentido é o magistério de Djalma Silva Júnior (2003, p. 19), quando verbera:

A reparação oferecida pela responsabilidade civil pressupõe a existência de um dano, que, todavia, permanecerá no plano abstrato se o direito positivo não puder identificar o sujeito a quem é atribuível. Desta forma, condição imprescindível ao restabelecimento do equilíbrio jurídico-econômico é o conhecimento do responsável pelo prejuízo.

No âmbito do *internet banking*, objeto do presente trabalho, as fraudes perpetradas se relacionam estritamente com a atuação de um terceiro, estranho à relação contratual estabelecida entre o consumidor e a instituição financeira. Neste sentido é o é o magistério de Gisela Sampaio da Cruz (2005, p. 176):

Ocorre o dano, identifica-se o responsável aparente, mas não incorre este em responsabilidade, porque foi a conduta do terceiro que interveio para negar a equação agente-vítima, ou para afastar do nexo causal o indigitado autor.

Como já aduzido, a efetivação das fraudes nas transações financeiras realizadas virtualmente são, em sua grande maioria, concretizadas por terceiros que se utilizam de meios ardilosos, empregando técnicas cada vez mais desenvolvidas para obter vantagem ilícita dos correntistas. Esses fraudadores são genericamente conhecidos como *hackers* (PECK PINHEIRO, 2007, p. 265).

Importante ainda salientar que a atuação do terceiro na efetivação do dano poderá ser constatada em sua integralidade, onde o dano será causado exclusivamente pelo terceiro alheio à relação contratual, como geralmente ocorre nas fraudes perpetradas no *internet banking*, ou apenas parcialmente, onde a sua atuação estará adstrita à condição de co-autor. Frise-se, ademais, que apenas na primeira hipótese

será afastada a responsabilidade civil das instituições financeiras, em virtude da própria eliminação donexo causal (CRUZ, 2005, p. 177).

Ou seja, caso um terceiro estranho à cadeia de consumo, dê causa à produção do dano, se constata a existência de uma das causas excludentes de responsabilidade das instituições financeiras, insculpida no inciso II do § 3º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Aqui, tal como na culpa exclusiva da vítima, o problema também reside na comprovação da atuação de um terceiro, haja vista que “o ônus da prova é do causador material do dano, que deve demonstrar que sua participação no evento danoso foi como mero instrumento de atuação do efetivo responsável” (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2009, p. 118).

Em primeira análise, a vítima sempre entenderá que o agente é responsável pela ocorrência do dano, razão pela qual é contra ele que promoverá a demanda judicial, haja vista que não há como se presumir o fato de terceiro, o que deve ser devidamente comprovado nos autos (CRUZ, 2005, p. 179).

É inelutável que há a autorização legal apta a afastar a responsabilidade civil das instituições financeiras nas fraudes efetivadas no *internet banking*, quando constatado que o dano decorreu da atuação de um terceiro, estranho à relação contratual.

No entanto, caso a instituição financeira não consigna comprovar que o sistema não fora violado, ou seja, que a atuação do terceiro fora efetivada de forma a parecer que o legítimo correntista estaria se utilizando do *internet banking* para concretizar transações financeiras. Isto porque, em algumas modalidades de fraudes, os dados de acesso dos correntistas são interceptados pelos fraudadores, que ingressam no sistema como se fosse o próprio consumidor, tornando impossível a identificação pela instituição financeira.

#### 4.5 A CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA COMO FATOR ATENUANTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

No âmbito das fraudes eletrônicas perpetradas pelo *internet banking*, importante consignar a possibilidade de concorrência de culpa da instituição financeira fornecedora do serviço e do consumidor, que se configura quando a vítima, sem ter sido a única causadora do dano, concorreu para o resultado (DIAS, 1994, p. 221).

De plano, convém aduzir que a concorrência da culpa da vítima não é prevista no diploma consumerista, razão pela qual a sua aplicação como fator atenuante da responsabilidade civil das instituições financeiras é amparada em uma analogia à Súmula nº 28 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Súmula nº 28 O estabelecimento bancário é responsável pelo pagamento de cheque falso, ressalvadas as hipóteses de culpa exclusiva ou concorrente do correntista.

Infere-se, portanto, que o Pretório Excelso sedimentou entendimento em situação análoga em que a culpa concorrente da vítima deverá ser considerada no momento da imputação da responsabilidade civil e a sua aplicação no âmbito das fraudes no *internet banking* dependerá, por óbvio, da interpretação do julgador.

Posto isto, é importante ainda consignar que a colaboração da vítima na perpetração do dano poderá atenuar a própria responsabilidade do agente, a depender do grau da sua concorrência, muito embora isto não tenha sido expressamente previsto na legislação consumerista, haja vista que a doutrina tem entendido perfeitamente aplicável esta hipótese atenuante da responsabilidade civil (CRUZ, 2005, p. 174).

A concorrência para efetivação do dano no *internet banking* pode ser constatada nas situações mais esdrúxulas, como por exemplo, a realização de transações bancárias em computadores públicos e a não instalação de *software* antivírus.

## **5. CONCLUSÃO**

Com a elucidação preliminar acerca do instituto da responsabilidade civil, buscou-se delinear os seus principais aspectos característicos e a sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio, após a evolução trazida pelo Código Civil de 2002, e, principalmente com o regramento específico extraído do Código de Defesa do Consumidor, que instituiu a responsabilidade objetiva dos fornecedores de bens e serviços.

Desta maneira, após a pertinente distinção entre a responsabilidade civil e a responsabilidade criminal, tratou-se de delimitar os elementos necessários para

configuração do dever de indenizar, que atualmente são estabelecidos na conduta do agente, que pode ser omissiva ou comissiva, na ocorrência de um dano, moral ou patrimonial, bem como no nexo de causalidade entre a conduta adotada e o dano verificado, sendo que, apenas quando verificados estes três elementos, estará consumada a responsabilização civil.

Considerando que a responsabilidade no âmbito civil está intimamente ligada à ideia da restituição da vítima lesada pela ocorrência de um dano, insta consignar que ela poderá atingir tanto a sua esfera patrimonial, quanto à sua esfera psíquica ou emocional, tratando-se de danos que alcançam a ordem moral e aos direitos da personalidade, sendo que, em alguns casos, será dispensada até mesmo a sua comprovação, diante da sua emersão *in re ipsa*.

Ademais, com o advento do Código de Defesa do Consumidor e a instituição da responsabilidade objetiva aos fornecedores de bens e serviços, fez-se imperiosa a diferenciação com a sua modalidade subjetiva, cujo aspecto distintivo reside na necessidade da demonstração ou não da culpa do agente causador do dano, haja vista que a responsabilidade objetiva prescinde de culpa e o dever de indenizar estará configurado desde que caracterizada a ligação entre a conduta do agente e própria ocorrência do dano.

Dada a importância do instituto da responsabilidade civil, o legislador, a doutrina e a jurisprudência pátria trataram de estabelecer hipóteses em que o dever de reparar o dano será afastado, conhecidas como causas excludentes da responsabilidade civil, que, para o desenvolvimento do presente trabalho, residem principalmente na culpa exclusiva da vítima e no fato de terceiro, notadamente em virtude do rompimento do nexo de causalidade.

Com o advento da *internet*, as instituições financeiras passaram a disponibilizar a realização das operações bancárias através do serviço que ficou popularmente conhecido como *internet banking*, cuja aceitação é refletida nos dados recentemente divulgados pela Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN), que o confirmou como canal preferencial dos consumidores, representando quase 40% (quarenta por cento) das transações bancárias realizadas nos últimos 05 (cinco) anos, superando, em muito, o número de operações efetivadas nas próprias agências.

Além da expressiva economia e do descongestionamento das agências físicas das instituições financeiras, o *internet banking* facultou aos consumidores uma maior comodidade para o desempenho de atividades cotidianas, livrando-os dos transtornos das grandes cidades.

Ocorre que, não obstante o avanço tecnológico tenha contribuído para concretização todos estes benefícios, ele também contribuiu, de forma indireta, para a perpetração das fraudes eletrônicas, atraindo o interesse dos fraudadores para a apropriação indevida de quantias pertencentes aos consumidores e clientes das instituições financeiras fornecedoras dos serviços.

O que se percebe, portanto, é que a atuação dos fraudadores é efetivada através da utilização de técnicas cada vez mais modernas, que, mesmo as instituições financeiras investindo milhões no desenvolvimento de complexos sistemas e mecanismos de segurança, ainda consubstanciam no alarmante número de fraudes eletrônicas, cujos prejuízos já ultrapassam àqueles havidos em razão de assaltos às agências físicas bancárias.

Talvez o maior embate travado com a disciplina recente das normas consumeristas tenha decorrido da submissão ou não das instituições financeiras ao regramento protetivo estatuído no aludido diploma legal. Frise-se, para tanto, que por muito tempo se discutiu sobre o enquadramento das instituições financeiras no conceito de fornecedor estabelecido no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor. A controvérsia apenas fora superada quando o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 297, estabelecendo que as regras previstas no Código de Defesa do Consumidor são inteiramente aplicáveis às instituições financeiras.

Desta forma, evidencia-se que as principais conseqüências da submissão das instituições financeiras às normas consumeristas no âmbito do *internet banking* se referem à possibilidade de inversão do ônus da prova e a imputação da responsabilidade objetiva, que poderá ser reconhecida independente de culpa. Ou seja, constatada a ocorrência da fraude em transações realizadas através do *internet banking*, caberá à instituição financeira reparar os prejuízos causados ao consumidor.

No entanto, é inelutável que o ordenamento jurídico pátrio tratou de prever hipóteses em que, mesmo sendo imputada objetivamente, a responsabilidade das instituições

financeiras poderá ser afastada, quando constatada a ocorrência de qualquer das excludentes da responsabilidade civil, em virtude da quebra do nexo de causalidade.

Ora, caso demonstrado que o dano não derivou diretamente da atuação da instituição financeira e sendo constatada a culpa exclusiva da vítima, nada mais justo que reconhecer a possibilidade da responsabilidade civil ser afastada.

Neste esteio, é inquestionável que a atuação do consumidor deverá ser pautada na observância do dever de cuidado, corolário da boa fé objetiva, que busca a adoção de medidas cautelosas tendentes a reduzir o percentual de fraudes financeiras perpetradas no âmbito do *internet banking*. Com isto, caso constatado judicialmente que a vítima não atuou com as diligências necessárias, fazendo uso do serviço de forma imprudente e inseqüente, desconsiderando as orientações de segurança repassadas, é certo que a responsabilidade civil das instituições financeiras deverá ser afastada, tal como já vêm decidindo os Tribunais Pátrios nas demandas postas à apreciação do Poder Judiciário.

A utilização do serviço de *internet banking* pressupõe a observância dos requisitos de segurança estabelecidos pelas instituições financeiras e que devem, obrigatoriamente, serem atendidos pelos consumidores, diante do dever de mitigar o próprio prejuízo, corolário da boa fé objetiva e cuja aplicação já é reconhecida pelo próprio Superior Tribunal de Justiça. Aqui, o dever de mitigar o próprio prejuízo é compreendido como um dever de natureza acessória, derivado da boa conduta que deve existir entre as partes de qualquer relação obrigacional, sob pena de suportar os efeitos econômicos decorrentes da sua desídia.

Frise-se, ademais, que no âmbito do *internet banking*, a ocorrência das fraudes decorrem eminentemente da atuação de um terceiro alheio à relação contratual havida entre a instituição financeira e o consumidor contratante do serviço, que fazem uso de técnicas ardilosas e cada vez mais evoluídas, que nem os modernos dispositivos de segurança são capazes de mitigarem a sua ocorrência.

Posto isto, consoante a disciplina estatuída no inciso II do § 3º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade da instituição financeira também será afastada, caso comprovada que o dano ocorreu verdadeiramente em razão da atuação do terceiro fraudador, muito embora o ônus desta comprovação acabe por inviabilizar a excludente da responsabilização.

Conclui-se, portanto, que não obstante tenha sido superada a problemática acerca da submissão das instituições financeiras às normas consumeristas, que impõe a sua responsabilização objetivamente, em algumas hipóteses legalmente estabelecidas o nexo causal poderá ser rompido, afastando-se, por conseguinte, o dever de reparar das instituições financeiras, ou, em alguns casos, estabelecendo hipóteses atenuantes da responsabilidade civil.

## REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. **Direito Bancário**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2003. Disponível em < <http://daleth.cjf.jus.br/revista/seriepesquisas11.pdf> >. Acesso em: 29 de outubro de 2013.

AZEVEDO, Carlos Eduardo Mendes de. **Aspectos de responsabilidade civil em fraudes eletrônicas no Internet Banking**. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em < [http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2012/trabalhos\\_12012/carloseduardoazevedo.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/carloseduardoazevedo.pdf) > Acesso em: 10 de outubro de 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL, Banco Central do. **Resolução nº 2.817 do Conselho Monetário Nacional**. Disponível em < [http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2001/pdf/res\\_2817\\_v2\\_P.pdf](http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2001/pdf/res_2817_v2_P.pdf) > Acesso em: 28 de outubro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.078/90**. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm) > Acesso em: 12/05/2013.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.406/02**. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm) > Acesso em: 10/05/2013.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 336-337.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COVELLO, Sérgio Carlos. **Contratos bancários**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **Contratos bancários: conceito, classificação e características**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3262>>. Acesso em:: 21 de outubro de 2013.

DAMIANO, André Luis. **As fraudes no internet banking e sua evolução para o social banking**. São Carlos, 2013. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/18/18157/tde-12092013-094137/publico/AndreDamianoDEFINITIVO.pdf> > Acesso em: 30 de outubro de 2013.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DINIZ, Eduardo Henrique. **10 anos de internet banking: desvendando o processo de incorporação de tecnologia em um banco brasileiro através de uma abordagem sociotécnica**. São Paulo, 2006. Disponível em <[gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/publicacoes/10%20Anos%20de%20Internet%20Banking.pdf](http://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/publicacoes/10%20Anos%20de%20Internet%20Banking.pdf) > Acesso em:: 28 de outubro de 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 727843**. Terceira Turma. Relatora: Nancy Andrichi. Julgado em 01/02/2006. Disponível em <[http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Acordaos/IntegraAcordao.asp?num\\_registro=200500311927&dt\\_publicacao=01/02/2006](http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Acordaos/IntegraAcordao.asp?num_registro=200500311927&dt_publicacao=01/02/2006) > Acesso em: 30/10/2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 758518**. Terceira Turma. Relator: Vasco Della Giustina. Julgado em 17/06/2010. Disponível em <[http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Acordaos/IntegraAcordao.asp?num\\_registro=200500967754&dt\\_publicacao=01/07/2010&REP=yes](http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Acordaos/IntegraAcordao.asp?num_registro=200500967754&dt_publicacao=01/07/2010&REP=yes) > Acesso em: 03/12/2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação Cível nº 20050110075524**. Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Distrito Federal. Relator: Jesuíno Rissato. Julgado em 14/09/2005. Disponível em <

<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2885939/apelacao-civel-no-juizado-especial-acj-20050110075524-df> > Acesso em: 21/10/2013.

FEBRABAN. Federação Brasileira de Bancos. **Pesquisa FEBRABAN de Tecnologia Bancária 2013: O Setor Bancário em Números**. Disponível em < <http://www.febraban.org.br/7Rof7SWg6qmyvwJcFwF7I0aSDf9jyV/sitefebraban/Pesquisa%20FEBRABAN%20de%20Tecnologia%20Banc%20E1ria%202013.pdf> > Acesso em: 27 de outubro de 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v.3.

GALLAO, Rafael Vaz. **Segurança do internet banking no Brasil**. Disponível em < <http://www.fatec.edu.br/revista/wp-content/uploads/2013/06/Seguran%C3%A7a-do-Internet-Banking-no-Brasil1.pdf> > Acesso em: 21 de outubro de 2013.

GOMES, Alessandra Aparecida Calvoso. **Operações bancárias via Internet (Internet Banking) no Brasil e suas repercussões jurídicas**. In **Revista dos Tribunais**, vol. 816, outubro de 2003.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUEDES, Edmárcio Cerqueira. **Fraudes no internet banking: conceituação e estado atual dos mecanismos de defesa**. São Paulo, 2009.

GUIMARÃES, Rudnei Santos. **Análise comparativa de “sistemas de autenticação” utilizados em Internet banking**. São Paulo, 2006.

LAU, Marcelo. **Análise das fraudes aplicadas sobre o ambiente Internet Banking**. Disponível em < <http://www.datasecurity.com.br/index.php/biblioteca/file/5-analise-das-fraudes-aplicadas-sobre-o-ambiente-internet-banking> >. São Paulo: 2006. Acesso em: 20 de outubro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Técnicas utilizadas para efetivação e contenção das fraudes sobre Internet Banking no Brasil e no mundo**. Disponível em < [http://www.datasecur.com.br/academico/Tecnicas\\_Utilizadas\\_para\\_Efetivacao\\_e\\_Contencao\\_das\\_fraudes.pdf](http://www.datasecur.com.br/academico/Tecnicas_Utilizadas_para_Efetivacao_e_Contencao_das_fraudes.pdf) >. Acesso em: 20 de setembro de 2013.

LIRA, Ricardo Pereira. **Ato ilícito**. Revista de Direito da Procuradoria Geral. Disponível em <[http://download.rj.gov.br/documentos/10112/928868/DLFE-48323.pdf/Revista49Doutrina\\_pg\\_84\\_a\\_93.pdf](http://download.rj.gov.br/documentos/10112/928868/DLFE-48323.pdf/Revista49Doutrina_pg_84_a_93.pdf)>. Acesso em: 08/05/2013.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LUZ, Aramy Dornelles da. **Negócios jurídicos bancários, o banco múltiplo e seus contratos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

MAGALHÃES, André Domingues de. **Serviços bancários e código de defesa do consumidor: aplicação e questões controversas**. Revista do CAAP. Belo Horizonte, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor - um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima e BENJAMIN, Antônio Herman V. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXII: Direito das Obrigações: obrigações e suas espécies. Fontes e Espécies de Obrigação. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p.200.

MORAZ, Eduardo. **Treinamento Profissional anti-hacker**. São Paulo: Digerati, 2006.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Manual Direito Bancário**. São Paulo: Iom Thomson, 2006.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível nº 887571-2**. Décima Sexta Câmara Cível. Relator: Paulo Cezar Bellio, Julgado em 22/08/2012. Disponível em < <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22361791/8875712-pr-887571-2-acordao-tjpr/inteiro-teor-22361792> > Acesso em: 12/10/2013.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **O imoral nas indenizações por dano moral.** Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/2989>>. Acesso em: 05/05/2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade Civil.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PERNAMBUCO. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação Cível nº421804.** Segunda Turma. Relator: Rogério Fialho Moreira. Julgado em 16/09/2008. Disponível em <<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/854774/apelacao-civel-ac-421804-pb-20068200004884-7>> Acesso em: 15/10/2013.

RAMOS, Anátalia Saraiva Martins. **Serviços bancários pela internet: um estudo de caso integrando a visão de competidores e clientes.** Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rac/v4n3/v4n3a08.pdf>>. Acesso em: 21 de outubro de 2013.

REINALDO FILHO, Demócrito. **Responsabilidade dos Bancos pelos Prejuízos Resultantes de Phising.** Revista Jus Vigilantibus. Disponível em <<http://www.jusvi.com>>. Acesso em: 08/03/2013.

REZENDE, Frederico Antônio de Oliveira de. **Responsabilidade Civil dos Bancos em Relação às Fraudes Eletrônicas.** Revista FMU Direito. São Paulo, ano 24, n. 32, p. 75-81, 2010.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0070488-60.2009.8.19.0001.** Décima Sétima Câmara Cível. Relatora: Luisa Bottrel Souza. Julgado em 19/01/2011. Disponível em <[http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31308/internet\\_e\\_responsabilidade\\_civil.pdf](http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31308/internet_e_responsabilidade_civil.pdf)> Acesso em: 20/10/2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70042960641.** Sexta Câmara Cível. Relator: Artur Arnildo Ludwig. Julgado em 26/01/2012. Disponível em <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21225272/apelacao-civel-ac-70042960641-rs-tjrs>>. Acesso em: 29/10/2013.

RIZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil – Parte Geral das Obrigações**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 9144354-53.2009.8.26.0000**. Décima Nona Câmara de Direito Privado. Relator: Mário de Oliveira. Julgado em 10/12/2012. Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6414304> > Acesso em: 22/10/2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 9173574332008826**. Décima Primeira Câmara de Direito Privado. Relator: Rômolo Russo. Julgado em 15/12/2011. Disponível em < <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20961154/apelacao-apl-9173574332008826-sp-9173574-3320088260000-tjsp> > Acesso em: 25/10/2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 991080689117**. Décima Segunda Câmara de Direito Privado. Relator: José Reynaldo. Julgado em 24/02/2010. Disponível em < <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8367218/apelacao-apl-991080689117-sp> > Acesso em: 28/10/2013.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2013.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Mauro Marcelo de Lima e. **Especialista Analisa Cenário dos Delitos na Internet**. In: KAMINSKI, Omar. *Internet Legal – O direito na tecnologia da Informação*. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA JÚNIOR, Djalma. **Responsabilidade Civil pelos Danos Causados à Propriedade Digital**. Salvador : Editora Vento Leste, 2003.

SIMON, Cláudio Antônio de Paiva. **Scam, phishing e pharming: as fraudes praticadas no ambiente Internet Banking e sua recepção no Brasil**. Acesso em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/scam-phishing-e-pharming-fraudes-praticadas-no-ambiente-internet-banking-e-sua-recep%C3%A7%C3%A3o-no-> > Acesso em: 17 de outubro de 2013.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio. **A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem**. Disponível em < [www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce\\_duty.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_duty.doc) > Acesso em: 03 de dezembro de 2013.

TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre o nexos de causalidade**. Revista jurídica, v. 50, n. 296, p. 7-18, jun. 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Contrato e Seus Princípios**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1999.

TIMM, Luciano Benetti. **Os grandes modelos de responsabilidade civil**. Revista de direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 55, p.149-167, 2005.

WALD, Arnoldo. **O Direito do Consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras**. In Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, Vol. 666, Abr. 1991, p.7-17.

WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Obrigações e Contratos**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

\_\_\_\_\_. **O Novo Direito Monetário**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.