

A RESPONSABILIDADE BANCÁRIA FRENTE AO CORRENTISTA IDOSO EM EPISÓDIOS DE TRANSAÇÕES ELETRÔNICAS FRAUDULENTAS

Marcos Henrique de Oliveira Santos
Graduando (a) em Direito pelo UNIPTAN
e-mail: marcoshenriquerc@yahoo.com.br

Resumo: A população brasileira vem envelhecendo, e estima-se que até 2060 os idosos representarão pouco mais de ¼ da população nacional. Esta expectativa está no radar de diversos agentes sociais, principalmente do legislador e das estruturas de regulação, que vêm evoluindo em produções que visam garantir segurança jurídica frente às diversas peculiaridades da idade mais avançada na interação com as novidades do cenário disruptivo em que esta geração está inserida. O fenômeno do envelhecimento ocorre paralelo às disrupções das atividades financeiras, que em vista de adaptar-se a um cenário global que exige agilidade na circulação de riqueza, têm se valido do ambiente eletrônico para oportunizar dinamismo, acessibilidade e velocidade às transações. O ritmo dessa desburocratização foi muito impulsionado pela pandemia do COVID-19, onde, em razão das restrições sanitárias de controle ao alastramento da doença, muitas pessoas precisaram se valer das ferramentas financeiras eletrônicas para dispor de serviços bancários cotidianos. O ponto de intercessão entre estas duas observações está no fato de que a população idosa, que cresce, não tem desfrutado de tempo hábil ou capacitação adequada para interagir com as ferramentas financeiras eletrônicas, cada vez mais ágeis. Isto, infelizmente, torna o idoso mais suscetível ao manejo fraudulento de seus recursos financeiros por meio de transações eletrônicas. O presente artigo focará na análise da confluência destes dois fenômenos pela perspectiva jurídica, se valendo de diretrizes já estabilizadas nos instrumentos legislativos e de regulação, além do posicionamento do judiciário frente ao tema. No direito há um cenário que demonstra compreensão e esforço protecionista a favor dos idosos, cujas peculiaridades na interação com os serviços bancários eletrônicos justificam a qualidade de consumidor hiper vulnerável. Este esforço protecionista está materializado em uma multidisciplinar cinergia do legislador, do judiciário e das próprias estruturas de autorregulação. Pautado em precedentes do Superior Tribunal de Justiça na interpretação do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto do Idoso, o entendimento que tem se consolidado é de que as instituições financeiras possuem responsabilidade objetiva quanto às transações eletrônicas fraudulentas ocorridas nos seus sistemas. Algumas discussões, entretanto, prejudicam a unanimidade. Uma delas é o alcance da responsabilidade das instituições financeiras em cenários onde o protocolo de segurança é violado com a colaboração culposa do idoso. Esta problemática merece ser observada do ponto de vista jurídico, principalmente no reflexo das produções legislativas e jurisprudenciais já existentes; mas não se pode esperar que somente a lei e a sua interpretação sejam suficientes a resolver uma questão que já rpercute financeiramente nas instituições financeiras.

Palavras-chave: Fraude, Bancária, Eletrônica, Consumidor, Idoso, Hiper vulnerável, Responsabilidade.

Introdução

O último século inaugurou um ciclo disruptivo das interações sociais, o que envolve as estratégias de circulação de dinheiro. A velocidade e dinamismo do novo contexto de mundo tem exigido dos agentes financeiros criatividade e investimento tecnológico na criação, manutenção e gerência de estruturas que viabilizem transações em tempo e qualidade aptos a satisfazer os anseios de uma sociedade que preza por agilidade, baixo custo e alto alcance.

A migração das interações sociais para o ambiente virtual tem impulsionado o setor financeiro – sempre muito marcado pela burocracia de suas operações – à busca de estratégias mais dinâmicas. O Banco Central do Brasil, na coordenação deste esforço, lançou em 2020 o Pix, meio de pagamento gratuito que operacionaliza a transferência de recursos de forma eletrônica em poucos segundos. O modal parece ser um sucesso, considerando que em aproximadamente dois anos de seu lançamento o sistema já registrou 478.000.000 de chaves cadastradas (código de identificação utilizado no registro para entrada ou saída do recurso)¹. Isto equivale a mais do que o dobro da população nacional, atualmente estimada em aproximadamente 215.000.000 de pessoas pelo IBGE².

Desburocratizar se tornou, então, uma premissa de sobrevivência mercadológica no setor financeiro. Algumas decisões tomadas nesse intuito, entretanto, acabam por facilitar a incidência de violações à segurança das operações financeiras e suas estruturas.

Paralelo a essas transformações nas atividades financeiras, dados estatísticos revelam uma tendência de envelhecimento da população brasileira. A proporção esperada para os próximos 50 anos é de que 25,5% se refiram a pessoas com idade igual ou superior a 60 anos³, o que lhes atribuirão a qualidade de idoso. Esta perspectiva está no radar de análise e planejamento dos mais diversos atores sociais, isto em razão de que, segundo as projeções, em menos de meio século os idosos representarão ¼ da população nacional, o que importará em replanejamento das demandas sociais e dinâmicas econômicas.

Traçando um paralelo entre estes dois fenômenos, há de se reconhecer que o avanço da tecnologia ocorre em velocidade muito maior do que a capacitação desse grupo (idosos) no uso de suas ferramentas; e que a velocidade desta interação foi ainda impulsionada nos últimos

¹ Valor Econômico. Total de chaves pix cadastradas já é o dobro da população brasileira. Disponível em: <https://valor.globo.com/financas/noticia/2022/08/14/total-de-chaves-pix-cadastradas-j-o-dobro-da-populao-brasileira.ghtml>. Acesso em 12 de outubro de 2022.

² Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. População. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>. Acesso em 10 de outubro de 2022.

³ Gestão da medicina preventiva. Envelhecimento da população: Brasil terá mais idosos do que jovens em 2060. Disponível em: <https://previva.com.br/envelhecimento-da-populacao-brasil-tera-mais-idosos-do-que-jovens-em-2060/>. Acesso em 18 de setembro de 2022.

dois anos, período mais crítico da pandemia do COVID-19. As restrições de circulação e cautela com os grupos de risco (onde estão inseridas, inclusive, as pessoas de idade avançada) praticamente obrigaram os idosos a atuar nesta realidade de transações eletrônicas, quando muitas das vezes era a única opção disponível para transferência de recursos e pagamento no cenário de restrições severas que se chegou a viver.

A convergência desses fatores deu ensejo a uma ocorrência crescente: a incidência de transações fraudulentas em sistemas eletrônicos com vistas a vitimizar idosos. O fato deste grupo, geralmente, ser detentor de receita recorrente (aposentadoria), acúmulo de capital (economias de uma vida) e ainda não estar totalmente adaptado e capacitado para realizar de forma segura as transações em ambiente virtual, os tem colocado como alvo predileto da ação de fraudadores.

A responsabilidade objetiva das instituições bancárias quanto a fraudes em seus sistemas parecia ser algo já pacificado na jurisprudência nacional. O superior Tribunal de Justiça (STJ) desde 2012 definiu este entendimento por meio da edição da Súmula 479, cuja redação determina que “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”. A orientação demonstra coerência com as diretrizes instituídas pelo Código de Defesa do Consumidor. Este tipo de ocorrência ganha contornos especiais por trazer como vítima o consumidor idoso, a quem a doutrina e a jurisprudência tem classificado como “hiper vulnerável” dadas as especificidades de sua condição.

As peculiaridades da interação do idoso com estes sistemas e os gatilhos de fraude, contudo, ainda é assunto novo, que gera polêmica sobre o alcance desta responsabilização. O mote principal da discussão envolve casos em que a incidência de fraude é facilitada pela inabilidade do idoso na interação com os sistemas e ferramentas eletrônicos de transações. A análise das diretrizes doutrinárias e jurisprudenciais acerca da natureza e alcance da responsabilidade de instituições bancárias quanto a transações eletrônicas fraudulentas dentro de seus sistemas contra correntista idoso é o escopo deste artigo.

O assunto é de relevantíssimo interesse acadêmico, social, econômico e jurídico. Analisar e explicar os desdobramentos da incidência de fraude em sistemas financeiros eletrônicos com vitimização de significativa parcela da população nacional permitirá melhor compreender o fenômeno e seus reflexos. É necessário compreender o impacto disso em termos de conflitos jurídicos; e avaliar como a legislação, a doutrina e jurisprudência existentes tem repercutido o assunto e seus desafios.

1. A qualidade jurídica de idoso e o envelhecimento da população brasileira

Pela disposição expressa do artigo 1º da Lei Federal n. 10.741 (Estatuto do Idoso), sabe-se que a qualidade de pessoa idosa é atribuída aos sujeitos com idade igual ou superior a 60 anos de idade. Pelo mesmo diploma legal, uma série de direitos e garantias são assegurados a este grupo, com especial destaque à determinação de uma sinergia social de colaboração entre o estado, famílias e diversos atores sociais na preservação e efetivação destes direitos e garantia.

Este grupo é de extrema importância para a atividade e dinamismo social no Brasil, e esta importância tende a aumentar considerando as projeções do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, que estima que até 2060 os idosos representarão cerca de ¼ da população nacional, parcela expressivamente significativa por qualquer ângulo que se queira analisar a questão (social, econômico etc.).

Estas projeções levam em consideração os avanços da medicina e das condições sociais, que tem alargado a expectativa de vida do Brasileiro e nos conduzindo a um cenário de maior proporção de idosos do que de jovens em nosso território. Isto exige de entes públicos e privados um planejamento para este cenário que importará no surgimento de novos fenômenos sociais.

No campo jurídico não é diferente. O direito vem se preparando para o momento em que a participação de pessoas idosas será ainda mais expressiva nos ambientes sociais. Prova disso foi a recente Lei Federal n. 13.466/2017 que trouxe ao cenário jurídico a figura do super idoso, criando entre as próprias pessoas idosas uma condição especial àquelas de idade mais avançada.

A inversão da pirâmide etária prevista pelo envelhecimento da população brasileira significará, também, um aumento destas pessoas em conflitos jurídicos. Fenômeno próprio desta associação recentemente observado é o crescente número de judicializações envolvendo idosos vítimas de transações bancárias fraudulentas.

2. A relação entre o correntista idoso e a instituição financeira na perspectiva jurídica

O Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 2º, define como consumidor “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”; e traz para o fornecedor, no artigo 3º, o conceito de pessoa ou entidade que “desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. Estabelecendo, então, como elo da relação firmada entre o consumidor e o fornecedor o “produto” ou “serviço”, os parágrafos primeiro e segundo do mesmo artigo 3º trazem respectivamente a explicação de que

“produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” e “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Nesta perspectiva não há dúvidas de que entre o correntista de um banco e a instituição financeira existe relação de consumo, estando estes interligados pelo elo de produtos e serviços bancários contratados – que podem ser desde a simples custódia de valores em conta até produtos/serviços mais complexos. Uma vez firmada a relação de consumo, atraindo-se à sua regulação todas as diretrizes da referida legislação especial, com destaque principal ao artigo 6º onde estão elencados o direito do consumidor.

Se em uma perspectiva histórica a conquista e delimitação do alcance das garantias consumerista ocupou por muito tempo as discussões temáticas deste microsistema legal, hoje as discussões mais relevantes dizem respeito ao dimensionamento das características do consumidor, em um exercício de reconhecimento de que nem todos os consumidores são iguais, e que características tradicionais da sua posição (como a vulnerabilidade) devem ser analisadas dentro de contexto e condições específicas.

Sobre a vulnerabilidade, sua primeira menção na legislação especial de consumo ocorre no inciso I do artigo 4º, quando o legislador eleva à condição de princípio o reconhecimento da “vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”. Este princípio está associado a outros (como o da hipossuficiência) que justificariam, ao menos do ponto de vista técnico, a distinção especial que a legislação concede ao consumidor.

Conceitualmente, a vulnerabilidade pode ser entendida como uma situação transitória ou definitiva que enfraqueça o sujeito e o ponha em situação de desequilíbrio em determinada relação. Esta condição especial é o gatilho autorizador de um tratamento legal diferenciado, e seguindo as diretrizes do CDC esta condição alcançaria todo o consumidor.

Ocorre que, como bem destacado pelo Ministro Herman Benjamin na relatoria do Recurso Especial de n. 586316/MG, “há consumidores e consumidores”, de modo que entender todos como vulneráveis sem nenhum dimensionamento mais específico é o mesmo que não permitir um tratamento diferenciado àqueles que mais precisem. Neste contexto surge a expressão “consumidor hiper vulnerável”, como referências àqueles que portam alguma condição (transitória ou definitiva) que lhes colocam em um grau de vulnerabilidade maior do que aquele em que está inserido o consumidor comum.

Feito este esclarecimento, e trazendo a análise para a relação tema deste artigo, nota-se que a figura do consumidor idoso precisa ser destacada da figura do consumidor comum,

principalmente quando se fala na relação bancária e transações eletrônicas. A caracterização do idoso como consumidor hiper vulnerável encontra lastro tanto em condições definitivas (como patologias cônicas comuns da idade avançada que comprometem a capacidade de discernimento) quanto em condições transitórias (a exemplo da sua inabilidade na realização de transações eletrônicas. Isso significa dizer que a interpretação das diretrizes do CDC, quando se envolve idoso, deve ser ainda mais protetiva.

Assim, na relação firmada entre o correntista idoso e a instituição bancária, não há dúvidas de que ao banco cabe a classificação de fornecedor, já que claramente presta serviços e vende produtos financeiros; e de que ao correntista idoso cabe a classificação de consumidor hiper vulnerável, porque portador de condições que lhe permitem um grau de vulnerabilidade maior na relação.

3. A repercussão jurídica das transações eletrônicas fraudulentas que vitimizam idosos

De uma detida análise de como o assunto vem repercutindo no STJ e nos tribunais estaduais, nota-se que a tendência é de fixação de responsabilidade contra as instituições bancárias pela incidência de transações fraudulentas em seus sistemas. Esta responsabilidade recebe ainda a precha de objetiva, aquela cujo dever de reparar – decorrente de evento danoso – independe da culpa do agente.

A súmula n. 479 do STJ é, sem sombra de dúvidas, o principal pilar jurisprudencial na trilha desta responsabilização. As diretrizes editada em 2012 levou em consideração as discussões que até ali ocorriam no judiciário sobre a responsabilidade bancária diante da atuação de terceiro de má-fé em suas estruturas sistêmicas. Como a responsabilidade objetiva não se presume, existiam dúvidas se diante da atuação de terceiro mereceria a instituição financeira se vincular a eventual resultado danoso para o seu correntista.

Na visão defendida pelos ministros da corte à época, a responsabilidade deveria ser fixada como objetiva em decorrência da interpretação mais adequada dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal n. 8.078 de 11 de setembro de 1990), através dos quais a relação existente entre o correntista e o banco se estabelecia como de consumo, atraindo a observância dos direitos do consumidor e das obrigações do fornecedor. Assim fixou-se o entendimento de que “as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias” (Súmula n. 479, Segunda Seção/Direito Provado do STJ, julgado em 27/06/2012, DJe 01/08/2012).

Passados mais dez anos da fixação do entendimento, a viabilidade da súmula vem sendo desafiada por novos fenômenos sociais. Como o campo sistêmico de transações eletrônicas cresceu difusamente, alargou-se o também as possibilidades para a incidência destas fraudes. Não raras as vezes vê-se notícias de “o golpe da moda”, cuja dinâmica conta cada vez mais com a colaboração inocente, em algum nível, do correntista.

Mesmo face este desafio, a súmula persiste e norteia diversos precedentes⁴, que guardam em comum duas conclusões interpretativas do CDC: a primeira de que a incidência de fraude decorre, em algum nível de falha na prestação de serviço da instituição bancária; e a segunda de que o risco desta ocorrência é próprio da atividade econômica desempenhada pelo banco.

De modo específico ao grupo de idosos, mais recentemente passou-se a utilizar também como parâmetro de fixação da responsabilidade as diretrizes de autorregulação da própria FEBRABAN (Federação Brasileira de Bancos), que reconhecendo as condições de alta vulnerabilidade dos idosos, instituiu Normativo específico ao grupo onde indica especial

⁴ A título exemplificativo, colaciona-se os seguintes precedentes:

APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. EMPRÉSTIMO. TERMINAL ELETRÔNICO DE AUTOATENDIMENTO. FRAUDE. CDC. I - O Banco-réu, ao optar pela contratação eletrônica de empréstimos bancários em terminais de autoatendimento, sem, no entanto, garantir a cautela e segurança que são esperadas e necessárias à realização da operação, permitiu que a apelada-autora fosse vítima de terceiro de má-fé que, mediante apropriação indevida do seu cartão e senha, realizou empréstimo fraudulento em seu nome. [...] (TJ-DF 07021320220198070018 DF 0702132-02.2019.8.07.0018, Relator: VERA ANDRIGHI, Data de Julgamento: 25/09/2019, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 10/10/2019 . Pág.: Sem Página Cadastrada.)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C INDENIZATÓRIA. EMPRÉSTIMO NÃO RECONHECIDO POR MEIO DE APLICATIVO (MOBILE BANK). [...] CONJUNTO PROBATÓRIO A APONTAR PELA OCORRÊNCIA DE CONTRATAÇÃO FRAUDULENTO, CIRCUNSTÂNCIA ESSA QUE NÃO EXIME A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DA RESPONSABILIDADE POR EVENTUAIS DANOS DAÍ DECORRENTES. [...] (TJ-RJ - APL: 00187995820208190205, Relator: Des(a). ALVARO HENRIQUE TEIXEIRA DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 08/07/2021, DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 12/07/2021)

JUIZADO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. EMPRÉSTIMO AUTOMÁTICO. CANAL AUTOATENDIMENTO MOBILE. AUSÊNCIA DE CONTRATAÇÃO. FRAUDE. DEVOLUÇÃO DE VALORES [...] (TJ-DF 07016378820198070007 DF 0701637-88.2019.8.07.0007, Relator: SONÍRIA ROCHA CAMPOS D'ASSUNÇÃO, Data de Julgamento: 08/08/2019, Primeira Turma Recursal, Data de Publicação: Publicado no PJe : 21/08/2019 . Pág.: Sem Página Cadastrada)

RECURSO INOMINADO. BANCO. AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CORRENTISTA QUE UTILIZA INTERNET BANKING. DÉBITO ATRAVÉS DE TED E CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO NÃO RECONHECIDO PELO CORRENTISTA. FALHA NO SISTEMA DE SEGURANÇA DA RÉ. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA POR FRAUDE PRATICADA POR TERCEIRO. SÚMULA 479 DO STJ. DÉBITO DECLARADO INEXISTENTE. INSCRIÇÃO EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. [...] (TJ-RS - Recurso Cível: 71007712011 RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Data de Julgamento: 29/05/2018, Primeira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/06/2018)

atenção e procedimento para evitar o acometimento de fraudes. Assim, o judiciário passou a entender que na hipótese de violação destas diretrizes a responsabilidade está agravada.

3.1 A fraude como decorrência de falha na prestação de serviço

O Código de Defesa do Consumidor traz no seu artigo 14 que “o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços”, o parágrafo 1º traz ainda a explicação de que “o serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar”. Estes dois destaques do código temático são os maiores lastros advindos de texto de lei para justificar a responsabilidade objetiva da instituição financeira nas incidências de fraude eletrônica em seus sistemas.

Em um primeiro momento o caput estabiliza a relação de consumo e coloca o fornecedor na posição de responsável pela sua condução. A lei praticamente obriga o fornecedor a uma responsabilidade de resultado da qualidade do produto ou serviço que se dispôs a prestar, a estratégia é previamente adverti-lo de que se a qualidade não for satisfatória estará ele vinculado ao resultado, e deverá, portanto, assumir todo e qualquer ônus que o consumidor suportar em razão disso. Em um segundo momento o código avança a conceituar o desvio de qualidade apto a ensejar esta responsabilização, trazendo taxativamente a ausência de segurança como uma causa de incidência.

Com relação à expectativa da qualidade da atuação do banco na relação em destaque, há de se reconhecer que ao confiar o depósito de suas reservas em uma instituição financeira o consumidor correntista cria legítima expectativa de segurança, porque a sua decisão de custódia de valores naquela instituição está baseada na confiança de que ela detém a segurança necessária a preservar o montante da má-fé de terceiros. É importante ainda reconhecer que o comportamento do banco reforça esta expectativa, considerando que ao consumidor é ofertado um portfólio de travas cuja violação parece impossível. Nesse sentido basta recordar os mais diversos tipos de senha existente, que já avançam em tempos atuais inclusive para autenticações biométricas e faciais.

Nestas circunstâncias fica claro o raciocínio de que o episódio de fraude somente se concretiza quando há, em alguma medida, a falha da instituição bancária no dever que tem de assegurar, a todo custo, a custódia de valores. Por esta perspectiva, se terceiro agindo de má-fé consegue êxito na fraude é porque os mecanismos de segurança instituídos pelo banco falharam ou foram insuficientes.

O ponto polêmico neste tópico diz respeito à violação dos protocolos de segurança pelo próprio consumidor, a exemplo de passar a alguém a sua senha que é de “uso pessoal e intransferível” ou ceder informações sigilosas na interação com plataformas alheias à administração da instituição bancária. Embora este tópico não seja alcançado pelo escopo do presente artigo, vale dizer que mesmo nestes casos o judiciário tem entendido pela responsabilização da instituição bancária, baseando-se em fundamentos como o da teoria da aparência que sugere que o consumidor induzido a erro pela aparência de legitimidade da transação não pode assumir eventual dano que dela decorra.

3.2 O evento fraudulento como risco inerente à atividade da instituição financeira

Outra perspectiva jurídica que merece ressaltar é a teoria do risco da atividade empresária do banco. Esta teoria está embasada no seguinte raciocínio: ao permitir que operações bancárias e transações sejam feitas por meio eletrônico, a instituição financeira assume o risco sobre eventuais intercorrências que surjam da sua ineficiência neste controle. A ideia parece racional na medida em que se a instituição oferece ao correntista a prestação de serviço por determinado meio, é porque acredita e induz o consumidor a acreditar que ele é adequado e seguro; e auferindo a instituição lucro por meio desta prestação, automaticamente estará vinculada a eventual falha no serviço que vendeu (nas exatas premissas do tópico anterior).

Neste cenário a fraude ocorrida integraria o risco da própria atividade econômica e decisão comercial do banco acionado, pelo que este assume inteira responsabilidade na ocorrência de eventual infortúnio. A premissa nessa interpretação é da mesma forma que a instituição assume o ônus pela decisão de virtualização das transações (pensando em torna-las mais ágeis e eficazes) deve prever e assumir eventuais danos como próprios ao risco da atividade que decidiu empreender. Diversos exemplos da aplicação desta teoria podem ser vistos nos tribunais estaduais, como o precedente colacionado no rodapé deste texto emitido por um desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná⁵.

⁵ APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA E DÉBITO E INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO EM APOSENTADORIA NÃO CONTRATADO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. IMPUGNAÇÃO À CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA EM CONTRARRAZÕES. AUSÊNCIA DE OFERECIMENTO DE IMPUGNAÇÃO OPORTUNA. PRAZO DO ART. 100 DO CPC/15 NÃO OBSERVADO. PEDIDO QUE NÃO SE ASSENTA EM ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO FINANCEIRA DA BENEFICIÁRIA. PRECLUSÃO TEMPORAL CARACTERIZADA. NÃO RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA RÉ. CONHECIMENTO. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE FRAUDE DE TERCEIRO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 14, § 3º, II, DO CDC. TEORIA DO RISCO EMPRESARIAL. CONSUMIDORA QUE NÃO PODE SER RESPONSABILIZADA. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. DESPESAS COM A ESCRITURAÇÃO DE ATA NOTARIAL. IMPOSSIBILIDADE DE

3.3 Da assunção de responsabilidade pelas diretrizes de autorregulação

O tema tem gerado preocupação para as próprias instituições financeiras, exemplo disso são as diretrizes de autorregulação onde a Federação Brasileira de Bancos passa a destinar orientações específicas para proteção deste grupo mais suscetível à incidência de fraudes.

A FEBRABAN edita, por meio do Código de Conduta Ética e Autorregulação Bancária, normativos temáticos com vistas a instituir diretrizes práticas que se harmonizam com a legislação vigente aplicada aos bancos. As normas de autorregulação abrangem todos os produtos e serviços ofertados/disponibilizados pelos bancos.

Reconhecendo as peculiaridades que circundam a relação da instituição bancária com os correntistas idosos, o normativo SARB 023/2020 instituiu o normativo de relacionamento com o consumidor idoso, estabelecendo princípios e regras a serem adotadas por suas signatárias.

Pelo artigo 4º do referido normativo, os bancos se obrigam expressamente a “caso [...] identifique indícios de movimentações ou transações financeiras suspeitas, atípicas ou recorrentes, [...] bloqueá-las até a confirmação de sua origem”. Em seguida, no artigo 5º, também se prevê que “as instituições financeiras signatárias deverão disponibilizar serviços de alerta de transações e movimentações”. Por fim, há ainda a determinação do parágrafo 2º do mesmo artigo, art. 5º) de que os bancos “devem assegurar a confidencialidade das informações prestadas, bem como a proteção contra o acesso e o uso não autorizado”.

Pelas diretrizes da autorregulação, então, os bancos signatários se obrigam a adotar uma série de medidas protetivas em favor do correntista idoso. Nota-se que delas emergem a necessidade de uma atenção especial com o grupo, incluindo a validação das transações intentadas a partir do padrão histórico de interação.

Esta assunção de responsabilidade e diretrizes protetivas reflete, por um lado, o esforço bancário no sentido de mitigar estas incidências, agindo ativamente na criação de mecanismos de coibição de fraudes cujo grupo de idosos são as vítimas preferenciais. Por outro lado a postura também revela que a responsabilidade da instituição bancária é clara e inescusável,

RESSARCIMENTO. RESTITUIÇÃO DO MONTANTE INDEVIDAMENTE DESCONTADO. DEVER DE INDENIZAR. REPETIÇÃO EM DOBRO. AUSÊNCIA DE PROVA DA MÁ-FÉ. DANOS MORAIS QUE SE OPERAM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIO BIFÁSICO. STJ, IN RE IPSA. QUANTUM RESP Nº 959.780/ES. MAJORAÇÃO PARA O PATAMAR MÁXIMO DO GRUPO DE CASOS, DIANTE DAS PECULIARIDADES ENVOLVIDAS. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA. APELAÇÃO (1) DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDA. RECURSO (2) DO RÉU NÃO PROVIDO. (TJPR - 8ª C. Cível - 0009478-21.2017.8.16.0194 - Curitiba - Rel.: Desembargador Clayton de Albuquerque Maranhão - J. 28.03.2019). (TJ-PR - APL: 00094782120178160194 PR 0009478-21.2017.8.16.0194 (Acórdão), Relator: Desembargador Clayton de Albuquerque Maranhão, Data de Julgamento: 28/03/2019, 8ª Câmara Cível, Data de Publicação: 07/04/2019)

tanto que se busca mitigar a contingência de eventuais percalços por meio de travas autorregulatórias.

Considerações Finais

O presente artigo lançou luz sobre um relação que emerge de dois fenômenos: o primeiro, o envelhecimento da população brasileira; e o segundo a crescente virtualização das atividades financeiras. Quanto ao primeiro, apresenta-se como principais fatores os avanços da medicina e das condições sociais, que favoreceram o crescimento da expectativa de vida do brasileiro. Já quanto ao segundo, destaca-se a interferência da pandemia do COVID-19, que em razão das restrições criadas para controle da disseminação do vírus, impulsionou o uso das transações eletrônicas a patamares nunca antes vistos.

O tema trabalhado é o ponto de convergência destes fenômenos na perspectiva de conflitos jurídicos. É fato que a velocidade de capacitação da população mais idosa para interação com as ferramentas de transação eletrônica não acompanha a mesma velocidade com que estas ferramentas surgem e se modificam. Esse descompasso, então, favoreceu a incidência de transações eletrônicas fraudulentas com vista a vitimizar idosos. Importante ainda ressaltar que este grupo já é naturalmente cobiçado por quem age de má-fé para subtrair valores por meio de fraude, considerando que geralmente os idosos tem receita corrente e patrimônio acumulado: justamente os maiores alvos destas investidas.

Neste passo o artigo discutiu a responsabilidade das instituições bancárias frente ao correntista idoso em episódios de transações eletrônicas fraudulentas, tendo evidenciado que há no campo jurídico uma tendência de entendimento desta responsabilidade sobre a perspectiva objetiva, justificada na jurisprudência do STJ e interpretação de dispositivos do Código de Defesa do Consumidor.

Em detida análise de como o assunto vem repercutindo no judiciário, compreendeu-se que as condições peculiares da pessoa idosa lhe garante uma característica destacada na qualidade de consumidor: consumidor hiper vulnerável. Sabe-se que a vulnerabilidade é um princípio que alcança todos os consumidores, mas como forma de garantir na interpretação do CDC o princípio constitucional da equidade, se reconhece a necessidade de dimensionar esta vulnerabilidade à condição individual do sujeito de direito em cada relação que firma. Esta tese tem encontrado lastro nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, que tendem a valorizar as condições especiais do sujeito de direito nas relações consumeristas.

No caso dos idosos e suas relações com as instituições bancárias através de transações eletrônicas, está claro que esta vulnerabilidade é agravada e merece destaque. Veja, os

idosos ainda enfrentam inabilidade técnica no uso de ferramentas tecnológicas para transações financeiras, e além disso não é incomum a incidência de condições patológicas com comprometimento da capacidade de discernimento na fase mais avançada da vida. Tudo isto somado à complexidade de golpes cada vez mais ágeis e bem estruturados, cria o cenário perfeito para que agentes de má-fé alcancem êxito nas investidas de fraude mediante uso de ferramentas financeiras eletrônicas.

O norte jurisprudencial para conclusão da responsabilidade objetiva da instituição bancária em casos deste tipo tem sido a súmula n. 479 do STJ desde o ano de 2012. Por ela está instituído que “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”. A tese ainda é reforçada por duas ideias centrais: a primeira a de que a incidência de fraude revela falha na prestação de serviço; e a segunda de que a fraude por sistema eletrônico do banco integra o risco da sua própria atividade.

Sobre a primeira ideia esta está pautada na interpretação do artigo 14 do CDC, que no caput fixa a responsabilidade objetiva do prestador de serviço frente a eventuais desdobramentos de defeito existente nele; e no parágrafo 1º apresenta a quebra da segurança como um defeito de qualidade. A racionalidade defendida é de que o consumidor idoso ao custodiar valores em uma conta bancária cria legítima expectativa de segurança na operação do banco, e que os mecanismos de segurança apresentados pela instituição em seu portfólio (senhas, certificados eletrônicos, identificação biométrica e etc.) reforçam esta expectativa. Assim quando a transação fraudulenta é exitosa, quebra-se a segurança esperada e se confirma a responsabilidade objetiva quanto ao prejuízo.

Sobre a segunda ideia, a sua hipótese é a seguinte: se o banco decide auferir lucro disponibilizando no seu portfólio de serviços a transação eletrônica, não pode se afastar do ônus de eventual infortúnio que haja em um episódio bem sucedido de fraude. A lógica defendida pela ideia é simples: quem “ganha” também corre risco de “perder”.

Mais recentemente com o advento do Pix e a popularização das transações eletrônicas, a incidência de fraudes contra idosos passou também a gerar preocupações de contingência para as instituições financeiras. Como o entendimento de responsabilidade objetiva é amplamente definido, o aumento de incidência passou a gerar prejuízos significativos ao banco na cobertura de valores extraviados. A partir disso, em atividade de autorregulação, a FEBRABAN instituiu diretrizes específicas para a relação entre o banco e o correntista idoso, que traz uma série de medidas preventivas e autorizações de ação para coibir a incidência de transações fraudulentas com vistas a vitimizar idosos. As diretrizes da autorregulação, e principalmente as suas

violações, também tem servido de base para fixação da responsabilidade objetiva.

Por último destacou-se o fato de que a jurisprudência, apesar de ser dominante, não é unânime. E que a força dos precedentes tem sido desafiada constantemente, principalmente em casos cuja dinâmica conta com a colaboração, em algum nível, do consumidor (aqui cabe referência a casos em que, por exemplo, há o compartilhamento de senha ou uso de plataforma não oficial). Embora a análise destes casos não seja escopo do presente trabalho, fez-se a ressalva de que a responsabilização objetiva mesmo neste caso tem se mostrado possível pela teoria da aparência, quando elementos da dinâmica indicam que o consumidor foi de alguma forma conduzido ao erro/colaboração inocente.

A análise proposta neste artigo importa em diversas perspectivas. É preciso melhor conhecer os desdobramentos deste fenômeno, os elementos jurídicos dispostos ao debate e como o assunto tem repercutido no judiciário. Isso permitirá observar os desafios e oportunidades que o legislador tem para atuar no assunto.

É importante ainda ressaltar que a segurança jurídica pela perspectiva legal sozinha não é suficiente a resolver a problemática em um espectro mais amplo. Ter a favor dos consumidores idosos a lei apenas mitiga os prejuízos, sendo que o ideal é justamente evitá-los. Assim mostram-se louváveis as diretrizes de autorregulação que visam prevenir o evento, bem como necessárias condutas educativas que visem capacitar os idosos na interação com os sistemas eletrônicos do ecossistema financeiro, rompendo a fragilidade técnica que favorece a incidência de fraudes com vistas a vitimizá-los.

Referências

AZEVEDO, Fernando Costa de. O reconhecimento jurídico da hiper vulnerabilidade de certos grupos de consumidores como expressão de um sentido material de justiça no contexto da sociedade de consumo contemporânea. I Seminário Internacional “Imagens da justiça, currículo e educação jurídicas. Pelotas. Disponível em: <http://imagensdajustica.ufpel.edu.br/anais/trabalhos/GT%207/GT%207%20-%20AZEVEDO,%20Fernando%20Costa%20de.pdf>. Acesso em 16 de setembro de 2022.

BRASIL. Lei Federal nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em 17/09/2022.

BRASIL. Lei federal nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Estatuto do Idoso. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em 20/09/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 586.316/MG, da 2ª Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, Brasília, DF, 17 de abril de 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 479. Disponível em

<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=479&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=trua&tp=T>. Acesso em 10 de setembro de 2022.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito do consumidor: direito material e processual. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.