

Jurisprudência lotérica nas fraudes virtuais: as soluções do CPC

Felipe Banwell Ayres¹

1. Introdução

Os números demonstram que o Brasil vive uma epidemia de golpes virtuais: segundo pesquisa recentemente vinculada pela imprensa, 71% dos brasileiros já foram vítimas de algum tipo de golpe virtual², e o país sofre cerca de 2,8 mil tentativas de fraudes virtuais financeiras por minuto³.

As ações orquestradas pelas organizações criminosas especializadas nesses delitos, a despeito de chocarem menos que crimes cometidos com violência ou grave ameaça, causam prejuízos variados aos consumidores, fornecedores de produtos e prestadores de serviços e ao Poder Judiciário. É um cenário desafiador exige mudanças por parte desses três agentes.

Aos consumidores, aumenta-se a necessidade de adotarem as medidas preventivas adequadas para diminuir os riscos de serem vítimas de fraudes virtuais. Aos fornecedores de produtos e prestadores de serviços, aumenta-se a necessidade de investimentos em segurança cibernética, campanhas informativas à população e colaboração com os órgãos públicos. E ao Poder Judiciário, aumenta-se a responsabilidade de julgar, com celeridade, qualidade e isonomia, o crescente número de casos judicializados por consumidores lesados.

Limitando-se ao último requisito, este texto demonstrará – por meio de exemplos colhidos do Tribunal de Justiça de São Paulo – que, em ao menos três hipóteses de fraudes virtuais, há divergências jurisprudenciais

¹Advogado.

²https://www.em.com.br/app/noticia/tecnologia/2023/07/11/interna_tecnologia,1518903/pesquisa-revela-71-dos-brasileiros-ja-foram-vitimas-de-golpes-virtuais.shtml.

³<https://investidor.estadao.com.br/ultimas/brasil-dados-tentativas-fraude-dicas-se-proteger/>

entre as câmaras do mesmo tribunal, o que exige a utilização dos instrumentos oferecidos pelo CPC para uniformização da jurisprudência.

2. As divergências jurisprudenciais nas fraudes virtuais

Não há dúvidas da responsabilidade objetiva do fornecedor ou prestador de serviços por danos causados aos consumidores. Trata-se da aplicação da teoria do risco da atividade empresarial, que aponta a responsabilidade do fornecedor ou prestador de serviços pela reparação dos danos causados por defeitos relativos ao fornecimento ou prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos, independentemente da existência de culpa (art. 14, caput, do CDC).

Por sua vez, o art. 14, § 1º, do CDC afirma que o serviço é considerado defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, cumprindo apontar que se trata de obrigação decorrente do dever de segurança previsto ao art. 8º do CDC, que dispõe que produtos e serviços ofereçam riscos razoáveis e previsíveis, que não sejam potencializados ou falha a atividade econômica desenvolvida pelo fornecedor⁴.

Igualmente indene de dúvidas é o conceito de que a única hipótese de isenção da responsabilidade do fornecedor ou prestador de serviços é em razão de culpa exclusiva de terceiro ou do consumidor, em hipótese de fortuito externo (art. 14, § 3º do CDC).

Haja vista que maioria das fraudes virtuais envolve os serviços de instituições financeiras, cujas relações com as vítimas são regidas pelo CDC por força da Súmula nº 297, a 2ª Seção do STJ - em julgamento de recurso especial pelo rito dos repetitivos – decidiu que “as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros” (Tema 466).

⁴ MIRAGEM, Bruno. Tendências da responsabilidade das instituições financeiras por danos ao consumidor. Revista de Direito do Consumidor. Col. 87, 2013, p. 51-91

De toda forma, ainda que se pudesse afastar a aplicação do CDC, como ensina a doutrina especializada, a responsabilidade objetiva das instituições financeiras por danos causados aos consumidores poderia ser analisada à luz do art. 927 do CC⁵.

Contudo, o cenário se torna mais desafiador à medida que novos golpes surgem, e os conhecidos golpes se sofisticam, ampliando as hipóteses concretas julgadas pela jurisprudência, que ainda vacila com seu dever consistente em decidir de modo uniforme certos conceitos jurídicos, como demonstrarão os exemplos abaixo

2.1 Golpe do boleto falso: responsabilidade da instituição financeira?

Tome como exemplo uma corriqueira situação: o consumidor recebe – por e-mail ou SMS – boleto (quase) idêntico ao original, supostamente a título de pagamento de seu cartão de crédito. Contudo, ao realizar o pagamento do boleto, o consumidor não adimple a dívida, mas envia o dinheiro para a conta dos criminosos, em clássico exemplo do “golpe do boleto falso”.

Por um lado, há julgados que entendem se tratar de fortuito interno a utilização de serviços das instituições financeiras pelos fraudadores, havendo, portanto, responsabilidade objetiva daquelas, nos termos do art. 14, caput, do CDC e art. 3º, § 2º, da Resolução nº 2.953/2022 do BACEN⁶.

Como exemplo, ao entender pela responsabilidade objetiva da instituição financeira, consignou a 20ª Câmara de Direito Privado do TJSP,

⁵ A norma regula a responsabilidade objetiva, que uma das duas espécies de responsabilidade civil do sistema do CC, daquele que opera alguma atividade (empresarial ou negocial). O legislador leva em conta a objetividade intrínseca da atividade do autor do dano como fenômeno extraordinário que tem potencialidade para provocar situação jurídica de vantagem para outrem, de exigir indenização por dano sofrido em decorrência do fato dessa atividade. (JUNIOR, Nelson Nery. Código Civil Comentado, 11ª edição, Editora Regista dos Tribunais Ltda., fls.1.195)

⁶ De fato, o art. 3º, § 2º, da Resolução nº 2.953/2022 do BACEN afirma que “A instituição deve adequar seus sistemas de controles internos voltados para as atividades de abertura e acompanhamento de contas de depósitos, bem como adotar políticas e procedimentos, incluindo regras rígidas do tipo “conheça seu cliente”, que previnam a utilização das respectivas instituições, intencionalmente ou não, para fins de práticas ilícitas ou fraudulentas” (grifou-se).

que “ao explorar serviço de geração de boletos bancários, os Bancos assumem o risco da atividade e devem ser diligentes para adotar as medidas necessárias para evitar fraudes e danos aos seus clientes ou a terceiro”, concluindo o acórdão que a “emissão de boletos diz com o risco do negócio da instituição financeira, que deve responder objetivamente pelos danos⁷.”

Em sentido contrário, há julgados que entendem pela ausência de responsabilidade objetiva da instituição financeira em casos de adulteração de boletos para cometimento de fraude.

Com efeito, essa corrente invoca que há culpa exclusiva do consumidor, que efetuou pagamento em nome de terceiro, faltando com seu dever de vigilância e cuidado, inexistindo, portanto, nexos de causalidade entre a conduta da instituição financeira e o dano experimentado pelo consumidor. Um exemplo é o entendimento da 14ª Câmara de Direito Privado do TJSP que, ao julgar caso de vítima do golpe do boleto falso (enviado por número desconhecido no WhatsApp), entendeu pela inexistência do nexo de causalidade entre a fraude cometida e a conduta da instituição financeira.

Com efeito, alegou o acórdão que houve negligência do autor, que não tomou as devidas cautelas ao receber boleto bancário por “meio não oficial”. Nesse contexto, esse acórdão, como diversos outros, excluiu a responsabilidade da instituição financeira em razão da culpa exclusiva do consumidor, nos termos do art. 14, § 3º, II do CDC⁸.

Recentemente, oferecendo uma “terceira via”, a 3ª Turma do STJ, nos autos do REsp 2.077.278/SP, proferiu decisão relevante para a discussão. Como revela o acórdão, a *quaestio iuris* era decidir se a instituição financeira responde por falha na prestação de serviços bancários, consistente no vazamento de dados que facilitou a aplicação de golpe em desfavor do consumidor.

⁷ AC nº 1006861-54.2020.8.26.0011, Des. Rel. Álvaro Torres Júnior, 20ª Câmara de Direito Privado, j. 5.8.2021.

⁸ AC nº 1013961-69.2021.8.26.0320, Des. Rel. Luis Fernando Camargo de Barros Vidal, 14ª Câmara de Direito Privado, j. 11.05.2022.

Como aponta o voto condutor da Min. Nancy Andrighi, “Se comprovada a hipótese de vazamento de dados da instituição financeira, será dela, em regra, a responsabilidade pela reparação integral de eventuais danos”.

Assim, oferecendo norte para futuros julgamentos, argumentou que “para sustentar o nexo causal entre a atuação dos estelionatários e o vazamento de dados pessoais pelo responsável por seu tratamento, é imprescindível perquirir, com exatidão, quais dados estavam em poder dos criminosos, a fim de examinar a origem de eventual vazamento e, conseqüentemente, a responsabilidade dos agentes respectivos⁹.”

2.2 Responsabilidade da instituição por utilização de seus serviços para fraudes por parte de terceiros?

Outro ponto julgado de forma divergente é a hipótese de responsabilização da instituição financeira em razão da utilização de conta corrente de instituição financeira para fraude por terceiros que, a despeito de suas semelhanças, é hipótese distinta do exemplo acima.

Recorra-se à seguinte hipótese: empresa fantasma utiliza-se dos serviços (leia-se: contas bancárias) de instituição financeira para recebimento de valores oriundos de fraude contra terceiros consumidores, que, por meio de suposta plataforma virtual de vendas, “adquiriram” produtos que não eram entregues.

A corrente que acolhe a responsabilidade objetiva da instituição financeira alega que o consumidor, ao tomar todas as medidas adequadas e comprar produto (a preço de mercado) de empresa que confiou ser idônea, não agiu com culpa, e era dever da instituição financeira ter tomado medidas preventivas e repressivas para impedir que seus serviços fossem utilizados como parte de “cadeia de fornecimento” do golpe perpetrado.

Em acórdão desfavorável às instituições financeiras, entendeu a 27ª Câmara de Direito Privado do TJSP que aqueles são objetivamente responsáveis pelos danos causados a vítima que adquiriu, por meio de

⁹ REsp 2.077.278/SP, 3ª Turma, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 3.10.2023

boleto bancário, uma inexistente máquina de lavar em um “site falso”. Segundo o acórdão, houve negligência da instituição financeira ao aceitar a abertura de conta corrente para fins fraudulentos, caracterizando fortuito interno, nos termos do art. 14^a do CDC.¹⁰

Por outro lado, há julgados do TJSP que eximem a responsabilidade da instituição financeira por ausência de nexo de causalidade entre a conduta desta e o dano sofrido, eis que – ao simplesmente “manter a conta do beneficiário do boleto bancário” - não responde a instituição financeira pelo negócio realizado entre terceiros, inexistindo qualquer evidência de falha na prestação do serviço”¹¹.

Conclui um desses exemplos que, haja vista que o autor foi vítima de “golpe” aplicado por terceiro estranho aos autos, não se vislumbraria “nenhuma conduta abusiva ou ilícita do banco réu a ensejar o dever de indenizar, quer moral, quer material, não se aplicando o disposto no art. 14 do CDC”¹².

2.3 Responsabilidade objetiva da plataforma de vendas por fraude de terceiros consumidores de seus serviços

Por fim, a terceira situação é a hipótese de responsabilizar objetivamente as plataformas de vendas por fraudes cometidas por terceiros contra consumidores de seus serviços.

Para ilustrar o ponto, suponha-se a seguinte situação: consumidor oferece produto em plataforma especializada de vendas e, após receber e-mail fraudulento em nome da plataforma de vendas informando da realização do pagamento, envia o produto para o endereço do estelionatário, que retém o objeto sem pagar a contraprestação devida.

¹⁰ RI nº 0013552-91.2017.8.26.0016, Relator: Gustavo Henrique Bretas Marzagão, j. 31.10.18, Quarta Turma Cível. No mesmo sentido: AC nº 1012149-21.2018.8.26.0506, Des. Rel. Daise Fajardo Nogueira Jacot, j. 24.08.2020, 27^a Câmara de DP.

¹¹ AC nº 1000645-46.2022.8.26.0128, Des. Rel. Antonio Rigolin, 31^a Câmara de Direito Privado, j. 24.10.2022.

¹²AC nº 1001149-87.2021.8.26.0160, Des. Rel. Lino Machado, 30^a Câmara de Direito Privado, j. 22.03.2022.

Essa e outras situações criaram indagações jurídicas desafiadoras, tais como: no conflito entre a inobservância dos termos e condições (que exigem que todas as transações sejam feitas exclusivamente pelo aplicativo da plataforma de vendas) por parte do consumidor, e a utilização dos serviços da plataforma de vendas por estelionatários, há culpa exclusiva daquele, a afastar a caracterização de fortuito interno da atividade desta?

Além disso, qual é a extensão do Tema 466 às plataformas de comércio eletrônico, que habitualmente retêm o dinheiro dos consumidores para operações financeiras, atuando, portanto, como verdadeiras instituições financeiras?

São perguntas que não ainda não encontram respostas uniforme na jurisprudência e, na ausência de precedente vinculante eficaz, há decisões para todos os lados no maior tribunal do país.

Em acórdão favorável à plataforma de vendas, a despeito de consignar que houve o “envio do produto negociado após recebimento de e-mail fraudulento”, entendeu o TJSP que, em razão do descumprimento das regras de venda estabelecidas no site, inexistiria responsabilidade deste em razão de culpa exclusiva da vítima, que deveria ter lido as instruções da plataforma de venda¹³

Como apontou um desses acórdãos, há doutrina esclarecendo que “todos os usuários do consulente são expressa e ostensivamente identificados, por meio dos “Termos e Condições Gerais de Uso” e de informações contidas em várias seções do site “www.mercadolivre.com.br”, a respeito da natureza do serviço, assim como sobre os seus deveres, responsabilidades e riscos relativos às negociações travadas direta e exclusivamente entre anunciantes/vendedores e compradores”¹⁴

¹³RI nº 1006704-04.2018.8.26.0609 Taboão da Serra, Des. Rel. Maria Helena Steffen Toniolo, j. 18.10.2019, 3ª Turma Cível, Criminal e Fazenda – Cotia. No mesmo sentido: RI: 0014285-25.2019.8.26.0198, Des. Rel. Peter Eckschmiedt, j. 04.03.2021, Terceira Turma Cível e Criminal. AC: 1017779-65.2021.8.26.0405, Des. Rel. Sá Moreira de Oliveira, j. 21.03.2022, 33ª Câmara de Direito Privado,

¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Plataforma Eletrônica de Vendas. Natureza Jurídica de Prestação de Serviços. Revista dos Tribunais. Vol. 6, Set/2014, p. 679/680.

Veja um exemplo de entendimento em sentido oposto. No caso, o consumidor/vítima ofereceu produto em plataforma de vendas e “recebeu mensagem eletrônica de falsários, com logotipo da plataforma dos correus Mercado Pago/Mercado Livre, além de dados pessoais do suposto comprador com informações específicas do produto disponibilizado e suposta aprovação de pagamento”¹⁵.

Desse modo, tendo em vista que o autor que acreditou ter concretizado a venda dentro do procedimento estabelecido pela plataforma, enviando o produto aos falsários, entendeu o acórdão pela “responsabilidade objetiva das rés, que não forneceram os meios de segurança necessários ao seu usuário”¹⁶.

3. As soluções do CPC: recurso repetitivo e IRDR

As divergências jurisprudenciais demonstradas, em especial por ocorrerem no âmbito do mesmo tribunal, são inaceitáveis por configurarem violação aos princípios da isonomia, do (efetivo) acesso à justiça, da eficiência da Administração Pública e, principalmente, da segurança jurídica.

Este, como se sabe, “figura como um dos valores mais caros ao processo civil, já que é o elemento responsável por lhe conferir legitimidade. As partes não se submeteriam a um processo, que, sabidamente, demanda tempo e dinheiro, se a decisão proferida não lhe fosse, em alguma medida, definitiva. Mostra-se fundamental, portanto, pacificar as discussões – o que se alcança com respeito à segurança jurídica”¹⁷.

Portanto, os prejuízos decorrentes da ausência de segurança jurídica são difusos: a confiança na justiça estatal é corroída, afetando a paz e a estabilidade social. Além disso, afeta negativamente a economia

¹⁵ AC: 1001485-59.2021.8.26.0009, Des. Rel. Lúcia Araújo Bisogni, j. 26.01.2022, 34ª Câmara de Direito Privado.

¹⁶ AC: 1001485-59.2021.8.26.0009, Des. Rel. Lúcia Araújo Bisogni, j. 26.01.2022, 34ª Câmara de Direito Privado.

¹⁷ FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. 5. ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2022, fl. 89.

do país, configurando como elemento relevante para a composição do “Custo Brasil”.

Como o problema não é novidade, o CPC, após prescrever que os tribunais devem “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 926 do CPC), oferece importantes mecanismos no intuito de conferir eficácia vinculante a determinados precedentes qualificados, com a menção especial aos “casos repetitivos”, cujo art. 928, I e II, do CPC, aponta serem os recursos especial e extraordinário repetitivos, e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

Quanto os recursos repetitivos, nos termos do art. 1.036 do CPC, sempre que houver “multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com “fundamento em idêntica questão de direito”, haverá afetação para julgamento de observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

E, para a discussão deste artigo, conquanto o mencionado Tema 466, em 2012, tenha decidido que “as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros”, o julgamento ocorrera durante uma diferente realidade virtual (e social), motivo pelo qual essas novéis questões surgidas são insuficientemente respondidas pelo precedente.

Ademais, o precedente não está sendo seguido em sua íntegra: análise detalhada da tese adotada aponta que “as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros” inclusive na hipótese de “adulteração de boletos”, matéria sobre a qual a jurisprudência no TJSP encontra-se dividida.

Nesse contexto, é seguro afirmar que sofrera o precedente do Tema 466 fenômeno do *overruling* que – em sua versão brasileira - é a revisão de precedente vinculante em três hipóteses: (i) constada desarmonia da tese paradigmática em relação à conjuntura econômico-social (ii) mudança em âmbito legislativo, relativamente à norma que se baseou o precedente e (iii) necessidade de adequação a posicionamento que venha a ser adotado

pelo STF em sede de repercussão geral, conforme a sistemática do artigo 1040, II, do CPC¹⁸.

Contudo, como ressalta a doutrina, “Não se trata de anulação ou modificação de acórdão proferido em julgamento de recurso repetitivo, que pode, inclusive, ter transitado em julgado, mas de alteração do alcance da eficácia vinculante de precedente obrigatório, que deixará de se aplicar aos casos futuros, para os quais valerá o novo enunciado de tema repetitivo”¹⁹

Desse modo, o cenário ideal seria a revisão do precedente do Tema 466 (ou a afetação de recursos especiais específicos para cada situação) e delimitar detalhados parâmetros – em linha com a conjuntura econômica-social atual - para caracterização da responsabilidade objetiva dos prestadores de serviços ou fornecedores de produtos serviços virtuais (leia-se: instituições financeiras e plataforma de vendas) por danos causados por terceiros aos consumidores

Aponta-se que, por ser relevante, nos termos do § 4º do art. 927 do CPC, a tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Ademais, a decisão do STJ poderá ser precedida de “audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese”. No caso das fraudes virtuais, não faltarão agentes interessados em participar das discussões.

Além disso, outra solução para uniformizar a jurisprudência por meio de precedente vinculante, agora em âmbito estadual, seria a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Previsto ao artigo 976 do CPC, o IRDR é cabível quando simultaneamente atendidas duas condições: (i) repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e (ii) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

¹⁸ Mauro Campbell Marques, Eduardo Arruda Alvim, Guilherme Pimenta das Neves e Fabiano Tesolin, Recurso Especial, 2ª edição, 2023, p. 431

¹⁹ Mauro Campbell Marques, Eduardo Arruda Alvim, Guilherme Pimenta das Neves e Fabiano Tesolin, Recurso Especial, 2ª edição, 2023, p. 431

Não há dúvidas de que essas condições se encontram presentes no tema em voga. Cabe apontar que o § 4º do artigo 976 do CPC não permite a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando “um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva”, o que, como visto, (ainda) não é o caso.

Espera, assim, que o TJSP – e outros tribunais – possam resolver essas divergências jurisprudenciais em litígios envolvendo fraudes virtuais e assim, cumprirem o seu objetivo constitucional de pacificar os conflitos sociais por meio de sua tutela jurisdicional.