

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA
DEPARTAMENTO DE DIREITO

**A RESPONSABILIDADE POR FORTUITO INTERNO EM RAZÃO DAS FRAUDES
EM EMPRÉSTIMOS REALIZADOS POR IDOSOS MEDIANTE ACEITE POR
BIOMETRIA FACIAL**

HUGO FELIPE FILARDI MARQUETTI

Ouro Preto

2023

Hugo Felipe Filardi Marquetti

**A RESPONSABILIDADE POR FORTUITO INTERNO EM RAZÃO DAS FRAUDES
EM EMPRÉSTIMOS REALIZADOS POR IDOSOS MEDIANTE ACEITE POR
BIOMETRIA FACIAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como parte dos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Felipe Comarela Milanez

Ouro Preto

2023



FOLHA DE APROVAÇÃO

HUGO FELIPE FILARDI MARQUETTI

A responsabilidade por fortuito interno em razão das fraudes em empréstimos realizados por consumidores idosos mediante aceite por biometria facial”

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovada em 01 de setembro de 2023.

Membros da banca

Prof. Dr. Felipe Comarela Milanez - Orientador - Univesidade Federal de Ouro Preto
Prof. Dr. Arnaud Marie Pie Belloir - Universidade Federal de Ouro Preto
Prof. Ms. Fabiano Cesar Rebuzzi Guzzo - Universidade Federal de Ouro Preto

Prof. Dr. Felipe Comarela Milanez, orientador do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito na Biblioteca Digital de Trabalhos de Conclusão de Curso da UFOP em 03/09/2023.



Documento assinado eletronicamente por **Felipe Comarela Milanez, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 03/09/2023, às 09:43, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0585043** e o código CRC **697C09FE**.

*“Crê em ti mesmo, age e verá os resultados.
Quando te esforças, a vida também se esforça
para te ajudar”.*

(Chico Xavier)

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus por iluminar os meus passos. À Ionara, minha querida mãe, pela força constante, sabedoria e ternura de seus afagos; obrigado Carlos Alberto, meu valoroso pai, por todos ensinamentos, cuidados e pelo apreço nos momentos difíceis. Ao meu estimado irmão, Igor, o meu muito obrigado pela consideração e amizade; e por fim, mas não menos fundamental, obrigado ao meu grande amor, Daniela, por todo afeto, bem-querer, e por ter sido meu alicerce nessa árdua jornada.

Oportunamente, agradeço à Universidade Federal de Ouro Preto pelo ensino público de excelência, que me possibilitou uma rica formação profissional e humana.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a responsabilidade civil das instituições bancárias como prestadoras de serviços diante das fraudes em empréstimos realizados por meio de aceite por biometria facial, por meio do método qualitativo e de pesquisa doutrinária e jurisprudencial. Com o avanço tecnológico e a busca por métodos mais seguros de autenticação, a biometria facial tem se tornado cada vez mais comum em transações financeiras, como é o caso dos empréstimos. No entanto, as fraudes relacionadas a esse tipo de sistema têm aumentado significativamente.

O estudo abrange uma revisão bibliográfica sobre o conceito de biometria facial, sua aplicação em processos de autenticação e os riscos de fraudes associados. São abordados conceitos e teorias pertinentes à responsabilidade civil, com enfoque no fortuito interno, que diz respeito aos eventos imprevisíveis e inevitáveis que ocorrem dentro do próprio processo.

Além disso, o estudo se propõe a analisar a responsabilidade das instituições financeiras em casos de fraudes por biometria facial, levando em consideração a hipervulnerabilidade do consumidor idoso. São discutidas as teorias que sustentam a responsabilidade civil das instituições financeiras nesses casos, considerando a necessidade de uma maior diligência esperada, o dever de informação e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Também são exploradas possíveis medidas de segurança e proteção específicas para esse grupo de consumidores.

Dessa forma, este estudo contribui para a compreensão dos desafios e implicações legais envolvidos na responsabilidade por fortuito interno em casos de fraudes em empréstimos realizados mediante aceite por biometria facial, fornecendo subsídios para o aprimoramento das medidas de segurança e proteção ao consumidor, especialmente aos idosos, nesse contexto tecnológico em constante evolução.

Palavras-chave: Fortuito interno; Consumidor idoso; Biometria facial; Empréstimos bancários.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the civil liability of banking institutions as service providers in the face of fraud in loans made through acceptance by facial biometrics; utilizing a qualitative method combined with doctrinal and jurisprudential research.

With technological development and the search for more secure methods of authentication, facial biometrics has become increasingly common in financial transactions, such as loans. However, fraud related to this type of system increased significantly.

The study covers a literature review on the concept of facial biometrics, its application in authentication processes and the associated fraud risks. Concepts and theories pertinent to civil liability are addressed, focusing on internal fortuitous events, which refers to unpredictable and inevitable events that occur within the process itself.

In addition, the research proposes to analyze the liability of financial institutions in cases of fraud by facial biometrics, taking into account the hypervulnerability of the elderly consumer. The theories that support the civil liability of financial institutions in these cases are discussed, considering the need for greater expected diligence, the duty of information and the application of the Consumer Protection legislation. Possible measures aiming a greater protection specific to this group of consumers are also discussed. Thus, this study contributes to the understanding of the challenges and legal implications involving the liability for internal fortuitous events in cases of fraud in loans made through facial biometrics, providing subsidies for the improvement of security and consumer protection measures, especially for the elderly ones.

Keywords: Force majeure; Elderly consumer; Facial biometrics; Bank loans.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CDC: Código de Defesa do Consumidor

CC: Código Civil

STJ: Superior Tribunal de Justiça

STF: Supremo Tribunal Federal

TJMG: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR	11
2.1 Hipervulnerabilidade do consumidor idoso	12
3. RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	17
3.1 Responsabilidade objetiva das instituições bancárias	18
3.2 Excludentes de responsabilidade civil	19
3.2.1 <i>Fato exclusivo da vítima</i>	20
3.2.2 <i>Fato exclusivo de terceiros</i>	21
3.2.3 <i>Caso fortuito ou força maior</i>	23
4. FORTUITO INTERNO	25
4.1 Definição de fortuito interno	27
4.2 Fortuito interno x Fortuito externo	29
4.3 Entendimento do STJ sobre fortuito interno	32
5. DAS FRAUDES EM CONTRATOS DE EMPRÉSTIMO	35
5.1 Fraudes mediante uso indevido da biometria facial	37
6. CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	45

1. INTRODUÇÃO

Precipuamente, é importante ressaltar que as relações consumeristas são marcadas por dois polos que se encontram em condições distintas, onde o consumidor se apresenta como a parte vulnerável dessa relação. Além disso, existem certas características dos consumidores que agravam ainda mais essa condição, tornando-os hipervulneráveis.

A vulnerabilidade do consumidor é um aspecto inerente às relações de consumo. O consumidor possui menor conhecimento técnico, econômico e jurídico em comparação às empresas ou fornecedores com os quais ele interage. Essa disparidade de informações e poder econômico coloca o consumidor em desvantagem, tornando-o mais suscetível a práticas comerciais abusivas, fraudes e violações de direitos.

No entanto, existem casos em que essa vulnerabilidade é ainda mais acentuada, caracterizando o consumidor como hipervulnerável. Essa hipervulnerabilidade pode ser resultado de fatores como idade avançada, baixa escolaridade, limitações físicas ou mentais, dependência econômica, entre outros. Os consumidores hipervulneráveis enfrentam obstáculos adicionais na proteção de seus interesses e na busca por seus direitos, uma vez que suas condições específicas podem dificultar a compreensão das informações, a tomada de decisões assertivas e a defesa de seus direitos em caso de violação.¹

Em uma sociedade cada vez mais globalizada, tecnológica e conectada, é inegável o surgimento de novas modalidades de atos fraudulentos. Um exemplo disso são os empréstimos consignados e pessoais realizados por intermediários, instituições financeiras e até mesmo golpistas, que se aproveitam da falta de conhecimento dos consumidores em relação às operações pretendidas. Muitas vezes, os consumidores não têm ciência de que estão realizando operações que resultarão em ônus consideráveis. Além disso, ocorre a exploração de seus dados pessoais, aproveitando a facilidade de adesão a esses contratos de forma remota, com o uso exclusivo da biometria facial como modalidade de aceite.

Nesse contexto, os consumidores hipervulneráveis estão ainda mais suscetíveis a essas práticas fraudulentas, visto que enfrentam desafios adicionais para compreender plenamente os termos e condições dos contratos, identificar possíveis riscos e proteger seus direitos. Portanto, é fundamental dedicar atenção especial ao fortalecimento das medidas de segurança,

¹ SCHAWARTZ, Fábio. A defensoria pública e a proteção dos (hiper)vulneráveis no mercado de consumo. 2016.

ao aprimoramento da informação disponibilizada aos consumidores e à adoção de políticas que visem proteger os interesses desses consumidores em situação de hipervulnerabilidade.

Nesse sentido, é válido mencionar o Código de Defesa do Consumidor, que estabelece claramente a responsabilidade civil do fornecedor de serviços como sendo objetiva, ou seja, independente de culpa. Isso implica que o fornecedor tem o dever de reparar o dano causado por advento do produto ou serviço. Além disso, considerando a aplicação do CDC na relação entre bancos e clientes, que é caracterizada como uma relação de consumo, a jurisprudência tem sustentado de forma consistente que as fraudes resultantes das atividades econômicas das instituições financeiras podem ser consideradas como fortuito interno. Essas fraudes estão intrinsecamente ligadas à própria atividade econômica desenvolvida pelas instituições financeiras, o que invalida a alegação de inexistência do dever de reparação em caso de dano decorrente do serviço fornecido.

2. A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Ao longo da história, a vulnerabilidade do consumidor tem se agravado na medida em que ocorre o processo de industrialização e massificação das relações no mercado de consumo, especialmente nas décadas seguintes ao término da Segunda Guerra Mundial. Diante dessa constatação, diversos países, principalmente a partir do século XX, promulgaram regulamentações com o objetivo de proteger os interesses dos consumidores.²

No Brasil a realidade não é diferente, e em uma relação claramente díspar, o consumidor é reconhecido como a parte vulnerável, conforme estabelecido no ordenamento jurídico, especialmente no artigo 5º da Constituição e no artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

Assim, a proteção do consumidor pelo Estado tem como base fundamental a sua vulnerabilidade no mercado de consumo. Essa vulnerabilidade pode manifestar-se de diversas formas, sendo identificada através de quatro enfoques principais: a vulnerabilidade fática, que decorre do próprio desequilíbrio entre as partes e da superioridade econômica do fornecedor; a vulnerabilidade jurídica, advinda das técnicas consumeristas de contratos de adesão massificados, que visam a celeridade do negócio; a vulnerabilidade a partir da publicidade, reforçada pelas técnicas modernas de marketing, economia comportamental e instrumentos de convencimento; além da vulnerabilidade técnica, que se funda na própria ignorância do consumidor acerca dos meios utilizados para a criação e venda de produtos e serviços que são disponibilizados.³

Dessa forma, tal circunstância enseja uma tutela especializada e atuação estatal direta, que se perfaz mediante os direitos e garantias constitucionais, além da proteção do CDC, não

² NORAT, Markus Samuel Leite. Evolução histórica do direito do consumidor. 2011. p.95-96.

³ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor. 2011. p.323.

se tratando de mero assistencialismo⁴, mas uma ruptura com o conceito civilista de que basta a existência de igualdade formal para que haja equilíbrio entre as partes.

Isto posto, o Código de Defesa do Consumidor, tem como objetivo regular as relações de consumo, estabelecendo os direitos do consumidor como matéria de ordem pública e tutelando os direitos e deveres inerentes as partes envolvidas. Nessa lei especial, há prevalência da proteção à segurança, vida e saúde do consumidor⁵, bem como dos seus direitos basilares, como o acesso à informação de modo claro, adequado e ostensivo⁶.

Neste íterim, conforme destacado por Humberto Theodoro Júnior: “[...] tendo em vista que o mercado não consegue, por si mesmo, superar esse desequilíbrio, tornou-se imprescindível a intervenção estatal, consubstanciada na edição de um Código de Defesa do Consumidor [...]” (Theodoro Júnior, 2017, p.22)

Em um contexto fático, ainda que em condição de vulnerabilidade, o consumidor é o que move a cadeia de consumo. Assim, a normatização surge com o objetivo de promover equilíbrio e trazer segurança jurídica para as relações de consumo, repelindo a sua condição iníqua. Conforme Bruno Miragem afirma: “Todo consumidor é vulnerável, e por isso é destinatário de proteção jurídica especial do Código”. (Miragem, 2010.). Sem equilíbrio, essas relações não podem se estabelecer e se desenvolver adequadamente. O consumidor, por sua vez, encontra-se em uma posição desigual e, para alcançar a igualdade, é necessário tratar os desiguais de forma diferenciada. É dessa forma que se explica a necessidade e, conseqüentemente, a elaboração dos direitos básicos do consumidor, os quais estão amplamente consagrados no CDC. (Cavaliere Filho, 2011).

2.1 Hipervulnerabilidade do consumidor idoso

Determinadas condições e características pessoais do consumidor potencializam o seu estado de fragilidade na referida relação, a chamada hipervulnerabilidade, conforme assevera Bruno Miragem:

[...] certas qualidades pessoais do consumidor pode dar causa a uma soma de fatores de reconhecimento da vulnerabilidade, razão pela qual se pode falar em situação de

⁴ SCHMITT, Cristiano Heineck. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. p. 2

⁵ Art 4º . Código de Defesa do Consumidor. 1990.

⁶ Art. 6º. Código de Defesa do Consumidor. 1990.

vulnerabilidade agravada, ou como também vem denominando a doutrina, hipervulnerabilidade do consumidor" (Miragem, 2014, p 125.)

No aludido contexto, é importante ressaltar que os consumidores idosos são especialmente vulneráveis e enfrentam uma série de desafios no mercado de consumo. Extrai-se que o consumidor idoso se encontra em uma condição ainda mais desigual nessa relação, necessitando, portanto, de um arcabouço protetivo mais extenso; assim expõe Marques:

Tratando-se de consumidor 'idoso' (assim considerado indistintamente aquele cuja idade está acima de 60 anos) é, porém, um consumidor de vulnerabilidade potencializada. Potencializada pela vulnerabilidade fática e técnica, pois é um leigo frente a um especialista organizado em cadeia de fornecimento de serviços, um leigo que necessita de forma premente dos serviços, frente à doença ou à morte iminente, um leigo que não entende a complexa técnica atual dos contratos cativos de longa duração [...]. (Marques, 2002, p.194)

Do mesmo modo discorre Schmitt:

O prefixo hiper deriva do termo grego hypér e serve para designar um alto grau, ou aquilo que excede a medida normal. Uma vez que acrescentado esta à palavra vulnerabilidade, obtém-se uma situação de intensa fragilidade, que supera os limites do que seria uma situação de fraqueza. Na ótica do consumidor idoso, tratá-lo como hipervulnerável significa compreender que a sua idade potencializa sua fragilidade como consumidor, exigindo-lhe um tratamento especial. (Schmitt, 2014, p. 217-218 apud Nishiyama, 2010, p.19).

Tal condição implica em uma atuação estatal mais direta, com a adoção de medidas protetivas específicas e direcionada, apartando potenciais práticas abusivas por parte do fornecedor. A própria CF/88 expressa em seu art. 230 que: "A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantido-lhes o direito à vida", também sob égide do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03), as pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos possuem uma proteção especializada e robusta. Preceitua Regina de Oliveira Santos:

Vê-se que o escopo é eminentemente de proteger amplamente os grupos de consumidores cuja vulnerabilidade seja acentuada, potencializada ou agravada, em decorrência de fatores sociais, físicos ou psíquicos. Isso porque certos grupos estão mais sujeitos a se tornarem alvos de propagandas enganosas e abusivas, tais como os idosos que são, na maioria das vezes, seduzidos por ofertas de crédito rápido e sem burocracia, ou mesmo quando tratam com empresas de telefonia e operadoras de planos de saúde. O reconhecimento da vulnerabilidade agravada (hipervulnerabilidade) implica observar diversos fatores que possibilitem a constatação de fragilidade acentuada de certos grupos de consumidores frente ao fornecedor. (Santos, 2017, p.32)

Também ilustram os doutrinadores Alves e Medeiros:

Por isso, mesmo que nem todos os idosos possuam algum ou vários tipos de condições limitadoras e estejam bem integrados à sociedade, eles podem ser definidos como consumidores hipervulneráveis, porque além de sua vulnerabilidade como consumidores em geral, podem necessitar de proteção especial por sua condição de

pessoa idosa, que pressupõe um risco social, mesmo que relativo. (Alves; Medeiros, 2022, p.18)

Mister prelecionar, que a própria jurisprudência pátria reconhece ser consectária ao diálogo de fontes a proteção do idoso no mercado de consumo:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.809.860 - SP (2020/0337597-6) DECISÃO Cuida-se de agravo apresentado por CARLOS APPARECIDO FACCIROLLI contra a decisão que não admitiu seu recurso especial. O apelo nobre, fundamentado no artigo 105, inciso III, alíneas a e c, da CF/88, visa reformar acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CONSELHEIRO FURTADO - PÁTIO DO COLÉGIO, assim resumido: Apelação Cível. Ação anulatória. Sentença de improcedência do pedido. Inconformismo. Contratos firmados em abril de 2016. Autor interditado nos autos do processo nº 1002541-63.2016.8.26.0572. Ação ajuizada três meses depois de referidos negócios jurídicos. Exame pericial daqueles autos que dispôs não se encontrar o ora autor apto ao exercício dos atos da vida civil, além de concluir que o interditando era portador de doença de Alzheimer. Ademais, empréstimos objetos destes autos que foram realizados, todos, no mesmo dia, sendo que a somatória de seus valores chega a mais de R\$ 17.000,00, conforme prova fornecida pelo INSS, patamar que foge ao padrão de desconto autorizado no benefício previdenciário do requerente, limitado a 30% do valor líquido. Dano moral. Não ocorrência. Fatos da incapacidade não relatados ou declarados à instituição financeira. Atos do negócio com a interveniência de pessoa interessada, contra o interesse do autor. Questão que se resolve com a anulação dos contratos. Retorno ao status quo ante que se impõe, para evitar enriquecimento sem causa de quaisquer das partes. Restituição devida, de forma simples, a ser apurada em liquidação de sentença, se houver prova de que houve depósito dos empréstimos em conta do autor, e com o devido desconto mensal de seu benefício previdenciário. Prequestionamento. Prescindível a resposta a todos os argumentos da parte. Sentença reformada. Sucumbência a cargo da ré. Recurso provido em parte para restabelecer a tutela provisória de fls. 91/92, oficiando-se, para anular os contratos objetos dos autos (fl. 375). **Quanto à primeira controvérsia, pela alínea a do permissivo constitucional, alega violação do art. 14 do CDC e do art. 186 do CC, no que concerne ao direito do recorrente ser indenizado pelos danos morais que a parte recorrida lhe causou, por se tratar de pessoa hipervulnerável e pela instituição bancária não ter tomado nenhuma providência para evitar a fraude perpetrada contra esse. Traz os seguintes argumentos: [...] diante da vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo, entende-se necessária à proteção deste. E, uma das formas encontradas pelo legislador para protegê-lo, foi à adoção da Responsabilidade Civil Objetiva como regra geral. Assim, o fornecedor terá que arcar com eventuais danos morais ou materiais que o consumidor venha a sofrer em razão da relação de consumo existente entre eles, conforme estabelece o art. 14 do CDC, que dispõem: [...]. Neste liame, é de suma importância que se analise o caso dos autos, visto que, em se tratando de consumidor idoso, atualmente com 82 anos de idade, ainda, portador de grave problema psiquiátrico, Alzheimer, evidente que, sua vulnerabilidade presumida pelo Código de Defesa do Consumidor, é potencializada, pela vulnerabilidade fática e biológica. Assim sendo, trata-se de consumidor hipervulnerabilidade, posto que na comparação entre um consumidor jovem e um consumidor idoso, a vulnerabilidade deste último é muito maior, tanto pelo fator psicológico, biológico e também fisiológico. É de se concluir, pois, que as empresas devem ter maior acuidade e cautela para com essa parcela da sociedade. Desta forma, indubitável é que, deve-se aplicar as normas que regem as relações de consumo, e verificar o grau de vulnerabilidade do idoso buscando subsídios no Estatuto do Idoso a fim de que seja alcançada a realização final de justiça, corrobora o entendimento acima, a honrada Doutrinadora Cláudia Lima Marques: [...]. Nesta vereda, como amplamente demonstrado na exordial, por documentos e exames**

carreados aos autos, o recorrente é portador de Alzheimer, doença onde as células cerebrais e as próprias células se degeneram e morrem, eventualmente destruindo a memória e outras funções mentais importantes, causando perda de memória e confusão, são os principais sintomas da doença, segundo informação fornecida pelo Hospital Israelita A. Einstein. [...]. Como acima aludido, o recorrente é consumidor hipervulnerável, por ser idoso e doente, que lhe causa a incapacidade total para os atos da vida civil. Ocorre que, comumente, em se tratando de consumidor hipervulnerável, é dever da empresa, garantir que o negócio seja realizado de forma legal e imbuído de boa-fé. Porém, no é o que ocorreu no caso dos autos, pois a empresa agiu de má-fé e no garantiu que o contrato fosse avençado da forma legal, posto que o contratante, à época dos contratos, era pessoa totalmente incapaz, o que resultou em graves danos à sua pessoa (fls. 396/397, grifos meus). Ademais, também não há que se falar em não violação ao art. 186, do Código Civil, data vênua, pois o banco recorrido, verificando a incapacidade visível do recorrente, realizou, mesmo assim, empréstimos em seu nome, que chegou a um montante de R\$17.000,00 (dezesete mil reais), todos os contratos realizados em um único dia não usufruído pelo recorrente, pessoa idosa e doente. [...]. Como bem informado, o recorrente foi vítima de fraude, por sua então companheira, que utilizou da sua incapacidade para realizar empréstimos em seu nome, e, após a realização dos contratos, abandonou o recorrente, pessoa idosa e doente, sozinho em um hospital, somente com uma mala em mãos. Ora, ínclitos Julgadores, a ex companheira do recorrente, conseguiu realizar seu plano, este que beira ao desumano, somente em consequência da realização dos empréstimos, junto ao Banco recorrido, pois este sequer verificou a condição pessoal dos seus contratantes, a fim e evitar qualquer tipo de fraude, o que deu azo a presente demanda. [...]. Excelências, se a fraude contra o recorrente, pessoa idosa e enferma, foi concretizada, por sua ex companheira, mediante a contratação dos empréstimos junto ao Banco recorrido, evidente que este NÃO TOMOU NENHUMA PROVIDÊNCIA A FIM DE EVITAR TAL FRAUDE PRATICADA POR TERCEIRO (fl. 400, grifos meus). Ora, Excelências, há que se conceder o dano moral, ora guerreado pelo recorrente, pois no momento do avençado nos contratos, o recorrente era pessoa incapaz, sendo vítima de fraude, e sem a menor condição de explicar para os contratados, sobre sua situação mental. Cumpre esclarecer, de antemão e com concessa vênua, que não havia possibilidade do recorrente relatar sobre sua condição de saúde, pelo simples fato de não estar em suas plenas faculdades mentais, diante do esquecimento e confusão, a qual o Alzheimer causa em seu portador. Por tal fato, equivocou-se o Nobre Julgador Monocrático, ao não atender o suplício do recorrente, pois não haveria meios deste, informar ao Banco recorrente, sobre sua situação mental, até porque não tem ciência quanto a ela (fl. 401, grifos meus). Quanto à segunda controvérsia, pela alínea c do permissivo constitucional, alega divergência jurisprudencial quanto ao mesmo tema da primeira controvérsia. Aponta como paradigma o acórdão proferido pelo TJSC, no julgamento da apelação cível n. 0062082-09.2010.8.24.0023 e traz os seguintes argumentos: [...] é considerado como indenizável, quando o consumidor hipervulnerável, por conta da idade avançada, sofre fraude praticada por terceiro, diante da inobservância do Banco (fl. 411). É, no essencial, o relatório. Decido. Quanto à primeira controvérsia, o Tribunal de origem se manifestou nos seguintes termos: Não há se falar em danos morais. Muito embora se questione a disposição da instituição financeira como ente habilitado junto ao INSS e conhecedora da lei regente de empréstimos consignados para operá-los, o de se permitir firmá-los com o autor com comprometimento quase absoluto da sua receita mensal, o fato é que não se lhe passou a condição pessoal dele, que, ao que consta, fora levado ao negócio pelas mãos de sua ex-companheira. Portanto, trata-se de desencontro de interesses em plano de contratos, que se resolvem com a declaração de sua nulidade com efeitos materiais, apenas (fl. 380, grifos meus) Assim, incide o óbice da Súmula n. 7 do STJ ("A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial"), uma vez que o reexame da premissa fixada pela Corte de origem quanto à presença ou não dos elementos que configuram o dano moral indenizável exigiria a incursão no acervo fático-probatório dos autos, o que não é possível em sede de recurso especial. Confirmam-se os seguintes julgados: AgRg no REsp 1.365.794/RS,

relator Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, DJe de 9/12/2013; AgInt no AREsp 1.534.079/ES, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe de 26/8/2020; AgInt nos EDcl no AREsp 1.341.969/DF, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 26/8/2020; AgInt no AREsp 1.581.658/PB, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 18/8/2020; e AgInt no AREsp 1.528.011/RJ, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 1º/7/2020. Quanto à segunda controvérsia, na espécie, verifica-se que a pretensão da parte agravante é de ver reconhecida a existência de dissídio jurisprudencial, que tem por objeto a mesma questão aventada sob os auspícios da alínea a, que, por sua vez, foi obstaculizada pelo enunciado da Súmula n. 7/STJ. Quando isso acontece, impõe-se o reconhecimento da inexistência de similitude fática entre os arestos confrontados, requisito indispensável ao conhecimento do recurso especial pela alínea c. Nesse sentido: "A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a incidência da Súmula 7/STJ também impede o conhecimento do recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional, uma vez que falta identidade fática entre os paradigmas apresentados e o acórdão recorrido". (AgInt no AREsp 1.402.598/RS, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe de 22/5/2019.) Confirmam-se ainda os seguintes julgados: AgInt no AREsp 1.521.181/MT, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe de 19/12/2019; AgInt no AgInt no REsp 1.731.585/SC, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 26/9/2018; e AgInt no AREsp 1.149.255/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 13/4/2018. Ante o exposto, com base no art. 21-E, V, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, conheço do agravo para não conhecer do recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 03 de março de 2021. (STJ - AREsp: 1809860 SP 2020/0337597-6, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Publicação: DJ 04/03/2021) (grifos nossos).

Desta forma, nas relações jurídicas, há de se observar a primazia dos princípios norteadores dos direitos do consumidor idoso, conferindo-lhe dignidade, proteção integral e resguardo do seu melhor interesse, não só no que concerne as relações de consumo, mas em todos os aspectos da vida civil.⁷

⁷ SANTOS, Regina de Oliveira. A hipervulnerabilidade do consumidor idoso no contrato de empréstimo consignado. 2017, p.34-35

3. RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência a uma previsão contratual, ou pela inobservância de um preceito normativo que regula os atos das relações civis estabelecidas. (Tartuce, 2012). Tal responsabilidade, segundo leciona Sérgio Cavalieri Filho, nasce do anseio que a justiça possui: “[...] de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo “, “ quando o dano causado pelo ato ilícito rompe com o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima”. (Cavalieri Filho, 2010). Assim, é clarividente que sob a seara das relações de consumo, uma relação notoriamente desequilibrada, o modelo adotado pelo Código Civil, fundado na culpa do agente, seria insuficiente e ineficaz.⁸

No contexto das relações de consumo, a responsabilidade civil representa um pilar fundamental para assegurar a proteção do consumidor e a harmonia da relação. Faz-se necessário apontar que, também é dever ínsito do fornecedor de serviços, sua prestabilidade com qualidade e segurança⁹, conforme assevera Roberto Senise Lisboa:

“A responsabilidade pelo fato do produto e serviço é embasada no dever de segurança que o fornecedor tem de exercer a sua atividade sem acarretar danos à vida, saúde ou outros direitos extrapatrimoniais do consumidor, sob pena de responder pela reparação do prejuízo oriundo de um acidente de consumo” (Lisboa, 2012, p.73)

O próprio CDC denota que a responsabilidade adotada é do tipo objetiva; isto é, fundada no dever do fornecedor de reparar os danos ocasionados ao consumidor por fruto do vínculo estabelecido, independente da existência de culpa:

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.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido.

⁸ DE SOUZA Marina Rodrigues. Responsabilidade civil nas relações de consumo. 2004. p.22

⁹ DE MELO, Nehemias Domingos. A qualidade e segurança dos produtos e serviços: informações e “recall”. 2020.

Assim posto, torna-se dispensável a prova de dolo, imprudência, negligência ou imperícia por parte do fornecedor, a chamada culpa *lato sensu*. Tal dispensabilidade subsiste tanto nas fases contratuais quanto nas extracontratuais, desde que haja efetiva relação de causa e efeito entre o dano ao consumidor e a prestação do serviço. Dessa forma, é imperativo que o ônus de reparar o acidente de consumo, quer ele se dê por defeitos, prestação inadequada ou insuficiência de informações sobre os produtos ou serviços, seja inarredavelmente suportado pelo fornecedor.¹⁰

3.1 Responsabilidade objetiva das instituições bancárias

A despeito da controvérsia da (in) aplicabilidade do CDC nas relações bancárias e financeiras¹¹, dada a seu amplitude de atividades, pacificou-se, por entendimento do Superior Tribunal de Justiça que tais relações são, de fato, consumerista, estando sob a seara protetiva e regulamentar do Código de Defesa do Consumidor; assevera o STJ em sua súmula 297: “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

O próprio diploma legal reconhece tal fato em seu artigo 3º, §2, expressando que a relação entre a instituição bancária e o cliente se enquadra nos conceitos de fornecedor e consumidor, e que serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito ou securitária.¹² Assim, não há como afastar a incidência do CDC nas atividades bancárias, subsistindo a responsabilidade do tipo objetiva (Cavaliere Filho, 2011). Ilustra Arruda Alvim:

"Tal opção de política legislativa revela a preocupação de não se dar azo a divergente exegese, que pudesse vir a excluir do conceito geral atividades de grande movimentação de consumo, como as relacionadas, notadamente os bancos e as seguradoras, sejam públicos ou privados" (Arruda Alvim, 1995, p.40).

Cumprido frisar, que conforme supracitado, o dever de reparar existirá ainda que o dano tenha sido perpetrado por força de uma atividade de terceiro, já que o acidente de consumo decorreu da própria violação ao dever de resguardo e segurança do serviço ofertado, leciona Silvio Cavaliere Filho:

¹⁰ IBIDEM. p.23

¹¹ Pereira, Cláudia Fernanda De Aguiar; Silva, Roberta. As fraudes bancárias e a responsabilidade civil das instituições financeiras. Revista JurisFIB. 2020. p.122

¹² Art 3º §2. Código de Defesa do Consumidor. 1990.

Em síntese, a responsabilidade das instituições bancárias decorre da violação do dever de segurança, do dever de não prestar serviços sem a segurança legitimamente esperada. Ocorrido o acidente de consumo, o banco terá que indenizar a vítima independentemente de culpa, bastando a relação de causa e efeito entre o defeito do serviço e o dano.” (Cavaliere Filho, 2011)

Forçoso ressaltar o enunciado 479 do STJ: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.”. Neste interím, impende destacar o que leciona Paulo Roque Khouri:

(...) A consolidação da jurisprudência no sentido de obrigar a instituição financeira a responder mesmo em situações de caso fortuito ou força maior, tenho que a responsabilidade do banco não é em si uma responsabilidade objetiva com fundamento no risco normal como o é nos demais casos de acidentes de consumo. (...) um caso típico de situação especial de ressarcimento com base no risco integral da atividade, onde, sequer, se discute a imprevisibilidade e irresistibilidade do evento, que poderiam afastar o nexu causal, mas apenas a existência em si do dano.”. (Khouri, 2020, p.227)

À vista disso, caso demonstre-se que o dano decorreu do próprio serviço, cabe a instituição bancária responder pelo prejuízo emergido.

3.2 Excludentes de responsabilidade civil

Na responsabilidade civil, a existência de uma relação de causalidade entre o dano e a ação que o originou, conhecida como nexu causal, é fundamental para que ocorra sua devida reparação e se estabeleça a responsabilidade legal. No entanto, existem circunstâncias em que o dano não decorre imediatamente do fato que o originou. Todavia, se for observado que o dano não teria ocorrido se o fato não tivesse acontecido, esse fato terá sido uma condição para a ocorrência do dano. É importante notar que o fato pode não ser a causa direta, mas, uma vez que se torna a condição para a ocorrência do dano, o agente é responsável pelas consequências.

O conceito de nexu causal, nexu etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que se exclui quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, nunca dispensará o nexu causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexu causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida. Nem sempre é fácil, no caso concreto, estabelecer a relação de causa e efeito. (Venosa, 2011, p. 56).

Conforme mencionado por Sérgio Cavaliere Filho (2000, p. 82), as causas que excluem o nexu causal são consideradas casos de impossibilidade superveniente do

cumprimento da obrigação, sendo que tais situações não podem ser atribuídas ao devedor ou agente. Essa impossibilidade é reconhecida tradicionalmente nos casos de caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiros. Nesse sentido, é necessário examinar, mesmo que brevemente, cada uma dessas causas excludentes do nexo causal, com destaque para o caso fortuito e a força maior, devido à sua relevância e relação direta com este estudo.

3.2.1 *Fato exclusivo da vítima*

A causa excludente da responsabilidade em questão refere-se a um evento danoso que surge exclusivamente da conduta da própria vítima.¹³ Nesse sentido, a vítima não terá direito a qualquer compensação ou reparação pelos danos, sendo sua a responsabilidade pelos danos causados. Essa situação é comumente descrita na literatura jurídica como a "auto exposição da vítima ao risco ou dano",¹⁴ pois a vítima, por sua própria conta, assumiu as consequências de sua conduta. Inspirada, possivelmente, em Schopenhauer, trata-se simplesmente da *lesão inferida a si mesmo*,¹⁵ uma lição cujo significado preciso não pode ser subestimado.

É importante compreender que, no contexto das relações de consumo, se o fato exclusivo da vítima está relacionado ao uso inadequado, indevido, impróprio ou incorreto de um determinado produto ou serviço, sua relação com o evento danoso deve ser tão significativa que oculte completamente quaisquer efeitos prejudiciais ligados às atividades de todos os fornecedores que atuaram, de alguma forma, na cadeia de consumo.¹⁶

Nesta tônica, reconhece o STJ:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MATERIAIS C/C DANOS MORAIS. TUTELA PROVISÓRIA. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA. REJEIÇÃO. BOLETO BANCÁRIO. FRAUDE. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. NEXO CAUSAL. INEXISTÊNCIA. 1. As condições da ação devem ser aferidas com base na teoria da asserção, analisando-se as alegações contidas na petição inicial. A análise sobre a inexistência de responsabilidade pelos danos alegados pelo autor confunde-se com o mérito da ação. Preliminar rejeitada. 2. As instituições financeiras submetem-se ao CDC (STJ, Súmula 297). **3. A responsabilidade civil de instituição financeira é objetiva, o que não quer dizer que seja responsabilidade pelo risco integral, devendo ser afastada por inexistência de falha no serviço e/ou por culpa exclusiva do**

¹³ De acordo com a afirmação de Silvio Rodrigues, a culpa exclusiva da vítima é considerada uma causa de exclusão do nexo causal em si, uma vez que o agente, embora pareça ser o causador direto do dano, é apenas um mero instrumento do acidente. (RODRIGUES, 2003, p. 179).

¹⁴ TARTUCE, Flávio. Manual de responsabilidade civil. São Paulo: Método, 2018. p. 716.

¹⁵ SCHOPENHAUER, Arthur. A arte de escrever. Trad. Pedro Süsskind. Porto Alegre: L&PM, 2005.

¹⁶ AGUIAR DIAS, José. Da responsabilidade civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. 2. p. 316.

consumidor e/ou de terceiro (CDC, art. 14). 4. O denominado golpe do boleto já se tornou bastante conhecido e divulgado no meio social. A atitude do autor de acessar site não oficial da instituição financeira e pagar boleto enviado pelo WhatsApp em valor significativo, sem checar, por outros meios, a veracidade da solicitação, revela uma falta de cautela mínima, esperada do homem médio, sobretudo quando o próprio credor alerta sobre a existência de fraudes e disponibiliza ferramentas para confirmar a veracidade dos boletos recebidos. 5. De todos, em qualquer situação, contexto ou circunstância, são exigíveis prudência e precaução. O Direito não socorre os imprudentes nem os descuidados. 6. Evidenciada a culpa exclusiva da vítima, afasta-se a responsabilidade do banco e da empresa responsável pela emissão do boleto de restituir o valor pago por meio de boleto falso (CDC, art. 14, § 3º). 7. Preliminares rejeitadas. No mérito, recursos dos réus conhecidos e providos com modulação de efeitos. Recurso do autor prejudicado. Aplicada modulação de efeitos. Acórdão 1419167, 07316237120208070001 8ª Turma Cível STJ. (grifos nossos)

Assim, caso seja constatada culpa exclusiva da vítima para a promoção do dano, há quebra do nexo causal, desobrigando o fornecedor de indenizar o dano advindo da conduta do consumidor.

3.2.2 *Fato exclusivo de terceiros*

O fato ou conduta de terceiro, assim como ocorre na hipótese anterior, em relação à atuação exclusiva da vítima, também tem o poder de afastar a responsabilidade devido à inexistência de nexo de causalidade. O Código Civil aborda de forma limitada o fato de terceiro como causa de exclusão da responsabilidade civil. No artigo 930¹⁷, há apenas uma breve menção dessa excludente, denominada como "*culpa de terceiro*", que estabelece a possibilidade de direito de regresso do autor do dano que agiu em estado de necessidade contra o responsável pelo perigo.

Em situações excepcionais, o ordenamento jurídico pode prever a responsabilidade por atos de terceiros, de modo que o dever de indenizar não seja afastado. Isso pode ocorrer quando o terceiro faz parte do risco da atividade, o que configura o *fortuito interno* mencionado anteriormente, ou ainda, porque a lei impõe a obrigação legal de responsabilidade pelo referido ato de terceiro, como ocorre nos casos constantes no artigo 932¹⁸, do Código Civil, em que os pais respondem pelos atos dos filhos menores, empregador pelo empregado, entre outros exemplos.

¹⁷ Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. (BRASIL, 2002).

¹⁸ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas

Um exemplo que ilustra bem o instituto é o trágico evento ocorrido em São Paulo no ano de 1999, quando um indivíduo invadiu uma sessão de cinema em um *shopping center* portando armamento pesado, e ao efetuar inúmeros disparos, feriu quatro pessoas e interrompeu a vida de outras três. Em decisão do STJ acerca da temática, foi firmado o entendimento que o fato provocado pelo terceiro não consubstanciaria nexos causais entre o dano e a conduta do estabelecimento comercial.

EMENTA RECURSOS ESPECIAIS (ART. 105, INC. III, ALÍNEAS "A" E "C", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) - AÇÃO CONDENATÓRIA -DISPAROS DE ARMA DE FOGO, DE USO RESTRITO DAS FORÇAS ARMADAS, EFETUADOS POR ESTUDANTE NO INTERIOR DE SALA DE PROJEÇÃO DE FILMES, SITUADA NO SHOPPING CENTER MORUMBI - ALEGAÇÃO DE ABALO PSICOLÓGICO EM VIRTUDE DA CONDUTA CRIMINOSA PERPETRADA, A ENSEJAR A COMPENSAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS DAÍ DECORRENTES - RESPONSABILIDADE CIVIL DO CINEMA E DO CONDOMÍNIO (SHOPPING) RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, COM FULCRO NA TEORIA DO RISCO (APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR), BEM COMO NO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE VIGILÂNCIA. INSURGÊNCIA RECURSAL DAS RÉS. Hipótese em que o autor pleiteia a compensação dos danos extrapatrimoniais, decorrente do abalo psicológico experimentado em virtude de conduta criminosa praticada por estudante que, portando arma de fogo de uso restrito das Forças Armadas, desferiu tiros a esmo em sala de cinema localizada no interior do Shopping Morumbi, atingindo alguns dos espectadores lá presentes. Responsabilidade civil do cinema e do condomínio (shopping) reconhecida pelas instâncias ordinárias, com fulcro na teoria do risco do empreendimento (atividade) e no descumprimento do dever de vigilância. 1. Violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil arguida pelo GRUPO INTERNACIONAL CINEMATOGRAFICO LTDA: É inviável recurso especial pela indicada violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, quando o recorrente apresenta alegação genérica de omissão, sem especificar quais seriam exatamente as omissões e qual a relevância da questão omitida para solução da controvérsia, atraindo, de forma inarredável, a exegese da Súmula 284/STF. Ademais, não há falar em negativa de prestação jurisdicional quando clara e suficiente a fundamentação adotada pelo Tribunal de origem para o deslinde da controvérsia, revelando-se desnecessário ao magistrado rebater cada um dos argumentos declinados pela parte. 2. Responsabilidade Civil dos réus: Responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco do empreendimento, adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, já em vigor quando da ocorrência do evento danoso e aplicável à hipótese dos autos, em relação aos dois réus, tendo em vista que os artigos 7º, parágrafo único, e 25 do Código de Defesa do Consumidor impõem a todos os integrantes da cadeia de fornecimento a responsabilidade Documento: 37295966 - EMENTA, RELATÓRIO E VOTO - Site certificado Página 5 de 16 Superior Tribunal de Justiça solidária pelos danos causados por fato (defeito) ou vício do produto ou serviço. **2.1 Nos termos do artigo 14, § 3º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, o fato de terceiro afasta a causalidade e, em consequente, a responsabilidade do fornecedor de serviços. Na hipótese, o fato de terceiro, que efetua disparos de arma de fogo de uso restrito, no interior de uma sala de projeção, atingindo os espectadores que ali estavam, é circunstância apta a romper o nexo de causalidade entre os alegados danos e a conduta do condomínio (shopping) e cinema, consubstanciando evento imprevisível, inevitável e autônomo. 2.2. "Não se revela razoável exigir das**

mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. (BRASIL, 2002).

equipes de segurança de um cinema ou de uma administradora de shopping centers que previssessem, evitassem ou estivessem antecipadamente preparadas para conter os danos resultantes de uma investida homicida promovida por terceiro usuário, mesmo porque tais medidas não estão compreendidas entre os deveres e cuidados ordinariamente exigidos de estabelecimentos comerciais de tais espécies." (REsp 1384630/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 12/06/2014; 2.3 Assim, se o shopping e o cinema não concorreram para a eclosão do evento que ocasionou os alegados danos morais, não há que se lhes imputar qualquer responsabilidade, sendo certo que esta deve ser atribuída, com exclusividade, em hipóteses tais, a quem praticou a conduta danosa, ensejando, assim o reconhecimento do fato de terceiro, excludente do nexo de causalidade e, em consequência, do dever de indenizar (art. 14, § 3º, inc. II, CDC) 3. RECURSOS ESPECIAIS PROVIDOS, a fim de julgar improcedente o pedido veiculado na ação condenatória, invertendo-se os ônus sucumbenciais, observado o benefício da assistência judiciária gratuita. RECURSO ESPECIAL Nº 1.133.731 - SP (2009/0154928-1) (grifos nossos).

Assim, terceiro é quem não é parte da relação entre agente e vítima. Para fins de enquadramento na excludente de fato de terceiro, mister que o ato desse último interfira na relação causal.

3.2.3 *Caso fortuito ou força maior*

Durante muito tempo, as vítimas de eventos extraordinários, como incêndios, inundações, assaltos, sequestros, entre outros, ficavam desamparadas pelo direito, arcando com os danos causados por esses eventos sem receber qualquer forma de compensação. Foi nesse contexto que surgiram as expressões "caso fortuito e força maior" como justificativas para a falta de reparação dos prejuízos sofridos.

No entanto, com a evolução da ciência jurídica, mormente da incessante busca pela prevalência da reparação integral e efetiva dos danos sofridos, torna-se cada vez mais difícil enquadrar situações no âmbito do caso fortuito e da força maior. É importante ressaltar que o avanço tecnológico e a assunção de riscos por parte de certos agentes contribuem para a maximização da reparação dos danos, muitas vezes invalidando a alegação anacrônica e imponderável de se tratar de um caso fortuito ou de força maior.

O Código Civil de 2002 abordou o caso fortuito e a força maior como fundamentos para a não imputação da responsabilidade ao eventual agente inadimplente, passando, em sequência a defini-los, ainda que genericamente, vide:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. (Brasil, 2002).

Na prática jurídica, existem pontos que continuam sendo objeto de debates acalorados, com visões divergentes e variadas. Exemplo disso é a discussão em torno do caso fortuito e da força maior, em que a doutrina busca definir esses institutos de forma distinta. Para alguns, a imprevisibilidade é o elemento essencial para caracterizar o caso fortuito¹⁹, como em casos de atropelamento ou roubo. Já a inevitabilidade²⁰ é um elemento inseparável da força maior, como exemplificado por um terremoto, que pode ser previsto por cientistas. (Gagliano, Pamplona Filho, 2018, p. 381). Apesar dessa discussão prolongada,²¹ o artigo 393 do Código Civil sugere que tanto o caso fortuito quanto a força maior têm o poder de isentar o agente de responsabilidade, desvinculando o evento e o dano causado, seja em casos de responsabilidade contratual ou extracontratual.

¹⁹ Conceituamos o fortuito (ou força maior) como um fato externo a conduta do agente, de caráter inevitável, a que se atribui a causa necessária ao dano. Daí inferimos os seus dois atributos: a externalidade e a inevitabilidade. Externalidade significa que o dano ocorreu por um fato não imputável ao agente, completamente extraordinário e estranho ao seu comportamento ou atividade. (...) Já a inevitabilidade, qualifica o fato imponderável e atual, que surge de forma avassaladora e seus efeitos são irresistíveis. Como se infere da própria nomenclatura, não é possível evitar ou impedir as suas consequências danosas. Há uma impossibilidade absoluta de afastar a sua carga. (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017, p. 954).

²⁰ Para Sergio Cavalieri Filho, esta é a razão pela qual a jurisprudência tem entendido que o defeito mecânico em veículo, salvo em caso excepcional de total imprevisibilidade, não caracteriza o caso fortuito, por ser possível prevê-lo e evitá-lo através da periódica e adequada manutenção. O mesmo entendimento tem sido adotado no caso de derrapagem em dia de chuva, porquanto, além de previsível, pode ser evitada pelo cuidadoso dirigir do motorista (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 67).

²¹ Melhor é a conclusão de Silvio Venosa, no sentido de não existir interesse prático na distinção dos conceitos, inclusive pelo fato de o Código Civil não o ter feito, art. 393 do CC/2002 (VENOSA, 2002, p. 254).

4. FORTUITO INTERNO

Em geral, os fornecedores de serviços e produtos bancários, financeiros, de crédito e securitários estão sujeitos a responsabilização em várias situações, as quais denominam-se como fortuitos internos. Conceitua Antônio Carlos Efiging:

A teoria do risco da atividade como meio de prevenção a ser observado pelo fornecedor, consolidou o sistema legal de proteção do consumidor brasileiro, atendendo aos princípios constitucionais da ordem econômica e das garantias fundamentais dos cidadãos, o direito básico do consumidor à garantia de qualidade e adequação dos produtos e serviços. Em relação à qualidade, nosso sistema deixa exposto que nenhum produto ou serviço colocado no mercado de consumo pode acarretar risco à saúde ou segurança do consumidor. (Efiging, 2011, p.171).

Desta forma, as atividades desenvolvidas pelos fornecedores em uma sociedade de risco²² podem resultar na responsabilização civil pelos danos causados aos consumidores. Esses danos podem surgir de eventos imprevisíveis e inevitáveis no âmbito das atividades desses fornecedores. Os fortuitos internos, reconhecidos no campo da responsabilidade civil, desempenham um papel importante na análise jurídica dessas situações. Compreender os fortuitos internos é essencial para uma avaliação adequada das circunstâncias envolvidas e para a aplicação das normas pertinentes à responsabilização desses fornecedores.

Conforme ressalta Rizzatto Nunes²³, uma das características fundamentais da atividade econômica é a presença do risco. Os negócios estão intrinsecamente ligados a essa noção de incerteza. Na livre iniciativa, os empreendedores se deparam com a possibilidade tanto de alcançar o sucesso quanto de enfrentar o fracasso. Nesse contexto, a capacidade do empresário em realizar uma avaliação adequada dessas possibilidades torna-se essencial para tomar decisões de investimento. Um cálculo de risco malfeito pode resultar na ruína do negócio, porém, cabe ressaltar que o ônus desse risco recai sobre o próprio empreendedor.

(...) no momento em que o empresário elege a sua área de atuação, planejando o seu investimento, projetando os seus lucros e direcionando os seus esforços para a sua execução, o fortuito interno já está cogitado e certamente calculado, de forma que o incluir dentre as causas eximentes de responsabilidade seria negar a própria lógica fática e econômica que delinea a atividade. Em síntese, no desempenho de atividades econômicas o fator risco torna-se passível de precificação, sendo o seu custo embutido no preço final do produto ou serviço. (Xavier, 2018, p. 205-246).

Além disso, é importante mencionar que os tribunais tem se posicionado de forma consistente no sentido de responsabilizar os fornecedores por danos causados aos

²² STOLZE GAGLIANO, Pablo e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito civil: Responsabilidade Civil. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.139

²³ NUNES, Rizzatto. Curso de direito do consumidor com exercícios. 4. Ed. São Paulo: Saraiva: 2009. p. 167.

consumidores, mesmo quando alegam que sua conduta não poderia interferir no resultado danoso, *vide*:

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA - PROVA DESNECESSÁRIA AO DESLINDE DA QUESTÃO - DANO MATERIAL E MORAL -EXPLOÇÃO DE CAIXA ELETRÔNICO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA AFASTADA - CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO - FORTUITO INTERNO - RESPONSABILIZAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. - Não configura cerceamento de defesa o indeferimento da oitiva de testemunhas quando tal prova se mostra indiscutivelmente irrelevante e desnecessária para o deslinde da controvérsia. - Para que surja o dever de indenizar faz-se necessária a presença de três requisitos, são eles: ato ilícito, dano e nexo de causalidade. - **A teoria da responsabilidade civil objetiva, prevista de forma expressa no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, aplica-se a situações em que a reparação pelos danos causados independe da prova da culpa.** - **Não há que se falar em excludente de responsabilidade quando o evento causador do dano está diretamente ligado à atividade empresarial exercida.** - O artigo 17, do Código de Defesa do Consumidor, traz o conceito de consumidor por equiparação. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.17.073094-9/002, Relator(a): Des.(a) Antônio Bispo , 15ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 22/05/2023, publicação da súmula em 24/05/2023). (grifos nossos).

Ainda sobre o assunto, conforme o Egrégio Tribunal:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - DENUNCIÇÃO À LIDE - IMPOSSIBILIDADE - RELAÇÃO DE CONSUMO - ATRASO NA ENTREGA DO IMOVEL CONFIGURADO - ALEGAÇÃO DE CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR - NÃO COMPROVAÇÃO - MULTA MORATÓRIA - INVERSÃO DA CLÁUSULA CONTRATUAL - POSSIBILIDADE - ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE O SALDO DEVEDOR - APLICAÇÃO DO INCC TÃO SOMENTE ATÉ A DATA PREVISTA PARA A CONCLUSÃO DA OBRA - IMÓVEL ENTREGUE APÓS O PRAZO DE TOLERÊNCIA - DANOS MORAIS CONFIGURADOS. Versando a lide principal sobre relação de natureza consumerista, revela-se incabível a denúncia da lide. Precedentes do STJ. A denúncia da lide não deve ser admitida nos casos em que a parte visar, unicamente, a transferência da responsabilidade do evento danoso a outrem, desvirtuando os princípios da celeridade e da economia processual. **Não comprovada a alegada culpa exclusiva de terceiro, deve ser reconhecida a responsabilidade da Ré pelo atraso na entrega do imóvel. As alterações nas circunstâncias ou conjunturas diretamente ligadas à atividade empresarial da parte constituem fortuito interno, inerentes ao risco da atividade empresarial desenvolvida dentro da sua margem de previsibilidade.** Comprovado o atraso na entrega do imóvel, incide a cláusula penal moratória, que tem a finalidade de indenizar pelo adimplemento tardio da obrigação. Segundo o STJ "A tese a ser firmada, para efeito do art. 1.036 do CPC/2015, é a seguinte: No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor. Não se aplica o INCC para correção do saldo devedor após o transcurso da data limite para entrega da obra. O atraso na entrega da obra (além do prazo de carência previamente estipulado) configura inadimplemento contratual e, quando se protrai no tempo por lapso temporal considerável, é passível de gerar danos morais ao promitente comprador, em virtude da frustração de suas legítimas expectativas. V.V. Não ensejam danos morais, por si só, o descumprimento de obrigações contratuais desacompanhado de evidências da prática de outros atos que tenham gerado ofensa

aos direitos de personalidade do consumidor. Não sendo constatada a ocorrência de ilícito civil, não há que se falar no dever de indenizar. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.18.106427-0/006, Relator(a): Des.(a) Mônica Libânio , 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 01/02/2023, publicação da súmula em 08/02/2023). (grifos nossos).

Por meio de suas decisões, o tribunal enfatiza a necessidade de os fornecedores adotarem medidas preventivas e proativas, no intuito de evitar a ocorrência de eventos prejudiciais. Dessa forma, fica evidente que a responsabilidade dos fornecedores não se limita apenas à ausência de culpa direta, mas também abrange a obrigação de agir diligentemente para proteger os consumidores. O posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais reflete a tendência jurisprudencial de exigir uma postura responsável por parte dos fornecedores, reforçando a importância da proteção dos direitos e interesses dos consumidores.

4.1 Definição de fortuito interno

A teoria do fortuito interno é uma construção desenvolvida no contexto das relações de consumo, fazendo parte de um fenômeno mais amplo relacionado à relativização do nexo de causalidade. Essa teoria tem como objetivo limitar o alcance das excludentes de responsabilidade, mantendo a responsabilidade do fornecedor em casos em que anteriormente poderia ser excluída. Discorre Martins Costa:

De todo modo, nas relações de consumo, convém registrar, há casos excepcionais que se inserem no risco assumido pelo fornecedor para obtenção do resultado prometido ao consumidor. Trata-se do chamado fortuito interno, compreendido na própria atividade empresarial - riscos de delitos para uma empresa de segurança são previsíveis e assumidos pelo fornecedor-, de modo que sua ocorrência não será capaz de eliminar o nexo de causalidade, obrigando o fornecedor a indenizar”. (Martins Costa, 2003, p. 201).

Nesse sentido, reconhece-se que, quando um agente se envolve em atividades que possuem o risco como elemento central, ele deve assumir as consequências danosas que, diretamente relacionadas ao desempenho dessas atividades, possam surgir.²⁴ Sobre o tema, afirma Xavier:

O caso fortuito interno envolve as situações em que o risco natural da atividade econômica desenvolvida pela empresa deve ser absorvido por estas, não tendo o condão de afastar a responsabilidade. Nessa hipótese, o aspecto surpresa que acompanha o caso fortuito não se mostra suficiente para isentar a empresa de

²⁴ “A teoria do exercício da atividade perigosa, adotada pelo parágrafo único do art. 927 do Código Civil, não aceita o fortuito como excludente da responsabilidade, pois aquele que ‘desfruta dos cômodos, deve suportar os incômodos’”. (GONÇALVES, 2008, p. 356).

responsabilidade, pois esta, no momento em que selecionou o seu âmbito de atuação, já estava ciente da álea natural que acompanha de maneira inevitável. O risco é inerente à atividade e nele estão incluídos os acontecimentos que mesmo eventuais não se mostram integralmente estranhos à atuação profissional. (Xavier, p.9)

Assim, o conceito de fortuito interno, diretamente relacionado à responsabilidade civil e amplamente debatido na esfera do direito, refere-se a um evento imprevisível e inevitável que ocorre no âmbito das atividades desempenhadas por um fornecedor de produtos ou serviços. Sob a ótica jurídica, o fortuito interno não é considerado um fato que exclui automaticamente a responsabilidade do fornecedor. Em vez disso, é esperado que o fornecedor tenha adotado medidas preventivas e de segurança adequadas para evitar ou mitigar os danos decorrentes do evento imprevisível.

O fortuito interno, assim entendido o fato imprevisível e, por isso, inevitável ocorrido no momento da fabricação do produto ou da realização do serviço, não exclui a responsabilidade do fornecedor, porque faz parte da sua atividade, liga-se aos riscos do empreendimento, submetendo-se a noção geral de defeito de concepção do produto ou de formulação do serviço. Vale dizer, se o defeito ocorreu antes da introdução do produto no mercado de consumo ou durante a prestação do serviço, não importa saber o motivo que determinou o defeito; o fornecedor é sempre responsável pelas suas conseqüências, ainda que decorrente de fato imprevisível e inevitável. (Cavaliere Filho, 2008, p. 490).

A doutrina jurídica discute a necessidade de uma atuação diligente por parte do fornecedor, exigindo que este tenha tomado todas as precauções razoáveis para evitar danos aos consumidores. Isso implica em um dever de cuidado por parte do fornecedor, que deve ser capaz de antever e prevenir, dentro do possível, os riscos que envolvem sua atividade. Caio Mário da Silva Pereira sintetizou:

[...] aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo, [...] A teoria do risco criado importa em ampliação do conceito do risco proveito. Aumenta os encargos do agente, é, porém, mais equitativa para a vítima, que não tem de provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um benefício obtido pelo causador do dano. (Pereira, 1992, p. 24).

No contexto apresentado, tem-se que o fortuito interno não pode ser utilizado como desculpa absoluta para a ausência de responsabilidade por parte do fornecedor. Os tribunais têm adotado uma abordagem analítica, levando em conta diversos elementos para avaliar cada caso específico. Entre esses elementos, destacam-se a previsibilidade do evento, a adoção de medidas preventivas e a demonstração de uma conduta diligente por parte do fornecedor.

No Recurso Especial de número 1.450.434, o Superior Tribunal de Justiça discutiu a responsabilidade pelos danos sofridos por um consumidor durante um assalto à mão armada ocorrido durante uma compra realizada no *drive-thru* da rede de *fast-food* McDonald's. O

relator do caso, ministro Luis Felipe Salomão, enfatizou que a falha no serviço prestado ficou comprovada nos autos do processo, tornando-se irrazoável afastar a responsabilidade do fornecedor.

Salomão destacou que o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido, em várias situações, a obrigação de indenizar, citando como exemplos os delitos ocorridos no contexto das atividades bancárias, em estacionamento pagos ou mesmo em estacionamento gratuitos de shoppings e hipermercados. Em seu voto o Min. Luis Felipe Salomão, salientou:

Tenho que o serviço disponibilizado foi inadequado e ineficiente, não havendo falar em caso fortuito ou força maior, mas sim fortuito interno, porquanto incidente na proteção dos riscos esperados da atividade empresarial desenvolvida e na frustração da legítima expectativa de segurança do consumidor médio, concretizando-se o nexo de imputação na frustração da confiança a que fora induzido o cliente.

Logo, do ponto de vista jurídico e doutrinário, o fortuito interno não constitui um argumento para isentar o fornecedor de sua responsabilidade. É essencial que o fornecedor tenha agido de maneira diligente e adotado todas as medidas apropriadas para prevenir danos aos consumidores, mesmo diante de eventos imprevisíveis e inevitáveis.

4.2 Fortuito interno x Fortuito externo

A distinção técnica e teórica entre o fortuito interno e externo está intimamente ligada ao contexto da chamada atividade de risco. Na teoria do risco, esses institutos apresentam suas particularidades. O fortuito interno está relacionado à pessoa do devedor ou da empresa e à forma como organizam seus negócios. Por outro lado, o fortuito externo²⁵, também conhecido como força maior, refere-se a um evento que não tem relação com essas pessoas, sendo um acontecimento externo a elas. (Farias, Rosendal, Braga Netto, 2017, p. 945).

É importante ressaltar que, mesmo que o dano seja causado por um caso fortuito, se estiver relacionado à atividade exercida pelo agente, estamos diante de um fortuito interno. Isso ocorre porque o dano está ligado à esfera de risco dessa atividade. A teoria do fortuito interno foi desenvolvida no contexto das relações de consumo²⁶ e faz parte da relativização do

²⁵ O fortuito externo é também fato imprevisível e inevitável, mas estranho à organização do negócio. É o fato que não guarda nenhuma ligação com a empresa como fenômenos da natureza - tempestades, enchentes etc. Duas são, portanto, as características do fortuito externo: autonomia em relação aos riscos da empresa e inevitabilidade, razão pela qual alguns autores o denominam de força maior. (ALVIM, 1972, p. 314).

²⁶ De todo modo, nas relações de consumo, convém registrar, há casos excepcionais que se inserem no risco assumido pelo fornecedor para obtenção do resultado prometido ao consumidor. Trata-se do chamado fortuito

nexo de causalidade. Nesse caso, ela reduz o escopo das causas que podem excluir a responsabilidade, mantendo-a presente onde, anteriormente, a doutrina admitia sua exclusão. (Schreiber, 2007, p. 64).

Observa-se, portanto, que quando o agente se envolve em atividades de risco, ele assume a responsabilidade pelos danos externos que possam surgir como resultado dessas atividades. Nesse sentido, de acordo com as palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 356): “A teoria do exercício da atividade perigosa, adotada pelo parágrafo único do art. 927 do Código Civil, não aceita o fortuito como excludente da responsabilidade, pois aquele que ‘desfruta dos cômodos, deve suportar os incômodos’”.

O fortuito interno contraria a visão maniqueísta do caso fortuito como uma hipótese jurídica absolutamente irreduzível em qualquer circunstância. Anteriormente, quando ocorria uma situação fática que levava à aplicação do conceito de caso fortuito, o nexo de causalidade era imediatamente rompido.

Destacando a relevância que essa dicotomia entre "fortuito interno" e "fortuito externo" assumiu tanto na doutrina quanto na jurisprudência^{27 28}, o Enunciado n.º. 443, aprovado nas Jornadas de Direito Civil, estabelece que o caso fortuito e a força maior só serão considerados como excludentes da responsabilidade civil quando o evento causador do dano não estiver relacionado à atividade desenvolvida.

interno, compreendido na própria atividade empresarial - riscos de delitos para uma empresa de segurança são previsíveis e assumidos pelo fornecedor-, de modo que sua ocorrência não será capaz de eliminar o nexo de causalidade, obrigando o fornecedor a indenizar. (MARTINS COSTA, 2003, p. 201).

²⁷ Toda pessoa, física ou jurídica, que se dispõe a empreender no campo do fornecimento de bens e serviços deve responder objetivamente pelos acidentes de consumo que advenham, ainda que parcialmente, da atividade econômica por si explorada, com base no parágrafo único do art. 927 do CC. Aplicação da teoria ao banco réu, sobremaneira tratando-se de proveito financeiro extraído de atividade de risco, cuja possibilidade de assalto às agências estão dentro da esfera de previsibilidade do banco, de quem se espera um dever redobrado de segurança, ou seja, roubo à mão armada que caracteriza fortuito interno da atividade bancária e não configura hipótese de excludente de responsabilidade. Condenação de R\$ 12.000,00 para cada autor, com correção pelo IGPM do arbitramento e juros de 1% da data do evento. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2016).

²⁸ Em casos de roubo, o STJ tem admitido a interpretação extensiva da Súmula 130 do STJ, para entender que há o dever do fornecedor de serviços de indenizar, mesmo que o dano tenha sido causado por roubo, se este foi praticado no estacionamento de empresas destinadas à exploração econômica direta da referida atividade (hipótese em que configurado fortuito interno) ou quando esta for explorada de forma indireta por grandes shopping centers ou redes de hipermercados (hipótese em que o dever de reparar resulta da frustração de legítima expectativa de segurança do consumidor). Por outro lado, não se aplica a Súmula 130 do STJ em caso de roubo de cliente de lanchonete fast-food, se o fato ocorreu no estacionamento externo e gratuito por ela oferecido. Nesta situação, tem-se hipótese de caso fortuito (ou motivo de força maior), que afasta do estabelecimento comercial proprietário da mencionada área o dever de indenizar (art. 393 do Código Civil). Logo, a incidência do disposto na Súmula 130 do STJ não alcança as hipóteses de crime de roubo a cliente de lanchonete, praticado mediante grave ameaça e com emprego de arma de fogo, ocorrido no estacionamento externo e gratuito oferecido pelo estabelecimento comercial. REsp 1.606.360/SC (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2017).

Outrossim, resta possível a responsabilização de instituições financeiras civil e objetivamente pelos danos resultantes de clonagem de cartões de crédito de seus clientes, assim como pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados no âmbito de operações bancárias²⁹. Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem sido firme ao apoiar essa tese, conforme evidenciado pelo enunciado de súmula nº 479, que estabelece que as instituições financeiras têm responsabilidade objetiva pelos danos causados por situações de fortuito interno, relacionadas a fraudes e crimes cometidos por terceiros no âmbito das operações bancárias.

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. BANCÁRIAS. DANOS CAUSADOS POR FRAUDES E DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FORTUITO INTERNO. RISCO DO EMPREENDIMENTO. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos -, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno. 2. Recurso especial provido. REsp n. 1.197.929-PR (2010/0111325-0).

Diante do exposto, infere-se, portanto, que no caso de um assalto ocorrido na saída de um caixa eletrônico, a instituição financeira não será responsabilizada civilmente. Isso se deve ao fato de ser uma questão de segurança pública, que está além dos riscos inerentes à atividade bancária. No entanto, quando se trata de fraudes envolvendo o uso de cartões ou documentos de clientes, o fortuito passa a ser interno, uma vez que a empresa introduz esses riscos no mercado e assume a responsabilidade pelos danos decorrentes dessas situações. (Farias, Rosendal, Braga Netto, 2017, p. 947).

Por último, mas não menos importante, destaca-se que o legislador, ao abordar essa dicotomia discutida pela doutrina, estabeleceu no artigo 734, do Código Civil de 2002, que: "o transportador é responsável pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo em caso de força maior, sendo nula qualquer cláusula que exclua essa responsabilidade" (Brasil, 2002). Com base no que foi discutido anteriormente sobre o fortuito interno, a presunção de responsabilidade do transportador é tão forte que nem mesmo o fortuito interno o isenta da obrigação de indenizar; apenas o fortuito externo (força maior),

²⁹ Deve ficar absolutamente claro que não se comprovou que o autor tenha assinado nenhum documento, tão pouco recebeu qualquer contato para concretizar o negócio e nem foi avisado de qualquer crédito em sua conta, ou mesmo que tenha utilizado seu próprio celular para contratar junto ao banco requerido. Apelação Civil. 1000882-41.2021.8.26.0411 (BRASIL, TJSP, 2021).

ou seja, um evento externo à empresa, sem nenhuma relação com a organização do negócio, pode eximir a responsabilidade. (Cavaliere Filho, 2000, p. 360).

Portanto, conclui-se que os conceitos de fortuito interno e externo possuem protagonismo no âmbito do direito à reparação integral dos danos. Diante de cada situação específica, é necessário questionar até que ponto o dano está relacionado ao risco inerente à atividade exercida, a fim de buscar a responsabilização civil do agente envolvido.

4.3 Entendimento do STJ sobre fortuito interno

O Superior Tribunal de Justiça é frequentemente chamado a decidir sobre a ocorrência de caso fortuito ou força maior, com o objetivo de excluir a responsabilidade civil. Como bem evidenciado anteriormente, são exemplos disso casos como roubos em estacionamento de supermercados, desabamentos em shopping centers, assaltos em filas de *drive-thru*, tiroteios envolvendo seguranças particulares, entre outros. Embora esses eventos causem alterações na rotina dos locais onde ocorrem e surpreendam os consumidores, nem sempre podem ser considerados caso fortuito ou força maior, apesar de serem imprevisíveis. A caracterização precisa desses eventos é de extrema importância para estabelecer os limites da responsabilidade das empresas no âmbito civil, bem como possíveis indenizações.

O artigo 393/CC estabelece que uma ocorrência cujos efeitos sejam inevitáveis pode ser considerada como caso fortuito ou força maior. Com base nisso, alguns casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que envolveram pedidos de indenização com base na alegação de caso fortuito ou força maior merecem uma análise mais detalhada.

De acordo com o entendimento atual da jurisprudência, conforme afirmado pelo ministro do STJ, Luis Felipe Salomão, o caso fortuito e a força maior são considerados como espécies do gênero fortuito externo, que também engloba a culpa exclusiva de terceiros. Para se enquadrar nesse gênero, o fato precisa ser imprevisível, inevitável e estranho à organização e gestão da empresa. Essa é a posição adotada pela jurisprudência atualmente (Brasil, 2020).³⁰

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Notícia Processos. REsp 1450434; REsp 1732398; EREsp 1431606; REsp 1487443 e REsp 1764439. Caso fortuito, força maior e os limites da responsabilização.** 26.04.2020. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Caso-fortuito--forca-maiore-os-limites-da-responsabilizacao.aspx>. Acesso em: 01 de junho de 2023.

Além disso, de acordo com o entendimento do STJ expresso no Recurso Especial 1.450.434, o fortuito interno, embora também seja imprevisível e inevitável, está diretamente relacionado aos riscos inerentes à atividade desenvolvida, fazendo parte da estrutura do negócio. (Brasil, 2018).

RECURSO ESPECIAL – RESPONSABILIDADE CIVIL E CONSUMIDOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSALTO À MÃO ARMADA EM DRIVE-THRU DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. FORTUITO INTERNO. FATO DO SERVIÇO. RELAÇÃO DE CONSUMO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR.

O drive-thru, em linhas gerais, é a forma de atendimento ou de serviço diferenciado de fornecimento de mercadorias em que o estabelecimento comercial disponibiliza aos seus clientes a opção de aquisição de produtos sem que tenham que sair do automóvel. O consumidor é atendido e servido ao “passar” com o veículo pelo restaurante, mais precisamente em área contígua à loja. 2. Assim como ocorre nos assaltos em estacionamentos, a rede de restaurantes, ao disponibilizar o serviço de drive-thru em troca dos benefícios financeiros indiretos decorrentes desse acréscimo de conforto aos consumidores, assumiu o dever implícito de lealdade e segurança em qualquer relação contratual, como incidência concreta do princípio da confiança (inteligência da Súm. 130 do STJ). 3. Ao estender a sua atividade para a modalidade drive-thru, a lanchonete buscou, no espectro da atividade econômica, aumentar os seus ganhos e proventos, pois, por meio do novo serviço, ampliou o acesso aos seus produtos e serviços, facilitou a compra e venda, aumentou as suas receitas, perfazendo um diferencial competitivo para atrair e fidelizar ainda mais a sua clientela. Por conseguinte, chamou para si o ônus de fornecer a segurança legitimamente esperada em razão dessa nova atividade. 4. De fato, dentro do seu poder de livremente contratar e oferecer diversos tipos de serviços, ao agregar a forma de venda pelo drive-thru ao empreendimento, acabou por incrementar, de alguma forma, o risco à sua atividade, notadamente por instigar os consumidores a efetuar o consumo de seus produtos de dentro do veículo, em área contígua ao estabelecimento, deixando-os, por outro lado, mais expostos e vulneráveis a intercorrências como a dos autos. 5. Aliás, o sistema drive thru não é apenas uma comodidade adicional ou um fator a mais de atração de clientela. É, sim, um elemento essencial de viabilidade da atividade empresarial exercida, sendo o modus operandi do serviço, no qual o cliente, em seu veículo, aguarda por atendimento da empresa. 6. Ademais, configurada a responsabilização da fornecedora em razão da própria publicidade veiculada, em que se constata a promessa de segurança de seus clientes. 7. Na hipótese, diante de tais circunstâncias trazidas aos autos, verifica-se que o serviço disponibilizado foi inadequado e ineficiente, não havendo falar em caso fortuito ou força maior, mas sim em fortuito interno, porquanto incidente na proteção dos riscos esperados da atividade empresarial desenvolvida e na frustração da legítima expectativa de segurança do consumidor-médio, concretizando se o nexo de imputação na frustração da confiança a que fora induzido o cliente. O fornecedor, por sua vez, pelo que consta dos autos, não demonstrou ter adotado todas as medidas, dentro de seu alcance, para inibir, dificultar ou impedir o ocorrido na área reservada ao circuito drive-thru tampouco comprovou que o evento tenha se dado em outra área sobre a qual não tenha ingerência. 8. Recurso especial não provido. (Brasil, 2018).³¹

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.450.434 SP**. Indenização por danos morais. Fortuito interno. Relação de consumo. Recurso especial não provido. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgado 18.09.2018. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/647294680/recurso-especialresp-1450434-sp-2014-0058371-2>. Acesso em 05 de junho de 2023.

Logo, aqueles que se dedicam a atividades perigosas devem assumir os riscos e reparar os danos decorrentes, independentemente da comprovação de culpa (Cavaliere Filho, 2015). Nessa toada, a atividade bancária, sobretudo com a modernização dos sistemas bancários, é considerada uma atividade perigosa, exigindo investimentos constantes em proteção contra ações criminosas na rede virtual por parte das instituições financeiras.³²

Destaca-se, dentre as decisões relacionadas ao tema, o Recurso Especial Repetitivo nº 1.199.782/PR, julgado em agosto de 2011, em que o STJ enfatizou a responsabilidade civil das instituições bancárias, mesmo nos casos de fraude praticada por terceiros, como a clonagem de cartão de crédito. Nesse julgamento, entendeu-se que a responsabilidade decorre da violação contratual, devido ao dever das instituições bancárias de agir com segurança nas operações financeiras. Tal entendimento está respaldado por diversas jurisprudências tanto do STJ quanto do STF ao longo das últimas décadas, reforçando a importância do Código de Defesa do Consumidor nesse contexto.

³² ABREU, Célia Barbosa et al. Fraude de cartão de crédito e responsabilidade civil: uma análise da relativização da súmula 479 do STJ no contexto do hiperconsumo. p. 61

5. DAS FRAUDES EM CONTRATOS DE EMPRÉSTIMO

Com o advento da Lei nº 10.820/2003, abriu-se um precedente para a inserção no mercado de consumo da figura do empréstimo consignado, especialmente direcionada aos pensionistas, aposentados e servidores públicos, parcela populacional que se encontrava em rápido crescimento e ainda não tinha sido abarcada de forma específica pelo mercado³³, tal modalidade de empréstimo se consubstancia mediante sucessivos descontos das prestações do contrato aderido direto na folha de pagamento do consumidor.

Assim, por decorrência da própria característica das atividades bancárias, perfeitas em sua maioria por contratos de adesão massificados, se tornou reiterada a presença de diversas condutas repreensíveis por parte das instituições bancárias, financeiras e até de terceiros, dada a facilidade da concessão do crédito, bem como a ausência de mecanismos mais sólidos de proteção e verificação dos processos de segurança, especialmente no que tange aos consumidores idosos, que por circunstância de sua hipervulnerabilidade, geralmente se encontram alheios aos termos contratuais e aos meios tecnológicos empregados na adesão aos contratos.³⁴

A existência de um contrato de adesão pressupõe o estabelecimento de todas as cláusulas e suas implicações pela proponente, restando ao consumidor a mera concordância. Deste modo, destaca-se o entendimento de Maria Helena Diniz:

[...] é aquele em que a manifestação da vontade de uma das partes se reduz a mera anuência a uma proposta da outra, como nos ensina R. Limongi França. Opõe-se a idéia de contrato paritário, por inexistir a liberdade de convenção, visto que exclui qualquer possibilidade de debate e transigência entre as partes, pois um dos contratantes se limita a aceitar as cláusulas e condições previamente redigidas e impressas pelo outro [...], aderindo a uma situação contratual já definida em todos os seus termos. (Diniz, 2009, p. 367).

Desta forma, faz-se comum, em ato de manifesta má-fé por parte das instituições bancárias, o depósito dos valores oriundos das referidas operações direto nas contas bancárias dos consumidores, principalmente os idosos, inobservando, no entanto, o dever de

³³ COSTA, Carlos José de Castro; NETO, Adenilson Poubel de Castro. Hipervulnerabilidade do consumidor idoso nos contratos de empréstimo consignado. p. 432

³⁴ SOARES, Alexandre Augusto Rocha. Crescem fraudes em empréstimos consignados. Revista Eletrônica Migalhas. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/336711/crescem-fraudes-em-emprestimos-consignados>. Acesso em: 08 de Junho de 2022.

comunicação prévia do ato e a prestação de instruções claras ao consumidor acerca do empréstimo e suas repercussões³⁵.

Sobre o tema, discorrem Arquette e De Souza:

Os consumidores têm seus dados pessoais utilizados sem seu conhecimento e autorização, sofrendo com ofertas de consumo, principalmente de crédito, de várias modalidades, como empréstimos diretos, empréstimos consignados, cartões de crédito, sendo envolvidos por uma falsa facilidade que pode se tornar uma séria armadilha, na medida em que o crédito, embora fomenta o mercado e possa ser concebido como uma prática importante para seu crescimento e para organização financeira do consumidor, permitindo a ele acesso a bens e serviços importantes que, de outra forma, não seriam a ele acessíveis, deveria envolver um processo responsável não apenas para o consumidor, mas também para o fornecedor e, nesse ponto, ganha enorme destaque o dever de informação do fornecedor (Arquette; De Souza. 2022. p. 54)

Adicionalmente, ilustra Andrelize da Cruz Luz:

Outro ponto significativo a ser levantado é o fato de as instituições financeiras terem muitas “manobras” para enganar e iludir os consumidores mais velhos. Uma delas começa no momento da oferta por meio de publicidade enganosa, ou seja, no momento em que o cliente recebe informações imprecisas ou simplesmente não recebe nenhuma informação. (Luz, 2022, p.18)

Cumpra sobrelevar que tais práticas são vedadas e taxadas como abusivas pelo CDC:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

(...)

III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

Este cenário é potencializado quando se trata de um consumidor idoso, dada sua situação de hipervulnerabilidade e do baixo risco de inadimplência, vez que usualmente possui renda fixa advinda de benefício previdenciário; aduz Martina Beschorner Basso:

O crédito consignado é bastante oferecido aos idosos, por garantirem maior segurança à financeira cedente, já que o risco de inadimplência é praticamente nulo por terem uma renda mensal fixa. Ocorre que esta classe, por ser hipervulnerável, é convencida facilmente a contratar também empréstimos pessoais, em uma tentativa das financeiras para driblar o limite legal de 35% de descontos da renda.

Desta forma, o mutuário acaba comprometendo por anos praticamente a integralidade de sua renda com dívidas referentes a empréstimos, restando muito pouco para o seu mínimo existencial, principalmente para os idosos que, em grande

³⁵ COSTA, Carlos José de Castro; NETO, Adenilson Poubel de Castro. Hipervulnerabilidade do consumidor idoso nos contratos de empréstimo consignado. p. 433

parte, possuem altos gastos com medicamentos e sobrevivem com um salário mínimo de aposentadoria (Basso, 2020, p.78)

A facilidade da concessão deste tipo de crédito aos consumidores idosos, inclusive por meios digitais, avigora a possibilidade de fraudes, ilustra Frederico Antonio Oliveira de Rezende:

Aliás, cumpre rememorar que a prestação de serviços bancários pelos meio eletrônicos, reduzem os custos da atividade econômica e aumentam o lucro da instituição financeira (fornecedor), trazendo riscos, entretanto, pela facilitação da ocorrência de fraudes, dada a ausência da necessidade de apresentação de documentos de identificação ou da assinatura do correntista. (De Rezende, 2010, p.78)

Neste sentido, preleciona o TJMG:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E DANOS MORAIS - INSTITUIÇÃO FINANCEIRA APELANTE - BIOMETRIA FACIAL - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - INEXISTÊNCIA DE PROVA DA RELAÇÃO CONTRATUAL - DEVER DE INDENIZAR - RESPONSABILIDADE OBJETIVA. A contratação realizada por meio eletrônico, formalizada por biometria facial, no entanto, não demonstra a veracidade e expressa regularização do ato de vontade, demonstrando a inexistência de negócio jurídico e a indevida cobrança, não demonstrando o réu culpa do autor. Configurado o dano moral indenizável, devendo ser mantida a sentença. Em razão de negativa ao provimento do recurso da parte ré, majorados os honorários recursais. (TJ-MG - AC: 10000221105307001 MG, Relator: Roberto Apolinário de Castro (JD Convocado), Data de Julgamento: 21/07/2022, Câmaras Cíveis / 13ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 22/07/2022) (grifos nossos).

Para mais, tais atos podem acarretar potenciais riscos severos ao consumidor, que ao desconhecer a própria existência do vínculo jurídico e do teor de suas cláusulas, tem sua fragilidade acentuada, colocando-o em uma posição de extrema desvantagem em um relação notoriamente desequilibrada.

5.1 Fraudes mediante uso indevido da biometria facial

À luz do Código Civil brasileiro, a validade dos contratos é regida por uma série de requisitos estabelecidos no artigo 104. De acordo com esse dispositivo legal, a existência de uma relação jurídica contratual depende da capacidade dos agentes envolvidos, da licitude do objeto cerne do contrato e da observância da forma prescrita em lei ou, em sua ausência, da forma livremente acordada entre as partes.³⁶

³⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República. 2002.

Em relação à capacidade dos agentes, é necessário que as partes envolvidas no contrato sejam capazes de exercer direitos e assumir obrigações. A capacidade é um requisito essencial para garantir a segurança das relações jurídicas, assegurando que as partes tenham discernimento e autonomia para celebrar o contrato de forma consciente e voluntária.

Quanto ao objeto do contrato, é imprescindível que seja lícito, ou seja, que não contrarie a lei, a moral ou a ordem pública. Além disso, o objeto deve ser determinado ou, pelo menos, determinável, para que as obrigações e direitos decorrentes do contrato sejam claros e possam ser cumpridos pelas partes.

Por fim, em relação à forma do contrato, é necessário observar as disposições legais que estabelecem a forma específica para determinados tipos de contratos. No entanto, quando a lei não prescreve uma forma determinada, as partes têm liberdade para estabelecer a forma como desejarem. Nesse caso, é fundamental que haja consenso entre as partes quanto à forma adotada, a fim de garantir a validade do contrato.

Esses requisitos estabelecidos pelo Código Civil visam garantir a segurança jurídica e a proteção dos direitos das partes envolvidas em uma relação contratual. Ao estabelecer critérios claros para a validade dos contratos, o ordenamento jurídico busca assegurar que as obrigações assumidas pelas partes sejam cumpridas de forma justa e equilibrada, promovendo a estabilidade nas relações jurídicas e a confiança nas transações comerciais.³⁷

Portanto, em uma sociedade de rápido desenvolvimento tecnológico é cediço que as relações contratuais podem se aperfeiçoar por outros meios que não somente o tradicionalmente empregado, qual seja, os contratos físicos e o aceite mediante assinatura de próprio punho; sendo diuturnamente celebrados negócios jurídicos por meios eletrônicos, os denominados contratos eletrônicos.

Conceitua Barbagalo:

[...] a distinção entre contrato eletrônico e contratos tradicionais está no meio utilizado para a manifestação das vontades e na instrumentalidade do contrato – o que assegura aos contratos eletrônicos características peculiares – definimos como contratos eletrônicos os acordos entre duas ou mais pessoas para, entre si, constituírem, modificarem ou extinguírem um vínculo jurídico, de natureza patrimonial, expressando suas respectivas declarações de vontade por computadores interligados entre si. (Barbagalo, 2001, p. 37)

³⁷ GUIMARÃES, Flavia Vitovsky. Os contratos eletrônicos e o direito do consumidor. 2009. p.7

O STJ também reconhece a validade destes contratos e das plurais formas de demonstração da vontade; preceitua a Ministra Nancy Andrichi no Recurso Especial Nº 1.633.254 - MG (2016/0276109-0):

As pessoas do mundo moderno não mais se individualizam e se identificam apenas por sua assinatura de próprio punho, mas, sim, pelos seus tokens, chaves, logins e senhas, ID's, certificações digitais, reconhecimentos faciais, digitais e oculares e, até mesmo, pelos seus hábitos profissionais, de consumo e de vida captados a partir da reiterada e diária coleta de seus dados pessoais. (REsp Nº 1.633.254 – MG).

Depreende-se então, que a biometria facial pode ser utilizada como ferramenta para exprimir a vontade das partes para a celebração do vínculo pretendido, já que possui natureza personalíssima, vez que através da coleta das características biológicas do indivíduo é possível determinar a singularidade do ato.³⁸

Tal tecnologia se utiliza de elementos particulares do rosto para o reconhecimento facial, como distância entre os olhos, boca e nariz, que são verificados com o auxílio de um algoritmo que processa e contrapõe a imagem com informações contidas em um banco de dados.³⁹

A despeito da facilidade e agilidade do processo, que possui execução quase instantânea, a adoção de tais procedimentos também amplia a existência de outros riscos que outrora não se materializariam; preceitua Laura Schertel Mendes (2013): “Ao ampliar a capacidade e as oportunidades de ação dos indivíduos, os meios de comunicação e informação ampliam, na mesma dimensão, os riscos a que os indivíduos estão submetidos.”

No mesmo sentido, pontifica Frederico Antonio Oliveira de Rezende:

É sabido que, apesar dos imensos benefícios e conveniências trazidos pelo uso da internet na prestação de serviços, a vulnerabilidade do mundo eletrônico e a complexidade das relações que lhe são admitidas, possibilitam a perpetração de inúmeras fraudes (De Rezende, 2010, p.77)

Em se tratando de serviços bancários digitais, que usualmente são validados mediante uso de senha pessoal e de biometria facial⁴⁰, premente citar que se aplicam as referidas atividades todo alicerce normativo da Lei Geral da Proteção de Dados (LGPD), fundados na

³⁸ WEBER, Sandra Paula Tomazi, A utilização da assinatura eletrônica biométrica na formação dos contratos. p.96

³⁹ PINHEIRO, José Maurício. Biometria nos sistemas computacionais Você é a Senha. 2008. p.62-63

⁴⁰ SOUZA, Frankson da Silva. A validade jurídica dos contratos de mútuos eletrônicos realizados com a assinatura digital através de biometria facial. 2022. p.13 e 14

liberdade pessoal e privacidade⁴¹, e que denotam como um de seus princípios basilares, a segurança dos dados pessoais do usuário:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

(...)

VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

De forma pormenorizada, o art. 46 da LGPD dispõe:

Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

(...)

§ 2º As medidas de que trata o caput deste artigo deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução.

Compreende-se por fraude todo ato ilícito que visa obter vantagem ilícita e indevida para si ou outrem, mediante prejuízo alheio.⁴²

Deste modo, frisa-se o entendimento do doutrinador Silvio de Salvo Venosa:

A fraude é o mais grave ato ilícito, destruidor das relações sociais, responsável por danos de vulto e, na maioria das vezes, de difícil reparação. É um vício de muitas faces, presente em inúmeras situações da vida cotidiana do homem e no Direito (Venosa, 2009, p.433)

É manifesto que tal ato implica em uma tentativa de burlar os preceitos básicos dos contratos, implicando em ilicitude e dilapidação da boa-fé objetiva, vez que por intermédio de um ato ardiloso há um concreto dano a um terceiro.

Por consequência de sua vulnerabilidade intrínseca na relação de consumo, o consumidor necessita de tutela e resguardo específico (Basso, 2022); neste diapasão, é necessário ressaltar que há um concreto afastamento do consumidor idoso no que concerne a compreensão e domínio destes procedimentos digitais, resultando em um agravamento em uma relação já fragilizada, o que potencializa a corporização de atos fraudulentos. Expõe Gabriela Vitória Alves Soares:

⁴¹ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (BRASIL, 2018)

⁴² MICHAELIS, Dicionário Brasileiro de Língua Portuguesa. Editora Melhoramentos Ltda., 2020 Disponível em: < <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/fraude>>. Acesso em: 08 de Junho de 2022.

Os idosos estão entre as maiores vítimas de golpes, uma vez que o criminoso ao ver a vulnerabilidade da vítima pela idade elevada e a falta de experiência deles para com a tecnologia, optam por realizar contratos por via eletrônica e por não ter compreensão do que está sendo feito, confia erroneamente no fraudador e quando tomam conhecimento do ocorrido, o estrago está feito com acúmulos de juros exorbitantes e um prejuízo inimaginável. (Soares, 2022, p.16)

Nas relações cotidianas, comumente as próprias instituições bancárias extrapolam os limites dos preceitos contratuais, valendo-se da hipervulnerabilidade dos consumidores idosos para celebrar os contratos de empréstimo. As operações ancoram-se na descontextualizada validade do aceite perfeito mediante biometria facial, explorando o desconhecimento e falta de familiaridade do consumidor idoso com esse procedimento, além da promoção de uma linguagem extremamente técnica e pouco acessível como estratégia de convencimento. Sobre o tema, asseveram Morey, de Aguiar e Gomes:

Com isso, é notável a insolência dos fornecedores de crédito e, eventualmente, de testemunhas presentes na assinatura do contrato, que estão com pleno interesse econômico, sabendo das cláusulas abusivas, frente à vulnerabilidade da pessoa idosa, pois, na maioria das vezes, as informações acerca deste convênio jurídico não são passadas com clareza e honestidade para o idoso. (Morey, De Aguiar e Gomes, 2022, p.749)

À vista disso, cumpre destacar o entendimento jurisprudencial do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), acerca da proteção do idoso quanto à alegada adesão a empréstimos não reconhecidos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO - TUTELA DE URGÊNCIA - REQUISITOS ATENDIDOS - FATO NEGATIVO - ÔNUS PROBATÓRIO DO RÉU - FORMAÇÃO DO CONTRATO EM AMBIENTE VIRTUAL E POR MEIO DE BIOMETRIA FACIAL - CONSUMIDOR IDOSO - HIPERVULNERABILIDADE - DEPÓSITO JUDICIAL DA QUANTIA ENTREGUE AO CONSUMIDOR - ELEMENTOS QUE DENOTAM A IRREGULARIDADE DA CONTRATAÇÃO - RECURSO NÃO PROVIDO. - Havendo a negativa do consumidor quanto à contratação do empréstimo consignado, impõe-se a suspensão da cobrança durante o trâmite do processo - Por se tratar de alegação autoral que recai sobre fato negativo, no sentido de que não houve a contratação da operação de crédito, desloca-se para o fornecedor de serviços bancários o ônus de comprovar a regularidade da cobrança - **Ao fornecedor de serviços e/ou produtos incumbe um zelo ainda maior no momento da contratação com consumidor idoso, sobretudo no que diz respeito à prestação de informações claras, ostensivas e verdadeiras, pois que, conforme reconhecido pela doutrina consumerista, em tais casos estar-se-á diante de consumidor hipervulnerável, devendo a causa reger-se pelo diálogo entre o Estatuto do Idoso e o CDC - A plataforma eletrônica em que se deu a operação financeira contestada, diante da singularidade e complexidade do ambiente virtual (manifestação de vontade por meio de biometria facial), mormente para consumidores que têm uma vulnerabilidade informacional agravada (e.g. idosos), leva a crer, em princípio, que não houve por parte do autor um consentimento informado, isto é, uma vontade qualificada e devidamente instruída sobre o teor da contratação, máxime diante da ausência de exibição de instrumento essencial sobre a vontade manifestada no negócio jurídico - Recurso**

ao qual se nega provimento. (TJ-MG - AI: 10000211931779001 MG, Relator: Lílian Maciel, Data de Julgamento: 09/03/2022, Câmaras Cíveis / 20ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 10/03/2022) (grifos nossos)

Na mesma toada:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO A DISTÂNCIA POR CONSUMIDOR IDOSO - SITUAÇÃO DE HIPERVULNERABILIDADE - BIOMETRIA FACIAL SEM VINCULAÇÃO SEGURA À CONTRATAÇÃO - DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DA CONTRATAÇÃO - DISPONIBILIZAÇÃO DE VALOR SUPERIOR ÀS PARCELAS DESCONTADAS - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO A VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR - PRETENSÃO INDENIZATÓRIA NÃO ACOLHIDA - REPETIÇÃO EM DOBRO COM BASE NO CDC - FATO ANTERIOR A 30/03/2021 - NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE DOLO. Empréstimo consignado a distância por consumidor idoso, conduz o contratante a situação de hipervulnerabilidade, não devendo ser permitido que instituições financeiras, na ânsia de auferir lucro de forma facilitada, formalizem negócios sem segurança quanto à efetiva e consciente adesão pelo consumidor. Embora possível contratação por meio eletrônico, exige-se mecanismo que permita vincular manifestação de vontade à efetiva contratação, mormente no caso de empréstimo consignado por idoso. Ausente prejuízo ao orçamento de parte que teve lançado em seu benefício previdenciário empréstimo consignado não solicitado, porque depositado em sua conta valor referente ao contrato, não cabe indenização por dano moral em razão de meros aborrecimentos para declaração da inexistência da relação jurídica e desfazimento dos efeitos do contrato. Em modulação de julgamento sob a sistemática de recurso repetitivo (Tema 929), o STJ estabeleceu que somente para casos posteriores à publicação do acórdão no EAREsp 676.608 (30/03/2021) é possível dispensar elemento volitivo (dolo de cobrar quantia indevida) para autorizar penalidade de repetição em dobro com base no art. 42, parágrafo único, do CDC. (TJ-MG - AC: 10000211284997002 MG, Relator: José Augusto Lourenço dos Santos, Data de Julgamento: 03/06/2022, Câmaras Cíveis / 12ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 08/06/2022) (grifos nossos).

Tais medidas contradizem o próprio princípio do direito à informação, vez que não basta o acesso formal ao contrato, e sim que seu conteúdo seja amplamente compreendido pelo consumidor,⁴³ e a ausência deste conhecimento prévio pode ensejar inclusive a resolução contratual⁴⁴.

Dessa forma, tanto nos casos de fraude cometida por um terceiro utilizando biometria facial, quanto naqueles em que a própria fornecedora explora e manipula o processo decisório do consumidor idoso, imputa-se um desequilíbrio relacional, que possivelmente resultará em lesão aos interesses do consumidor.

⁴³ BASSO, Martina Beschorner. A hipervulnerabilidade dos idosos nas relações de consumo: análise do empréstimo consignado e pessoal e o superendividamento. 2020. p.24

⁴⁴ Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance. Código de Defesa do Consumidor. 1990.

6. CONCLUSÃO

Ante ao exposto, concebe-se que nas relações de consumo o consumidor se encontra como parte vulnerável, sendo essa condição amplamente reconhecida e protegida pela legislação. Evidencia-se que por esta razão, a incidência da responsabilidade civil no âmbito das relações de consumo é do tipo objetiva, dispensando a necessidade de provar a culpa do fornecedor em caso de um acidente de consumo ou defeito do produto e/ou serviço.

Ademais, é forçoso ressaltar que o consumidor idoso se encontra em uma posição de hipervulnerabilidade, já que apresenta diversas características que os fragiliza ainda mais que o consumidor ordinário. Dentre as quais, destaca-se a maior dificuldade de acesso à informação, situação econômica frágil, debilidade de saúde e insuficiência de conhecimentos tecnológicos. Logo, os impactos supramencionados são ainda mais intensos nesse grupo, visto que o fornecedor exerce um maior controle nessa relação, obtendo vantagem da sua posição.

No contexto das operações bancárias perfeitas no ambiente digital, ao que pese a sua legalidade e praticidade, os mecanismos de segurança e validação dos atos revelam-se, no mínimo, frágeis e insuficientes para resguardar a proteção aos princípios legais, em especial o direito à segurança do consumidor e informação ostensiva acerca do serviço ofertado.

Reporta-se, ainda, que tal facilidade possibilita a substanciação de diversos atos fraudulentos perpetrados por terceiros, sobretudo quando concerne a adesão a contratos de empréstimo consignado onde figura em um dos polos um consumidor idoso hipervulnerável.

Nesse contexto, é importante destacar que a utilização da biometria facial como forma de adesão ao contrato, é muitas vezes desvinculada das circunstâncias reais em que o consumidor idoso se encontra. A falta de compreensão plena e de familiaridade com o uso dessa tecnologia, torna o processo de consentimento deturpado e propenso a abusos. A linguagem técnica empregada, por sua vez, dificulta ainda mais a capacidade do consumidor idoso de compreender plenamente as consequências, termos do contrato e até a própria existência do vínculo celebrado.

Por conseguinte, não é possível desmemorar que, mesmo que o contrato aparenta ser válido em virtude do preenchimento dos seus requisitos formais como o aceite por biometria facial, é fundamental considerar o contexto de incidência direta do CDC na relação consumerista das operações e contratos bancários. Nesse sentido, em caso de acidente de consumo relacionado a essas atividades, afasta-se o acolhimento do dano pela parte

vulnerável, devendo ser suportado pelo fornecedor do serviço por força do fortuito interno e do risco inerente à atividade desenvolvida.

Portanto, levando em consideração o respaldo doutrinário e a interpretação jurisprudencial, é possível compreender que as instituições financeiras devem ser responsabilizadas pelos danos causados em decorrência das fraudes em empréstimos realizados mediante aceite por biometria facial, uma vez que essas fraudes estão relacionadas à atividade econômica exercida por essas instituições. Essa abordagem é fundamental para garantir a proteção dos consumidores e promover a justiça nas relações de consumo, especialmente diante da hipervulnerabilidade de certos grupos, como os idosos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Célia Barbosa et al. **Fraude de cartão de crédito e responsabilidade civil: uma análise da relativização da súmula 479 do STJ no contexto do hiperconsumo.**
- AGUIAR DIAS, José. **Da responsabilidade civil.** 5. ed. Forense. Rio de Janeiro. 1973.
- ALVES, Fabrício Germano; MEDEIROS, Mayara Vívian de. **A proteção jurídica do idoso como consumidor hipervulnerável.** Fortaleza. 2022.
- ARRUDA ALVIM, Thereza; ALVIM James Martins Eduardo. **Código do consumidor comentado.** 2. ed. Revista dos Tribunais, 1995.
- ARQUETTE, Alinne; DE SOUZA, Carlos Henrique Medeiros. Proteção do idoso consumidor de crédito contra o superendividamento. **Diálogos em direito.** Vol. 1. 2022.
- BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: Direito e Dever nas Relações de Consumo.** São Paulo: RT, 2008.
- BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos Eletrônicos.** São Paulo. 2001
- BASSO, Martina Beschorner. **A hipervulnerabilidade dos idosos nas relações de consumo: análise do empréstimo consignado e pessoal e o superendividamento.** Ijuí. 2020.
- BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual do direito do consumidor.** 4 ed.rev, atual e amp. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2012.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988.
- BRASIL. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor.** Brasília: Presidência da República, 1990.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Brasília: Presidência da República, 2002.
- BRASIL. Lei Nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).** Brasília: Presidência da República, 2018.
- BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça.** Súmula 479. 2012. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%27479%27.num.&O=JT>. Acesso em 05 de maio de 2023.
- BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso especial nº 1.450.434 SP. Indenização por danos morais. Fortuito interno. Relação de consumo. Recurso especial não provido. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgado 18.09.2018. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/647294680/recurso-especialresp-1450434-sp-2014-0058371-2>. Acesso em 05 de junho de 2023.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Notícia Processos. REsp 1450434; REsp 1732398; EREsp 1431606; REsp 1487443 e REsp 1764439. Caso fortuito, força maior e os limites da responsabilização. 26.04.2020. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Caso-fortuito--forca-maiore-os-limites-da-responsabilizacao.aspx>. Acesso em: 01 de junho de 2023.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1.606.360/SC. 2017. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201601528154. Acesso em: 02 de junho de 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1.450.434/SP. 2018. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%27201400583712%27.REG..>. Acesso em: 02 de junho de 2023.

CAVALIERI, Filho Sérgio. **Programa de responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CAVALIERI, Filho Sérgio. **Programa de direito do consumidor** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

COSTA, Carlos José de Castro; NETO, Adenilson Poubel de Castro. Hipervulnerabilidade do consumidor idoso nos contratos de empréstimo consignado. **Diálogos em direito**. Vol. 1. 2022.

DE MELO, Nehemias Domingos. **A qualidade e segurança dos produtos e serviços: informações e “recall”**. 2020.

DE REZENDE, Frederico Antonio Oliveira. Responsabilidade civil dos bancos em relação às fraudes eletrônicas. **Revista FMU Direito**. São Paulo. Ano 24, n.32. São Paulo. 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**. 26. ed. São Paulo. 2009.

DOS REIS, Eduarda Silva. **Responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários, fraudes e delitos praticados por terceiros**. São Paulo. 2022.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. Curitiba. 2011.

FALEIRO, Geovana Rosa; OLIVEIRA, Ellen Dias. **As fraudes nos empréstimos consignados e código de defesa do consumidor: um olhar ao público idoso**. Catalão. 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**, volume 3. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo. 2015

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9.ed. Saraiva. São Paulo. 2002.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo. 2012.

LUZ, Andrelize da Cruz. **Empréstimo consignado: a hipervulnerabilidade da pessoa idosa consumidora frente ao empréstimo consignado**. Três Pontas. 2022.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 2011.

MARTINS COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. v. 5, t. II Forense. Rio de Janeiro. 2003.

MICHAELIS, **Dicionário Brasileiro de Língua Portuguesa**. Editora Melhoramentos Ltda., 2020 Disponível em: < <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/fraude>>. Acesso em: 08 de Junho de 2022.

MINAS GERAIS, **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível. 1.0000.17.073094-9/002. 2017.

MINAS GERAIS, **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 1.0000.18.106427-0/006. 2018.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. Revista dos Tribunais. 2 ed. São Paulo, 2010.

MOREY, Lohran Reis Bernadino; DE AGUIAR, Lucas Alves; GOMES, Sebastião Edilson Rodrigues. Direitos do idoso: um olhar acerca das fraudes em empréstimos consignados. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**. v.8.n.05. São Paulo. 2022.

NORAT, Markus Samuel Leite. Evolução histórica do direito do consumidor. **Revista jurídica cognitio juris**. João Pessoa. 2011.

NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor com exercícios**. 4. Ed. Saraiva. São Paulo. 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil. Forense**. Rio de Janeiro. 1992.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Aguiar; DA SILVA Roberta. **As fraudes bancárias e a responsabilidade civil das instituições financeiras**. Revista JurisFIB. Volume IX. Bauru. 2020.

PINHEIRO, José Maurício. **Biometria nos sistemas computacionais** Você é a Senha. 2008.

RIBEIRO, Patrícia Pereira de Assis Duarte. A vulnerabilidade da pessoa jurídica nos contratos de adesão e aplicação do código de defesa do consumidor. **Revista do CAAP**. n. 2, vol.XVII. Belo Horizonte. 2011.

SANTOS, Regina de Oliveira. **A hipervulnerabilidade do consumidor idoso no contrato de empréstimo consignado**. São Paulo. 2017.

SÃO PAULO, **Tribunal de Justiça**. Apelação Civil 1000882-41.2021.8.26.0411. 2021.

SCHMITT, Cristiano Heineck. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas**, 2012.

SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de escrever**. Trad. Pedro Sússekind. Porto Alegre: L&PM, 2005.

SCHAWARTZ, Fábio. **A defensoria pública e a proteção dos (hiper)vulneráveis no mercado de consumo**. 2016.

SOARES, Alexandre Augusto Rocha. Crescem fraudes em empréstimos consignados. **Revista Eletrônica Migalhas**. 2020. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/depeso/336711/crescem-fraudes-em-emprestimos-consignados>. Acesso em: 08 de Junho de 2022.

SOARES, Gabriela Vitória Alves. **Da (in)segurança jurídica dos contratos eletrônicos**. Goiânia. 2022.

SOUZA, Frankson da Silva. **A validade jurídica dos contratos mútuos eletrônicos realizados com a assinatura digital através de biometria facial**. Guanambi. 2022.

STOLZE GAGLIANO, Pablo e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito civil: Responsabilidade Civil**. 4ªed. Saraiva. São Paulo. 2006.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Manual do direito do consumidor: direito material e processual**. Flávio Tartuce, Daniel Amorim Assumpção Neves. Rio de Janeiro; Forense: São Paulo: MÉTODO, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**. Método. São Paulo. 2018.
THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 9. ed. São Paulo. 2009.

VERBICARO, Dennis; MARTINS, Ana Paula Pereira. A contratação eletrônica de aplicativos virtuais no Brasil e a nova dimensão da privacidade do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 116. ano 27. São Paulo. 2018.

WEBER, Sandra Paula Tomazi. **A utilização da assinatura eletrônica biométrica na formação dos contratos**. São Paulo. 2012.

XAVIER, José Tadeu Neves. A problemática do fortuito interno e externo no âmbito da responsabilidade consumerista. In: **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 115. 2020.