



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2021.0000625750

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1042082-68.2020.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante MIGUEL GERALDO PEREIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO PAN S/A.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V. U. Declaram voto os Exmos. Des. Alberto Gosson (4º Juiz) e Campos Mello (5º Juiz). Acórdão com Exmo. Des. Roberto Mac Cracken.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROBERTO MAC CRACKEN, vencedor, MATHEUS FONTES, vencido, ALBERTO GOSSON (Presidente), EDGARD ROSA E CAMPOS MELLO.

São Paulo, 29 de julho de 2021

ROBERTO MAC CRACKEN

RELATOR DESIGNADO

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

APELAÇÃO CÍVEL nº 1042082-68.2020.8.26.0506
 APELANTE: MIGUEL GERALDO PEREIRA
 APELADO: BANCO PAN S/A
 COMARCA: RIBEIRÃO PRETO
 VOTO Nº 37.354

Ação declaratória de inexistência de relação contratual com indenização por danos morais. Fraude bancária. Biometria facial. Empréstimo realizado por meio de “selfie” gerada do aparelho celular do terceiro fraudador. Ausência de declaração de vontade do consumidor. Negócio jurídico inválido. Danos morais configurados. Recurso parcialmente provido.

A sentença, revogando tutela antecipada, julgou improcedente ação declaratória de inexistência de relação contratual cumulada com indenização por danos materiais e morais e obrigação de não fazer. Condenou o autor no pagamento das custas, despesas e verba honorária de 10% do valor atualizado da causa, observada a justiça gratuita.

Rejeitados embargos de declaração, apelou o vencido. Invoca o Código de Defesa do Consumidor e inversão do ônus da prova. Sustenta haver falha no serviço prestado pelo réu. Alega que o empréstimo se deu mediante fraude. Fala em vício de consentimento. Há dano moral a ser indenizado. Pede reforma.

Recurso tempestivo, respondido, com anotação de justiça gratuita.

É o Relatório.

Em síntese, trata-se de ação declaratória de inexistência de relação contratual.

O autor, pessoa idosa, com 74 (setenta e quatro) anos de idade, aposentado, afirma que não efetuou o empréstimo consignado – em benefício previdenciário – de R\$ 46.289,13 (quarenta e seis mil, duzentos e oitenta e nove reais e treze centavos), a ser quitado em 84 (oitenta e quatro) parcelas mensais de R\$ 1.024,42 (mil e vinte e quatro reais e quarenta e dois centavos), correspondente ao limite da margem consignável de 30% (trinta por cento) de sua aposentadoria de R\$ 3.414,74 (três mil, quatrocentos e quatorze reais e setenta e quatro centavos).

Por seu turno, o banco requerido, em contestação, alega que o contrato foi celebrado por meio de biometria facial (fls. 107).

Todavia, a biometria facial foi efetuada por meio de telefone celular do fraudador (fls. 04). O fato não é impugnado especificamente pelo banco requerido (art. 340 do CPC).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Ao contrário, alega que “o Requerente agiu com demasiado excesso de confiança com o suposto terceiro fraudador” (fls. 108).

Nesse contexto, a r. sentença recorrida, ao julgar improcedente o pedido inicial, fundamentou pela culpa exclusiva do consumidor. Entretanto, a fraude ocorreu em razão do defeito no serviço prestado pelo banco requerido, que permitiu a terceiro fraudador a coleta da biometria facial por meio de celular.

É certo que o banco requerido creditou o montante do empréstimo em conta bancária do autor. Também é certo que o autor transferiu tal montante para a conta bancária do terceiro fraudador.

Porém, é inadmissível que a instituição financeira preste um serviço que possibilite o terceiro fraudador capturar por meio de seu celular a biometria facial da vítima e efetuar um empréstimo consignado em benefício previdenciário, no limite da margem consignável, a ser pago em 7 (sete) anos.

Com todas as vênias, existe gravíssimo defeito no serviço prestado pelo banco requerido, que permitiu a ocorrência de fraude, demonstrando-se, de forma inequívoca, a insegurança no produto ofertado ao consumidor, risco inerente exclusivamente ao seu negócio.

Registre-se que o empréstimo (R\$ 46.289,13) é superior a dez vezes ao benefício previdenciário do autor (R\$ 3.414,74). Não se trata de pequeno valor.

Indubitavelmente, a concretização do negócio por meio de “captura de sua *selfie*”, como alega o banco requerido (fls. 112), exige imprescindível segurança, inclusive para impedir que terceiro fraudador capture a “*selfie*” da vítima e realize o empréstimo, como no caso.

Ora, sempre com o devido respeito, é inimaginável a série de problemas que poderão eclodir, advindo do serviço evidentemente defeituoso prestado pelo banco requerido, que permite a terceiro fraudador a realização de empréstimo por meio de simples *selfie* de celular, sem nenhuma forma de segurança própria que ofereça razoável consistência ao produto oferecido, sem qualquer forma de confirmação e nem a utilização de qualquer modalidade de senha. Em suma, basta um retrato e o banco requerido libera o empréstimo.

É sabido que a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial (art. 107 do CC). Mas, é hialino que *selfie* gerada do celular do fraudador não consubstancia uma declaração de vontade. Nesse sentido:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

“RECURSO INOMINADO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANOS MORAIS. EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. BIOMETRIA FACIAL. MERA FOTOGRAFIA. AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE VONTADE DO CONSUMIDOR. NEGÓCIO JURÍDICO INVÁLIDO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO EM DOBRO DOS VALORES DESCONTADOS INDEVIDAMENTE. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. SENTENÇA REFORMADA.” Recurso Inominado nº 71009354887, Terceira Turma Recursal Cível da Comarca de Santa Cruz do Sul, Fábio Vieira Heerdt, j. 25.02.2021.

Deve ficar absolutamente claro que o autor não assinou nenhum documento e nem tão pouco recebeu qualquer contato para concretizar o negócio e nem mesmo foi avisado do crédito em sua conta, utilizado pelo fraudador, jamais tendo utilizado seu próprio celular para contratar junto ao banco requerido. Tudo foi feito, ao menos pelo que consta dos autos, pelo fraudador e exclusivamente pelo celular do fraudador.

Evidente, assim, a falta de segurança, diante da inexistência de prévio cadastrado do telefone do consumidor, da inexistência de efetiva identificação e indispensável confirmação do mutuário, da inexistência de qualquer documento escrito e, principalmente, da inexistência de real manifestação de vontade do consumidor.

Em suma, o consumidor nunca desejou o empréstimo, o qual somente foi efetuado porque o banco requerido aceita, como manifestação de vontade, retrato de qualquer telefone, inclusive do celular do terceiro fraudador, como no caso em tela.

Com todas as vênias, percebe-se que o fraudador se aproveitou de idoso, especialmente em razão do inseguro sistema disponibilizado pelo banco.

Outrossim, não se pode falar em excludente de responsabilidade por fato de terceiro, uma vez que foi o próprio banco requerido que não agiu com a cautela necessária para evitar a atuação de suposto terceiro fraudador. O dano decorreu unicamente da conduta da instituição financeira que não prestou um serviço adequado.

Nos termos da Súmula 479 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”.

De destaque que, ao autor, pessoa idosa, é assegurado o respeito, compreendendo a inviolabilidade de sua integridade psíquica e moral (Estatuto do Idoso, art. 10, §§ 1º e 2º).

Além disso, importante consignar, ainda, que constitui direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos causados pelo defeito no serviço prestado pelo fornecedor (CPC, art. 6º, VI).

O fornecer de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de seus serviços (CPC, art. 14, *caput*). Considera-se serviço defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar (CPC, art. 14, §1º).

Destaque-se que, entre outros direitos básicos do consumidor, está a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, conforme disposto no artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor.

O serviço é defeituoso, nos termos do §1º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, permitindo a ocorrência de danos que, em razão das circunstâncias, não existindo medidas para o fim de evitar prejuízos, como o ocorrido no caso em tela. Sendo que, o fornecedor responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados ao consumidor pelos defeitos decorrentes à prestação do serviço, de acordo com o artigo 14º, *caput*, do mesmo Diploma Legal.

Nesse contexto fático, o pedido de declaração de inexistência de débito é procedente, declarando-se a inexistência do contrato “sub judice” e sua consequente inexigibilidade e consequente restituição das respectivas parcelas descontadas pelo banco requerido, acrescidas de correção monetária, desde o efetivo desembolso, pela Tabela de Cálculos desde Egrégio Tribunal de Justiça, bem como de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde o ato ilícito, consubstanciado no primeiro desconto efetuado pelo banco requerido.

A devolução será simples, ante a inexistência de comprovação de má-fé do banco requerido (REsp 1.032.952/SP).

O defeito no serviço prestado pelo banco requerido, que permitiu a terceiro fraudador efetuar empréstimo consignado em benefício previdenciário do autor, gerou



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

efetivo danos de ordem moral, ultrapassando muito o denominado mero aborrecimento, em especial por se tratar de pessoa idosa, levando-a, pelo que se apura dos autos, impróprio estado de insegurança no tocante a obrigação que não contratou e que o réu almeja seu cumprimento.

Destaque-se que “A jurisprudência do STJ vem se orientando no sentido de ser desnecessária a prova de abalo psíquico para a caracterização do dano moral, bastando a demonstração do ilícito para que, com base em regras de experiência, possa o julgador apurar se a indenização é cabível a esse título” (REsp nº 1.109.978-RS, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 01/09/2011).

Assim, a indenização por danos morais deve ser arbitrada em R\$ 8.000,00 (oito mil reais), com alicerce nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como nas circunstâncias fáticas do litígio.

De destaque que a quantificação dos danos morais deve ter como pressuposto a punição do infrator, de modo a inibir a prática de novos atos lesivos e, de outro lado, proporcionar à vítima uma compensação, satisfatória, pelo dano suportado, sendo a quantia fixada, com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de acordo com prudente arbítrio do Julgador, evitando-se o enriquecimento sem causa, sem, entretanto, fixar um valor irrisório.

Registre-se que a condenação merece ser imposta levando-se em conta todos os atos e fatos, bem como eventuais condutas do autor do dano visando a sua respectiva reparação ou sua minimização, pois, desta forma, não ensejará a possibilidade de enriquecimento sem causa de uma das partes em detrimento da outra, sem perder seu caráter punitivo, bem como em efetiva observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ou seja, a finalidade da condenação é compensar o lesado pelo constrangimento indevido suportado e, por outro lado, desestimular o responsável pela ofensa a praticar atos semelhantes no futuro.

Como bem destacado pela Douta e Culta Ministra, “A indenização por dano moral deve atender a uma relação de proporcionalidade, não podendo ser insignificante a ponto de não cumprir com sua função penalizante, nem ser excessiva a ponto de desbordar da razão compensatória para a qual foi predisposta” (REsp 318.379/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/09/2001, DJ 04/02/2002, p. 352).

No mesmo sentido:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

“... - O valor da indenização deve ser fixado sem excessos, evitando-se enriquecimento sem causa da parte atingida pelo ato ilícito. Recurso especial provido em parte”.¹

“... 2. O valor indenizatório do dano moral foi fixado pelo Tribunal com base na verificação das circunstâncias do caso e atendendo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Destarte, há de ser mantido o *quantum* reparatório, eis que fixado em parâmetro razoável, assegurando aos lesados justo ressarcimento, em incorrer em enriquecimento sem causa...”.²

“A fixação do valor da indenização a título de danos morais deve ter por base os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando-se em consideração, ainda, a finalidade de compensar o ofendido pelo constrangimento indevido que lhe foi imposto e, por outro lado, desestimular o responsável pela ofensa a praticar atos semelhantes no futuro.” (TJMG – Apelação nº 1.0145.05.278059-3/001(1) – Rel. Des. Elpídio Donizetti – Data de publicação do Acórdão)

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso de apelação, julgando parcialmente procedente o pedido inicial, para declarar a inexistência de débito e determinar a restituição das respectivas parcelas descontadas pelo banco requerido, acrescidas de correção monetária, desde o efetivo desembolso, pela Tabela de Cálculos desde Egrégio Tribunal de Justiça, com juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde o ato ilícito, bem como para condenar o banco requerido a pagar ao autor a quantia de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), a título de danos morais, acrescido de correção monetária, a partir da publicação do presente Acórdão, pela Tabela de Cálculos desde Egrégio Tribunal de Justiça, com juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde o ato ilícito. Em razão do ora decidido, o ônus de sucumbência é invertido, ante a sucumbência mínima do autor. Os honorários advocatícios são arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, já considerando o trabalho em grau de recurso, nos termos do artigo 85, §11, do Código de Processo Civil.

¹ STJ – REsp nº 698772/MG.

² STJ - REsp 797836/MG.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Roberto Mac Cracken

Relator Designado