



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2020.0000561463

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009968-63.2019.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante _____, é apelado _____.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U. Sustentou oralmente o Dr. LUCAS GORDIN FREIRE NASSER DE MELLO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAUDURO PADIN (Presidente) e NELSON JORGE JÚNIOR.

São Paulo, 22 de julho de 2020.

FRANCISCO GIAQUINTO
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº : 31814
APEL. Nº : 1009968-63.2019.8.26.0554
COMARCA: SANTO ANDRÉ

APTE. : _____
APDO. : _____

*Ação declaratória de inexigibilidade c.c. danos morais e materiais – Transações com cartão bancário do autor, mediante fraude Aplicação da legislação consumerista (súmula 297 do STJ) Responsabilidade objetiva da instituição financeira Aplicação da teoria do risco do negócio Matéria pacificada pelo julgamento do Recurso Especial nº 1.199.782/PR, com base no artigo 543-C do Código de Processo Civil Súmula 479 do STJ

Incontrovertida utilização do cartão do autor Banco réu não se desincumbiu do ônus de demonstrar a regularidade das transações efetuadas com o cartão bancário do autor (art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90) Débitos inexigíveis Sentença mantida Recurso do réu negado.

Danos morais Comprovação a partir da ocorrência do fato

Damnun in re ipsa Valor do dano moral arbitrado em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade Sentença mantida Recurso negado.

Recurso negado.*

Trata-se de ação declaratória de inexistência de débito c.c. indenização por danos materiais e morais, ajuizada por _____ em face de _____, **julgada parcialmente procedente** pela r. sentença de fls. 195/205, declarando a inexigibilidade dos valores referentes às operações impugnadas pelo autor na inicial, com restituição das despesas efetivamente pagas pelo autor, com correção monetária do desembolso pela Tabela Prática TJSP e juros de mora de 1% ao mês da citação, condenando o Banco réu ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais), com correção monetária da sentença e juros de mora de 1% ao mês, da citação, arcando também com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de sucumbência, arbitrados em 10% do valor da condenação.

Apela o Banco réu, procurando reverter a r. sentença, alegando, em síntese, inexistir falha na prestação do serviço. Defende a demora do autor para comunicar o furto à instituição financeira e bloqueio do cartão. Assevera que as operações foram realizadas com cartão magnético com chip, mediante a utilização de senha pessoal, secreta e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

intransferível, com falha no dever de guarda e proteção do cartão e da senha, permitindo o acesso de terceiros, a caracterizar excludente de responsabilidade civil, na forma do art. 14, §3º, II do CDC. Sustenta possui rígidos dispositivos de segurança inexistindo alegação de fraude ou clonagem no cartão. As operações se encontram dentro do perfil de consumo do correntista, não havendo irregularidade. Nega a ocorrência de danos morais, pretendendo, alternativamente, a redução do *quantum* indenizatório para patamar consentâneo à razoabilidade e proporcionalidade. Pugna pelo provimento do recurso, julgando-se improcedente a ação (fls. 214/224).

Recurso regularmente processado e respondido (fls. 239/257).

É o relatório.

VOTO.

Trata-se de ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. indenização por danos materiais e morais, por indevida utilização de cartão bancário do autor para contratação de empréstimo e realização de compras, mediante fraude.

Narrou o autor, na inicial, é titular da conta corrente nº 13564-4, mantida na agência 7910 do Banco réu sendo que no dia 02/02/2019, teve o cartão bancário furtado.

Ao consultar extrato de sua conta, constatou a realização de empréstimos pessoais no valor de R\$8.000,00 (oito mil reais), além de despesas de R\$4.434,00 (quatro mil e quatrocentos e trinta e quatro reais) no cartão de débito e R\$14.956,09 (quatorze mil e novecentos e cinquenta e seis reais e nove centavos) no cartão de crédito, totalizando o valor de R\$27.309,09 (vinte e sete mil e trezentos e nove reais e nove centavos) em apenas dois dias.

Logo que tomou conhecimento dos fatos, comunicou à autoridade policial, registrando o Boletim de Ocorrência (fls. 56/57), contatando também o serviço de atendimento ao cliente da instituição financeira para informar o ocorrido, solicitando o bloqueio do cartão e o estorno dos valores.

O Banco requerido não reconheceu a existência de irregularidades, asseverando que as operações foram realizadas a partir de cartão magnético, mediante uso de senha pessoal.

Postulou a declaração de inexigibilidade dos débitos, com repetição dos valores indevidamente debitados em sua conta corrente para pagamento dos lançamentos indevidos, bem como condenação de indenização por danos materiais e morais.

A r. sentença declarou inexigíveis os débitos, condenando o Banco réu à restituição dos valores indevidamente debitados da conta corrente do autor, além de indenização por danos morais no valor de R\$10.000,00.

Nega-se provimento ao recurso.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Aplica-se ao caso em epígrafe o Código de Defesa do Consumidor, por tratar-se de relação de consumo, prestando o banco réu serviço de natureza bancária, inserindo-se no contexto do artigo 3º, § 2º, da Lei nº 8.078/90, tendo o autor como destinatário final e consumidor, de acordo com o verbete 297 do STJ.

Súmula 297 do STJ: Aplica-se às instituições financeiras o Código de Defesa do Consumidor.

Em razão da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do Banco réu, como prestador de serviços, é objetiva e só elidida nas hipóteses de caso fortuito ou força maior e culpa exclusiva da vítima ou de terceiro (art. 14, *caput* e §3º daquele *Codex*), ficando, entretanto, a cargo do requerido a produção de provas nesse sentido, pela regra de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, CDC).

Tal entendimento decorre da teoria do risco do negócio, adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, a qual, segundo os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves ***“funda-se no pressuposto de que o banco, ao exercer sua atividade com fins de lucro, assume o risco dos danos que vier a causar. A responsabilidade deve recair sobre aquele que aufera os cômodos (lucros) da atividade, segundo o basilar princípio da teoria objetiva: Ubi emolumentum, ibi onus”*** (GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 8ª Edição, 2003, p. 339).

Nesse contexto, incumbia ao Banco réu demonstrar a legitimidade das transações financeiras realizadas a partir do cartão bancário do autor, ônus seu, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, dada a aplicação da inversão do ônus da prova a favor do consumidor, por se tratar de relação de consumo existente entre o autor e o Banco réu, prestador dos serviços bancários (art. 2º e 3º da legislação consumerista).

Ao contestar, o Banco réu negou a existência de falha na prestação dos serviços. Asseverou: ***“que as operações impugnadas foram realizadas através da utilização do cartão com CHIP e senha secreta em um sistema seguro (...) e eventual prejuízo ocorrido se deu por culpa exclusiva de terceiros, pois o Estado detém o monopólio do dever de zelar pela segurança pública, não podendo o réu responder por prejuízos decorrentes de ilícitos praticados fora de seus estabelecimentos”*** (fl. 85). Defende a ocorrência de culpa exclusiva do autor apelado por falha no dever de guarda e segurança do cartão e senha, bem como de terceiro, excludentes de responsabilidade civil. Ressalta a ausência de perfil de fraude nas operações e a comunicação tardia do requerente, a inviabilizar a declaração de inexigibilidade das despesas e indenização por danos morais.

Todavia, deixou o Banco requerido de produzir provas aptas a demonstrar a regularidade e licitude das compras realizadas a partir do cartão magnético do autor, tampouco comprovou a inviolabilidade de seu sistema, de forma a afastar a tese de que o uso e as compras foram realizadas pelo próprio autor.

O autor demonstrou que ao solicitar administrativamente o ressarcimento, em resposta a instituição financeira se limitou a responder: ***“Foi providenciado abertura de processo interno nº 11722/2019 a fim de identificar possíveis indícios de irregularidades, sendo que não foi vislumbrado responsabilidade por parte da nossa instituição, pois as respectivas operações foram efetivadas com cartão magnético com chip, mediante digitação de senha pessoal e intransferível”***, acrescentando ***“as despesas***



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

contestadas foram realizadas na modalidade de compra presencial, mediante a utilização do cartão e digitação da senha, onde todo o processo de autenticação é monitorado e validado, o que garante a total segurança e integridade. Assim, somente o portador do cartão é conhecedor da senha para utilização em compras e saques” (fl. 49 e 51).

O relatório de fls. 134, em suas observações, traz conclusões dissociadas do caso dos autos ao anotar que *“concluída a análise da ocorrência ficou evidenciado que o sinistro ocorreu FORA das dependências do Banco, tal seja, em via pública, onde o Banco não tem como dar segurança física a seus clientes. Não vislumbramos responsabilidade civil do Banco que justifique o pleito de ressarcimento para o cliente”*.

Os extratos de fls. 106/113 e 114/133 revelam perfil incompatível com padrão normal de consumo do requerente.

Vale ressaltar que em um curto intervalo, observou-se despesas que superaram R\$27.000,00 e nenhuma providência foi adotada pela instituição financeira.

Inverossímil a tese de demora na comunicação dos fatos pelo requerente, porquanto em resposta à notificação extrajudicial efetuada pelo autor, o Banco requerido consignou:

“Informamos que as despesas contestadas foram processadas no dia 02/02/2019, no período/horário das 07h11min às 13h54min, porém a solicitação de bloqueio do cartão ocorreu no mesmo dia 02/02/2019 às 14h25” (fl. 51)

Neste cenário, sendo avisado na data dos fatos sobre o furto do cartão e de sua utilização irregular asseverando o Banco réu que as operações foram presenciais, constando dos extratos de fls. 106/113 até mesmo a realização de saques, poderia ter a instituição financeira providenciado, por exemplo, imagens das câmeras de segurança dos totens de atendimento demonstrando que as transações bancárias foram realizadas pelo requerente.

Nesse contexto, não seria razoável exigir-se do autor prova de que não foi ele que realizou as operações impugnadas, o que, na prática, consistiria em produção de prova negativa, competindo ao Banco demandado, bem por isso, comprovar a legitimidade e licitude das operações (arts. 6º, VIII, 14, § 1º, da Lei 8078/90), ônus do qual não se desincumbiu.

Portanto, com base na teoria do risco do negócio, inequívoco o dever de indenizar do banco réu, por permitir que terceiros utilizassem de mecanismos ilegais para obtenção de dados pessoais da conta do autor, com a realização de empréstimos em seu nome e a utilização de seu cartão bancário nas funções débito e crédito em expressivo valor, caracterizando-se, assim, o fortuito interno, a ser suportado pelo prestador de serviços.

O tema inclusive foi pacificado pelo STJ em julgamento do Recurso Especial 1.199.782/PR, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, afetado à Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, com base no art. 543-C do Código de Processo Civil, acrescido pela Lei nº 11.672/2008 e Resolução/CNJ 08/2008 (Lei de Recursos Repetitivos), que decidiu:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES 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. (STJ. REsp nº 1.199.782/PR. 2ª Seção. Min. Rel. Luis Felipe Salomão. J. 24.08.2011)*

Assentou-se no referido acórdão o seguinte posicionamento: “*No caso de correntista de instituição bancária que é lesado por fraudes praticadas por terceiros - hipótese, por exemplo, de cheque falsificado, cartão de crédito clonado, violação do sistema de dados do banco - a responsabilidade do fornecedor decorre, evidentemente, de uma violação a um dever contratualmente assumido, de gerir com segurança as movimentações bancárias de seus clientes. Ocorrendo algum desses fatos do serviço, há responsabilidade objetiva da instituição financeira, porquanto o serviço prestado foi defeituoso e a pecha acarretou dano ao consumidor direto.*”

A tese encontra-se sedimentada com a edição da **súmula 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 panorama, ante a ausência de comprovação de que as operações bancárias foram realizadas pelo próprio autor, caso de manutenção da r. sentença ao declarar a inexigibilidade dos débitos impugnados pelo autor na inicial, condenando a instituição financeira à restituição dos valores indevidamente debitados de sua conta para pagamento de tais despesas.

A indenização por dano moral também é devida, por efetivarem-se compras ilícitas através do cartão bancário do autor e contratação de empréstimo em seu nome, mediante fraude, por falha na prestação do serviço do Banco réu, por falta de segurança nas operações, situação que causa desassossego, perturba a tranquilidade do espírito do sujeito, acarretando-lhe natural preocupação e ansiedade com a situação, com isso e em última análise, o comprometimento da alma, na esfera psíquica, gerando o dever do Banco indenizar pelo dano moral decorrente da falha na prestação de serviço bancário.

A comprovação da ocorrência do dano moral, na hipótese, conforma-se com a mera demonstração do ilícito, haja vista que na espécie a responsabilização do agente causador opera-se por força do simples fato da violação (*damnum in re ipsa*), fixando-se a indenização em consonância com o seu caráter punitivo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ao ofensor e compensatório ao ofendido, tendo como parâmetro a capacidade econômica do causador do dano.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é iterativa no sentido de que *na concepção moderna da reparação do dano moral prevalece a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto*. (Resp. 331517/GO, j. 27/11/2001, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha), pois *a indenização pelos danos morais independe de prova de prejuízos materiais*. (Resp. 218529/SP, j. 13/09/2001, Rel. Min. Ari Pargendler).

Assim, em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, razoável a indenização por danos morais fixada na r. sentença no valor de **R\$10.000,00 (dez mil reais)**, até porque *“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”*. (STJ, REsp. nº 318379-MG. Min. Rel. Nancy Andrighi. J 20/09/01).

Por fim, impõe-se a majoração dos honorários advocatícios de sucumbência do advogado do réu, nos termos do art. 85, § 11, do NCPC.

Diante do trabalho adicional realizado em grau de recurso pelo apelado, ofertando contrarrazões (fls. 239/257), elevam-se os honorários para 15% do valor atualizada da condenação, nos termos do art. 85, §2º e 11, do NCPC.

Ante o exposto, **nega-se provimento ao recurso do réu.**

FRANCISCO GIAQUINTO
RELATOR