



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000303760

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004433-46.2024.8.26.0048, da Comarca de Atibaia, em que é apelante ZILEIDE VITORELLO VIANNA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado PORTOSEG S/A CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROBERTO MAIA (Presidente) E LIDIA REGINA RODRIGUES MONTEIRO CABRINI.

São Paulo, 28 de março de 2025.

REBELLO PINHO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO nº 49254

Apelação Cível nº 1004433-46.2024.8.26.0048

Comarca: Atibaia – 3ª Vara Cível

Apelante: Zileide Vitorello Vianna (Justiça Gratuita)

Apelado: Portoseg S/A Crédito, Financiamento e Investimento

PROCESSO - Rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela parte ré - A aferição do interesse processual e da legitimidade deve ser realizada de acordo com a teoria da asserção, ou seja, considerando as afirmações, no recebimento da inicial, constantes da petição inicial, e, em momento processual posterior, deduzidas pelas partes.

PROCESSO - Rejeição da preliminar de formação de litisconsórcio passivo com o beneficiário das transferências impugnadas - Incumbe ao autor a escolha do réu contra quem pretende demandar e ao MM Juízo da causa decidir a pretensão tal como formulada, sendo incabível compelir o autor a demandar contra réu que não escolheu.

OPERAÇÕES INDEVIDAS E NEGATIVAÇÃO – Reconhecimento da existência de falha na prestação do serviço pela instituição financeira ré, consistente no descumprimento do dever de resguardar a segurança do cartão da parte autora contra a ação de fraudadores, falha de serviço esta que permitiu a realização de operações indevidas, consistentes em compras utilizando os dados do cartão da parte autora, com consequente inscrição do indébito nos cadastros de inadimplentes - Reconhecida a inexigibilidade da dívida pela operação especificada na inicial e objeto da ação, realizada indevidamente no cartão de crédito da autora, e respectivos encargos, bem como a ilicitude sua inscrição nos cadastros de inadimplentes de rigor, a manutenção da r. sentença, quanto ao julgamento de procedência, em parte da ação, para “confirmando a liminar, (a) desconstituir o lançamento no valor de R\$ 20.000,00 feito no cartão de crédito indicado pela demanda, bem como quaisquer lançamentos relacionados a tal operação, como juros e demais taxas; (b) proibir a ré de negativar o nome das autoras por causa do fato subjacente à lide”.

RESPONSABILIDADE CIVIL - Caracterizado o defeito de serviço, consistente no descumprimento do dever de resguardar a segurança do cartão da parte autora contra a ação de fraudadores, falha de serviço esta que permitiu a realização de operações indevidas, consistentes em compras utilizando os dados do cartão da parte autora, com

consequente inscrição do indébito nos cadastros de inadimplentes, e não configurada nenhuma excludente de responsabilidade, de rigor, o reconhecimento da responsabilidade e a condenação do réu na obrigação de indenizar a autora pelos danos decorrentes do ilícito em questão.

DANO MORAL - Manutenção da condenação do réu apelante, ao pagamento de indenização por dano moral fixada na quantia de R\$3.000,00, com incidência de correção monetária a partir da data do arbitramento - A inscrição indevida em cadastro de inadimplentes constitui, por si só, fato ensejador de dano moral.

VERBA HONORÁRIA - Manutenção da r. sentença, no que concerne à verba honorária arbitrada em favor da patrona da parte autora - A verba honorária arbitrada em 10% do valor da causa atende o disposto no art. 85, §§ 1º e 2º, do CPC/2015, com observância dos parâmetros indicados nos incisos I a IV, do § 2º, do mesmo artigo, e o montante fixado mostra-se razoável e adequado para remunerar condignamente a patrona da parte autora, sem se mostrar excessivo, nem desproporcional à complexidade da causa.

Recurso desprovido.

Vistos.

Ao relatório da r. sentença de fls. 134/136, com embargos de declaração (fls. 141/143) rejeitados (fls. 144), acrescenta-se que a presente demanda foi julgada nos seguintes termos: “JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a presente ação promovida por ZILEIDE VITORELLO VIANNA e LUCIANA VITORELLO VIANA contra PORTOSEG S. A. CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO, isto que faço para, confirmando a liminar, (a) desconstituir o lançamento no valor de R\$ 20.000,00 feito no cartão de crédito indicado pela demanda, bem como quaisquer lançamentos relacionados a tal operação, como juros e demais taxas; (b) proibir a ré de negativar o nome das autoras por causa do fato subjacente à lide; e, por fim, (c) CONDENAR a ré a pagar as autoras, a título de indenização por danos morais, a importância de R\$ 3.000,00 com correção monetária a partir desta data e juros moratórios legais a partir do trânsito em julgado desta sentença. Ante a sucumbência recíproca, cada parte arcará com metade das custas e despesas processuais, arcando com os honorários da parte adversa, que ora fixo em 10% do valor corrigido da causa (fls. 16) para cada um deles, observada a gratuidade de justiça”.

Apelação da parte ré (fls. 148/154), sustentando que:
(a) “a parte Apelante apenas atua como meio de pagamento, sem estar diretamente

envolvida na transação de compra e venda, o que torna a análise da ilegitimidade passiva essencial”; (b) “meio de pagamento, sem responsabilidade direta nas falhas da prestação de serviços. Além disso, a questão do litisconsórcio passivo não pode ser ignorada, uma vez que a desconstituição das relações contratuais impacta não apenas a esfera da Apelante, mas também afeta diretamente o lojista, que terá seus interesses e patrimônio comprometidos. Portanto, é imprescindível uma reavaliação que leve em conta todas as nuances dessa relação para garantir a justa aplicação do direito e a proteção dos interesses de todas as partes envolvidas”; (c) “mesmo com os meios de segurança de ponta implementados, não é possível a qualquer sistema ou instituição financeira impedir a conclusão de uma transação quando o próprio titular do cartão participa ativamente da operação, seja por inserção da senha ou por negligência ao proteger os dados de seu cartão”; (d) fortuito externo; (e) não houve dano moral comprovado; e (f) “os honorários devem ser calculados sobre o valor da condenação, e não sobre o valor da causa”.

O recurso foi processado, sem apresentação de respostas pela parte apelada (fls. 154/160), insistindo na manutenção da r. sentença.

É o relatório.

1. A pretensão recursal da parte apelante é o provimento do recurso, com reforma da r. sentença, para julgar a ação improcedente.

2. Rejeita-se a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela parte ré.

2.1. Adota-se a orientação de que a aferição do interesse processual e da legitimidade deve ser realizada de acordo com a teoria da asserção, ou seja, considerando as afirmações, no recebimento da inicial, constantes da petição inicial, e, em momento processual posterior, deduzidas pelas partes.

Nesse sentido, a orientação de: **(a)** Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: **(a.1) “O interesse de agir concerne à necessidade e à utilidade da tutela jurisdicional pedida pelo demandante. A legitimidade para a causa (ou *legitimatío ad causam*), que não se confunde com a legitimidade para o processo (ou *legitimatío ad processum*, conhecida ainda como capacidade para estar em juízo) concerne à pertinência subjetiva da ação, atine à titularidade (ativa ou passiva da ação). Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.”** (“Novo Código de Processo Civil Comentado”, 1ª ed., RT, 2105, SP, p. 118, nota 2 ao art. 17, o destaque não consta do original); e **(a.2) “O interesse e a legitimidade para causa representam requisitos para o julgamento do pedido e devem ser aferidos *in status assertionis*, isto é, à vista das afirmações do demandante, sem tomarem em conta provas produzidas no processo. Havendo manifesta ilegitimidade para causa ou quando o autor carecer de interesse processual, pode ocorrer o indeferimento da petição inicial (art. 330, II e III, CPC), com extinção do processo sem resolução de mérito (art. 485, VI, do CPC).”** (“Novo Código de Processo Civil Comentado”, 1ª ed., RT, 2105, SP, p. 118, parte da nota 3 ao art. 17, o destaque não consta do original); e **(b)** de Susana Henriques da Costa: “Na tentativa de responder às críticas à teoria de Enrico Tullio Liebman, sem

negar vigência ao disposto no CPC (1973 e 2015), que prevê a ausência de legitimidade e de interesse de agir como causas de extinção do processo sem resolução do mérito, surgiu a teoria assertista. **Para os assertistas, o juiz deve examinar a presença da legitimidade de agir e do interesse processual *in statu assertionis*, ou seja, à luz das afirmações das partes, em cognição sumária, sem que tenha havido instrução da causa. (...) O interesse de agir do autor, portanto, será buscado na causa de pedir que é comporta de questões de mérito cujas soluções levarão ao julgamento de mérito propriamente dito. A inexistência de interesse de agir-necessidade, nesse sentido, resolve de forma negativa ao autora uma questão de mérito. Por fim, a legitimidade *ad causam* ordinária refere-se à pertinência subjetiva da demanda, ou seja, à correspondência entre as posições de autor e réu na relação jurídica processual e às de sujeito ativo e passivo na relação de direito material. É a legitimação que liga as partes à causa de pedir. O autor e o réu são as partes principais no processo. Todavia, só serão partes legítimas se forem os titulares da relação jurídica de direito material que fundamenta a pretensão do autor e compõem a causa de pedir. (...) Como visto, não há como negar que o interesse-necessidade e a legitimidade ordinária são questões de mérito que, por escolhas legislativas, foram tratadas pelo CPC (art. 485, VI CPC) como se fossem questões processuais prévias ao julgamento de mérito. É essa natureza híbrida da legitimidade e do interesse que impede sua classificação como pressupostos processuais. E é também essa mesma natureza híbrida que faz com que a teoria assertista seja a que melhor equacione as contradições derivadas do tratamento legislativo de questões de mérito como se processuais fossem. A teoria assertista busca justamente conferir à legitimidade e ao interesse um caráter eminentemente instrumental de técnica processual de filtragem e potencializa a efetividade do processo. A verificação da ausência de legitimidade e interesse por cognição sumária, geralmente logo no limiar do processo, permite conceder ao réu que tem razão uma tutela útil e eficaz, que afasta desde já o dano marginal causado pelo processo e evita a desnecessária utilização de toda a máquina judiciária estatal na instrução de um processo que já se encontra em condições de julgamento.” (“Comentários ao Código de Processo Civil – Arts. 1º a 317 – Parte Geral”, vol. 1., Coordenador Cassio Scarpinella Bueno, 2017, Saraiva, p. 284 e 287/288, item 5 do art. 17, o destaque não consta do original).**

Especificamente, para ações de responsabilidade civil, quanto à legitimidade passiva, em orientação que permanece válida, mesmo após a vigência do CPC/2015, conforme já decidiu a Eg. Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça, em v. Acórdão relatado pelo então Desembargador Cezar Peluso, “(...) no quadro da concepção dogmática adotada pelo vigente Código de Processo Civil, a confundir o plano da realidade, objeto da prova, e o das afirmações, onde se situa a figura da legitimidade **ad causam**. Já demonstrou esta Câmara, em longo aresto, que a legitimação para a causa é apenas a titularidade meramente afirmada do direito subjetivo, relação, ou estado jurídico, cuja existência ou inexistência se pretende tutelar no processo. Donde, à caracterização da legitimidade passiva, em ação indenizatória, bastar que dos fatos afirmados pelo autor decorra responsabilidade teórica do réu (cf. Agravo de Instrumento n. 127.335-1, Relator Cezar Peluso, in "RT", vol. 653/111-112). De modo que, se estão ou não provados os fatos que lhe imputou a autora, é questão de mérito, cuja resposta não desfigura a legitimidade

passiva da ré" (*in* RJTJESP - LEX 135/216-217).

2.2. Em ações objetivando revisão de contrato, declaração de inexistência de relação jurídica entre as partes e/ou inexigibilidade de dívidas, cancelamento de inscrições em cadastro de inadimplentes ou de protestos, e condenação em reparação de danos, é desnecessário prévio pedido administrativo e/ou esgotamento administrativo, porque o art. 5º, XXXV, da CF, que assegura acesso irrestrito ao Poder Judiciário, sendo, a propósito, relevante salientar que: **(a)** mero reconhecimento administrativo do direito, sem a demonstração do efetivo cumprimento da decisão, não resulta em falta de interesse de agir capaz de obstar o prosseguimento do pleito judicial; e **(b)** o interesse processual fica evidenciado, com o oferecimento de contestação, buscando a rejeição constante da petição inicial.

Nesse sentido, a orientação dos julgados extraídos do site do Eg. STJ: **(a)** "DECISÃO Cuida-se de agravo (art. 544 do CPC), interposto por BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL S/A - BANRISUL, em face da decisão de fls. 94-98, que negou seguimento ao recurso especial. O apelo extremo, fundamentado no artigo 105, inciso III, alínea "a" da Constituição Federal, desafia acórdão proferido em apelação cível pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que recebeu a seguinte ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA. cédula de crédito comercial. hipoteca. levantamento de gravame. INTERESSE PROCESSUAL CONFIGURADO. Evidenciado o interesse processual do A., pois, embora tenha o R. reconhecido a inexigibilidade do crédito, até pelo transcurso do prazo prescricional, deixou cancelar o gravame que garantia a dívida. SENTENÇA MANTIDA. NEGADO PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME. Opostos embargos de declaração, foram rejeitados pelo acórdão de fls. 73-77. Nas razões do recurso especial (fls. 81-87), alega a casa bancária violação aos artigos 3º, 535 e 267, VI, do CPC. Sustenta: a) negativa de prestação jurisdicional face à não manifestação acerca da inexistência de prova da tentativa administrativa da retirada do gravame junto à casa bancária, para que ante recusa pudesse ajuizar ação tendente a obter autorização judicial para tal fim; e, b) carecer o autor de interesse processual haja vista que "o decurso do prazo prescricional importa, por si só, a liberação do devedor da obrigação assumida frente ao credor, desnecessária qualquer providência judicial para que tal liberação seja declarada". Inadmitido o recurso na origem, adveio o presente agravo visando destrancar aquela insurgência. **É o relatório. Decido. O recurso não merece prosperar.** (...) 2. A hipoteca é o direito real de garantia em virtude do qual um imóvel, que continua em poder do devedor, assegura ao credor o pagamento da dívida, ou seja, para o credor é um direito provido de sequência e preferência, atributos da realidade, enquanto que para o devedor, um ônus real. **Esta Corte Superior tem entendimento sedimentado no sentido de que a ausência de esgotamento da via administrativa ou o mero reconhecimento administrativo do direito, sem a demonstração do efetivo cumprimento da decisão, não resulta em falta de interesse de agir capaz de obstar o prosseguimento do pleito judicial.** Nesse sentido: ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ABONO REFEIÇÃO. INTERESSE DE AGIR. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. É pacífica a

jurisprudência desta Corte de que o esgotamento da instância administrativa não é condição para o ingresso na via judicial. 2. Agravo Regimental do MUNICÍPIO DE NITERÓI desprovido. (AgRg no AREsp 217.998/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 24/09/2012) ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ANISTIA DO POLÍTICO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VIA ADMINISTRATIVA. ESGOTAMENTO. DESNECESSIDADE. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CUMULAÇÃO COM A REPARAÇÃO ECONÔMICA CONCEDIDA PELA COMISSÃO DE ANISTIA. IMPOSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. RECURSO ADESIVO PREJUDICADO. 1. "No tocante à necessidade de exaurimento prévio da via administrativa para o ingresso de demanda judicial, o entendimento das duas Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte é no sentido de que o não-esgotamento da via administrativa não resulta em falta de interesse de agir capaz de obstar o prosseguimento do pleito repetitivo" (AgRg no REsp 1.190.977/PR, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 28/9/10). (...) AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. VERBA ALIMENTAR. RECONHECIMENTO, NA VIA ADMINISTRATIVA, DE DÍVIDA DE VERBA ALIMENTAR. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO INTEGRAL DO QUANTUM PLEITEADO. INTERESSE DE AGIR CONFIGURADO. - **Esta Corte firmou orientação jurisprudencial de que a ausência de esgotamento da via administrativa ou o mero reconhecimento administrativo do direito, sem a demonstração do efetivo cumprimento da decisão, não resulta em falta de interesse de agir capaz de obstar o prosseguimento do pleito judicial. Precedentes.** Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 1418533/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 07/03/2012) PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRÉVIO REQUERIMENTO OU EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. DESNECESSIDADE. INTERESSE DE AGIR. RECONHECIMENTO DO INDÉBITO PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 1. **No tocante à necessidade de exaurimento prévio da via administrativa para o ingresso de demanda judicial, o entendimento das duas Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte é no sentido de que o não-esgotamento da via administrativa não resulta em falta de interesse de agir capaz de obstar o prosseguimento do pleito repetitivo.** 2. Agravo regimental não-provido. (AgRg no REsp 1190977/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 28/09/2010) Incide na espécie, portanto, o óbice da súmula 83/STJ. 3. **Do exposto, nego provimento ao agravo.**" (AREsp 447543/RS, rel. Min. Marco Buzzi, data da publicação: 11/06/2014, o destaque não consta do original); e **(b)** "RECURSO ESPECIAL. CONTRATO. MÚTUO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. VEDAÇÃO. PLANO DE COMPROMETIMENTO DE RENDA. READEQUAÇÃO. PRÉVIO REQUERIMENTO NA VIA ADMINISTRATIVA. INEXIGIBILIDADE. REVISÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE 1 - Nos contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, é vedada a capitalização de juros em qualquer periodicidade. 2 - A ausência de prévio requerimento na via administrativa, de readequação de

prestações de mútuo habitacional, não afasta o interesse de agir, que evidenciase, como condição da ação, no momento em que a instituição financeira contesta o mérito da lide e nega a pretensão deduzida na inicial. 3 - Concreção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. 4 - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. DECISÃO Vistos etc. Trata-se de recurso especial interposto por ANTONIA DA CONCEICAO MARTINS NUNES PEREZ e outro contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim ementado: "Sistema Financeiro da Habitação. AÇÃO REVISIONAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – Lei n.º 8.078/90. A incidência do CDC nos contratos de financiamento habitacional está restrita aos serviços prestados pelo agente financeiro, descabendo seu manejo em revisão das cláusulas do contrato que digam com os custos da operação financeira, por não se enquadrar no conceito de relação de consumo. TABELA PRICE. LEGALIDADE. JUROS. ANATOCISMO. A Tabela Price é sistema de cálculo do valor da prestação, permitido pela autoridade monetária, não determinando anatocismo sua utilização. PLANO DE COMPROMETIMENTO DE RENDA. Ausência de prova de o agente financeiro haver descuidado dos critérios à atualização das prestações no que diz com o Plano de Comprometimento de Renda. Possibilidade de o mutuário requerer, administrativamente, a adequação da mensalidade aos seus ganhos; previsão legal e contratual. Apelação não-provida. Unânime." (e-STJ, fls. 558) Aduzem os recorrentes violação ao art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, ao art. 4º, § 1º, da Lei 8.692/1993, ao art. 4º do Decreto-Lei 22.626/33 e divergência jurisprudencial. Nessa esteira, sustentam (a) a vedação da capitalização de juros no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (b) o direito à revisão judicial do contrato, sem o prévio esgotamento da instância administrativa. (e-STJ, fls. 564/572) **É o relatório. Decido. O recurso especial merece acolhida. (...) Noutro passo, no que tange ao reajuste das prestações, o acórdão recorrido negou provimento à apelação consignando que: "Referem os apelantes ter o agente financeiro descuidado em observar o percentual máximo ao comprometimento de renda dos mutuários quando do reajuste das mensalidades do empréstimo. A manter a correspondência entre a renda auferida pelos mutuários e a prestação do mútuo seria suficiente requeressem administrativamente ao agente financeiro a providência fixada na cláusula décima quarta e seus parágrafos do contrato revisando, que, diga-se, tão-somente repete previsão do § 1º do art. 4º da Lei n.º 8.692, de 28 de julho de 1993." (fls.275/276) **Merece reforma o acórdão recorrido também neste particular, pois a ausência de prévio requerimento na via administrativa não afasta o interesse de agir, que evidenciase, como condição da ação, no momento em que a instituição financeira contesta o mérito da lide e nega a pretensão deduzida na inicial.** Ademais, nas razões da apelação, os recorrentes argumentaram que "no curso da contratação os mutuários apelantes, sofreram diminuição de seus proventos mensais. Desse modo, administrativamente, pleitearam a adequação do mesmo percentual à atual composição dos rendimentos, a fim de manter a condição sinalagmática do contrato; contudo não obtiveram êxito". (grifei, fls. 201/202) **Nesse contexto, em atenção aos óbices das súmulas 05 e 07/STJ e ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, deve ser determinado o retorno dos autos ao tribunal de origem para que dê continuidade ao julgamento da apelação no capítulo que pleiteia a readequação das prestações à suposta diminuição de renda, da forma como entender de direito. Ante o exposto, nos termos do art.****

557, § 1º-A, do CPC, dou provimento ao recurso especial para afastar a capitalização de juros em qualquer periodicidade e **determinar o retorno dos autos ao tribunal de origem para que dê continuidade ao julgamento da apelação nos moldes acima expendidos. (REsp 961608/RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, data da publicação: 31/05/2011, o destaque não consta do original).**

2.3. Partindo das premissas *supra*, observa-se que, na espécie, na inicial, a parte autora pleiteia a condenação da parte ré ao pagamento de indenização por danos morais, sustentando que fora vítima de ilícito perpetrado por fraudador em cartão de crédito administrado pela parte ré, com consequente inscrição do indébito nos cadastros de inadimplentes.

Isto é o quanto basta para o reconhecimento: **(a)** da legitimidade das partes, dado que titulares dos interesses em conflito, ou seja, do afirmado na pretensão – *direito à indenização por danos morais, em razão de ilícito*– e do que a esta resiste; e **(b)** do interesse processual, porque, não bastasse a caracterização da existência de uma lide dos fatos narrados na inicial, a parte ré ofereceu resistência à pretensão deduzida na inicial, com necessidade do processo para sua solução judicial, sendo o processo de conhecimento, pelo procedimento comum, a via adequada para esse fim.

A existência dos direitos pleiteados pela parte autora apelada envolve o mérito da demanda.

3. Rejeita-se a preliminar de formação de litisconsórcio passivo com o beneficiário das transferências impugnadas.

3.1. Incumbe ao autor a escolha do réu contra quem pretende demandar e ao MM Juízo da causa decidir a pretensão tal como formulada, sendo incabível compelir o autor a demandar contra réu que não escolheu.

“A parte tem a disposição da pretensão ao processo. A ela cabe a iniciativa de sua instauração. É a primeira manifestação do princípio dispositivo (art. 2º).” (Ernani Fidélis dos Santos, Manual de Direito Processual Civil Processo de Conhecimento, vol. 1, 12ª ed., Saraiva, 2007, SP, p. 41, item 64, o destaque não consta do original).

“Ao autor assiste a faculdade de eleger contra quem pretende demandar, assumindo os riscos inerentes a essa opção (podendo resultar de eventual equívoco a perda da demanda), havendo a pretensão que ser examinada tal como formulada.” (STJ-4ª Turma, REsp 100766/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, v.u., j. 15/06/1999, DJ 16/08/1999 p. 72 JSTJ vol. 9 p. 248 RSTJ vol. 126 p. 294, conforme site do Eg. STJ).

Não se pode olvidar, como explica Cândido Rangel Dinamarco: “O pleno e eficaz exercício das garantias de ingresso em juízo e acesso à justiça (art. 5º, XXXV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV) depende da liberdade que as partes tenham de atuar segundo suas próprias estratégias, suas escolhas, sua vontade e conveniência. O conteúdo dessa liberdade é representado

pelo conjunto de faculdades de que as partes dispõem ao longo de todo o processo, qualquer que seja sua espécie deste ou o tipo de procedimento. Sua medida é medida das garantias constitucionais, cuja efetivação depende da livre atuação dos litigantes porque a liberdade das partes outra coisa não é senão a faculdade de desfrutar dos benefícios oferecidos por aquelas. Respeitados os limites postos pela lei em harmonia com o sistema constitucional, cada uma das partes atuará como quiser e quando quiser, formulando pedidos e requerimentos na medida do que quiser e omitindo-se, se assim preferir, nos momentos em que entender de omitir-se. As manifestações da garantia constitucional da liberdade das partes transparecem ao longo de todo o processo, desde a sua instauração e até que se extinga. (...) **Nenhum princípio é absoluto na Constituição e cada um deles recebe legítimas limitações decorrentes da conveniência com outros (infra, n. 96), mas, nos limites da liberdade consentida pela Constituição ou pela lei, não podem as partes ser tolhidas em sua faculdade de escolher e atuar segundo suas próprias escolhas. Não tem o juiz o poder de limitar as faculdades que a lei não limite, nem é o legislador autorizado a estabelecer limitações que comprometam o livre exercício da ação e da defesa, em contraditório e segundo o devido processo legal.** Além disso, as leis e as situações concretas que no processo surgem devem ser interpretadas de modo a favorecer razoavelmente o livre curso daquelas garantias, tendo as partes, em princípio a liberdade de atuar segundo suas próprias escolhas ressalvada, obviamente, a relatividade da garantia constitucional da liberdade das partes e da sua configuração infraconstitucional.” (“Instituições de Direito Processual Civil”, vol. I, Malheiros, 2001, SP, p.225/226 e 231/232, o destaque não consta do original).

3.2. Quanto ao pedido de reparação de danos, inexistente litisconsórcio necessário passivo, (CPC, arts. 114 a 116), mas sim do litisconsórcio facultativo, previsto no art. 113, II, do CPC, visto que o lesado tem direito a reclamar o prejuízo próprio e individual, independentemente da intervenção de eventuais outros responsáveis por ação derivada do mesmo ato ilícito.

Neste sentido, a orientação de: **(a)** Humberto Theodoro Júnior: “**Analisemos o casuismo do art. 113, por meio de exemplos concretos: (...) II – Conexão pelo pedido ou causa de pedir:** (...) Se um prédio está ocupado por dois inquilinos parciais, as ações de despejo referentes ao mesmo imóvel podem ser cumuladas por meio de litisconsórcio passivo, porque o bem visado (objeto da ação) é comum às duas causas. **É também o que ocorre em ação em ação derivada de ato ilícito praticado por preposto, eis que o proponente também responde solidariamente pela reparação de dano; ou em caso em que de um só ato ilícito decorrem prejuízos para várias vítimas. Na primeira hipótese, o prejudicado pode demandar apenas um dos dois responsáveis, ou ambos conjuntamente, em litisconsórcio passivo. Na segunda, cada uma das vítimas pode propor sua ação contra o culpado, ou todos podem reunir-se e propor uma só demanda, em litisconsórcio ativo. Em ambos os casos, porém, o litisconsórcio será apenas facultativo.**” (“Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil - Processo de Conhecimento – Procedimento Comum”, vol. I, 56ª ed., Forense, 2015, RJ, p. 337/338, item 233, o negrito não consta do original); e **(b)** do julgados proferidos na vigência do CPC/1973, com inteira aplicação à

espécie, ante a correspondência nessa questão das normas do CPC/2105 com as do CPC/1973, extraídos dos sites: **(b.1)** “PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE DO CONDOMINO PARA PROMOVER AÇÃO INDENIZATORIA, INDEPENDENTEMENTE DA FORMAÇÃO DE LITISCONSORTE COM OS DEMAIS COMUNHEIROS. Em ação indenizatória o litisconsórcio é sempre facultativo, seja ativo ou passivo, podendo cada um dos prejudicados, isoladamente (ou em conjunto) pleitear, em juízo, o direito ao ressarcimento. Se mais de um for o causador do dano, poderá o prejudicado exigir de um só (ou de todos) a titularidade do pagamento, eis que existe solidariedade entre os devedores. O litisconsórcio facultativo pode ser instituído, ao talante do autor independentemente da vontade do réu, porquanto, segundo legislação pertinente, não se revela possível constranger alguém a demandar quando não quer. Recurso conhecido e improvido” (STJ-1ª Turma, REsp 35946/SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, v.u., j. 01/12/1993, DJ 21/02/1994 p. 2129, o destaque não consta do original); e **(b.2)** do julgado extraído do site deste Eg. Tribunal de Justiça: “ACÓRDÃO "RESPONSABILIDADE CIVIL-Indenização-Atropelamento com morte- Pretensão de incluir no pólo ativo da demanda o genitor da vítima-Não acolhimento-Ninguém pode ser compelido a litigar-Interesse e legitimidade da mãe para propor ação reconhecidos-Litisconsórcio necessário não caracterizado-Agravo não provido, na parte conhecida. VOTO “Quanto à inclusão do genitor do menor falecido no pólo ativo da demanda, agiu com acerto a prolatora da decisão combatida. Realmente, não é caso de litisconsórcio necessário (artigo 47 do Código de Processo Civil). Ninguém pode ser compelido a litigar (artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal)” (12ª Câmara do extinto 1º TAC, Agravo de Instrumento nº0024785-32.2000.8.26.0000, rel. Des. Andrade Marques, j. 26.09.2000, o destaque não consta do original).

3.3. Na espécie, a parte autora propôs ação contra a parte ré, objetivando a condenação da instituição de pagamentos por danos morais, em razão de operações indevidas em seu cartão de crédito, com consequente negativação do indébito.

A parte ré arguiu que é necessária a formação de litisconsórcio passivo com os beneficiários das transferências impugnadas.

Aplicando-se as premissas *supra* ao caso dos autos, de rigor, a rejeição da preliminar de formação de litisconsórcio passivo com os beneficiários das transferências impugnadas, porque: **(a)** em ação de reparação de danos, com mais de um causador dos danos, por envolver responsabilidade solidária e litisconsórcio facultativo, compete à parte autora a escolha de contra quem quer demandar, admitida opção pelo ajuizamento da ação contra apenas um dos responsáveis, de parte deles ou de todos; e **(b)** na espécie, os beneficiários das transferências não são os réus contra quem a autora escolheu litigar, nem são litisconsortes passivos necessários na presente ação.

Nesse sentido, para caso análogo, mas com inteira aplicação à espécie, a orientação do julgado extraído do site do Eg. STJ: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FRAUDE BANCÁRIA.

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PELO FORTUITO INTERNO LIGADO AO RISCO DE SUA ATIVIDADE. SÚMULA N. 479/STJ. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO COM O AGENTE CAUSADOR DIRETO DO DANO. DISCUSSÃO QUANTO À REGULARIDADE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO BANCÁRIO. SÚMULA N. 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional, pois o Tribunal de origem decidiu a matéria controvertida de forma fundamentada, ainda que contrariamente aos interesses da parte. 2. **Nas ações indenizatórias por fraude bancária não existe litisconsórcio passivo necessário entre a instituição financeira e o terceiro causador direto e imediato do dano, mesmo quando identificado.** 3. No caso, não há sentido discutir se houve revelia ou se os fatos narrados na inicial carecem de verossimilhança, porque a causa não foi julgada com fundamento em nenhum tipo de presunção de veracidade, mas na convicção formada a partir da prova dos autos. 4. Uma vez afirmado pelas instâncias de origem que a correntista foi vítima de fraude bancária cometida por terceiros e que experimentou danos materiais em razão disso, não é possível afastar a responsabilidade objetiva da instituição financeira sem ofensa às Súmulas n. 7 e 479/STJ. 5. O dissídio jurisprudencial não pode ser admitido, porque nenhum dos paradigmas colacionados reflete a mesma situação concreta verificada na hipótese em testilha: fraude bancária cometida por terceiros. 6. Agravo regimental a que se nega provimento” (STJ-3ª Turma, AgRg no REsp 1486761/AL, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 15/12/2015, DJe 03/02/2016, o destaque não consta do original).

4. Mantém-se a r. sentença.

4.1. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor nas ações de reparação de danos por vítimas de acidente de consumo, como acontece no caso dos autos, por envolver responsabilidade civil de fornecedor de serviços, sendo, a propósito, desnecessário perquirir sobre a presença dos elementos objetivos e subjetivos da relação de consumo, conforme orientação que esse Relator passa a adotar.

Nesse sentido, a orientação: **(a)** do julgado, para caso análogo, mas com inteira aplicação à espécie, extraído do site do Eg. STJ: “RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE CONSUMO. EXPLOÇÃO DE GARRAFA PERFURANDO O OLHO ESQUERDO DO CONSUMIDOR. NEXO CAUSAL. DEFEITO DO PRODUTO. ÔNUS DA PROVA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1 - **Comerciante atingido em seu olho esquerdo pelos estilhaços de uma garrafa de cerveja, que estourou em suas mãos quando a colocava em um freezer, causando graves lesões.** 2 - **Enquadramento do comerciante, que é vítima de um acidente de consumo, no conceito ampliado de consumidor estabelecido pela regra do art. 17 do CDC ("bystander").** 3 - Reconhecimento do nexo causal entre as lesões sofridas pelo consumidor e o estouro da garrafa de cerveja. 4 - Ônus da prova da inexistência de defeito do produto atribuído pelo legislador ao fabricante. 5

- Caracterização da violação à regra do inciso II do § 3º do art. 12 do CDC. 6 - Recurso especial provido, julgando-se procedente a demanda nos termos da sentença de primeiro grau.” (STJ-3ª Turma, REsp 1288008/MG, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, v.u., j. 04/04/2013, DJe 11/04/2013, RSTJ vol. 230 p. 591, o destaque não consta do original); e **(b)** de Bruno Miragem: “**Note-se que, no caso da responsabilidade civil dos bancos, tem prevalência a aplicação do CDC, não sendo necessário investigar a presença dos elementos da relação de consumo, como se reclama na disciplina dos contratos bancários.** Explica-se: enquanto nos contratos bancários, reclama-se a existência da relação de consumo, invocando o disposto no art. 3º, § 2º, do CDC, quanto à quantificação da atividade bancária como espécie do serviço objeto da relação de consumo, bem como no entendimento jurisprudencial afirmado pela Súmula 297 do STJ, há de se fazer uma distinção. É preciso definir se, além de se tratar de relação contratual entre cliente e banco, o cliente ostenta qualidade que lhe permita ser identificado como consumidor, seja pela exegese do conceito de destinatário final (art. 2º), ou pela interpretação do art. 29, que autoriza a equiparação para fins de proteção contratual, atualmente interpretado segundo exigência de demonstração de vulnerabilidade *in concreto*, de subordinação entre o cliente e o banco. **Outra coisa é a relação jurídica que resulta da imputação de responsabilidade pelo dever de indenizar. Isso porque, aqui, a hipótese de equiparação a consumidor, seja de quem não é cliente do banco, ou sendo cliente, não se considera destinatário final ou vulnerável (uma grande sociedade empresária, por exemplo), decorre de mera constatação fática de que se trata de vítima de um dano cuja responsabilidade é do fornecedor. Em outros termos: enquanto em matéria contratual permite-se investigar a qualidade subjetiva do cliente bancário para efeito de promover sua equiparação a consumidor por força do art. 17 do CDC, sob o fundamento de que se trata de pessoa exposta aos riscos de mercado de consumo, e, em especial da atividade desenvolvida pelo banco. Assim, por exemplo, não se cogita de questionar a aplicação do CDC nos danos causados, seja a clientes pessoas físicas ou grandes sociedades empresárias, pela informações levadas indevidamente a registro pela instituição financeira em bancos de dados restritivos de crédito, ou pelo protesto indevido de título. (...) Naquilo que diga respeito diretamente à prestação de serviços bancários, contudo, no âmbito da atividade título da instituição financeira (art. 17 da Lei 4.595/1964), a aplicação do CDC é impositiva, inclusive, pela equiparação das vítimas.**” (“Direito Bancário”, RT, 2013, SP, p.488/469, o destaque não consta do original).

4.2. A instituição financeira responde objetivamente pelos danos causados, em razão de defeitos no serviço prestado e de fatos com relação com os próprios riscos da atividade bancária, em razão do disposto no art. 14, do CDC.

“Como é sabido, para que se configure a obrigação de indenizar, indispensável que estejam presentes os três requisitos ensejadores da mesma, quais sejam: (i) o *ato ilícito*, (ii) o *dano* experimentado pela vítima e (iii) o *nexo de causalidade* entre o dano sofrido e a conduta ilícita. Nesse sentido, de se notar que o CDC aplica-se às instituições financeiras conforme a Súmula n.º 297 do STJ. Portanto, a responsabilidade dos bancos, pelos danos causados aos seus clientes,

é objetiva, isto é, independentemente da existência de ato culposo, conforme dispõe o art. 14, *caput*, do CDC. Assim, a responsabilidade do recorrido prescinde de culpa sua, satisfazendo-se apenas com o dano e o nexo de causalidade. Em relação ao nexo de causalidade, o próprio CDC estabelece no inciso II, do § 3º, do art. 14, do CDC, determinadas situações aptas a excluir o nexo causal entre a conduta do fornecedor e o dano causado ao consumidor, quais sejam: a culpa exclusiva do consumidor ou a culpa de terceiro.” (STJ-3ª Turma, REsp 685662/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 10/11/2005, DJ 05.12.2005 p. 323).

“O ônus da prova das excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços, previstas no art. 14, § 3º, do CDC, é do fornecedor, por força do art. 12, § 3º, também do CDC.” (STJ-3ª Turma, REsp 685662/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 10/11/2005, DJ 05.12.2005 p. 323).

“A inversão do ônus da prova pode decorrer diretamente da própria lei (*ope legis*), quando a comprovação de um fato, que normalmente seria encargo de uma parte, é atribuída, pela própria lei, à outra parte. No caso da responsabilidade civil por acidentes de consumo, o legislador atribuiu expressamente ao fornecedor o ônus de comprovar todas as causas de exclusão da responsabilidade civil, que foram elencadas pelos arts. 12 e 14, em seus respectivos §§3º, do CDC. Nas hipóteses de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro ou de não-colocação do produto no mercado, essa distribuição do encargo probatório acompanhou o sistema tradicional estabelecido pelo art. 333, II, do Código de Processo Civil. O legislador, todavia, atribuiu também ao fornecedor o ônus de comprovar a inexistência de defeito do produto ou do serviço. Normalmente, o defeito, como fato constitutivo do direito do demandado, deveria ser demonstrado pelo consumidor lesado, como autor da ação indenizatória. O CDC, em seu art. 12, §3º, II, e em seu art. 14, §3º, I, deixa expresso que compete ao fornecedor o ônus de comprovar a inexistência de defeito no produto ou no serviço. Essa modificação na distribuição dos encargos probatórios pela própria lei é o que se denomina de inversão *ope legis* do ônus da prova”. (Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, “Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor”, 3ª ed., Saraiva, 2010, SP, p. 355/356).

4.3. As instituições financeiras respondem objetivamente por danos causados por terceiros, nas hipóteses de fraude ou utilização de documentos falsos, inclusive nos casos de golpe em que o fraudador troca o cartão eletrônico do correntista, nos locais utilizados na prestação dos serviços bancários, o que compreende não só as agências e estacionamentos a ela vinculados, mas também caixas eletrônicos em terminais de autoatendimento ainda que localizados fora das agências, visto que os ilícitos em questão configuram fortuito interno, porquanto fazem parte do próprio risco do empreendimento e, conseqüentemente, não têm o condão de excluir a responsabilidade da instituição financeira pelos danos em questão.

Nesse sentido, quanto à responsabilidade da instituição financeira pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiro, inclusive nos casos de golpe em que o fraudador troca o cartão eletrônico do

correntista, adota-se a orientação: **(a)** do julgado da Eg. 2ª Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.199.782 –PR, relatado pelo Min. Luis Felipe Salomão, efetivado nos termos do art. 543-C, do CPC/1973, visando unificar o entendimento e orientar a solução de recursos repetitivos, que se reproduz: “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” (o destaque não consta do original); e **(b)** dos julgados extraídos do site deste Eg. Tribunal de Justiça: **(b.1)** “Ação indenizatória por danos materiais e morais – **Golpe da troca do cartão por fraudador no interior do estabelecimento bancário – Realização de saques indevidos de conta corrente, decorrente de abordagem de correntista por fraudador, em caixa eletrônico de autoatendimento – Aplicação do CDC (súmula 297 do STJ) – Culpa objetiva do Banco prestador de serviço bancário (art. 14 CDC) por não coibir a ação criminosa de estelionatário que aborda correntista em caixa eletrônico na agência e efetua movimentações bancárias com cartão magnético – Súmula 479 do STJ - Matéria pacificada pelo julgamento do Recurso Especial nº 1.199.782/PR, com base no artigo 543-C do Código de Processo Civil – Danos materiais comprovados - Devolução dos valores indevidamente sacados por falsário – O esvaziamento da conta com diversos saques ilícitos acarretam dano moral – Valor da indenização arbitrado em consonância com a razoabilidade e proporcionalidade – Recurso negado**”. (13ª Câmara de Direito Privado, Apel. Cível nº 0011452-02.2011.8.26.0655, rel. Des. Francisco Giaquinto, v.u., j. 06.07.2015, o destaque não consta do original); e **(b.2)** “RESPONSABILIDADE CIVIL – **Dano moral – Golpe sofrido pelo cliente na fila do caixa eletrônico – Troca do cartão por terceiro – Saques indevidos em sua conta corrente – Dever do banco de zelar pela segurança não só dos estabelecimentos, mas também dos caixas eletrônicos – Responsabilidade objetiva – Manutenção do valor fixado na r. sentença em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) – Recurso improvido. RESPONSABILIDADE CIVIL – Dano material – Devolução do valor sacado, devidamente corrigido – Recurso improvido**”. (23ª Câmara de Direito Privado, Apel. Cível nº 1004570-29.2014.8.26.0161, rel. Des. J.B. Franco de Godoy, v.u., j. 24.06.2015, o destaque não consta do original).

4.4. Em demandas promovidas por correntistas imputando movimentações e pagamentos indevidos, em conta corrente, mediante serviço disponibilizado pelo banco via internet, canal telefônico ou mediante uso de cartões eletrônicos, incumbe a este provar que as operações foram realizadas regularmente, tendo em vista a notoriedade do reconhecimento da possibilidade de violação do sistema eletrônico, por força do disposto nos arts. 6º, VIII, e 14, *caput*, do CDC, e art. 373, II, do CPC/2015.

Nesse sentido, a orientação: **(a)** dos julgados do Eg. STJ extraídos do respectivo site: **(a.1)** “Direito processual civil. Ação de indenização. Saques sucessivos em conta corrente. Negativa de autoria do correntista. Inversão do ônus da prova. - **É plenamente viável a inversão do ônus da prova (art. 333, II do CPC) na ocorrência de saques indevidos de contas-correntes, competindo ao banco (réu da ação de indenização) o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. - Incumbe ao banco demonstrar, por meios idôneos, a inexistência ou impossibilidade de fraude, tendo em vista a notoriedade do reconhecimento da possibilidade de violação do sistema eletrônico de saque por meio de cartão bancário e/ou senha. - Se foi o cliente que retirou o dinheiro, compete ao banco estar munido de instrumentos tecnológicos seguros para provar de forma inegável tal ocorrência.** Recurso especial parcialmente conhecido, mas não provido.” (STJ-3ª Turma, REsp 727843/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 15/12/2005, DJ 01/02/2006 p. 553 RDDP vol. 40 p. 145, o destaque não consta do original); e **(a.2)** “DECISÃO (...) O acórdão recorrido encontra-se em consonância com o entendimento preconizado por esta Corte no sentido de que, nas ações declaratórias negativas, cabe à parte adversa a comprovação do ato ou fato negado pelo autor. Nesse sentido: “PROCESSO CIVIL. ÔNUS DA PROVA. FATO AFIRMADO PELO AUTOR E CONFESSADO PELO RÉU. DESNECESSIDADE DE PROVA. CPC, ARTS. 333 E 334. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO. I - Em regra, o ônus da prova incumbe a quem alega o fato, sendo desnecessário provar os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, sendo igualmente certo, até porque proclamado pela lei, que, salvo nas declaratórias negativas, ao autor cabe a prova dos fatos constitutivos, e ao réu a prova dos fatos extintivos, impeditivos ou modificativos. II - Tendo o acórdão concluído pela suficiência das provas dos autos para julgar procedente o pedido, o reexame do conjunto probatório resta vedado a esta instância especial, a teor do enunciado nº 7 da súmula/STJ.” (REsp 161.629/ES, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ 21.02.2000) Nego provimento ao agravo.” (Ag 650254/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, data da publicação: 21/09/2007, o destaque não consta do original); e **(b)** de Luiz Paulo da Silva Araújo Filho: “Assim, por exemplo, em ações nas quais alegue o consumidor que houve saques irregulares em sua conta corrente ou em sua caderneta de poupança, e o banco conteste afirmando que os saques foram feitos por cartão magnético, decerto do cliente. **O tema tem sido frequentemente analisado pela jurisprudência à luz da inversão do ônus da prova, em bora, a rigor, devesse ser tratado como simples alegação de defeito do serviço, desde que devidamente interpretada a expressão 'quando não fornece a segurança [neste caso patrimonial] que o consumidor dele pode esperar, constante do §1º do art. 14 do CDC, hipótese em que, para não ser responsabilizado, competiria ao banco provar que 'o defeito inexistente' (v. o §3º, I, do art. 14).** Seja como for, também é admissível a inversão do ônus da prova, porque há notícias de saques efetuados com cartões 'clonados', além de outras falcatuas na realização de saques fraudulentos, sendo a alegação do consumidor, portanto, verossímil. Mesmo que não se considerasse verossímil a alegação, a hipossuficiência do consumidor é manifesta, porque não se pode negar a sua inferioridade, uma vez que não tem ele acesso aos conhecimentos técnicos do projeto ou do processo utilizado na execução do serviço, nem tem condições, ele mesmo, de tomar as

medidas necessárias para evitar esse tipo de incidente, como poderia fazê-lo o banqueiro. Dessa forma, deve o juiz inverter o ônus da prova em benefício do consumidor, se não entender, simplesmente, que compete ao banco provar que o defeito na prestação do serviço não existiu. **Não procederia, neste, eventual alegação do banco de que a prova lhe é impossível, ou extremamente difícil, porque para garantir ao cliente a segurança que do serviço se poderia esperar, e para assumir os riscos da atividade econômica, competiria ao banco tomar todas as medidas de controle possíveis. Nos Estados Unidos, *verbi gratia*, há anos os 'caixas eletrônicos' ou 'bancos 24 horas' são equipados com câmeras de filmagem ou máquinas fotográficas, que registram as imagens durante o funcionamento ou a intervalos de segundos. Do consumidor, em qualquer caso, é que não se pode exigir a prova diabólica de que não sacou o dinheiro**". ("Comentários ao Código de Defesa do Consumidor", 2ª ed., Saraiva, 2009, SP, p. 15/16, o destaque não consta do original).

Ademais, é de se ver que compete à instituição financeira ré manter toda a documentação relativa à sua atividade, por imposição legal, enquanto não operar a prescrição e a decadência em relação aos atos nela consignados.

4.5. Reconhece-se a existência de falha na prestação do serviço pela instituição financeira ré, consistente no descumprimento do dever de resguardar a segurança do cartão da parte autora contra a ação de fraudadores, falha de serviço esta que permitiu a realização de operações indevidas, consistentes em compras utilizando os dados do cartão da parte autora, com consequente inscrição do indébito nos cadastros de inadimplentes.

Diante das alegações das partes e da prova constante dos autos, reconhece-se que:

(a) restou incontroverso que a parte autora foi contatada em sua residência por fraudador, que fez passar por entregador de presente de aniversário e ludibriou-a a realizar pagamento de taxa de entrega, mediante uso de cartão de crédito, com inserção de senhas, em razão da afirmação do entregador de ocorrência de erro na primeira inserção, sendo certo que, em nessas as operações, o visor apresentava o valor informado pelo entregador de R\$4,64;

(b) a existência das operações indevidas descritas na inicial, realizadas com seu cartão de crédito, com valores de R\$20.000,00, restou demonstrada pelos documentos bancários juntados aos autos (fls. 67);

(c) houve contestação da parte autora com relação aos débitos realizados pelos fraudadores 12/29);

(d) houve negativa do banco réu no reconhecimento da fraude e cancelamento das cobranças, com consequente inscrição do indébito gerado nos cadastros de inadimplentes, fato este que restou incontroverso; e

(e) as operações impugnadas na inicial foram realizadas

em valores expressivos, que muito diferem das transações regularmente efetivadas pela parte autora (cf. fls. 47/76).

O ônus da prova da regularidade das operações ora impugnadas pela autora era da instituição financeira ré.

Não pode ser acolhida a alegação da parte ré de inexistência de obrigação de reparar os danos sofridos pela parte autora.

Isso porque o defeito de serviço ficou configurado, visto que a parte ré não agiu com a diligência necessária na prestação de seus serviços, permitindo a realização de operações fraudulentas mediante utilização do cartão de crédito da parte autora, dado que a parte ré não impediu a sucessiva utilização ilícita do cartão em curto período de tempo, em valores fora do perfil da autora, relativamente às operações bancárias identificadas na inicial.

Quanto ao reconhecimento da responsabilidade do banco nos casos de “golpe da maquininha”, com aprovação de transações em valores fora do perfil da vítima, adota-se a orientação dos julgados deste Eg. Tribunal de Justiça, para casos análogos: **(a) “INDENIZAÇÃO. “Golpe da maquininha”. Fraude em operação realizada por meio de cartão de crédito. Relação de consumo. Operação realizada que não corresponde ao perfil da cliente, situação não detectada pelos sistemas de segurança bancário. Ademais, os elementos dos autos indicam que a autora não concorreu para a realização do golpe. Falha na prestação de serviços configurada. Responsabilidade objetiva do banco por fortuito interno decorrente de fraude. Dicção do art. 14, do CDC e da Súmula 479 do STJ. Risco da atividade que deve ser suportado pelo fornecedor. Inexigibilidade do débito. Configurada. Dano moral in re ipsa. Caracterizado. Quantum fixado com observância aos princípios de razoabilidade e proporcionalidade. Precedentes desta Corte. Sentença reformada, em parte. RECURSO PROVIDO da autora e RECURSO DESPROVIDO do réu.”** (38ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 1003658-37.2023.8.26.0704, rel. Des. Anna Paula Dias da Costa, j. 08/11/2024, o destaque não consta do original); **(b) “Apelação Cível. Ação declaratória de inexigibilidade de débito com pedido de tutela de urgência. Sentença de procedência. Inconformismo da ré. Golpe da maquininha. Aplicação do CDC. Súmula nº 297 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Operações fraudulentas. Teoria do risco do negócio. Dever de segurança do serviço. Responsabilidade de natureza objetiva. Precedente do C. Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo e Súmula nº 479. Falha em sistema antifraude. Operações sequenciais e fora do perfil todas para o mesmo destinatário. Responsabilidade configurada. Reparação do dano material, de rigor. Sentença mantida. Recurso não provido, com majoração da verba honorária de sucumbência”** (22ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 1035171-81.2022.8.26.0114, rel. Des. Hélio Nogueira, j. 31/10/2024, o destaque não consta do original); e **(c) “APELAÇÃO. Ação declaratória e indenizatória por danos morais. Operações bancárias fraudulentas. Cartão de débito e crédito. Autores que foram vítimas do chamado “golpe da maquininha”. Sentença que julgou os pedidos procedentes para declarar a inexigibilidade da transação e**

condenar o banco a indenizar pelo dano moral no valor pleiteado de R\$ 10.000,00 para os dois autores. Apelo do banco corrêu. Sem razão. Preliminar de ilegitimidade passiva não acolhida. Teoria da asserção, será considerada parte legítima para figurar no polo passivo da demanda quando houver identificação entre os titulares dos direitos e obrigações. Mérito. 1) Consumidores que foram vítimas do "golpe da maquininha". Transações que caracterizam uso fora dos seus padrões médios. Inobservância ao perfil dos correntistas. 2) Inexistência de culpa exclusiva dos consumidores. Instituição financeira que apresentou falha em sua segurança, não cabendo ao cliente arcar integralmente com os prejuízos, ainda que concorra com parte da culpa. Aplicabilidade do CDC. 3) Dano moral. Ocorrência. Aqui, de rigor, o reconhecimento do dano moral causado aos consumidores que suportaram o prejuízo material e buscaram solução extrajudicial diretamente com os demandados, mas não obtiveram justificativa adequada sobre o motivo das transações bancárias serem consideradas lícitas pelos bancos requeridos. Inércia dos réus em solucionar o vício do serviço na via extrajudicial, obrigando os consumidores a demandar em juízo. Dano moral caracterizado. Apelo do corrêu desprovido” (20ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 1004269-79.2024.8.26.0566, rel. Des. Roberto Maia, j. 26/10/2024, o destaque não consta do original).

Nenhuma prova produzida permite o reconhecimento da culpa exclusiva de terceiro ou culpa exclusiva ou parcial da parte autora, nem mesmo a ocorrência de caso fortuito ou força maior, para excluir a responsabilidade do banco réu.

4.6. Reconhecida a inexigibilidade da dívida pela operação especificada na inicial e objeto da ação, realizada indevidamente no cartão de crédito da autora, e respectivos encargos, bem como a ilicitude sua inscrição nos cadastros de inadimplentes de rigor, a manutenção da r. sentença, quanto ao julgamento de procedência, em parte da ação, para “confirmando a liminar, (a) desconstituir o lançamento no valor de R\$ 20.000,00 feito no cartão de crédito indicado pela demanda, bem como quaisquer lançamentos relacionados a tal operação, como juros e demais taxas; (b) proibir a ré de negativar o nome das autoras por causa do fato subjacente à lide”.

4.7. Caracterizado o defeito de serviço, consistente no descumprimento do dever de resguardar a segurança do cartão da parte autora contra a ação de fraudadores, falha de serviço esta que permitiu a realização de operações indevidas, consistentes em compras utilizando os dados do cartão da parte autora, com conseqüente inscrição do indébito nos cadastros de inadimplentes, e não configurada nenhuma excludente de responsabilidade, de rigor, o reconhecimento da responsabilidade e a condenação do réu na obrigação de indenizar a autora pelos danos decorrentes do ilícito em questão.

4.8. Mantém-se a condenação do réu apelante, ao pagamento de indenização por dano moral fixada na quantia de R\$3.000,00, com incidência de correção monetária a partir da data do arbitramento.

4.8.1. A inscrição indevida em cadastro de inadimplentes constitui, por si só, fato ensejador de dano moral.

Tanto a pessoa jurídica quanto a pessoa natural podem ser vítimas de dano moral. Nos termos da Súmula 227/STJ: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. O titular de firma individual também pode padecer de moléstia ao seu patrimônio moral (STJ-4ª Turma, REsp 110091/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, v.u, j. 25/04/2000, DJ 28.08.2000 p. 85, conforme site do Eg. STJ).

“Está assentado na jurisprudência da Corte que "não há que se falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado assim o fato, impõe-se a condenação, sob pena de violação ao art. 334 do Código de Processo Civil” (STJ-3ª Turma, REsp 204786/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, v.u., j. 07.12.1999, DJ 12.01.1999, JBCC vol. 188 p. 249, , conforme site do Eg. STJ).

Especificamente, no que concerne ao reconhecimento de que a inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, por si só, basta para demonstrar o **dano moral**, adota-se a orientação dos seguintes julgados extraídos do site do Eg. STJ: **(a)** “A exigência de prova de dano moral se satisfaz com a demonstração da existência de inscrição indevida nos cadastros de inadimplentes.” (STJ-4ª Turma, AgRg no Ag 1078183/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, v.u., j. 10/11/2009, DJe 23/11/2009); **(b)** “A inscrição indevida nos cadastros restritivos de crédito é suficiente para a configuração dos danos morais.” (STJ-3ª Turma, REsp 856085/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 17/09/2009, DJe 08/10/2009); e **(c)** “A simples inscrição indevida do nome da recorrida no cadastro de emitentes de cheques sem fundos – CCF, já é suficiente para gerar dano reparável. Precedentes.” (STJ-4ª Turma, REsp 651443/BA, rel. Min. Jorge Scartezini, v.u., j. 09/11/2004, DJ 06/12/2004 p. 335).

4.8.2. Quanto à quantificação da indenização por danos morais, adota-se a seguinte orientação: **(a)** o arbitramento de indenização por dano moral reconhecido deve considerar a condição pessoal e econômica do autor, a potencialidade do patrimônio do réu, bem como as finalidades sancionadora e reparadora da indenização, mostrando-se justa e equilibrada a compensação pelo dano experimentado, sem implicar em enriquecimento sem causa do lesado; e **(b)** “a fixação do valor da indenização, devida a título de danos morais, não fica adstrita aos critérios do Código Brasileiro de Telecomunicações” (STJ-4ª Turma, AgRg no Ag 627816/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, v.u., j. 03/02/2005, DJ 07.03.2005 p. 276, , conforme site do Eg. STJ).

4.8.3. “Quanto ao emprego do salário mínimo como critério de indexação do valor da indenização, o recurso merece parcial acolhida. Reproduzo, por esclarecedora, a ementa do RE 409.427-AgR, Relator Ministro Carlos Velloso: "CONSTITUCIONAL. INDENIZAÇÃO: SALÁRIO-MÍNIMO. C.F., art. 7º, IV. I. - Indenização vinculada ao salário-mínimo: impossibilidade. C.F., art. 7º, IV. O que a Constituição veda -- art. 7º, IV -- é a fixação do quantum da

indenização em múltiplo de salários-mínimos. STF, RE 225.488/PR, Moreira Alves; ADI 1.425. A indenização pode ser fixada, entretanto, em salários-mínimos, observado o valor deste na data do julgamento. A partir daí, esse quantum será corrigido por índice oficial. II. - Provimento parcial do agravo: RE conhecido e provido, em parte." Cito, no mesmo sentido, os REs 270.161, Relatora Ministra Ellen Gracie; 225.488, Relator Ministro Moreira Alves; e 338.760 Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Assim, frente ao art. 557, § 1º-A, do CPC, dou parcial provimento ao recurso apenas para desvincular o quantum indenizatório do valor do salário mínimo, devendo ser considerado o vigente na data da condenação, a ser atualizado monetariamente pelos índices legais. Publique-se. Brasília, 26 de outubro de 2004. Ministro CARLOS AYRES BRITTO Relator" (RE 430411 / RJ, rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJ 30/11/2004 PP-00110, conforme site do Eg. STF).

Nos termos da Súmula 362 do STJ, "a correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento".

4.8.4. Considerando os parâmetros supra indicados e buscando assegurar à lesada a justa reparação, sem incorrer em enriquecimento ilícito, mostra-se, na espécie, razoável a fixação da indenização de danos morais na quantia de R\$3.000,00, com incidência de correção monetária a partir da data do arbitramento.

Observa-se que, na data da prolação da r. sentença, 18.09.2024, o valor do salário-mínimo era de R\$1.412,00, daí por que a indenização arbitrada corresponde aproximadamente a 02 salários-mínimos.

4.9. Mantém-se a r. sentença, no que concerne à verba honorária arbitrada em favor da patrona da parte autora.

A verba honorária arbitrada em 10% do valor da causa atende o disposto no art. 85, §§ 1º e 2º, do CPC/2015, com observância dos parâmetros indicados nos incisos I a IV, do § 2º, do mesmo artigo, e o montante fixado mostra-se razoável e adequado para remunerar condignamente a patrona da parte autora, sem se mostrar excessivo, nem desproporcional à complexidade da causa.

Ademais, na espécie: (i) o proveito econômico obtido pela parte autora corresponde ao valor da causa; e (ii) o valor da indenização arbitrada a título de danos morais é irrisório para fins de cálculo da verba honorária com base na condenação.

Quanto ao arbitramento de verba honorária, adota-se a seguinte orientação do julgado extraído do site do Eg. STJ: "RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE EQUIDADE NA FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. NOVAS REGRAS: CPC/2015, ART. 85, §§ 2º E 8º. REGRA GERAL OBRIGATÓRIA (ART. 85, § 2º). REGRA SUBSIDIÁRIA (ART. 85, § 8º). PRIMEIRO RECURSO ESPECIAL PROVIDO. SEGUNDO RECURSO

ESPECIAL DESPROVIDO. 1. O novo Código de Processo Civil - CPC/2015 promoveu expressivas mudanças na disciplina da fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais na sentença de condenação do vencido. 2. Dentre as alterações, reduziu, visivelmente, a subjetividade do julgador, restringindo as hipóteses nas quais cabe a fixação dos honorários de sucumbência por equidade, pois: a) enquanto, no CPC/1973, a atribuição equitativa era possível: (a.I) nas causas de pequeno valor; (a.II) nas de valor inestimável; (a.III) naquelas em que não houvesse condenação ou fosse vencida a Fazenda Pública; e (a.IV) nas execuções, embargadas ou não (art. 20, § 4º); b) no CPC/2015 tais hipóteses são restritas às causas: (b.I) em que o proveito econômico for inestimável ou irrisório ou, ainda, quando (b.II) o valor da causa for muito baixo (art. 85, § 8º). 3. Com isso, o CPC/2015 tornou mais objetivo o processo de determinação da verba sucumbencial, introduzindo, na conjugação dos §§ 2º e 8º do art. 85, ordem decrescente de preferência de critérios (ordem de vocação) para fixação da base de cálculo dos honorários, na qual a subsunção do caso concreto a uma das hipóteses legais prévias impede o avanço para outra categoria. 4. **Tem-se, então, a seguinte ordem de preferência: (I) primeiro, quando houver condenação, devem ser fixados entre 10% e 20% sobre o montante desta (art. 85, § 2º); (II) segundo, não havendo condenação, serão também fixados entre 10% e 20%, das seguintes bases de cálculo: (II.a) sobre o proveito econômico obtido pelo vencedor (art. 85, § 2º); ou (II.b) não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º); por fim, (III) havendo ou não condenação, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou em que o valor da causa for muito baixo, deverão, só então, ser fixados por apreciação equitativa (art. 85, § 8º).** 5. A expressiva redação legal impõe concluir: (5.1) que o § 2º do referido art. 85 veicula a regra geral, de aplicação obrigatória, de que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados no patamar de dez a vinte por cento, subsequentemente calculados sobre o valor: (I) da condenação; ou (II) do proveito econômico obtido; ou (III) do valor atualizado da causa; (5.2) que o § 8º do art. 85 transmite regra excepcional, de aplicação subsidiária, em que se permite a fixação dos honorários sucumbenciais por equidade, para as hipóteses em que, havendo ou não condenação: (I) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (II) o valor da causa for muito baixo. 6. Primeiro recurso especial provido para fixar os honorários advocatícios sucumbenciais em 10% (dez por cento) sobre o proveito econômico obtido. Segundo recurso especial desprovido” (STJ-2ª Seção, REsp 1746072/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, rel. p/ Acórdão Min. Raul Araújo, j. 13/02/2019, DJe 29/03/2019, o destaque não consta do original).

5. Desprovido o recurso da ré, em razão da sucumbência recursal, nos termos do art. 85, §11, do CPC/2015, majora-se de 10% para 12% o percentual da condenação da verba honorária imposta à parte ré apelante, por se mostrar adequado ao caso dos autos.

6. Em resumo, o recurso deve ser desprovido, com majoração da verba honorária, em razão da sucumbência recursal, nos termos *supra* especificados.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

Manoel Ricardo Rebello Pinho

Relator