



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000347921

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1027347-72.2024.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante NU PAGAMENTOS S.A. - INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO, é apelado FABIANO DA SILVA MARQUES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Por maioria de votos, em julgamento estendido, deram parcial provimento ao recurso, vencidos 2º e 5º juízes. Declara voto o 2º juiz., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ACHILE ALESINA (Presidente), MENDES PEREIRA, ELÓI ESTEVÃO TROLY E RODOLFO PELLIZARI.

São Paulo, 8 de abril de 2025.

VICENTINI BARROSO

Relator

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO nº 1027347-72.2024 – SÃO JOSE DO RIO PRETO.

Apelante: Nu Pagamentos S/A – Instituição de Pagamento.

Apelado: Fabiano da Silva Marques

Juíza: **Andressa Maria Tavares Marchiori.**

Voto 38.114

PRELIMINAR – NULIDADE – Alegação de sentença extra petita – Descabimento – Decisão que examinou o pedido nos limites apresentados pela parte – Vício não caracterizado – Rejeição.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – Fraude bancária – Golpe da falsa central telefônica – Autor que permitiu transações bancárias por terceiro fraudador – Operações, contudo, que fogem do perfil financeiro do correntista – Má prestação de serviços caracterizada – Responsabilidade objetiva do Banco (art. 14, CDC) – Devolução dos valores mantida – Dano moral não configurado – Consumidor que concorreu para o evento – Indenização afastada – Recurso parcialmente provido.

1. A sentença de fls. 267/272, de relatório adotado e embargos de declaração rejeitados (fl. 277), julgou parcialmente procedente ação de

indenização por danos morais (R\$5.000,00) e materiais (R\$7.591,64) – honorários advocatícios de 10% do valor da condenação, a cargo da ré.

Alega preliminar de julgamento **extra petita**. Sustenta omissão em relação ao saneamento do processo e deferimento de prova pericial. No mérito, sustenta inexistência de conduta irregular, uma vez que as transações foram realizadas por meio do aparelho celular do autor e autorizadas mediante a inserção de senha pessoal. Assevera que a comunicação realizada com o autor ocorreu com terceiros e não pelos canais oficiais, ausente sua participação. Acrescenta que o autor forneceu dados, não se atentando à medida básica de segurança. Aponta esforço do mercado em coibir fraudes. Alega excludente de responsabilidade civil por ato de terceiro ou culpa exclusiva do consumidor. Defende a inoccorrência de dano material ou moral. Insiste que não há ilícito, tampouco prejuízo indenizável. Requer, assim, o acolhimento da preliminar ou a improcedência da ação. Subsidiariamente, pretende a redução do valor fixado a título de dano moral (fls. 280/328).

Veio resposta (fls. 334/352).

É o relatório.

2. A preliminar deve ser rejeitada. Não há que se falar em sentença **extra petita**, porque o pedido foi examinado nos limites apresentados pela parte. Nota-se que o autor solicitou a condenação da ré ao ressarcimento da quantia de R\$7.591,64, correspondente às transações fraudulentas. A juíza declarou a ilegalidade das transferências via PIX e

condenou a instituição requerida a devolver os valores indevidamente transferidos (vide fls. 36 e 271). A condenação à devolução dos valores é uma consequência lógica do reconhecimento da ilegalidade das transações fraudulentas, que foi a base do pedido inicial. Demais, de se notar que o juiz não está adstrito aos fundamentos suscitados pelas partes, mas ao livre convencimento motivado decorrente do exame da prova dos autos – do que foi observado.

No mais, a alegação de que não houve saneamento do processo não corresponde aos autos, visto que há decisão saneadora de fls. 240/241, na qual foi determinada a especificação de provas. Assim, a juíza oportunizou às partes a manifestação sobre as provas que pretendiam produzir. A ré se manifestou (fl. 244), requerendo o julgamento antecipado da lide, o que indica que renunciou à produção de provas adicionais, inclusive da prova pericial.

Incide, aqui, o art. 370, do CPC. Ademais, a prova se destina ao Juiz, não às partes. A questão tornou-se, diante da evidência documental, de direito, a impor decisão correlata sem mais demora. Por outro lado, o juiz haverá de impedir exerçam as partes atividade probatória inútil ou protelatória. Não se vislumbra ofensa ao art. 5º, LIV e LV, da CF.

Recurso parcialmente fundado. Cuida-se de ação de indenização por danos materiais e morais alegando o autor, em suma, que, em 15/03/24 recebeu uma ligação de um suposto atendente do banco, informando sobre transações suspeitas. Foi orientado a realizar uma "proteção de crédito" via WhatsApp Web. O golpista tinha acesso a seus

dados pessoais, incluindo saldo e limites bancários. Após seguir as instruções e inserir um link no aplicativo do banco, o autor percebeu duas transferências não autorizadas: uma via PIX de R\$ 3.767,00 e outra no cartão de crédito de R\$ 3.824,64. Contestou as transações e registrou um Boletim de Ocorrência no mesmo dia, mas não obteve reembolso. Alegou falha na prestação do serviço bancário, sofrendo danos materiais e morais (fls. 01/37).

A ré, na defesa apresentada (fls. 102/163), defendeu a ausência de ato ilícito e inexistência de falha no sistema de segurança, pois as transações foram legítimas, confirmadas por senha pessoal e intransferível do autor, que não manteve seu aparelho de telefone celular protegido.

A sentença acolheu os pedidos para o fim de declarar a ilegalidade das transferências via PIX realizadas a partir da conta do autor, condenar a ré a devolver os valores indevidamente transferidos e a pagar indenização por danos morais no valor de R\$5.000,00.

É incontroverso que o autor permitiu o acesso a seu telefone celular a desconhecido, seguido as orientações para proceder com a proteção de crédito, inserindo o link enviado no aplicativo bancário.

E sabe-se que, pelas regras de experiência comum (art. 375 do CPC), não é praxe de banco permitir que seu preposto acompanhe, de forma remota e por telefone, as transações dos clientes. Normalmente, diante dum problema, aquela solicita o comparecimento do correntista

nalguma agência física. Da mesma forma, são inúmeras as notícias e informações públicas no sentido de que nunca se deve fornecer dados sigilosos e pessoais a qualquer um, mesmo que funcionário identificado de instituição financeira.

Esses fatos, embora apontem para a impressionante imprudência do autor, não são suficientes a impedir reconhecimento de defeito na prestação dos serviços pela ré.

Efetivamente, pelo extrato de fls. 75/80, é possível verificar o perfil financeiro daquele. Nesse aspecto, vê-se que, antes da malsinada ligação telefônica, a conta do autor apresentava movimentação com operações de valores adequados à sua renda e não muito expressivos.

Contudo, no dia 15 de março (vide fls. 77 e 84), a movimentação se apresentou atípica, com a realização de duas transações em seguida, uma via PIX de R\$3.767,00 e outra no cartão de crédito de R\$3.824,64 em favor de Voluti Gestão Financeira Ltda.

Ou seja, houve a movimentação de R\$7.591,64 na conta corrente num mesmo dia e em curtíssimo espaço temporal.

Vê-se, pois, que as referidas transações, todas realizadas pela internet, fogem completamente do perfil do correntista, de forma que o sistema de segurança da instituição financeira deveria ter detectado tal movimentação atípica, à vista desse perfil, com bloqueio da conta e contato com ele para o devido esclarecimento, evitando o ocorrido.

Nem se alegue da falta de previsão contratual sobre essa tomada de atitude ou que ainda não havia regulamentação própria do Banco Central a respeito em termos de segurança das operações bancárias – era o mínimo que se haveria de esperar do Banco, e nada ocorreu.

Inegável, pois, a falha na prestação de serviço pela ré, não se verificando, no caso, nenhuma das excludentes do § 3º do art. 14 da Lei 8.078/90.

Ainda que tenha havido ação de terceiro, a norma em análise exige culpa **exclusiva** deste para afastar a responsabilidade da ré, o que também se verifica em relação ao consumidor.

Os serviços em questão não foram prestados, assim, com a segurança que razoavelmente eram de se esperar pelo consumidor, o que caracteriza o defeito na prestação de serviços, na forma do citado art. 14, § 1º.

O argumento quanto ao uso de senha pessoal e utilização do celular cadastrado para realizar a transação não afasta a responsabilidade da ré. É que a falha na prestação de serviços, no presente caso, está no fato de não ter sido feito o bloqueio assim que verificada, na forma acima referida, a atipicidade da operação.

A respeito – **mutatis mutandis**:

*não reconhecidas – **Golpe da Central de Atendimento** - Sentença de parcial procedência - Recurso do réu. RECURSO DO RÉU – Pretensão em ser afastada a indenização por danos materiais, diante da ausência de responsabilidade, por se tratar de culpa exclusiva da vítima e de terceiro – Não acolhimento – Incontroverso que o autor recebeu ligação de número oficial e legítimo da Central de Atendimento do Banco do Brasil e o suposto preposto do réu passou orientações para o autor, diante da evidência de acesso indevido em sua conta corrente - Autor que conta com 70 anos e seguiu as orientações, se dirigindo até o caixa eletrônico e inserindo seu cartão para acessar a sua conta bancária – Após, constatou-se diversas transações financeiras realizadas em sua conta bancária, sem qualquer autorização, incluindo diversos pagamentos de impostos altos e transferências para terceiros, no total de R\$46.213,07 em conta corrente e R\$26.560,48 no cartão de crédito – **Movimentação bancária destoa do perfil de consumo do autor, não havendo comprovação de que o autor realizava transações de vultoso valor** - Imprescindível na espécie o bloqueio preventivo das movimentações atípicas pelo Banco réu, com a liberação de questionadas operações tão somente após consulta formal e autorização do correntista, o que não ocorreu - **Falha na prestação de serviço – Responsabilidade objetiva – Súmula 479 do STJ - Artigo 927, parágrafo único, do Código Civil – Restituição mantida** – Recurso não provido. [...] Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1034764-55.2023.8.26.0562; Relator (a): Achile Alesina; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/06/2024) – negrejei.*

Apelação. Ação indenizatória. Falha na prestação de serviços

*bancários. **Golpe da falsa central telefônica.** Sentença de parcial procedência. Recurso da parte ré. 1. Inépcia recursal, por ofensa ao princípio da dialeticidade, afastada. Razões de apelação que, embora indiretamente, atacam os fundamentos da r. sentença. 2. Efeito suspensivo ao recurso de apelação. Pedido prejudicado, tendo em vista o julgamento do mérito. 3. Responsabilidade civil. Instituição financeira. **Fraude bancária. Cliente lesada por golpe perpetrado mediante ligação telefônica, aparentemente originada de telefone comercial do réu, por suposta funcionária com conhecimento de dados sigilosos da conta. Transferências sucessivas de valores vultosos, destoantes do perfil da autora, realizadas em curto período para terceiros. Responsabilidade objetiva da instituição financeira por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias (Súmula 479 do STJ). Falha na prestação do serviço (art. 14, § 1º do CDC). Fragilidade do sistema de segurança de preservação dos dados pessoais da cliente e de informações de seu sistema, bem como em relação à eficaz verificação de operações que destoam do perfil de uso da parte autora. Operações inexigíveis em relação à autora. Rigorosa a restituição do indébito. Juros moratórios incidentes desde a citação, nos termos do art. 405 do Código Civil. 4. Honorários advocatícios bem fixados de acordo com os critérios delineados no art. 85, § 2º do Código de Processo Civil e o princípio da causalidade. 5. Sentença mantida. Recurso desprovido.** (TJSP; Apelação Cível 1073235-71.2023.8.26.0100; Relator (a): Elói Estevão Troly; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 16ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/01/2024) – negrejei.*

Deste modo, correta a determinação de devolução da quantia indevidamente transferida, corrigida a partir do desembolso e com juros da citação (responsabilidade contratual), observada, ainda, a alteração dada pela Lei n. 14.905 de 28/06/2024.

Por outro lado (e exclusivamente quanto a definição dos indigitados prejuízos **morais**), é incontroverso que os fatos apontam para a impressionante imprudência e desleixo do autor. Assim, em que pesem os transtornos ocasionados ao requerente, que teve a conta invadida e usada indevidamente por fraudadores, não se pode perder de vista que ele concorreu (de forma decisiva, imprudente e infantil) para o evento. Impressiona o fato de que o requerente não tenha desconfiado da encenação, quando era praticada e, ainda assim, prosseguiu com a esparrela.

A respeito – **mutatis mutandis**:

*AÇÃO DE DEVOLUÇÃO DE VALORES PAGOS C/C
INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECLARATÓRIA -
Sentença de parcial procedência - Recursos de ambas as partes
- Autora vítima de terceiro fraudador - Despesas que destoam
há muito do perfil de consumo da autora - Responsabilidade
objetiva pela falha do serviço - Restituição simples - Autora
que manteve contato com o fraudador, seguindo suas
instruções e violando a segurança bancária - Não configurado
dano moral - Instituição financeira não tem como provar fato
negativo - Improvado (vazamento de dados) - Diabolica
probatio - Dolo de terceiro e culpa exclusiva da vítima -*

Restituição de valores mantida, observada a correção monetária desde a data do evento danoso e juros de mora contados da data citação - Ambos os recursos desprovidos.
(TJSP; Apelação Cível 1015835-57.2023.8.26.0405; Relator (a): Mendes Pereira; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 17/04/2024; Data de Registro: 18/04/2024) – negrejei.

E o STJ possui entendimento consolidado no sentido de que excludentes de responsabilidade tem aplicação em situações da espécie (como caso fortuito, força maior e concorrência de culpas).

O julgamento continua a ser de parcial procedência do pedido com o reconhecimento da ilicitude das operações litigiosas e condenação da ré à devolução dos valores transferidos indevidamente da conta do autor, com correção monetária do desembolso e juros de mora da citação (responsabilidade contratual), nos termos dos arts. 389 e 406, do CC, com redação dada pela Lei n. 14.905/2024 – **afastada a indenização por dano moral**.

Considerando os pedidos formulados e o que aqui definido, de se convir que ocorreu sucumbência recíproca, vez que as partes decaíram em proporções que podem ser consideradas equivalentes (CPC, art. 86, **caput**), razão pela qual cada parte será responsável por 50% das custas e despesas processuais. Os honorários advocatícios são fixados em 10% do valor da condenação aos patronos de cada parte – vedada compensação e observada a gratuidade do autor (fl. 95). Não se aplica a norma do art. 85, § 11, do CPC (Tema 1.059, STJ).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3. Pelo exposto, provê-se parcialmente o recurso.

Vicentini Barroso



Voto nº 36427

Apelação Cível nº 1027347-72.2024.8.26.0576

Comarca: São José do Rio Preto

Apelante: Nu Pagamentos S.A. - Instituição de Pagamento

Apelado: Fabiano da Silva Marques

DECLARAÇÃO DE VOTO

Respeitado o entendimento do relator, apresento minha declaração.

Trata-se de ação condenatória na qual o autor narra haver sido vítima de fraude bancária, com movimentação irregular na conta bancária.

Por consequência, teve um prejuízo material de R\$ 7.591,64 o qual requer ressarcimento e, ainda, a indenização por dano moral.

Houve contestação e, após, foi prolatada a sentença de parcial procedência, condenando o réu a devolver os valores retirados da conta e a pagar indenização por dano moral fixada em R\$ 5.000,00.

Apenas o réu interpôs e recurso de apelação e pediu a reforma, excluindo-se a condenação.

Na análise, o e. relator considerou comprovada a fraude decorrente da falha de serviço e a manutenção da condenação do banco réu a devolver o dinheiro retirado da conta, com o que se concorda.

Contudo, não é possível desconsiderar a efetiva ocorrência do dano moral.

O e. relator afastou a pretensão indenizatória ao fundamento de que houve culpa concorrente do autor.

Respeitado o entendimento, a culpa concorrente, embora exista no mundo fático, não é contemplada na legislação consumerista como

uma causa excludente de responsabilidade ou, ainda, como fator apto a amenizar a responsabilidade do fornecedor.

Observe-se o ensinamento do ilustre professor Roberto Senise Lisboa, em Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo, 3ª ed., Saraiva, São Paulo:

(...)

As excludentes da responsabilidade objetiva são aquelas aplicadas aos casos de responsabilidade civil pelo fato e pelo vício, salvo na hipótese de responsabilidade subjetiva do profissional liberal pelo acidente causado em desfavor do consumidor usuário, cujas excludentes serão tratadas no item a seguir.

São duas as excludentes de responsabilidade objetiva, ou sem culpa: a culpa exclusiva da vítima e a culpa exclusiva do terceiro.

1) Culpa exclusiva da vítima

A responsabilidade objetiva do agente é excluída se a vítima agir, positiva ou negativamente, de forma a acarretar o dano, como consequência exclusiva da sua conduta.

Para tanto, torna-se indispensável a existência de culpa do ofendido, que deve necessariamente ser demonstrada pelo explorador da atividade, sob pena de ele arcar com a reparação do prejuízo.

É imperativo, nesse contexto, que seja comprovado o nexo de causalidade entre o comportamento da vítima e o dano, assim como a existência da sua culpa exclusiva.

A exclusividade da culpa da vítima demonstra que o objetivamente responsabilizado não pode ter concorrido, de qualquer forma, para a causação do resultado danoso.

Pelo contrário.

A mínima participação do objetivamente responsável em colaborar, de qualquer forma, para a ocorrência do prejuízo, ocasiona a sua responsabilidade.

A vítima deve ser considerada culpada pelo dano, parcial ou integralmente, apenas quando se demonstrar que ela violou o dever jurídico que tinha, ao se valer do exercício da atividade perigosa do agente.

E essa prova deve, obviamente, ser produzida pelo demandado no curso da instrução processual

A culpa exclusiva da vítima pode decorrer, basicamente, das seguintes hipóteses

a) a vítima aceita o risco da atividade, porém associa-se indevidamente a ela. Exemplo: andar pendurado no trem

b) a vítima aceita o risco da atividade, no exercício de um direito ou de um dever

A assunção do risco, pelo ofendido, exonera o responsável legal, ainda que a alea tenha sido assumida pela vítima em situação na qual ela exercia um direito ou cumpria algum dever.

Estando comprovada a participação culposa da vítima para o evento danoso, o explorador da atividade de risco poderá se exonerar da responsabilidade, se o aplicador da norma concluir que o ofendido exclusivamente deu causa ao evento danoso.

Tal ilação acarretará o rompimento do vínculo causal.

A concausalidade atribuída ao explorador da atividade e à vítima, ou seja, a existência do concurso de responsabilidades entre a vítima e o agente, não implica a exoneração da reparação do dano.

Porém, o explorador não terá de arcar com a parte equivalente à proporção dos efeitos danosos oriundos da participação do ofendido para a ocorrência do prejuízo.

Dessa forma, o responsável legal deverá efetuar o pagamento da indenização, mas em montante reduzido, diante dos efeitos da participação da vítima para o evento danoso.

No caso de prejuízo coletivo, o explorador da atividade deverá responder perante terceiros lesados, admitida a via regressiva em face da vítima ou do terceiro que exclusivamente deu causa ao evento.

Os efeitos da culpa não exclusiva da vítima são:

- a) a responsabilização integral pelos danos causados em desfavor do explorador da atividade de risco
- b) a utilização do seguro ou de outra garantia de indenização porventura existente, a título de socialização dos riscos, em prol da vítima
- c) a utilização da ação regressiva em face do terceiro que tenha concorrido para a causação do resultado lesivo.

2) Culpa exclusiva do terceiro

À semelhança do que sucede na hipótese de culpa exclusiva da vítima, a responsabilidade objetiva do explorador da atividade perigosa é excluída pela culpa exclusiva do terceiro, ou seja, pela violação do seu dever jurídico de não intervir no vínculo existente entre o agente e a vítima.

Nesses termos, considera-se que o terceiro é culpado quando proporciona dano à vítima, por imperícia, imprudência ou negligência, durante o exercício da atividade perigosa do explorador, por si ou através do seu subordinado.

Demonstrada a culpa de terceiro, isto é, do sujeito estranho à relação jurídica, o nexo de causalidade entre as partes somente se extinguirá se a violação do dever for integralmente imputada em desfavor daquele.

O raciocínio é o mesmo desenvolvido para fins de apuração da culpa exclusiva da vítima: torna-se imperiosa a prova da culpa daquele que teria sido efetivamente o causador do dano, pois ele é o responsável em alterar os resultados que a relação jurídica ordinariamente provocaria.

Por conta dessa afirmativa, vem-se formando jurisprudência no sentido de que o fato de terceiro pode caracterizar-se como excludente de responsabilidade, inclusive mediante a aplicação dos arts. 12, § 3.º, III, e 14, § 3.º, II, da Lei n. 8.078/90.

No entanto, a responsabilidade do transportador por danos sofridos pelo passageiro não é elidida por fato de terceiro, segundo a jurisprudência do STJ e a Súmula 187 do STF 7 : “A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é

elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.”

O teor dessa súmula, ademais, foi integralmente adotado pelo art. 735 do Código Civil.

Nesse caso, o explorador da atividade perigosa deixará de responder pelos danos provocados, pois outra pessoa, dele desvinculada, foi quem causou o prejuízo.

Entretanto, o explorador da atividade perigosa deverá sempre responder pelo dano causado para, em seguida, valer-se da ação regressiva em face do terceiro que tenha acarretado o prejuízo, quando:

a) a responsabilidade objetiva adotar a teoria do risco exacerbado, como sucede nos acidentes nucleares, e que se trata de teoria que impõe uma limitação ainda maior das excludentes, a teor do que preceitua a Lei n. 6.453, de 17-10-1977

b) a responsabilidade objetiva decorrer das relações de consumo, pois veda-se ao fornecedor a utilização do instituto da denunciação da lide (arts. 88, parágrafo único, e 13, parágrafo único, da Lei n. 8.078/90)

c) a responsabilidade objetiva advir das relações entre o Estado e o administrado

Nessas hipóteses, o terceiro poderá vir a ser responsabilizado por culpa concorrente, pela via regressiva, na proporção de sua participação para a causação do evento danoso.

(...)

Está claro, assim, que somente são contempladas para a aferição da eventual exclusão ou atenuação da responsabilidade do fornecedor a culpa exclusiva da própria vítima ou a culpa exclusiva do terceiro.

Em momento algum a culpa concorrente tem lugar de destaque em relação à responsabilidade do fornecedor em relação ao consumidor, podendo surtir algum efeito a eventual constatação da culpa concorrente do terceiro.

Porém, a constatação da culpa concorrente do terceiro somente se aplica para eventual ação de regresso movida pelo fornecedor diretamente contra o terceiro, de modo a atenuar o prejuízo sofrido com a obrigação da reparar os danos do consumidor.

É, portanto, claramente uma extensão da discussão sobre as concausas e, nesse sentido, não afeta a relação processual inaugurada pelo consumidor prejudicado apenas contra o fornecedor.

Qualquer tentativa do fornecedor de repassar parte dessa responsabilidade a algum terceiro até pode ser acolhida, porém em ação própria e mediante o contraditório específico, sendo dele, fornecedor, o ônus

da prova.

Não é possível que a eventual atuação do consumidor, induzido pelo terceiro, concorra para excluir a responsabilidade do fornecedor.

Isso está claro na lei e a doutrina também é pacífica nesse sentido, como já transcrito.

O festejado professor Luiz Antônio Rizzatto Nunes também já se manifestou, conforme seu Curso de Direito do Consumidor, 12ª ed., Saraiva, São Paulo:

(...)

Então, para comentarmos esse § 3º, comecemos repetindo algo que já tivemos oportunidade de afirmar: a responsabilidade civil objetiva estabelecida no CDC é a do risco integral.

Com a leitura e interpretação do § 3º do art. 12, ter-se-á a confirmação dessa afirmativa.

Diga-se, então, que não se trata de excludente de responsabilidade, como se tem dito, mas sim de excludente do nexo de causalidade.

O que pode o fornecedor fazer é buscar desconectar a relação acidentária consigo, isto é, tentar excluir o nexo de causalidade existente entre ele —fornecedor— e o dano/defeito.

Iniciemos pelas três constatações mais contundentes:

a) o uso do advérbio “só”

b) a inexistência das tradicionais excludentes “caso fortuito” e “força maior”

c) a do inciso III: culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro

A utilização do advérbio “só” não deixa margem a dúvidas.

Somente valem as excludentes expressamente previstas no § 3º, e que são taxativas.

Nenhuma outra que não esteja ali tratada desobriga o responsável pelo produto defeituoso.

Isso nos leva à segunda constatação. O risco do fornecedor é mesmo integral, tanto que a lei não prevê como excludente do dever de indenizar o caso fortuito e a força maior.

E, como a norma não estabelece, não pode o agente responsável alegar em sua defesa essas duas excludentes.

O que acontece é que o CDC, dando continuidade, de forma coerente, à normatização do princípio da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, preferiu que toda a carga econômica advinda do defeito recaísse sobre o agente produtor.

Se a hipótese é de caso fortuito ou de força maior e em função disso o consumidor sofre acidente de consumo, o mal há de ser remediado pelo agente produtor.

Na verdade o fundamento dessa ampla responsabilização é, em primeiro lugar, o princípio garantido na Carta Magna da liberdade de

empreendimento, que acarreta direito legítimo ao lucro e responsabilidade integral pelo risco assumido.

E a Lei n. 8.078, em decorrência desse princípio, estabeleceu o sistema de responsabilidade civil objetiva.

Portanto, trata-se apenas de questão de risco do empreendimento.

Aquele que exerce a livre atividade econômica assume esse risco integral.

Além disso, lembre-se que caso fortuito e força maior são excludentes da responsabilidade advinda da conduta do agente que nos moldes do art. 159 do Código Civil tenha agido com culpa ou dolo.

Na responsabilidade civil objetiva pelo fato do produto ou do serviço não há que se falar em conduta, uma vez que ela não é considerada para avaliação da hipótese de defeito.

É importante salientar a discussão existente sobre a responsabilidade civil objetiva na ocorrência do chamado caso fortuito externo, isto é, aquele impossível de ser previsto no cálculo do risco e que ao mesmo tempo é inevitável, e também do caso fortuito interno, que, apesar de inevitável e imprevisível, faz parte do risco da atividade.

A terceira constatação é o do inciso III. Na primeira parte desse inciso, a norma dispõe que o fabricante, produtor etc. não responde se provar culpa “exclusiva” do consumidor. Ressalte-se: culpa exclusiva.

Se for caso de culpa concorrente do consumidor (por exemplo, as informações do produto são insuficientes e também o consumidor agiu com culpa), ainda assim a responsabilidade do agente produtor permanece integral.

Apenas se provar que o acidente de consumo se deu por culpa exclusiva do consumidor é que ele não responde.

“Se provar” significa que o ônus de produzir essa prova é do fornecedor responsável pelo produto

Pela segunda parte do mesmo inciso, a irresponsabilização ocorrerá se o agente provar que o acidente se deu por culpa de terceiro.

É preciso que seja terceiro mesmo, isto é, pessoa estranha à relação existente entre o consumidor e o agente produtor, relação essa estabelecida por força da aquisição do produto.

Se a pessoa que causou o dano pertencer ao ciclo de produção comandado pelo agente, tal como seu empregado, seu preposto ou seu representante autônomo, ele continua respondendo.

Essa hipótese, a par de passível de ser estabelecida por interpretação do sistema de responsabilidade estatuída, tem correspondência na regra do art. 34 (“O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos” 393), bem como naquela já apontada do parágrafo único do art. 7º 394 .

Assim, repita-se, o agente produtor só não responde se o acidente for causado por terceiro autêntico.

Por exemplo, foi um terceiro que causou a colisão do veículo, e não o problema no sistema de freio.

De qualquer maneira, também aqui o ônus da prova da culpa do terceiro é do fabricante, produtor, construtor ou importador.

(...)

Mais uma vez, constata-se que não há discrepância doutrinária

acerca da impossibilidade de cotejo da eventual atuação concorrente do consumidor para excluir a responsabilidade do fornecedor.

A *mens legis* é evidente: proteção do consumidor face ao agente fornecedor, seja ele o produtor, o comerciante ou qualquer outra qualidade com que se apresente, pois é dele, fornecedor, o risco do empreendimento.

Entretanto, deve ser observado disposto nos artigos 944 e 945 do CC:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Isso significa que caso o consumidor tenha concorrido de alguma forma para o próprio prejuízo, a indenização almejada poderá ser reduzida, tendo-se em conta a conduta eventualmente desidiosa, já que a negligência é elemento da culpa.

A norma em comento conduz ao que a professora Cláudia Lima Marques denominou de diálogo das fontes, pelo qual é necessário que a interpretação das normas se submeta a um sistema e seja possível a coexistência objetiva.

Por isso é que se pode afirmar, sem margem para engano, que a eventual culpa concorrente do consumidor não exclui a responsabilidade do fornecedor em momento algum, porém pode ser considerada para adequar o montante fixado a título de indenização.

No caso, claro está que se trata de uma relação de consumo e que foram realizadas operações bancárias sem autorização do autor, o que por si só já representa falha de serviço no aspecto concernente à segurança.

Evidentemente que o consumidor deve ser diligente com a

guarda de itens sensíveis, porém a falha de serviço suplanta consideravelmente tal ponto, de modo que o autor faz jus à indenização pelo dano moral.

Afinal, o dano ocorreu em razão da falha do sistema de segurança bancário que possibilitou a terceiros movimentar livremente a conta do autor.

O próprio relator reconheceu que as transações destoam do perfil específico do autor.

Não bastasse, o STJ consolidou tal posicionamento em julgamento recente.

Confira-se:

CONSUMIDOR. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITOS. DEVER DE SEGURANÇA. FRAUDE PERPETRADA POR TERCEIRO. CONTRATAÇÃO DE MÚTUO. MOVIMENTAÇÕES ATÍPICAS E ALHEIAS AO PADRÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Ação declaratória de inexistência de débitos, ajuizada em 14/8/2020, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 21/6/2022 e concluso ao gabinete em 17/2/2023.

2. O propósito recursal consiste em decidir (I) se a instituição financeira responde objetivamente por falha na prestação de serviços bancários, consistente na contratação de empréstimo realizada por estelionatário; e (II) se possui o dever de identificar e impedir movimentações financeiras que destoam do perfil do consumidor.

3. O dever de segurança é noção que abrange tanto a integridade psicofísica do consumidor, quanto sua integridade patrimonial, sendo dever da instituição financeira verificar a regularidade e a idoneidade das transações realizadas pelos consumidores, desenvolvendo mecanismos capazes de dificultar fraudes perpetradas por terceiros, independentemente de qualquer ato dos consumidores.

4. A instituição financeira, ao possibilitar a contratação de serviços de maneira facilitada, por intermédio de redes sociais e aplicativos, tem o dever de desenvolver mecanismos de segurança que identifiquem e obstem movimentações que destoam do perfil do consumidor, notadamente em relação a valores, frequência e objeto.

5. Como consequência, a ausência de procedimentos de verificação e aprovação para transações atípicas e que aparentam ilegalidade corresponde a defeito na prestação de serviço, capaz de gerar a responsabilidade objetiva por parte da instituição financeira.

6. Entendimento em conformidade com Tema Repetitivo 466/STJ e Súmula 479/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”.

7. Idêntica lógica se aplica à hipótese em que o falsário, passando-se por funcionário da instituição financeira e após ter instruído o consumidor a aumentar o limite de suas transações, contrata mútuo com o banco e, na mesma data, vale-se do alto montante contratado e dos demais valores em conta corrente para quitar obrigações relacionadas, majoritariamente, a débitos fiscais de ente federativo diverso daquele em que domiciliado o consumidor.

8. Na hipótese, inclusive, verifica-se que o consumidor é pessoa idosa (75 anos – imigrante digital), razão pela qual a imputação de responsabilidade há de ser feita sob as luzes do Estatuto do Idoso e da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, considerando a sua peculiar situação de consumidor hipervulnerável.

9. Recurso especial conhecido e provido para declarar a inexigibilidade das transações bancárias não reconhecidas pelos consumidores e condenar o recorrido a restituir o montante previamente existente em conta bancária, devidamente atualizado.

(REsp. nº 2.052.228/DF, Ministra Nancy Andrighi, 12/09/2023)

Assim, deve ser mantida a condenação ao banco réu ao pagamento de indenização por dano moral fixada em R\$ 5.000,00 com atualização nos termos da sentença que, ainda, bem reconheceu a aplicação da Súmula 326 do STJ e fixou a sucumbência contra o réu em 10% sobre o valor da condenação.

Com o não provimento do recurso, os honorários devem ser majorados para 11% sobre o valor da condenação.

Ante o exposto, pelo meu voto, NEGAVA-SE PROVIMENTO ao recurso.

ACHILE ALESINA

2º Desembargador



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	12	Acórdãos Eletrônicos	EDISON VICENTINI BARROSO	2A4EB56F
13	21	Declarações de Votos	ACHILE MARIO ALESINA JUNIOR	2A549E16

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 1027347-72.2024.8.26.0576 e o código de confirmação da tabela acima.