



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000428705

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1019945-47.2023.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado BANCO BRADESCO S/A, é apelado/apelante SANDRO JOSÉ DA CUNHA (JUSTIÇA GRATUITA) e Apelado NUBANK S/A.

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

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROBERTO MAIA (Presidente) E MARIA SALETE CORRÊA DIAS.

São Paulo, 30 de abril de 2025.

REBELLO PINHO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO nº 49624

Apelação Cível nº 1019945-47.2023.8.26.0002

Comarca: São Paulo – 12ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro

Apte/Apdo: Banco Bradesco S/A

Apdo/Apte: Sandro José da Cunha (Justiça Gratuita)

Apelado: Nubank S/A

DÉBITO E NEGATIVAÇÃO – Reconhecimento da existência de falha na prestação do serviço pela instituição financeira apelante, consistente no descumprimento do dever de resguardar a segurança da conta bancária da parte autora contra a ação de terceiros não autorizados, falha de serviço esta que permitiu a realização das operações indevidas identificadas na inicial, com posterior inscrição do indébito nos cadastros de inadimplentes - Reconhecido que os contrato bancário objeto da demanda não obrigam a parte autora e, conseqüentemente, a inexigibilidade da dívida e a ilicitude de sua negativação, de rigor, a manutenção da r. sentença, na parte em que julgou procedente a ação, “para declarar inexistentes os empréstimos de R\$ 1.509,44 contrato nº 5747585; e R\$2.054,28 contrato nº 5812179, perante o Banco Bradesco”, tornando definitiva a tutela de urgência concedida para “determinar o cancelamento da inscrição e protesto por tais débitos - caso ainda não realizado”.

MULTA DIÁRIA – Manutenção da multa diária para o caso de descumprimento da obrigação de fazer imposta - Admissível a cominação de multa, para o descumprimento de obrigação de fazer e não fazer, caso dos autos, a teor do art. 497 do CPC/2015, correspondente ao art. 461, do CPC/1973 - Na espécie, a cominação de multa diária de R\$300,00, em caso de descumprimento da obrigação de fazer imposta, atende os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, visto adequada para não prestigiar a inércia da ré, nem promover o enriquecimento sem causa da parte autora, bem como porque ajustada ao conteúdo econômico do valor do débito, objeto da ação, sem se mostrar abusiva, mas sim razoável para forçar o cumprimento da obrigação, como exige o art. 537, do CPC/2015.

RESPONSABILIDADE CIVIL - Configurado o defeito de serviço, consistente no descumprimento do dever de resguardar a segurança da conta corrente da parte autora contra a ação dos transgressores, falha de serviço esta que permitiu a realização de operações indevidas, com conseqüente inscrição do indébito nos cadastros de

inadimplentes, e não caracterizada nenhuma excludente de responsabilidade, de rigor, o reconhecimento da responsabilidade e a condenação do banco réu na obrigação de indenizar a parte autora pelos danos decorrentes do ilícito em questão.

DANO MATERIAL – Somente são indenizáveis os danos “certos”, ou seja, os danos que resultem com razoável certeza do evento danoso, devidamente descritos na inicial e demonstrados no curso da ação, e não os danos “hipotéticos”, que poderiam não se concretizar, independentemente da ocorrência de evento danoso, e, muito menos, os pleiteados sem qualquer especificação a respeito da natureza e extensão do dano ocorrido - Como, (i) embora comprovado o defeito de serviço, consistente na transferência de numerário da poupança da autora a outra conta de sua titularidade em outra instituição financeira, e posteriormente à conta de terceiros, esta quantia foi objeto de acordo da autora com o corréu Nubank S/A, no qual este assumiu a obrigação de restituir o montante retirado da poupança da autora à correntista, sendo certo que a condenação do apelante Banco Bradesco S/A a devolver os mesmos valores configuraria enriquecimento ilícito da autora; e no encerramento unilateral da conta corrente da parte autora, antes da efetivação da notificação prévia para o encerramento unilateral, e não configurada nenhuma excludente de responsabilidade (ii) de rigor, a manutenção da r. sentença, no que concerne à rejeição do pedido de condenação da parte ré apelante ao pagamento de indenização por danos materiais.

DANO MORAL – Reforma da r. sentença, para condenar a o banco réu apelante ao pagamento de indenização por danos morais na quantia de R\$7.590,00, com incidência de correção monetária a partir da data deste julgamento - O protesto indevido e a inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, por si só, constituem fato gerador de dano moral - No que concerne à condenação ao pagamento de indenização por danos morais, os juros simples de mora incidem a partir da data da citação, por se tratar de responsabilidade contratual, pelos índices e taxas fixados pela r. sentença apelada, que permaneceu irrecorrida, com relação a essas matérias.

Recursos providos, em parte.

Vistos.

Ao relatório da r. sentença de fls. 339/345, acrescenta-

se que a presente demanda foi julgada nos seguintes termos: “julgo PROCEDENTE EM PARTE o pedido da inicial, para declarar inexistentes os empréstimos de R\$ 1.509,44 contrato nº 5747585; e R\$ 2.054,28 contrato nº 5812179, perante o Banco Bradesco. Determino à ré o cancelamento da inscrição e protesto por tais débitos - caso ainda não realizado. Condeno a ré a restituir ao autor eventuais valores descontados, com encargos (atualização pela Tabela do TJSP desde os descontos, com juros de 1% ao mês desde a citação), compensável esta restituição com os valores depositados na conta do autor consecutório do retorno das partes ao estado anterior. Caso o autor não tenha sofrido desconto, determino que restitua os valores recebidos por parte da ré a respeito dos mútuos vergastados. Custas e honorários fixados em 75% para a parte autora e 25% para a parte ré, em razão de sua menor sucumbência já que afastados os danos morais. O valor dos honorários incide sobre o valor da causa, observada a suspensão da exigibilidade quanto ao autor ante o deferimento da gratuidade”.

Os embargos de declaração opostos pela parte autora (fls. 348) foram julgados nos seguintes termos (fls. 411): “Fls. 348: explicita-se que os honorários – que incidirão sobre o valor da causa, conforme explicitado a fls. 345 – foram fixados no piso legal (10% do valor da causa), cabendo 7,5% aos advogados da parte ré, a serem pagos pelo autor, ressalvada a gratuidade, e 2,5% aos advogados do autor, a serem pagos pelo BRADESCO. 2. Observo que o ofício de fls. 318 foi expedido de forma equivocada. Determinou-se, com efeito, que, fazendo-se referência ao boletim de ocorrência de fls. 31/32, fosse comunicado à autoridade policial que a vítima apresentou, em juízo, relato de delito de roubo, modificando a versão apresentada no boletim de ocorrência eletrônico, e que se disponibilizasse à autoridade, mediante fornecimento de senha para acesso aos autos, o depoimento do autor. 2.1. Expeça-se novo ofício, portanto, disponibilizando à autoridade policial o depoimento do autor”.

Apelação do Banco Bradesco S/A (fls. 349/399), sustentando que: (a) “deve ser reformada a concessão da tutela pleiteada, tendo em vista ausência de requisitos legais ou de perigo de dano para a Parte Apelada, devendo ser revogada a decisão que a deferiu, ou, ao menos, reduzido o valor da multa cominada”; (b) “em que pese a fundamentação da r. sentença acerca ausência de comprovação acerca do dispositivo usado para a realização dos empréstimos, é INCONTROVERSO que esses partiram do celular da parte Apelada, dispositivo este roubado”; (c) “ainda que o celular estivesse desbloqueado, os aplicativos dos bancos exigem, minimamente, o uso de senha ou digital/biometria para abrir, ou seja, de alguma forma, o acesso teria sido facilitado”; (d) “destaca-se que a demora da Recorrida em tomar providências acarretou seu prejuízo, na medida em que o roubo ocorreu entre 13/08/2022 e 14/08/2022, as operações contestadas ocorreram somente em 15/08/2022 e o Boletim de Ocorrência fora lavrado em 17/08/2022”; (e) “Cabe à parte provar o real prejuízo sofrido (descontos) para ter direito a indenização, o que não ocorreu no caso dos autos, uma vez que a Apelada se limitou a alegar ter sofrido dano material, sem, contudo, comprová-lo, com relação aos descontos pelos empréstimos realizados”; (f) “aos danos materiais não há que se falar em incidência desde o evento danoso, devendo correr este a partir da citação”; e (g) “os honorários devem ser fixados SOBRE O PROVEITO ECONÔMICO”.

Apelação da parte autora (fls. 423/433), alegando que: (a) “o mesmo argumento utilizado para o reconhecimento dos danos morais, a ponto de afastar a valoração do acordo firmado, deve ser aplicado para os danos materiais. Isso porque, o acordo firmado com o Nubank, em nada altera a parcela de contribuição dos danos morais suportados pelo autor. De fato, deve haver individualização da conduta do apelado-bradesco, pois contribuiu para o evento danoso, bem assim foi quem levou o nome do consumidor a protesto”; (b) “o acordo firmado em nada altera a pretensão contra o banco-bradesco de recomposição do saldo bancário na conta-poupança”; e (c) a sucumbência do autor foi mínima.

Os recursos foram processados, com apresentação de respostas pelas partes apeladas a fls. 414/422 e 439/453.

É o relatório.

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

A pretensão recursal da parte autora é a condenação do Banco Bradesco ao pagamento de indenização por danos morais e materiais nos termos pleiteados na inicial.

2. A apelação devolve ao conhecimento deste Eg. Tribunal de Justiça, apenas e tão-somente, as deliberações da r. sentença, efetivamente impugnadas, por força dos arts. 1.008, 1.010 e 1.013, do CPC/2015.

Outras questões não atacadas por recursos oferecidos contra a r. sentença recorrida, não foram devolvidas ao conhecimento deste Eg. Tribunal, visto que com elas as partes se conformaram.

Nesse sentido, quanto à limitação do conhecimento e julgamento à matéria efetivamente impugnada no apelo, as notas de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: (a) “**Extensão da substituição.** A substituição pode ser total ou parcial, conforme a impugnação for total ou parcial. O efeito substitutivo do recurso só atinge a parte do recurso que for conhecida pelo tribunal. No mais, remanesce íntegra a decisão (ou parte dela) que não sofreu impugnação ou cuja parte do recurso não foi conhecida pelo tribunal.” (“Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante”, 10ª edição, RT, 2007, p. 848, nota 3 ao art. 512); (b) “**Fundamentação.** O apelante deve dar as razões, de fato e de direito, pelas quais entende deva ser anulada ou reformada a sentença recorrida. Sem as razões do inconformismo, o recurso não pode ser conhecido” (“Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante”, 10ª edição, RT, 2007, p. 853, nota 5 ao art. 512, II); e (c) “**Devolução.** O efeito devolutivo da apelação faz com que seja devolvido ao tribunal *ad quem* o conhecimento de toda a matéria efetivamente impugnada pelo apelante em suas razões de recurso. Recurso ordinário por excelência, a apelação tem o maior âmbito de devolutividade dentre os recursos processuais civis. A apelação presta-se tanto á correção dos *errores in iudicando* quanto aos *errores in procedendo*, com a finalidade de reformar (função rescisória) ou anular (função rescindente) a sentença, respectivamente. O apelo pode ser

utilizado tanto para a correção de injustiças como para a revisão e reexame de provas. **A limitação do mérito do recurso, fixada pelo efeito devolutivo, tem como consequências:** a) **limitação do conhecimento do tribunal, que fica restrito à matéria efetivamente impugnada (*tantum devolutum quantum appellatum*); b) proibição de reformar para pior; c) proibição de inovar em sede de apelação (proibição de modificar a causa de pedir ou o pedido.” (“Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante”, 10ª edição, RT, 2007, p. 856, nota 1 ao art. 515, o destaque não consta do original).**

3. Reforma-se, em parte, a r. sentença.

3.1. 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).

3.2. 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 culposos, 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).

3.3. 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).**

3.4. Em ações declaratórias negativas, em que o consumidor nega a contratação de serviço cobrado ou alega indevida inscrição de débito em cadastro de inadimplente, por não reconhecimento da existência da dívida, em razão de contrato celebrado entre ele e a parte ré fornecedora de produtos ou serviços, incumbe a essa provar a existência e a origem do débito, cuja exigibilidade é impugnada pelo consumidor, ou seja, do fato constitutivo da dívida por ela cobrada, seja por envolver fato negativo (art. 373, II do CPC/2015), sendo difícil a produção de tal prova pela parte autora, seja por força do disposto nos arts. 6º, VIII, e 14, *caput*, do CDC.

Nesse sentido, a orientação de Ernane Fidélis dos Santos: “A **idéia de constitutividade, impedimento, modificação ou extinção do direito mantém-se com a mesma característica e, dependendo do fato sobe que vai atuar a prova, pode, no processo, não coincidir com a posição da parte que dele tem o ônus**. O autor faz cobrança contra o réu. O réu alega que pagou ao mandatário do autor: deverá prová-lo. O autor, não negando o pagamento nem a existência do mandato, alega, contudo, sua revogação com ciência real ou presumida do réu. Não há dúvida de que o último fato alegado é impeditivo com relação a um direito do réu, competindo a prova, portanto, ao autor. Interessante, pois, observar que qualquer fato relacionado com o direito se enquadra na classificação geral, independentemente da relação jurídica a que se refira, comportando cada qual, de per si, a aplicação da teoria do ônus da prova, quando for o caso. Quando o fato for um só, como por exemplo, prova da propriedade imóvel pelo registro, quem alega sua

existência, prova-o, juntando a certidão respectiva, mas quando para se chegar a uma conclusão vários fatos são questionados, cada qual tem a sua disciplina do ônus da prova. É a hipótese acima, por exemplo, de o réu alegar pagamento a mandatário, com o autor alegando revogação de mandato. **A regra que impera mesmo no processo é a de que “quem alega o fato deve prová-lo”. O fato será constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito, não importando a posição das partes. Desde que haja a afirmação da existência ou inexistência do fato, de onde se extrai a situação, circunstância ou direito a favorecer quem alega, dele é o ônus da prova. Durante certo tempo vigorou o princípio da *negativa non sunt probanda*, que cede lugar, agora, ao princípio mais abrangente e mais lógico de quem alega a constituição, impedimento, extinção ou modificação de direito deve prová-los, sem a preocupação do posicionamento das partes e com a questão das negativas.** Se paira incerteza sobre a servidão entre prédios e o proprietário do que seria serviente pretende declaração de sua inexistência, mesmo sendo autor, ao réu incumbe o ônus da prova contrária, isto é, provar a servidão, já que ela se refere a fato constitutivo de direito a favorecê-lo, **Na ação onde se pleiteia a declaração de negativa de dívida, o autor nada deve provar. O fato constitutivo é o crédito e o ônus da prova, nesse caso, reverte-se para o credor, que é réu.** Atribuição do ônus da prova, por outro lado, não tem nenhuma vinculação necessária de quem será o benefício, se o fato for provado, ou seja, se for o autor quem produziu a prova, cujo ônus seria do réu, como o pagamento da dívida por exemplo, o juiz decidirá em benefício do réu (art. 371). Em determinadas situações, o juiz lança mão de critério subsidiário da verdade real, usando-se do ônus da prova, mas para atribuí-lo à parte a quem foi desfavorece o juízo de maior probabilidade. Quer-se provar que o cidadão não foi ao serviço em determinado dia, mas há dúvida sobre o fato. Sabe-se, contudo, que dos trinta dias do mês, faltou ele vinte e cinco. Mesmo que a prova de falta pertença à outra parte, já há probabilidade maior a lhe favorecer, de forma tal que o empregado não posse ser desincumbido de prova o comparecimento. O juízo de maior probabilidade se mantém em estreita ligação com as regras de experiência (art. 375), aplicáveis de acordo com o *quod plerumque fit*” (“Manual de Direito Processual Civil – Processo de Conhecimento”, vol 1, 16ª ed., Saraiva, 2017, SP, p. 706/707, o destaque não consta do original).

Nesse sentido, quanto à inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, a orientação de Humberto Theodoro Júnior: “Para demandas intentadas no âmbito das relações de consumo existe regra especial que autoriza, em certos casos, a inversão do ônus da prova transferindo-o do autor (consumidor) para o réu (fornecedor) (art. 6º, VIII, do CDC). **Não se pode, todavia, entender que o consumidor tenha sido totalmente liberado do encargo de provar o fato constitutivo do seu direito, nem de que a inversão especial do CDC ocorra sempre, e de maneira automática, nas relações de consumo. Em primeiro lugar, a lei tutelar do consumidor condiciona a inversão a determinados requisitos (verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor), que haverão de ser aferidos pelo juiz para a concessão do excepcional benefício legal. Em segundo lugar, não se pode cogitar de verossimilhança de um fato ou da hipossuficiência da parte para prová-lo sem que haja um suporte probatório mínimo sobre o qual o juiz possa deliberar para definir o cabimento, ou não, da inversão do ônus da prova.** Ao réu, segundo a melhor percepção do espírito da lei

consumerista, competirá provar, por força da regra *sub examine* [refere-se ao art. 6º, VIII, do CDC], não o fato constitutivo do direito do consumidor, mas aquilo que possa excluir o fato da esfera da responsabilidade, diante do quadro evidenciado no processo, como, v.g., o caso fortuito, a culpa exclusiva da vítima, a falta de nexo entre o resultado danoso e o produto consumidor etc. Se, entretanto, o autor não tiver trazido ao processo qualquer prova do dano que afirma ter sofrido e nem mesmo elementos indiciários do nexo entre esse dano e o produto ou serviço prestado pelo fornecedor demandado, impossível será realizar o juízo que o art. 6º, VIII, do CPC, exige do magistrado para carrear o ônus da prova ao réu. **Sem prova alguma, por exemplo, da ocorrência do fato constitutivo do direito do consumidor (autor), seria diabólico exigir do fornecedor (réu) a prova negativa do fato passado fora de sua área de conhecimento e controle. Estar-se-ia, na verdade, a impor prova impossível, a pretexto de inversão do *onus probandi*, o que repugna à garantia do devido processo legal, com as características do contraditório e ampla defesa.** O sistema do art. 6º, VIII, do CDC só se compatibiliza com as garantias democráticas do processo se entendido como critério de apreciação das provas pelo menos indiciárias, disponíveis no processo. Não pode ser aplicado a partir do nada. (...)” (“Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil - Processo de Conhecimento – Procedimento Comum”, vol. I, 56ª ed., Forense, 2015, RJ, p. 896/897, item 669, o destaque não consta do original).

Nesse sentido, quanto à distribuição do ônus da prova, objeto do art. 333, do CPC/1973, com correspondência com o art. 373, do CPC/2015, em ação declaratória negativa, a orientação: **(a)** dos julgados do Eg. STJ extraídos do respectivo site proferidos na vigência do CPC/1973: **(a.1)** “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 **(a.2)** “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PROTESTO DE DUPLICATA. EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA SUBJACENTE AO TÍTULO. ÔNUS DA PROVA. PROVA NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE MATERIAL. **I. Tratando-se de alegação de inexistência de relação jurídica ensejadora da emissão do título protestado, impossível impor-se o ônus de prová-la ao autor, sob pena de determinar-se prova negativa, mesmo porque basta ao réu, que protestou referida cártula, no caso duplicata, demonstrar que sua**

emissão funda-se em efetiva entrega de mercadoria ou serviços, cuja prova é perfeitamente viável. Precedentes. II. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ-4ª Turma, REsp 763033/PR, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, v.u., j. 25/05/2010, DJe 22/06/2010, o destaque não consta do original).

É de se reconhecer que: (a) compete à instituição financeira manter toda a documentação relativa à sua atividade, enquanto não operar a prescrição e a decadência em relação aos atos nela consignados; e (b) a presença do requisito da hipossuficiência prevista no art. 6º, VIII, do CDC, para a inversão do ônus da prova, em demandas que envolvam mecanismos de segurança utilizados por instituição financeira.

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)** “Consumidor. Saque indevido em conta corrente. Cartão bancário. Responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços. Inversão do ônus da prova. - Debate referente ao ônus de provar a autoria de saque em conta corrente, efetuado mediante cartão bancário, quando o correntista, apesar de deter a guarda do cartão, nega a autoria dos saques. - Reconhecida a possibilidade de violação do sistema eletrônico e, tratando-se de sistema próprio das instituições financeiras, ocorrendo retirada de numerário da conta corrente do cliente, não reconhecida por este, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade objetiva do fornecedor do serviço, somente passível de ser ilidida nas hipóteses do § 3º do art. 14 do CDC. - Inversão do ônus da prova igualmente facultada, tanto pela hipossuficiência do consumidor, quanto pela verossimilhança das alegações de suas alegações de que não efetuara o saque em sua conta corrente. Recurso não conhecido.” (STJ-3ª Turma, REsp 557030/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 16/12/2004, DJ 01/02/2005 p. 542 RSTJ vol. 191 p. 301, 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, embora, 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 inexistiu' (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 falcaturas 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).

3.5. Reconhece-se a existência de falha na prestação do serviço pela instituição financeira apelante, consistente no descumprimento do dever de resguardar a segurança da conta bancária da parte autora contra a ação de terceiros não autorizados, falha de serviço esta que permitiu a realização das operações indevidas identificadas na inicial, com posterior inscrição do indébito nos cadastros de inadimplentes.

Diante das alegações das partes e da prova constante dos autos, reconhece-se que: **(a)** a parte autora foi vítima de roubo de aparelho celular e cartão bancário em via pública (cf. fls. 31/32 e 296/301), com consequente invasão da conta que mantém junto a aplicativo da ré; **(b)** a existência das operações indevidas, objeto da ação e descritas na inicial, realizadas na conta corrente da parte autora consumidora, as quais restaram incontroversas, além de demonstradas (fls. 19 e 24/26); **(c)** o banco réu apelante não produziu prova que permitisse o reconhecimento de que as operações em comento imputadas como indevidas, na conta corrente da parte autora, consistente em contratação de empréstimos bancários e transferência de numerário à conta que autora possuía em outra instituição financeira, e posteriormente à conta de terceiros, foram realizadas por esta ou por terceiro por ela autorizado, ônus que era seu, visto que sequer conseguiu identificar quem efetivamente realizou as transações especificadas na inicial, nem comprovou que houve operação fraudulenta com contribuição da parte autora; e **(d)** apesar da contestação dos débitos da comunicação ao banco apelante do ilícito sofrido, este insistiu na cobrança e efetuou a inscrição do indébito nos cadastros de inadimplentes

(cf. fls. 33/34).

O defeito de serviço e culpa do réu apelante ficaram configurados, no que concerne às operações indevidas, visto que: **(a)** embora a parte autora tenha sido vítima de roubo em via pública, o banco réu apelante não agiu com a diligência necessária na prestação de seus serviços, permitindo a realização de operações fraudulentas na conta corrente da autora; e **(b)** a regularidade das operações impugnadas pela parte autora não restou demonstrada nos autos, ônus que era da parte ré (CPC/2015, art. 373, II).

Ademais, como bem decidido pelo MM Juízo sentenciante: “a inversão do ônus da prova com base na hipossuficiência probatória por parte do consumidor. Importante consignar que a agência bancária não trouxe os extratos bancários do período de setembro/2021 a setembro/2022 da conta corrente 2995-5 e agência 3210, ou seja, presumível a veracidade do dito pelo autor quanto a esse ponto. Não menos importante destacar que o autor fez prova documental segura do ocorrido ao contrário da instituição bancária ré que não trouxe qualquer documento apto a comprovar o dito em contestação conforme destaco a seguir. Não trouxe o banco qualquer prova a respeito da origem das transações, números de IP ou mesmo código dos aparelhos utilizados. Como já dito, operada a inversão do ônus da prova cabia à instituição financeira que inclusive detém todos estes dados em sua base trazer aos autos o detalhamento das transações, o que não fez”.

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.

3.6. Reconhecido que os contrato bancário objeto da demanda não obrigam a parte autora e, conseqüentemente, a inexigibilidade da dívida e a ilicitude de sua negativação, de rigor, a manutenção da r. sentença, na parte em que julgou procedente a ação, “para declarar inexistentes os empréstimos de R\$ 1.509,44 contrato nº 5747585; e R\$2.054,28 contrato nº 5812179, perante o Banco Bradesco”, tornando definitiva a tutela de urgência concedida para “determinar o cancelamento da inscrição e protesto por tais débitos - caso ainda não realizado”.

3.7. Mantém-se a multa diária para o caso de descumprimento da obrigação de fazer imposta.

3.7.1. Admissível a cominação de multa, para o descumprimento de obrigação de fazer e não fazer, caso dos autos, a teor do art. 497 do CPC/2015, correspondente ao art. 461, do CPC/1973.

Neste sentido, os julgados do Eg. STJ extraídos do respectivo site: **(a)** “PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE NÃO FAZER FUNDADA EM TÍTULO JUDICIAL – IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA – REVISÃO DO VALOR – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA N. 7/STJ. I – **É possível a cominação de multa diária para induzir o cumprimento da decisão relativa a obrigação de fazer e de**

não fazer, fundada em título judicial. (...) . III – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.” (STJ-4ª Turma, AgRg no Ag 343919/RJ, rel. Min. Massami Uyeda, v.u., j. 20/11/2007, DJ 17/12/2007 p. 173, o destaque não consta do original); **(b)** “AGRAVO REGIMENTAL. REVISÃO DE CONTRATO BANCÁRIO. LIMINAR PARA EXCLUIR NOME DO DEVEDOR DOS CADASTROS DE DEVEDORES. MULTA DIÁRIA. CABIMENTO. ART. 461, § 4º, DO CPC. 1. **“A fixação de multa para o caso de descumprimento de decisão judicial, expressa no dever da instituição financeira de proceder à retirada do nome do devedor de cadastros de proteção ao crédito, encontra previsão no art. 461, parágrafos 3º e 4º, do CPC, haja vista a decisão se fundar em uma obrigação de fazer.”** (AgRg no Ag n. 563.875/RS) Agravo regimental improvido.” (STJ-4ª Turma, AgRg no Ag 559978/RS, rel. Min. Barros Monteiro, v.u., j. 01/09/2005, DJ 10/10/2005 p. 373, o destaque não consta do original); **(c)** “EMBARGOS À EXECUÇÃO. CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO À CORTE A QUO. ART. 535, II, DO CPC. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. TRÂNSITO EM JULGADO. ASTREINTE. (...) II - **Trata-se de processo de execução fundado em título judicial que impõe obrigação de fazer consistente na retificação de dados sobre a exequente/embargada. Na inicial do processo de conhecimento, a autora pediu o cumprimento da decisão em trinta dias, sob pena de multa diária. O pleito foi deferido integralmente, de modo que a modificação deste prazo, na via dos embargos à execução, implica violação à coisa julgada. (...)IV - Recurso especial improvido.”** (STJ-1ª Turma, REsp 939399/DF, rel. Min. Francisco Falcão, v.u., j. 21/10/2008, DJe 10/11/2008, o destaque não consta do original) e **(d)** ADMINISTRATIVO – FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA – AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO – MULTA DIÁRIA POR DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL – CABIMENTO – REVISÃO – VALOR EXCESSIVO OU IRRISÓRIO. 1. A recorrente, ora agravante, não realizou o necessário cotejo analítico, bem como não apresentou, adequadamente, o dissídio jurisprudencial. Apesar da transcrição de ementa, deixou ela de demonstrar as circunstâncias identificadoras da divergência entre o caso confrontado e o aresto paradigma, o que inviabiliza o conhecimento do recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional. 2. Inexistente a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional ajustou-se à pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do julgado agravado. É cediço que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder um a um seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu. 3. **A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de ser cabível a aplicação de multa diária como meio coercitivo de impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa, nos termos dos artigos 461 e 461-A do CPC.** 4. **É possível a intervenção desta Corte para reduzir ou aumentar o valor da multa por descumprimento de ordem judicial apenas nos casos em que o quantum arbitrado pelo acórdão recorrido se mostre irrisório ou exagerado, o que não é o caso dos autos.** Agravo regimental improvido” (2ªT, AgRg no AgRg no REsp 1087647 / RS, rel. Min. Humberto Martins, j. 08.09.2009, DJe 28.09.2009, o destaque não consta do original).

3.7.2. A multa, para o descumprimento da obrigação de fazer ou não fazer imposta, deve ser fixada com observância de critérios de proporcionalidade e razoabilidade, em montante compatível com o conteúdo da prestação de fazer e com vistas a apresentar função coercitiva, para o fim de assegurar o adimplemento da obrigação, compelindo o devedor cumprir a prestação, objeto da decisão judicial, sem promover enriquecimento sem causa do credor.

Quanto à cominação da multa no descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, adota-se a orientação de: **(a)** Paulo Henrique dos Santos Lucon: “**O art. 537 do Código de Processo Civil estabelece as balizas para a disciplina das *astreintes* (multa periódica), medida coercitiva mais utilizada para se conferir efetividade à tutela específica.** Trata-se, como se sabe, de um mecanismo de coerção indireta que visa constranger o devedor a cumprir a obrigação que lhe foi imposta. Referida multa pode ser aplicada, inclusive, na fase de conhecimento, para efetivação da tutela provisória, por exemplo, na sentença, ou na fase de execução. Antes de impor uma multa pelo descumprimento de uma ordem judicial é necessário que ao devedor seja conferido um prazo razoável para o cumprimento da prestação. Se tal prazo não for observado, daí então justifica-se a imposição da multa. (...) **Como critério para a fixação dessa multa o art. 537, caput, estabelece que ela deverá ser suficiente e compatível com a obrigação.** Deve o julgador, além disso e, dentre outros fatores, levar em consideração o patrimônio do devedor ao fixar a multa devida. Como o legislador brasileiro, no entanto, não estabeleceu um teto para as *astreintes*, tem-se que, de início, ele deve ser fixado em um patamar elevado a fim de constranger o devedor ao máximo a cumprir a prestação. Como esse multa possui natureza instrumento de constranger o devedor, o valor da multa poderá ser modificado a depender das circunstâncias do caso” (“Comentários ao Código de Processo Civil – Arts. 318 a 538 – Parte Especial – Procedimento Comum e Cumprimento de Sentença”, vol. 2., Coordenador Cassio Scarpinella Bueno, 2017, Saraiva, p. 762, item 1 do art. 537, o destaque não consta do original); **(b)** Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: “Deve ser imposta a multa, de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. **O objetivo das *astreintes* não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz**” (“Comentários ao Código de Processo Civil – Novo CPC – Lei 13.105/2015”, 1ª ed., 2ª tiragem, RT, 2015, p. 1348, nota 2 ao art. 537, o negrito não consta do original); e **(c)** dos julgados extraídos do site do Eg. STJ: **(c.1)** “AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MULTA DIÁRIA. PRECLUSÃO E COISA JULGADA. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.333.988/SP. PARÂMETRO DE FIXAÇÃO. ANÁLISE PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. 1. A decisão recorrida foi publicada antes da entrada em vigor da Lei 13.105 de 2015, estando o recurso sujeito aos requisitos de admissibilidade do Código de Processo Civil de 1973, conforme Enunciado Administrativo 2/2016 desta Corte. 2. **“A decisão que comina *astreintes* não preclui, não fazendo tampouco**

coisa julgada" (REsp 1.333.988/SP, Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 9.4.2014, DJe de 11.4.2014). 3. **Cabe às instâncias ordinárias analisar, em cada caso concreto, o valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado; o tempo para cumprimento (prazo razoável e periodicidade); a capacidade econômica e de resistência do devedor; e a possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e dever do credor de mitigar o próprio prejuízo (duty to mitigate de loss).** Precedente: (AgInt. no AgRg. no AREsp. 738.682/RJ, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Relator p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17.11.2016, DJe 14.12.2016). 4. **Agravo interno a que se nega provimento."** (STJ-4ª Turma, AgInt no AREsp 882327/MG, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 09/05/2017, DJe 16/05/2017, o destaque não consta do original); e **(c.2)** **"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. REDUÇÃO. VALOR DA ASTREINTE. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DAS PROVAS DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO. 1. O art. 461 do Código de Processo Civil permite que o magistrado altere, de ofício ou a requerimento da parte, o valor da multa quando esse se tornar insuficiente ou excessivo, mesmo depois de transitada em julgado a sentença, não havendo preclusão. 2. Isso porque "a natureza jurídica das astreintes - medida coercitiva e intimidatória - não admite exegese que a faça assumir um caráter indenizatório, que conduza ao enriquecimento sem causa do credor. O escopo da multa é impulsionar o devedor a assumir um comportamento tendente à satisfação da sua obrigação frente ao credor, não devendo jamais se prestar a compensar este pela inadimplência daquele"** (REsp n. 1.354.913/TO, Relatora a Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, DJe 31/5/2013). 3. **Consoante o entendimento da Segunda Seção, é admitida a redução do valor da astreinte quando a sua fixação ocorrer em valor muito superior ao discutido na ação judicial em que foi imposta, a fim de evitar possível enriquecimento sem causa. Todavia, se a apuração da razoabilidade e da proporcionalidade se faz entre o simples cotejo do valor da obrigação principal com o valor total fixado a título de astreinte, inquestionável que a redução do valor da última, pelo simples fato de ser muito superior à primeira, prestigiará a conduta de recalcitrância do devedor em cumprir as decisões judiciais, além do que estimulará os recursos com esse fim a esta Corte Superior, para a diminuição do valor devido, em total desprestígio da atividade jurisdicional das instâncias ordinárias, que devem ser as responsáveis pela definição da questão, e da própria efetividade da prestação jurisdicional. 4. Diversamente, se o deslocamento do exame da proporcionalidade e razoabilidade da multa diária, em cotejo com a prestação que deve ser adimplida pela parte, for transferido para o momento de sua fixação, servirá de estímulo ao cumprimento da obrigação, na medida em que ficará evidente a responsabilidade do devedor pelo valor total da multa, que somente aumentará em razão de sua resistência em cumprir a decisão judicial. 5. Sob esse prisma, o valor total fixado a título de astreinte somente poderá ser objeto de redução se fixada a multa diária em valor desproporcional e não razoável à própria prestação que ela objetiva compelir o devedor a cumprir, nunca em razão do simples valor total da dívida, mera decorrência da demora e inércia do próprio devedor. 6. Esse critério, por um lado, desestimula o comportamento temerário da parte que, muitas vezes e de forma deliberada, deixa a dívida crescer a ponto de se tornar insuportável**

para só então bater às portas do Judiciário pedindo a sua redução, e, por outro, evita a possibilidade do enriquecimento sem causa do credor, consequência não respaldada no ordenamento jurídico. 7. A alteração do valor fixado para as astreintes demandaria o reexame das circunstâncias fáticas da causa, o que é vedado em recurso especial, ante o disposto no enunciado n. 7 da Súmula do STJ. 8. Agravo regimental a que se nega provimento” (STJ-3ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1277152/RS, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 06/08/2015, DJe 21/08/2015, o destaque não consta do original).

3.7.3. O termo inicial de incidência de correção monetária da multa imposta para o descumprimento da obrigação de fazer ou não fazer é a data do arbitramento, mas os juros de mora não incidem sobre a multa, sob pena de configurar 'bis in idem'.

Nesse sentido, a orientação do julgado extraído do site do Eg. STJ: “CIVIL E PROCESSO CIVIL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA DIÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS LEGAIS. INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA. ARTS. ANALISADOS: 461, § 4º, CPC; 395, CC/02; 1º, LEI 6.899/1981. 1. Ação de anulação e substituição de títulos, cujos autos foram restaurados em 1998, em fase de cumprimento de sentença, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 05/12/2011. 2. **A controvérsia reside em definir se sobre a multa prevista no § 4º do art. 461 do CPC incidem juros de mora legais e correção monetária e, em caso positivo, o termo inicial para sua exigibilidade.** 3. O poder de intimidação refletido no valor arbitrado pelo Juiz a título de multa diária, nos termos do § 4º do art. 461 do CPC, deve ser preservado ao longo do tempo - e, portanto, corrigido - a fim de que corresponda, desde então, à expectativa de ser o suficiente para a obtenção da tutela específica. Assim, a partir de sua fixação, o contexto apresentado para o devedor tem de revelar, sempre, que lhe é mais interessante cumprir a obrigação principal que pagar a multa. 4. O termo inicial de incidência da correção monetária sobre a multa do § 4º do art. 461 do CPC deve ser a data do respectivo arbitramento, como ocorre nas hipóteses de dano moral (Súm. 362/STJ). 5. **Não incidem juros de mora sobre a multa imposta pelo descumprimento de obrigação de fazer, sob pena de configurar bis in idem.** 6. Recursos especiais conhecidos; provido parcialmente o do primeiro recorrente e desprovido o do segundo.” (STJ-3ª Turma, REsp 1327199/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22/04/2014, DJe 02/05/2014, o destaque não consta do original).

3.7.4. A exigibilidade da multa em razão do descumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, mesmo na vigência do CPC/2015, não se efetiva de forma automática, porque a prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, e, consequentemente, somente incide a partir do esgotamento do prazo fixado para o cumprimento, prazo este que só começa a fluir com a intimação pessoal do devedor, por força do estabelecido na Súmula 410/STJ, que continua válida em face do ordenamento jurídico em vigor, conforme deliberação da Eg. Segunda Seção do STJ, ora adotada, e, consequentemente, não se

tornou superada, em razão do disposto art. 513, § 2º, I, do CPC/2015.

Nesse sentido, para caso análogo, mas com inteira aplicação à espécie, a orientação do julgado extraído do site do Eg. STJ: “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER COM COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 410/STJ. ACÓRDÃO EM DISSONÂNCIA AO ENTENDIMENTO REAFIRMADO PELA SEGUNDA SEÇÃO DESTA CORTE (RESP N. 1.349.790/RJ). RECURSO ESPECIAL PROVIDO. DECISÃO Cuida-se de recurso especial interposto por Elísio Zimbu Santana, com fulcro no art. 105, III, a e c, da Constituição da República, contra acórdão proferido pela Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado (e-STJ, fl. 400): AGRADO DE INSTRUMENTO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - ACORDO FIRMADO ENTRE AS PARTES E HOMOLOGADO PELO JUÍZO - OBRIGAÇÃO DE FAZER - MULTA COMINATÓRIA - INTIMAÇÃO PESSOAL - DESNECESSIDADE - SUFICIÊNCIA DA INTIMAÇÃO FEITA NA PESSOA DO ADVOGADO - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 410/STJ - CASO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 11.232/05 - ASTREINTES EXIGÍVEIS, DIANTE DO DESCUMPRIMENTO DA AVENÇA - INTELIGÊNCIA DO CPC/2015. - Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça firmado ainda sob a égide do CPC/1973, é desnecessária, para fins de cobrança da multa cominatória, a intimação pessoal do executado para cumprimento da obrigação de fazer, nas hipóteses posteriores à vigência da Lei 11.232/05. Assim, basta a realizada por meio do advogado, de sorte que não há que se falar em aplicação da Súmula 410 daquele Tribunal em casos que tais. - O CPC/2015 encampou essa orientação, ao prever, em seu art. 513, § 2º, I, a suficiência da intimação concernente ao cumprimento efetuada na pessoa do advogado, por meio do Diário de Justiça, dispositivo normativo esse plenamente aplicável às obrigações de fazer, em especial diante da sua topografia no códex (Título II – Do Cumprimento da Sentença, Capítulo I - Disposições Gerais), restando superada de vez a Súmula 410/STJ. Nas razões do apelo extremo, o insurgente aponta a ocorrência de divergência jurisprudencial e violação aos arts. 461 do CPC/1973 e 513, § 4º, do CPC/2015, aduzindo que, mesmo após o advento da Lei n. 11.232/2005, seria necessária a intimação pessoal da parte para que a multa pecuniária imposta pelo descumprimento de obrigação de fazer produza seus efeitos práticos. Requer a atribuição de efeito suspensivo ao presente feito. Contrarrazoado o feito (e-STJ, fls. 510-517), o recurso foi admitido na origem (e-STJ, fls. 519-520), ascendendo os autos a esta Corte Superior. **Brevemente relatado, decido. É firme o entendimento das Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte, sedimentado na Súmula 410/STJ, segundo o qual, "a prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer".** Esse entendimento foi reafirmado pela Segunda Seção desta Corte Superior, no julgamento do REsp n. 1.349.790/RJ, inclusive em relação aos procedimentos posteriores à entrada em vigor da Lei n. 11.232/2005. Confirmam-se os precedentes mais recentes desta Corte Superior no mesmo sentido: AGRADO INTERNO. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. MULTA DIÁRIA.

AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO DEVEDOR. 1. A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Entendimento compendiado na Súmula n. 410, editada em 25.11.2009, anos após a entrada em vigor da Lei 11.232/2005, o qual continua válido em face do ordenamento jurídico em vigor. 2. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 586.393/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 19/06/2018) AGRADO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA COMINATÓRIA. CUMPRIMENTO DE DECISÃO. INTIMAÇÃO. NECESSIDADE. SÚMULA Nº 410/STJ. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. **Necessária a intimação pessoal da parte a quem se destina a obrigação de fazer, especialmente quando há fixação de astreintes. Súmula nº 410/STJ. 3. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1704998/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 17/04/2018) **No entanto, o Tribunal de origem, contrariando o referido entendimento, consignou que seria suficiente a intimação da parte na pessoa do advogado, sendo desnecessária a cientificação pessoal para a incidência de multa diária pelo descumprimento da obrigação de fazer. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para reconhecer a nulidade da cobrança da multa pelo descumprimento de obrigação de fazer, em razão da ausência de intimação pessoal do devedor.”** (REsp 1728194/MG, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, data da publicação: 24/08/2018, o destaque não consta do original).**

Neste sentido, quanto ao descabimento de cominação de multa retroativa, a orientação do julgado extraído do site do Eg. STJ: “**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. FIXAÇÃO RETROATIVA DE MULTA DIÁRIA PARA O DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. IMPOSSIBILIDADE. INTUITO RECALCITRANTE. NÃO COMPROVADO. SÚMULA 7/STJ. RECURSO DESPROVIDO. 1. As astreintes não têm caráter punitivo, mas coercitivo e tem a finalidade de pressionar o réu ao cumprimento da ordem judicial, logo não pode ser retroativa, ou seja, não pode ser aplicada após o cumprimento da decisão judicial. 2. A análise da insurgência quanto a afirmação do Tribunal de origem quanto a inexistência de recalcitrância do réu em cumprir decisão judicial implica, no caso, em revolvimento dos fatos e circunstâncias da causa, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental não provido”.** (4ª Turma, AgRg no AREsp 419485/RS, rel. Min. Raul Araújo, v.u., j. 04.12.2014, DJe 19.12.2014, o destaque não consta do original).

3.7.5. Na espécie, a cominação de multa diária de R\$300,00, em caso de descumprimento da obrigação de fazer imposta, atende os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, visto adequada para não prestigiar a inércia da ré, nem promover o enriquecimento sem causa da parte autora, bem como porque ajustada ao conteúdo econômico do valor do débito, objeto da ação, sem se mostrar abusiva, mas sim razoável para forçar o cumprimento da obrigação, como exige o art. 537, do CPC/2015.

Ressalva-se a possibilidade de majoração da multa, para forçar o cumprimento, para a hipótese na protelação ou recalcitrância no descumprimento.

Nesse sentido, quanto à possibilidade de modificação de astreinte, a orientação do julgado extraído do site do Eg. STJ: “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. SÚMULA Nº 284/STF. **ASTREINTES. VALOR. ALTERAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. JUSTA CAUSA. VERIFICAÇÃO. NECESSIDADE. MULTA DO ART. 475-J DO CPC/1973. INAPLICABILIDADE. TÍTULO JUDICIAL ILÍQUIDO. PENHORA. SEGURO GARANTIA JUDICIAL. INDICAÇÃO. POSSIBILIDADE. EQUIPARAÇÃO A DINHEIRO. PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE PARA O DEVEDOR E PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFICÁCIA DA EXECUÇÃO PARA O CREDOR. COMPATIBILIZAÇÃO. PROTEÇÃO ÀS DUAS PARTES DO PROCESSO. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. A alegação genérica da suposta violação do art. 1.022, II, do CPC/2015, sem especificação das teses que teriam restado omissas pelo acórdão recorrido, atrai a incidência da Súmula nº 284/STF. 3. **A decisão que arbitra astreintes, instrumento de coerção indireta ao cumprimento do julgado, não faz coisa julgada material, podendo, por isso mesmo, ser modificada, a requerimento da parte ou de ofício, seja para aumentar ou diminuir o valor da multa ou, ainda, para suprimi-la. Precedentes.** 4. **Nos termos do art. 537 do CPC/2015, a alteração do valor da multa cominatória pode ser dar quando se revelar insuficiente ou excessivo para compelir o devedor a cumprir o julgado, ou caso se demonstrar o cumprimento parcial superveniente da obrigação ou a justa causa para o seu descumprimento. Necessidade, na hipótese, de o magistrado de primeiro grau apreciar a alegação de impossibilidade de cumprimento da obrigação de fazer conforme o comando judicial antes de ser feito novo cálculo pela Contadoria Judicial.** 5. Não há como aplicar, na fase de cumprimento de sentença, a multa de 10% (dez por cento) prevista no art. 475-J do CPC/1973 (atual art. 523, § 1º, do CPC/2015) se a condenação não se revestir da liquidez necessária ao seu cumprimento espontâneo. 6. Configurada a iliquidez do título judicial exequendo (perdas e danos e astreintes), revela-se prematura a imposição da multa do art. 475-J do CPC/1973, sendo de rigor o seu afastamento. 7. O CPC/2015 (art. 835, § 2º) equiparou, para fins de substituição da penhora, a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial da execução, acrescido de 30% (trinta por cento). 8. O seguro garantia judicial, espécie de seguro de danos, garante o pagamento de valor correspondente aos depósitos judiciais que o tomador (potencial devedor) necessite realizar no trâmite de processos judiciais, incluídas multas e indenizações. A cobertura terá efeito depois de transitada em julgado a decisão ou o acordo judicial favorável ao segurado (potencial credor de obrigação pecuniária sub judice) e sua vigência deverá vigorar até a extinção das obrigações do tomador (Circular SUSEP nº 477/2013). A renovação da apólice, a princípio automática, somente não ocorrerá se não houver**

mais risco a ser coberto ou se apresentada nova garantia. 9. No cumprimento de sentença, a fiança bancária e o seguro garantia judicial são as opções mais eficientes sob o prisma da análise econômica do direito, visto que reduzem os efeitos prejudiciais da penhora ao desonerar os ativos de sociedades empresárias submetidas ao processo de execução, além de assegurar, com eficiência equiparada ao dinheiro, que o exequente receberá a soma pretendida quando obter êxito ao final da demanda. 10. Dentro do sistema de execução, a fiança bancária e o seguro garantia judicial produzem os mesmos efeitos jurídicos que o dinheiro para fins de garantir o juízo, não podendo o exequente rejeitar a indicação, salvo por insuficiência, defeito formal ou inidoneidade da salvaguarda oferecida. 11. Por serem automaticamente conversíveis em dinheiro ao final do feito executivo, a fiança bancária e o seguro garantia judicial acarretam a harmonização entre o princípio da máxima eficácia da execução para o credor e o princípio da menor onerosidade para o executado, a aprimorar consideravelmente as bases do sistema de penhora judicial e a ordem de gradação legal de bens penhoráveis, conferindo maior proporcionalidade aos meios de satisfação do crédito ao exequente. 12. No caso, após a definição dos valores a serem pagos a título de perdas e danos e de astreintes, nova penhora poderá ser feita, devendo ser autorizado, nesse instante, o oferecimento de seguro garantia judicial pelo devedor, desde que cubra a integralidade do débito e contenha o acréscimo de 30% (trinta por cento), pois, com a entrada em vigor do CPC/2015, equiparou-se a dinheiro. 13. Não evidenciado o caráter protelatório dos embargos de declaração, impõe-se a inaplicabilidade da multa prevista no § 2º do art. 1.026 do CPC/2015. Incidência da Súmula nº 98/STJ. 14. Recurso especial provido” (3ª Turma, REsp 1691748/PR, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 07/11/2017, DJe 17/11/2017, o destaque não consta do original).

3.8. Configurado o defeito de serviço, consistente no descumprimento do dever de resguardar a segurança da conta corrente da parte autora contra a ação dos transgressores, falha de serviço esta que permitiu a realização de operações indevidas, com consequente inscrição do indébito nos cadastros de inadimplentes, e não caracterizada nenhuma excludente de responsabilidade, de rigor, o reconhecimento da responsabilidade e a condenação do banco réu na obrigação de indenizar a parte autora pelos danos decorrentes do ilícito em questão.

3.9. Mantém-se a r. sentença, no que concerne à rejeição do pedido de condenação da parte ré apelante a restituir a parte autora o montante referente à transferência indevida da quantia de R\$13.515,10, de sua conta poupança, para a conta de fraudadores.

3.9.1. Somente são indenizáveis os danos “certos”, ou seja, os danos que resultem com razoável certeza do evento danoso, devidamente descritos na inicial e demonstrados no curso da ação, e não os danos “hipotéticos”, que poderiam não se concretizar, independentemente da ocorrência de evento danoso, e, muito menos, os pleiteados sem qualquer especificação a respeito da natureza e extensão do dano ocorrido.

Nesse sentido, quanto à inadmissibilidade do acolhimento do pedido de indenização por danos não especificados na inicial, a

orientação de Humberto Theodoro Júnior: **“Sobre a matéria de perdas e danos, o erro mais freqüente consiste em formular o autor, ao final da petição inicial, um lacônico acréscimo de indenização, sem qualquer especificação a respeito da natureza e extensão do dano ocorrido. Ora, é por demais sabido que o pedido tem de ser *certo* e *determinado* (art. 286), pelo que não tolera uma pretensão indenizatória sem a exata indicação do fato que a justifica e delimita. O pedido pode ser genérico, é verdade, mas apenas no tocante ao seu quantitativo. A lesão tem de ser concretamente apontada na petição inicial e comprovada durante a instrução da causa. O que pode ficar relegado para a fase de execução de sentença é apenas a operação de definir o *quantum* do prejuízo já alegado e provado.”** (“Curso de Direito Processual Civil”, vol. III, 40ª ed., Forense, 2008, RJ, p. 134, item nº 1.310, o destaque não consta do original).

Nesse sentido, quanto aos danos emergentes, a orientação de Sergio Cavalieri Filho: **“O dano emergente, também chamado positivo este sim, importa efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito.** O Código Civil ao disciplinar a matéria no seu art. 402 (reprodução fiel do art. 1.059 do Código de 1916, caracteriza o dano emergente como sendo aquilo que a vítima efetivamente perdeu. **A mensuração do dano emergente, como se vê, não enseja maiores dificuldades. Via de regra importará no desfalque sofrido pela vítima; será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ilícito.”** (“Programa de Responsabilidade Civil”, 9ª ed., Atlas, 2010, SP, p. 74, item 18.1., o destaque não consta do original).

Neste sentido, a orientação de Carlos Roberto Gonçalves: **“A palavra *efetivamente*, utilizado no referido artigo 402, está a significar que o dano emergente não pode ser presumido, devendo ser cumpridamente provado. O dano indenizável deve ser *certo* e *atual*. Não pode ser, pois, meramente hipotético e futuro.** Acrescenta o art. 403 do mesmo diploma: (...) **Trata-se de aplicação da teoria dos danos *diretos* e *imediatos*, formulada a propósito da relação de causalidade, que deve existir, para que se caracterize a responsabilidade do devedor. Assim, o devedor responde tão-só pelos danos que se prendem a seu ato por um vínculo de necessidade, não pelos resultantes de causas estranhas ou remotas.** Não é, portanto, indenizável o denominado “dano remoto”, que seria consequência “indireta” do inadimplemento, envolvendo lucros cessantes para cuja efetiva configuração tivessem de concorrer outros fatores que não fosse apenas a execução a que o devedor faltou, ainda que doloso o seu procedimento. Segundo Agostinho Alvim, “os danos indiretos ou remotos não se excluem, só por isso; em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ser efeito necessário, pelo aparecimento de concausas. Suposto não existam estas, aqueles danos são indenizáveis.” **Em suma, ao legislador, quando adotou a teoria do dano direto e imediato, repugnou-lhe sujeitar o autor do dano a todas as nefastas consequências do seu ato, quando já não ligadas a ele diretamente.”** (“Direito Civil Brasileiro – Contratos e Atos Unilaterais”, vol. III, 5ª ed., Saraiva, 2008, SP, p. 377/378, o destaque não consta do original).

No mesmo sentido, sobre o descabimento da indenização por danos hipotéticos, os ensinamentos de Washington de Barros

Monteiro: “Em relação aos lucros cessantes, porém, não são atendidos se não ao menos plausíveis ou verossímeis. Não se levam em conta benefícios ou interesses hipotéticos, porquanto estes pela sua própria natureza, não admitem direta comprovação, tendo-se, pois, como inexistentes em direito. Medite-se, com efeito no exemplo do mesmo VAN WETTER: o vendedor entrega as iscas para uma projetada pesca. O comprador não pode pretender ressarcimento do valor dos peixes que apanharia, se as iscas lhe tivessem sido realmente entregues. Como ensina HANS ALBRECHT FISCHER, ao direito compete distinguir cuidadosamente essas miragens de lucro, de que falava DERNBURG, da verdadeira idéia de dano. Não se indenizam esperanças desfeitas, nem danos potenciais, eventuais, supostos ou abstratos. (...) Constitui condição ao êxito de ação de indenização a existência efetiva de danos. Devem ser estes demonstrados no curso do feito, embora se possa relegar para a execução a apuração de seu montante. Se não se comprovam durante a ação, não pode esta vingar; só se apuram em execução quando evidenciados na ação.” (“Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações 1ª parte”, vol. 4, 33ª ed. revisada e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf, Saraiva, 2007, SP, p. 329/330, o destaque não consta do original).

3.9.2. No que interessa ao julgamento do presente recurso, a parte autora pleiteia a indenização por dano material, alegando a transferência indevida da quantia de R\$13.515,10, de sua conta poupança, para a conta de fraudadores.

Na espécie como, **(i)** embora comprovado o defeito de serviço, consistente na transferência de numerário da poupança da autora a outra conta de sua titularidade em outra instituição financeira, e posteriormente à conta de terceiros, esta quantia foi objeto de acordo da autora com o corréu Nubank S/A, no qual este assumiu a obrigação de restituir o montante retirado da poupança da autora à correntista, sendo certo que a condenação do apelante Banco Bradesco S/A a devolver os mesmos valores configuraria enriquecimento ilícito da autora; e no encerramento unilateral da conta corrente da parte autora, antes da efetivação da notificação prévia para o encerramento unilateral, e não configurada nenhuma excludente de responsabilidade **(ii)** de rigor, a manutenção da r. sentença, no que concerne à rejeição do pedido de condenação da parte ré apelante ao pagamento de indenização por danos materiais.

Nesse sentido, para casos análogos, mas com inteira aplicação à espécie, a orientação dos julgados extraídos do site do Eg. STJ: **(a)** “RECURSO ESPECIAL. CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. RESCISÃO CONTRATUAL. ÍNDICE INFLACIONÁRIO. ADOÇÃO EQUIVOCADA. REPASSE AQUÉM DO CONTRATADO. DIFERENÇA DEVIDA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973. OMISSÃO NÃO CARACTERIZADA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. LUCROS CESSANTES E DANOS EMERGENTES. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. COMPENSAÇÃO. ART. 368 DO CÓDIGO CIVIL. VIABILIDADE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. ART. 21 DO CPC/1973. 1. Cuida-se, na origem, de ação ordinária objetivando a rescisão de cédula de crédito industrial e o ressarcimento dos prejuízos causados pela atuação da instituição financeira, que

teria repassado quantia aquém do contratado, em virtude da utilização do índice UFR-MA diverso da data do efetivo desembolso. 2. Os pedidos formulados pelas partes devem ser apreciados a partir de uma interpretação lógico-sistemática, não podendo o magistrado se esquivar da análise ampla e detida da relação jurídica posta em exame. 3. A obrigatória adstrição do julgador ao pedido expressamente formulado pelo autor pode ser mitigada em observância dos brocardos da mihi factum dabo tibi ius (dá-me os fatos que te darei o direito) e iura novit curia (o juiz é quem conhece o direito). 4. Inviável, em recurso especial, rever a condenação do banco ao pagamento da diferença de repasse (R\$ 573.217,90), haja vista a adoção do índice UFR-MA de 1º.9.1993 (CR\$ 1.403,14), quando deveria ter adotado o índice UFR-MA de 30.9.1993 (CR\$ 1.844,14), ante o óbice da Súmula nº 7/STJ. **5. O Superior Tribunal de Justiça tem a orientação firme de que é necessária a efetiva comprovação da ocorrência dos lucros cessantes e dos danos emergentes, não se admitindo indenização baseada em cálculos hipotéticos nem cálculos por presunção ou dissociados da realidade.** 6. Somente após o reconhecimento da existência inequívoca do an debeatur seria possível ao julgador, quando assim se mostrar conveniente, remeter a apuração do quantum debeatur à fase de liquidação. 7. Na hipótese, o laudo pericial concluiu pela impossibilidade de atestar os alegados lucros cessantes e danos emergentes, o que impede a condenação do ré ao pagamento desses valores. 8. Viável a compensação prevista no art. 368 do Código Civil em liquidação de sentença, pois ambas as partes são credoras e devedoras: a empresa teria um passivo do empréstimo a pagar e o banco agora é devedor da empresa da quantia relativa à utilização equivocada do índice inflacionário. 9. Sucumbência recíproca caracterizada. Incidência do art. 21 do CPC/1973. 10. **Recurso especial parcialmente provido para afastar a condenação do banco em lucros cessantes e danos emergentes.**” (STJ-3ª Turma, REsp 1496018/MA, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 17/05/2016, DJe 06/06/2016, o destaque não consta do original); **(b) “Lucros cessantes. Prova. Precedentes. 1. Já assentou a Corte que a “indenização dos danos emergentes e dos lucros cessantes não prescinde da sua particularização desde a inicial, assim como da prova cabal da sua existência, de sorte que, restando definida a sua ocorrência, reste apenas o seu quantum por liquidar”. 2. Recurso especial não conhecido”** (STJ-3ª Turma, REsp 192834/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 19/11/1999, DJ 07/02/2000, p. 156, o destaque não consta do original); e **(c) “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. REINTEGRAÇÃO NA POSSE. CUMULAÇÃO COM PERDAS E DANOS. POSSIBILIDADE. CPC. ART. 921. DEMONSTRAÇÃO DA EXISTÊNCIA E CONTEÚDO DOS PREJUÍZOS (AN DEBEATUR). FASE DE LIQUIDAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - A existência dos danos (an debeatur) deve ser demonstrada no curso da instrução e não na liquidação, que se destina à aferição do valor dos danos (quantum debeatur). II - Embora possível a cumulação dos pedidos de reintegração na posse e de perdas e danos, a teor do art. 921-I, CPC, a existência e o conteúdo destes devem ser apurados no processo de conhecimento, deixando para a liquidação apenas a fixação do valor da indenização. III - No caso, não só a apuração do quantum era inviável na “execução” (rectius, liquidação, como também o requerimento de perdas e danos se limitou a mencionar o inciso I do art. 921, CPC e a postular multa cominatória, que tem sede no inciso II, sobre a qual nada disseram as instâncias ordinárias.”** (STJ-4ª Turma, REsp 216319/BA, rel. Min.

Sálvio de Figueiredo Teixeira, v.u., j. 29/06/2000, DJ 25/09/2000 p. 106, o destaque não consta do original).

3.10. Reforma-se, em parte, a r. sentença, para condenar a o banco réu apelante ao pagamento de indenização por danos morais na quantia de R\$7.590,00, com incidência de correção monetária a partir da data deste julgamento.

3.10.1. O protesto indevido e a inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, por si só, constituem fato gerador 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 o protesto indevido e a inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, por si só, bastam para demonstrar o **dano moral**, adota-se a orientação dos seguintes julgados extraídos do site do Eg. STJ: **(a)** “Na linha de precedentes da Corte, provado o indevido protesto, cabível a indenização por dano moral.” (STJ-3ª Turma, REsp 654914/MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, v.u., j. 24/08/2006, DJ 27.11.2006 p. 276); **(b)** “Protesto indevido com inscrição em cadastro negativo, justifica a condenação por dano moral.” STJ-3ª Turma, REsp 295130/SP, rel. Humberto Gomes de Barros, v.u., j. 22/02/2005, DJ 04.04.2005 p. 298 RSTJ vol. 198 p. 291); **(c)** “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); e **(d)** “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).

3.10.2. 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).

3.10.3. “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).

“A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento” (Súmula 362/STJ).

3.10.4. Considerando os parâmetros supra indicados e buscando assegurar à parte 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\$7.590,00, correspondente a 05 salários-mínimos no valor vigente atualmente, com incidência de correção monetária a partir da data deste julgamento.

Observa-se que, na data deste julgamento, o valor do salário-mínimo é de R\$1.518,00.

3.10.5 No que concerne à condenação ao pagamento de indenização por danos morais, os juros simples de mora incidem a partir da data da citação, por se tratar de responsabilidade contratual, pelos índices e taxas fixados pela r. sentença apelada, que permaneceu irrecorrida, com relação a essas matérias.

4. Reconhece-se a sucumbência recíproca e parcial da parte autora, em menor proporção do que a parte ré apelante, visto que restou vencedora em relação aos pedidos de declaração de inexigibilidade do débito e de condenação por danos morais, e vencida, em parte, no pedido de indenização por danos materiais.

Em consequência:

(a) com base nos arts. 82, § 2º, e 86, *caput*, do CPC/2015, determina-se o rateio das custas e despesas processuais, na razão de 2/3 (dois terços) a ser arcado pela parte ré apelante, e de 1/3 (um terço), a ser arcado pela

parte autora;

(b) com base no art. 85, *caput*, §§ 1º e 8º, do CPC/2015, considerando os parâmetros dos incisos I a IV, do § 2º, do mesmo art. 85, **em razão da sucumbência recíproca e parcial**, condena-se a parte autora ao pagamento de verba honorária fixada em R\$ 1.518,00, com incidência de correção a partir deste julgamento, montante este que se mostra adequado para remunerar condignamente o patrono da parte ré apelante, sem se mostrar excessivo, nem desproporcional à complexidade da causa;

(c) com base no art. 85, *caput*, §§ 1º e 2º, do CPC/2015, considerando-se os parâmetros dos incisos I a IV, do § 2º, do mesmo art. 85, **em razão da sucumbência parcial**, condena-se a parte ré apelante pagamento de verba honorária fixada 20% do valor da condenação, montante este que se mostra adequado para remunerar condignamente o patrono da parte autora, sem se mostrar excessivo, nem desproporcional à complexidade da causa;

(d) descabida a compensação da verba honorária por expressa vedação do § 14 do art. 85, do CPC/2015;

(e) quanto à parte autora, deve-se observar o disposto no art. 98, § 3º, do CPC/2015, por ser a parte autora beneficiária da gratuidade da justiça; e

(f) inaplicável, no caso dos autos, o art. 85, § 11, do CPC/2015, que dispõe sobre a condenação em verba honorária por sucumbência recursal, visto que foi dado provimento, em parte, ao recurso e a majoração da verba honorária sucumbencial na forma do referido parágrafo é devida apenas em caso de recurso não conhecido ou desprovido.

Nesse sentido, a orientação extraída do site do Eg. STJ: **“A majoração da verba honorária sucumbencial recursal, prevista no art. 85, § 11, do CPC/2015, pressupõe a existência cumulativa dos seguintes requisitos: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.03.2016, data de entrada em vigor do novo Código de Processo Civil; b) recurso não conhecido integralmente ou não provido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso”** (Tese nº 04, da Edição n. 129: Dos Honorários Advocatícios II, Jurisprudência Em Teses, o destaque não consta do original).

5. Em resumo, respeitado o entendimento do MM Juízo sentenciante, os recursos devem ser providos, em parte, para reformar, em parte, a r. sentença, para: **(a)** condenar o banco réu apelante ao pagamento de indenização por danos morais na quantia de R\$7.590,00, com incidência de correção monetária a partir da data deste julgamento; e **(b)** estabelecer **(b.1)** a incidência de correção monetária e de juros simples de mora e **(b.2)** a distribuição dos encargos de sucumbência, **(b.3)** nos termos especificados no julgado.

O presente julgamento não afronta as normas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

constitucionais e infraconstitucionais invocadas pelas partes, visto que está em conformidade com a orientação dos julgados *supra* especificados.

Ante o exposto e para os fins acima, **dá-se provimento, em parte, aos recursos.**

Manoel Ricardo Rebello Pinho

Relator