



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2023.0000417415**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000446-62.2022.8.26.0568, da Comarca de São João da Boa Vista, em que é apelante SUELÍ DUARTE MOREIRA MARCOLINO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO MERCANTIL DO BRASIL S/A.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO GIAQUINTO (Presidente sem voto), SIMÕES DE ALMEIDA E CAUDURO PADIN.

São Paulo, 23 de maio de 2023.

**NELSON JORGE JÚNIOR**

**relator**

Assinatura Eletrônica

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
13ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

-- voto n. 28.228 --

**Apelação Cível n. 1000446-62.2022.8.26.0568**

**Apelante:** Sueli Duarte Moreira Marcolino (justiça gratuita)

**Apelado:** Banco Mercantil do Brasil S/A

**Comarca:** São João da Boa Vista

**Juiz de Direito:** Misael dos Reis Fagundes

**Disponibilização da sentença:** 27/06/2022

APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO – FRAUDE - RESPONSABILIDADE CIVIL DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - DANO MORAL CARACTERIZADO

– Contratos de empréstimo com débito de parcelas em conta corrente – Comprometimento de parte substancial da renda da autora – Contestação das operações não aceitas – Descaso - Teoria do desvio do tempo produtivo - Aplicabilidade:

- Desídia do réu com relação à proteção antifraude da conta bancária – Reclamação administrativa não acolhida, tornando imperiosa a propositura da presente demanda para o reconhecimento do direito da consumidora ao ressarcimento dos valores descontados de sua conta - Incidência da teoria do desvio do tempo produtivo por impor ao consumidor o dispêndio de tempo relevante para a solução de vício na prestação do serviço - Consequências danosas superam e muito a noção de mero aborrecimento.

DANO MORAL

– Fixação que deve servir como repreensão do ato ilícito e reparação ao lesado – Valor suficiente à reparação do dano e a desestimular a reiteração do comportamento lesivo:

– A fixação de indenização por danos morais deve servir como repreensão do ato ilícito e reparação ao lesado, devendo ser fixado valor suficiente a reparar o dano e a desestimular a reiteração do comportamento lesivo.

RECURSO PROVIDO.

**Vistos etc.**

Trata-se de recurso de apelação interposto da respeitável sentença a fls. 153/159, que **julgou parcialmente procedente** os pedidos formulados na ação declaratória de inexistência de débito ajuizada por Sueli Duarte Moreira Marcolino contra Banco Mercantil do Brasil S/A, para declarar a inexistência dos contratos relativos ao empréstimo pessoal nº 804567424 e do empréstimo consignado nº 804567418, mantendo a tutela de urgência concedida; condenar o requerido ao pagamento do dano material consubstanciado nos descontos indevidos, de forma simples, e que serão objeto de liquidação de sentença por mero cálculo aritmético, corrigidos monetariamente desde o ajuizamento da ação e acrescidos de juros de mora à taxa legal, contados da citação. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de 50% das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 1.400,00. A requerente não foi condenada ao pagamento das custas processuais e honorários sucumbenciais por ser beneficiária da justiça gratuita.

Apela a autora alegando que não contribuiu para a fraude, pois houve o vazamento de seus dados, tendo em vista que o golpista confirmou várias informações pessoais que já possuía, via telefone.

Destaca que não foi ela quem permitiu a celebração de empréstimos em valores incompatíveis com a movimentação normal da conta, sem assinatura e comparecimento pessoal, pois o banco apelado viabilizou transferências bancárias e contratação pelo aplicativo.

Ressalta que o Superior Tribunal de Justiça

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
13ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

firmou entendimento no sentido de que as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros.

Sustenta a ocorrência de dano moral, tendo necessitado de atendimento médico e remédios, pois ficou perturbada ao ver que seria descontado o valor de R\$ 971,22 de seu benefício previdenciário, o que corresponde a 40% de sua renda mensal.

Esclarece que cuida de sua mãe de 92 anos e que depende exclusivamente da pensão que recebe.

Pleiteia a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 10.000,00.

O recurso é tempestivo, dispensado de preparo, tendo em vista que a autora é beneficiária da justiça gratuita (fls. 34/36) e fica recebido, nesta oportunidade, nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do artigo 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil.

A autora contra-arrazoou a fls. 177/182, pugnando pela manutenção da sentença.

**É o relatório.**

**I.** Sueli Duarte Moreira Marcolino ajuizou ação declaratória de inexistência de débito contra Banco Mercantil do Brasil S/A, alegando ser pensionista pelo Regime Geral de Previdência

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
13ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Social e que, após receber ligação informando que seu cartão havia sido clonado e precisava ser bloqueado, tendo confirmado dados pessoais, recebeu um código por mensagem “SMS”, o qual repassou aos golpistas. Posteriormente, verificou que foram realizados em seu nome um empréstimo pessoal e um consignado, através do aplicativo do banco, sem a exigência de assinatura ou conferência de documentos. Pugnou pela declaração de inexistência dos empréstimos, pela condenação do réu à restituição, em dobro, dos valores indevidamente descontados, além do pagamento de indenização por danos morais, no valor estimado de R\$ 10.000,00.

Foram concedidos à autora os benefícios da gratuidade processual e deferida a tutela de urgência para determinar a imediata suspensão da cobrança dos contratos indicados na petição inicial (fls. 34/36).

Após a apresentação de defesa pelo banco e réplica, sobreveio a r. sentença de parcial procedência, da qual tirado o presente recurso, que comporta provimento.

Registre-se que o recurso visa à reforma da sentença apenas no tocante ao reconhecimento da ocorrência de dano moral, não tendo sido objeto do apelo a repetição em dobro dos valores descontados.

Pois bem. Verifica-se, no particular, uma relação tipicamente consumerista, em que se enquadra perfeitamente a autora como consumidora e o réu como fornecedor, nos parâmetros dos artigos 2º e 3º, ambos da Lei n. 8.078/1990.

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
13ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Desse modo, a responsabilidade do prestador de serviços pela reparação de eventuais danos ocorridos independe de comprovação de culpa, exigindo apenas o defeito na prestação do serviço, o dano e o nexo causal entre eles, conforme disposto no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

No mais, seja em virtude da imperiosa inversão do ônus da prova, decorrente da hipossuficiência técnica do consumidor (CDC, art. 6º, VIII); seja em razão da impossibilidade de produção de prova acerca de fato negativo genérico (de que não realizou as indigitadas operações), cabia ao réu a demonstração de ausência de falha na prestação dos serviços bancários, a elidir a responsabilidade civil, do que não se desincumbiu a contento.

De fato, afirma a autora ter sido vítima de fraude perpetrada por meio de mensagens e ligações recebidas em seu celular. E, no particular, negou ter realizado os empréstimos em razão dos quais passou a sofrer desconto mensal de R\$ 971,22 em sua conta.

Tal fato não foi impugnado pelo banco, que se limitou a afirmar que a autora não cumpriu com seu dever de cautela por não verificar a procedência das informações e não deveria ter fornecido seus dados a terceiros. Ademais, na resposta à reclamação apresentada pela autora, menciona a ocorrência de fraude (fls. 26/27). Assim, se tornou incontroverso o fato de que as operações contestadas foram realizadas mediante fraude.

De outra parte, apresentou a autora os

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
13ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

extratos em que se verificam os descontos mensais correspondentes às parcelas dos empréstimos (fls. 14), o resumo dos contratos firmados (fls. 15/16 e 17/19), a mensagem recebida em seu celular (fls. 21), o boletim de ocorrência lavrado perante a autoridade policial competente (fls.24/25) e a resposta negativa do réu após a contestação das operações (fls. 26/27).

Com efeito, ressalte-se que as operações realizadas deveriam ter chamado a atenção do banco: no mesmo dia foram realizados 2 contratos de empréstimo comprometendo 30% de sua renda (renda mensal de R\$ 2.485,41 e descontos de R\$ 334,27 e 381,07 – fls. 14).

Ao disponibilizar ao consumidor os serviços por meio de uso de aplicativos, por telefone, e outros, o réu que deveria ter mecanismos a coibir o uso dos dados por quem não seja o titular da conta, de modo a evitar fraudes, o que não se verifica, inclusive pelo crescente número de ações no Poder Judiciário, onde se constata fraudes nesse sentido.

Ademais, ainda que a culpa tenha sido de terceiro, ou seja, que este tenha os dados da conta bancária da autora para realizar o contrato fraudulento, isso não afastaria a responsabilidade objetiva do réu pelos danos causados no âmbito de suas operações bancárias. Tem-se que a hipótese é de fortuito interno, por não observância dos deveres de segurança e de sigilo de dados.

Nesse sentido, entendimento pacificado pelo **Colendo Superior Tribunal de Justiça** com a edição da Súmula 479: “As

*instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”.*

Caberia ao réu tomar as cautelas necessárias para impedir a efetivação das transações indevidas, o que não ocorreu, motivo pelo qual responde pelos danos suportados pela autora.

Embora o mero descumprimento contratual não gere, por si só, nenhuma violação à honra ou imagem do consumidor, é fato que o descaso da instituição financeira com a segurança das operações bancárias, bem como à correta análise da contestação das operações mostra-se suficiente a atrair a incidência da **teoria do desvio do tempo produtivo**, justificando sua condenação ao pagamento da correspondente indenização.

Diante do ocorrido, a autora buscou resolver a questão extrajudicialmente, formalizando a contestação da contratação (fls. 26/27) e lavrou boletim de ocorrência perante a autoridade policial competente (fls. 24/25). E mesmo diante de todas as evidências, a resposta do banco foi negativa.

Esse descaso exigiu da autora a propositura da presente ação, a fim de ver reconhecido pelo Poder Judiciário o seu direito ao ressarcimento do dano material enfrentado. Ora, por tudo isso, é certo não ter se tratado de mero aborrecimento ínsito à vida em sociedade, importando severo desgaste ao consumidor, que necessitou desviar a atenção para a solução de problema a que não deu causa.

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
13ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Acerca do tema decidiu este E. Tribunal de  
Justiça:

*“Ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais. Telefonía. Tentativa do autor de transferência de titularidade da linha por anos a fio, sem obter êxito. Falha na prestação dos serviços da concessionária. Questão incontroversa. Fatos que extrapolaram o mero dissabor não indenizável. Aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor. Dano moral configurado. Sentença parcialmente reformada. Recurso provido em parte”. (TJSP; Apelação Cível 1006535-03.2020.8.26.0009; Relator: Cauduro Padin; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional IX - Vila Prudente - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/08/2021; Data de Registro: 11/08/2021).*

*“APELAÇÃO – NEGATIVAÇÃO INDEVIDA – INEXIGIBILIDADE DO DÉBITO – DANO MORAL – CONFIGURADO – DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR - O dano moral não precisa representar a medida nem o preço da dor, mas uma compensação pela ofensa injustamente causada a outrem. A indenização econômica tornou-se o único meio para a reparação do dano moral. Ocorre por mera compensação ou neutralização e não exatamente por restauração dos bens lesados, o que, à evidência, seria impossível. Diante de tais situações, a única via pela qual se pode ao menos minorar os efeitos do dano é por meio da reparação pecuniária; - Perfeitamente aplicável a tese do Desvio Produtivo do Consumidor, desenvolvida por Marcos Dessaune (in Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor. 2. ed. rev. e ampl. – Vitória, ES, 2017), que defende, com razão, que **o tempo desperdiçado pelo consumidor para a solução dos problemas gerados pelos maus fornecedores, constitui dano indenizável**, ou seja, a missão subjacente dos fornecedores é - ou deveria ser - dar ao consumidor, por intermédio de produtos e serviços de qualidade, condições para que ele possa empregar seu tempo e suas competências nas atividades de sua preferência; - A indenização deve ser fixada em quantia equivalente a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), suficiente para reparar os danos causados e impingir ao fornecedor o dever de aprimorar a prestação de seus serviços. RECURSO PROVIDO”. (Apelação Cível 1012735-26.2018.8.26.0161, Relator: Maria Lúcia Pizzotti, Data de Julgamento: 12/02/2020, 30ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/02/2020). **(grifo nosso)***

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
13ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Ademais, a fraude acarretou os descontos mensais de parte substancial de seus proventos, restando evidente o comprometimento da verba alimentar de que dispunha para suas despesas básicas.

No que tange ao montante da indenização, este não pode acarretar o enriquecimento sem causa do ofendido, porém não deve ser fixado em valor ínfimo, que, além de não reparar a violação sofrida, sequer é eficaz como forma de repreensão ao ofensor para que não mais repita tal prática e prejudique outrem. Logo, cabe ao magistrado, quando da fixação da indenização, agir com ponderação e equilíbrio adequados, uma vez que o seu valor se apura por arbitramento judicial.

Assim sendo, tendo em vista as particularidades do caso concreto, já delineadas, cabível a fixação da indenização por danos morais em **R\$ 5.000,00**, valor que se mostra razoável e proporcional à ofensa e bem compensará o dano moral provocado, servindo, ainda, de desestímulo à prática de outros atos semelhantes pela instituição financeira.

Tal valor deverá ser corrigido monetariamente pela Tabela Prática do TJ/SP a partir do arbitramento e acrescido de juros de mora de 1% ao mês desde a citação, conforme o entendimento sufragado pelo **C. Superior Tribunal de Justiça** por meio da **Súmula 362**, além dos **artigos 240 do Código de Processo Civil e 405 do Código Civil**, por se tratar de responsabilidade contratual.

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
13ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Com o provimento do recurso da autora e verificada sua sucumbência em parte mínima dos pedidos, deverá o réu arcar integralmente com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação.

**II.** Ante o exposto, **dá-se provimento ao recurso da autora** para condenar o réu à indenização pelos danos morais, fixada em R\$ 5.000,00, nos termos do acórdão. Em razão do resultado e da sucumbência mínima da autora, deverá o réu arcar integralmente com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Por fim, respeitadas as decisões dos tribunais superiores, pelas quais vêm afirmando ser preciso o pré-questionamento explícito dos dispositivos legais ou constitucionais inferidos violados e a fim de ser evitado eventual embargo de declaração, tão só para esse fim, por falta de sua expressa referência na decisão então proferida, ainda que examinado de forma implícita, dou por pré-questionados os dispositivos legais e/ou constitucionais apontados.

**Nelson Jorge Junior**

**-- Relator --**