

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

Apelação Cível n.º: 238008-1

23ª Vara da Comarca de Recife

Apelante: Banco Itaú S/A

Apelada: Maria Márcia Luna de Barros

Relator: Des. Stênio Neiva Coêlho

Revisor: Des. Josué Antônio Fonseca de Sena

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

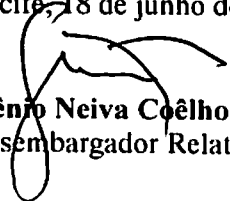
EMENTA: APELAÇÃO. AÇÃO DE DEVOLUÇÃO DE QUANTIA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. OPERAÇÃO FINANCEIRA VIA INTERNET. DESCONTO EM CONTA CORRENTE. FRAUDE. PROVA NEGATIVA. INEXIGIBILIDADE. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 479 DO STJ. RISCO DO EMPREENDIMENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. RESTITUIÇÃO EM DOBRO DESCABIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Não há como exigir que a autora comprove não ter dado causa às operações impugnadas, cumprindo ao banco produzir prova em sentido contrário, o que não ocorreu.
2. Não se verifica a alegada culpa exclusiva da vítima. Com fundamento na teoria do risco do empreendimento, incumbe ao banco, que lucra com as operações realizadas por meio eletrônico, arcar com os prejuízos decorrentes da insegurança nos serviços prestados.
3. Mesmo que se verificasse, *in casu*, de hipótese de culpa exclusiva de terceiro, o que inócorre, já que a vulnerabilidade dos serviços prestados pelo demandado contribuiu decisivamente para o desenrolar dos fatos, tal circunstância não elidiria o dever de indenizar, ante o teor da Súmula 479 do STJ.
4. Para a avaliação do dano moral sofrido, o órgão julgador deve atentar para a dupla finalidade da indenização: a compensatória, que visa proporcionar lenitivo ao prejuízo causado ao consumidor e a pedagógica, cujo objetivo é desestimular a repetição de condutas semelhantes, sem, contudo, implicar enriquecimento. No caso, o valor fixado na sentença não está em consonância com tais diretrizes, comportando minoração
5. À míngua de prova da má-fé da instituição financeira, descabe condenar o banco a restituir, em dobro, o que foi pago.
6. Recurso a que se dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da apelação cível nº 238008-1, ACORDAM os Desembargadores que compõem a Primeira Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, à unanimidade de votos, em **dar parcial provimento** ao recurso de apelação, para reduzir o valor da indenização por danos morais para **R\$ 30.000,00 (trinta mil reais)**, e, por maioria de votos, para **excluir a multa por dia de descumprimento (astreintes)**, vencido voto revisor do Des. Josué de Sena, tudo nos termos dos votos e notas taquigráficas anexas, que passam a fazer parte integrante deste julgamento.

Recife, 18 de junho de 2014.


Stênio Neiva Coêlho
Desembargador Relator



PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

Apelação Cível n.º: 238008-1

23ª Vara da Comarca de Recife

Apelante: Banco Itaú S/A

Apelada: Maria Márcia Luna de Barros

Relator: Des. Stênio Neiva Coêlho

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo **Banco Itaú** em face da sentença proferida pelo Juízo da 21ª Vara da Comarca de Recife que, nos autos da Ação de Devolução de Quantia c/c Indenização por Danos Morais e Materiais, julgou procedente o pleito autoral, condenando a instituição financeira a pagar o montante de **R\$ 100.000,00** (cem mil reais), a título de indenização por danos morais, diante do valor indevidamente subtraído da conta corrente da Autora, ora Apelada, incidindo correção monetária e juros de mora a partir da publicação da sentença, bem como condenou o Banco a ressarcir o valor de **R\$ 37.961,81** (trinta e sete mil, novecentos e sessenta e um reais e oitenta e um centavos), já antecipados em tutela e confirmados no presente dispositivo sentencial, acrescidos juros moratórios e correção monetária desde a data da primeira subtração indevida, até a data da efetiva restituição à conta da Autora. Ainda, em caso de descumprimento, seja imposta multa diária no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais).

Por fim, condenou a Instituição Financeira ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em 20% sobre o valor total da condenação.

Em suas razões, aduz o Apelante, em apertada síntese, preliminarmente, que teve cerceado o seu direito de defesa, pois requereu expressamente a realização de perícia técnica por perito de segurança em sistemas de informática, tendo sido julgado antecipadamente os autos. Portanto, deve ser anulada a sentença retornando-se os autos para feitura da audiência preliminar e colheita de provas, com a instrução do processo.

No mérito, advoga no sentido de que a conta corrente do demandado sofreu ataques via internet e que, provavelmente, o seu computador foi invadido por algum vírus. Faz extensa argumentação a respeito da segurança do sistema Itaú Bankline. Sustenta que, para o caso em análise, ou o autor forneceu negligentemente suas senhas secretas para terceiro, ou seu computador foi invadido por hacker através do vírus cavalo de tróia, fato que torna a instituição financeira isenta de culpa. Assim, requer a reforma da sentença para afastar a condenação por danos materiais, bem como faz referência a não comprovação dos alegados danos morais. Por fim, requer a redução do valor correspondente aos danos morais e que seja afastada a multa diária fixada por descumprimento, eventualmente, caso não seja esse o entendimento, pugna pela sua redução.

Devidamente intimada, a Apelada apresentou suas contrarrazões rebatendo os argumentos aduzidos no recurso e pugnando pelo seu não provimento.

É o essencial a relatar. À Revisão.

Recife, 01 de abril de 2014.

[assinatura]
Stênio Neiva Coêlho
Desembargador Relator

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL	
Apelação Cível n.º: 238008-1	23ª Vara da Comarca de Recife
Apelante: Banco Itaú S/A	
Apelada: Maria Márcia Luna de Barros	
Relator: Des. Stênio Neiva Coêlho	
Revisor: Des. Josué Antônio Fonseca de Sena	

VOTO

Conheço do presente recurso, porquanto presentes os pressupostos necessários à sua admissibilidade.

Na origem, a Autora/Apelada ajuizou a “Ação de Devolução de Quantia c/c Indenização por Danos Morais e Materiais” em face do Banco Itaú, ora Apelante, tendo o Juízo da 23ª Vara da Comarca de Recife dado provimento em parte ao pleito autoral, condenando a instituição financeira a pagar o montante de **RS 100.000,00** (cem mil reais), a título de indenização por danos morais, diante do valor indevidamente subtraído da conta corrente da Autora, ora Apelada, incidindo correção monetária e juros de mora a partir da publicação da sentença, bem como condenou o Banco a ressarcir o valor de **RS 37.961,81** (trinta e sete mil, novecentos e sessenta e um reais e oitenta e um centavos), já antecipados em tutela e confirmados no presente dispositivo sentencial, acrescidos juros moratórios e correção monetária desde a data da primeira subtração indevida, até a data da efetiva restituição à conta da Autora. Ainda, em caso de descumprimento, impôs multa diária no valor de **R\$5.000,00** (cinco mil reais).

Rememoro que o núcleo da controvérsia deriva da circunstância que a Autora ao utilizar os serviços disponibilizados pela instituição financeira, via internet, teve sua conta corrente invadida, sendo subtraído o valor de **R\$ 37.961,81**.

Preliminarmente, o banco recorrente alega que houve cerceamento de defesa, porque não foi oportunizada a produção das provas requeridas, a fim de verificar a real ocorrência da fraude.

No entanto, compulsando os autos, verifico que o Juiz anunciou o julgamento antecipado da lide, na decisão de fl. 120, contra a qual não foi apresentado qualquer recurso (fls. 122/123), restando preclusa, portanto, a matéria.

Sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. IRREGULARIDADE FORMAL. SÚMULA 182/STJ. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. SÚMULA 7/STJ.

1 - Não se conhece de agravo regimental, por falta do requisito da regularidade formal, se o agravante não ataca, de forma específica, as bases da decisão agravada. Aplicação da súmula 182/STJ.

2 - O recurso especial ressent-se do necessário prequestionamento, no tocante às matérias relativas aos artigos 332 e 745 do Código de Processo Civil, efetivamente não debatidas no Tribunal a quo, circunstância que atrai a incidência das súmulas 282 e 356 do STF.

3 - Malgrado a tese de dissídio jurisprudencial, há necessidade, diante das normas legais regentes da matéria (art. 541, parágrafo único do CPC c/c o art. 255 do RISTJ), de confronto,

que não se satisfaz com a simples transcrição de ementas, ou de trechos das decisões apontadas como divergentes, devendo ser mencionadas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. Ausente a demonstração analítica do dissenso, incide o óbice da súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.

4 - Embora instado a se manifestar, permaneceu silente o recorrente quanto à intenção expressa do magistrado de julgar antecipadamente a lide, motivo pelo qual a matéria encontra-se preclusa, não podendo mais ser debatida.

5 - Com relação à tese do cerceamento de defesa, a necessidade ou não de produzir provas no curso da instrução é da exclusiva e soberana discricionariedade das instâncias ordinárias, com apoio no acervo probatório, esbarrando, portanto, a questão federal (arts. 330, I, do CPC), neste particular, no óbice da súmula 7/STJ.

6 - Agravo regimental desprovido.

(STJ - AgRg no REsp 853.943/CE, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 20/11/2007, DJ 03/12/2007, p. 320).

Ademais, verifico que os fatos narrados pela recorrida foram devidamente demonstrados, tendo o magistrado singular apreciado livremente a prova contida nos autos, e decidido com base no livre convencimento motivado, nos termos do art. 131, do Código de Processo Civil.

Por essas razões, rejeito a preliminar suscitada e passo a analisar as razões de mérito do apelo.

Quando ocorre uma transferência de valores de uma conta corrente para outra através do uso da Internet, sem que o cliente tenha autorizado esta transferência e nem fornecido sua senha a outrem, nossos tribunais vêm afirmando que a responsabilidade do banco é objetiva e decorre do defeito na prestação de seus serviços.

Assim, entende-se que as instituições financeiras devem arcar com os prejuízos acarretados por fraudes na internet, invocando a inversão do ônus da prova, ou seja, obrigando a instituição financeira a provar que o correntista usuário do serviço bancário pela internet agiu de má-fé, sendo a responsabilidade dos bancos objetiva, fundada no risco profissional, conforme vasta jurisprudência:

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA POR TERCEIROS VIA INTERNET. RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PELOS DANOS ADVINDOS DA FRAUDE. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO DEVIDA. **-Se o banco oferece serviços de acesso à conta corrente e movimentações financeiras via internet, deve garantir a segurança do sistema. Se este é falho, permitindo que terceiros tenham acesso às contas dos clientes e façam operações de crédito, saque e transferências, o banco deve assumir a obrigação de reparar os danos que possam decorrer do defeito na prestação do serviço.**

-A privação do cliente do dinheiro que havia em sua conta e que seria usado para suas necessidades por si só configura dano moral, passível de reparação.

(Apelação Cível 1.0701.13.003707-3/001, Relator(a): Des.(a) Moacyr Lobato, 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 11/03/2014, publicação da súmula em 17/03/2014)

OPERAÇÕES EM CONTA CORRENTE PELA INTERNET. FRAUDE. AÇÃO DE CRACKERS. PROGRAMAS "CAVALO DE TROIA" (TROJAN HORSE). FALHA DO SERVIÇO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. DANOS MORAIS. PESSOA JURÍDICA. INOCORRÊNCIA DE DANOS IN RE IPSA. REDIMENSIONAMENTO DA SUCUMBÊNCIA. 1. **Sendo incontroversa a movimentação fraudulenta na conta da autora por meio de meio eletrônico na internet, a instituição financeira responde de forma objetiva pela falha na prestação do serviço. A existência de programas "Cavalo de Troia" (Trojan Horse) no computador da autora não exime o fornecedor de serviços da sua responsabilidade pelo ressarcimento das quantias indevidamente desfalçadas (CDC, art. 14).** 2. O pedido de reparação de danos materiais por ter deixado de adquirir produtos alimentícios pela melhor cotação não prospera, pois fundado em mero interesse hipotético, sem respaldo no art. 402 do CC/2002. 3. Pode haver dano moral à pessoa jurídica (Súmula n. 227 do

STJ), porém é imprescindível a demonstração do prejuízo à honra objetiva da pessoa jurídica, prova essa que não sobreveio aos autos a ensejar a reparação. Inocorrência de dano moral in re ipsa. 4. Viável o redimensionamento da sucumbência diante do maior decaimento do demandado. APELO DO RÉU DESPROVIDO E DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70039049283, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, Julgado em 24/11/2011)

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. SAQUE INDEVIDO DE CONTA POUPANÇA. RELAÇÃO DE CONSUMO. INVERSÃO DO ÔNUS PROBANTE. AUSÊNCIA DE PROVA DE FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO. DANO MORAL CARACTERIZADO. DESPROVIMENTO DO RECURSO. Havendo relação de consumo, cabe a inversão do ônus da prova, caso comprovada a hipossuficiência do consumidor. Incumbe, ao fornecedor provar a inexistência de defeito na prestação de serviços. A ausência de tais provas enseja a responsabilização objetiva. O dever indenizatório do banco, no caso, existe independentemente de comprovação do dano. Corrobora esse fundamento o fato de que a relação mantida entre as partes é de consumo e, como tal, o banco é objetivamente responsável pela prática dos seus atos, sendo inócuas as suas alegações nesse particular. (Apelação Cível nº 200.2010.035822-1/001, 2ª Câmara Cível do TJPB, Rel. Maria das Graças Moraes Guedes. unânime, DJe 01.08.2012).

Com efeito, é incontroverso que as instituições financeiras são responsáveis pela restituição do dinheiro aos seus clientes devido a fraudes na internet, sendo este ato gerador de dano material. Os bancos, ao disponibilizar os serviços bancários por meio eletrônico, e caso terceiros consigam acesso de movimentação as operações de créditos de seus clientes, assumem a obrigação de reparar os danos que possam decorrer da falha de segurança, conforme jurisprudência supracitada.

Consigno que a obrigação de ofertar segurança às operações realizadas através da internet não é do correntista, e sim da instituição financeira. Assim, a instituição bancária que disponibiliza o serviço via internet deve estar ciente disto e se preparar para proteger o patrimônio de seus clientes; sendo a assistência do banco exatamente a segurança.

Por conseguinte, as consequências que podem emanar da manipulação da conta corrente do cliente bancário por terceiros desautorizados configura dano moral. Deste modo, verificado o evento danoso, surge à necessidade da reparação, não havendo que se cogitar da prova do prejuízo, quando presentes os pressupostos legais para que haja a responsabilidade civil.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14, deixa bem claro tal situação:

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

Rui Stoco, em sua obra “Tratado de Responsabilidade Civil” explica que:

“Se o fornecedor – usada a expressão em seu caráter genérico e polissêmico – se propõe a explorar atividade de risco, com prévio conhecimento da extensão desse risco; se o prestador de serviço dedica-se à tarefa de proporcionar segurança em um mundo em crise, com violenta exacerbação da atividade criminosa, sempre voltada para os delitos patrimoniais, há de responder pelos danos causados por defeitos verificados nessa prestação, independentemente de culpa, pois a responsabilidade decorre do só fato objetivo do serviço, e não da conduta subjetiva do agente” (STOCO, 2007, p. 142).

A partir do momento em que o banco lucra com operações realizadas por meio eletrônico, cumpre que forneça, aos seus consumidores, serviços à prova de fraudes como a noticiada nos

autos. Em não o fazendo, impõe-se que arque com os prejuízos causados pela inobservância de seu mister, não podendo transferi-los ao consumidor.

Aplica-se, no caso, a teoria do risco do empreendimento, segundo a qual quem, de algum modo, se beneficia de determinada atividade deve responder e garantir a segurança do produto e/ou no serviço fornecido. A propósito:

AGRAVO INTERNO. (ART. 557, § 1º, DO CPC). RESPONSABILIDADE CIVIL. RELAÇÃO DE CONSUMO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ADOÇÃO DA TEORIA DO RISCO DO EMPREENDIMENTO. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO SERVIÇO. ART. 14, § 1º, I A III, DO CDC. Adotada a teoria do risco do empreendimento pelo Código de Defesa do Consumidor, todo aquele que exerce atividade lucrativa no mercado de consumo tem o dever de responder pelos defeitos dos produtos ou serviços fornecidos, independentemente de culpa. Responsabilidade objetiva do fornecedor pelos acidentes de consumo. CONTRATAÇÃO MEDIANTE FRAUDE. DEFEITO DO SERVIÇO. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA "OPE LEGIS". FORTUITO INTERNO. DEVER DE INDENIZAR. Defeito do serviço evidenciado através da celebração, pela instituição financeira ré, de contrato de cartão de crédito com terceiro, em nome da parte autora, mediante fraude ou ardis, o qual deu azo à inclusão do nome desta em cadastro de inadimplentes. Inexistência de comprovação, pela demandada, de que tomou todas as cautelas devidas antes de proceder à contratação, de modo a elidir sua responsabilidade pela quebra do dever de segurança, nos moldes do art. 14, § 3º, I e II, do CDC. Inversão do ônus da prova "ope legis". Fraude perpetrada por terceiros que não constitui causa eximente de responsabilidade civil, pois caracterizado o fortuito interno. DANO MORAL IN RE IPSA. Evidenciada a inscrição indevida do nome da parte autora em cadastro de inadimplentes, daí resulta o dever de indenizar. Dano moral "in re ipsa", dispensando a prova do efetivo prejuízo sofrido pela vítima em face do evento danoso. A existência de outras anotações restritivas em nome da parte autora não impede a reparação por danos morais, influenciando apenas no "quantum" indenizatório. A Súmula 385 do STJ tem aplicação às hipóteses de falta de notificação prévia, o que não é o caso dos autos. ARBITRAMENTO DO "QUANTUM" INDENIZATÓRIO. Montante da indenização arbitrado em atenção aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, bem assim às peculiaridades do caso concreto. Toma-se em consideração os parâmetros usualmente adotados pelo colegiado em situações similares. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (TJRS, Agravo Nº 70056461270, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 23/10/2013)

Com fundamento na Súmula 479 do STJ, segundo a qual *"as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias"*, a alegada *"culpa exclusiva de terceiro"* – que sequer se verifica, pois a vulnerabilidade dos serviços prestados pelo demandado contribuiu para os acontecimentos – não elide o dever de indenizar.

Apurada a presença do dever de indenizar os danos morais, resta examinar a questão referente ao *quantum* devido.

Com relação ao valor da indenização por danos morais, é sabido que, na sua quantificação, deve o julgador, valendo-se do bom senso e adstrito ao caso concreto, arbitrar, pautado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, um valor justo ao ressarcimento do dano extrapatrimonial.

Neste propósito, impõe-se que o magistrado atente às condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, assim como à intensidade e duração do sofrimento, e à reprovação da conduta do agressor, não se olvidando, contudo, que o ressarcimento da lesão ao patrimônio moral deve ser suficiente para recompor os prejuízos suportados, sem importar em ganhos desproporcionais aos normalmente usufruídos pelo autor.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, à vista da conhecida ausência de critério legal orientador para a fixação do *quantum* indenizatório, assentou a necessidade de observância dos

princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (REsp 521.434/TO, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04.04.2006, DJ 08.06.2006 p. 120).

No caso dos autos, considerando as condições econômicas da autora e do réu, pessoa jurídica de grande porte, bem como a reprovabilidade de sua conduta e os parâmetros adotados pela jurisprudência em hipóteses semelhantes, tem-se que o valor da indenização fixado na sentença comporta minoração.

No que pese a alegação de que o **valor subtraído da conta da correntista impediu, à época, a aquisição da casa própria**, entendo que o valor fixado pelo juízo a quo, R\$ 100.000,00 (cem mil reais), é demasiadamente elevado, pois, segundo a Teoria do Desestímulo, o ressarcimento não deve enriquecer ilicitamente o ofendido, no entanto há de ser o bastante para evitar a reincidência da prática delituosa. Portanto, verifico que este valor fere o princípio da proibição de excessos; deve o valor a ser ressarcido ser pertinente com o dano efetivamente sofrido, em respaldo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Com efeito, não estou convencido de que o valor do dano moral foi fixado com prudência, por considerar excessivo o valor, ao ponto de descaracterizar a natureza da medida reparatória, transformando-a em fonte de lucro, motivo pelo qual **reduzo à quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais)**. Esta suficiente para reparar o dano causado ao Apelado, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importaria enriquecimento sem causa ensejador de novo dano.

Com relação à restituição do montante debitado na conta-corrente, repisa-se que o banco confessou ter procedido ao desconto alegado na inicial. Assim, cabível a restituição.

No tocante ao valor a ser restituído, vale considerar que está ausente prova da má-fé do credor, não há, na linha de entendimento adotada por esta Câmara, lugar para a repetição em dobro.

No que tange às *astreintes* observo que, na sentença, foi dada a antecipação de tutela para determinar a devolução imediata à autora da quantia indevidamente desviada de sua conta, e que essa restituição foi arbitrada a título de indenização por danos materiais.

Ocorre que, nesse caso, trata-se de obrigação de pagar, que não autoriza a aplicação da multa diária, segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PLANO DE SAÚDE. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE QUANTIA CERTA PARA RESSARCIMENTO DE DESPESAS COM TRATAMENTO. ASTREINTES. OBRIGAÇÃO DE PAGAR. IMPOSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DEVIDO. OFENSA À COISA JULGADA. NÃO CONFIGURAÇÃO.

1. Independentemente da denominação dada pela parte, é evidente que, no caso dos autos, a multa foi imposta pelo julgador como reforço ao cumprimento de obrigação de pagar.
2. **De acordo com entendimento desta Corte, em se tratando de obrigação de pagar, não cabe a aplicação da multa prevista no art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC.**
3. A imposição da multa cominatória não faz coisa julgada, de modo que pode ser afastada a qualquer tempo, inclusive na fase de cumprimento de sentença. Precedentes.
4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - AgRg no AREsp 208.474/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 25/03/2014).

6 12

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ACÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. OBRIGAÇÃO DE PAGAR. MULTA DIÁRIA. INAPLICABILIDADE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. DESCARACTERIZAÇÃO. EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO DE DEFESA. MÚTUO BANCÁRIO. DESCONTOS EM CONTA CORRENTE. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO EM FAVOR DE TERCEIRO. ILEGALIDADE. ARTIGOS ANALISADOS: 17, 18, 273, 461 E 591 DO CPC; 391 DO CC.

1. Ação de cobrança ajuizada em 17/4/2002. Recurso especial concluso ao Gabinete em 11/9/2013.

2. Demanda em que se discute a possibilidade de retenção de benefício previdenciário, do qual é beneficiário o recorrido (substituído processualmente por sua genitora), para pagamento de dívidas da titular da conta corrente em que o benefício era regularmente creditado.

3. Conquanto a multa cominatória estabelecida no art. 461, § 4º, do CPC, independa de requerimento da parte, podendo ser aplicada de ofício, sua previsão legal não alberga as hipóteses de descumprimento de obrigação de pagar quantia certa.

4. As obrigação de pagar, ainda que objeto de tutela antecipada, têm rito de execução próprio e meios efetivos de execução patrimonial, que não podem ser substituídos pelo Poder Judiciário.

5. A defesa de tese jurídica contrária a texto de lei (art. 17, I, do CPC), apta a caracterizar a litigância de má-fé, se refere ao pedido manifestamente impossível, o que não está caracterizado na hipótese dos autos.

6. A conta corrente bancária caracteriza-se pela pronta disponibilidade em favor de seu titular, de modo que é possível inferir que os valores depositados sejam de propriedade do correntista. Contudo, essa presunção está sujeita ao contraditório e admite a demonstração de sua indisponibilidade absoluta.

7. Recurso especial parcialmente provido.

(STJ - REsp 1358705/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 19/03/2014).

Ante o exposto, voto no sentido de dar **parcial provimento** ao recurso de apelação, apenas para reduzir o valor dos danos morais à quantia de **R\$ 30.000,00 (trinta mil reais)**, bem como para **excluir a multa por dia de descumprimento (astreintes)**, mantendo-se a sentença vergastada nos demais termos.

É como voto.

Recife, 10 de junho de 2014.


Stênio Neiva Coêlho
Desembargador Relator



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL – 10 06 2014

APELAÇÃO CÍVEL Nº 238008-1 – RECIFE

APELANTE: BANCO ITAÚ S/A.

APELADA: MARIA MÁRCIA LUNA DE BARROS

RELATOR: DESEMBARGADOR STÊNIO NEIVA

REVISOR: DESEMBARGADOR JOSUÉ DE SENA

O RELATÓRIO ENCONTRA-SE ÀS FLS.328 DOS AUTOS.

DR. MÁRIO DELGADO (ADVOGADO DO APELANTE – OAB/PE: 9040-B)

Senhor Presidente, Senhor Relator, Senhor Desembargador Roberto Maia, as instituições financeiras se enquadram, sem sombra de dúvidas, entre as principais clientes do judiciário brasileiro. E não há como negar que muitas dessas demandas decorrem de falhas na prestação do serviço. Entretanto, não é esse o caso ora em julgamento, aqui ao contrário não houve falha na prestação do serviço, mas uma sucessão de equívocos, cometidos pelo Excelentíssimo Senhor Juiz de Primeira Instância, que fez com que um saque no valor de R\$ 37.000,00 (trinta e sete mil reais), se transformasse numa condenação atualizada hoje de mais de R\$ 11.000.000,00 (onze milhões de reais). E são vários os equívocos que a apelação pretende combater, e pretende que essa câmara julgue, sane e corrija esses equívocos. O primeiro deles já apontado por Sua Excelência o Relator foi exatamente o cerceamento de defesa que foi verificado nesses autos, quando se indeferiu o pedido de prova pericial. Não se está aqui a discutir se é relação de consumo ou não, é relação de consumo, pode haver inversão do ônus da prova? Pode. Caberia ao banco provar que houve uma culpa exclusiva do correntista, da vítima, quando não cuidou da sua segurança, da segurança da sua senha, do seu computador pessoal? Sim, caberia ao banco trazer essa prova, mas como fazer essa prova senão através de uma perícia, por um técnico em segurança que pudesse ir ao computador pessoal desse correntista e averiguar se realmente houve uma falha do serviço de segurança do banco ou uma negligência involuntária do próprio correntista que não cuidou da sua segurança. Então somente através da prova pericial se poderia se chegar a essa conclusão, e se eventualmente houve falha do banco sim, condenasse o banco a devolver, a restituir a importância que teria sido indevidamente sacada por terceiros. Mas sem essa prova pericial não havia como se chegar a essa conclusão, e essa prova pericial foi indeferida. E esse é o primeiro ponto da apelação, que é o cerceamento de defesa decorrente desse indeferimento. Segundo ponto, o valor do dano moral. Então um saque de R\$ 37.000,00 (trinta e sete mil reais) vai ocasionar um dano moral de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), valor que se concede até em caso de morte, em caso de morte, o dano moral decorrente da morte não se concede muito mais do que isso, e aqui o juiz de Primeiro Grau concedeu o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), por um saque indevido de uma conta corrente de R\$ 37.000,00 (trinta e sete mil reais). Mas o mais grave nesse caso, e que faz com que esse saque de R\$ 37.000,00 (trinta e sete mil



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

reais) tenha se transformado em mais de R\$11.000.000,00 (onze milhões de reais) foi exatamente essa multa que se fixou pelo descumprimento da decisão, que em sentença antecipou a tutela para determinar a restituição do valor. Foi uma multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia. Esse valor atualizado até hoje resulta nessa cifra que ultrapassa os R\$11.000.000,00 (onze milhões de reais). E a fixação dessa multa foi equivocada por vários motivos, e o primeiro e mais grave, e aí com perdão da palavra um erro crasso cometido em Primeira Instância, foi fixar multa com base no art. 461 do CPC, conhecida como astreintes, para um a hipótese que não era de obrigação de fazer. Aqui a sentença determinou como indenização de danos materiais a restituição do valor sacado na conta corrente, a restituição do valor de R\$ 37.000,0 (trinta e sete mil reais), e restituir, Excelências, é dispensável repetir porque Vossas Excelências sabem, a obrigação de restituir não é obrigação de fazer, obrigação de restituir é espécie de obrigação de dar, obrigação de dar ou restituir. Todos os autores, todos fazem essa observação, ainda os que consideram que a obrigação pecuniária é uma obrigação própria, é uma obrigação autônoma, que não é espécie na obrigação de dar, ainda esses deixam claro que não se tratam de obrigação de fazer. Então é absolutamente unânime, na doutrina, que a obrigação de pagar ou restituir não é obrigação de fazer, e se não é obrigação de fazer, não caberia a fixação da multa do art. 461. No caso de obrigação de pagar, o descumprimento se resolve pela regra do art. 475J do CPC, quando o devedor estará sujeito à execução, ao pagamento de multa e a constrição, inclusive penhora on line do valor. Essa é a regra aplicável, o descumprimento da obrigação de pagar. A obrigação de fazer sim, caberia a fixação de astreintes, mas aqui não se trata de obrigação de fazer, é obrigação de pagar, pagar ou restituir o valor que estava na conta corrente. Então não se tratando de obrigação de fazer, não caberia a fixação dessa multa. Então esse é o ponto que a apelação insiste com muita ênfase que Vossas Excelências examinem a natureza dessa obrigação objeto da condenação, é obrigação de pagar, obrigação de restituir, e não obrigação de fazer.

E finalmente, na pior das hipóteses, qual seja, que Vossas Excelências entendam, ainda de manter a fixação da multa, não obstante não se trata de obrigação de fazer, a apelação pede que Vossas Excelências considerem o *dies a quo* da fixação dessa multa, porque essa multa já foi executada, e por isso nós temos esse valor em execução provisória de mais de R\$ 11.000.000,00 (onze milhões de reais). Ocorre que o apelante jamais foi intimado pessoalmente para o pagamento dessa multa. E a súmula 410 do STJ é expressa no sentido de que a simples publicação da decisão constando o nome do advogado não é suficiente para que se inicie o *dies a quo* da multa. Então, como último pleito se requer que essa câmara, na pior das hipóteses, deixe claro que se mantida a multa a sua contagem só se iniciará a partir da intimação pessoal do apelante.

Muito obrigado Excelências.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

**DR. LOURENÇO GOMES GADELHA DE MOURA (ADVOGADO DA APELADA
– OAB/PE: 21233)**

Em quem pese as respeitáveis palavras do nobre colega, que agora há pouco se pronunciou em prol do apelante, tenho a discordar de quase todas elas, em especial pelo colega ter trazido com essa brilhante sustentação oral, matéria não abordada na apelação. Ele buscou com sua brilhante colocação, digamos assim, com o devido respeito da palavra, arredondar o recurso apelatório. Pois bem, não querendo me estender muito, vou direto ao cerne da questão. O recurso apelatório defende a nulidade do processo por cerceamento de defesa. Bem, no entendimento da parte apelada isso não ocorreu, primeiramente porque o juiz, por seu livre convencimento, e a qualquer modo, desde que carreado nas provas dos autos, pode ao seu livre convencimento proceder com o julgamento do processo, dois, a nulidade processual deve ser levantada pela parte interessada em sua primeira oportunidade, o que também não fora feito pelo banco apelante, e três, o que vai tornar a matéria alegação de cerceamento do direito de defesa preclusa, que foi um despacho saneatório proferido pelo juiz *a quo* que oportunizou às partes o direito de apresentarem novas provas, sob pena de o processo vir concluso apto para o julgamento. Esse despacho está às fls.120 dos autos, e às fls.128 foi certificado pela Secretaria da Vara, que nenhuma das partes autor ou réu, apelante e apelado, se manifestou no sentido de produção de provas, anuindo tacitamente com a conclusão para julgamento do processo. Até mais parece, com o devido perdão da palavra, uma alegação temerária da parte apelante alegar cerceamento do direito de defesa quando durante a instrução processual teve toda a oportunidade de fazê-lo.

Bem, esse é o entendimento da parte apelada, que o cerceamento do direito de defesa que nunca ocorreu, é até uma falácia jurídica. O segundo ponto a ser abordado é quanto ao dano material e antecipação de tutela que foi concedida no curso dos autos. Cabe destacar que a multa por descumprimento da antecipação de tutela de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais)/dia, ela até hoje persiste, falar em reduzir ou afastar essa multa é estimular o descumprimento de uma ordem judicial, o banco apelante até hoje não cumpriu o dispositivo sentencial que foi antecipado parcialmente, até hoje a quantia que foi subtraída da cliente há quase 07 (sete) anos atrás, não foi devolvida, a condenação em dano material não tenho muito a dizer acerca dela porque foi simples, foi a simples devolução da quantia subtraída. Mas a manutenção da multa pelo valor arbitrado, no entendimento da parte apelada, ela deve ser mantida ou quem sabe até majorada, pois até hoje, repito, doutos julgadores, não foi cumprida pelo banco apelante.

Essa questão da multa, só para finalizar, até mais parece a luta de David e Golias, onde o gigante Banco Itaú, com a devida vênia, desacata uma ordem judicial, desrespeitando o entendimento do juiz *a quo*, e quem sabe até dessa Corte, pois até hoje a quantia não foi sequer depositada judicialmente, para se ver sanada essa questão.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

Quanto ao pedido do apelante de afastamento ou redução dos danos morais, permita-me também discordar do nobre colega, não há sequer o que se discutir aqui, não é uma coisa corriqueira, um simples aborrecimento do dia a dia, ter R\$ 38.000,00 (trinta e oito mil reais), isso em moeda 07 (sete) anos atrás, subtraído de uma conta corrente no meu, nos vossos ou no bolso de qualquer um causa um dano irreparável, isso porque além de tudo consta dos autos que essa quantia seria utilizada para o sinal da compra de um imóvel, de um apartamento, tudo devidamente comprovado nos autos.

A quantia subtraída seria para pagar parte do apartamento, o que não ocorreu, vindo a frustrar a compra do imóvel, o desfazimento do então negócio de compra e venda. Isso causou a minha constituinte, então apelada, uma crise de estresse e sérios transtornos que até hoje ela vem se tratando. No curso do processo tive oportunidade de pleitear prioridade do julgamento, pois juntei um atestado médico, ela desenvolveu alguns transtornos, alguns problemas de saúde que não vem ao caso relatar, que justificaram inclusive o pedido de prioridade no julgamento, na tramitação do feito. Agora vir o nobre colega, com o devido respeito, dizer que não houve dano moral e que são fatos corriqueiros, bem, com a devida vênia, permita-me discordar.

Para finalizar, pugna a parte apelada pela manutenção *in totum* da sentença *a quo*, de maneira que se vir a ter alguma reforma, que seja no sentido de majorar, pois o Banco Itaú até hoje não cumpriu a decisão judicial.

Muito obrigado, uma boa tarde a todos.

DESEMBARGADOR JOSUÉ DE SENA (PRESIDENTE E REVISOR)

Agradecemos. Concedo a palavra ao eminente Relator para proferir seu voto.

O VOTO DO RELATOR ENCONTRA-SE ÀS FLS. 08/13 DAS NOTAS TAQUIGRÁFICAS.

DESEMBARGADOR JOSUÉ DE SENA (PRESIDENTE E REVISOR)

O meu voto de revisão diverge um pouco do voto do eminente Relator, primeiro mantenho a indenização por danos morais no montante fixado pelo eminente juiz, e faço isso porque noto que esse processo se arrasta a bastante tempo, e não vejo a iniciativa do banco em satisfazer a obrigação que lhe é devida, acentuado cada vez mais o dano. Pro outro lado também fico perplexo em se retirar uma cominação que seria as astreintes mesmo para obrigação de pagar. Reconheço que há precedentes jurisprudenciais muito fortes, que entende que em se tratando de obrigação de pagar não caberia as astreintes, porém fica a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

lacuna, realmente, como se fazer cumprir a obrigação da antecipação de tutela, isso enfraquece realmente, porém também acho, em contrapartida, que essas astreintes não podem, salvo excepcionais situações, exceder de muita obrigação principal.

Meu voto de revisão é mantendo o dano moral no importe fixado pelo eminente juiz, mantendo a indenização por dano material, e reduzir as astreintes a um valor fixo, aliás, a multa pelo descumprimento da antecipação de tutela é um valor fixo, que na minha visão estaria bem fixado em R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) como valor fixo. De tal sorte que meu voto é neste sentido.

DESEMBARGADOR ROBERTO MAIA

Senhor Presidente, Senhor Desembargador, eu fico preocupado, essa sentença do juiz condenou o banco em dano material consistente em quê?

DESEMBARGADOR STÊNIO NEIVA (RELATOR)

Na restituição do valor subtraído, trinta e sete mil.

DESEMBARGADOR ROBERTO MAIA

Só foi a restituição, essa é a questão do dano material, só restituição. E aí Vossa Excelência mantém porque o deferimento...

DESEMBARGADOR STÊNIO NEIVA (RELATOR)

Essa questão de antecipação de tutela para que fosse restituída e fixou uma multa.

DESEMBARGADOR ROBERTO MAIA

Antecipação de tutela e depois confirmou. Arbitrou uma multa de cinco mil para o cumprimento, Vossa Excelência está no seu voto retirando a multa, e está reduzindo de cem para trinta mil. Certo, entendi perfeitamente a questão e confesso que estou realmente perplexo com essa situação, porque danos materiais, Desembargador, R\$ 100.000,00 (cem mil reais), dano moral em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) é a primeira vez aqui nesses dois anos, vejo Vossa Excelência manter, desculpe a franqueza. O que nós julgamos aqui são ações de dano moral e os valores máximos que nós arbitramos para... Se bem que são casos diferentes, mas também questões de banco que tiram pagamentos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

indevidos e outras coisas mais, e dano moral aqui na faixa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), Desembargador Stênio já baixou para trinta.

DESEMBARGADOR STÊNIO NEIVA (RELATOR)

Eu baixei para trinta, Desembargador, porque de fato o patamar que nós temos fixado é até dez, quinze, cinco, no entanto é um processo bem antigo...

DESEMBARGADOR JOSUÉ DE SENA (PRESIDENTE E REVISOR)

Eminentes pares, em homenagem a colegialidade reduzo, adiro, realmente reconsidero e baixo aos R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

DESEMBARGADOR STÊNIO NEIVA (RELATOR)

Vossa Excelência está baixando o dano moral para trinta?

DESEMBARGADOR JOSUÉ DE SENA (PRESIDENTE E REVISOR)

Exatamente como fixado pelo eminente Relator.

DESEMBARGADOR ROBERTO MAIA

Quero crer que ainda está alto, mas há outro departamento que vocês dois também estão em discordância, que é a multa, e Vossa Excelência, veja bem, a multa que o juiz condenou é em cinco mil diárias, não tem o valor ainda fixado.

DESEMBARGADOR JOSUÉ DE SENA (PRESIDENTE E REVISOR)

Na verdade, para ficar mais explicitado, baixo para R\$ 1.000,00 (hum mil reais) por dia, e estabeleço o limite de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

DESEMBARGADOR ROBERTO MAIA

Entendido, então vou ficar com o Relator, no que se refere ao dano moral em trinta, porque sei que Vossa Excelência não vão diminuir mesmo, e em relação a restituição mantenho, porque tem que ser mantida mesmo, o banco tirou



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

indevidamente, quer dizer, o terceiro foi tirado, mais aí é responsabilidade objetiva, a matéria, a relação aí é de consumo com inversão do ônus da prova, de forma que essa questão para mim está superada. E também acompanho o Relator no que se refere à multa, porque não pode existir multa astreinte para o caso de pagamento em moeda, aqui a restituição é mesmo que um pagamento, a parte que execute, e sobre isso ela pode propor ação, cumprimento da sentença. De forma que acompanho inteiramente o voto do eminente Relator, pedindo vênias ao Revisor na parte em que diverjo.

DECISÃO:

"UNANIMEMENTE, REJEITOU-SE A PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. MÉRITO: POR MAIORIA DE VOTOS, DEU-SE PROVIMENTO À APELAÇÃO PARA REDUZIR O VALOR INDENIZATÓRIO PARA R\$ 30.000,00 (TRINTA MIL REAIS) E PARA EXCLUIR A MULTA ASTREINTES NOS TERMOS DO VOTO DO DES. RELATOR. DIVERGIU PARCIALMENTE O DES. JOSUÉ DE SENA, REVISOR, QUE REDUZIA O VALOR DAS ASTREINTES PARA R\$ 1.000,00 (HUM MIL REAIS)/ DIA, COM LIMITE DE R\$ 80.000,00 (OITENTA MIL REAIS) ."
