

Indenização - Saque em caixa eletrônico - Máquina de autoatendimento - Retenção do cartão - Defeito na prestação de serviços - Transações realizadas por falsários - Banco - Responsabilidade objetiva - Dano moral - Configuração - Fixação do *quantum* - Honorários advocatícios - Alteração - Art. 14 do CDC - Art. 20, § 3º, do CPC

Ementa: Apelação cível. Ação de indenização. Saque em caixa eletrônico. Retenção do cartão em máquina de autoatendimento. Defeito na prestação de serviços. Realização de transações por falsários. Responsabilidade objetiva da entidade bancária. Dano moral configurado. Fixação adequada. Honorários advocatícios. Alteração. Inteligência do art.14 do Código de Defesa do Consumidor e art. 20, § 3º, do CPC.

- Se a entidade bancária disponibiliza serviço de autoatendimento ao cliente, a retenção do seu cartão em máquina desses estabelecimentos, que dá ensejo à atividade de falsários com saques e transações bancárias indevidas, revela o defeito e a insegurança na prestação de serviço, configurando-se a responsabilidade objetiva do banco.

- É evidente o dano moral causado ao cliente, ante o desassossego psíquico e o rompimento do seu bem-estar, quando o seu cartão bancário é retido em máquina eletrônica de autoatendimento bancário, com posteriores e elevados saques indevidos em sua conta-corrente, os quais não são ressarcidos pela entidade bancária.

- O dano moral deve ser mantido se a fixação do seu *quantum* se mostra proporcional à intensidade do dano,

sua repercussão no meio social, à finalidade pedagógica, bem como à capacidade econômica do ofensor.

- Os honorários advocatícios na sentença de natureza condenatória devem ser fixados dentre as percentagens legalmente estabelecidas, com atenção ao grau de zelo do profissional, ao lugar da prestação do serviço e à natureza e importância da causa, ao trabalho realizado pelo advogado e ao tempo despendido para o serviço, o que, no caso em debate, não fora considerado pela instância a qua, impondo-se a sua alteração.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.08.501923-3/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Banco do Brasil S.A. - Apelante adesivo: Francisco de Assis Lima Mota - Apelados: Banco do Brasil S.A., Francisco de Assis Lima Mota - Relator: DES. JOSÉ MARCOS VIEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO ADESIVO.

Belo Horizonte, 25 de novembro de 2009. - José Marcos Vieira - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ MARCOS VIEIRA - Trata-se de apelação cível interposta por Banco do Brasil S.A. contra a sentença de f. 62/64-TJ, que, nos autos da ação de indenização movida em desfavor de Walter Gama Terra Júnior, julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar o réu a restituir o valor de R\$ 6.862,00 (seis mil oitocentos e sessenta e dois reais), bem como a pagar a quantia de R\$2.325,00 (dois mil trezentos e vinte e cinco reais) a título de dano moral. Por fim condenou o requerido ao pagamento das custas e honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da causa.

Inconformado, o réu interpôs o recurso (f. 65/75-TJ), em que alega, em síntese, a ausência de dano efetivo, pois os saques realizados indevidamente por falsários não impossibilitaram o autor correntista de realizar saques, de realizar os pagamentos devidos, bem como de ter os seus cheques compensados. Assevera, ainda, que o autor somente suportou meros aborrecimentos, sendo indevida a condenação por dano moral, ou que se mostra excessiva, razão pela qual pugna o apelante pela sua redução.

O autor também interpôs apelo adesivo (f. 81/84-TJ), em que aduz, resumidamente, a necessidade de

majoração do dano moral, bem como dos honorários advocatícios, que devem ser fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Contrarrazões ao apelo principal às f. 77/80-TJ, em que o apelado requer a manutenção da sentença.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade recursal.

Procedo à análise em conjunto das apelações, para melhor elucidação, uma vez que há matérias de inconformismo comum a ambos os recursos.

Cuidam os autos de pedido de indenização movido pelo apelante adesivo em decorrência de saques realizados em sua conta-corrente, posteriormente à utilização de terminal de caixa eletrônico em agência do banco réu, quando, então, foi retido o seu cartão magnético pela máquina, o que deu ensejo à atividade dos falsários.

O pedido foi julgado procedente, sob o fundamento de que os saques nas contas foram demonstrados pelos extratos, não impugnados pelo réu, o que impôs o deferimento da restituição da quantia, bem como o dano moral, pois o autor foi “vítima de falsários em estabelecimento mantido pelo requerido” (f. 63-TJ), o que configurou a expectativa do consumidor ante a prestação de serviço desqualificada da entidade bancária.

Ao que se vê dos autos, restou incontroversa a realização de saques na conta do autor, tanto que o apelo adesivo somente impugna a configuração do dano efetivo, bem como o ressarcimento pelo dano moral.

Dessa forma, evidenciada a existência dos saques por falsários em agência de autoatendimento do próprio banco réu (f. 16-TJ), a responsabilidade objetiva da instituição bancária é inconteste, a teor do disposto no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

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.

§ 1º. O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - o modo de seu fornecimento;
- II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi fornecido.

Dessa forma, a ocorrência de dano restou configurada, ante a insegurança imposta ao autor/ consumidor pelo banco réu, que não possibilitou o uso adequado e seguro do seu serviço em sua agência de autoatendimento, indicada no próprio *site* do banco réu (f. 16-TJ), uma vez que o cartão magnético do cliente ficou retido no caixa eletrônico, o que deu ensejo às atividades dos falsários.

Com efeito, a negligência na prestação do serviço pelo autoatendimento do banco réu indiscutivelmente

causou desassossego psíquico e rompeu com o bem-estar do autor, principalmente porque não foi imediatamente ressarcido do seu prejuízo material, razão pela qual é acertada a decisão que condenou o requerido à reparação pelo dano moral.

Registra-se, ainda, que o banco réu não se desincumbiu do ônus probatório que lhe cabia (art. 333, II, do CPC), capaz de demonstrar a ocorrência de uma das hipóteses previstas no § 3º do art. 14 do CDC, que possibilitaria a exclusão da responsabilidade do autor na prestação do serviço.

Nesse sentido, é o posicionamento deste Sodalício em casos similares:

Ementa: Ação de indenização. Dano moral e material. Clonagem de cartão magnético. Saques sucessivos em caixas eletrônicos. Falta de segurança. Defeito do serviço. Responsabilidade objetiva. Ausência de prova da culpa exclusiva da autora. Dano material configurado. Devolução de cheques por falta de provisão de fundos. Negativação indevida do nome da autora. Dano moral caracterizado. *Quantum* indenizatório. Razoabilidade. - É objetiva a responsabilidade da instituição financeira decorrente de defeito do serviço, consistente na falta de segurança, evidenciada por saques sucessivos de numerário da conta do correntista, em caixas eletrônicos, por meio de cartão magnético clonado, caso não demonstradas as excludentes previstas no art. 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor. - O art. 14 do CDC trata da responsabilidade objetiva do fornecedor de serviço. Funda-se esta na teoria do risco do empreendimento, segundo a qual todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens e serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento independentemente de culpa. - O dano moral subsiste pela simples ofensa dirigida ao autor, pela mera violação do seu direito de permanecer com o nome desprovido de máculas, o que torna desnecessária a comprovação específica do prejuízo sofrido. - O valor do dano moral deve ser arbitrado com moderação, norteados-se o julgador pelos critérios da gravidade e repercussão da ofensa, da posição social do ofendido e da situação econômica do ofensor. (TJMG, 14ª Câmara Cível, AC nº 2.0000.00.507729-8/000, Rel.ª Des.ª Heloísa Combat, j. em 02.06.2005, p. em 21.06.2005.)

Indenização. Danos materiais e morais. Conta bancária. Clonagem de cartão magnético. Saque. Ônus da prova. Repetição em dobro. Impossibilidade. Honorários advocatícios. Majoração. Litigância de má-fé. Não comprovação. Voto vencido. - Estando presentes os requisitos da verossimilhança das alegações e hipossuficiência, impõe-se a inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Cabe à instituição financeira a prova de que não houve falha no seu sistema de segurança eletrônico, devendo, de outro modo, indenizar o cliente que teve dinheiro indevidamente sacado de sua conta. É desnecessária a prova do reflexo patrimonial do prejuízo, visto que o dano moral puro representa sofrimento humano, resultante de lesão de direitos da personalidade. O montante da indenização, por danos morais, deve ser suficiente para compensar o dano e a injustiça que a vítima sofreu, proporcionando-lhe uma vantagem, com a qual poderá atenuar parcialmente seu sofrimento. É vedado, nos termos do art. 7º, IV, da Constituição da República, vincu-

lação da indenização, ao valor do salário-mínimo. Para que incida a penalidade prevista no parágrafo único do art. 42 do Codecon, é necessário que tenha ocorrido o efetivo pagamento da quantia cobrada indevidamente. Estando ausente prova convincente de litigância de má-fé, não é cabível a aplicação da pena prevista. Agravo retido e primeira apelação não providos, segunda apelação parcialmente provida e sentença parcialmente alterada, de ofício. - V.v.p.: - No caso de reparação por dano moral, o critério para fixação do montante é eminentemente subjetivo, devendo o julgador se ater às peculiaridades do caso concreto. O valor da indenização deve ser arbitrado de forma a coibir a repetição do ato ilícito praticado, efetivando o caráter pedagógico da medida (Des. Alberto Aluizio Pacheco de Andrade) (TJMG, 10ª C. Cív., AC nº 1.0024.06.008257-5/002(1), Rel. Des. Roberto Borges de Oliveira, j. em 20.11.2007, p. em 14.12.2007).

No tocante à fixação do *quantum*, sabe-se que a indenização deve ser estipulada pelo magistrado de forma equitativa, de modo que não seja muito alto, a ponto de implicar enriquecimento sem causa da vítima, nem tão baixo, sob pena de não produzir no causador do dano a sensação de punição que o leve a deixar de praticar o ato. Para tanto, devem-se considerar as condições econômicas dos envolvidos, a culpa do ofensor e a extensão do dano causado ao ofendido.

A lei não indica os elementos que possam servir de parâmetro para se estabelecer o valor da indenização, apenas dispõe que deve ser pautada com base na extensão do dano (art. 944 do CC), sendo do prudente arbítrio do julgador tal ponderação.

Já a doutrina vem tentando estabelecer critérios que deverão ser observados pelo julgador no momento de fixar a indenização. Rizzato Nunes apresenta alguns desses critérios quando se trata de dano moral ao consumidor, uma vez que ali estão enumerados os aspectos relevantes para se avaliar a extensão do dano ao qual se refere a lei:

[...] inspirado em parte da doutrina e em parte da jurisprudência, mas principalmente levando-se em conta os princípios constitucionais que garantem a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, do respeito à vida e da garantia à incolumidade física e psíquica, com o asseguramento de uma sadia qualidade de vida e do princípio da isonomia, e, ainda, a garantia da intimidade, vida privada, imagem e honra, é possível fixarem-se alguns parâmetros para a determinação da indenização por danos morais, quais sejam:

- a) a natureza específica da ofensa sofrida;
- b) a intensidade real, concreta, efetiva do sofrimento do consumidor ofendido;
- c) a repercussão da ofensa no meio social em que vive o consumidor ofendido;
- d) a existência de dolo - má-fé - por parte do ofensor, na prática do ato danoso e o grau de sua culpa;
- e) a situação econômica do ofensor;
- f) a capacidade e a possibilidade real e efetiva de o ofensor voltar a praticar e/ou vir a ser responsabilizado pelo mesmo fato danoso;
- g) a prática anterior do ofensor relativa ao mesmo fato

danoso, ou seja, se ele já cometeu a mesma falta;

h) as práticas atenuantes realizadas pelo ofensor visando diminuir a dor do ofendido;

i) necessidade de punição (*Curso de direito do consumidor*, p. 310, 2006).

Valho-me, ainda, dos ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho:

Uma das objeções que se fazia à reparabilidade do dano moral era a dificuldade para se apurar o valor desse dano, ou seja, para quantificá-lo. [...] Cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral.

[...]

Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e conseqüências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes (*Programa de responsabilidade civil*. 8. ed., Ed. Atlas, 2009, p. 91/93).

Levando em conta essas considerações, entendo que o valor de R\$2.325,00 (dois mil trezentos e vinte e cinco reais), determinado pelo ilustre Magistrado, foi fixado dentro da razoabilidade, razão pela qual deve ser mantido.

No que tange aos honorários de sucumbência, tenho que merece pequeno reparo o seu arbitramento, pois tenho que a percentagem determinada pelo Julgador monocrático, qual seja 10% (dez por cento) do valor da causa, não atende às disposições contidas no § 3º do art. 20 do CPC.

Assim, em atenção ao grau de zelo do profissional, ao lugar da prestação do serviço e à natureza e importância da causa, ao trabalho realizado pelo advogado e ao tempo despendido com o serviço, que, no caso em debate, não foram considerados pela instância a qua, impõe-se a fixação dos honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Com tais considerações, nego provimento ao apelo principal e dou parcial provimento ao apelo adesivo, para reformar a sentença, em parte, tão somente para alterar a fixação dos honorários advocatícios para 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Custas recursais, pelo apelante principal.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BATISTA DE ABREU e OTÁVIO PORTES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO ADESIVO.