



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Registro: 2015.0000777556

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004307-09.2013.8.26.0077, da Comarca de Birigüi, em que é apelante IVANIR FONZAR, é apelado BANCO SANTANDER BRASIL S/A.

ACORDAM, em 22ª 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 Exmos. Desembargadores SÉRGIO RUI (Presidente) e ROBERTO MAC CRACKEN.

São Paulo, 1 de outubro de 2015.

FERNANDES LOBO
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

APELAÇÃO nº 0004307-09.2013.8.26.0077
 COMARCA: BIRIGÜI
 APELANTE: IVANIR FONZAR
 APELADO: BANCO SANTANDER BRASIL S/A

VOTO N.º 20.313

RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZATÓRIA – DEFICIENTE VISUAL QUE FOI LUDIBRIADA PELA GERENTE DO BANCO – SENTENÇA QUE JULGOU A AÇÃO IMPROCEDENTE – APLICAÇÃO DAS NORMAS CONTIDAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - ÔNUS DA PROVA QUE DEVE SER INVERTIDO – ART. 6º, VIII, CDC – NÃO COMPROVAÇÃO PELO RÉU DE QUE A AUTORA CONSENTIU E ASSINOU OS CONTRATOS DE FORMA LIVRE – ÔNUS QUE CABE AO BANCO – AÇÃO PROCEDENTE – DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS – ÔNUS SUCUMBENCIAIS A CARGO DO RÉU – RECURSO PROVIDO, NOS TERMOS DO V. ACÓRDÃO.

Cuida-se de apelação interposta contra a r. sentença prolatada nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais aforada por IVANIR FONZAR em face de BANCO SANTANDER BRASIL S/A, que julgou improcedente a ação, nos termos do artigo 269 do Código de Processo Civil, condenando a autora no pagamento dos honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da causa atualizado (fls. 164/165).

Apela a autora, sustentando pela inversão do ônus da prova, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, aduzindo que o banco não contestou os fatos narrados na inicial, o que os torna incontroversos. Afirma que na condição de deficiente visual, o apelado deveria exigir sempre a presença de um procurador ou apresentar o contrato escrito em braile, o que não ocorreu. Deve a casa bancária responder pelos atos de seus prepostos. Pede a procedência integral de seus pedidos (fls. 172/178).

Recurso tempestivo e preparado; contrarrazões apresentadas pelo réu às fls. 188/190v., subiram os autos.

É o relatório.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Com efeito, na hipótese, aplicável o Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários (STJ, súmula nº 297), pois está o banco caracterizado como fornecedor no *caput* do art. 3º, e, além disso, o § 2º, de forma expressa, menciona como serviços as atividades de natureza bancária, financeira e de crédito.

Consumidor é aquele que adquire o bem ou serviço para atender necessidade sua. A pessoa jurídica somente pode ser assim considerada se adquirir o produto ou o serviço como destinatária final (José Geraldo de Brito Filomeno, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, obra conjunta, Forense Universitária, 1ª ed., p. 27).

Sobre a pretendida inversão do ônus da prova, com base no inciso VIII, do art. 6º, do Código de Defesa do Consumidor, ainda que possível, é de se considerar que essa inversão se dá *ope judicis*, isto é, por obra do juiz, e não *ope legis*, como ocorre na distribuição do ônus da prova pela legislação instrumental comum (art. 333). Como se trata de regra de juízo, quer dizer de julgamento, apenas quando o juiz verificar o *non liquet* que deverá proceder à inversão do ônus da prova (NELSON E ROSA NERY – *Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor*, ed. R.T., 1994, p. 1.209, em nota de nº 15 ao art. 6º, nº VIII, do CDC). Acrescente-se que essa faculdade estará na dependência de ser verossímil a alegação ou hipossuficiente o consumidor.

A verossimilhança da alegação, como pondera LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, ed. Saraiva, arts. 1º a 54, 2000, p. 123), deverá ser sopesada pelo juiz após a peça de defesa com os elementos trazidos pela contestação.

Já o conceito de hipossuficiência, a que alude o Direito Consumerista, não é econômico. É técnico e decorre do desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício etc. (mesmo autor pp. 123/124).

No caso concreto, verifica-se que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável, invertendo-se o ônus da prova, tendo em vista a verossimilhança presente nas alegações da autora.

A autora, deficiente visual, alega que possuía em abril de 2008, aplicações em fundos multimercado, no importe de R\$278.705,09, que rendia em média em torno de 12% ao ano.

Narra que no dia 09/04/2008, foi até a agência tratar de assuntos relacionados à sua conta e foi orientada pela gerente, Cláudia Marins, a diversificar seus investimentos, aplicando em Previdência Privada – VGBL, que estava rendendo mais de 1% ao mês, e também em Fundo de Ações, com rendimentos variáveis e de risco, mas bastante atraentes.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

A autora discordou ponderando que a taxa de carregamento era alta (2,5%) e que ela deveria esperar o prazo de carência de um ano para realizar o resgate dessa aplicação.

Com relação aos Fundos de Ações sugeridos (Vale e PETROBRÁS), também discordou, haja vista que o cenário apontava uma grande crise, na ocasião.

No entanto, dada a insistência da gerente, acabou aplicando R\$78.000,00 em fundo de ações da Vale – Santander FI Vale Plus 3 ações. O restante de suas aplicações, deveriam continuar no fundo multimercado – Santander FIC FI Diferencial Mais Multimercado.

Continua asseverando que seu genitor faleceu no dia 10/05/2008, um sábado, e no dia 12/05/2008, na segunda feira seguinte, Cláudia (a gerente), foi até sua residência dizendo que precisava colher sua assinatura do contrato referente à aplicação do fundo de ações da Vale.

Como estava em nojo, a autora pediu para voltassem outro dia, mas a gerente, Cláudia, insistiu tanto, que a demandante aceitou atendê-la e depositando total confiança, assinou os contratos.

Passadas algumas semanas, ao consultar seu extrato, ficou surpresa ao descobrir que R\$100.000,00, que estavam depositados em fundos multimercados, tinha sido migrado para outra aplicação, Previdência Privada – VGBL, contra sua vontade.

Também descobriu que a gerente tinha tirado da aplicação de multimercado, a quantia de R\$50.000,00 e aplicado em fundo de ações da PETROBRÁS – Santander FI Petrobrás Plus 3 Ações.

Muito consternada com a situação, tentou entrar em contato com a gerente, sem sucesso, pois Cláudia sempre se esquivava em atendê-la.

Tal abalou sua saúde a ponto de precisar de ajuda psiquiátrica.

Em junho de 2008, a demandante resolveu denunciar a ocorrência junto à Ouvidoria do réu, protocolo n. 78989271546 e os funcionários que a atenderam, Osmar e Ismênia Prada afirmaram que a gerente – Cláudia seria demitida e o dinheiro voltaria na sua antiga aplicação.

Aduz que a gerente foi demitida, mas o dinheiro nunca voltou à antiga aplicação em fundos multimercados.

Resultou que a acionante só pode resgatar a aplicação da Previdência Privado em setembro de 2009, com bastante prejuízo e com relação à aplicação das ações da Petrobrás, para não realizar prejuízo, mantém a aplicação até hoje,



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

com perdas próximas de 60%.

Pede a indenização por danos materiais, ocasionados por culpa exclusiva da preposta, Cláudia Marins e também morais, já que foi ludibriada pela gerente em quem confiava.

Na contestação de fls. 49/63, o réu não se desincumbiu de demonstrar o contrário trazido pela autora e nem mesmo trouxe nada que pudesse fazer "cair por terra" suas alegações, limitando-se a dizer que não há prova de prejuízo algum e que a autora não provou que não assinou os contratos e que não consentiu com as aplicações acionárias, devendo prevalecer o *pacta sunt servanda* no caso concreto.

Ora, não cabe a autora a prova diabólica, porque negativa, da não assinatura do contrato e do não consentimento com as aplicações financeiras.

A regra aplicável é a inversão do ônus da prova, cabendo não ao hipossuficiente esta prova, mas sim à casa bancária o consentimento e a assinatura do contrato.

As testemunhas ouvidas, embora não tenha presenciado os fatos, dão conta que a funcionária do banco foi à casa da autora para que esta assinasse os contratos (fls. 144).

Plenamente verossímeis, portanto, as alegações da autora e verifica-se que em nenhum momento, o banco contestou a assertiva de que a gerente foi à casa da autora e conseguiu convencê-la a assinar os contratos, autorizando as aplicações financeira na previdência privada e nas ações da Petrobrás.

Sucede que não houve impugnação específica desses fatos, tornando-os incontrovertidos.

Assim, presume-se verdadeiro que a gerente ludibriou a autora, colheu as assinaturas dos contratos, que autorizavam a aplicação financeira em previdência privada e em ações da Petrobrás, quando esse não era o desejo da demandante.

E tal configura, pois, ato ilícito da requerida, por meio de sua preposta, causando intenso sofrimento da autora - que teve aplicados recursos em outros investimentos, sem autorização -, configurando dano moral indenizável.

Segundo o prelecionamento de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*Responsabilidade Civil*, 4ª ed. Forense, 1993, p. 54):

" 45. O fundamento da reparabilidade pelo dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos. Colocando a questão em termos de maior amplitude, Savatier oferece uma



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

definição de dano moral como 'qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária', e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, e suas afeições, etc. (Traité de la Responsabilité Civile, vol. II, n° 525)''

O dano moral indenizável é o sofrimento humano, a dor, a mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem, alcançando os direitos da personalidade, existindo danos morais que se presumem, decorrendo a obrigação de indenizar da própria violação do direito personalíssimo, sem se cogitar da prova da existência do dano, havendo, no entanto, outros que devem ser provados, não bastando a mera alegação (ver JTJ-Lex 167/44).

Como ensina Yussef Said Cahali (*Dano Moral*, 2ª ed. Rev. dos Tribunais, p. 532), tem-se como existente dano moral reparável sempre que da ação ou omissão resulte para outrem situação incômoda ou constrangedora.

Passando-se, agora, ao campo da fixação do *quantum* correspondente à compensação – após caracterizada a responsabilidade civil –, ao juiz "são conferidos amplos poderes, tanto na definição da forma como da extensão da reparação cabível" (Código Civil Comentado, Org. Ricardo Fiúza. São Paulo, Saraiva, 2008. 6ed).

A respeito da matéria, anota Ricardo Fiúza, na obra supracitada:

Na reparação do dano moral, não há ressarcimento, já que é praticamente impossível restaurar o bem lesado, que, via de regra, tem caráter imaterial. O dano moral resulta na maior parte das vezes, da violação a um direito da personalidade: vida, integridade física, liberdade, honra, liberdade etc. (...) Os dois critérios que devem ser utilizados para a fixação do dano moral são a compensação ao lesado e o desestímulo ao lesante. Inserem-se nesse contexto fatores objetivos e subjetivos, relacionados às pessoas envolvidas, como a análise do grau da culpa do lesante, da eventual participação do lesado no evento danoso, da situação econômica das partes e da proporcionalidade ao proveito obtido com o ilícito.

Nesta controvérsia, analisados os vetores mencionados, não se pode perder de vista deva ser fixado *quantum* indenizatório em observância da situação econômica da parte acionante, e em atendimento à proporcionalidade e razoabilidade.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Assim, fixa-se a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a título de indenização, acrescidos de correção monetária, pela tabela prática do Tribunal de Justiça, a partir da publicação deste acórdão e juros de mora, de 1% ao mês, a contar da citação.

No caso em comento o valor não propicia à apelante proveito econômico equiparável a “loteria” o que não se coaduna com a função precípua da compensação do dano moral em nosso ordenamento.

Este quantum indenitário, aliás, é até mais benéfico ao ofensor do que o cristalizado pela moderna jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em casos análogos (*cf. AgRg nos EDcl no AgRg no Ag 754.518/RJ, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJe 22/09/2010; REsp 856.085/RJ, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 08/10/2009; AgRg no Ag 815.909/SP, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJe 17/03/2008; REsp 655.691/RS, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJ 13/11/2006, p. 265; AgRg no Ag 761.329/RS, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ 10/09/2007, p. 228; REsp 51.203/PR, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJ 21/05/2007, p. 58; AgRg no REsp 621.100/MA, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJ 23/04/2007, p. 271; REsp 749.196/PB, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJ 16/04/2007, p. 206; REsp 849.853/SE, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJ 04/12/2006, p. 333; REsp 768.153/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJ 09/10/2006, p. 292).*

Diante dos fundamentos supramencionados, julga-se procedente a ação, para condenar o requerido a indenizar os prejuízos materiais, consistente nas perdas ocasionadas pela transferência de recursos a fundos não autorizados, devendo, em liquidação, ser apurado o quanto renderia a quantia se estivesse aplicada em fundos multimercados – Santander FIC FI Diferencial Mais Multimercado, desde maio de 2008 até a presente data, acrescido de correção monetária desde cada evento e juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, bem como condenar o réu a pagar R\$50.000,00, a título de danos morais à autora, com correção monetária a partir da publicação deste acórdão e juros de mora de 1% ao mês, fluidos a partir da citação.

Sucumbência a cargo do réu, fixada a advocatícia em 20% do valor da condenação, atualizado.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso da autora, nos termos do v. acórdão.

FERNANDES LOBO

RELATOR