

## Texto integral da Sentença

Vistos. JOÃO CARLOS CELLI ajuizou a presente ação DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO c.c. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS em face de BANCO CITIBANK S/A, qualificados nos autos, objetivando a) declarar a inexigibilidade do débito de R\$ 6.376,37, que não contraiu e b) ressarcir-se dos danos morais suportados. Antecipou-se, em parte, a tutela pretendida (fls. 59/60). O réu – citado (fls. 61) – ofertou contestação (fls. 74/91). Discorre sobre o procedimento que adota quando da verificação de fraude no uso de cartão de crédito, se não reconhecidas certas transações. Concluiu, no caso do autor, pela obrigatoriedade do pagamento, daí porque relançou os valores provisoriamente estornados na fatura. O cartão de crédito objeto era dotado de chip, dotado de tecnologia que torna difícil, senão impossível, a clonagem. A senha é intransferível, e deve ser guardada com atenção. Não há indícios de fraude, que deveria ser comunicada imediatamente. Questiona os danos morais, montante perseguido inclusive. Pede a improcedência. Houve réplica (fls. 93/128). Determinada a especificação de provas (fls. 90), manifestaram-se as partes (fls. 92 e 93). É a síntese do necessário. Fundamento e DECIDO. A presente ação comporta julgamento antecipado, porquanto a solução da matéria independe de dilação probatória, ex vi do art. 330, I, do Código de Processo Civil. Ressalte-se, desde já, que a relação jurídica estabelecida entre as partes é nitidamente de consumo e, por isso, exige análise dentro do microsistema protetivo instituído pela Lei nº 8.078/90, sobretudo quanto à vulnerabilidade material e à hipossuficiência processual do consumidor. Fixadas tais premissas, procede o pedido. Com efeito, restando incontroversas as operações impugnadas, era ônus exclusivo do banco provar a autoria e/ou a efetiva negligência na guarda do cartão e da senha ou a voluntária e deliberada entrega do plástico e divulgação desse signo a terceiros; entretanto, aqui, isso não ocorreu, embora fosse factível (v.g., filmagem da operação). Impossível é, dentro do sistema constitucional vigente, presumir-se situação em prejuízo do consumidor, sobretudo se considerados o equilíbrio e a boa-fé objetiva (vigas medulares das relações de consumo), nem de longe arranhados por meras conjecturas ou ilações. Ora, a não ser conclusões íntimas e subjetivas, nada de concreto foi coligido durante a instrução capaz de atestar, com a segurança necessária, que João Carlos ou seus familiares negligenciaram ao dever de guarda do cartão e/ou da senha, bem ao contrário (fls. 24/26). Cômodo para quem é o único titular dos riscos do negócio. Incide, in casu, a teoria do risco proveito, fundada na livre iniciativa, que relega ao empreendedor, de modo exclusivo, o ônus da atividade econômica lucrativa explorada no mercado, tanto é que o dever de indenizar surge independentemente da existência de culpa. Destaque-se, aqui, a lição de Luiz Antonio Rizzatto Nunes: O que acontece é que o CDC, dando continuidade, de forma coerente, à normatização do princípio da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, preferiu que toda a carga econômica advinda do defeito recaísse sobre o prestador do serviço. Se a hipótese é de caso fortuito ou de força maior e em função disso o consumidor sofre acidente de consumo, o mal há de ser remediado pelo prestador do serviço. Na verdade o fundamento dessa ampla responsabilização é, em primeiro lugar, o princípio garantido na Carta Magna da liberdade de empreendimento, que acarreta direito legítimo ao lucro e responsabilidade integral pelo risco assumido. E a Lei nº 8.078, em decorrência desse princípio, estabeleceu o sistema de responsabilidade civil objetiva, conforme já visto. Portanto, trata-se apenas de questão de risco do empreendimento. Aquele que exerce a livre atividade econômica assume esse risco integral. Ou, em outras palavras, se os lucros não são divididos com os consumidores, os riscos também não podem ser. A dúvida, quando muito, há de ser resolvida em proveito do consumidor, cuja honestidade avulta clara como o sol que reluz da realidade fática instalada, tal qual se infere – à vista das operações impugnadas – da pretensão deduzida. Inegável que os progressos da tecnologia trouxeram benefícios para ambos os polos da relação econômica (lídimo fortuito interno incapaz de partir o nexo etiológico); porém, ao que parece, o Citibank pretende só com eles ficar, impondo os prejuízos apenas a João Carlos. No entanto, se o fornecedor quer manter a lide no plano das cogitações, não se ponha no oblivio que a clonagem de cartão magnético, infelizmente, é procedimento comum hoje em dia e, assim, in casu, poderia isso muito bem ter acontecido, até porque o clone se equipara à via válida do cartão, tanto que aciona o sistema bancário e implementa a operação. CIVIL. CARTÃO DE CRÉDITO. CLONAGEM. A administradora de cartões de crédito responde pela falta de segurança dos serviços que presta. Agravo Regimental não provido. Tal qual uma luva cabe à hipótese sub examine a diretriz traçada pela Colenda 3ª Turma do Excelso Superior Tribunal de Justiça sobre o mérito da questão. Veja-se: Direito processual civil. Ação de indenização. Saques sucessivos em conta corrente. Negativa de autoria do correntista. Inversão do ônus da prova. – É viável a inversão do ônus da prova (art. 333, II do CPC) na ocorrência de saques indevidos de contas-correntes, competindo ao banco (réu na 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. O Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, analisando hipótese semelhante, também envolvendo cartão com chip (e isso é importante), assentou: (...) não se desincumbiu de tal ônus, na medida em que deixou de implementar qualquer prova, particularmente recorrendo aos filmes dos atos dos saques, de que

disponha – ou deveria dispor – como de ordinariamente acontece nos ambientes bancários em que se localizam os chamados “caixas eletrônicos”, de modo a que se pudesse apurar quem, efetivamente, levou a cabo as retiradas, em face das negativas do apelado. Tem-se, de outra sorte, que deste seria exequível exigir-se prova negativa e, por outro lado, o apelante, como dito, dispõe – ou deveria dispor – de todas as condições para esclarecimento da questão, entre elas a filmagem dos atos dos saques, com o que poder-se-ia identificar quem disso tratou. De outra banda, por todos os ângulos, caracterizado está o fato lesivo autorizador da reparação extrapatrimonial, ainda mais ante a nítida ruptura da confiança depositada pelo consumidor. Vem a talho de foice, neste passo, a doutrina de Cláudia Lima Marques. Ei-la: A manifestação de vontade do consumidor é dada almejando alcançar determinados fins, determinados interesses legítimos. A ação dos fornecedores, a publicidade, a oferta, o contrato firmado criam no consumidor expectativas, também, legítimas de poder alcançar estes efeitos contratuais. (...) No sistema do CDC leis imperativas irão proteger a confiança que o consumidor depositou no vínculo contratual, mais especificamente na prestação contratual, na sua adequação ao fim que razoavelmente dela se espera, irão proteger também a confiança que o consumidor deposita na segurança do produto ou do serviço colocado no mercado. Observe-se, por oportuno, que o intérprete soberano da legislação federal já avaliou a responsabilidade do fornecedor decorrente da quebra da confiança do consumidor. Anote-se: O princípio da boa-fé se aplica às relações contratuais regidas pelo CDC, impondo, por conseguinte, a obediência aos deveres anexos ao contrato, que são decorrência lógica deste princípio. O dever anexo de cooperação pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação contratual. A violação a qualquer dos deveres anexos implica o inadimplemento contratual de quem lhe tenha dado causa. In casu, de modo considerável, a dinâmica dos fatos extrapolou – tendo em vista as bases originárias do contrato, a insistência na cobrança e a unilateral e secreta investigação que legitimou fossem relançadas as despesas na fatura (fls. 77) – o mero inadimplemento contratual, galgando o vício contornos de defeito. Materializada, por todos os ângulos, a violação a direitos básicos do consumidor (confiança e justa expectativa), a quem o Estado deve defender, reprimindo todos os abusos praticados no mercado. O dano, na espécie, é in re ipsa, que dispensa prova de maiores reflexos, patrimoniais ou morais, sobretudo por dispor João Carlos de seguro especificamente outorgado pelo réu para casos como o que lhe vitimou (fls. 35), comunicado assim que possível. O dever de indenizar decorre simplesmente da falha do serviço prestado pelo fornecedor (violação do sigilo bancário e lançamentos e cobranças indevidos) e da quebra da justa expectativa do consumidor. A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que na concepção moderna da reparação do dano moral prevalece a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo concreto. Como se trata de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Por outras palavras, o dano moral está insito na ilicitude do ato praticado, decorrente da gravidade do ilícito em si, sendo desnecessária sua efetiva demonstração, ou seja, como já sublinhado: o dano moral existe in re ipsa. Mister se faz, neste passo, trazer à colação o magistério de Carlos Alberto Bittar. Vejamo-lo: Despreza-se, assim, a investigação do subjetivo do ofensor (dolo ou culpa), visto que basta a lesão em si mesma. Evidenciada a conduta lesiva, ou definida objetivamente sua repercussão negativa, surge a obrigação de reparar. O dano moral existe no próprio fato violador dos direitos da personalidade da vítima (ex facto), impondo a necessidade de resposta, que na reparação se efetiva. É o que se denomina *damnum in re ipsa*. Anote-se, sobre o tema em foco, precedente similar oriundo do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Eis a ementa no que interessa: DANO MORAL – QUEBRA INDEVIDA DE SIGILO BANCÁRIO – CONFIGURAÇÃO. Os bancos têm o dever de conservar o segredo bancário (Lei 4.595/64); Art. 38, hoje revogado, mas, com essência mantida na LC 105/2001). A quebra indevida do sigilo bancário gera dano moral. É que os serviços bancários disponibilizados na internet e em terminais de auto-atendimento, na exata medida que servem de eficaz instrumento para a captação de clientela no mercado, hão de garantir ao consumidor a segurança necessária para a movimentação sigilosa das suas contas. Cumpre, agora, definir o quantum debeatur. Afigura-se-me razoável – considerando quebra do sigilo bancário e os indevidos lançamentos e cobranças nas faturas do autor, que envolvia obrigação garantida por seguro específico, e o notório potencial financeiro do réu, mas sem perder de vista que não houve negatização – estimar a indenização extrapatrimonial em no exato montante exigido: R\$ 6.376,37; contudo, sem nenhuma relevância no princípio da sucumbência, pois o valor inicialmente proposto (item 34 – fls. 15) apresenta caráter apenas estimatório.. Prestigia-se, in casu, a função punitiva (intimidativa) da indenização, ou seja, a teoria do desestímulo. Assevera, a propósito, Pedro Frederico Caldas: (...) a reparação do dano moral acaba sendo integrada por dois fatores de suma importância, um deles reside no caráter punitivo e o outro, no caráter compensatório. O caráter punitivo visa, acima de tudo, a irrogar ao agente violador uma verdadeira pena, que em última análise serve de fator inibitório a novas práticas. A correção monetária é devida de hoje, enquanto os juros de mora (1% a.m.), legais, tratando-se de responsabilidade contratual, fluem da citação (09.08.2010 – fls. 61). O mais não pertine. Ex positis, e pelo mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido para o fim de: a) DECLARAR inexigíveis do autor os R\$ 6.376,37 que lhe foram imputados; b) CONDENAR o Banco Citibank S/A ao pagamento de R\$ 6.376,37, corrigidos de hoje (14.12.2010) e com juros de mora (1% a.m.) contados de 09.08.2010. Sucumbente, arca o réu com as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor total da condenação. TORNO, assim, definitiva a decisão de fls. 59/60. P. R. I. C.