

ACÓRDÃO N° 96.685

APELAÇÃO CÍVEL DA COMARCA DA CAPITAL

APELANTE: BANCO DA AMAZÔNIA S/A - BASA

APELADO: JOSÉ ANTÔNIO SCAFF

RELATOR: DESEMBARGADOR JOSÉ MARIA TEIXEIRA DO ROSÁRIO

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAS C/C INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. NEGLIGÊNCIA DO APELANTE. ART. 14 DO CDC. REDUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REJEITADO.

RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Não restam dúvidas que o apelante deu causa ao dano, pois foi negligente com o dever de informação ao cliente, eis que permitiu que as aplicações daquele fosse administrada por outra instituição, sem a sua anuência. O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, dispõe sobre a responsabilidade objetiva do fornecedor por defeitos na prestação do serviço, bem como por informações insuficientes e inadequadas sobre os riscos. As circunstancias dos autos denotam que o dano decorreu de falha na informação sobre o serviço, sendo, portanto, inegável a obrigação de indenizar. A conduta do apelante além de gerar o dever de restituir os valores efetivamente perdidos pelo cliente/apelado gera o direito à indenização por dano moral, em decorrência dos prejuízos causados e em razão do abalo moral sofrido pelo apelado quando da ciência da indisponibilidade do seu capital.

Restou reconhecida a responsabilidade do apelante e o dever de ressarcir os valores indicados na inicial ao recorrido, devendo, também, ficar responsável pelo pagamento dos honorários advocatícios e custas em sua totalidade. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Acordam, os Senhores Desembargadores componentes da 3ª Câmara Cível Isolada, por unanimidade, em conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Sala de Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos quatorze dias do mês de abril do ano de 2011.

Esta Sessão foi presidida pelo Exmo. Sr. Desembargador, Dr. José Maria Teixeira do Rosário.

Des. JOSÉ MARIA TEIXEIRA DO ROSÁRIO

RELATÓRIO

Tratam os autos de recurso de apelação interposto pelo Banco da Amazônia S/A - BASA contra a sentença prolatada pelo Juízo da 13ª Vara Cível da Capital, a qual condenou o recorrente a restituir ao apelado os valores aplicados no Fundo BASA Seletto, dano morais, além do pagamento de custas processuais e honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

O autor/apelado propôs a ação alegando que é correntista do BASA desde 2001 e acertou com esta instituição uma aplicação financeira no FUNDO BASA de INVESTIMENTO FINANCEIRO CURTO PRAZO "2" – administrado por este, cujo montante em novembro/2004 perfazia o valor de R\$57.843,19(cinquenta e sete mil, oitocentos e quarenta e três reais e dezenove centavos).

Em novembro de 2004, devido a intervenção do Banco Central do Brasil no Banco Santos o autor/apelado foi informado pelo BASA de que aqueles valores aplicados no Fundo tornaram-se indisponíveis.

Afirma que somente naquele momento descobriu que a gestão financeira do fundo de investimento fora transferido pelo BASA ao Banco Santos.

Alegou o apelado que em virtude da intervenção, o seu investimento foi bloqueado e que, portanto, foi impedido de movimentar o seu dinheiro.

Relatou que ao fazer essa transferência da gestão financeira de aplicação do Banco Santos, o apelante agiu de forma unilateral, sem sua autorização ou anuência expressa e que, além disso, vinha descontando mensalmente da conta encargos financeiros pela aplicação.

Em contestação, o apelante alegou ilegitimidade passiva, prescrição e no mérito afirmou que o autor já havia aplicado no fundo muito antes da intervenção, inclusive obtendo ganho com o mercado e que, portanto, não há como alegar desconhecimento da aplicação.

Alegou que em momento algum foi negligente nas informações prestadas ao seu cliente e ao seu investidor, de modo que estes não podem alegar desconhecimento das regras do fundo.

Relatou que o evento danoso não foi provocado por si e que, portanto, não é aplicável a responsabilidade objetiva do CDC.

Ao sentenciar o feito, o juízo julgou procedente a ação (fls. 351/358) determinando ao réu/apelante a restituição de valores e o pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais), além de custas e honorários advocatícios.

Após, o recorrente interpôs embargos de declaração, que levou o magistrado a reconhecer que o valor a ser restituído ao apelado já havia sido depositado por ocasião da tutela antecipada, razão pela qual, determinou o pagamento da correção monetária e juros de mora.

Inconformado, o apelante interpôs o presente recurso de apelação, questionado a condenação em danos morais, lucros cessantes e honorários advocatícios, alegando que:

Não houve qualquer dano moral indenizável, mas apenas um desgosto ou aborrecimento do cotidiano.

Afirma que para que haja o dever de indenizar é necessária prova de que o fato tenha causado sofrimento, vexame ou humilhação, que tenha atingido a honra, a dignidade, a reputação, a personalidade ou o conceito pessoal ou social do indivíduo, o que, segundo entende, não houve no caso do recorrido.

Diz que ao condená-lo ao pagamento de indenização por danos morais, o magistrado a quo não atentou para o fato de que agiu com boa-fé em relação a transparência da negociação.

Alega que não lhe cabe a responsabilidade por qualquer dano oriundo do investimento, pois além do recorrido ter ciência de que a aplicação se desenvolvia por meio de investidores terceirizados, também estava ciente de que a retenção do valor aplicado se deu por fatores externos de gerência.

Entende que o dano moral atribuído e fixado na sentença deve ser revisto e reformado, pois em descompasso com atitudes fáticas, jurídicas e processuais.

Afirma que o ordenamento jurídico brasileiro não contempla o direito à indenização no que tange ao dano moral, quando ausente o ânimo de causar o dano, afastando a possibilidade de aplicação da teoria da responsabilidade civil objetiva.

Alega que como a sua condenação foi em valor inferior ao pleiteado na exordial deverá o recorrido pagar honorários advocatícios e custas processuais tendo por base de cálculo a diferença entre o valor almejado e o que vier a ser efetivamente fixado.

Por fim, aduz o recorrente que ao fixar dano moral na modalidade de lucros cessantes, o magistrado considerou matéria não discutida na inicial, recaindo no vedado julgamento ultra petita, já que abrangeu matéria diversa da ventilada na inicial.

Assim, requer que seja declarada nula de pleno direito a sentença no que concerne ao reconhecimento de lucros cessantes, tendo em vista que tal pedido não faz parte da inicial.

Requer o provimento de seu apelo para que a sentença seja reformada parcialmente no que tange a inexistência de comprovação de ocorrência de dano moral, bem como que seja reconhecida a ocorrência de sucumbência recíproca ou, se assim não entende este Tribunal que seja reduzido consideravelmente o valor atribuído a títulos de danos morais.

Os apelados apresentaram tempestivamente contrarrazões pugnando pela manutenção da sentença (fls. 411/422).

Era o que tinha a relatar.

À revisão, com as devidas homenagens.

VOTO

Conheço do recurso, pois preenchidos seus requisitos legais.

Cuida-se de revide, através de apelação, que combate decisão do juízo da 13ª Vara Cível da Capital que julgou parcialmente procedente pedido em ação de ressarcimento por danos morais e materiais c/c com indenização por perdas e danos.

O cerne do recurso cinge-se a três pontos específicos: impugnação à condenação em indenização por danos morais, em lucros cessantes e honorários advocatícios. Vejamos.

Inicialmente consigno que resta incontroverso nos autos o negócio jurídico firmado entre as partes, e, comprovada a aplicação financeira sem autorização do apelado, já que não há nos autos qualquer documento que prove a informação ao consumidor.

Diante disso, resta saber se o fornecedor deu causa ao serviço inadequado e se foi responsável pela sua colocação no mercado de consumo, ou seja, se houve o nexo entre a conduta do recorrente e o dano sofrido.

Não restam dúvidas que o apelante deu causa ao dano, pois foi negligente com o dever de informação ao cliente, eis que permitiu que as aplicações daquele fosse administrada por outra instituição, no caso o Banco Santos, sem a sua anuência.

Agindo assim, incorreu na prática abusiva do artigo 39, III, do CDC e no artigo 6º do mesmo diploma legal que prevê o direito a informação.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, dispõe sobre a responsabilidade objetiva do fornecedor por defeitos na prestação do serviço, bem como por informações insuficientes e inadequadas sobre os riscos. As circunstâncias dos autos denotam que o dano decorreu de falha na informação sobre o serviço, sendo, portanto, inegável a obrigação de indenizar.

A conduta do apelante além de gerar o dever de restituir os valores efetivamente perdidos pelo cliente/apelado gera o direito à indenização por dano moral, em decorrência dos prejuízos causados e em razão do abalo moral sofrido pelo apelado quando da ciência da indisponibilidade do seu capital.

O dano causado é presumido, já que decorrente da má gestão do fundo, hipótese que transborda o mero risco inerente à aplicação financeira. Havendo prejuízo material, deste decorre o dano moral, mormente tratando os autos de relação de consumo.

Na lição de Humberto Theodoro Júnior¹, os danos morais são aqueles:

(...) ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana ("o da intimidade e da consideração pessoal"), ou da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (...)

(...) quanto à prova, a lesão ou dor moral é fenômeno que se passa no psiquismo da pessoa e, como tal, não pode ser concretamente pesquisado. Daí porque não se exige do autor da pretensão indenizatória que prove o dano extrapatrimonial. Cabe-lhe apenas comprovar a ocorrência do fato lesivo, de cujo contexto o juiz extrairá a idoneidade, ou não, para gerar dano grave e relevante, segundo a sensibilidade do homem médio e a experiência da vida (...)

Analisando a mesma situação relatada nestes autos, este E. Tribunal entendeu que o dano moral restou configurado. Veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. BANCO. APLICAÇÃO EM FUNDO DE INVESTIMENTO SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DOS CLIENTES. VALORES BLOQUEADOS. 1. Não foi juntado qualquer documento para comprovar a adesão do Apelado ao BASA SELETO FUNDO DE INVESTIMENTO FINANCEIRO, assim, cristalino é o direito do último de ter os seus recursos restituídos pelo Apelante, que aplicou-os indevidamente no referido Fundo. Precedentes

¹ THEODORO JÚNIOR, Theodoro. *Dano Moral*. São Paulo: Editora Juarez de oliveira, 2001, pp. 2 e 8.

deste E. Tribunal. 2. Apesar de ser devida a restituição do valor, merece acolhimento a alegação do Apelante de que descabe em falar em necessidade de restituição de rendimentos, a quantia deve sim ser atualizada com juros moratórios à taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (artigo 406 do NCC), que é a SELIC, nos termos da Lei nº 9.250/95, excluindo-se a correção monetária. 3. Lucros cessantes. Não demonstrado nos autos. 4. Indenização por danos morais. Valor mantido. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade obedecidos. (TJPA n.º20103007935-0 - Rel. Desa. Luzia Nadja Guimarães Nascimento – 5ª CCI – jul. 12.08.2010) Grifei.

No mesmo sentido manifestou-se o Tribunal do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO INDENIZATÓRIA. FUNDOS DE INVESTIMENTO BASA SELETO.

Preliminares afastadas. Preclusão. Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações entre bancos e seus clientes. Dever de informação. Artigo 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor. Não provado, nos autos, que o banco teria informado a cliente dos riscos do investimento efetuado, havendo, inclusive, elementos que levam à conclusão contrária. Dever do banco de devolver à autora os valores bloqueados, com a devida atualização. Dano moral configurado. Abalo moral em razão do bloqueio das economias da autora, com as quais contava. Agravo retido desprovido. Apelo do réu desprovido. Apela da autora provido. Unânime. TJRS n.º7002331494-1 – Rel. Des. Antônio Maria Rodrigues Freitas Iserhard – 13ªCC – jul. 10.09.2008) Grifei

Admitida a existência do dano moral, sua valoração deve submeter-se a critérios de ordem subjetiva do julgador, a ele competindo analisar as circunstâncias gerais e especiais do caso concreto, sopesar os fatores e as circunstâncias que podem influenciar o julgamento, como a gravidade do dano, o comportamento do ofensor e do ofendido, dolo ou culpa, posição social e econômica, repercussão do fato entre outros.

In casu, entendo que o valor de R\$10.000,00 (dez mil reais) é suficientemente justo e demonstra que o julgador observou com razoabilidade os critérios para fixação, mormente as circunstâncias do caso e o poder econômico do ofensor e do ofendido.

Diante disso, entendo que a decisão de primeiro grau encontra-se escorreita em relação à condenação por dano moral e determinação de restituição dos valores aplicados pelo recorrido no Fundo BASA.

Consigno que o pedido de redução do valor da indenização por danos morais não merece ser acolhido, pois inegável pelas circunstâncias do caso, que a importância arbitrada foi suficiente para o cumprimento das funções compensatórias e pedagógica-repressiva, além de evitar o enriquecimento ilícito da parte ofendida. Tal montante pautou-se, assim, pelos critérios da proporcionalidade e razoabilidade e não comporta qualquer modificação.

No que concerne a condenação de lucros cessante não a encontro nos autos, pois apesar do juízo a quo ter fundamentado a decisão também na necessidade de repor a frustração da expectativa de ganho, referindo-se aos lucros cessantes, na parte dispositiva da sentença não fixou qualquer condenação.

Quanto ao pedido de aplicação do princípio da sucumbência recíproca, não há como prosperar, pois entendo que o pleito principal dos apelados se referiu à indenização por danos materiais, configurando-se, de fato, a indenização por dano moral, parcela mínima do pedido, nos termos do art. 21 do CPC, parágrafo único.

Restou reconhecida a responsabilidade do apelante e o dever de ressarcir os valores indicados na inicial ao recorrido, devendo, também, ficar responsável pelo pagamento dos honorários advocatícios e custas em sua totalidade.

Quanto ao pedido de redução de honorários advocatícios para 10% sobre o valor da condenação, não há como acatar, pois o percentual fixado pelo juízo (15%) está de acordo com o artigo 20, §3º do CPC, sendo proporcional e razoável a condenação.

Diante das razões acima, mantenho a decisão de 1º grau em todos os seus termos.

Ante o exposto, CONHEÇO DO RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO, MAS NEGOLHE PROVIMENTO, mantendo inalterada a decisão de primeiro grau em todos os seus termos.

É como voto.

Belém, 14 de abril de 2011.

DESEMBARGADOR JOSÉ MARIA TEIXEIRA DO ROSÁRIO

Relator