

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

THAUANA IWAZAKI SHIMIZU KURUSU

A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES BANCÁRIAS

SÃO PAULO

THAUANA IWAZAKI SHIMIZU KURUSU

A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES BANCÁRIAS

Trabalho de Monografia Jurídica apresentado à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão, como parte dos requisitos para obtenção do título de especialista em direito empresarial.

Professor Orientador: Me. Nelson Freitas Zanzanelli

São Paulo – SP

Junho/2013

DEDICATÓRIA

Ao meu amado esposo, por todo o suporte e compreensão. E à minha filha, que esteve comigo em todos os momentos desse trabalho, e cujo rostinho conhecerei em breve.

RESUMO

O presente trabalho de monografia tem por objetivo demonstrar a responsabilidade civil atribuída às instituições bancárias nas mais variadas relações estabelecidas com seus clientes e não clientes, principalmente sob a ótica da proteção especial dispensada ao consumidor.

No desenvolvimento do trabalho, fora analisada a responsabilidade civil de forma geral, a fim de estabelecer os parâmetros da responsabilidade civil especificamente aplicada nas relações jurídicas bancárias. Esta responsabilidade fora ainda analisada sob a teoria do risco e sob a luz do Código de Defesa do Consumidor.

As relações jurídicas consolidadas entre as instituições bancárias e seus clientes e não clientes, e a responsabilidade das instituições bancárias nas formas contratuais e extracontratuais, decorrente dessas relações jurídicas, foram exploradas sob o âmbito doutrinário, bem como jurisprudencial.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. RESPONSABILIDADE CIVIL	9
2.1. Noções Gerais e Delineamento Histórico	9
2.2. Princípio Geral da Responsabilidade Civil	11
2.3. Espécies de Responsabilidade Civil	12
2.3.1. Quanto ao fato gerador:	
Responsabilidade Contratual e Extracontratual	12
2.3.2. Quanto ao fundamento:	
Responsabilidade Subjetiva e Objetiva	14
2.3.3. Quanto ao agente:	
Responsabilidade Direta e Indireta	17
2.4. Pressupostos da Responsabilidade Civil - Ato Ilícito	18
2.4.1. Fato voluntário e Imputável	18
2.4.1.1. Ilicitude.....	19
2.4.1.2. Culpa	19
2.4.2. Dano	21
2.4.2.1. Dano Moral	22
2.4.3. Nexo de causalidade	25
2.5. Exclusão de responsabilidade	
2.5.1. Causas de rompimento do nexo de causalidade	26
2.5.1.1. Fato Exclusivo da vítima	27
2.5.1.2. Fato de terceiro	28
2.5.1.3. Caso fortuito ou força maior	30
3. A ATIVIDADE BANCÁRIA E O DIREITO BANCÁRIO	33
3.1. A atividade bancária e sua evolução histórica	33
3.2. Conceitos Gerais em Direito Bancário	35
3.3. Princípios de Direito Bancário	35
3.4. Fontes do Direito Bancário	37

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS	38
4.1. Noções Gerais	38
4.2. Incidência Normativa da Responsabilidade Civil na Atividade Bancária	39
4.3. A Responsabilidade Civil dos Bancos sob a Égide do Código de Defesa do Consumidor	40
4.3.1. A Relação de Consumo Bancária sob o Prisma da Destinação Final	42
4.4. A Responsabilidade Civil Bancária Objetiva	45
4.4.1. A Teoria do Risco Profissional na Responsabilidade Civil Bancária Objetiva	47
4.5. A Responsabilidade Civil Bancária Subjetiva	48
4.5.1. A Culpa na Responsabilidade Civil Bancária Subjetiva	48
5. CASUÍSTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL BANCÁRIA	49
5.1. Abertura de conta bancária com documentos falsos	49
5.2. Saques indevidos em conta corrente	52
5.2.1. Dos saques e compras realizadas mediante cartão magnético e senha pessoal	56
5.3. Pagamento de cheques falsificados ou adulterados	60
5.4. Roubo de bens depositados em cofres de aluguel	62
5.4.1. Considerações gerais	62
5.4.2. Natureza Jurídica do Contrato de Cofre de Segurança	63
5.4.3. A responsabilidade nos contratos de cofres de aluguel	64
5.4.4. A limitação da responsabilidade do banco	65
5.4.5. A Prova dos Danos Materiais	65
5.5. Responsabilidade Civil dos Bancos em Assaltos em Agências Bancárias	68
5.5.1. Assaltos Ocorridos no Estacionamento da Agência Bancária	70
5.5.2. Operações em Caixas Automáticos	71
5.5.3. Assaltos Ocorridos em Via Pública Após Saída da Agência Bancária	73
5.6. Responsabilidade Civil dos Bancos por inclusão indevida em Cadastro de restrição ao crédito	75
6. CONCLUSÃO	79
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	81

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é um tema de grande relevância, não somente na sociedade atual, como também nas sociedades mais remotas. As formas de responsabilização evoluíram ao longo dos tempos e diferentes paradigmas foram sendo desenvolvidos a fim de se estabelecer os critérios da responsabilização e suas formas.

A reparação civil tem por escopo o socorro da vítima, que diante do dano sofrido, precisa ser reparada pelo causador daquela lesão. Verificaremos que, não somente os bens patrimoniais são dotados de guarida jurídica, mas também, os bens imateriais, são protegidos juridicamente e, sendo violados, também acarretam para o autor do dano, o dever de reparar.

Assim, analisaremos como a responsabilidade civil pode ser classificada, ou seja, em que formas a responsabilidade civil se apresenta. Verificaremos também os elementos que compõem a responsabilidade civil de uma forma geral, bem como, as circunstâncias que podem afastar esta responsabilidade.

Veremos que na atual sociedade brasileira, temos um padrão muito mais direcionado à proteção da parte mais frágil em uma relação jurídica. Nas relações consumeristas, podemos verificar que a responsabilidade civil se apresentará de forma predominantemente protetiva para com o consumidor, o qual, por princípio, é a parte hipossuficiente na relação estabelecida com o fornecedor.

Estes princípios protetivos podem ser facilmente visualizados em se tratando de relações bancárias, onde, na maior parte dos casos, o banco responderá independentemente de culpa, perante o consumidor que venha a sofrer uma lesão.

Também examinaremos a atividade bancária de uma forma geral e as generalidades relacionadas ao direito bancário, a fim de esmiuçar as razões pelas quais a responsabilidade civil dos bancos é regida pelo Código de Defesa do Consumidor e de que forma a responsabilidade civil bancária se apresenta no direito pátrio.

Como cediço, os serviços bancários possuem o caráter substancial na sociedade atual, não sendo possível se vislumbrar o desenvolvimento social e econômico desatrelado da atividade bancária.

Sabemos ainda que, pela atividade desenvolvida, os bancos aferem lucro, e em patamares estratosféricos no Brasil. Em decorrência disso, vislumbramos hoje um cenário extremamente parcial, por vezes, iníquo, quando o assunto envolve a responsabilização civil dos bancos.

Assim, é importante termos enraizadas as diretrizes e princípios que envolvem o assunto da responsabilidade civil, a fim de que, uma possível visão unilateral e por vezes

distorcida acerca da atividade bancária, não venha prevalecer sobre a técnica jurídica. Nenhum rendimento obtido com o exercício legítimo de uma atividade, qualquer que seja, pode desviar o julgador, a ponto de suprimir a razoabilidade e a técnica jurídica.

As instituições bancárias devem, sim, responder civilmente por seus atos, como qualquer outra pessoa natural ou jurídica, que vier a causar dano a outrem. Porém, essa responsabilidade deve sempre ser pautada por critérios técnicos e legais, e nenhum lucro pode servir de fundamento para o abandono desses preceitos.

Tendo isso em mente, analisaremos ainda, circunstancialmente, algumas situações em que a responsabilidade civil bancária se revela e de que forma esta responsabilidade deve ser balizada. Estudaremos algumas hipóteses em que a responsabilidade civil se apresenta, dentro das relações bancárias, tais como, roubo de bens depositados em cofres de aluguel, assaltos em agências, abertura de contas com documentação falsa, inclusão indevida do consumidor em cadastros restritivos de crédito, dentre outras situações com as quais nos deparamos frequentemente nos tribunais pátrios.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1. Noções Gerais e Delineamento Histórico

Para iniciarmos a abordagem do tema responsabilidade civil, é importante traçarmos algumas considerações gerais acerca do tema, bem como delinear brevemente a evolução histórica desse assunto, tão presente na vida cotidiana.

O termo responsabilidade está sempre atrelado à ideia de reparação, sendo comumente utilizado em situações nas quais alguém deve assumir com as consequências de um dano decorrente de um ato ou fato que trouxe prejuízo a outrem. Podemos até mesmo traçar uma ideia generalizada de que toda atividade que possui o condão de acarretar direta ou indiretamente um prejuízo, suscita um dever de indenizar.

Portanto, o objeto de nosso estudo está atrelado aos princípios e normas que determinam as situações das quais emerge uma obrigação de indenizar e, quais são os fatores que, por sua vez, afastam este dever reparatório.

Sabemos que a ideia de se buscar a responsabilização daquele que causa um dano injustamente é muito antiga, tendo sido presenciada em muitas civilizações remotas.

Sempre evocamos historicamente os princípios da Lei de Talião, presente no Código babilônico e Hamurabi, o qual fala de reciprocidade entre o ilícito praticado e a respectiva pena, ou seja, uma retribuição do mal pelo mal. Referida Lei, traz consigo uma ideia de reparação. Esse princípio denota a essência humana em convívio social, qual seja a resposta ao mal injusto sofrido, ainda que essa resposta seja violenta. Contudo, a organização social busca impedir tal resposta atroz.

Após esse período, a ideia de vingança particular, começa a ceder, para dar lugar a uma forma pecuniária de reparação do dano causado. Começa então a surgir ideia de composições voluntárias, que variavam conforme as circunstâncias e as pessoas envolvidas no evento, porém, apenas com a evolução da ordem social com o poder público na figura de seu garantidor, é que a reposição do dano passa a ser obrigatória. Com o poder estatal intervindo nos conflitos, passou a serem fixados os valores para reposições de ordem pecuniária, os quais o culpado deveria pagar a vítima ou à sua família, resguardando assim os interesses sociais e trazendo ordem a estas organizações.¹

Segundo Mazeaud (apud BRAGA, 2004) a Lei das Doze Tábuas teria assim dividido os períodos de composição facultativa e composição obrigatória. Contudo, na composição criada pela lei romana, não era possível se fazer a separação entre a

¹ BRAGA, Rodrigo Bernardes. Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras, Rio de Janeiro, 2004, p. 4.

responsabilidade civil e a penal, como hoje conhecemos em direito. Por vezes, a vítima era obrigada a aceitar a composição e a reconhecer a vingança².

Para Silvio de Salvo Venosa³, a *Lex Aquilia* seria um marco em termos de responsabilidade civil. Esta lei, oriunda da Lei das Doze Tábuas, regulava o sistema de responsabilidade civil no direito romano. Dela é extraído o princípio pelo qual a culpa por danos injustamente provocados é punida, independentemente da existência de uma relação obrigacional prévia.

Desse princípio, surge a responsabilidade civil extracontratual, também conhecida como responsabilidade aquiliana. Essa responsabilidade não tem por pressuposto um negócio jurídico, mas sim, tem por fundamento a reparação em razão da culpa.

A *Lex Aquilia*, que teria sido aprovada por volta do fim do século III a.C., trouxe a ideia a imputar àquele que possuísse bens, a possibilidade de obter daquele que tivesse provocado prejuízo aos seus bens, o pagamento de uma punição pecuniária. Por exemplo, na morte de um escravo, que era considerado um bem, na época, aquele que tivesse causado o dano, deveria restituir o seu dono. Porém, vale salientar que, na responsabilidade aquiliana, o fator culpa era indissociável.

Em que pese o direito pátrio possuir suas raízes principiológicas no direito romano, podemos encontrar evidências históricas ainda mais remotas que tratam da responsabilidade civil. No Pentateuco Bíblico, mais precisamente no capítulo 22 do livro de Êxodo, o qual se acredita tenha sido escrito por volta de dois mil anos a.C., Moisés explicitando normativos que continham uma ideia muito mais próxima do que conhecemos hoje por reparação civil.

Neste regramento, Moisés descreve, por exemplo, que se alguém fizesse seu animal pastar num campo ou numa vinha e o largasse para comer no campo de outro, deveria restituir com o melhor do seu próprio campo e o melhor da sua própria vinha. Ainda, se irrompesse um fogo e esse viesse a queimar o trigo, a seara, ou o campo, aquele que acendeu o fogo deveria pagar pelo que fora queimado. Aquele que roubasse e fosse pego, deveria restituir em dobro. E se fosse praticado um negócio fraudulento, os envolvidos seriam levados perante os juízes e o condenado deveria pagar o dobro ao outro. É, portanto, possível observar que na lei mosaica a ideia de reparação possui traços muito mais semelhantes do nosso direito atual. Já trazia, inclusive, previsão acerca da restituição em dobro, presente hoje no nosso ordenamento consumerista.

² BRAGA, Rodrigo Bernardes. Op. cit., p.4. Citando HENRI, Léon e Jean Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, tomo II, Paris, p. 301.

³ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, 12. ed., São Paulo, Atlas, 2012, Coleção Direito Civil; v.4, p. 18.

Portanto, com base nos relatos históricos, é possível afirmar que a resposta ao dano provocado injustamente, a qual veio evoluir para a reparação civil, é um instituto presente no consciente coletivo. O fato de termos a responsabilidade civil, consignada em sociedades tão antigas, presente no direito atual, de forma cada vez mais veemente e em constante evolução, vem reafirmar que a consciência de direito e justiça está intimamente ligada a este instituto que passaremos a analisar.

2.2. Princípio Geral da Responsabilidade Civil

Como já pudemos observar historicamente, a responsabilização e a reparação do dano tem por escopo a restituição de uma estabilidade patrimonial, ou ainda, moral, abalada por um ato ou fato passível de ser atribuído a alguém que, intencionalmente ou não, causou prejuízo àquele. E a ausência de reparação, indubitavelmente, levaria a uma situação de desconforto ao prejudicado ou até mesmo, em um nível mais elevado, à desordem social.

Por óbvio que esta responsabilização deve estar adstrita ao âmbito jurídico, ou seja, restrita aquilo que é judicialmente protegido. .

Encontramos o instituto da reparação civil por prejuízo decorrente de ato ilícito, descrito no artigo 159 do Código Civil de 1916. Este dispositivo foi praticamente repetido no artigo 927 do Código Civil vigente, que determina a obrigação daquele que por ato ilícito causar dano a outrem, a realizar a sua reparação.

Ainda, o referido dispositivo faz menção aos artigos 186 e 187 da mesma Lei, os quais descrevem o que se entende por ato ilícito, no caso, a ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência que violem direito e cause dano a outrem, incluído no conceito, o dano exclusivamente moral. Também fora incluído no conceito de ato ilícito o exercício de direito que manifestamente exceda os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Como se vê, os dispositivos em questão tratam genericamente, não somente da responsabilidade extracontratual, com também da contratual.

Portanto, todo ato praticado por alguém, decorrente ou não de um negócio jurídico preexistente, seja doloso ou culposo, que tenha por resultado o dano patrimonial ou moral de outrem, deve ser reparado. Este conceito está diretamente relacionado ao princípio pelo qual ninguém deve causar lesão a outrem, chamado *neminem laedere*⁴.

⁴ BRAGA, Rodrigo Bernardes. Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras, Rio de Janeiro, 2004, p. 6.

Com base nesse princípio que lastreia toda a doutrina da responsabilidade civil, vemos que a norma visa sempre coibir atos prejudiciais em busca da manutenção da ordem social.

2.3. Espécies de Responsabilidade Civil

Nesse estudo, abordaremos três formas de classificação essenciais da responsabilidade civil, analisadas sob a perspectiva do fundamento, do fato gerador e do agente, classificação adotada pela ilustre civilista Maria Helena Diniz⁵.

2.3.1. Quanto ao fato gerador: Responsabilidade Contratual e Extracontratual

Sob a ótica do fato gerador, a responsabilidade civil pode ser classificada em duas espécies: a responsabilidade contratual e a extracontratual.

A responsabilidade civil contratual, também chamada de responsabilidade negocial, como o próprio nome indica, se verifica quando existe um contrato, um negócio previamente pactuado entre as partes envolvidas. Talvez por isso, seja esta a modalidade mais comumente observada nas relações bancárias, principalmente nas relações bancárias de consumo. Assim, a culpa negocial, pressupõe a existência de um ofensor, a vítima, e um negócio por eles firmado, previamente.

Assim, quando em decorrência de um descumprimento contratual, seja por ação ou omissão, se verificar a existência de um dano, ao qual se pode atribuir culpa do contratante inadimplente, bem como o nexo desse descumprimento obrigacional e o dano, estaremos diante da responsabilidade civil contratual ou negocial.⁶

Essa modalidade de responsabilidade civil encontra-se bem delineada no artigo 389 do código Civil, que dispõe sobre a hipótese do não cumprimento de uma obrigação. Segundo o normativo, o devedor que descumprir uma obrigação, deve responder por perdas e danos, acrescido de juros e atualização monetária.

A responsabilidade extracontratual, por sua vez, também chamada responsabilidade aquiliana, é aquela que independe de um negócio jurídico previamente firmado entre os envolvidos. Essa responsabilidade pode ser frequentemente observada nas relações bancárias, onde as instituições bancárias se veem obrigadas a reparar danos causados direta ou indiretamente a quem não é seu cliente, ou seja, danos que não decorrem de um contrato.

⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v.7: Responsabilidade Civil. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p.132

Assim, na responsabilidade aquiliana, inexistiria um vínculo negocial. Porém, entre a vítima e o causador do dano, é criado um vínculo jurídico de fato, em decorrência do descumprimento de um pressuposto legal por parte deste em relação àquele, ou seja, por uma conduta omissiva ou comissiva, o agente causa um dano à vítima. Mais uma vez, devem estar presente o nexos causal entre a conduta e o dano, bem como os fatores de culpa ou dolo, para restar caracterizada a responsabilidade civil.

Vale repisar que tanto responsabilidade civil contratual, bem como a responsabilidade aquiliana estão fundamentadas de forma genérica no artigo 927 do Código Civil, que trata do dever de reparação para aquele que por ato ilícito causar dano a outrem, bem como no artigo 186, que descreve o que é tido por ato ilícito, para tais fins.

De forma sucinta, o que diferencia as duas espécies de responsabilidade civil quanto ao fato gerador, reside na existência prévia de um negócio, obrigação ou contrato vinculando as partes e, por vezes, especificando e limitando a obrigação reparatória, ou ainda na inexistência desses, hipótese em que a responsabilização se dará pelo descumprimento de um dever legal.

A responsabilidade será, portanto, contratual, quando resultar de um ilícito contratual, ou seja, quando houve o descumprimento do negócio jurídico, seja este unilateral ou bilateral. Já a responsabilidade extracontratual, inexistindo negócio jurídico, se verificará quando o dano resultar da inobservância da lei, da violação de um dever geral.⁷

Assim, o que as diferenciará, serão os termos em que essa culpa encontrará suas delimitações. Na responsabilidade contratual, a culpa será avaliada de acordo com o possível inadimplemento, dentro dos termos da obrigação contratada, com base no próprio negócio pactuado. Já na culpa extracontratual, o que deve ser considerado para se aferir a culpa do ofensor, é a sua própria conduta, ou seja, com base na avaliação subjetiva de boa-fé, ou seja, aquilo que é esperado. Será verificada a culpa em sentido amplo.

Vale salientar que nem sempre é possível distinguir com clareza se a situação em análise será caracterizada pela responsabilidade contratual ou extracontratual, porquanto, por muitas vezes, estas se confundem dentro do caso fático. Quando ocorre a transgressão a um dever de conduta, o transgressor deverá reparar o dano, independentemente da existência ou não de uma obrigação previamente pactuada.

Contudo, em ambas as modalidades, temos a culpa analisada de forma unitária, como um dos fundamentos da responsabilização. Ou seja, independentemente se contratual

⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 12. ed.. São Paulo: Atlas, 2012, p.22

⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v.7: Responsabilidade Civil. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p.131

ou extracontratual, haverá que ser verificada e analisada a culpa do suposto ofensor. Claro que, aqui, falamos de culpa em sentido lato.

Há ainda uma tendência no sentido de elastecer o sentido de culpa contratual. Entende-se que poderia se aplicar, por extensão, as matizes da responsabilidade contratual, aa terceiros estranhos ao negócio jurídico preexistente, que eventualmente sejam atingidos pelo desrespeito ao contrato em questão. Com isso, é possível concluir que as delimitações previstas em contrato para fins de indenização, também devem limitar a responsabilidade perante esses terceiros⁸.

Como mencionado, existem situações em que é difícil determinar se a responsabilidade é negocial ou aquiliana, como por exemplo, na hipótese de um contrato, por um determinado motivo, nulo em sua essência. Ou ainda, nos casos de transporte gratuito. Na esfera das relações bancárias, podemos exemplificar a situação em que um não correntista se vê prejudicado pela negativa de recebimento de uma conta pela instituição bancária, em razão de limitações existentes no contrato firmado entre aquele banco e a empresa cedente cuja conta se pretendia pagar.

Entretanto, independentemente da modalidade de responsabilidade, indubitável será dever de reparação daquele que causou o dano ao prejudicado, se presentes os demais pressupostos da responsabilização civil, que estudaremos mais adiante e, mesmo que a relação seja contratual, verificaremos que podem existir casos em que o contrato deverá ser relativizado.

2.3.2. Quanto ao fundamento: Responsabilidade Subjetiva e Objetiva

Existe ainda uma distinção de modalidades de responsabilidade civil, no tocante ao fundamento desta. Dizemos que a responsabilidade pode ser subjetiva ou objetiva.

Assim, temos que a responsabilidade civil é subjetiva quando seu fundamento é a culpa, *lato* ou *stricto sensu*. Verificamos esta responsabilização quando, por uma ação ou omissão voluntária e de caráter ilícito, o agente causa um dano à vítima, dano que por sua vez, deverá ser reparado pelo responsável.

A responsabilidade civil subjetiva resume, portanto, a acepção clássica da responsabilidade e, durante muito tempo, supriu doutrinariamente a resolução das questões envolvendo a reparação de danos.

⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 12. ed.. São Paulo: Atlas, 2012, p.22

Conforme veremos adiante, a responsabilização civil pressupõe a existência de determinados requisitos para que reste configurada. De uma forma geral, podemos falar em fato voluntário (por ação ou omissão), nexo de causalidade, dano e culpa.⁹

Entretanto, há uma vertente de responsabilização que relativiza o conceito de culpa, para fins de responsabilização e, em determinadas situações, exclui a questão o pressuposto da culpa para imputar responsabilidade.

Ocorre que, o desenvolvimento da sociedade e a evolução das relações sociais, trouxeram consigo uma defasagem em relação ao conceito de responsabilidade de modo que, em eu determinado momento, se constatou que a responsabilização fundada na culpa não supria a resolução de alguns litígios, dada a complexidade daquela relação social estabelecida. Em algumas relações, o distanciamento social entre as partes e a vulnerabilidade da vítima em relação ao suposto causador do dano, demonstraram que a teoria precisava evoluir para uma forma que trouxesse maior proteção àquela vítima.

Surge então, como um fator de transição, o conceito de culpa presumida, como uma solução para se aferir a culpa de forma não absoluta, aplicando-se, portanto, a inversão do ônus da prova, principalmente em razão das situações em que a vítima teria indubitável dificuldade em provar o alegado.

Sabemos que a teoria da culpa presumida já estava prevista no Código Civil de 1916, revogado, mais precisamente, no artigo 1.527, que dispunha sobre o dever do dono do animal que causou dano, em ressarcir o prejuízo, salvo se provasse que o guardava e vigiava com o devido zelo, que o animal causador do dano foi provocado por outro, que houve imprudência do ofendido ou, que o fato resultou de caso fortuito, ou força maior. Aqui, já vislumbrávamos a figura da culpa presumida. Este mesmo dispositivo fora mantido no artigo 936 do Código Civil vigente.

A culpa presumida se cristalizou jurisprudencialmente no passado, por meio da Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal, de 1963, que determinava a presunção da culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto. Esse entendimento sumulado, por óbvio, não mais perdura, haja vista a disposição trazida pelo Código Civil em vigor, nos artigos 932 e 933, que tratam a questão, não mais como uma culpa presumida, mas sim, de uma culpa de fato, na modalidade de culpa *in eligendo*, ao determinar que o empregador ou comitente, deve ser responsabilizado civilmente pelos atos de seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

Sobre a questão, Alvino Lima, citado por Flavio Tartuce, fala ainda a respeito da culpa presumida:

⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit., p.6

“Na culpa presumida há uma inversão do ônus da prova, o que melhora sensivelmente a situação da vítima, uma vez que o agente é quem deve provar que não agiu com culpa. Destaca o autor que as presunções são relativas ou *juris tantum*, donde se conclui que não há um afastamento total da ideia de culpa, mas apenas a derrogação de um princípio dominante em matéria de prova”¹⁰

É importante observar que, na culpa presumida, ainda estamos na seara da responsabilidade com culpa, ou seja, subjetiva.

Mais adiante e, com fundamento na teoria da culpa presumida, surge a responsabilidade civil objetiva, que passa a desconsiderar a culpabilidade, para caracterização do dever de reparar. Vale ressaltar que, não se trata do fim da responsabilidade geral, subjetiva. Para que seja considerada objetiva a responsabilidade, deve existir previsão expressa nesse sentido.

A responsabilidade objetiva, ou seja, aquela em que a culpa é dispensada, encontra-se fundada na teoria do risco, que considera a preexistência de responsabilidade atinente aos riscos e atividade promove, ainda que se acautele para evitar ou mitigar esse risco. No caso, o agente obtém proveito da atividade que exerce e, portanto, tem o dever de indenizar eventuais danos que esta atividade venha acarretar.¹¹

Tartuce nos ensina que a responsabilidade objetiva é fundada na teoria do risco, que se apresenta em diversas modalidades, sendo as principais: a teoria do risco administrativo, adotada no tocante à responsabilidade do Estado, prevista constitucionalmente (artigo 37, §6º, CF); a teoria do risco criado, prevista nos casos em que “o agente cria o risco, decorrente de outra pessoa ou coisa”; a teoria do risco da atividade, verificada quando a própria atividade exercida por aquele agente, cria riscos a terceiros; a teoria do risco-proveito, presente quando o risco decorre de uma atividade, da qual o agente obtém lucro; e por fim a teoria do risco integral, na qual não há excludente de responsabilidade pelo rompimento do nexo causal, como ocorre no caso de danos ambientais.¹²

Como mencionado, para que seja considerada objetiva a responsabilidade, deve existir previsão expressa nesse sentido. Nessa toada, o próprio Código Civil vigente, que inovou ao prever a possibilidade de se responsabilizar sem culpa, dispôs no parágrafo único do artigo 927 que existe a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei. Ou ainda, sob o fundamento da teoria do risco, existirá o dever

¹⁰ TARTUCE, Flávio. Responsabilidade Civil Objetiva e Risco - A Teoria do Risco Concorrente. São Paulo: Método, 2011, p. 68.

¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 12. ed.. São Paulo: Atlas, 2012, p.10.

¹² TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil : Volume Único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p.446.

de indenizar prescindido de culpa, quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar em risco para os direitos de outrem.

Anos antes da entrada em vigor do Código Civil atual, o Código de Defesa do Consumidor já havia introduzido em sua sistemática protetiva, a responsabilidade objetiva em relação ao fornecedor de produtos e serviços.

O Código de Defesa do Consumidor trouxe ainda a responsabilização objetiva dos fornecedores, pelo fato do produto ou serviço colocado no mercado de consumo, ou seja, quando existe dano à saúde ou segurança do consumidor.

O código consumerista prevê em seu artigo 12 que o fornecedor de produtos (ou seja, o fabricante, o produtor, o construtor e o importador), responde objetivamente pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos àquele produto, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Em seu artigo 14, dispõe que o fornecedor de serviços também responde objetivamente 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.

Esta responsabilização sem culpa difundida pela legislação consumerista, que visa à proteção do consumidor hipossuficiente, baseia-se, não somente na teoria do risco da atividade, mas também, na questão da dificuldade probatória encontrada pelo consumidor.

Na esfera das relações bancárias, verificamos uma tendência dos tribunais em aplicar às instituições bancárias a teoria do risco da atividade, pela qual, os bancos são compelidos a responder por qualquer prejuízo reclamado, independentemente de culpa.

Em alguns casos, quando comprovada a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, existe alguma chance da instituição bancária reverter o dever de indenizar, porém, mesmo essas hipóteses consagradas de exclusão de responsabilidade têm sido relativizadas nas relações bancárias. Há quem diga que os resultados financeiros aferidos por tais instituições, vem justificar o tratamento dado a questão.

2.3.3. Quanto ao agente: Responsabilidade Direta e Indireta

Sob a perspectiva do agente, ou seja, aquele a quem o ato danoso é atribuído, temos que a responsabilidade civil pode ser direta ou indireta.

Maria Helena Diniz nos ensina que, a responsabilidade será direta, quando procede do próprio agente a quem o ato é imputado. Nesse caso, o agente em questão, responde pelo próprio ato.

A responsabilidade será, ainda, indireta ou complexa, quando o dano for proveniente de “ato de terceiro, com o qual o agente tem vínculo legal de responsabilidade, de fato animal e de coisas inanimadas sob sua guarda.”¹³

2.4. Pressupostos da Responsabilidade Civil - Ato Ilícito

Para que possamos entender as hipóteses em que existe ou não o dever de reparar um prejuízo a outrem, faz-se necessário conhecer pressupostos da responsabilidade civil, ou seja, quais elementos, requisitos essenciais, precisam estar presentes para que seja configurada a responsabilidade civil.

Não há que se falar em responsabilidade civil, sem ter em mente a existência de um ato ilícito.

Para definir o ato ilícito, podemos tomar por base a definição trazida pelo Código Civil. Os artigos 186, 187 Código Civil vigente, definem o ato ilícito, dispondo que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” E que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

O artigo 188, por sua vez, traz a previsão das circunstâncias que descaracterizam o ato ilícito, no caso, os atos praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido e, os atos realizados com o fim de remover perigo iminente, sendo que, nesse segundo caso, o ato somente será legítimo quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

2.4.1. Fato voluntário e Imputável

Conforme definição trazida pelo artigo 186, o ato ilícito pressupõe a ocorrência de um ato voluntário, seja por ação ou omissão. Essa voluntariedade está diretamente ligada à questão da imputabilidade, ou seja, em regra, o inimputável não poderia ser responsabilizado civilmente.

Entretanto, conforme nos ensina Venosa, “modernamente a imputabilidade cede importância ao ressarcimento, pois o Código Contemporâneo já permite uma responsabilidade mitigada dos incapazes (art. 928)”.¹⁴

¹³ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v.7: Responsabilidade Civil. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 131

Vemos ainda que, no conceito trazido pela Lei, o ato ilícito importa em violação de direito, ou seja, essa conduta voluntária comissiva ou omissiva deve revestir-se de antijuridicidade. Assim, vê-se que no ato ilícito, resta configurada uma transgressão a um dever, seja este

Vale também lembrar que os fatos naturais, que não se podem prever ou deter, que temos por caso fortuito ou força maior, também excluem, em princípio, o dever de indenizar, porquanto, excedem o controle do agente.

Assim, podemos concluir que o fato imputável se verifica quando o ato do suposto responsável tenha sido plenamente voluntário, deliberado, quando esse agente o praticou livremente e quando, esse agente, previu ou podia ter previsto as consequências desse fato. Nessas circunstâncias, existe o fato voluntário e imputável.

2.4.1.1. Ilícitude

Ainda, conforme verificamos no conceito trazido pela lei civil, esse ato voluntário e imputável deve revestir-se de ilicitude, para que se possa aventar a responsabilização civil pelo prejuízo dele decorrente.

De uma forma genérica, não muito aprofundada, e com base na própria definição da lei, podemos definir essa ilicitude, por uma violação a direito, ou seja, pela transgressão de um dever, seja decorrente de contrato, seja decorrente de uma regra de conduta, um normativo legal. Dessa violação, da qual decorre o prejuízo de outrem, se origina o dever de reparação do dano.

2.4.1.2. Culpa

Verificamos ainda que, outro requisito para que se possa falar em ato ilícito, é o elemento culpa. Pelo Código civil em vigor, é a culpa o ponto central e norteador da responsabilização civil.

Em sentido lato, a culpa pressupõe a existência de dolo, ou seja, a ação intencional com o fim de causar lesão a direito (ação ou omissão voluntária). Essa culpa em sentido amplo é tida por delito

Entretanto, a culpa não reside somente no *animus* do ofensor. Pode também ser verificada no erro ou desvio de conduta.

Sobre a culpa, Fabio Ulhoa Coelho nos ensina que:

¹⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil, 12. ed., São Paulo, Atlas, 2012, Coleção Direito Civil; v.4, p. 24

“Embora sempre voluntária, a culpa pode corresponder a ato intencional ou não. No primeiro caso, chama-se dolo, que pode ser direto (o dano causado era a intenção do seu autor) ou indireto (o autor assumiu o risco de causar o dano). A culpa não intencional, a seu turno, é a negligência, imprudência ou imperícia.”¹⁵

Assim, em sentido estrito, a culpa alcança também a imprudência e a negligência, mencionadas também no artigo 186 do Código Civil, ou mesmo a modalidade mais específica, qual seja, ou mesmo a imperícia. Aqui, falamos em quase-delito.

Rui Stoco (apud VENOSA) conclui ainda que:

“a culpa, genericamente entendida, é, pois, fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. Nessa figura encontram-se dois elementos: o objetivo, expressado iliciedade, e o subjetivo, do mau procedimento imputável”¹⁶

Portanto, não haveria que se falar em ato ilícito, desatrelado da existência de culpa por parte de quem praticou a má conduta.

Vale lembrar que, a questão da culpa envolve ainda a balização com base no que é esperado, ou seja, no antigo conceito de homem médio. Ou seja, é realizado um exercício de comparação para se determinar se aquele erro é justificável, se aquela conduta seria a esperada para a sociedade, ou se houve um desvio. Se houve a diligência média considerando padrões sociais normais. Contudo, são conceitos variáveis, e evoluem e se modificam no tempo e no espaço.

Fabio Ulhoa Coelho bem ensina que, “a culpa que dá ensejo à responsabilidade civil corresponde a ato voluntário, que deveria ter sido diferente. Sem a exigibilidade de conduta diversa, não há ação ou omissão culposa.”¹⁷

A culpa apresenta-se ainda de formas variadas e indiretas. Temos modalidades de culpa por presunção, que são: a culpa *in eligendo*, que decorre da escolha ou eleição, pela qual, o empregador, por exemplo, responde por ato praticado por de seu empregado; a culpa *in vigilando*, na qual se verifica a falta no dever legal de vigilância (responsabilidade do pai pelos atos do filho, por exemplo); e a culpa *in custodiendo*, que decorre da falta de cuidado na guarda de uma coisa ou animal.¹⁸

Assim, por exemplo, as instituições bancárias devem responder por atos praticados por seus prepostos, quando no exercício de sua atividade. O banco responde pelos atos do funcionário dentro da agência, na modalidade de culpa *in eligendo*.

¹⁵ COELHO, Fabio Ulhoa. P. 309. Curso de Direito Civil, volume 2. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 309.

¹⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil, 12. ed., São Paulo, Atlas, 2012, Coleção Direito Civil; v.4, p. 25

¹⁷ COELHO, Fabio Ulhoa. P. 309. Curso de Direito Civil, volume 2. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 309.

¹⁸ TARTUCE, Flavio. Manual de Direito Civil: Volume Único. São Paulo: Método, 2011, p.416

Em relação à culpa, vale também acrescentar que esta deverá ser avaliada em termos de gravidade, quando da fixação dos valores da reparação a título de responsabilização, principalmente quando falarmos em reparação pelo dano moral.

2.4.2. Dano

Existência de dano é outro requisito ensejador da responsabilização civil. É impossível tratarmos de reparação se inexistir dano.

A princípio, parece muito óbvia tal assertiva. Porém, veremos que, nem sempre isso ocorre, principalmente na seara do dano moral, hoje tido por alguns como uma verdadeira indústria indenizatória.

Vale ressaltar que, a reparação civil nas hipóteses em que inexistente dano, ou seja, a indenização desatrelada a um dano de fato, deve ser tida por um enriquecimento sem causa, o que não se admite, como cediço.

Essa questão merece uma atenção, porque, nem sempre uma violação a contrato, a uma norma legal infralegal, enseja um dano. Um não é decorrência direta e obrigatória do outro. Pode ocorrer, porém, hipóteses em que a transgressão ocorre, porém o dano não se verifica.¹⁹

Assim, por dano, entendemos ser toda lesão a um bem juridicamente protegido, de titularidade atribuível. Consiste, basicamente, no prejuízo sofrido.

O dano pode ser material, ou até mesmo moral. Pode também ser individual, ou experimentado coletivamente.

Orlando Gomes ensina que:

“a regra é classificar o dano em material quando o bem jurídico violado é do patrimônio físico da vítima; corporal, quando o bem jurídico pe a própria integridade física da pessoa vitimada; moral, quando o bem corresponde a um atributo da vítima.”²⁰

A expressão dano é comumente empregada para se referir ao prejuízo patrimonial. Porém, como mencionado, esse conceito é incorretamente aplicado, porquanto o termo dano, também abarca os bens que, embora tutelados juridicamente, não expressam conteúdo que se possa mensurar economicamente.

Sob esse aspecto, vale também acrescentar que o dano deve sempre ser atual e certo, não sendo possível tratarmos de dano hipotético, que não esteja de fato caracterizado. O dano na seara ficta, não pode ser indenizável. Não havendo interesse, seja

¹⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil, 12. ed., São Paulo, Atlas, 2012, Coleção Direito Civil; v.4, p. 37

²⁰ GOMES, Orlando, 1909-1988. Responsabilidade Civil. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.77

material ou moral, efetivamente lesado, não há que se falar em responsabilização civil. Assim, o suposto ofendido, deve comprovar o dano experimentado. Não haveria necessidade de se precificar esse dano, pois, os respectivos valores reparatórios podem ser fixados judicialmente, porém, o prejuízo efetivo deve restar identificado.²¹

Ademais, Braga entende que, pode ocorrer o dano, decorrente de conduta tipicamente lícita. Por exemplo, se o banco enviar o nome de um consumidor inadimplente para inclusão nos cadastros de mau pagadores, como SPC e Serasa, e não realizar a comunicação desse cliente, sua conduta, embora a princípio lícita, caracterizará o dano, passível de responsabilização civil. Isso porque, embora essencialmente lícita, a conduta de incluir esse cliente nos registros de mau pagadores, o dano ocorre na medida em que o cliente em questão deixou de ser comunicado, nos termos do que prevê a lei consumerista (artigo 43, §2º, da lei 8.078/90)²².

2.4.2.1. Dano Moral

A respeito do dano moral, Yussef Said Cahali bem conceitua, fazendo a distinção destes, com os danos patrimoniais:

“Segundo entendimento generalizado na doutrina, e consagrado nas legislações, é possível distinguir, no âmbito dos danos, a categoria dos danos patrimoniais, de um lado, dos danos extrapatrimoniais, ou morais, de outro; respectivamente, o verdadeiro e próprio prejuízo econômico, o sofrimento psíquico ou moral, as dores, as angústias e as frustrações infligidas ao ofendido.”²³

Para Cahali, é necessário ainda abstrair o caráter estritamente econômico do patrimônio, ampliando seu conceito, para que se possam compreender os valores imateriais. Assim, acrescenta que o mais razoável seria distinguir o dano moral pelos seus elementos. Assim, fazendo menção a Dalmartello, relaciona²⁴:

“como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos”; classificando-se desse modo, em dano que afeta a “parte social do patrimônio moral” (honra, reputação etc.) e dano que molesta a “parte afetiva do patrimônio moral” (dor, tristeza, saudade etc.); dano moral

²¹ Op. Cit., p. 37

²² BRAGA, Rodrigo Bernardes. Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras, Rio de Janeiro, 2004, p. 4, citando HENRI, Léon e Jean Mazeaud, Leçons de Droit Civil, tomo II, Paris, p. 17.

²³ CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 4. ed rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.18.

²⁴ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p.19.

que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e dano moral puro (dor, tristeza etc.)”

Sobre o que se define como dano moral, Maria Helena Diniz, citando Zannoni, por sua vez, ensina que o dano moral “não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso”²⁵, pois estes representam o resultado do dano. Assim, afirma que o direito não garante a recomposição para qualquer dor ou aflição. Somente existe o direito de reparação quando existe a supressão de um bem jurídico efetivo, ou seja, quando o prejudicado possui um interesse legítimo sobre o bem juridicamente protegido²⁶.

Silvio de Salvo Venosa, acrescenta ainda:

“Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, o *bonus pater familias*: (...) cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca. O sofrimento como contraposição reflexa da alegria é uma constante do comportamento humano universal.”²⁷

O dano moral está diretamente ligado aos direitos da personalidade, portanto, os abrange. Vale ainda ressaltar que o dano moral, veio ser positivado pela Constituição Federal de 1988, que previu no inciso X, do artigo 5º, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Ocorre que, dada subjetividade dos fatores que devem ser analisados nos casos concretos, e a própria natureza dessa reparação, ou seja, sendo o dano imaterial, em tese, irreparável, temos nos deparado com decisões judiciais heterogêneas e desprovidas de critérios razoáveis. Decisões em que são fixados valores extremamente exarcebados a título de reparação por dano moral, para casos triviais, e de outro lado, fixação em valores ínfimos quando o dano moral experimentado pela vítima é muito mais profundo.

Inexistem regras específicas e objetivas para se provar do dano moral, o qual possui por característica a imaterialidade. Assim, Venosa nos ensina que o juiz deverá se valer “de máximas da experiência. (...) situações particulares exigirão exame probatório das circunstâncias em torno da conduta do ofensor e da personalidade da vítima. (...) Deverá ser

²⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v.7: Responsabilidade Civil. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 93.

²⁶ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 94.

²⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil, 12. ed., São Paulo, Atlas, 2012, Coleção Direito Civil; v.4, p. 46.

levada em conta também, para estabelecer o montante da indenização, a condição social e econômica da vítima”²⁸.

Nesse aspecto, é importante lembrar que existe, ainda, o caráter punitivo da indenização por dano moral, e muitos magistrados tem se fundado nestes critérios, para fins de fixação do *quantum* indenizatório. Sobre a questão, existe em andamento o Projeto de Lei 6.960/02, que visa alterar alguns dispositivos do Código Civil vigente. Por esse projeto, o artigo 944 do Código ganharia um novo parágrafo, *verbis*: “A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.

Vale também salientar que um aspecto muito importante é a demonstração efetiva do dano. Existem julgados no sentido de que, um mero dissabor, não deve ter o condão de atrair a responsabilidade por dano moral e entendo ser o entendimento mais acertado. Para que haja reparação civil, o dano a um dos direitos de personalidade deve ser efetivamente demonstrado, pois, nos termos da teoria geral da responsabilidade civil, o dano é elemento indissociável da responsabilização. Para exemplificar, segue a ementa de uma decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, bem como trechos do voto do relator:

INDENIZAÇÃO. CHEQUE FRAUDADO. DÉBITO E ESTORNO IMEDIATO. DANOS MORAIS NÃO COMPROVADOS. RECURSO DESPROVIDO.

Voto: Trata-se de ação indenizatória por danos morais ajuizada por correntista que teve cheque, embora fraudado, compensado. Desacolhido o pleito, inconformado, apela o autor insistindo, em síntese, na indenização pelos prejuízos de ordem moral, aduzindo ser defeituosa a prestação dos serviços do apelado ao permitir que terceira pessoa retirasse do caixa eletrônico seu talonário. Apresentada a contrariedade, preparo recolhido, subiram os autos.

O apelo não comporta provimento. Por mais que se lamente o ocorrido, já que inegável o dissabor do cheque fraudado ter sido debitado e estornado de sua conta corrente, cabia ao autor demonstrar efetivamente a ocorrência dos prejuízos morais sofridos e isto não se encorajou a fazer. Descabe argumentar, outrossim, que o fato do seu nome circular indevidamente “na praça”, por si só, não é suficiente para justificar o pleito indenizatório (AgRg no Ag 1.344.906 Rel. Min. Herman Benjamin).

Por fim, da análise dos documentos, restou demonstrada a lisura no procedimento do apelado, comprovando que o cheque fraudado, apesar de ter sido compensado, foi, no mesmo dia, estornado da conta corrente do autor. Tais os fundamentos, em suma, de negar provimento ao recurso.

(TJ SP. Apelação nº 9106550-51.2009.8.26.0000 - 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: José Araldo da Costa Telles. Data do julgamento: 14.08.2012).

Muito embora a questão do abalo moral sempre deva ser analisada no caso concreto, em suas minudências, a fim de constatar se de fato o dano existiu, existem algumas situações em que o dano moral pode ser presumido.

O Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento, definindo algumas situações em que o dano moral pode ser presumido, para fins de reparação. Em algumas situações, o

²⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit., p. 49.

dano moral sofrido é provado *in re ipsa*, ou seja, pela força dos próprios fatos. Essa teoria deu a base para a presunção do dano moral, em alguns casos.

Assim, por exemplo, a inserção indevida da pessoa em cadastro de inadimplentes, configura o dano moral presumido. O STJ consolidou o entendimento de que “a própria inclusão ou manutenção equivocada configura o dano moral *in re ipsa*, ou seja, dano vinculado à própria existência do fato ilícito, cujos resultados são presumidos” (Ag 1.379.761).

No tocante à responsabilidade civil bancária por dano moral presumido, entende o STJ que, quando a inclusão indevida em cadastros restritivos decorre de defeito no serviço prestado pelo banco, o próprio banco é quem responde pelos danos morais. O banco também responde pelos danos decorrentes da utilização por terceiros de talões de cheques extraviados, que venham a ser devolvidos, e que acarretem a inclusão do nome do correntista em cadastro de inadimplentes (Ag 1.295.732 e REsp 1.087.487).²⁹

Cumpra acrescentar, como cediço, o dano moral e o material podem ser cumulados, o que ocorre em grande parte dos casos em que existe a responsabilização civil, onde, por vezes, o próprio dano material, acarreta o dano imaterial.

Vale também lembrar que as pessoas jurídicas também podem sofrer danos de natureza moral. O Código Civil vigente prevê, em seu artigo 52, a proteção dos direitos da personalidade relativos à pessoa jurídica, em perfeita consonância com a Súmula do STJ nº 227, de 08/09/1999, que já vislumbrava o dano moral da pessoa jurídica.

2.4.3. Nexo de causalidade

Por fim, o outro aspecto que precisa ser identificado para que emerja a responsabilidade experimentado pela vítima, é a existência da relação de causalidade entre o ato do agente e o prejuízo experimentado pela vítima. O nexos causal é o sedimento que vincula o a conduta ilícita ao dano.

Em outras palavras, é preciso verificar se o prejuízo se daria, se o fato do suposto responsável não tivesse ocorrido. Somente por meio do nexos de causalidade, será possível determinar o agente causador do dano e, portanto, responsável.

²⁹ Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106255>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

Na lição de Flavio Tartuce, “o nexos de causalidade ou nexos causal constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém.”³⁰

Trata-se de um componente indissociável. Vale dizer que, inexistente qualquer modalidade de responsabilidade civil, sem que seja demonstrado o nexos etiológico.

A determinação do nexos causal para fins de responsabilização foi objeto de diversas doutrinas que buscavam determinar o momento de sua ocorrência, porém, a incongruência de algumas destas teorias colocaram em risco todo o sistema da responsabilidade civil, uma vez que, como já mencionado, o nexos de causalidade se apresenta como elemento imprescindível pra determinar a existência do dever de reparar o dano em análise.³¹

Hoje, temos por adotada a teoria do dano direto e imediato, contida, vale ressaltar, na estrutura do Código Civil pátrio. Assim, por essa teoria, somente os danos identificados como imediatamente provenientes do ato ilícito são passíveis de responsabilização civil. Assim, os danos distantes da causa direta, não são passíveis de indenização.

Vale salientar que esta estrutura adotada para reparação tão somente dos danos diretamente decorrentes do ato ilícito, busca impedir a situação de responsabilização ilimitada do agente, o que, certamente traria irreparável desconforto social, principalmente porque, dentro da consciência social, tal critério certamente se mostraria injusto *damnum emergens*, ou seja, o prejuízo efetivamente experimentado pela vítima, bem como o *lucrum cessans*, aquilo que a vítima deixou de lucrar em decorrência do ato ilícito do agente. Seriam, portanto, excluídos do dever de indenizar, os danos remotos.³²

2.5. Exclusão de responsabilidade

2.5.1. Causas de rompimento do nexos de causalidade

Existem situações que quando verificadas, afastam a responsabilidade civil, porquanto caracterizam o rompimento do nexos de causalidade entre o fato e o dano sofrido pela vítima. Dentre essas situações de rompimento do nexos causal, temos o fato exclusivo da vítima, o fato de terceiro e o caso fortuito ou força maior.

³⁰ TARTUCE, Flavio. Manual de Direito Civil: Volume Único. São Paulo: Método, 2011, p. 419.

³¹ BRAGA, Rodrigo Bernardes. Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras. 2ª edição, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p.20.

³² BRAGA, Rodrigo Bernardes. Op. cit., p.21

2.5.1.1. Fato Exclusivo da vítima

O fato exclusivo da vítima, também denominado culpa exclusiva da vítima, se refere às situações em que a própria conduta da vítima, determina o resultado, de modo a acarretar a quebra do liame entre a conduta atribuída ao agente que se pretenderia responsabilizar, e o resultado danoso experimentado pela suposta vítima.

Portanto, não é a culpa do autor que resta afastada, mas sim, o próprio nexo de causalidade³³, que como já estudamos, é elemento imprescindível dentro da esfera da responsabilidade civil.

A hipótese de excludente em apreço, não se encontra delineada de forma expressa no Código Civil de 1916, porém, a doutrina e a jurisprudência não encontram nenhum óbice na aplicação da referida excludente de responsabilidade.

Quando trata da obrigação de indenizar, o artigo 936 do Código Civil traz uma hipótese na qual o dono, ou detentor, do animal deve ressarcir o dano por este causado, excluindo da obrigação quando houver prova de culpa da vítima ou força maior.

Já o artigo 945 e o parágrafo único do artigo 738, do referido código, por sua vez, trazem a previsão da modalidade de culpa concorrente, ou seja, quando há uma parcela de culpa da vítima concorrendo para o resultado danoso.

O artigo 935, que trata da indenização, prevê que se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano, enquanto, o artigo 738 que trata do transporte de pessoas, dispõe que a vítima concorrer para a ocorrência do evento, o prejuízo que vier a experimentar será balizará equitativamente o *quantum* indenizatório, de acordo com o grau de sua culpabilidade.

É importante observar que a excludente de responsabilidade em razão da culpa exclusiva da vítima, ou mesmo a ponderação proporcional da responsabilidade por culpa concorrente da vítima, são encontradas em diversas normas do nosso ordenamento jurídico, como por exemplo, no Decreto nº 2.681/1912, que trata da responsabilidade das estradas de ferro, norma que, por analogia, é aplicada aos meios de transporte carecedores de regulação específica (artigo 15), ou ainda na Lei 6.453/1977, que trata da responsabilização por danos nucleares (art. 6º).³⁴

Esta excludente também deve ser observada nas relações bancárias. Nas operações que envolvem consumidor, verificamos na Lei. 8.78/19090, a existência dessa

³³ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil, 12. ed., São Paulo, Atlas, 2012, Coleção Direito Civil; v.4, p.55.

³⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit., p.56.

excludente delimitando o risco do fornecedor nas hipóteses de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro:

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.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Assim, ainda que no direito consumerista, como cediço, prevaleça a regra da responsabilização objetiva quando o fornecedor que se pretende responsabilizar, comprovado que o dano resulta de culpa exclusiva do consumidor, vítima do prejuízo, a responsabilidade deve ser afastada.

Tal fato vem reafirmar o quanto mencionado no sentido de que a culpa exclusiva da vítima fulmina o elemento nexos de causalidade, imprescindível para que haja responsabilização civil, e não afeta o elemento culpa do agente, como poderia se sugerir.

2.5.1.2. Fato de terceiro

O fato de terceiro representa outra ocorrência que possa afastar a responsabilização do aparente responsável pelo dano causado à vítima. Assim, para que esta excludente de responsabilidade seja configurada, é necessário estabelecer quando esse fato atribuível a terceiro, possui o condão de romper o nexos de causalidade entre a conduta do responsável aparente, e o dano efetivo.

Inicialmente, é preciso entender quem pode ser considerado o terceiro. Sabemos que nas relações contratuais, terceiro deve ser considerado aquele agente estranho ao negócio jurídico firmado, mas que, por sua conduta, é capaz de alterar os efeitos desse negócio.

Na esfera da responsabilidade civil, o terceiro pode ser considerado o agente cuja conduta possui o condão de atrair para si os efeitos do resultado danoso³⁵, ou seja, a conduta desse terceiro é capaz de acarretar o deslocamento do fato gerador do evento, daquele suposto agente causador do dano, o aparente responsável, para si mesmo.

Este terceiro é, portanto, um ente diferente do suposto agente causador do dano, e a vítima do prejuízo.

Vale ainda salientar que, para que se configure o fato terceiro, é necessário avaliar se o fato em questão está imbuído de força suficiente para, em princípio, exonerar o responsável aparente do dever de reparar o dano.

³⁵ BRAGA, Rodrigo Bernardes. Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras. 2ª edição, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p.22

Também cumpre ressaltar que, o fato de terceiro não deve ser confundido com terceiro ligado diretamente ao agente responsável, como por exemplo, os prepostos da empresa que se pretende responsabilizar. Nesses casos, os atos praticados devem ser diretamente atribuídos ao agente ao qual está ligado.

Entretanto, no cotidiano de nossos tribunais, verificamos que existe uma dificuldade prática em se retirar o dever de reparar o prejuízo, daquele agente responsável aparente que alega ter o dano decorrido de um fato de terceiro, principalmente por que, nem sempre esse terceiro é identificado ou encontrado. Além disso, esse fato de terceiro pode não ser tão facilmente identificado e comprovado.

Para exemplificar dentro das relações bancárias, podemos trazer as ocorrências de fraudes praticadas por terceiros. Nesses casos, ainda que se comprove que aquela determinada fraude era imprevisível e irresistível, muito dificilmente se afastará do banco o dever de reparar o cliente fraudado, muito embora, o banco também seja vítima na hipótese em questão.

Assim, o que se verifica, é uma tendência jurisprudencial no sentido de manter o dever de reparação para aquele agente causador do dano, ainda que este alegue se tratar da hipótese de fato de terceiro. Restaria então para esse agente responsabilizado, o resguardo do direito de regresso.

Os artigos 929 e 930 do Código Civil, no que tange à obrigação de indenizar, fazem menção à possibilidade daquele agente responsabilizado ingressar com ação regressiva relativa aos valores que tiver dispendido para reparar o lesado, na hipótese entabulada no inciso II do artigo 188 do mesmo Código, que trata da descaracterização do ato ilícito quando a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, teve por fim a remoção de um perigo iminente. Tais artigos não traduzem expressamente a ocorrência de fato de terceiro, mas dispõem sobre a possibilidade do terceiro causador do dano, ser responsabilizado.

A respeito dessa excludente, também será importante verificar se a conduta do terceiro é a causa exclusiva que contribuiu para o resultado danoso, ou se o agente diretamente responsabilizado, também concorreu de alguma forma para evento.³⁶ Em outras palavras, é preciso identificar se é vislumbrada a hipótese de culpa exclusiva de terceiro.

Em se tratando de um fato exclusivo do terceiro, ou seja, se o fato do terceiro seria impossível de se prever, ou mesmo de se evitar, ou mitigar, de certo estaremos diante do rompimento do nexo de causalidade, impossibilitando a responsabilização do agente. Esse

³⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil, 12. ed., São Paulo, Atlas, 2012, Coleção Direito Civil; v.4, p.65.

fato de terceiro, imprevisível e inevitável, se assemelharia na prática ao caso fortuito ou força maior.

Caberá, assim, ao responsabilizado próximo, comprovar essa impossibilidade de prever ou evitar o fato de terceiro³⁷, lembrando que, na jurisprudência majoritária, a tendência será sempre no sentido de elastecer a responsabilização, ou seja, em proteção à vítima do dano, resguardado o direito de regresso. Desse modo, o afastamento da responsabilidade por fato de terceiro, somente se vislumbra em caráter excepcional.

Nesse sentido, é o entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal em relação à responsabilidade contratual do transportador:

“Súmula nº 187 - Responsabilidade Contratual do Transportador - Acidente com o Passageiro - Culpa de Terceiro.”

“A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.”

Por fim, vale acrescentar que esse direito de regresso, em tese, pode ser exercitado dentro do mesmo processo de responsabilização, por meio da denúncia da lide, que pode não ser aceita, quando se entender que o ingresso do terceiro na lide, pode dificultar o andamento do processo, retardando seu seguimento. Nas hipóteses em que a denúncia do terceiro não seja admitida, sempre será possível o ingresso com uma ação regressiva autônoma.³⁸

2.5.1.3. Caso fortuito ou força maior

Há quem diga que as expressões caso fortuito e força maior são sinônimas, não havendo que se trazer distinção para estas. O fato é que, na esfera da responsabilidade civil possuem efeitos idênticos, no sentido de afastar a responsabilização, na medida em que fulminam o nexu causal. Sobre essa distinção, Flavio Tartuce leciona:

“A respeito dos conceitos de caso fortuito e força maior, como é notório, não há unanimidade doutrinária. Sendo assim, este autor entende ser melhor, do ponto de vista didático, definir o caso fortuito como o evento totalmente imprevisível decorrente de ato humano ou de evento natural. Já a força maior constitui um evento previsível, mas inevitável ou irresistível, decorrente de uma ou outra causa. São seguidas as diferenciações apontadas por Orlando Gomes. Todavia, consigne-se que muitos doutrinadores e julgadores entendem que tais conceitos são sinônimos.”³⁹

³⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit., p. 65

³⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil, 12. ed., São Paulo, Atlas, 2012, Coleção Direito Civil; v.4, p. 68.

³⁹ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: Volume Único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 423.

O Código Civil em vigor, em seu artigo 393, prevê a exclusão de responsabilidade para o devedor nas hipóteses em que os prejuízos decorrerem de caso fortuito ou força maior, a não ser que esse devedor tenha se responsabilizado expressamente por tais ocorrências. Ainda, no parágrafo único, define que caso fortuito ou de força maior são verificados quando uma determinada ação traz consequências, cujos efeitos não eram possíveis de se evitar ou impedir.

Vale ressaltar que o Código não estabelece distinção entre o caso fortuito e o de força maior, para fins de exclusão de responsabilidade.

Doutrinariamente, o que diferenciaria tais institutos, seria o fator de previsibilidade, muito embora, em ambos, se verifica o fator de irresistibilidade.

Sobre a questão, Venosa⁴⁰ bem nos ensina:

“Ambas as figuras equivalem-se, na prática, para afastar o nexa causal. Para alguns autores, caso fortuito se ligaria a critérios de imprevisibilidade e irresistibilidade. Assim, o caso fortuito seria aquela situação normalmente imprevisível, fato da natureza ou fato humano. A força maior seria caracterizada por algo também natural ou humano a que não se poderia resistir, ainda que previsível a sua ocorrência.”

Vale salientar, porém, ainda que se faça a distinção doutrinária entre estas figuras, juridicamente, não há diferenciação prática quanto aos seus efeitos.

Ainda, sobre a questão, é importante frisar, seja caso fortuito ou de força maior, para que se exclua o nexa causal, os fatos tidos por irresistíveis, devem estar contidos fora do suposto devedor, ou seja, deve ser alheios à sua vontade. Parte-se do pressuposto que o fato ocorrido, ensejador do afastamento da responsabilidade, sempre esteve distante do controle do suposto responsável.

Ademais, se for possível aferir a culpa de alguém pelo ocorrido, não se tratará de caso fortuito ou de força maior, de forma que não restará rompido o nexa causal.

Fabio Ulhoa Coelho bem elucida que “o fortuito é todo evento desencadeador de danos não originado pela culpa de alguém. Pode referir-se a fatos da natureza (enchentes, queda de raio, terremotos), ou humanos (produção em massa, prestação de serviços empresariais).”⁴¹

Existe ainda uma recente distinção feita para caso fortuito, que afeta diretamente as relações bancárias, conforme veremos em exames casuísticos.

Temos hoje uma distinção entre caso fortuito interno e caso fortuito externo, de forma a relativizar o caso fortuito, para fins de responsabilização.

⁴⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit., p. 56.

⁴¹ COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Civil, Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2004, p.389.

Por essa corrente, além dos fatores de imprevisibilidade e irresistibilidade, presentes na tradicional doutrina da responsabilidade civil, seria ainda exigido o caráter externo para que o fortuito venha a configurar a excludente de responsabilidade.

Assim, por exemplo, as instituições bancárias, ainda que comprovem ter tomado todas as medidas de segurança esperadas, agindo com cautela e diligência, veem-se obrigadas a ressarcir eventuais danos causados por terceiros na prática de fraudes, em razão do entendimento de que se trataria de um fortuito interno.

Nesse sentido, já se posicionou a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, em entendimento sumulado: “Súmula n. 479 – As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias. (STJ – 2ª Seção - Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 27/6/2012).”⁴²

Em que pese o entendimento sumulado pelo STJ tenha por escopo a proteção do consumidor, do correntista, não é demais lembrarmos que, em todas as esferas do direito, toda e qualquer tentativa no sentido de relaxar o relativizar o componente nexa causal na esfera da responsabilização civil, traz por consequência uma maior insegurança jurídica.

Não se pode apenas apreciar o dano sofrido pela vítima, para se atribuir responsabilidade ao agente, mas sim, é necessário avaliar se o dano pode ser atribuído aquele suposto devedor.

A responsabilidade civil depende da existência de um fato imputável, de um dano, e do nexa de causalidade e de culpa.

Sabemos ainda que a presença da culpa, não é exigida de forma absoluta. O conceito de culpa tem sido elástico e, em determinadas situações, simplesmente afastado para fins de reparação civil. Entretanto, não significa dizer que basta o dano para que se configure o dever de reparar.

Não se pode, em nenhuma hipótese, afastar a exigência do nexa causal para atribuir responsabilidade. Assim, na relativização do caso fortuito, que implica diretamente na existência ou não do nexa de causalidade, todo cuidado é pouco.

⁴² Disponível em:

3. A ATIVIDADE BANCÁRIA E O DIREITO BANCÁRIO

3.1. A atividade bancária e sua evolução histórica

Ao iniciarmos o estudo da atividade bancária e sua evolução ao longo da história, vemos que o ponto de partida é a moeda.

Nas sociedades primitivas, eram utilizadas como moeda, mercadorias como o sal, fato que deu origem ao vocábulo salário. Essas mercadorias-moedas traziam mais facilidade para a sociedade mercantil da época, porém, ainda não cumpria as funções da moeda.

No processo de evolução, surgiu a moeda metálica, seguida da moeda-papel e do papel-moeda fiduciário.

Atribui-se a origem do sistema bancário ao período da Antiguidade, em que o empréstimo em dinheiro era realizado desde o século VI a.C., na Babilônia, na Fenícia e no Egito. Atribui-se, ainda, aos fenícios, atos de natureza bancária, principalmente em razão da navegação estabelecida entre a Ásia e as costas do Mediterrâneo, do que teria resultado colônias como Cartago.⁴³

Surge nesse período a figura do “trapezista”, ou seja, do banqueiro, que era a pessoa que recebia depósitos de outros. Mais tarde, essa atividade passaria a ser exercida nos templos gregos e, com a conquista da Alexandria, esse sistema bancário rudimentar é espalhado pelo Egito. Essas atividades de caráter bancário passam então a ser exercidas pelos “trapezistas” na Grécia e pelos “argenti” em Roma, que enriqueceram com a atividade.

Algumas operações bancárias que conhecemos e utilizamos no cenário atual, já podiam ser verificadas nesse sistema bancário greco-romano, tais como, depósito de moeda e valores, empréstimos imbuídos de juros, pagamentos entre praças distantes, entre outras. Porém, tais operações não eram ainda realizadas em série ou em volume.

Surge somente na Idade Média, a organização da atividade bancária na forma empresarial, com instituições como o Banco de São Jorge, o Banco de Veneza e o Banco de São Marco.⁴⁴

Historicamente, também se sabe que fora fundamental a atuação dos cavaleiros templários na Idade Média, que financiavam as Cruzadas. Sabe-se que os cavaleiros Templários desenvolveram um sistema de depósitos, empréstimos e linhas de crédito, muito assemelhado à atividade bancária atual. Com esse sistema financeiro, os Templários enriqueceram muito e, se diz que os lucros aferidos e as riquezas juntadas pelos

<http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106236>. Acesso em: 31 de maio de 2013.

⁴³ OLIVEIRA, Celso Marcelo. Manual de Direito Bancário, São Paulo, IOB Thompson, 2006. p. 64.

⁴⁴ OLIVEIRA, Celso Marcelo. Op. cit., p. 65.

Templários, teriam sido a causa da cisão com o Rei Felipe IV da França que, por sua vez, encontrava-se endividado com a Ordem.

A palavra banco surge na Idade Média, muito embora a atividade bancária remonta a períodos anteriores. Como sabemos, os bancos são intermediários do dinheiro, ou seja, tomam dinheiro no mercado e o repassam e, nessa intermediação, remuneram-se do *spread* e dos juros do mutuário.

Na Idade Moderna, com a intensificação do comércio, a atividade dos bancos se ajusta, assumindo delineamentos próximos ao atual, que se caracteriza, fundamentalmente, em tomada pela poupança e empréstimo de crédito aos clientes.

No Brasil, o direito bancário tem sua gênese com a introdução dos serviços bancários, que remonta à vinda da Família Real portuguesa para o Brasil, em 1808, quando os portos brasileiros foram abertos ao comércio internacional.

Nesse mesmo ano, surge o primeiro Banco Público Nacional, ou Banco do Brasil, pelo Alvará Regio de 12.10.1808. Esse banco tinha funções de emitir moedas, receber depósitos de recursos oficiais e atuava em operações mercantis.

A partir de 1921, houve também a distinção das operações bancárias, daquelas desenvolvidas pela sociedade em geral, sendo, então, instituída a fiscalização da atividade dos bancos, e criada a Inspetoria Geral dos Bancos.

Em 1945, é editado o Decreto-Lei nº 7.293, que criou a Superintendência da Moeda e do Crédito para autorizar e fiscalizar o funcionamento das instituições de crédito.

A partir de 1964, começa a surgir preocupação com o crescimento da quantidade de estabelecimentos bancários e o elevado fluxo de moeda que transitada nestes, pelo que o setor bancário fora reestruturado.

A partir de 1964, começam também as operações societárias entre os bancos, tais como fusões, de modo que a quantidade de bancos fora reduzida de 320 em 1965, para 111, em 1980.

Também em 1964, ocorreu a reestruturação do Sistema Financeiro Nacional, por meio da Lei 4.595/1964. Com ela, fora criado o Conselho Monetário Nacional, bem como o Banco Central. Com o advento dessa Lei, houve mudança na questão da responsabilidade dos administradores de instituições bancárias submetidas a regime especial. Tais administradores foram então submetidos à doutrina do risco profissional, passando a responder por prejuízos advindos da gestão do banco.

Além disso, a atividade financeira passou a ser também regulada por Resoluções do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil.

3.2. Conceitos Gerais em Direito Bancário

Com o advento do Código Civil de 2002, que incorporou normas de direito empresarial, revogando parcialmente o Código Comercial, temos o Direito Bancário constituído com um entrelaçamento ao Direito Empresarial, posto que a atividade bancária é uma atividade empresarial e os representantes das instituições de natureza bancária praticam atos de empresa.

Celso Marcelo Oliveira leciona que “as características do Direito Bancário não são mais, em conjunto, do que uma acentuação das características que apresenta o Direito de Empresas. É nesta acentuação que reside o essencial da originalidade do Direito Bancário.”⁴⁵

Como mencionamos no delineamento histórico da atividade bancária, a Lei nº 4.595 decretada em 1964, veio estruturar o Sistema Financeiro nacional. O artigo 17 da referida Lei, definiu ainda que as instituições financeiras são as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros. Ainda, em seu parágrafo único, acrescentou que são equiparadas às instituições financeiras, as pessoas físicas que exerçam, ainda que em caráter eventual, qualquer uma daquelas das atividades relacionadas no *caput* do artigo.

Vale salientar que os bancos são espécie do gênero instituição financeira e, o dispositivo legal mencionado, não faz nenhuma distinção entre instituição financeira e banco, para fins de aplicação da lei.

A atividade bancária pode ser conceituada por um complexo de práticas, atos, ou contratos executados por instituições bancárias, dentro de sua esfera de atuação. São estas, as operações bancárias.

Conclui-se que, o Direito Bancário, por definição, é constituído por princípios e normas que regem a atividade bancária, a constituição das instituições bancárias e o funcionamento das mesmas.

3.3. Princípios de Direito Bancário

O estudo de toda disciplina jurídica, deve passar pelos princípios que a fundamentam. O ilustre Miguel Reale, bem nos ensinou acerca da principiologia no direito:

⁴⁵ OLIVEIRA, Celso Marcelo. Op. cit., p. 48.

“Um edifício tem sempre suas vigas mestras, suas colunas primeiras, que são o ponto de referência e, ao mesmo tempo, elementos que dão unidade ao todo. Uma ciência é como um grande edifício que possui também colunas mestras. A tais elementos básicos, que servem de apoio lógico ao edifício científico, é que chamamos de princípios, havendo entre eles diferenças de destinação e de índices, na estrutura geral do conhecimento humano.”⁴⁶

Sob os aspectos procedimentais, considera-se que o Direito Bancário está submetido ao princípio da simplicidade, do qual resultam outros subprincípios mais explícitos, conforme nos ensina Oliveira⁴⁷.

Primeiramente, temos o princípio da desformalização, ou informalidade, pelo qual se entende que os atos bancários não requerem especiais formalidades para surgirem. Em geral, implicam em assinatura, seja manual ou eletrônica, no caso dessa última, mediante digitação de senha pessoal e intransferível, ou mesmo, dependendo do ato praticado, de uma mera declaração verbal.⁴⁸

Temos também o princípio da unilateralidade, pelo qual, os atos bancários são concluídos apenas por simples cartas firmadas pelos correntistas. Há, ainda o princípio da rapidez, caracterizada pela celeridade das contratações bancárias, que não requerem negociações alongadas, mas somente a adesão a cláusulas preestabelecidas pelas instituições bancárias. Por fim, cita o princípio da desmaterialização, possibilitado pelo avanço tecnológico e informático. Assim, vislumbramos no Direito Bancário a evolução dos valores e representações desmaterializados.⁴⁹

Já com relação à perspectiva da regulamentação, temos o princípio da ponderação bancária, da qual decorre o princípio da abrangência, ou seja, a tendência do Direito Bancário em gerar negócios em cadeia e ainda, o princípio da flexibilidade, pelo qual, o Direito Bancário tende enfrentar novos problemas com soluções diferenciadas.

Quanto à questão sancionatória, vislumbramos o princípio da eficácia, em verificamos a quebra da relação bancária, onde o correntista inadimplente teme a perda do crédito.⁵⁰

⁴⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 19ª ed., Saraiva, 1999. p. 61.

⁴⁷ OLIVEIRA, Celso Marcelo. *Manual de Direito Bancário*, São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 55.

⁴⁸ OLIVEIRA, Celso Marcelo. *Op. cit.*, p.55

⁴⁹ OLIVEIRA, Celso Marcelo. *Op. cit.*, p.55.

⁵⁰ OLIVEIRA, Celso Marcelo. *Op. cit.*, p.56.

3.4. Fontes do Direito Bancário

O direito Bancário é caracterizado pela multiplicidade de fontes. É uma disciplina jurídica abastecida de fontes diversas, de natureza, não somente legais como também infralegais.

Sabemos que o Código Comercial, bem como o Decreto nº 737/1850, como legislação extravagante, foram as primeiras fontes do Direito Bancário. Já mencionamos também a Lei nº 4.595/1964, conhecida por Lei de Reforma Bancária, como uma importante fonte do Direito Bancário, na medida em que reorganizou todo o sistema bancário pátrio.⁵¹

O Código Civil vigente é uma importante fonte do Direito Bancário. Vale acrescentar que, a normatização civil em vigor ampliou o conceito do contrato bancário, aplicando a este os princípios contratuais da boa-fé e da probidade⁵² (*good will and probity*).

De forma mais genérica, as regras gerais do Direito Civil também se aplicam, de forma complementar, às atividades bancárias, não propriamente como fonte, mas como normas de caráter comum aplicável a todo o direito privado.

Não se pode olvidar a aplicabilidade das regras do Direito Civil no tocante aos contratos e obrigações, que será objeto de estudo mais aprofundado no presente estudo.

É importante salientar que, principiologicamente, quando se tratar de uma norma geral, o Direito Civil somente deverá ser aplicado a uma relação bancária, quando não confrontar com normas específicas aplicáveis ao Direito bancário, ante o princípio da especialidade das normas.

Assim, as fontes genéricas do Direito Bancário seriam o próprio Direito Civil, salientando-se que hoje o Direito Comercial encontra-se hoje incorporado pelo próprio Código Civil vigente. Também o Direito Administrativo e o Direito Econômico. Como mencionado, a sistemática do Direito Civil deve sempre ser observada, ainda que por fonte complementar, por ser o esteio de todo o Direito Privado.⁵³

Além das fontes genéricas, podemos ainda citar por fontes, os normativos regulamentadores infralegais próprios, as decisões dos órgãos regulam o setor bancário e os usos e costumes bancários.

Também temos como fonte importantíssima do Direito Bancário, a própria Constituição Federal.

Nos termos da alínea “d”, inciso III, do artigo 52 da Constituição Federal, compete ao Senado Federal aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de presidente e diretores do banco central.

⁵¹ OLIVEIRA, Celso Marcelo. Op. cit., p.56.

⁵² OLIVEIRA, Celso Marcelo. Op. cit., p.61.

O artigo 164 da Carta Constitucional prevê também que a competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo banco central, ao qual é vedado conceder, direta ou indiretamente, empréstimos ao Tesouro Nacional e a qualquer órgão ou entidade que não seja instituição financeira. Dispõe, ainda, que o banco central poderá comprar e vender títulos de emissão do Tesouro Nacional, para regular a oferta de moeda ou a taxa de juros. E acrescenta que, as disponibilidades de caixa da União serão depositadas no banco central, enquanto as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, serão depositadas em instituições financeiras oficiais.

Não é demais lembrar que, hoje, não há mais o que se discutir em relação à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, às relações bancárias consumerista, ou seja, as relações jurídicas estabelecidas entre as instituições bancárias e os consumidores, aqui entendidos, para efeitos de aplicação da Lei, toda pessoa física ou jurídica que utiliza atividade bancária, financeira ou de crédito, como destinatário final.⁵⁴

Vale, por fim, trazer à lembrança, as fontes internacionais de Direito, como as convenções internacionais, amplamente aplicadas no Direito Bancário. Embora não se revistam originariamente de caráter obrigatório, estas fontes internacionais acabam por incluir as normas positivadas, como por exemplo, o Comitê da Basileia (*Basel Committee on Banking Supervision*).⁵⁵

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS

4.1. Noções Gerais

Não se pode olvidar que os bancos exercem importante papel na sociedade, contribuindo para o desenvolvimento econômico e social, não sendo mais possível, imaginar a sociedade atual desprovida da figura dos bancos.

Hoje os bancos, não se limitam mais em receber e fornecer crédito, mas atuam no cotidiano da sociedade, ao realizar pagamentos, transferências, enfim, em todos os setores, é possível vislumbrar a atuação bancária.

Desse importante e imprescindível papel exercido pelo setor bancário, decorrem responsabilidades, as quais passaremos a analisar minudentemente. Analisaremos a

⁵³ OLIVEIRA, Celso Marcelo. Op. cit., p.58

⁵⁴ CALIXTO, Marcelo Junqueira. Responsabilidade Civil Bancária. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p.115

⁵⁵ OLIVEIRA, Celso Marcelo. Op. cit., p.58

natureza dessa responsabilidade, quais normas se aplicam a essa atividade, e sob quais aspectos ela se apresenta.

Podemos dizer que a responsabilidade civil bancária pode se apresentar na forma contratual, quando se tratar de responsabilidades decorrentes de contratos firmados com seus clientes, ou ainda, extracontratual, quando oriundas de sua relação com terceiros.

Quanto ao fundamento, não somente a doutrina, como também a jurisprudência, tem por regra a presunção da responsabilidade civil bancária por objetiva, com fundamento no risco profissional.

4.2. Incidência Normativa da Responsabilidade Civil na Atividade Bancária

A responsabilidade civil na seara da atividade bancária é regida pelo Código Civil, pois, como já abordado, toda a sistemática da reparação civil, toda a teoria geral acerca da questão, está inserida na lei civil.

Já verificamos que o Código Civil é uma importante fonte do Direito Bancário. Celso Marcelo de Oliveira bem acrescenta que “a nova normatização civil veio ampliar o conceito do contrato bancário como de adesão e dar aplicação dos princípios da probidade e da boa-fé aos contratos bancários.”⁵⁶

Contudo, a primeira dificuldade que encontramos quanto à aplicabilidade do regramento civil às relações bancárias, no tocante à responsabilização civil, encontra-se na esfera consumerista.

Dentro do sistema das relações de consumo, pairam muitas dúvidas quanto à aplicabilidade do Código Civil ou do Código de Defesa do Consumidor, em se tratando de reparação civil, até mesmo porque, as próprias relações de consumo, costumam se apresentar em nuances, nem sempre, distinguíveis em um primeiro olhar.

É importante frisar que, a aplicação incorreta do regime normativo no âmbito da responsabilização civil, pode acarretar distorções irreparáveis nas relações jurídicas estabelecidas na atividade bancária.

Sabemos que a sistemática normativa consumerista, veio oportunamente trazer equilíbrio às relações de consumo, mitigando as desigualdades estabelecidas nas relações entre consumidor e fornecedor, sendo que este último, em geral apresenta-se em prevalência sobre o primeiro, principalmente em razão do poder econômico daquele e da própria natureza dessa relação. Assim, vemos no Direito do Consumidor, toda uma estrutura protecionista, que visa o amparo do vulnerável.

⁵⁶ OLIVEIRA, Celso Marcelo. Op. cit., p.61

Por outro lado, temos o Código Civil tratando as relações jurídicas em pé de igualdade, de equivalência. Não há no ordenamento civil o reconhecimento da suscetibilidade de uma das partes da relação, que em razão de sua inferioridade técnica e econômica, necessita de uma proteção diferenciada.

No Código Civil, a proteção somente é verificada em casos específicos, como por exemplo, nos contratos de adesão. Nesse exemplo, temos os artigos 423 e 424 do Código Civil estabelecendo que, quando existirem cláusulas ambíguas ou contraditórias no contrato de adesão, deverá ser adotada a interpretação mais favorável à parte que aderiu a este contrato e que, as cláusulas que estipulem a renúncia de direito por parte do aderente, são nulas de pleno direito.

Assim, se o Código de Defesa do Consumidor for aplicado a uma relação jurídica em que inexistente a relação consumerista devidamente caracterizada, ou seja, não houver a vulnerabilidade de uma das partes, certamente essa aplicação indevida da Lei, acarretará desequilíbrio na decisão.

De outro lado, se somente o Código Civil fosse aplicado nas relações bancárias, desprezando-se o normativo consumerista, certamente estaríamos diante de um critério injusto, dada a ausência de proteção àquele que precisa de tratamento diferenciado.

Por isso, essa questão deve sempre ser avaliada com muita cautela, para que não ocorram distorções nos conflitos levados a juízo, sendo esse, um dos principais problemas encontrados, em termos de demandas envolvendo as relações entre os bancos e seus clientes.

4.3. A Responsabilidade Civil dos Bancos sob a Égide do Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor, sempre trouxe a previsão expressa de que os serviços bancários se incluíam dentre os serviços colocados no mercado de consumo, para fins de aplicação da Lei.

O artigo 3º da Lei 8.078/1990, já descrevia que fornecedor, para fins de subsunção aos ditames da norma consumerista, seria toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. Já o parágrafo 2º do referido artigo, dispunha que serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração e, incluiu dentre os serviços, para fins de aplicação da Lei, os serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, ressalvando apenas as decorrentes das relações trabalhistas.

Muito embora a norma previsse expressamente que os serviços bancários também se encontravam subordinados ao regramento do direito consumerista, por muito tempo houve árdua discussão sobre a impossibilidade de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos bancos.

Contudo, esta questão encontra-se totalmente vencida e pacificada, principalmente após a decisão proferida pelo STF, em 07.06.2006, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591-DF. Nesta ação, proposta pela CONSIF – Confederação Nacional do Sistema Financeiro se pretendia fosse reconhecida a inconstitucionalidade da expressão contida no §2º, do artigo 3º do CDC, qual seja “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”, onde se buscava o afastamento da aplicabilidade do CDC às relações bancárias.

Em sua decisão, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que as instituições financeiras são alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor e, nesse passo, deve se ter por “consumidor”, para fins de aplicação da Lei consumerista, toda pessoa física ou jurídica que utiliza como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito e que o dispositivo legal colocado em discussão, deveria ser interpretado em coerência com a Constituição, de forma que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência.

Assim, a ADIN foi julgada improcedente, porém, com relação às taxas de juros, restou afastada a exegese que submete às normas do CDC a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas pelas instituições financeiras. Esse controle continuaria sendo do Banco Central do Brasil, bem como do Poder Judiciário⁵⁷.

Essa decisão, certamente veio colocar uma pá de cal sobre toda a discussão que existia sobre a incidência ou não do Código de Defesa do Consumidor sobre as relações bancárias.

Esse mesmo entendimento, já havia sido consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, em decisão sumulada, editada em 12.05.2004. Pela Súmula nº 297, o STJ havia se

⁵⁷ **ADI 2591 / DF** - DISTRITO FEDERAL - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Relator: Min. Carlos Velloso. Relator para Acórdão: Min. Eros Grau. Julgamento: 07/06/2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 29-09-2006 PP-00031. EMENT VOL-02249-02 PP-00142. RTJ VOL-00199-02 PP-00481. REQTE.: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO SISTEMA FINANCEIRO – CONSIF. REQDOS.: PRESIDENTE DA REPÚBLICA e CONGRESSO NACIONAL. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855>>. Acesso em: 21.06.2013.

posicionado no mesmo sentido: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Sobre a questão, vale acrescentar que o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula nº 381, editada em 22.04.2009, também firmou entendimento de que, nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.

4.3.1. A Relação de Consumo Bancária sob o Prisma da Destinação Final

Feitas tais considerações gerais acerca da irrefutável aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações de natureza bancária, passaremos a analisar se em determinadas situações jurídicas, existe ou não uma relação de consumo, delineada pelos termos da própria Lei 8.078/90.

O objetivo do Código de Defesa do Consumidor é regular e equilibrar as relações de consumo, as quais, para serem caracterizadas como tal, pressupõem um fornecedor e um consumidor ligados por um objeto, que será um produto ou serviço colocado no mercado de consumo. Esses requisitos devem coexistir. Inexistindo um desses elementos, inexistente a relação de consumo, pelo que não se aplica o CDC, mas sim, o direito comum.

Muito embora a figura do fornecedor, no caso das relações bancárias, seja em princípio, de fácil percepção, não é tão simples identificar a figura do consumidor nessas relações jurídicas.

Nos termos do Código de defesa do Consumidor, a figura do consumidor é definida como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço, na qualidade de destinatário final (artigo 2º), ou seja, para que aquela determinada pessoa que adquiriu o produto ou serviço, seja considerada consumidor é preciso que se constate ser essa pessoa a destinatária final do produto ou serviço consumido, ou seja, esse bem ou serviços, não pode ser recolocado no mercado.

Apenas a título informativo, além do consumidor *stricto sensu*, existem ainda três figuras de consumidor por equiparação, que são a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo, previstas no parágrafo único, do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor; a vítima do evento danoso, na responsabilidade por fato do produto ou serviço, conforme disposto no artigo 17 do Código em comento (no caso, o consumidor *by standard*); e por fim, todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais, nos termos do artigo 29 do mesmo Código.

Sobre a questão da destinação final, temos que a aquisição ou o uso de bem ou serviço para o exercício da atividade econômica, civil ou empresária descaracterizam o requisito essencial à formação da relação de consumo, qual seja, ser o consumidor o destinatário final, como impõe o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor.

Claudia Lima Marques esclarece o que vem a ser destinatário final:

“Destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência - é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida "destinação final" do produto ou serviço, ou, como afirma o STJ, haveria consumo intermediário, ainda dentro das cadeias de produção e distribuição.”⁵⁸

No mesmo sentido, lecionam os ilustres Brunno Pandori Giancoli e Marco Antonio Araujo Junior:

“(...) os bens ou serviços adquiridos por quem exerce atividade econômica, ainda que utilizados para mera incorporação no estabelecimento empresarial, afastam a caracterização da relação de consumo, porquanto estará sempre ausente a destinação final econômica, dado que o bem ou serviço continuará, de alguma forma, inserido no processo produtivo.”⁵⁹

Dessa controvérsia, surgiram três teorias que tratam da questão da destinação final do produto ou serviço, que são, a teorias maximalista, a finalista e a mais nova delas, a teoria finalista mitigada, também chamada de finalista aprofundada.

Os adeptos da corrente maximalista defendem que o destinatário final é a pessoa que adquiriu produto no mercado de consumo, de modo que, a destinação dada por esse adquirente, ao produto ou serviço, não deve ser levada em consideração. Sobre essa teoria, Claudia Lima Marques (et al.), ensina:

“A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço.”⁶⁰

Não nos parece a teoria mais acertada, porquanto, o próprio Código determina que, para ser considerado consumidor, este precisa ser o destinatário final do produto ou serviço e, como cediço, a letra da Lei não pode simplesmente ser ignorada ou fatiada.

Os defensores da teoria finalista, por sua vez, afirmam que o consumidor, como destinatário final, deve retirar o produto da cadeia de consumo, ou seja, ele deve dar uma destinação final de uso aquele bem ou serviço. Seria ele o destinatário econômico do

⁵⁸ MARQUES, Claudia Lima. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 71.

⁵⁹ GIANCOLI, Brunno Pandori e ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio. Direito do Consumidor: Difusos e Coletivos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 27.

⁶⁰ MARQUES, Claudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V. e MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 106.

produto ou serviço, consumindo para seu próprio uso, uso do qual não pode extrair benefício econômico. Essa teoria, na essência pura e expressa da Lei, pareceria a mais adequada.

Pela teoria finalista, se a pessoa física ou jurídica, utilizar o serviço da instituição bancária para inseri-lo em sua atividade produtiva, não se enquadrará na definição de consumidor, pois, neste caso, não terá adquirido o serviço na qualidade de destinatária final, nos termos do 2º do Código de Defesa do Consumidor. Claudia Lima Marques (et al), acrescenta que, sob o ponto de vista dos finalistas:

“restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída sobre os casos em que o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o direito comercial já concede.”⁶¹

Inclusive há entendimento jurisprudencial assente no sentido de que, a pessoa jurídica com fins lucrativos, ao celebrar negócios jurídicos bancários, presumidamente aplica os recursos financeiros daí provenientes em sua atividade empresarial, cabendo-lhe, para afastar tal presunção, a prova contrária ou, ainda, a demonstração de vulnerabilidade tal, que justifique a flexibilização da regra acima mencionada, o que certamente só pode se dar em hipóteses excepcionais para não tornar o dispositivo em comento, letra morta. Nesse sentido tem se manifestado alguns tribunais:

“Inaplicabilidade do CDC - Pessoa jurídica com fins lucrativos - Presunção relativa de que capta recursos junto a instituições financeiras não na qualidade de destinatária final, mas para inseri-los em sua atividade produtiva - Prova contrária não produzida nos autos - Recurso parcialmente conhecido e parcialmente provido. CDC”
(TJ PR. Apelação 0698220-3. Relator: Cláudio de Andrade.13ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 15/06/2011)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO PARA AQUISIÇÃO DE FRANQUIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. RELAÇÃO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA.

1- Conforme entendimento firmado por esta Corte, o critério adotado para determinação da relação de consumo é o finalista. Desse modo, para caracterizar-se como consumidora, a parte deve ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido.(...)”

(STJ - AgRg no REsp 1193293 SP - Agravo Regimental do Recurso Especial 2010/0084535-8. Relator: Ministro Sidnei Beneti – Terceira Turma. Data do Julgamento: 27/11/2012)

Por fim, a teoria finalista mitigada, a mais recente, como o próprio nome sugere, tem sua gênese na teoria finalista pura, porém a abranda ao admitir na figura de

⁶¹ MARQUES, Claudia Lima (et al). Op. cit., p.106

consumidor, a pessoa jurídica que, muito embora não consuma o produto ou serviço na condição terminativa, apresente o critério de vulnerabilidade em relação ao suposto fornecedor. Portanto, para essa última teoria, a questão central é a vulnerabilidade do consumidor que, para alguns, é o principal critério de ponderação na interpretação e aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Um dos princípios que norteiam todo ordenamento consumerista, é o princípio da vulnerabilidade, contido no inciso I, do artigo 4º, do Código de Defesa do Consumidor, o qual reconhece a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se modificou ao longo dos anos em relação à aplicação dessas teorias.

As mais recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça têm mostrado que, muito embora esse Tribunal tenha seu posicionamento firmado na teoria finalista, em determinadas situações, tem também se mostrado tendente a elasticar o conceito de consumidor, abrandando essa teoria, com fundamento da questão da vulnerabilidade. Assim, “provada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente.”⁶²

Dentre inúmeras outras decisões, podemos exemplificar esse posicionamento com a decisão proferida pela Quarta Turma do STJ em que a corte se posicionou pela não incidência do Código de Defesa do Consumidor naquela determinada relação jurídica, uma vez que não restara evidenciada a superioridade da instituição financeira.

No acórdão ementado, constou o entendimento de que “embora consagre o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência do STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor desse critério para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e sociedades-empresárias em que fique evidenciada a relação de consumo. Afastada a aplicação do CDC, visto que não ficou caracterizada a superioridade técnica, jurídica, fática ou econômica da instituição financeira, a revelar a excepcionalidade do caso a fim de abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor.”⁶³

Assim, pela teoria finalista mitigada, inexistindo a desigualdade técnica e econômica, a vulnerabilidade daquele suposto consumidor em relação à outra parte da relação jurídica, inexistente a relação de consumo. Se a empresa não se mostrar vulnerável em relação ao fornecedor, caberá a aplicação do Código Civil, cujas normas atinentes à teoria contratual, fora claramente influenciada pela lei consumerista, vide os contratos de adesão.

⁶² MARQUES, Claudia Lima (et al). Op. cit., p.107

Por fim, vale salientar que essa vulnerabilidade somente deve ser presumida, quando o consumidor em questão se tratar de uma pessoa física. Para as empresas, cumpre provar sua vulnerabilidade em relação ao suposto fornecedor, para que se possa falar em aplicação do Código de Defesa do Consumidor, pela teoria finalista mitigada.

4.4. A Responsabilidade Civil Bancária Objetiva

Com base no estudo acerca da aplicabilidade do Código de defesa do Consumidor às relações bancárias, bem como do estudo das teorias acerca da conceituação de consumidor, sob a luz da destinação final do produto ou serviço, podemos afirmar que a maior parte das relações bancárias de origem contratual, ou mesmo, extracontratual, encontram-se contidas dentro da esfera da relação de consumo e, conseqüentemente, sob o regimento da responsabilidade civil objetiva.

Além da relação de consumo, regida pela Lei 8.78/90, também poderemos falar responsabilização civil objetiva aplicável aos bancos, sob a égide do Código Civil, em razão do risco da atividade, que veremos adiante.

Esta responsabilização das instituições bancárias, na forma objetiva, se dá em razão de diversos motivos.

Há no senso comum, um entendimento cristalizado de que os bancos detêm uma maior capacidade econômica em relação ao seu cliente, o que traria desequilíbrio à relação jurídica estabelecida, ou seja, os bancos, de uma forma geral, se encontram em uma situação dominante, seja técnica ou economicamente.

Além disso, ao exercer sua atividade típica, os bancos aferem lucro. E essa atividade, possui riscos que não podem simplesmente ser repassados aos clientes e terceiros. O banco possui o dever de vigilância e de proporcionar segurança aos seus clientes e não clientes. Na medida em que lucra com a atividade exercida, deve suportar os riscos atinentes a essa atividade.

Na maioria dos casos, é possível afirmar que os prejuízos experimentados pelos clientes e não clientes do banco, são previsíveis em razão da própria natureza das operações bancárias, razão pela qual, devem os bancos assumir a responsabilidade por esses danos. Inexistindo a necessidade de culpa, basta que se demonstrar a existência do dano, e o nexo de causalidade.

⁶³ STJ - REsp 1196951 / PI Recurso Especial 2010/0099842-0. Quarta Turma - Relator: Ministro Luis Felipe Salomão – Data do Julgamento: 14/02/2012.

4.4.1. A Teoria do Risco Profissional na Responsabilidade Civil Bancária Objetiva

Vale lembrar que a teoria do risco profissional, é fundamentada na presunção de que, aquele que lucra com uma determinada atividade, deve arcar com a responsabilidade de reparação de danos que de alguma forma, sejam verificados no exercício dessa atividade.

Sobre a atividade de risco, Tartuce, lembra que, foi aprovado enunciado na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, nos seguintes termos: "Enunciado 38. Art. 927: a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade".⁶⁴

Esta teoria, sem dúvida, se aplica à atividade bancária. O banco deve se responsabilizar pelos danos causados a seus clientes ou até mesmo de terceiros que experimentarem prejuízos em razão da atividade bancária.

Para exemplificar, podemos trazer o cheque fraudado. Considerando que correntista não possui qualquer ingerência sobre o fato, entende-se que o crime de fraude fora dirigido ao banco e não ao seu cliente, porquanto, será o banco quem deverá arcar com o prejuízo decorrente dessa fraude.

No exemplo dado, ainda que se admita que nem o banco possuía elementos para evitar a ocorrência dessa fraude, tem-se que a posição do banco ainda é mais vantajosa, em relação à posição do correntista, razão pela qual, continua a responder objetivamente, com fundamento na teoria do risco profissional.

Assim, com base na teoria do risco profissional, uma vez que a atividade exercida pelo banco, por si só, representa um risco para com terceiros. Conforme Celso Marcelo de Oliveira, "o banco exerce atividades que podem pôr em risco incolumidade dos clientes, além de outrem. Na medida que o faz, desde o início, assume os riscos do dano que, a despeito da diligência, se verifique."⁶⁵ Ainda, citando Maria Helena Diniz, acrescenta que "as relações entre o banco e cliente, ou terceiro, são regidas pelo risco profissional, por razões de equidade e de justiça."⁶⁶

⁶⁴ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: Volume Único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 447.

⁶⁵ OLIVEIRA, Celso Marcelo. Manual de Direito Bancário, São Paulo, IOB Thompson, 2006, p. 287.

⁶⁶ OLIVEIRA, Celso Marcelo. Op. cit., p. 289.

4.4. A Responsabilidade Civil Bancária Subjetiva

Como já estudamos, o preceito da responsabilidade civil genericamente falando, é sempre a da responsabilidade subjetiva, ou seja, naquela em que existe culpa do agente.

Entretanto, na responsabilidade civil bancária, o padrão se inverte, pois, massificadamente, ou seja, em quantidade, as relações bancárias encontram-se inseridas dentro da conjuntura das relações de consumo, pelo que a responsabilidade civil passa a ser primordialmente objetiva.

Assim, essa responsabilidade objetiva somente não se verificará, quando inexistir o desequilíbrio entre os envolvidos na relação bancária estabelecida. Nesse sentido, Vilson Rodrigues Alves (Apud Oliveira, Celso Marcelo) ensina que “a responsabilidade dos bancos é objetiva nas relações com clientes e com não-clientes, salvo se no outro polo da relação jurídica estiver pessoa sem desigualdade com os bancos, com similar estrutura organizacional”⁶⁷.

Portanto, inexistindo o requisito do desequilíbrio técnico econômico entre as partes, ou seja, não estando a vítima em situação de desproporcionalidade em relação ao banco, esse último apenas deverá responder pela regra geral de responsabilização, ou seja, pelos critérios da responsabilidade subjetiva.

4.4.1. A Culpa na Responsabilidade Civil Bancária Subjetiva

Como já verificamos, ao estudar o conceito de consumidor, e sua verificação sob a ótica da destinação final no serviço, falaremos em culpa responsabilidade civil bancária, quando as partes envolvidas se encontrarem no mesmo patamar, podemos dizer, quando não restar estabelecida uma relação de consumo entre elas.

Nessa circunstância, as partes deverão responder em critérios de igualdade, no tocante às obrigações pactuadas, ou seja, eventual inadimplemento deverá ser analisado sob os critérios da responsabilidade civil subjetiva, que requer o elemento da culpa.

Podemos, ainda, afirmar que na relação bancária, tanto o banco como o cliente, possuem iguais deveres de vigilância e diligência que, se não forem observados e, dessa inobservância, decorrerem danos, haverá o dever de reparação para quem deu descumpriu tais deveres.⁶⁸

⁶⁷ OLIVEIRA, Celso Marcelo. Op. cit., p. 286.

⁶⁸ OLIVEIRA, Celso Marcelo. Op. cit., p. 286.

A teoria da culpa parece simples didaticamente, porém, encontra uma série de dificuldades práticas na aplicação prática no tocante às relações bancárias, principalmente no momento de apurar e sopesar a culpa daquele que supostamente deu causa ao dano.

Essa dificuldade é ainda maior quando falarmos em culpa concorrente. Para alguns, o prejuízo deve ser reparado por aquele que mais concorreu com a culpa. Para outros, em havendo concorrência, não importando a proporcionalidade, entenderiam que o prejuízo deve ser repartido entre as partes, lembrando que, somente há que se falar em culpa ou culpa concorrente, quando as partes envolvidas estiverem no mesmo patamar.

5. CASUÍSTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL BANCÁRIA

5.1. Abertura de conta bancária com documentos falsos

Sempre que alguém tem seus documentos pessoais extraviados, seja por perda, ou por subtração, uma grande preocupação lhe vem à mente. Esse desassossego está relacionado ao que pode lhe ocorrer, o que pode suceder ao seu nome, se esses documentos forem indevidamente utilizados por terceiros de má-fé.

Sabemos que existem meliantes, até mesmo, quadrilhas especializadas em adulterar e falsificar documentos no intuito realizar negócios na esfera civil, o que inclui a abertura de contas bancárias mediante documentação falsa.

Além disso, a abertura de uma conta corrente mediante a utilização de documentação falsa ou adulterada implica na possibilidade do fraudador praticar inúmeras operações bancárias. Não somente junto ao banco vitimado, mas também, poderá praticar negociações no mercado.

Como cediço, a abertura de uma conta corrente, possibilita ao seu titular, o recebimento de talões de cheque, além de cartões de movimentação de conta e outros serviços atrelados à conta aberta. Por essa razão, a abertura de uma conta sem a anuência de seu verdadeiro titular, mediante a utilização de documentos falsos, traz consigo uma carga de risco de consequências de grande gravidade, para aquele que teve seu nome indevidamente utilizado.

Fato é que, na sociedade atual, vislumbramos um avanço tecnológico sem precedentes e, nas relações bancárias, não poderia ser diferente. Assim, sabemos que hoje, por exemplo, bastaria o fraudador acessar um terminal de caixa automático, ou mesmo a própria *internet* e, mediante o uso de seu cartão e sua senha, teria a sua disposição a

contratação de outros serviços disponibilizados pelo banco, tais como, cartões de crédito e empréstimos.⁶⁹

Além disso, não somente na *internet*, como no mercado como um todo, o cartão e a senha são instrumentos pelos quais o titular pode realizar as mais variadas transações, pagamentos, compras, enfim.

Não podemos esquecer ainda que, a abertura de conta corrente, de uma forma geral, dá acesso ao “titular” a talões de cheque, os quais são emitidos, desprovidos fundo, à largueza no mercado.

Assim, a dúvida que surge é, até que ponto o banco pode ser responsabilizado pelas consequências da abertura de uma conta por fraudador, que faz uso de documentação falsa para a prática de negócios jurídicos.

Para tanto, é preciso analisar quem são as vítimas dessa fraude. De certo, o consumidor, que teve seu nome indevidamente utilizado na abertura da conta, é vítima nesses casos. Mas não somente ele. Os terceiros eventualmente prejudicados pela conduta criminosa, também são considerados vítimas, na qualidade de consumidor por equiparação, em razão da responsabilidade do banco pelo fato do serviço.

Quanto ao banco, ainda que este também seja considerado vítima do crime relativo à abertura de conta mediante documentação falsa ou adulterada, tal fato não o isentará da responsabilidade pelos danos experimentados pelo consumidor em razão da abertura indevida de conta, uma vez aplicada a teoria do risco da atividade.

Nas lições de Claudio Jose Franzolin e Jorge Tosta⁷⁰, a abertura de conta bancária mediante documentos falsos, supõe algumas situações hipotéticas, em suma, quando um cliente de uma instituição bancária descobre que seus dados foram indevidamente utilizados por um fraudador, que por sua vez, abre uma conta corrente num outro banco ou outra agência, mas integrante do mesmo grupo financeiro; a hipótese em que o fraudador faz uso de serviços acessórios atrelados à conta corrente da vítima, contraindo empréstimos, emitindo cheques a partir dos dados e documentos da vítima; e ainda, a hipótese em que o fraudador celebra um contrato de abertura de conta corrente, e utiliza esta conta para receber depósitos oriundos de condutas ilícitas.

Assim, para analisarmos as responsabilidades oriundas dessas condutas fraudulentas, que envolvem a utilização documentos falsos para abertura e movimentação de conta, faz-se necessário analisarmos as ocorrências, principalmente sob a ótica da responsabilidade objetiva a instituição bancária, em decorrência do risco assumido, pela atividade desenvolvida.

⁶⁹ Claudio Jose Franzolin e Jorge Tosta in GUERRA, Alexandre e BENACCHIO, Marcelo (coords.). Responsabilidade Civil Bancária. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p.454.

Para definirmos os limites da responsabilização dos bancos, pelos danos decorrentes da abertura de conta mediante a utilização de documentos falsos, não é demais lembrarmos que o banco possui o dever de cautela e diligência, não somente no momento da abertura de uma conta, mas também, na forma em que essa conta é movimentada.

Como mencionamos, existe uma hipótese de fraude, em que criminoso não busca somente lesar o banco e verdadeiro titular dos documentos. Ele busca abrir uma conta bancária que possa movimentar, com o intuito de realizar transações bancárias relacionadas a condutas criminosas. Sabemos que os bancos são instituições muito visadas por agentes criminosos, para fins de lavagem de dinheiro. Daí surgiu a política Conheça o Seu Cliente (KYC - Know Your Client), à qual as instituições bancárias devem sempre se manter aderentes.

“O procedimento de Conheça seu Cliente é uma recomendação do Comitê de Basileia, na qual os bancos devem estabelecer um conjunto de regras e procedimentos bem definidos com o objetivo de “Conhecer Seu Cliente, buscando identificar e conhecer a origem e constituição do patrimônio e dos recursos financeiros do cliente.

É um elemento crítico na administração dos riscos bancários e a aplicação de uma adequada política de Conheça seu Cliente ajuda a proteger a reputação e a integridade das instituições e do sistema bancário, reduzindo a possibilidade dos bancos se tornarem veículos ou vítimas de crimes financeiros.

São procedimentos que devem ser realizados na forma de uma due diligence sobre o cliente, com o objetivo de conhecer detalhes da sua vida pessoal e profissional, dando maior segurança às informações apresentadas pelo cliente na Ficha Cadastral.”⁷¹

Assim, as instituições bancárias possuem a obrigação de conhecer o seu cliente de forma detalhada, inclusive sua condição financeira e as atividades por ele exercidas, bem como manter atualizadas essas informações, de modo a possibilitar a identificação de eventuais movimentações não condizentes com o perfil desse cliente, as quais merecerão uma análise mais detida e um tratamento diferenciado.

Diante de todas estas questões envolvendo o dever do banco em conhecer o seu cliente, bem como atentar-se para as movimentações bancárias fora de padrão e ainda, ante a própria responsabilidade na forma objetiva, não pode o banco excusar-se da reparação de danos causados a terceiros, em razão da abertura de conta falsa em seu nome, mediante fraude praticada com o uso de documentação falsa ou adulterada, alegando simplesmente o fato de terceiro.

A jurisprudência é pacífica no sentido de imputar ao banco a responsabilidade nesses casos. Vejamos, como exemplo, uma decisão proferida pelo Superior Tribunal de

⁷⁰ Claudio Jose Franzolin e Jorge Tosta. Op. cit., p.451.

⁷¹ Associação Brasileira de Bancos Internacionais. Melhores práticas de Prevenção à Lavagem de Dinheiro. Disponível em: < <http://www.abbi.com.br/praticasdeprevencao.html>>. Acesso em: 02 de junho de 2013.

Justiça, reconhecendo a responsabilidade da instituição financeira que permite a abertura de conta corrente mediante a apresentação de documentos falsos:

“RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. ABERTURA DE CONTA CORRENTE. DOCUMENTOS EXTRAVIADOS. INCLUSÃO INDEVIDA EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. RESPONSABILIDADE DO BANCO. REVISÃO DO VALOR. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Responde pelos prejuízos gerados pela sua conduta a instituição financeira que permite a abertura de conta corrente mediante a apresentação de documentos falsos.

2. Para a fixação dos danos morais, o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que evidente exagero ou manifesta irrisão na fixação, pelas instâncias ordinárias, viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tornando possível, assim, a revisão da aludida quantificação.

3. Recurso conhecido em parte e, na extensão, provido”

(STJ. REsp 651203 / PR 2004/0081242-9. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Quarta Turma. Data do Julgamento: 10/04/2007. Data da publicação: DJ 21/05/2007 p. 583)

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entende que o banco responde objetivamente nesses casos, em razão da aplicação da teoria do risco da atividade.

“CONTA BANCARIA ABERTA COM DOCUMENTO FALSO. Responsabilidade objetiva do Banco pelo risco de sua própria atividade. Nexa causal presente. Danos morais presumidos porque houve negativação indevida. Indenização devida. Valor moderado porque o efeito dos danos foi temporário. Recurso do Banco provido em parte. Recurso da autora não provido.”

(TJ SP. Apelação nº 7241623000 SP. Relator: José Luiz Germano. 24ª Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 22/08/2008. Data da publicação: 08/09/2008).

5.2. Saques indevidos em conta corrente

Inicialmente, para falarmos da responsabilidade dos bancos por danos decorrentes de saques realizados em conta bancária, sem a anuência do titular, é necessário destacarmos alguns conceitos já estudados nesse trabalho.

Vale lembrar que, em princípio, as relações entre os bancos e seus clientes, são regidas pelo código de Defesa do Consumidor, já que o próprio parágrafo 3º do artigo 2º da Lei consumerista inclui a atividade bancária no conceito de serviço, para fins de aplicação da referida Lei.

Sabemos ainda que, dada relação de consumo estabelecida, os bancos possuem responsabilidade objetiva nas relações estabelecidas com seus clientes, sobretudo pela aplicação da teoria do risco atividade empresarial.

Sobre essa questão, a jurista Patrícia Caldeira⁷², ensina que:

“A relação entre bancos e clientes é uma relação que se submete integralmente ao CDC, seja no campo contratual, seja no campo da responsabilidade, exigindo-se em qualquer hipótese boa-fé, confiança e segurança. O fato de as instituições bancárias lidarem com o dinheiro de terceiros confere a esse ramo empresarial conotações próprias, a ensejar ação regulatória específica, mas a especificidade da função não tem o condão de descaracterizar a relação de consumo.”

Caldeira entende que, quando efetua a contratação de uma conta corrente, o banco passa a ser o responsável pelo numerário ali depositado. Na qualidade de administrador do dinheiro do correntista, assume o banco os riscos atinentes à atividade empresarial exercida, tendo o dever de proteger o patrimônio do consumidor⁷³.

Significa que o banco possui o poder dever de investir em tecnologias e sistemas de segurança que permitam o controle efetivo das movimentações realizadas nas contas de seus clientes. Assim, em eventual demanda envolvendo saques não reconhecidos, deve o banco provar quem realizou o saque contestado⁷⁴.

No caso dos saques indevidos, a fraude não afasta o caráter objetivo da responsabilidade do banco. Ao contratar uma conta bancária, espera o consumidor que esta conta não poderá ser acessada por terceiros, ou seja, acredita que seu patrimônio ali depositado, estará protegido de saques indevidos.

O banco por sua vez, conhecedor dos riscos de sua atividade, deve investir em segurança para se resguardar, no intuito de mitigar tais riscos, sabendo que, na ocorrência de fraude, certamente assumirá a responsabilidade pelos resultados da fraude ocorrida. Assim, tais investimentos não têm por escopo tão somente a proteção do cliente, mas sim, sua própria proteção.

No mesmo sentido que a douta jurista, há entendimento jurisprudencial, no sentido de que, na ocorrência do saque indevido, entende-se que a responsabilidade do banco é objetiva, fundamentada ainda no fato do serviço:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Dano material. Saques indevidos por meio de cartão magnético. Utilização de caixa vinte e quatro horas. Hipótese em que a titular do cartão magnético mantém a posse do dispositivo, mas nega a autoria dos saques. Comunicação do fato à gerência do banco e à autoridade policial. Responsabilidade objetiva do fornecedor do serviço que só poderá ser elidida nos casos previstos no § 3º, do artigo 14, do CDC, o que não se verificou na espécie. Ressarcimento dos valores pertinentes aos saques indevidos debitados em conta corrente,

⁷² CALDEIRA, Patrícia *in* GUERRA, Alexandre e BENACCHIO, Marcelo (coords.), Responsabilidade Civil Bancária. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p.423

⁷³ CALDEIRA, Patrícia. Op. cit., p. 424

⁷⁴ CALDEIRA, Patrícia. Op. cit., p. 424

determinado. Pedido inicial julgado procedente. Sentença mantida. Recurso improvido. § 3º, 14, CDC.
(Apelação 29685020088260510 SP 0002968-50.2008.8.26.0510. Relator: João Camillo de Almeida Prado Costa. 19ª Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 12/11/2012. Data de Publicação: 22/11/2012)

Na ocorrência de saques indevidos, haveria defeito na prestação do serviço, do qual decorreu a fraude, acarretando danos que extravasam o serviço prestado em si, ou seja, o banco responderá integralmente pelo dano decorrente da falha no serviço.

No tocante à responsabilização pelo fato do serviço, o banco responderia por danos ocasionados tanto a seus clientes como a terceiros que não contrataram serviço, ou seja, responderia civilmente na forma contratual e extracontratual.

Assim, na hipótese de fraude envolvendo saques indevidos, o banco arcará com os prejuízos de seu correntista que teve a conta indevidamente acessada, bem como com os danos de todos que tenham sido atingidos pela fraude ocorrida.

Entretanto, um aspecto importante a ser observado nos casos envolvendo saques não reconhecidos pelo correntista, é a existência do nexa causal, a ser constatado mediante a verossimilhança das alegações do cliente bancário. O juiz deverá analisar no caso concreto, se as alegações do correntista possuem indícios de verdade, a fim de que o banco também não seja vítima de condutas fraudulentas praticadas pelo próprio correntista, ou com sua participação.

Além disso, muito embora se entenda que a responsabilização dos bancos nesses casos, é objetiva, pela teoria do risco da atividade, os casos levados à apreciação do judiciário, deverão ser analisados casuisticamente, ou seja, apreciados dentro do contexto e do cenário probatório, mediante o livre convencimento do magistrado.

Vale ressaltar que essa tarefa na maioria das vezes é bastante árdua, porque envolve uma série de fatores que devem ser analisados de forma criteriosa, a fim de não impossibilitar o cliente de ser reparado civilmente, bem como para não imputar ao banco o dever de indenizar quando não possui responsabilidade. Caso as decisões fossem proferidas sem nenhum critério, de certo causaria um desequilíbrio nas relações entre os bancos e seus clientes.

É importante lembrar ainda, que a imputação de responsabilidade aos fornecedores de forma indiscriminada, pode acarretar, em um nível mais grave, a tão temida indústria da indenização e do dano moral, alvo de parasitas jurídicos. Além disso, daria margem a condutas de má-fé, envolvendo a contestação de saques e compras realizadas legitimamente, com o simples intuito de defraudar os bancos.

Assim, não se poderá responsabilizar o banco, por exemplo, nos casos em que os saques indevidos ocorreram em razão de negligência do próprio correntista.

Como cediço, compete ao correntista o dever de guarda e diligência na posse de seu cartão de movimentação bancária, bem como de seus cheques, de forma que, tendo ocorrido o extravio dos mesmos, deverá comunicar o banco o mais rápido possível, para que a instituição bancária possa providenciar o cancelamento de cheques e cartões eventualmente extraviados, furtados ou roubados, impedindo a concretização do uso indevido desses.

Quando o cliente bancário não age dessa forma, ou seja, com a diligência que se espera, não há que se falar em responsabilização do banco, porquanto o dano decorre, nesses casos, de culpa da própria vítima.

Em decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, fora afastada a responsabilização do banco por saques não reconhecidos, uma vez que não se vislumbrou qualquer conduta negligente pelo banco réu.

DANOS MATERIAIS - RESPONSABILIDADE CIVIL - SAQUES INDEVIDOS EFETUADOS COM CARTÃO MAGNÉTICO NA CONTA CORRENTE DO AUTOR E COMPENSAÇÃO DE CHEQUES DO AUTOR EMITIDOS POR TERCEIROS - CORRENTISTA QUE FORA VÍTIMA DA AÇÃO DE CRIMINOSOS - CONDUTA CULPOSA DO ESTABELECIMENTO BANCÁRIO NÃO COMPROVADA - AÇÃO IMPROCEDENTE - RECURSO IMPROVIDO.

Trecho do voto: O banco-réu afirma que o pedido de oposição dos cheques nº 902861 a 902940 foi protocolado às 16 04 do dia 07/02/03 (fl 95) e que após esse horário nenhum cheque foi compensado Alega, ademais, que às 22 19 do mesmo dia foi providenciado o bloqueio do cartão vinculado a sua conta corrente, nº 0155-64007-1 (fl 106). (...)

O autor, dessa forma, não logrou comprovar negligência do banco quanto ao rápido cancelamento de seus cheques e cartões. Portanto, não restou comprovada a conduta culposa do estabelecimento bancário. Frise-se que o réu só poderia ser responsabilizado pelos débitos, após a comunicação dos fatos feita pelo titular. Anote-se, ainda, que o cartão magnético e o conhecimento da respectiva senha são exclusivos do usuário, sendo dele a responsabilidade pela sua utilização.

Ademais, as assinaturas constantes nos cheques (fls 33/38) e nos documentos de fls 140v e 141 são muito semelhantes.

(Apelação 7153802000 SP. Relator: Antonio Marson. 21ª Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 27/08/2008. Data de Publicação: 03/10/2008).

Nesse julgado, se verificou ter o correntista demorado para comunicar o banco do extravio de seus cheques e cartão. Além disso, se aventou que a senha e o cartão são exclusivos do usuário, sendo, portanto, de responsabilidade do correntista a sua utilização. Por fim, faltou a verossimilhança das alegações do correntista autor, pois, as assinaturas nos cheques contestados eram de fato muito semelhantes à sua, pelo que, se afastou completamente a responsabilidade do banco, no caso analisado.

5.2.1. Dos saques e compras realizadas mediante cartão magnético e senha pessoal

No tocante aos saques e compras não reconhecidos, é importante ainda verificar se a operação contestada fora realizada mediante a utilização cartão magnético, bem como por meio de digitação de senha eletrônica.

Como sabemos, o cartão magnético é de uso pessoal, e sua guarda é de responsabilidade do titular. A senha eletrônica, por sua vez, também possui o caráter pessoal e intransferível e equivale à assinatura eletrônica do correntista.

Existem muitos julgados reconhecendo que a guarda do cartão magnético e da respectiva senha eletrônica é de responsabilidade exclusiva do correntista, de modo que, se de alguma forma, o cliente bancário deixou que terceiros tivessem acesso ao seu cartão de uso pessoal, bem como à sua senha secreta, deverá suportar os prejuízos de sua desídia. Para exemplificar esse entendimento, segue transcrita a ementa de uma decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ALEGAÇÃO DE SAQUES INDEVIDOS EM CONTA-CORRENTE. CARTÃO MAGNÉTICO. SENHA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. PROVA NEGATIVA. O uso do cartão magnético - e da respectiva senha - é de responsabilidade exclusiva do correntista, cabendo a quem afirma a ocorrência de irregularidades a prova de que o banco agiu culposamente. Não comprovada a falha na prestação do serviço. Sentença de improcedência mantida por seus próprios fundamentos. POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Apelação Cível Nº 70048856322, Décima Quinta Câmara... (70048856322 RS , Relator: Angelo Maraninchi Giannakos, Data de Julgamento: 19/09/2012, Décima Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 24/09/2012)

Nesse mesmo sentido, entende o Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS - SAQUES INDEVIDOS EM CONTA-CORRENTE - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - ART. 14, § 3º DO CDC - IMPROCEDÊNCIA.

Conforme precedentes desta Corte, em relação ao uso do serviço de conta-corrente fornecido pelas instituições bancárias, cabe ao correntista cuidar pessoalmente da guarda de seu cartão magnético e sigilo de sua senha pessoal no momento em que deles faz uso. Não pode ceder o cartão a quem quer que seja, muito menos fornecer sua senha a terceiros. Ao agir dessa forma, passa a assumir os riscos de sua conduta, que contribui, à toda evidência, para que seja vítima de fraudadores e estelionatário. (RESP 602680/BA, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJU de 16.11.2004; RESP 417835/AL, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJU de 19.08.2002). 2 - Fica excluída a responsabilidade da instituição financeira nos casos em que o fornecedor de serviços comprovar que o defeito inexistente ou que, apesar de existir, a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 14, § 3º do CDC).”

(STJ. REsp 601805/SP. Relator: Ministro Jorge Scartezini. 4ª Turma. Data da publicação: DJ 14.11.05, p. 328)

Tendo em mente que a guarda do cartão e sua respectiva senha são de exclusiva responsabilidade do correntista, podemos afirmar que, quando este correntista permite que terceiros tenham acesso aos mesmos, realizando operações mediante o uso desse cartão e senha, age com descuido, pelo que resta afastada a responsabilização do banco.

Assim, na ocorrência de um saque, ou mesmo uma compra, realizada com o uso do cartão e da senha pessoal, que o correntista permitiu que terceiros tivessem acesso, outra não a hipótese, senão a de ausência de defeito no serviço do banco, bem como a culpa exclusiva do cliente, o que configura a excludente de responsabilidade prevista nos § 3º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Diferente seria a hipótese em que a operação contestada, é realizada somente com o uso do cartão, porquanto, existe nesse caso, a possibilidade de uma fraude da qual o correntista não pode se resguardar. Nesses casos, responde o banco sem a demonstração de culpa, bastando que verifique o dano e o nexo de causalidade, mediante ainda, a verossimilhança do alegado.

Sobre esse aspecto, importante repisar que os magistrados devem observar na apreciação do caso concreto, uma série de fatores que demonstraram existir ou não o nexo de causalidade, para fins e responsabilização do banco, tarefa sempre árdua, como já mencionamos.

Por exemplo, se a suposta vítima, ciente da realização de transações que não reconhece, deixa de comunicar o fato ao banco ou, ainda, demora a comunicar o fato e bloquear o uso de seu cartão, age negligentemente, pelo que não poderá o banco ser responsabilizado.

Outra hipótese é aquela em que o correntista deixa sua senha eletrônica junto com o seu cartão magnético, dando o acesso aos mesmos a terceiros. Mais uma vez, age com culpa, pelo que deve ser afastada a responsabilidade do banco.

Vale também acrescentar que, existe entendimento jurisprudencial no sentido de que o banco somente pode ser responsabilizado, quando houver concorrido com culpa. Assim, nem mesmo quando o cartão e a senha são obtidos de forma criminosa, o banco não pode ser responsabilizado, porquanto, caracterizado o fato exclusivo de terceiro:

“Danos materiais e morais - Responsabilidade civil - Prestação de serviços bancários - Saques indevidos efetuados com cartão magnético na conta corrente da autora, bem como empréstimos realizados - Correntista que fora vítima da ação de criminosos - Uso do cartão e o conhecimento de sua respectiva senha que são exclusivos do usuário - Existência de responsabilidade deste pela sua utilização - Conduta culposa do estabelecimento bancário não comprovada - Vítima, inclusive que demorou a comunicar os fatos ao banco - Ação ordinária improcedente - Recurso improvido.

Trechos do voto:

Trata-se de ação de nulidade de empréstimo, cumulada com indenização por danos materiais e morais, com pedido liminar, em decorrência de saques efetuados na conta corrente da autora, bem como empréstimos em conta corrente, por meio de cartão magnético e com senha fornecidos a meliantes em "sequestro-relâmpago", que a r. sentença de fls. 147/153, cujo relatório se adota, julgou improcedente, face à ausência de responsabilidade do réu, quanto aos fatos narrados na inicial, condenando ainda, a autora, ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa. (...)

A autora não logrou comprovar a culpa do banco na entrega do numerário, seja por qualquer de suas espécies. Ao contrário, os fatos narrados pela própria apelante demonstram que o cartão foi utilizado juntamente com a senha, para sacar o numerário, por terceiros em ação criminosa, que se utilizando de ameaça, conseguiram a posse e a senha do cartão, sem que neste episódio ao réu possa ser atribuída participação de qualquer espécie ou mesmo responsabilidade, nem sequer possível a atribuição de providência necessária a evitar o procedimento indicado.

Anote-se, ainda, que o cartão magnético e o conhecimento da respectiva senha são exclusivos do usuário, sendo dele a responsabilidade pela sua utilização. Portanto, não restou comprovada a conduta culposa do estabelecimento bancário. (...)

Frise-se que o réu só poderia ser responsabilizado pelos débitos, após a comunicação dos fatos feita pelo titular.

Entretanto, segundo as próprias alegações feitas pela apelante, a comunicação só se deu na manhã seguinte, o que demonstra até um certo descaso de sua parte com os acontecimentos e com a gravidade da situação. Como bem ressaltado pela r. sentença, eventual indenização deve ser pleiteada perante o causador do dano, caso seja identificado.”

(7122518000 SP , Relator: Antonio Marson, Data de Julgamento: 11/06/2008, 21ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 15/07/2008)

Vale também acrescentar que, na hipótese em houver verossimilhança de fraude, de clonagem do cartão ou rompimento do sistema de segurança do próprio banco, ou seja, não sendo aquelas hipóteses de descuido do correntista, onde fica evidenciado que o próprio cartão do correntista e sua senha foram indevidamente utilizados por terceiros, aplica-se a inversão do ônus da prova, dada a hipossuficiência técnica do consumidor. Reconhece-se a possibilidade de fraudes nos sistemas eletrônicos de saques por meio do cartão e senha, de forma que deverá o banco responder na forma objetiva, somente afastando o seu dever de indenizar, se provar as excludentes do §3º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, que o defeito inexistente, ou ainda, a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro:

“CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA DE SAQUES INDEVIDOS DE NUMÉRARIO DEPOSITADO EM CONTA POUPANÇA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 6º, VIII, DO CDC. POSSIBILIDADE. HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA RECONHECIDA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS. ART. 14 DO CDC.

1. Trata-se de debate referente ao ônus de provar a autoria de saque em conta bancária, efetuado mediante cartão magnético, quando o correntista, apesar de deter a guarda do cartão, nega a autoria dos saques.
2. O art. 6º, VIII, do CDC, com vistas a garantir o pleno exercício do direito de defesa do consumidor, estabelece que a inversão do ônus da prova será deferida quando a alegação por ele apresentada seja verossímil ou quando for constatada a sua hipossuficiência.
3. Reconhecida a hipossuficiência técnica do consumidor, em ação que versa sobre a realização de saques não autorizados em contas bancárias, mostra-se imperiosa a inversão do ônus probatório.
4. Considerando a possibilidade de violação do sistema eletrônico e tratando-se de sistema próprio das instituições financeiras, a retirada de numerário da conta bancária do cliente, não reconhecida por esse, acarreta o reconhecimento da responsabilidade objetiva do fornecedor do serviço, somente passível de ser ilidida nas hipóteses do § 3º do art. 14 do CDC.
5. Recurso especial não provido.”
(REsp 1155770 / PB 2009/0191889-4. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Data do julgamento: 15/12/2011. Data da publicação: DJe 09/03/2012)

Sobre essa questão da possibilidade de fraudes, vale também analisar a tecnologia que vem sendo implantada pelos bancos, visando à proteção ainda maior de seus clientes, qual seja, a instalação de *chips* de segurança nos cartões plásticos.

Já havia entendimento de que a guarda do cartão de tarja e sua respectiva senha eram de exclusiva responsabilidade do correntista, de modo que operações realizadas mediante o uso do cartão e da senha eletrônica presumiam-se por legítimas, afastando a responsabilização do banco.

Contudo, restava ainda a possibilidade daquele cartão ter sido clonado, pelo que, responderia o banco por eventuais operações contestadas por seus clientes, desde, é claro, que demonstrada a verossimilhança das alegações daquele correntista, além de outros fatores, que já analisamos.

Entretanto, ao tratarmos do uso do cartão provido da tecnologia de *chip*, existe uma presunção ainda maior quanto à legitimidade das operações realizadas mediante o uso desse cartão e da digitação da respectiva senha eletrônica, a qual é de uso pessoal.

Não haveria, portanto, que se falar em defeito na prestação do serviço por parte dos bancos, quando este disponibiliza a tecnologia de *chip* no cartão plástico entregue ao cliente. O *chip* armazena chaves criptográficas inacessíveis, que não podem ser copiadas em processo de clonagem.

Assim, uma vez que as chaves criptográficas existentes no *chip* não podem ser clonadas e que as transações bancárias por meio eletrônico apenas se concretizam mediante o uso de cartão e senha pessoal do consumidor, existe segurança para se afirmar que as operações realizadas mediante o uso de cartão com *chip*, e a senha pessoal, foram de fato realizadas por aquele cliente bancário ou por alguém a quem ele tenha entregado seu cartão e a respectiva senha, pelo que, certamente, restará afastada a responsabilidade do banco.

Somente haveria então que se falar em fraude mediante a utilização do cartão com *chip*, naquelas operações em que não há a necessidade de apresentação física do cartão, nem mesmo a digitação da senha, como ocorre nas compras realizadas pela *internet*.

Sendo a operação realizada em caixas eletrônicos, ou ainda, em maquinetas utilizadas pelo comércio para a realização de pagamentos eletrônicos, nos quais há a necessidade do uso do cartão plástico bem como a digitação da senha, não é verossímil se falar em fraude, quando o cartão em questão for dotado da tecnologia de *chip*.

Por fim, vale salientar que, todas essas considerações feitas acerca dos saques e compras contestados, mediante a utilização de cartão plástico, com ou sem chip, e mediante a digitação de senha eletrônica, aplicam-se, não somente às operações envolvendo contratos de conta corrente ou poupança, mas também aos contratos de cartão de crédito, para os quais, os mesmos preceitos são empregados.

5.3. Pagamento de cheques falsificados ou adulterados

No que concerne à fraude mediante a falsificação ou à adulteração de cheque, é pacífico o entendimento de que o banco responde objetivamente por tais fraudes, sob o fundamento da teoria do risco profissional.

Quando um cheque é falsificado ou adulterado, entende-se que a fraude fora praticada contra o banco. Isso porque, em regra, o cliente não deverá arcar com o prejuízo decorrente desse ato fraudulento, mas sim, o banco é quem assumirá as consequências do crime em questão.

Sergio Cavalieri Filho ensina que, “feito o depósito, o dinheiro passa a pertencer ao banco, ficando o depositante apenas com um crédito equivalente à quantia depositada, que pode ser exigido a qualquer tempo.”⁷⁵

Entende que “a falsificação ou adulteração de cheque do correntista, ou qualquer outra modalidade de estelionato que leve o banco a pagar indevidamente alguma quantia ao falsário, é perpetrada contra o banco e não contra o correntista.”⁷⁶

Os tribunais pátrios tem se manifestado no sentido de imputar aos bancos a responsabilidade pelos danos causados a seus clientes, em decorrência de fraudes envolvendo cheques, sob o fundamento de que compete ao banco o dever de segurança:

“AÇÃO ANULATÓRIA DE CHEQUE C.C. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. C.C. Cheque fraudado. Devolução por insuficiência de fundos, com a cobrança de tarifas e negativação do nome do Apelado.

⁷⁵ CAVALIERI Filho, Sergio *in* GUERRA, Alexandre e BENACCHIO, Marcelo (coords.), Responsabilidade Civil Bancária. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p.92.

⁷⁶ CAVALIERI Filho, Sergio. Op. cit., p.92.

Fato de serviço. Responsabilidade civil objetiva com fundamento no art. 14 do CDC. Dever de segurança não observado pela instituição financeira. Quantum reparatório. Valor excessivo. Redução de R\$ 19.000,00 para R\$ 10.000,00. Honorários advocatícios. Fixação em 20% do valor da condenação. Manutenção. Recurso provido em parte. 14 CDC.”
(TJ SP 9232864762008826 SP 9232864-76.2008.8.26.0000, Relator: Des. Tasso Duarte de Melo. 12ª Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 09/05/2012. Data de Publicação: 12/05/2012)

Ocorre que, ao utilizar recursos alheios no incremento de sua atividade lucrativa, os bancos assumem os riscos decorrentes dessa atividade. Além disso, detém o predomínio técnico, bem como econômico em relação ao cliente, de modo que, somente haveria que se falar em afastamento da responsabilidade do banco, no caso de fraude mediante cheque, se comprovada culpa grave do cliente.

Nesse sentido, fora formado o entendimento do STF, sumulado em 1963, entendimento mantido até os dias atuais: “Súmula nº 28 STF - O estabelecimento bancário é responsável pelo pagamento de cheque falso, ressalvadas as hipóteses de culpa exclusiva ou concorrente do correntista.”

Nesse mesmo sentido, o parágrafo único do artigo 39 da Lei nº 7.357/1985, dispunha que o banco sacado responde pelo pagamento do cheque falso, falsificado ou alterado, salvo dolo ou culpa do correntista, do endossante ou do beneficiário, dos quais poderá o sacado, no todo ou em parte, reaver a que pagou.

Assim, resta plenamente reconhecido que o banco responde pelos danos decorrentes de sua atividade e, no caso das fraudes, essa responsabilidade objetiva somente seria elidida, quando comprovada a culpa grave do correntista, seja culpa exclusiva ou mesmo concorrente. Vale ressaltar que o ônus de provar essa culpa grave da vítima, continua sendo do banco, não bastando alegar.

No caso da fraude envolvendo o cheque, a culpa grave do correntista, capaz de afastar a responsabilidade da instituição bancária, poderia ser observada nas hipóteses de negligência do correntista no tocante à guarda dos talões de cheque (culpa *in vigilando*), ou ainda, na sua imprudência ao confiar seu talonário a um terceiro (culpa *in eligendo*).

Por fim, cumpre salientar que, com relação aos fornecedores supostamente prejudicados pelo recebimento de cheques fraudados, há entendimento jurisprudencial no sentido de afastar a responsabilidade dos bancos, porquanto, o comerciante que recebeu o cheque em questão sem a devida cautela, também assume o risco do negócio e, ao aceitar o título, também visa o desenvolvimento de sua própria atividade empresarial, lucrando com a mesma:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. Danos materiais. Recebimento de cheque fraudado pelo comerciante. Pretendida responsabilização do banco ao ressarcimento dos prejuízos. Impossibilidade. Teoria do risco do negócio. Prejuízo que deve ser suportado por aquele que, visando lucro ao realizar a

venda, aceita a cártula como forma de pagamento sem a necessária cautela - Improcedência da ação - Sentença reformada. Recurso Provido.” (TJ SP. 9142216502008826 SP 9142216-50.2008.8.26.0000. Relator: Des. Elcio Trujillo. 10ª Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 09/10/2012. Data de Publicação: 09/10/2012)

5.4. Roubo de bens depositados em cofres de aluguel

5.4.1. Considerações gerais

Sabemos que os bancos exercem, além das atividades típicas de tomar e conceder crédito, operações acessórias que não se relacionam ao crédito em si. É o caso da proteção de valores em cofres de segurança, no caso, o aluguel de cofres.

Os cofres de segurança, em suma, são contratos pelos quais, o banco disponibiliza ao depositante, um espaço vazio em sua caixa-forte, local no qual esse cliente poderá depositar objetos que lhe tenham valor, como joias e documentos. Por essa locação do cofre, o cliente pagará uma remuneração ao banco, previamente estipulada⁷⁷.

Esse local apresenta elevado grau de segurança e somente pode ser acessado mediante a utilização de duas chaves: uma que fica em poder do cliente, e outra que fica sob a tutela do banco, chamada, chave-mestra.⁷⁸

Vale salientar que esse tipo de contrato também fica caracterizado pelo sigilo, pois o banco não possui ciência do conteúdo que seu cliente mantém depositado no cofre de segurança contratado. Todo o acesso ao cofre realizado pelo cliente, o faz de forma isolada e este não possui nenhum dever de declarar o conteúdo de seu cofre ao banco.

Os contratos de cofres de segurança, são *intuitu personae*, e dão ênfase à confiança e a boa-fé que deve existir entre as partes. São ainda bilaterais e onerosos, pois o contratante se beneficia com o uso do cofre e, em contrapartida, paga uma remuneração ao banco.

Esses contratos costumam prever que, na falta de pagamento, o contrato pode ser rescindido, extinguindo, assim, a responsabilidade do banco. Os bens contidos na caixa de segurança devem ser colocados em invólucros lacrados, à disposição do usuário, ou removidos para depositário público. Ainda, outra questão que envolve os cofres de segurança, é a previsão da solidariedade ativa, quando houver co-titulares para o cofre. Assim, na hipótese de falecimento de um deles, o outro poderá abrir o cofre.⁷⁹

⁷⁷ BRAGA, Rodrigo Bernardes. Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras. 2ª edição, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p.105.

⁷⁸ BRAGA, Rodrigo Bernardes. Op. cit., p.105.

⁷⁹ MOTTA, Carlos Dias in GUERRA, Alexandre e BENACCHIO, Marcelo (coords.). Responsabilidade Civil Bancária. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 590.

5.4.2. Natureza Jurídica do Contrato de Cofre de Segurança

Quanto à natureza jurídica do contrato de cofre de segurança, existem teorias que tratam esse negócio como depósito, locação, prestação de serviço, bem como existe ainda, uma teoria mista.

A primeira teoria defende ser o contrato de cofre de segurança, um contrato locação, em razão da cessão de um espaço pelo banco, que em contrapartida, recebe uma remuneração. Entretanto, a incompletude verificada nessa teoria é perceptível, em razão da própria questão da responsabilidade do banco. Caso se tratasse de um simples contrato de locação, não haveria que se falar em responsabilização do banco, na hipótese, por exemplo, de furto do conteúdo ali depositado.

Quanto à teoria que defende se tratar de um contrato de prestação de serviço, também é imprópria, porquanto, por essa teoria, haveria tão somente uma obrigação de fazer. Contudo, no cofre de segurança, existe ainda o fornecimento do espaço ao cliente.

Já a terceira teoria, que tem o cofre de segurança por um contrato de um contrato comum de depósito, argumenta que, a ênfase desse negócio é a guarda da coisa, ainda que indireta, já que uma das chaves fica em poder do cliente.

Um dos adeptos dessa teoria, é Rui Stoco⁸⁰, que ensina:

“Segundo nosso entendimento a teoria do depósito é a que mais se coaduna com as características do contrato que se firma entre o usuário das caixas de segurança e a instituição financeira. (...)”

Muito bem, todos os doutrinadores e a jurisprudência pacífica convergem no sentido da indenizabilidade do proprietário dos bens guardados nas caixas de segurança nas hipóteses de furto, roubo, incêndio, inundação, etc., desde que não ocorra caso fortuito.

Se assim é, a teoria da locação mostra-se em contradição com esse entendimento, enquanto a teoria mista exurge desnecessária e redundante.”

Entretanto, o contrato de depósito tem sua conclusão com a entrega da coisa depositada, de forma que seria de impróprio dizer que no caso dos cofres de segurança, haveria um depósito, uma vez que, como já mencionado, nesse tipo de contrato, o banco não tem ciência do conteúdo ali depositado pelo cliente.

Por fim, temos a teoria mista, sobre a qual Sergio Carlos Covello (Apud Motta, Carlos Dias⁸¹) leciona:

“O complexo de prestações que o banco proporciona (como a atividade pessoal de concorrer para a abertura do cofre, a custódia do local onde a vigilância etc.) leva-nos a considerar a caixa de segurança com contrato

⁸⁰ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 759.

⁸¹ MOTTA, Carlos Dias in GUERRA, Alexandre e BENACCHIO, Marcelo (coords.). Responsabilidade Civil Bancária. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 589.

misto em que concorrem elementos da locação, da prestação de serviços e do depósito.”

Essa teoria concilia a multiplicidade de prestações com as quais o banco se obriga, que inclui a segurança da integridade do exterior do recipiente, ou seja, sua inviolabilidade, a integridade dos bens ali depositados, a atividade relativa à abertura e fechamento da caixa de segurança, enfim, elementos que realmente demonstram possuir delineamentos de locação, depósito e prestação de serviços. Por essa razão, entendo ser a mais adequada aos contratos de cofre de segurança.

5.4.3. A responsabilidade do banco nos contratos de cofres de aluguel

Aqui, a responsabilidade que a ser analisada é aquela decorrente da relação firmada entre o banco e o cliente que contratou o cofre de segurança, portanto, a responsabilidade contratual.

Nesse contrato, o banco deve garantir a segurança daquele cofre alugado, e a integridade do conteúdo ali depositado, de forma que responderá por eventual extravio daqueles bens.

Nos cofres de segurança, a causa do negócio jurídico, não é a custódia em si, mas sim, a segurança pretendida para a guarda daqueles valores, bem como o do sigilo que se espera para o local.

Vale salientar que, em se tratando de uma relação de consumo, a responsabilidade do banco será objetiva, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, que atribui ao fornecedor do serviço, no caso, o banco, o dever de reparar os danos decorrentes da falha na prestação do serviço, independentemente da existência de culpa.

Assim, para que se pudesse afastar a responsabilidade do banco em eventual extravio dos bens do cliente, depositados no cofre de segurança, haveria que se provar o rompimento do nexo de causalidade, ou seja, somente ocorreria a isenção de responsabilidade do banco, as hipóteses de culpa exclusiva da vítima, ou de terceiro, ou ainda, a ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Vale, porém, salientar que o roubo não pode ser alegado como fato exclusivo de terceiro para fins de afastamento da responsabilidade do banco, porquanto, trata-se de um risco assumido desde o princípio pelo banco, um risco previsto e diretamente ligado ao risco da atividade em si. Seria um fortuito interno, o qual não possui o condão de afastar a responsabilidade do banco pelo prejuízo.⁸²

⁸² MOTTA, Carlos Dias. Op. cit., p. 592.

Essas excludentes de responsabilidade sempre devem ser analisadas com cautela e sob a ótica do direito consumerista, principalmente porque aqui, a obrigação não é de meio, mas sim, de resultado e, ao contratar o cofre de aluguel, o cliente busca essencialmente a segurança que o banco se dispõe a proporcionar.

5.4.4. A limitação da responsabilidade do banco

Uma vez que estamos tratando de um contrato de formaliza uma relação de consumo, temos que qualquer cláusula que venha excluir ou limitar a responsabilidade do banco, deve ser analisada de forma criteriosa.

Isso porque, tais contratos devem observar o quanto previsto nos artigos 25 e 51, inciso I do Código de Defesa do Consumidor, que preveem a impossibilidade de se estipular em contratos de consumo, cláusulas que impossibilitem, exonerem ou atenuem a obrigação do fornecedor de indenizar em casos de vício de qualquer natureza dos produtos e serviços prestados, ou ainda, que impliquem em renúncia ou disposição de direitos por parte do consumidor. No mesmo sentido, o artigo 424 do Código Civil, prevê a nulidade das cláusulas em contratos de adesão, que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.⁸³

Portanto, dada natureza dos contratos de cofres de segurança, não se admite a estipulação de cláusulas de não indenizar, pois ferem a essência do contrato.

De outro lado, não são consideradas nulas, as cláusulas que limitem os valores dos bens que serão depositados pelos clientes, ou ainda, que deem a opção de contratação de seguro para garantir valores que excedam esse limite. Isso porque, tal limitação, assegurara o equilíbrio entre as partes da relação.

Não se trata, portanto, de uma cláusula de limitação de responsabilidade, mas sim, de uma cláusula de delimitação do próprio serviço bancário contratado, o qual, o cliente terá a oportunidade de avaliar se compatibiliza com seus interesses, desde o momento da contratação.

5.4.5. A Prova dos Danos Materiais

A questão da prova dos danos materiais, ou seja, a prova dos bens depositados no cofre de segurança, para fins de indenização, na ocorrência de eventual infortúnio que acarrete o extravio ou perecimento dos mesmos, é bastante árdua e vários fatores contribuem para isso.

⁸³ MOTTA, Carlos Dias. Op. cit., p. 594.

Como já mencionamos, esse tipo de negócio é caracterizado pelo sigilo, de modo que o banco não possui ciência ou mesmo controle do conteúdo depositado pelo cliente. Rodrigo Bernardes Braga até mesmo salienta que o sigilo é a essência desse tipo de contrato, de modo que, a divulgação do conteúdo, poderia acarretar a até mesmo a quebra da segurança.⁸⁴

Quando a responsabilidade objetiva imposta ao banco, não há muito que se discutir. Contudo, para que haja reparação, é preciso que exista o dano concreto. Sem dano, não há que se falar em indenização. Esses danos precisam ainda ser provados. Não basta que sejam alegados. Além disso, não se admite, para fins de indenização, o dano em hipótese. Ele precisa ser concreto para que se justifique a responsabilização.

Em relação à existência de dano, Yussef Said Cahali (Apud Rui Stoco) afirma que “nenhuma presunção favorece a quem quer que seja, cumprindo à parte que tem interesse na demonstração do dano ministrar-lhe a respectiva prova” e que dado o caráter sigiloso do conteúdo depositado em caixa de segurança, o qual é manipulado a critério exclusivo do cliente, terá ele mesmo que “demonstrar a preexistência de valores e objetos depositados no caixa, se pretende ajuizar com êxito ação de responsabilidade civil contra o banco”.⁸⁵

Essa posição, que exigia a prova da preexistência dos bens reclamados, vinha sendo adotada pela jurisprudência. Para exemplificar esse posicionamento, podemos mencionar a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que restou assim ementada:

“Apelação Cível. Ação de indenização. Locação de cofre em banco para guarda de valores. Preliminar de nulidade processual. Rejeitada. Mérito. Assalto ao banco com roubo dos valores depositados nos cofres locados por terceiros. Responsabilidade objetiva do banco. Inteligência do art. 14, do CDC. Ausência de comprovação dos danos materiais e por conseguinte dos danos morais. Recurso provido. Embora reconhecida, em tese, a responsabilidade objetiva do estabelecimento bancário que alugue cofres a terceiros para guarda de valores particulares, o dever de indenizar não exime o locatário de provar, ainda que por via oblíqua, a existência dos valores depositados, porque, como cediço, o prejuízo sofrido pela vítima tem de ser provado para que esta faça jus à indenização reclamada.”
(TJ BA. Apelação nº 53357-7/2007. Relator: Des. Jerônimo dos Santos. Terceira Câmara Cível. Data de Julgamento: 10/03/2009).

Vale salientar que essa prova da preexistência dos bens depositados, traz a verossimilhança que se exige, mesmo na seara das relações de consumo.

Entretanto, muito em virtude da proteção consumerista, que prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova, para facilitar ao consumidor a defesa de seus direitos em

⁸⁴ BRAGA, Rodrigo Bernardes. Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras. 2ª edição, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 110.

juízo, nos termos do inciso VIII, do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, tem sido adotado um posicionamento mais protetivo, pelo qual, não haveria necessidade do prejudicado produzir prova cabal da preexistência dos bens depositados. Nesse sentido, já se posicionou até mesmo o STJ, admitindo a inversão do ônus da prova em favor do consumidor:

“Processo Civil e Consumidor. Recurso Especial. Ação de indenização por danos materiais e morais. Violação de cofre durante furto ocorrido em agência bancária. Inversão do ônus da prova. Possibilidade. Aplicação do direito à espécie. Procedência do pedido de indenização pelos danos materiais apontados na inicial. - Pedido de indenização formulado por consumidor-locatário de cofre alugado em instituição financeira, que perdeu seus bens nele depositados por ocasião de furto ocorrido no interior de instituição bancária.

- Foi reconhecida nas instâncias ordinárias que a consumidora habitualmente guardava bens valiosos (jóias) no cofre alugado pela locadora-instituição bancária, portanto, verossímeis as afirmações.

- Hipótese de aplicação do art. 6º, VIII, do CDC, invertendo-se o ônus da prova em favor do consumidor, no que concerne ao valor dos bens depositados no cofre locado.

- Reconhecido o dever de inversão do ônus probatório em favor da consumidora hipossuficiente e com alegações verossímeis que exsurgem do contexto das provas que produziu, aplica-se o disposto no art. 257 do RISTJ e a Súmula 456 do STF, ressaltando-se que a instituição financeira. Recorrida nunca impugnou o valor pleiteado a título de danos materiais. Recurso especial provido”

(STJ. REsp 974994 / SP. Recurso Especial 2007/0182927-7. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Data do Julgamento: 05/06/2008)

Contudo, entendo que, por óbvio, não se pode falar em inversão do ônus da prova, propriamente dita, porquanto, acarretaria na imposição de produção de prova negativa impossível para o banco, o que não se admite, como cediço.

Aqui, temos uma tênue alteração nos critérios de valoração da verossimilhança, ou seja, ainda que a parte não consiga provar irrefutavelmente a preexistência do bem reclamado, visando à possibilidade de indenização desse consumidor, a facilitação de sua defesa, bastaria que demonstrasse a verossimilhança de suas alegações, ou seja, indícios de que os bens existiam e indicação de que foram depositados no caixa de segurança do banco.

Podemos então concluir que, por esse corrente jurisprudencial, que implica em um alto grau de subjetividade nas questões envolvendo danos relativos a bens depositados em cofres de segurança, toda a análise deve ser realizada pelo magistrado no caso concreto, com a mais absoluta cautela, não sendo possível o preestabelecimento do que é ou não indenizável nos casos envolvendo cofres de segurança.

⁸⁵ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 764.

Deve o julgador avaliar com profundidade todas as circunstâncias apresentadas pelas partes, para que possa concluir no caso concreto, se existe a verossimilhança quanto aos danos alegados pelo cliente, a fim de não acarretar demasiado desequilíbrio na relação contratual, distorções jurídicas e até mesmo o enriquecimento sem causa. É necessário ponderar, em seu livre convencimento, quais provas serão admitidas e como estas serão interpretadas, para que então se possa falar em dano e, conseqüentemente, indenização.

5.5. Responsabilidade Civil dos Bancos em Assaltos em Agências Bancárias

Estudamos que a responsabilidade civil geral pode ser afastada quando se demonstrar que a ocorrência envolve fato exclusivo da vítima, fato exclusivo de terceiro, bem como o caso fortuito e de força maior, porquanto, tais circunstâncias, causam o rompimento do nexa causal.

É importante observar ainda que até mesmo o Código de Defesa do Consumidor, prevê o afastamento da responsabilidade do fornecedor pelo fato do serviço, quando puder comprovar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 12, §3º, inciso III).

Entretanto, no tocante à responsabilidade do banco por danos experimentados, seja por clientes como não clientes, em razão de assalto ocorrido no interior da agência bancária, tais excludentes não podem ser aplicadas, uma vez que, a atividade exercida pelo banco, implica também no seu dever de proporcionar segurança dentro de seus estabelecimentos.

Nesse sentido, Sergio Cavalieri Filho⁸⁶ bem ilustra a responsabilidade imputada ao banco, na hipótese em estudo:

“Embora admita o CDC a exclusão da responsabilidade do fornecedor no caso de fato exclusivo de terceiro (inc. II do art. 14), essa excludente não beneficia o banco, tão forte é a sua responsabilidade. Nem mesmo o assalto, típica hipótese de fato doloso de terceiro, afasta o dever de indenizar do banco.”

Esta responsabilidade está diretamente ligada à teoria do risco da atividade, posto que, se elevado o risco da instituição bancária no tocante à ação de meliantes, dada a própria natureza de sua atividade que envolve a movimentação de dinheiro, também deve ser elevado o grau de segurança oferecida e, falhando nesse dever de segurança, é possível concluir que houve falha na prestação do serviço.

O assalto em agência bancária não pode ser interpretado como um caso fortuito, pois se trata de um risco ligado à atividade, e ainda que um fortuito, outra não é a hipótese se não a de fortuito interno.

⁸⁶ CAVALIERI Filho, Sergio *in* GUERRA, Alexandre e BENACCHIO, Marcelo (coords.). Responsabilidade Civil Bancária. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 90.

Vale lembrar que esse dever de segurança imposto aos estabelecimentos financeiros, não se trata de uma suposição doutrinária, mas sim de um dever positivado.

Celso Marcelo de Oliveira relembra que já em 1969, se iniciou a obrigatoriedade da vigilância bancária no Brasil, a qual foi regulamentada pelo Decreto-Lei nº 1.034/69, motivado pelo aumento no número de assaltos em estabelecimentos bancários por grupos armados de “esquerda”. Ainda, ante a hesitação dos bancos em adotar as providências ali previstas, em 1970 fora positivado o Decreto-Lei nº 1.103/70, que fixou prazo para que as agências bancárias comprovassem a segurança exigida anteriormente, sob pena de sofrerem interdição pelo Banco Central.⁸⁷

Posteriormente, tais Decretos-Lei foram revogados pela Lei 7.102/83, alterada pela Lei 9.017/95, a qual reafirmou essa obrigatoriedade dos estabelecimentos financeiros, o que inclui os bancos oficiais e privados, possuírem sistema de segurança.

Cavaliere Filho bem explicita que a Lei 7.102 “impôs aos bancos o dever de garantir a segurança de todas as pessoas, clientes ou não, que ocorrem aos seus estabelecimentos no horário aberto ao público. São obrigados a manter um sistema de segurança aprovado pelo Departamento de Polícia Federal”.⁸⁸

Ademais, é pacífica a jurisprudência dos Tribunais pátrios no sentido de reconhecer a responsabilidade objetiva dos bancos quantos aos danos materiais e morais de usuários que tenham sofrido tais prejuízos em razão de assaltos ocorridos no interior de agências bancárias, por entenderem que tais ocorrências pressupõem falha na segurança do estabelecimento bancário e, conseqüentemente, falha no próprio serviço bancário.

Para exemplificar esse posicionamento, segue transcrita a ementa de duas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *verbis*:

“Ilegitimidade passiva ad causam. Inocorrência. Assalto no interior de agência bancária. Cliente atingido por disparo de arma de fogo. Legitimidade de parte reconhecida, pelos danos causados ao autor preliminar rejeitada. Responsabilidade civil dano moral autor atingido por arma de fogo no interior de estabelecimento bancário. Culpa da instituição requerida pelos danos ocasionados. Responsabilidade objetiva da ré caracterizada. Relação de consumo. Configurada. Exercício de atividade de risco. Inaplicabilidade da exclusão prevista no art. 14, § 3º, inc. II, do CDC. Caso fortuito ou força maior descaracterizados na hipótese. Evento que não atendeu a expectativa do consumidor. Vigilante que não conteve o assalto. Defeito na prestação do serviço (art. 14, § 1º, DA LEI Nº 8.078/80). Atividade que exige rigor na segurança, e ainda, requer a adoção de medidas suficientes com o objetivo de assegurar a integridade física dos clientes que se encontram dentro da agência. Ofensa à integridade física e psíquica do autor. Ferimento, sofrimento e temor experimentados. Prejuízo moral caracterizado. Indenização e reparação devidas. Valor fixado na

⁸⁷ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Manual de Direito Bancário. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p.313.

⁸⁸ GUERRA, Alexandre e BENACCHIO, Marcelo (coords.). Responsabilidade Civil Bancária. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 90.

sentença equilibrado. Manutenção da verba e da sucumbência. Recursos das partes desprovidos. 14, § 3º, II, CDC”
 (TJ SP. Apelação nº 9170697232008826 SP 9170697-23.2008.8.26.0000, Relator: Des. Elliot Akel. 1ª Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 27/11/2012. Data de Publicação: 28/11/2012).

5.5.1. Assaltos Ocorridos no Estacionamento da Agência Bancária

Por fim, vale ressaltar que o fato do assalto ao cliente ter se verificado no estacionamento oferecido pelo banco e não no interior da agência, propriamente dito, não afasta o dever do banco de indenizar o consumidor ali defraudado.

Nesse sentido também é a jurisprudência formada, inclusive do Superior Tribunal de Justiça:

“DIREITO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ASSALTO À MÃO ARMADA OCORRIDO NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTACIONAMENTO MANTIDO POR AGÊNCIA BANCÁRIA. OFERECIMENTO DE VAGA PARA CLIENTES E USUÁRIOS. CORRESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA E DA ADMINISTRADORA DO ESTACIONAMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA.

1. A instituição bancária possui o dever de segurança em relação ao público em geral (Lei n. 7.102/1983), o qual não pode ser afastado por fato doloso de terceiro (roubo e assalto), não sendo admitida a alegação de força maior ou caso fortuito, mercê da previsibilidade de ocorrência de tais eventos na atividade bancária.

2. A contratação de empresas especializadas para fazer a segurança não desobriga a instituição bancária do dever de segurança em relação aos clientes e usuários, tampouco implica transferência da responsabilidade às referidas empresas, que, inclusive, respondem solidariamente pelos danos.

3. Ademais, o roubo à mão armada realizado em pátio de estacionamento, cujo escopo é justamente o oferecimento de espaço e segurança aos usuários, não comporta a alegação de caso fortuito ou força maior para desconstituir a responsabilidade civil do estabelecimento comercial que o mantém, afastando, outrossim, as excludentes de causalidade encartadas no art. 1.058 do CC/1916 (atual 393 do CC/2002).

4. Agravo regimental desprovido.”

(STJ. AgRg nos EDcl no REsp 844186 / RS 2006/0092832-8. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Quarta Turma. Data da Publicação: 29/06/2012)

Quantos aos estacionamentos particulares, vale acrescentar que, se cliente que acabou de deixar a agência bancária for assaltado em estacionamento autônomo, ou seja, estabelecimento que não é oferecido pelo banco e nem a ele está ligado, não há que se falar em responsabilização do estacionamento pelo evento, uma vez que, o que se espera do estabelecimento em questão restringe-se tão somente à guarda do veículo. Nesse sentido, também já se posicionou o STJ:

“DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. ESTACIONAMENTO DE VEÍCULOS. ROUBO ARMADO DE CLIENTE QUE ACABARA DE EFETUAR SAQUE

EM AGÊNCIA BANCÁRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTACIONAMENTO. ALCANCE. LIMITES.

1. Em se tratando de estacionamento de veículos oferecido por instituição financeira, o roubo sofrido pelo cliente, com subtração do valor que acabara de ser sacado e de outros pertences não caracteriza caso fortuito apto a afastar o dever de indenizar, tendo em vista a previsibilidade de ocorrência desse tipo de evento no âmbito da atividade bancária, cuidando-se, pois, de risco inerente ao seu negócio. Precedentes.

2. Diferente, porém, é o caso do estacionamento de veículo particular e autônomo - absolutamente independente e desvinculado do banco - a quem não se pode imputar a responsabilidade pela segurança individual do cliente, tampouco pela proteção de numerário anteriormente sacado na agência e dos pertences que carregava consigo, elementos não compreendidos no contrato firmado entre as partes, que abrange exclusivamente o depósito do automóvel. Não se trata, aqui, de resguardar os interesses da parte hipossuficiente da relação de consumo, mas de assegurar ao consumidor apenas aquilo que ele legitimamente poderia esperar do serviço contratado, no caso a guarda do veículo.

3. O roubo à mão armada exclui a responsabilidade de quem explora o serviço de estacionamento de veículos. Precedentes.

4. Recurso especial a que se nega provimento.”

(STJ. REsp 1232795 / SP 2011/0008495-7. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Data da publicação: 10/04/2013)

5.5.2. Operações em Caixas Automáticos

Pelo mesmo fundamento que responde os bancos pelos danos decorrentes de assaltos ocorridos dentro das agências bancárias, responde de igual forma pelos assaltos a clientes em caixas eletrônicos.

Ricardo Felício Scaff bem coloca que “um dos serviços mais utilizados pelos clientes de bancos é o terminal de autoatendimento, no interior das agências bancárias, ainda que fora do horário de expediente”⁸⁹.

Por consequência, muitas são as ocorrências experimentadas por clientes nos caixas eletrônicos, pelo que também, é grande o esforço do setor bancário no sentido de mitigar tais riscos.

Scaff acrescenta que muitos bancos têm tentando se eximir da responsabilidade pelas ocorrências envolvendo os caixas eletrônicos, sob os fundamentos atinentes aos horários avançados em que os clientes fizeram uso de tais terminais de autoatendimento, ou ainda, pela localidade do estabelecimento. Contudo, tais argumentos não têm sido acatados pelos Tribunais.⁹⁰

Entende que tal responsabilização também decorre da teoria do risco. Ocorre que, na disponibilização dos serviços automatizados, via caixas eletrônicos, o banco cria um risco, o qual deve suportar.

⁸⁹ SCAFF, Ricardo Felício *in* GUERRA, Alexandre e BENACCHIO, Marcelo (coords.). Responsabilidade Civil Bancária. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p.351

⁹⁰ SCAFF, Ricardo Felício. Op. cit., p. 351.

Deve assim, manter sistemas de segurança que protejam seus clientes das ocorrências envolvendo o sistema de autoatendimento que o próprio banco, autor da atividade, disponibilizou.

Portanto, não poderia o banco se eximir da responsabilidade de indenizar material e moralmente o cliente que vier a sofrer assalto quando da utilização do caixa eletrônico, porquanto, ao disponibilizar tais serviços, o banco o oferece como atrativo, bem como, lucra com tal serviço.

Nesse sentido também é o entendimento de Silvio de Salvo Venosa⁹¹:

“Por igual, também haverá responsabilidade das instituições em assaltos, furtos ou roubos ocorridos nos caixas eletrônicos que são, na verdade, uma extensão do estabelecimento financeiro. Assim, tem-se sustentado que há responsabilidade em assaltos ocorridos em terminais da própria agência, fora do horário bancário, bem como em terminais localizados em vias públicas, embora neste último caso há quem defenda a responsabilidade civil do Estado. Melhor solução é relegar a responsabilidade nesses assaltos em terminais em locais públicos aos bancos, sem prejuízo de ação regressiva contra a Administração”.

Além disso, no entendimento majoritário, a responsabilidade do banco se estende, ainda que o crime tenha sido praticado fora do horário de expediente bancário, posto que, no entendimento jurisprudencial, possui o banco o dever de proporcionar segurança no local.

Reforçando essa tese, vale colacionar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - SERVIÇO BANCÁRIO - FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - SEGURANÇA - ASSALTO NO INTERIOR DE CAIXA ELETRÔNICO - RESSARCIMENTO DEVIDO - QUANTUM INDENIZATÓRIO - RAZOABILIDADE - RECURSO IMPROVIDO.”

(STJ. AgRg no REsp 1273445 / SP 2011/0140133-6. Relator: Ministro Massami Uyeda. Terceira Turma. Data da Publicação: 02/03/2012)

“CIVIL E PROCESSUAL. ACÓRDÃO ESTADUAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ASSALTO EM CAIXA ELETRÔNICO OCORRIDO DENTRO DA AGÊNCIA BANCÁRIA. MORTE DA VÍTIMA. DEVER DE INDENIZAR.

I. Não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão estadual, eis que o mesmo enfrentou, suficientemente, a matéria controvertida, apenas que com conclusões desfavoráveis à parte ré.

II. Inocorrendo o assalto, em que houve vítima fatal, na via pública, porém, sim, dentro da agência bancária onde o cliente sacava valor de caixa eletrônico após o horário do expediente, responde a instituição ré pela indenização respectiva, pelo seu dever de proporcionar segurança adequada no local, que está sob a sua responsabilidade exclusiva.

III. Recurso especial não conhecido.”

(STJ. REsp 488310 / RJ 2002/0170598-3. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Quarta Turma. Data da Publicação: 22/03/2004)

⁹¹ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil, 12. ed., São Paulo, Atlas, 2012, Coleção Direito Civil; v.4, p. 284

Entretanto, vale lembrar que, no tocante ao dever de segurança imposto aos estabelecimentos financeiros, o §1º do artigo 1º da Lei nº 7102/83, que define os estabelecimentos financeiros para fins de aplicação da norma, não inclui os caixas eletrônicos de autoatendimento dentre os estabelecimentos que devem possuir sistema de segurança: “§1º Os estabelecimentos financeiros referidos neste artigo compreendem bancos oficiais ou privados, caixas econômicas, sociedades de crédito, associações de poupança, suas agências, postos de atendimento, subagências e seções, assim como as cooperativas singulares de crédito e suas respectivas dependências”.

Vale dizer que, pelos termos da norma, os caixas de autoatendimento não possuem o dever de possuir sistemas de segurança com parecer do Ministério da Justiça. favorável à sua aprovação. Nesse sentido, a própria Coordenação-Geral de Controle de Segurança Privada – CGCSP, do Ministério da Justiça, tem se posicionado.⁹² Vejamos:

“Esta CGCSO tem exarado posicionamento no sentido de que a simples existência de unidades de autoatendimento não caracteriza, por si só, agência ou PAB que guarde ou movimente numerário para fins de aplicação do art. 1º da Lei nº 7.102/83, sendo desnecessário aprovar sistema de segurança (plano de segurança) em tais casos.”

(Trecho do Parecer nº1792/2012 – DELP/CGCSP – Processo nº 08105.000856/2012-61 – Interessado: Caixa Econômica Federal)

Assim, tendo a concluir, muito embora não seja este o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante, que inexistindo o dever para os bancos de aprovar sistemas de segurança para os caixas eletrônicos, até porque impraticável seria a manutenção de um sistema de segurança com a presença de vigilante a cada caixa eletrônico instalado e, sendo dever do Estado garantir a segurança nas vias públicas, na ocorrência de assaltos em caixas eletrônicos fora do horário de expediente bancário, ou ainda, nas ocorrências envolvendo caixas eletrônicos instalados fora da agência bancária, não deve o banco ser responsabilizado. Tais ocorrências equivaleriam aos assaltos em vias públicas, que passaremos a analisar.

5.5.3. Assaltos Ocorridos em Via Pública Após Saída da Agência Bancária

Já com relação aos assaltos envolvendo fora do estabelecimento bancário, ou seja, nas vias públicas, a doutrina e a jurisprudência majoritárias sustentam a responsabilidade civil é do Estado e não do estabelecimento bancário.

⁹² Disponível em: <<http://www.dpf.gov.br/simba/seguranca-privada/legislacao-normas-e-orientacoes/pareceres/PARECER%20no%201792-12-DELP-CGCSP.pdf>>. Acesso em: 11 de junho de 2013.

Isso porque, se entende que o assalto em si, caracteriza o fato doloso de terceiro, que rompe o nexos causal, e que também permite o afastamento da responsabilidade do fornecedor, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

Nessa hipótese, o que diferencia a ocorrência, daquela verificada no interior da agência bancária, é exatamente o local da ocorrência. Entende-se que, no caso do cliente que já se encontra fora do estabelecimento bancário, não possui o banco o dever de assegurar a sua incolumidade, a qual competiria exclusivamente ao Estado garantir.

Para demonstrar esse entendimento jurisprudencial, colaciono recente decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSALTO NA VIA PÚBLICA APÓS SAÍDA DE AGÊNCIA BANCÁRIA. SAQUE DE VALOR ELEVADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AUSENTE.

1. Autora pleiteia reparação por danos materiais e compensação por danos morais em decorrência de assalto sofrido, na via pública, após saída de agência bancária.

2. Ausente a ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos.

3. Na hipótese, não houve qualquer demonstração de falha na segurança interna da agência bancária que propiciasse a atuação dos criminosos fora das suas dependências. Ausência, portanto, de vício na prestação de serviços.

4. O ilícito ocorreu na via pública, sendo do Estado, e não da instituição financeira, o dever de garantir a segurança dos cidadãos e de evitar a atuação dos criminosos.

5. O risco inerente à atividade exercida pela instituição financeira não a torna responsável pelo assalto sofrido pela autora, fora das suas dependências.

6. A análise da existência do dissídio é inviável, porque não foram cumpridos os requisitos dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

7. Negado provimento ao recurso especial.”

(STJ. REsp 1284962 / MG 2011/0082173-4 - Terceira Turma – Relatora: Ministra Nancy Andrighi – Data da Publicação: 04/02/2013)

Há, entretanto, quem defenda a responsabilidade dos bancos pelos crimes ocorridos fora do estabelecimento bancário, porquanto, a ação criminosa se iniciaria dentro da agência, local em que os meliantes identificariam os clientes que realizam saques em dinheiros, objeto de posterior roubo, ou seja, o início do crime ocorre dentro da agência. Nesse sentido, já se posicionou, minoritariamente, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

“Apelação Cível. Responsabilidade Civil. Assalto sofrido por cliente ao sair da agência bancária. “Saidinha de banco”. Saque de quantia vultosa. Defeito na prestação do serviço. Cliente de serviço especializado atendido em caixa comum. Ausência de privacidade. Acesso visual do valor sacado por demais usuários do banco. O fornecedor de serviços responde pelos prejuízos causados por defeito na prestação do serviço consoante art. 14 do CDC. Recurso provido. Sentença reformada.”

(TJ RJ. Apelação nº 0001368-86.2007.8.19.0004 RJ 2008.001.44600. Relator: Des. Cherubin Helcias Schwartz. Décima Segunda Câmara Cível. Data do Julgamento: 04/11/2008)

Entretanto, entendo que a posição majoritária é ainda a mais correta, uma vez que, ainda que se pressuponha que o início do crime ocorra dentro da agência, não se pode imputar ao banco o dever de garantir a segurança de clientes e não clientes fora do ambiente bancário, pois, esta garantia é dever do Estado.

Fato é que os bancos podem de alguma forma contribuir no sentido de ao resguardar ao máximo o sigilo das operações realizadas nos guichês de caixa, como o têm feito, instalando biombos e painéis opacos separando a fila dos guichês, impossibilitando, de certa forma, que outros observem as operações ali realizadas.

Contudo, isso não impede os assaltos a usuários fora do ambiente bancário, e, até certa forma, não se sabe o quanto estes dispositivos contribuem na diminuição do risco de tais ocorrências.

Porém, independentemente da existência ou não desses dispositivos de ocultação das operações, não se pode transferir os riscos que pertencem exclusivamente ao Estado aos estabelecimentos bancários, posto que, seria uma aberração jurídica exigir que os bancos disponibilizassem segurança particular em vias públicas.

5.6. Responsabilidade Civil dos Bancos por inclusão indevida em Cadastro de restrição ao crédito

A negativação de um cliente, por inclusão de seu nome em bancos de dados de inadimplentes, ou seja, de restrição ao crédito, trazem graves consequências para aquele que foi negativado. O nome é um direito personalíssimo e a mácula deste acarretam efeitos de ordem social, que impactam diretamente no cotidiano daquela pessoa.

Esta verdade está inserida no consciente coletivo. Ninguém deseja ver seu nome de alguma forma negativado perante a sociedade em que vive. Até mesmo no livro bíblico de Provérbios, em seu capítulo 22 encontramos que vale mais ter um bom nome do que muitas riquezas.

Afora as questões de foro íntimo, sabemos que a inclusão do nome de um cliente em bancos de dados de serviços como SPC e SERASA, impede de realizar negociações, comprar a crédito, firmar contratos, enfim, a negativação obsta a efetivação de uma série de atos da vida civil.⁹³

Muito embora a negativação de um cliente em cadastros restritivos de crédito tenha efeitos tão gravosos, é também direito legítimo do banco fazê-lo, quando o cliente não honra com suas obrigações perante aquele.

⁹³ BRAGA, Rodrigo Bernardes. Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras. 2ª edição, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 150

Dessa forma, se o devedor realmente se encontra em situação de inadimplência, será legítima a sua inscrição em cadastros de serviços de proteção ao crédito, não havendo que se falar em conduta infrativa ou lesiva por parte do banco credor.

Nesse sentido, tem se manifestado ainda a jurisprudência, conforme podemos verificar em uma decisão proferida pelo Tribunal regional federal da 1ª Região:

“CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INCLUSÃO DO NOME DO AUTOR EM CADASTROS DE RESTRIÇÃO DE CRÉDITO. LEGITIMIDADE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS INDEVIDA.

1. A inscrição do nome do devedor em cadastro de inadimplentes é um procedimento legítimo e não se reconhece a existência de ato ilícito se o devedor realmente se encontrava inadimplente quando foi solicitada a efetivação do registro.

2. Não se reconhece, no caso, a responsabilidade civil da instituição bancária, a ensejar reparação por dano moral, uma vez que a inscrição do nome da correntista em cadastro de restrição ao crédito fora realizada em virtude de inadimplência contratual.

3. Nega-se provimento ao recurso de apelação.”

(TRF 1ª Região - Apelação Cível 6299 RÔ 2003.41.00.006299-3. Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro De Oliveira. 5ª Turma suplementar. Data do Julgamento: 14/02/2012)

Entretanto, dadas gravosas consequências dessa negativação, quando o banco inclui indevidamente o nome de um cliente em cadastros de restrição ao crédito, sem dúvida nenhuma tal ato acarreta lesão ao cliente, pelo que deve o banco responder civilmente por essa inadvertida negativação.

Sobre a questão, os tribunais pátrios, incluindo o Superior Tribunal de Justiça, tem se manifestado de forma pacífica, no sentido de imputar responsabilidade aos bancos que inscrevem de forma indevida o nome do cliente em cadastros de restrição ao crédito:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. BANCO. DOCUMENTOS DE TERCEIRO. HOMÔNIMO. ABERTURA DE CONTA. ENTREGA DE TALONÁRIO. INSCRIÇÃO DE TERCEIRO NOS REGISTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. RESPONSABILIDADE DO BANCO. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. ARBITRAMENTO NA VIA ESPECIAL.

- Embora dispensável a discussão em torno da existência de culpa da instituição financeira, pelos danos causados aos seus clientes e a terceiros, por força do art. 14, caput, c/c o art. 17, ambos do CDC; age com culpa o banco que inscreve o nome de uma pessoa no cadastro restritivo de crédito por conta de débitos vinculados a conta corrente de homônimo da pessoa inscrita.

- A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que o dano moral decorre do próprio ato lesivo de inscrição indevida nos cadastros de restrição ao crédito, não havendo necessidade da prova do prejuízo, desde que comprovado o evento danoso. Recurso especial conhecido e provido. 1417CDC.”

(STJ. REsp 768153 SP 2005/0120819-1, Relatora: Ministra NANCY Andrighi. Terceira Turma. Data de Julgamento: 24/09/2006. Data de Publicação: DJ 09.10.2006 p. 292)

Importante acrescentar que até mesmo o Código de Defesa do Consumidor, prevê em seu artigo 43 e parágrafos, a possibilidade de inscrição do devedor inadimplente, em

cadastros em serviços de proteção ao crédito, reafirmando a legitimidade do credor em fazê-lo, quando de fato o devedor não cumpre tempestivamente sua obrigação.

Porém, vale salientar, a norma consumerista prevê também alguns regramentos para o exercício desse direito por parte do credor, cuja inobservância por parte do banco, também podem caracterizar lesão aos direitos do consumidor.

Primeiramente, deve ser assegurado ao consumidor o acesso às informações existentes nesses cadastros a respeito dele, bem como às suas respectivas fontes.

Além disso, os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, havendo que se ressaltar, somente podem conter informações negativas referentes a período de até cinco anos (§1º).

Outro aspecto trazido pela lei consumerista, e que traz margem para discussão. É o dever do fornecedor de comunicar ao cliente por escrito, quando da inscrição de seu nome nesses cadastros restritivos de crédito (§2º).

Cumpra também observar que, nos termos da lei consumerista, os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, bem como os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público (§4º).

Por fim, se ocorrer prescrição relativa à cobrança dos débitos do consumidor, os Sistemas de Proteção ao Crédito não poderão fornecer quaisquer informações que possam impedir ou dificultar ao consumidor, novo acesso ao crédito (§5º).

Com relação à notificação do consumidor, quando este tem seu nome incluído nos cadastros de restrição ao crédito, vale salientar que, muito se discute sobre, de quem seria a obrigação de comunicar o consumidor, se do órgão responsável pela manutenção do cadastro, ou se do próprio credor que estimula tal cadastro. Há entendimento jurisprudencial no sentido de que, compete ao órgão que inclui o consumidor em seus registros fazer a comunicação, e não o credor:

“INDENIZAÇÃO - INCLUSÃO - NOME - CADASTRO DE INADIMPLENTES - SERASA - NOTIFICAÇÃO PRÉVIA - PROVA - NEGATIVAÇÕES ANTERIORES. ILICITUDE - INEXISTÊNCIA. A comunicação ao consumidor da inscrição de seu nome nos registros de proteção ao crédito, é obrigação do órgão responsável pela manutenção do cadastro e não do credor, que apenas o informa quanto à existência da dívida. Existindo prova da notificação prévia de dívida inadimplida, com o nome do consumidor, o valor do débito e a data do seu vencimento, apontados na galeria dos maus pagadores, não há ilicitude na conduta do órgão restritivo de crédito, se inexistente prova do seu adimplemento, da sua desconstituição ou da sua anulação.”

(TJ MG. Apelação 100240613025190011 MG 1.0024.06.130251-9/001(1), Relator: José Amancio. Data de Julgamento: 14/03/2007. Data de Publicação: 20/04/2007)

A respeito dessa notificação do consumidor por escrito, quando da inscrição de seu nome nesses cadastros restritivos de crédito, nos termos do §2º, do artigo 43, existem muitas demandas judiciais discutindo a ocorrência de dano moral, quando o consumidor

deixa de ser notificado. Há entendimento jurisprudencial no sentido de que, trata-se apenas de uma falta administrativa, que não acarreta prejuízo moral, quando de fato esse consumidor encontra-se em situação de inadimplência:

“DANO MORAL. Inclusão do nome do autor na SERASA. Indenização. Descabimento. Ausência de comunicação prévia. Mera irregularidade administrativa que não enseja prejuízo de ordem moral. Recurso improvido”. (TJ SP. Apelação 0022116-35.2010.8.26.0071. Relator: Des. Alvaro Passos. Data da Publicação: DJ. 02.04.2013)

“Cadastro de proteção ao crédito. Negativação do nome do autor. Alegação de ausência de notificação prévia. Desnecessidade de entrega pessoal. Súmula 404 do STJ. Dados públicos, ademais, que não se sujeitam à anterior comunicação do artigo 43, par.2º, do CDC. Dívida, por fim, nunca questionada. Sentença mantida. Recurso desprovido. 43 CDC” (TJ SP. Apelação 0035441-14.2009.8.26.0071. Relator: Des. Claudio Godoy. 1ª Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 30/10/2012. Data de Publicação: 01/11/2012).

Ainda sobre a questão, o Superior Tribunal de Justiça, exarou entendimento sumulado, no sentido de “é dispensável o aviso de recebimento (AR) na carta de comunicação ao consumidor sobre a negativação de seu nome em bancos de dados e cadastros.”⁹⁴ Na ocasião dessa decisão, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando o voto da Ministra Nancy Andrighi, entendeu que devem ser considerados cumpridos os ditames do parágrafo 2º, do artigo 43, do Código de Defesa do Consumidor, pelo órgão de manutenção do cadastro, quando do envio de correspondência ao endereço fornecido pelo credor, não sendo necessária a comprovação da ciência do consumidor pelo aviso de recebimento.

⁹⁴ STJ - Súmula nº 404 - Data da Publicação: DJe 24/11/2009

6. CONCLUSÃO

Conforme pudemos examinar, são muitas as situações que acarretam a responsabilidade civil das instituições bancárias. Essa responsabilidade se apresenta em variadas situações, pelo que seria impossível tentarmos esgotar todas as hipóteses que podem acarretar a responsabilidade civil bancária. Enquanto existir a atividade bancária e na medida em que esta atividade evolui e se amplia dentro do contexto social, novas são as relações jurídicas que se estabelecem, e diferentes são as formas em que esta responsabilidade se revelará.

O importante é termos sempre em mente que, as relações jurídicas estabelecidas entre os bancos, na qualidade de fornecedor de serviços, e os consumidores, sejam esses clientes ou não clientes dos bancos, devem ser analisadas com fulcro no Código de Defesa do Consumidor, não havendo mais que se discutir sua aplicabilidade, salvo naquelas relações em que inexistente uma relação consumerista, ou seja, quando não se vislumbrar a hipossuficiência de uma das partes envolvidas na relação jurídica.

Em geral, em se tratando de relações de consumo, respondem as instituições bancárias na modalidade objetiva, ou seja, mesmo quando inexistente o elemento da culpa. Contudo, não podemos ignorar as hipóteses de excludentes de responsabilidade, tais como, a culpa exclusiva da vítima, ou ainda a culpa exclusiva de terceiro. Existindo um fator que rompa o nexo de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e a atividade exercida pela instituição bancária, restará também afastada a responsabilidade civil desta.

Também será imprescindível verificar sempre a existência do dano, pois, não sendo demonstrada a ocorrência deste, não há o que se falar em termos de reparação na esfera civil. Parece até mesmo uma prolixidade fazermos tal menção, porém, não são raros os casos em que bancos são condenados a reparar civilmente um dano não constatado de fato, principalmente na seara dos danos morais.

Como mencionamos muitos magistrados ou mesmo órgãos de proteção e defesa do consumidor, tem balizado suas decisões, não em fatos e técnica jurídica, mas tão somente em um pseudo senso de justiça, onde, partindo da premissa de que os bancos muito lucram, devem ser responsabilizados de forma indiscriminada.

De certo os bancos aferem lucro com a atividade que desenvolvem e que esta atividade admite riscos, cabendo às instituições bancárias suportar os riscos gerados. Assim, pela teoria do risco da atividade, deverão responder, em geral, na forma objetiva, bastando que a parte lesada, o consumidor, demonstre apenas que houve defeito na prestação do serviço, que o dano ocorreu e que existe o nexo de causalidade entre a falha e o dano reclamado.

De certo, temos contemplado hoje um aperfeiçoamento das políticas das instituições bancárias, no tocante às relações com seus consumidores. Um comportamento muito mais adequado à atual proteção dispensada ao consumidor. A própria concorrência faz com que os bancos busquem a cada dia aprimorar a qualidade, não somente dos serviços, mas também, do atendimento prestado aos seus clientes. Com isso, temos visto uma postura de não mais discutir o indiscutível, mas apenas defender as demandas em que, por algum motivo, se entenda que inexistente o dever de reparar.

Pudemos observar ainda que, na prática, muitos fatores são observados para fins de determinar a responsabilidade civil dos bancos. As particularidades contidas no caso concreto é que vão determinar se existe responsabilidade, e quais serão os patamares da reparação.

Os julgados, em geral, apresentam nuances variadas, em razão desta necessidade de adequação do feito em seus pormenores, aos preceitos jurídicos estabelecidos. Caberá sempre às partes demonstrar suas razões e aos magistrados, adequar a responsabilização às verdades apuradas no processo.

Assim, acredito que conseguimos analisar as diretrizes gerais da responsabilidade civil e as formas em que esta se revela dentro das relações bancárias. Trata-se de um tema muito presente na vida cotidiana e que se apresenta em constante transformação, uma vez que, evolui na medida em que se ampliam a gama de serviços prestados pelos bancos e no passo em que as próprias relações jurídicas sofrem transformação no tocante aos seus pilares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRAGA, Rodrigo Bernardes. **Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras**. 2ª edição, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

BRASIL. **Código Civil**. 7ª edição - atualizada. São Paulo: AASP, 2012.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. 4ª edição - atualizada. São Paulo: AASP, 2009.

BRASIL. **Constituição Federal**. 5ª edição – atualizada. São Paulo: AASP, 2012.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, volume 2**. São Paulo: Saraiva, 2004.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 3: Direito de Empresa**. 7ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º volume: Responsabilidade Civil**. 20ª edição, revista e atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2006.

ESTEVES, Jean Soldi. **A Responsabilidade Civil nos Contratos Bancários**. São Paulo: LTr, 2011.

GIANCOLI, Brunno Pandori e ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio. **Direito do Consumidor: Difusos e Coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Orlando, 1909-1988. **Responsabilidade Civil**. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GUERRA, Alexandre e BENACCHIO, Marcelo (coordenadores). **Responsabilidade Civil Bancária**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, Claudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V. e NIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NEGRÃO, Theotonio (et al). **Código Civil e Legislação Civil em vigor**. 32ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo XXXVII. Direito das Obrigações: Negócios Jurídicos Unilaterais. Direito Cambiariforme. Cheque. Direito extracambiariforme. Direito Internacional e cambiariforme. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves em conformidade com o Código Civil de 2002. 1ª edição. Campinas: Bookseller, 2005.

OLIVEIRA, Celso Marcelo. **Manual de Direito Bancário**. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

SLAIBI FILHO, Nagib e COUTO, Sergio (coordenadores); AZEVEDO, Álvaro Villaça (et al) (doutrinadores). **Responsabilidade Civil: Estudos e Depoimentos no centenário do Nascimento de José Aguiar Dias (1906-2006)**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SODRÉ, Marcelo Gomes, MEIRA, Fabíola, CALDEIRA, Patrícia (coordenadores). **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 1. Edição. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8ª edição revista atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil Objetiva e Risco - A Teoria do Risco Concorrente**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. (coleção Prof. Rubens Lomongi França).

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 12ª edição, São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção Direito Civil; v.4)

WAISBERG, Ivo e GORNATI, Gilberto. **Direito Bancário - Contratos e Operações Bancárias**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

Outras Fontes Pesquisadas:

<<http://www.abbi.com.br/praticasdeprevencao.html>>. Acesso em: 02 de junho de 2013.

<<http://www.dpf.gov.br/simba/seguranca-privada/legislacao-normas-e-orientacoes/pareceres/PARECER%20no%201792-12-DELP-CGCSP.pdf>>. Acesso em: 11 de junho de 2013.

<http://www3.pucsp.br/sites/default/files/pucsp/graduacao/downloads/manual_de_mono.pdf>

Acesso em: 14 de junho de 2013.

<http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106255>.

Acesso em: 12 de abril de 2013.

<http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106236>.

Acesso em: 31 de maio de 2013.

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855>>. Acesso em: 21.06.2013.