



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

THIAGO FAVONI

ASPECTO JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL
DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

ASSIS
2011

THIAGO FAVONI

ASPECTO JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL
DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis,
como requisito do curso de graduação de Direito.

Orientador: Gerson José Beneli

Área de Concentração: Direito Civil

ASSIS
2011

FICHA CATALOGRÁFICA

FAVONI, Thiago

Aspecto Jurídico da Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras / Thiago Favoni. Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2011.

53 p.

Orientador: Gerson José Beneli.

Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis - IMESA 1. instituições financeiras. 2. atividades bancárias.

CDD. 340
Biblioteca da FEMA

ASPECTO JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

THIAGO FAVONI

Monografia apresentada ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, analisado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: _____

Analisador (1): _____

ASSIS

2011

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a três pessoas que sempre me apoiaram e me ensinaram muito no decorrer deste curso, meu sogro Feliciano, minha sogra Inácia, minha namorada Danila que surgiu como um anjo em minha vida e que amo muito. Dedico também às pessoas que mais amo neste mundo e que estão sempre ao meu lado nas horas que preciso, minha mãe, Maria Augusta, meu pai, Sergio, meus filhos, Isabella e Rafael, meus irmãos, Marcelo e Renata.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por estar concluindo o curso de Direito, aos professores pelo aprendizado e a meu orientador Dr. Gerson Jose Beneli pela compreensão no que diz respeito à pesquisa.

Aos meus amigos de sala que sempre me apoiaram: sendo eles Mateuzinho, Claudinho, Gustavo (Gordão), Vitão, Diego, Sergio, Leonardo, Thiago, Geronimo, Vinicius, Cavalini, Celso e a todos que colaboraram direta ou indiretamente, na execução deste trabalho.

RESUMO

O trabalho que será exposto tem como objetivo analisar a relação banco e cliente juntamente com a responsabilidade civil das instituições financeiras, a qual via de regra, será objetiva, buscando analisar a referida responsabilidade sobre o prisma de algumas teorias da responsabilidade, assim como da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Busca-se ainda estudar, embora resumidamente, a responsabilidade do Estado, externada pelo Banco Central do Brasil, quanto à eventual falha em seu dever de fiscalizar e controlar o funcionamento das Instituições Financeiras. Por fim, são analisadas ainda algumas situações práticas das atividades bancárias, a fim de defini-las conforme o instituto da responsabilidade civil aplicável. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, sendo adotado o método dialético, com a contraposição e comparação de teses doutrinárias para alcançar os objetivos finais.

Palavras-chave: instituições financeiras, atividades bancárias, responsabilidade civil, responsabilidade objetiva, teoria do risco, responsabilidade do Estado, Banco Central do Brasil.

ABSTRACT

The work will exhibit aims to analyze the relationship between bank and customer together with the liability of financial institutions, which as a rule, be objective, seeking to analyze such liability on the prism of some theories of liability, as well as the applicability Code of Consumer Protection. Search is still studying, though briefly, the state's responsibility, externally by the Central Bank of Brazil, and the possible failure in its duty to monitor and control the operation of financial institutions. Finally, the analysis still some situations of banking practices in order to define them as the institution of civil liability applicable. To this end, we performed literature search, and adopted the dialectical method, with the contrast and comparison of doctrinal theories to achieve the ultimate goals.

Keywords: financial institutions, banking, tort, strict liability, risk theory, state responsibility, the Central Bank of Brazil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I – FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DAS RELAÇÕES BANCÁRIAS.....	12
1.1. SENTIDO DA PALAVRA BANCO.....	12
1.2. HISTÓRICO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NO MUNDO.....	13
1.3. SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL.....	15
1.4. ATIVIDADES BANCÁRIAS.....	17
CAPÍTULO II – FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.....	19
2.1. CONCEITO DE RESPONSABILIDADE.....	19
2.2. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL.....	20
2.3. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA	21
2.4. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL.....	23
2.4.1. Ação ou Omissão do Agente	24
2.4.2. Culpa ou Dolo do Agente.....	25
2.4.3. Relação de Causalidade.....	28
CAPÍTULO III – DA RESPONSABILIDADE BANCÁRIA.....	30
3.1. ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS.....	30
3.1.1. Teoria da Culpa.....	31

3.1.2. Teoria do Risco Profissional	31
3.1.3. Teoria Contratualista.....	34
3.2. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	35
3.3. CAUSAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE.....	38
3.4. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO QUANTO ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.....	40
CAPÍTULO IV – ALGUMAS OCORRÊNCIAS BANCÁRIAS.....	44
4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	44
4.2. COMPENSAÇÃO E PAGAMENTO DE CHEQUES	44
4.3. CONTAS DE DEPÓSITO.....	45
4.4. DESCONTO DE TÍTULOS.....	46
4.5. INCLUSÃO INDEVIDA EM ÓRGÃO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO	47
4.6. ASSALTO EM AGÊNCIA.....	48
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS.....	52

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar a relação entre banco e cliente juntamente com a responsabilidade civil das Instituições Financeiras perante suas atividades comerciais, apurando assim o risco de algumas dessas atividades, a fim de defini-las dentro do parâmetro de responsabilidade civil, qual seja, da responsabilidade objetiva e subjetiva.

Embora se pretenda encontrar no trabalho uma regra geral da responsabilidade civil das instituições financeiras diante da legislação nacional aplicável à maior parte das atividades bancárias, algumas exceções à regra também são apontadas, buscando demonstrar a versatilidade do instituto para alcançar a máxima proteção possível às partes envolvidas nas negociações.

Assim, embora a regra entabulada pelo Código Civil e pela legislação bancária propriamente dita, seja a da responsabilidade civil objetiva das Instituições Financeiras, a base jurídica para aplicação de tal responsabilidade pode variar conforme o pensamento do intérprete, ora aplicando tal responsabilidade com fundamento na teoria do risco da atividade bancária, ora com base nos estatutos do Código Civil, ora com base no Código de Defesa do Consumidor, podendo citar até mesmo a aplicação da responsabilidade administrativa aos bancos.

Não se opondo a isso, a responsabilidade objetiva, sobretudo aquela firmada no Código de Defesa do Consumidor mostra-se como sendo a mais comum e de perfeita aplicabilidade aos bancos, além de se combinar plenamente com o risco que é inerente à atividade bancária.

Repare que o tema envolve assunto de grande interesse social, sobretudo pela necessidade cada vez mais notável da participação dessas empresas no mercado em todo o mundo moderno, sendo raras as pessoas que não figuram ou figurarão como clientes ou usuários de instituições bancárias.

CAPÍTULO I – FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DAS RELAÇÕES BANCÁRIAS

1.1. SENTIDO DA PALAVRA BANCO

Sendo objeto de estudo do presente trabalho a relação entre os bancos e seus clientes e também a Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras, mais conhecidas como “Bancos”, é de grande importância destacar a origem do referido termo, o qual deriva da Alemanha a expressão “*bank*”, empregada inicialmente apenas no sentido de uma pequena elevação, passando a ser utilizada pelos italianos como banco ou banca, que seria considerada uma mesa sobre a qual se faziam negociações, passando daí a ser empregado o termo em sentido ainda mais abrangente que o simples significado de móvel sobre o qual se faziam os negócios, de modo que o termo banca passou a se referir tanto ao local como ao marco significativo do ato, sobretudo pela publicidade dos negócios que ali eram efetuados.

Vejamos o que relata o autor Adalberto Nóbrega sobre o conceito de banco e sua origem:

Os bancos, da forma como os conhecemos hoje, surgiram a setecentos anos em Florença, e têm sido as principais instituições fornecedoras de crédito (empréstimos e financiamentos), daí a gestão de risco ser o cerne de suas funções. O nome italiano “banco” ou “banca” (“tenda para vender mercadorias”) passa a ser utilizado na acepção de “estabelecimento de crédito” a partir de 1340. Mas a origem da palavra banco é germânica, “bank”, usada pelo latim vulgar em todo o império do Ocidente. A fundação do “Banco di Rialto”, em Veneza, Itália, em 1587, marca o início do moderno sistema bancário.

Os empréstimos e o risco de crédito remontam há pelos menos 1800 a.C. e, ontem como hoje, entende-se como crédito “a expectativa de uma quantia em dinheiro, dentro de um espaço de tempo limitado”, enquanto o risco de crédito é “a chance de que essa expectativa se cumpra.” O crédito é o maior recurso de todos para os negócios, afirmou Demóstenes. Nem só de pão vive o homem. Vive de crédito também, disse Machado de Assis.

Vejamos o que diz o autor Sérgio Carlos Covello sobre essa parte histórica:

Na Idade Média, banco era a designação que se dava à mesa onde os cambistas expunham as moedas, objeto de seu comércio. Quando um cambista, ou banqueiro, não honrava seus compromissos, seus credores, revoltados, quebravam a mesa, o banco, em sinal de protesto, provindo daí a palavra bancarrota, termo que até hoje se usa para exprimir a insolvência ou falência do devedor.

Com o tempo a palavra “banco” passou a designar, em sentido figurado, a própria casa onde se negociava o dinheiro, entrando, assim, na denominação de instituições especializadas na coleta e na aplicação de recursos financeiros.

Passada a análise da expressão Banco, podemos concluir que o referido termo, embora empregado inicialmente pelos italianos, veio a definir uma prática comercial já utilizada desde a antiguidade, consistente principalmente na intermediação do crédito.

1.2. HISTÓRICO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NO MUNDO

Podemos dizer que a atividade bancária se divide em três fases, sendo elas a fase embrionária, a institucional e a capitalista. Sendo que a primeira fase abrange toda a Antiguidade babilônica, hebréia, egípcia e greco-romana, quando aparecem as primeiras manifestações do comércio bancário. A fase institucional compreende a Idade Média e distingue um fato importante na História, que é a organização da atividade bancária sob forma de empresa, com o surgimento de instituições de crédito.

Já à fase capitalista, seria aquela que abrange o período da renascença aos dias atuais, assim, caracterizando-se pela aparição de grandes capitalistas banqueiros, que fizeram dos bancos empresas indispensáveis para a sobrevivência da economia moderna, a tal ponto de uma não sobreviver sem a outra.

Portanto, se utilizarmos da terminologia adotada temos na fase embrionária da atividade bancária, grande destaque da atuação do Estado e principalmente de

sacerdotes religiosos no recebimento de valores em depósito, empréstimos e mediando pagamentos.

Já na Babilônia, por exemplo, somente o Estado e o clero se ocupavam das operações bancárias. O palácio e o templo eram os lugares onde se concentravam a economia nacional, neles o súdito recolhia seu tributo, o agricultor depositava sua colheita e o comerciante, suas mercadorias.

Conforme analisado, Roma se expandiu de forma considerável, partindo de uma economia preponderantemente agrária, para grandes instalações comerciais, a contar que no século III a.C., Roma já contava com o comércio bancário, que era exercido por banqueiros particulares, demonstrando com isso seu avanço nos serviços bancários da época.

Como se pode notar pelas evidências do tempo remoto, desde as primeiras negociações comerciais fica-se declarada à existência de pessoas responsáveis em proporcionar empréstimos, guarda de valores e pagamentos.

A preocupação daqueles legisladores, principalmente da igreja, não se mostrou diferente da preocupação dos legisladores atuais, que sempre estiveram atentos quanto ao excesso de juros, mas a necessidade de se criar uma estrutura bancária nunca foi deixada de lado.

É correto também afirmar que a atividade bancária se mostrou necessária desde a antiguidade, uma vez que, embora o volume de negociações fosse pequeno, possibilitava o início da circulação do capital de forma organizada e também o fortalecimento da economia daquelas sociedades.

Podemos dizer que, em se tratando dos serviços bancários, destaca-se na antiguidade a preocupação dos viajantes que se encontravam mais expostos a assaltos, quando buscavam efetivar negócios fora de suas terras, surgindo daí a conveniente organização entre os cambistas como correspondentes, trocando débitos e honrando saques uns dos outros. Podemos dizer também que o desenvolvimento fez parte da fase denominada de institucional, processada nos séculos XII e XIII, quando surgiu o grande aumento demográfico, as cruzadas,

surgimento de cidades, entre outros fenômenos marcantes no progresso do comércio e da indústria.

Com todo este contexto histórico a institucionalização da atividade bancária tornou-se necessária, despontando no comércio a primeira instituição bancária no sentido moderno, o Banco de São Jorge, que iniciou suas atividades nos anos de 1147/1148, por iniciativa estatal, e que durou até 1797. Importante notar, pelas considerações feitas, que todos os funcionários do Banco deviam obrigatoriamente ser acionistas, a fim de ficarem vinculados à sorte do Banco, é importante também dizer que o Banco impunha o dever de total sigilo a seus empregados, os quais deviam jurar conservar em segredo tudo o que soubessem no que diz respeito aos atos e documentos da instituição.

Quanto à fase da atividade bancária denominada de capitalista, tornou-se evidenciada com a aparição dos grandes capitalistas banqueiros e a disseminação da empresa creditícia por diversos países do mundo. A Igreja, que outrora se mostrou inflexível à proibição da cobrança de juros, vendo os pobres obrigados a recorrer aos judeus ou qualquer cambista que concedia empréstimo sob penhor, sensibilizou-se com a situação, uma vez que não era interesse comum a concessão de empréstimos que não fosse a juros.

A participação da Igreja na economia, portanto, embora questionável quanto à sua necessidade, mostrou-se primordial para o fortalecimento da estrutura bancária mundial, crescendo em paralelo com o mercantilismo que se disseminava, passando a surgir, a partir desse momento, grandes Bancos privados semelhantes aos atuais, aumentando o número dessas instituições na inversa proporção em que a Igreja foi se desvinculando dessa atividade.

1.3. SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

O Sistema Financeiro Nacional teve sua origem em 1808, quando foi criado o 1º Banco do Brasil, conforme relata José Luiz de Souza:

Esse primeiro banco durou até a volta de D. João VI para Portugal, quando levou todo o ouro depositado no então BANCO DO BRASIL, que faliu logo a seguir. [...] O 2º BANCO DO BRASIL não chegou a entrar em funcionamento, e em 1845 foi fundado o 3º, quando tivemos um grande desenvolvimento nas intermediações financeiras, o que ocasionou, inclusive, a instalação de alguns bancos estrangeiros.

Os Bancos criados por iniciativas particulares começaram a surgir já em 1837 no Brasil, como foi o caso do Banco Comercial do Rio de Janeiro, seguindo-se do Banco Comercial da Bahia (1845), Banco Comercial do Maranhão (1846), Banco Comercial do Pará (1847).

Frente à consolidação das empresas bancárias de fato, fez-se necessária a participação efetiva do Estado brasileiro em estabelecer normas regulamentadoras de tais atividades.

Vários foram os diplomas legais produzidos para disciplinar a matéria bancária, a começar pelo Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850, o qual inclui entre os atos de comércio as operações bancárias. Depois dele, ainda seguiram diversos outros Decretos e Leis, os quais a referência não se faz necessária nesse momento, contudo, merece destaque a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, a qual continua em vigor até hoje, dispondo sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias do Brasil.

Todo cuidado do Estado para com os atos praticados pelos Bancos mostrou-se cada vez mais acurado com o passar do tempo, demonstrando com isso a constante preocupação em proporcionar um sistema financeiro capaz de sustentar a economia nacional.

Essa preocupação não é vista apenas no cenário nacional, mas em todo o Mundo, sendo exemplo prático disso a questão atual do gerenciamento de risco que passou a ser exigido pelas instituições financeiras, sendo implementados pelo Brasil através da Resolução nº 3.380, de junho de 2006, editada pelo Banco Central.

Assim, dentro dessa estrutura organizacional do Sistema Financeiro Nacional, traçada pelo artigo 1º da Lei nº 4.595/64, nos interessa neste trabalho, com

especialidade, as atividades exercidas pelas instituições financeiras referidas no inciso V daquele artigo, que passaremos a tratar em seguida.

1.4. ATIVIDADES BANCÁRIAS

A atividade bancária é, antes de tudo, atividade de intermediação de crédito, onde o banco capta recursos de um lado e confere crédito de outro.

Segundo o que diz o autor Roberto Quiroga Mosquera, podemos conceituar mercado financeiro da seguinte forma:

O mercado financeiro é o mercado da intermediação bancária ou intermediação financeira. Caracteriza-se pela interposição da entidade financeira entre aqueles que têm recursos disponíveis e aqueles que necessitam de crédito. A instituição financeira aparece como captadora de dinheiro junto ao público, para posterior cessão desses valores àqueles que precisam de financiamento. Daí porque tal mercado também é denominado mercado de crédito.

Declara ainda, o mesmo autor, que a atividade bancária não se limita apenas a receber e conferir crédito, como referenciado acima, mas abrange diversas outras atividades e, em especial, a prestação de serviços.

Nota-se que são diversas as atividades passíveis de serem exercidas pelos Bancos públicos e privados no Brasil, de modo que resta clara a extensão das atividades bancárias para além da intermediação de crédito.

No entanto, essa prestação de serviços deve ser considerada como função acessória dos Bancos, já que a intermediação de crédito é sua essência principal, como se denota pelo próprio histórico dos serviços bancários desde sua origem, até os dias atuais.

Em resumo, portanto, as operações bancárias podem ser classificadas em principais, que são aquelas pelas quais os Bancos exercem a atividade de negociação do crédito propriamente dito, ou em acessórias, que correspondem às prestações de serviços diversos feitos pelas instituições.

Podemos então exemplificar o que seriam, na prática bancária, as operações

essenciais, sendo elas, o depósito, a conta corrente, o empréstimo, o desconto, a antecipação, a abertura de crédito entre outras. Tendo também, as operações acessórias, que seriam a custódia de valores, o serviço de cofres de segurança, a cobrança de títulos, a prestação de informações entre outras.

Embora referida divisão seja importante sobre o ponto de vista econômico, no que diz respeito ao aspecto jurídico da responsabilidade civil, que é objeto de estudo no presente trabalho, tal divisão passa a ter pouca importância, uma vez que, independentemente da natureza jurídica de determinada atividade desenvolvida pelos bancos, a responsabilidade civil aplicável aos bancos em nada será alterada.

Como veremos mais adiante, o fundamento da responsabilidade civil dos bancos comerciais não se encontra na natureza jurídica da operação que se realiza, mas sim da atividade bancária como um todo, a qual envolve diversos fatores, mas todos eles intimamente ligados ao papel dos bancos no cenário financeiro, tais como os riscos da atividade, o controle das negociações por parte do banco, entre outros.

CAPÍTULO II – FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

2.1. CONCEITO DE RESPONSABILIDADE

O termo responsabilidade trazido pelo legislador civilista, por si só, não nos leva a uma compreensão exata quanto ao seu alcance na esfera jurídica, de modo que o instituto da responsabilidade civil deve ser analisado juntamente com os aspectos formais a ela atrelados, e que fazem surgir sua incidência, como veremos a seguir.

Buscando a definição da responsabilidade em seu sentido jurídico, Sérgio Cavalieri Filho concilia-a com o sentido etimológico do termo, esclarecendo que sua função é a de promover a recomposição do dano, vejamos:

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a idéia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa idéia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Clayton Reis descreve o assunto sobre o ponto de vista social, definindo a responsabilidade da seguinte forma:

A responsabilidade é, dessa forma, uma atividade da vida social, porque ela é o efeito da causa decorrente do comportamento da pessoa no meio social. Assim, não se poderá entender responsabilidade sem ação ou omissão da pessoa humana, que agindo em desconformidade com os regramentos prescritos pela ordem social, viola a esfera material ou imaterial de outrem, lesionando-o em seus direitos tutelados pela ordem jurídica.

Traçando as linhas iniciais da teoria da responsabilidade, ponderamos sobre o dever do agente em arcar com as conseqüências de seus atos, e afirmamos a idéia central, inspiradora dessa construção, reside no princípio multissecular do *neminem laedere* (a ninguém se deve lesar), uma das primeiras expressões do chamado direito natural. Prosseguindo ainda o pensamento de que a

responsabilidade civil em si, constitui a obrigação pela qual o agente fica obrigado a reparar o dano também causado a terceiro.

Deste modo, havendo a configuração da lesão a um bem jurídico de terceiro, a princípio incidirá a responsabilidade civil, a qual deverá ser imputada a quem deu causa ao evento, ficando assim obrigado a fazer o ressarcimento em favor do prejudicado. Considerando esse aspecto, vejamos o que diz o autor Silvio Rodrigues:

Realmente o problema em foco é o de saber se o prejuízo experimentado pela vítima deve ou não ser reparado por quem o causou. Se a resposta for afirmativa, cumpre indagar em que condições e de que maneira será tal prejuízo reparado. Esse é o campo que a teoria da responsabilidade civil procura cobrir.

Vários são os ramos do direito nos quais o instituto da responsabilidade se encontra presente, a título de exemplo podemos citar: responsabilidade penal, administrativa, tributária, trabalhista, mercantil, entre outras. Porém no presente estudo trataremos especificamente da responsabilidade civil, embora com ressalvas à responsabilidade disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor, uma vez que é aplicável às relações bancárias, conforme veremos em outro momento.

2.2. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

A responsabilidade contratual deriva de um vínculo jurídico entre as partes, enquanto que a responsabilidade extracontratual deriva puramente do ato ilícito. Delimitando o assunto vejamos o que ensina com clareza o autor Clayton Reis:

O dever de indenizar poderá resultar da responsabilidade contratual ou extracontratual. A primeira é consequência de uma relação obrigacional firmada entre as partes, decorrente do vinculum iuris, em que ocorreu o inadimplemento contratual culposos ou doloso em fase da regra insculpida no art. 1.056 do Código Civil (atual artigo 389 do Código Civil de 2002), obrigando o devedor a reparar as perdas e danos resultantes.

A responsabilidade extracontratual ou delitual, que possui importância neste estudo, decorre da violação de dever jurídico em razão da ação ou omissão do agente que resulta na produção de prejuízo patrimonial ou

extrapatrimonial a outrem, segundo prescrição contida no artigo 159 do Código Civil brasileiro (atual artigo 186 do Código Civil de 2002).

Não foi diferente o entendimento do autor Cézar Fiúza, tendo ele destacado que, tanto a responsabilidade contratual, como a extracontratual pode derivar de ato lícito ou ilícito, porém, na responsabilidade extracontratual, preponderam os atos intrinsecamente ilícitos. Quanto à responsabilidade contratual, aquele autor a define como sendo aquela que decorre da celebração ou da execução de um contrato.

Ainda na mesma linha de raciocínio vejamos o que diz o autor Cézar Fiúza em seus ensinamentos:

Uma pressupõe um ilícito contratual, que é o ato antijurídico que diz respeito à celebração ou à execução de um contrato. A outra pressupõe um ato intrinsecamente ilícito, desvinculado de qualquer contrato ou ato unilateral lícito, ou exercício de direito.

A contratual recebe tratamento genérico, mas também tópico, em cada um dos contratos e em cada modalidade de obrigações (dar coisa certa, dar coisa incerta, restituir coisa certa, fazer, não fazer, alternativas, cumulativas, solidárias etc.).

Podemos dizer também que é de suma importância diferenciar esses institutos também com relação ao momento em que surge o vínculo jurídico entre os sujeitos envolvidos, de modo que, na responsabilidade contratual, antes da obrigação de indenizar, existe, entre o inadimplente e seu co-contratante, um vínculo jurídico derivado da convenção, enquanto que na responsabilidade extracontratual, não existe nenhum liame jurídico entre o agente causador do dano e a vítima até que o ato daquele ponha em ação os princípios geradores de sua obrigação de indenizar.

2.3. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

A responsabilidade pelo dano tem como uma de suas bases a culpa do agente provocador, de modo que, via de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.

Se considerarmos apenas a responsabilidade subjetiva como norteadora da reparação de danos, teremos nas relações sociais sérios problemas para recompor o prejuízo da vítima. Portanto, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna. O desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento do maquinismo e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa.

Diante disso surgem em algumas situações específicas a necessidade de um mecanismo capaz de impor ao agente a obrigação de reparar o dano, independentemente da prova de sua culpa. Mas, se por um lado foi criado esse instituto como melhor forma de garantir à vítima seu direito à reparação do dano, por outro lado, garante ao autor do dano que a ele não será imputado o que não deu causa direta ou indiretamente. No entanto, observar-se aquilo que podemos denominar de mínimo necessário à legalidade da imposição da responsabilidade civil, pois, justifica-se a responsabilidade sem culpa, desde que não se obrigue a vítima a provar nada mais além do fato danoso e do nexo causal.

Sendo no Código Civil Brasileiro a responsabilidade subjetiva a regra, e a objetiva a exceção, esta última deve estar bem delineada pela norma, sob pena de faltar à segurança jurídica adequada em cada evento. Portanto, o legislador, assim como o intérprete, deve se utilizar de um critério para qualificar a responsabilidade em objetiva ou subjetiva, a fim de resolver qualquer dúvida e impor a responsabilidade que seja mais coerente ao caso concreto.

Na busca desse rumo correto à identificação e subsequente imposição da responsabilidade objetiva ao agente, estabeleceu Sílvio de Salvo Venosa:

Todas as teorias e adjetivações na responsabilidade objetiva decorrem da mesma idéia, como expusemos anteriormente ao presente tópico. Qualquer que seja a qualificação do risco, o que importa é sua essência: em todas as situações socialmente relevantes. O princípio do risco repousa na necessidade de segurança jurídica. Sob esse prisma, deve existir uma imputação ao agente, quer responda ele por culpa, na responsabilidade objetiva, quer responda pelo risco de sua atividade, na responsabilidade objetiva. Sem imputação da responsabilidade não haverá indenização.

Esclarecida a razão de ser da responsabilidade civil objetiva, outro importante ensinamento quanto à estrutura da responsabilidade objetiva assenta-se na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele veio o prejuízo.

2.4. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL

Tendo importante ligação à idéia de dano e dever de reparação, o legislador nacional, tratando especificamente da responsabilidade civil extracontratual, estabelece no artigo 927 do Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Traçando a definição do ato ilícito, afirma o legislador no artigo 186 Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Assim, dizemos que os atos ilícitos são praticados com desvio de conduta, em que o agente se afasta do comportamento médio, devendo submeter o lesante à satisfação do dano causado a outrem. E enumerando quatro elementos cuja conjugação considera necessários para que nasça o ato ilícito, sendo eles, a existência de uma ação, a violação da ordem jurídica, a imputabilidade e a penetração na esfera de outrem.

Portanto, podemos concluir que o ato ilícito subjetivo sempre é consequência de ato voluntário, sendo uma ação humana em que ocorreu violação de uma conduta imposta pela ordem jurídica e social. A violação deve ser intencional ou resultado de atitude culposa.

O ato ilícito, no entanto, é aquele praticado por um sujeito em desconformidade com o direito e capaz de gerar um dano a alguém. Vale destacar que tal ato ilícito, além de gerar uma obrigação de reparar o dano, representa o fato gerador da

responsabilidade civil, de modo que tal ato pode ser considerado a coluna cervical da teoria da responsabilidade.

2.4.1. Ação ou Omissão do Agente

A conduta do agente é primordial para que se possa aventar qualquer possibilidade de se impor a responsabilidade ao agente. Contudo, nada obsta que por ficção jurídica uma conduta de terceira pessoa seja também interpretada como sendo do agente responsável.

Nesse sentido, a obrigação do agente em indenizar pode decorrer de três situações, sendo elas, de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente, e ainda de danos causados por coisas que estejam sob a guarda deste.

Carlos Roberto Gonçalves, enumerando algumas situações em que se constata a responsabilidade por ato próprio previstos no Código Civil Brasileiro de 1916, mas aplicáveis ao Código atual, exemplificou, casos de ofensa à honra da mulher, de calúnia, difamação e injúria, de demanda de pagamento de dívida não vencida ou já paga e de abuso de direito.

O Professor citado acima, discorrendo sobre a responsabilidade por ato de terceiro declara:

[...] ocorre nos casos de danos causados pelos filhos, tutelados e curatelados, ficando responsáveis pela reparação aos pais, tutores e curadores. Também o patrão responde pelos atos de seus empregados. Os educadores, hoteleiros e estalajadeiros, pelos seus educandos e hóspedes. Os farmacêuticos, por seus prepostos. As pessoas jurídicas de direito privado, por seus empregados, e as de direito público, por seus agentes. E, ainda, aqueles que participam do produto do crime.

Conclui-se, portanto, que a responsabilidade civil é pessoal, arcando o causador do dano com as conseqüências de sua ação ou omissão. Porém, é possível que a conduta praticada por uma determinada pessoa recaia sobre outra, o seu responsável, desde que haja previsão legal para tanto, ou seja, desde que lei ou

contrato declare que essa terceira pessoa esteja sobre a responsabilidade daquele outro.

2.4.2. Culpa ou Dolo do Agente

A culpa está atrelada à falta de cuidado, atenção e, sobretudo, à ausência de premeditação na conduta; enquanto que o dolo, ao oposto da culpa, liga-se à intenção preordenada na conduta pelo agente.

Dos ensinamentos de Silvio Rodrigues extraímos:

Age com dolo aquele que, intencionalmente, procura causar dano a outrem; ou ainda aquele que, consciente das consequências funestas de seu ato, assume o risco de provocar o evento danoso.

Atua culposamente aquele que causa prejuízo a terceiro em virtude de sua imprudência, imperícia ou negligência. Aqui existe infração ao dever preexistente de atuar com prudência e diligência na vida social.

Quer seja o ato do agente doloso ou culposo, desde que seja ele ilícito, caracterizar-se-á o ato como tal, uma vez que, o efeito por qualquer deles gerado é sempre o mesmo, isto é, o dever de indenizar.

Vejamos o que diz Sergio Cavalieri Filho em se tratando do elemento culpa como acessório ao conceito de responsabilidade civil:

Observa que a teoria da indenização de danos só começou a ter uma colocação em bases racionais quando os juristas constataram, após quase um século de estéreis discussões em torno da culpa, que o verdadeiro fundamento da responsabilidade civil devia-se buscar na quebra do equilíbrio econômico-jurídico provocada pelo dano. A partir daí, conclui a tese de Ihering de que a obrigação de reparar nascia da culpa, e não do dano, foi-se desmoronando paulatinamente.

Para aquele autor a culpa não representa elemento primordial para caracterizar a responsabilidade civil, contudo, partilhamos do entendimento diverso, segundo o qual a culpa representa sim um dos elementos necessários para imputação da responsabilidade. Nesse sentido, ressalta Rui Stoco:

Se nos termos do caput do art. 927 desse Estatuto a obrigação de reparar só nasce quando se pratica ato ilícito, tal como definido no art. 187 (como se verifica da remissão a esta norma, contida no art. 927), e desse ato decorre um dano, não há como deixar de admitir que a culpa, queiram ou

não, ainda é o pressuposto fundamental da obrigação de reparar.

As exceções em maior número e abarcando outras hipóteses fáticas não contrariam a regra, e sim a confirmam.

Não obstante ser a culpa elemento importante na configuração da responsabilidade civil, cumpre observar ainda que, a análise da culpa será essencial para o magistrado aferir, no caso concreto, a quantia a ser indenizada, como se conclui pela redação do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Rui Stoco, fazendo referência sobre a noção de dever atrelada à definição de culpa, expõe o pensamento que:

A culpa é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Se o conhecia efetivamente e o violou deliberadamente, há delito civil, ou em matéria de contrato, dolo contratual. Se a violação do dever foi involuntária, podendo conhecê-la e evitá-la, há culpa simples, fora destas matérias contratuais, denomina-se quase delito.

Rui Stoco, delimitando a abrangência da culpa, prescreve:

A culpa, em sentido amplo, tanto pode ser a expressão da consciência e vontade dirigidas a um fim perseguido e querido, embora ilícito, como o descumprimento de um dever de cuidado ou de diligência em razão de aqodamento, de desídia ou de imperfeição técnica, ainda que sem intenção de prejudicar.

Evidentemente que a ação intencional e voltada para uma finalidade que o Direito repudia traduz o dolo, enquanto a inobservância do dever de cuidado, como esclarecido, torna a conduta culposa, posto que na culpa o fim colimado pelo agente é desimportante, assumindo relevância a forma imprópria com que atuou.

Portanto podemos dizer que a culpa, é o agir inadequado, equivocado, por força de comportamento negligente, imprudente ou imperito, embora o agente não tenha querido o resultado lesivo, desde que inescusável. Aliás, geralmente o seu objetivo é lícito, ausente a intenção de prejudicar. Quanto ao dolo, podemos dizer que é a consciência e vontade dirigidas a um fim ou resultado sempre ilícito e desconforme com o Direito. É a ofensa a um dever preexistente de forma consciente e desejada.

Diante do exposto até o momento conclui-se que, a denominação de delito está atrelada ao dolo, enquanto que quase delito, à culpa. Veja nesse sentido os esclarecimentos expostos por Sílvio de Salvo Venosa:

A culpa civil em sentido amplo abrange não somente o ato ou conduta intencional, o dolo, mas também os atos ou condutas eivados de negligência, imprudência ou imperícia, qual seja, a culpa em sentido estrito. Essa distinção entre dolo e culpa ficou conhecida no Direito Romano, e assim foi mantida no Código francês e em muitos outros diplomas, como delitos e quase delitos.

Como primeiro ponto a ser observado, temos a problemática da prova da culpa; já que em algumas situações pode se figurar difícil na prática para a vítima, fazer prova em juízo de que a culpa pelo dano foi causada pelo agente que efetivamente o causou. No entanto, a solução só poderá ser buscada diante do fato concreto pelo intérprete da lei, principalmente, o juiz.

Outro ponto que deve ser destacado, embora em paralelo com aquele primeiro, diz respeito à responsabilidade subjetiva e objetiva, pois o legislador nacional, embora tenha priorizado a regra da responsabilidade subjetiva, em alguns casos especificamente delineados ampliou tal responsabilidade para a objetiva.

Dissertando sobre essa divisão (responsabilidade subjetiva e objetiva), afirma Silvio Rodrigues:

A regra básica da responsabilidade civil, consagrada em nosso Código Civil, implica a existência do elemento culpa para que o mister de reparar possa surgir. Todavia, excepcionalmente, e em hipóteses específicas, nosso direito positivo admite alguns casos de responsabilidade sem culpa, ou de culpa irrefragavelmente presumida [...]. A regra contida no parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, consignadora, talvez, de uma tendência aparentemente audaz, no sentido de admitir em caráter genérico, mas com importantes restrições, responsabilidade sem culpa e informada da idéia de risco.

Estabelece o parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

Assim, embora a regra geral da responsabilidade subjetiva continue prevalecendo no direito civil brasileiro, consagrada no artigo 186 do Código Civil, excepcionalmente, poderá ser aplicada a responsabilidade objetiva, desde que a lei autorize e a situação concreta assim permita.

2.4.3. Relação de Causalidade

A relação de causalidade na responsabilidade civil, nada mais é que o nexo, o liame, existente entre a conduta do agente e o dano efetivamente sofrido pela vítima, em consequência daquela conduta.

Relação de causalidade, também denominada nexo de causalidade, consiste no vínculo ou, liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Quanto à necessidade de se provar a existência do nexo causal no caso concreto, quando tratar-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.

Ocorrendo o dano em decorrência de caso fortuito, força maior ou por culpa exclusiva da vítima, excluído estará o nexo causal. Nos primeiros dois casos, inexistente relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado danoso. Quanto ao último caso, também não aflora o dever de indenizar, porque se rompe o nexo causal.

Há duas teorias aplicáveis no direito quanto ao nexo causal, teoria da equivalência das condições e teoria da causalidade adequada.

Pela teoria da equivalência das condições, a causa, para que seja efetivamente considerada como causa, deve estar ligada de alguma forma ao efeito por ela gerado, pois tudo o que concorrer para o resultado é causa dele, vem em socorro da vítima, tentando resolver, na prática, o problema da relação causal, e tem o mérito da simplicidade. Vejamos o que diz Rui Stoco sobre tais teorias:

Para determinar se uma condição constitui “causa” do evento ou resultado procede-se eliminando in mente essa condição. Se, ainda assim, o resultado persistir, essa condição não será a causa. Ou, nas palavras de Hans Welzel: “Toda condição que não pode ser mentalmente suprimida sem que com ela desapareça o efeito, é causa”.

Rui Stoco perfilhando-se à teoria da causalidade adequada, ou da causa eficiente, como ele prefere denominar:

É o que se infere do art. 186 do CC, que dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, elegendo, assim, a causa eficiente para a eclosão do evento, ainda que outras tenham se interposto em momento antecedente ou posterior, este sim dando ensejo ao entendimento de que teria adotado a teoria da causa eficiente, que, para nós, é mais precisa e pertinente do que a teoria da causalidade adequada.

Sérgio Cavaliari Filho, sem se perfilhar a uma ou outra teoria, afirma sobre elas:

Não obstante as teorias existentes sobre o nexa causal e tudo quanto já se escreveu sobre o tema, o problema da causalidade, como ressaltamos, não encontra solução numa fórmula simples e unitária, válida para todos os casos. Na minha experiência de magistrado tenho constatado que este é um ponto onde se registra o maior número de divergência entre os julgadores de todos os graus. E assim é porque esta ou aquela teoria fornece apenas um rumo a seguir, posto que a solução do caso concreto sempre exige do julgador alta dose de bom-senso prático e da justa relação das coisas; em suma, é imprescindível um juízo de adequação, a ser realizado com base na lógica do razoável.

A busca do mais adequado conforme o caso concreto, para aferição do nexa causal, também foi a preocupação de Rui Stoco ao afirmar:

Enfim, independentemente da teoria que se adote, como a questão só se apresenta ao juiz, caberá a este, na análise do caso concreto, sopesar as provas, interpretá-las como conjunto e estabelecer se houve violação do direito alheio, cujo resultado seja danoso, e se existe um nexa causal entre esse comportamento do agente e o dano verificado.

Dessa verificação poderá concluir se a responsabilidade é de apenas um ou também de co-autores, do responsável solidário ou, ainda, do ofensor e da vítima, na hipótese de concorrência de culpas.

Assim, independentemente da teoria que se entende ser a mais adequada a ser utilizada, o mais importante sobre a relação de causalidade diz respeito à correta aplicação da lei e da justiça ao caso concreto, conforme a situação exija de uma ou outra forma.

CAPÍTULO III – DA RESPONSABILIDADE BANCÁRIA

3.1. ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS

Não há como negar que as Instituições Financeiras desenvolvem importante papel no cenário mundial, sendo necessária sua participação em grande parte das atividades comerciais, conforme exposto no primeiro capítulo do presente trabalho. Com isso, obrigam-se a promover operações bancárias das mais diversas, ocupando um espaço que lhes é inerente, mas que por outro lado as tornam suscetíveis a falhas.

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho afirma:

Por mais organizados que sejam os bancos, nessa infinidade de operações que realizam é possível ocorrer falhas no sistema que acarretem prejuízos aos clientes ou terceiros. Ora é o indevido pagamento de um cheque falsificado ou furtado, ora a irregular devolução de cheque por insuficiência de fundos, tornando freqüentes as ações contra bancos pleiteando indenizações por danos materiais e morais.

A responsabilidade contratual, portanto, se mostra como sendo a mais comum, pois é na relação com seus clientes que prevalece a maior parte das negociações bancárias. Contudo, a responsabilidade em relação a terceiros não pode ser deixada de lado, uma vez que a participação dessas empresas no mercado engloba situações fáticas e jurídicas que alcançam vasta gama de pessoas.

Não obstante essa divisão clássica da responsabilidade civil, como já exposto anteriormente, há ainda na doutrina outras importantes teorias para análise da responsabilidade e que podem, de igual modo a serem aplicadas aos Bancos conforme a situação autorize. Assim, passamos a discorrer sobre algumas dessas teorias.

3.1.1. Teoria da Culpa

Segundo essa teoria, a culpa representa o pressuposto do ato ilícito, preponderando à regra entabulada no artigo 927 do Código Civil, nos termos referenciados acima, quando foi tratada da responsabilidade civil subjetiva. Em suma, portanto, essa teoria analisa o grau de culpabilidade do agente causador do dano, obrigando-o a reparar o dano se o causou por sua ação ou omissão, quer tenha ela ocorrido de forma voluntária, negligente ou imperita.

Para bem explanar a responsabilidade lastreada na culpa, transcrevemos o exemplo dado com base nesta teoria, o gravame pelo pagamento de cheques falsos ou falsificados deve ser suportado pela parte que agiu culposamente, pondo-se em pé de igualdade Banco e cliente. Ora, pois, haverá de responder o Banco, ora haverá de responder o cliente, ora ambos, quando houver concorrência de culpas.

Diante disso tem-se, segundo essa teoria, que a responsabilidade incidirá sobre aquele que efetivamente causou o dano; sendo possível ainda, conforme o grau de culpabilidade, pesar a responsabilidade sobre uma ou ambas as partes envolvidas.

3.1.2. Teoria do Risco Profissional

Segundo a Teoria do Risco Profissional, a responsabilidade deriva do risco assumido pelo empreendedor em seus negócios, por si só, independentemente de qualquer análise de culpa.

Denota-se com isso que tal teoria tem como ponto nevrálgico da responsabilidade o simples risco do negócio por aquele que se dispôs laborar em determinada atividade, pouco importando o grau de culpa de uma ou outra parte envolvida, uma vez que, segundo essa teoria, aquele que desempenha a atividade comercial, no caso, a atividade bancária, detém o domínio da situação e sabe das

conseqüências de cada ato, devendo por isso assumir todo o risco do empreendimento.

Essa teoria, embora tenha como ponto particular a vantagem de uma das partes, a qual deve arcar com os riscos de seu negócio frente a terceiros, também pode ser interpretada como um braço da responsabilidade objetiva, pois em um ou outro caso, independerá da existência de culpa, conforme considerações feitas acima.

Há quem entenda, no entanto, que a Teoria do Risco não deve ser aplicada às atividades bancárias, baseando esse pensamento no fato de ser tal teoria um instituto extraordinário, a ser usado excepcionalmente, e apenas em relação a atividades de risco, com o sentido de atividades perigosas, incompatíveis com aquelas exercidas no ramo comercial dos bancos.

Pensando dessa forma, Rui Stoco diz que tal responsabilidade não deve ser aplicada às instituições financeiras e discorre:

Os bancos não exercem atividade de risco ou atividade perigosa que justifique a aplicação dessa teoria, que se traduz em exceção. Nem mesmo por presunção se pode considerar a atividade bancária como “atividade de risco” ou que essas instituições criem riscos aos seus clientes, de modo a ensejar a sua responsabilidade objetiva.

Em verdade, o que se cultuou durante largo tempo, foi a teoria do “risco profissional” (após o abandono da teoria da culpa), que se apóia no pressuposto de que o banco, ao exercer a sua atividade com fins lucrativos, assume o risco dos danos que der causa.

Contudo, na doutrina clássica, prevalece a teoria contratualista a qual segundo Sérgio Carlos Covello, dosa as duas correntes doutrinárias (culpa e risco profissional), buscando assim, um equilíbrio.

Orlando Gomes, sem especificar sobre a aplicação da teoria do risco aos Bancos, mas dissertando sobre a teoria, pondera sobre o perigo de sua utilização nos seguintes termos:

A teoria do risco, segundo a qual o devedor responde em todo caso pelos atos de terceiro, seja este culpado ou não, é de uma dureza excessiva. Tecnicamente, transformaria em ato temerário toda convocação de auxiliar. Do ponto de vista prático, facilitaria a fixação de responsabilidade nesses casos, mas a muitos repugna admitir a responsabilidade do devedor quando o terceiro tem culpa.

Tal entendimento mostra-se admissível, contudo, com o devido respeito aos doutrinadores que não admitem a aplicação da teoria do risco aos bancos,

entendemos que a outra parte da doutrina que entende aplicável tal teoria aos bancos parece estar com a razão.

A questão importante para definir a aplicação ou não dessa teoria aos Bancos é a identificação do que seria afinal referido risco e se os Bancos atuam sobre esse risco então definido.

A premissa que deve partir para formar a convicção sobre o que seria atividade de risco, entendemos ser a de que o risco tratado pela referida teoria, em primeiro lugar, não seria o mesmo que perigo, ou seja, não significaria uma circunstância que prenuncia um mal para alguém ou para alguma coisa.

Outra consideração a ser feita, é que o risco pode englobar o perigo ou não, de modo que a expressão risco equivale ao gênero da espécie perigo.

Nesse mesmo sentido, Vilson Rodrigues Alves dissertou:

Por pertinente, frise-se, é de manifesta equivocidade tomarem-se em sinonímia as expressões “atividade de risco” e “atividade perigosa”. Nas atividades de risco acham-se as atividades perigosas, todas elas, posto que não sejam as atividades de risco, elas todas, somente atividades perigosas como, por exemplo, as efetivadas por sociedade empresária cujo objeto social seja a fabricação de explosivos.

Prossegue ainda aquele jurista em seu estudo, esclarecendo sobre a aplicação da teoria do risco em face dos Bancos comerciais:

Se a sociedade empresária “por sua conta e risco”, desenvolve determinada atividade financeira, ficam as operações que nela pratique “sob sua inteira responsabilidade”, ainda que não seja ela atividade perigosa, mas atividade de que possa haver potencial dano ao cliente da instituição financeira, ou não.

Essa potencialidade do dano não condiz, rigorosamente, com “atividade perigosa”, porque o “risco” desse dano potencial decorre do que suscita a idéia de “segurança”.

Nesse sentido, afirme-se que as instituições financeiras, entre elas os bancos comerciais, ao desenvolverem suas atividades hão de fazê-lo com segurança para clientes e não-clientes, de modo a prevenir impiedosamente défices à sua esfera jurídica, inclusive jurídico-patrimonial, porque do contrário se submetem a responsabilidade civil.

Denota-se, portanto, que o risco é ínsito a toda atividade exercida com alguma potencialidade de causar lesão a outrem, como se depreende inclusive do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, que estabelece: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a

atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

O critério para identificar o grau de risco é traçado pelo artigo 2º da Resolução 2.682, de 21 de dezembro de 1999, de modo que fica clara a inafastabilidade do risco nas operações bancárias. Não se objetiva, com essa análise, impor aos bancos a responsabilidade lastreada no risco, pois por certo que não é este o enfoque da Resolução 2.682, contudo, também por meio dela, o Banco Central, órgão que exerce a maior autoridade sobre os bancos no Brasil, deixa claro que o risco encontra-se claramente ligado às operações bancárias, às vezes em maior grau, outras em menor grau de risco.

Nota-se entre as duas teorias apresentadas acima, que a primeira, pode se mostrar por demais, favorável aos bancos, no entanto, em algumas situações haverá de ser aplicada.

E a segunda, por mais que pareça, em uma primeira análise, sobretudo gravosa aos bancos, pode tranquilamente ser aplicada em relação a estas empresas, conforme se apresente determinada operação bancária como de risco ou não, podendo ser citado como exemplo de operação de risco, a compensação de cheques feita pelos bancos, que pelo grande número de títulos analisados para pagamento, tornam-se os bancos suscetíveis a falhas na referida compensação, seja pagando um cheque em valor divergente do real, sem conferência da assinatura do correntista, fraudado, ou por qualquer outro motivo que não justifique seu pagamento.

3.1.3. Teoria Contratualista

A Teoria Contratualista apresenta-se entre os extremos daquelas duas outras teorias, buscando o equilíbrio entre elas. Busca-se com a Teoria Contratualista alcançar maior proteção àquele que sofre o dano, ao mesmo tempo em que procura penalizar o agente provocador do dano, mas na exata medida de sua real responsabilidade.

Esta corrente de pensamento assume posição intermediária entre as duas outras teorias, estabelecendo uma presunção de culpa contra o Banco, a qual pode ser elidida pela prova de culpa do emitente.

Em linhas gerais, e na necessidade de enunciar um princípio de orientação global, o que eu entendo deva prevalecer é que nas relações do estabelecimento bancário com o cliente prevalece a tese da responsabilidade contratual.

Roberto Quiroga expõe o surgimento da teoria:

A verdade é que, malgrado o êxito inicial da teoria do risco, o seu rigor conceitual foi aos poucos sendo mitigado pelo aparecimento da teoria da responsabilidade extracontratual, baseada na relação de causalidade entre o dano ou prejuízo verificado e a culpa, em conseqüência do que passaram os tribunais a pesquisar este último fator nas querelas entre cliente e banqueiro.

Salientando sobre a importância da análise da culpa, que originou a criação da teoria, expõe seus comentários acerca da importância da culpa na identificação do verdadeiro responsável pelo dano decorrente da emissão de cheque falso:

Não tardou que se interpusesse entre as duas orientações uma posição intermediária chamada contratualística, conduzindo à conclusão da responsabilidade sistematicamente agravada do banqueiro, por presunções, porém suscetíveis de serem eliminadas por provas demonstrativas da culpa grave do cliente no evento do falsum.

Conclui-se, com isso, que a responsabilidade civil dos Bancos não deve ser analisada apenas sobre um enfoque, mas sim sobre a teoria que representar no caso concreto, maior grau de eficiência quanto à correta identificação do dano e seu causador. Análise esta que deve ser feita sempre que possível sob o crivo da culpa.

3.2. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Diante do exposto até esse momento, cumpre destacar que prepondera atualmente na doutrina, assim como nos Tribunais, entendimento segundo o qual a responsabilidade dos Bancos deve ser objetiva, respondendo pelos danos independentemente de culpa.

O Código Civil, em seus artigos 932, III e 933, estabelece a responsabilidade objetiva do empregador por atos de seus empregados, serviçais e prepostos, coadunando-se plenamente essa responsabilidade com as atividades exercidas pelos bancos, que se tornam responsáveis civilmente, independentemente de culpa, na qualidade de empregador.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor e a subsequente pacificação nos tribunais no sentido de que referido instituto deve ser aplicado aos bancos, a responsabilidade civil desses estabelecimentos passou a ser taxativamente classificada como objetiva, pautada agora no artigo 14 daquele ordenamento, que estabelece: “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”.

José Augusto Delgado rechaça qualquer distinção entre as espécies de operações bancárias, como critério para impor aos bancos a aplicação da norma consumerista, esclarecendo aquele autor:

Não me permito empregar qualquer interpretação restritiva aos dispositivos legais que compõem o Código de Proteção ao Consumidor, pelo fato de que ele tem por finalidade tornar efetiva uma garantia constitucional. A expressão *natureza bancária, financeira e de crédito*, contida no § 2º do art. 3º, não comporta que se firme referir-se, apenas, a determinadas operações de crédito ao consumidor. Se a vontade do legislador fosse essa, ele teria explicitamente feito a restrição, que, se existisse, daria ensejo a se analisar da sua ruptura com os ditames da Carta Magna sobre o tema.

Tratando da dualidade de prestação de serviço e oferta de produto nas operações bancárias, Sergio Cavalieri Filho é claro ao afirmar que em ambas existe relação de consumo, vejamos:

Qualquer que seja o ângulo pelo qual se examine a questão – quer como produto, quer como serviço –, não há fundamento jurídico que permita afastar a aplicação do Código do Consumidor das operações bancárias. Os bancos são empresas comerciais que captam recursos no mercado financeiro para redistribuir em operações de crédito. O produto da atividade bancária é o dinheiro e o crédito conferido ao cliente para ser utilizado no consumo de produtos e serviços. Só não haverá relação de consumo caso o devedor tome o dinheiro para repassá-lo.

Não deve ser outra a conclusão, senão de que a responsabilidade civil dos bancos, nos termos expressos pelo Código de Defesa do Consumidor, é objetiva.

Ademais, a responsabilidade objetiva deve preponderar em relação às operações bancárias não só em função do Código de Defesa do Consumidor, mas, como exposto anteriormente, também em decorrência da teoria do risco, respondem os bancos independentemente de culpa.

Portanto, a responsabilidade objetiva, sem indagação de culpa, por parte dos bancos, passou a ser a regra, seja por força do Código do Consumidor, das teorias do risco profissional e da guarda da coisa, seja, ainda, por decorrência do disposto nos artigos. 932, III, c.c. o art. 933 do CC.

Assim, seja qual for o ordenamento que se pretenda utilizar na busca da responsabilidade dos bancos diante de uma determinada operação bancária, ou seja, quer se tenha como parâmetro o Código Civil ou o Código de Defesa do Consumidor, cada um com seus critérios e institutos distintos, prevalecerá em relação aos bancos, no final, a responsabilidade objetiva, incidindo, portanto, independentemente de culpa.

Vejamos o que dispõe o STF sobre o assunto:

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA [ART. 3º, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL.

1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor.
2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito.
3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em 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.
4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro.
5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar

as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia.

6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. ART. 192, DA CB/88. NORMA-OBJETIVO. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR EXCLUSIVAMENTE PARA A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO.

7. O preceito veiculado pelo art. 192 da Constituição do Brasil consubstancia norma-objetivo que estabelece os fins a serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade.

8. A exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. ART. 4º, VIII, DA LEI N. 4.595/64. CAPACIDADE NORMATIVA ATINENTE À CONSTITUIÇÃO, FUNCIONAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ILEGALIDADE DE RESOLUÇÕES QUE EXCEDEM ESSA MATÉRIA.

9. O Conselho Monetário Nacional é titular de capacidade normativa --- a chamada capacidade normativa de conjuntura --- no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras, isto é, o desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro. 10. Tudo o quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional. 11. A produção de atos normativos pelo Conselho Monetário Nacional, quando não respeitem ao funcionamento das instituições financeiras, é abusiva, consubstanciando afronta à legalidade.

3.3. CAUSAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Superado qualquer questionamento quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos bancos, conforme exposto anteriormente, tratando-se das causas excludentes de responsabilidade civil, prescreve o § 3º, do artigo 14, daquele Código: “O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

O princípio basilar de referido dispositivo legal não é outro senão de que ninguém pode responder por aquilo que não tenha efetivamente dado causa, bem como, por

aquilo que não estava obrigado por qualquer vínculo contratual, seja ele subjetivo ou objetivo.

Tratando da culpa exclusiva da vítima, Sergio Cavalieri Filho esclarece que o fato exclusivo da vítima exclui o próprio nexos causal em relação ao aparentemente causador direto do dano, pelo que não se deve falar em simples ausência de culpa deste, mas em causa de isenção de responsabilidade.

Assim, sendo caso de culpa exclusiva da vítima, incidirá a quebra da causalidade, de modo que o agente relacionado diretamente com o dano, em verdade, não foi o efetivo causador, mas sim a própria vítima.

Outra causa de exclusão do nexos causal pode derivar de fato de terceiro, terceiro no sentido de que não seja a vítima ou o responsável. Predomina na doutrina e jurisprudência entendimento segundo o qual a responsabilidade decorrente de fato de terceiro assemelha-se com o caso fortuito e força maior. Portanto, conforme o caso concreto, estando presente no fato de terceiro a inevitabilidade e imprevisibilidade, resta configurada hipótese de exclusão da responsabilidade ao agente direto do evento, pois, tal qual na culpa exclusiva da vítima, ele foi apenas um *longa manus* do efetivo agente causador do dano.

Por fim, tratando-se do caso fortuito e força maior, como causa excludente da responsabilidade civil, estabelece no artigo 392 do Código Civil que o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

O Código Civil não faz distinção entre caso fortuito e força maior, de modo que, nos ensinamentos de Sergio Cavalieri Filho extraímos que a imprevisibilidade, portanto, é o elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, enquanto a inevitabilidade é o da força maior.

Por último, importante ainda destacar a advertência feita por Rui Stoco acerca de eventual incidência de culpa juntamente com caso fortuito, “o caso fortuito não pode jamais provir de ato culposos do obrigado, pois a própria natureza inevitável do acontecimento que o caracteriza exclui essa hipótese”.

Denota-se, portanto, que será apenas diante do caso concreto que se poderá aferir

a real situação ali presente. Assim, se imprevisível ou inevitável, e, somado a isso, houver ausência de culpa do responsável, não se mostra correta a imposição de responsabilidade. Por outro lado, se previsível, evitável ou caracterizada a culpa do responsável, a responsabilidade poderá ser imposta àquele que era responsável em evitar o dano.

3.4. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO QUANTO ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Inicialmente, cumpre observar que quando se trata especificamente da responsabilidade do Estado na fiscalização e controle dos atos praticados pelos bancos comerciais, é de suma importância identificar o órgão público responsável por tal controle.

Assim, conforme nos ensina Roberto Quiroga Mosquera, vemos no Conselho Monetário Nacional o órgão estatal máximo dentro do mercado financeiro e de capitais, sendo ele responsável por viabilizar a mobilização dos recursos financeiros na economia nacional, com o fim de promover o bem-estar social e o desenvolvimento da nação.

Esclarecendo sobre a função do Conselho Monetário Nacional na proteção da estabilidade da comunidade financeira, pontifica que tal órgão está obrigado a zelar pela liquidez e saúde financeira das instituições financeiras e, como consequência, da economia popular. Por fim, é o responsável por coordenar as políticas monetária, creditícia, orçamentária e fiscal.

Quanto ao Banco Central do Brasil, apresenta-se como sendo um dos braços do Conselho Monetário Nacional, atuando na fiscalização direta aos Bancos comerciais e outras empresas congêneres. Roberto Quiroga Mosquera define as funções desta autarquia federal da seguinte forma:

Como função primeira, o Banco Central do Brasil deve cumprir e fazer cumprir as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional. Suas atribuições, portanto, são derivadas da competência do referido colegiado. Enquanto o Conselho Monetário Nacional exerce função política, no que diz

respeito à moeda e ao crédito no País, o Banco Central do Brasil é órgão executivo, implementador de tais políticas.

Denota-se, portanto, que o poder de fiscalizar as instituições financeiras foi claramente atribuído ao Banco Central do Brasil, de modo que seria inconcebível atribuir a um determinado órgão a competência de fiscalizar, mas não lhe impor, em contrapartida, qualquer responsabilidade por eventual falha nessa fiscalização.

É basilar do direito que uma norma peremptória, como aquela que impõe a fiscalização das instituições financeiras ao Banco Central do Brasil, profere uma ordem, uma prescrição, a ser cumprida sob pena de sanção, pois, do contrário, restaria em uma norma desprovida de eficácia, conforme nos ensina Luiz Antonio Nunes:

A norma jurídica em si é sempre prescritiva; a sua essência é sempre um “dever-ser”. Não importa que, ao ser transposta para uma organização lingüística e lógica, tal como escrita num Código ou numa lei qualquer, a forma apresentada como resultado final não mostre nitidamente esse “dever-ser”.

Qualquer que seja a forma pela qual uma norma jurídica se mostre, guarda ela em sua natureza intrínseca, em sua essência, uma ordem que “deve ser” cumprida, sob pena de aplicação de uma sanção.

Na busca da definição dessa sanção específica ao Poder Público, encontramos importante lição proferida por Clayton Reis, lição esta que entendemos possível de ser aplicada, *in casu*, também com relação ao exercício da fiscalização pelo Banco Central do Brasil. O Poder Público possui a obrigação de não somente prevenir o dano, adotando as medidas necessárias para excluir o risco do usuário, tanto quanto, se responsabiliza igualmente pelas falhas do serviço público em virtude da ação lesiva dos seus servidores e funcionários.

Corroborando com este entendimento, naquela mesma obra, podemos citar uma importante decisão do Supremo Tribunal Federal: “A administração pública responde civilmente pela inércia em atenção a uma situação que exigia a sua presença para evitar a ocorrência danosa”.

Nelson Abrão faz uso de semelhante reflexão, porém, voltando sua atenção especificamente à atividade bancária, destaca esse autor a possibilidade de aplicação até mesmo da responsabilidade objetiva ao Estado. Ressalta ele a

importância da interferência do Banco Central do Brasil em alguns bancos que estejam em situação ruínosa, a fim de impor a ordem e estabilizar o mercado financeiro sempre que necessário e, em seguida, adverte:

Quando age contemplando operação prejudicial, ou quando se omite, na realidade deve o Banco Central responder pelos prejuízos causados, dentro da relação de causa e efeito, em face do dano que permite infundir aos investidores e poupadores. Cresce a tendência de se imputar ao Banco Central conotação de responsabilidade objetiva, isto é, mesmo que não demonstrada a culpabilidade estaria obrigado a indenizar pelo simples fato de ser agenciador e autoridade incumbida de rastrear os dados recebidos, evitando instabilidade ou intranquilidade que certamente causa quando demora em implementar as medidas inadiáveis para sanear as empresas em dificuldade.

Importante ainda destacar a colocação feita pelo autor acima quanto à prova da culpa, tendo como cenário a responsabilidade civil objetiva aplicável ao Banco Central do Brasil. Se a fiscalização e a vigilância tardam injustificadamente, em detrimento do consumidor e do mercado que confiou naquela empresa, indiscutível ponderar que a causa do dano proveio da conduta da autarquia federal.

Contudo, entende-se que se trata nesse caso de responsabilidade subjetiva do Estado, possível de ocorrer em caso de omissão por qualquer um de seus órgãos, não se aplicando, portanto, a responsabilidade objetiva neste caso. Assim, para a configuração de respectiva responsabilidade subjetiva, faz-se necessária a presença daqueles mesmos requisitos tratados anteriormente.

Celso Antonio Bandeira de Mello, discorrendo sobre a aplicação da responsabilidade subjetiva do Estado face à sua omissão assevera:

Quando o dano for possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só pode ser responsabilizado caso esteja obrigado a impedir o dano, isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

Assim, fica plenamente possível a responsabilização do Estado, através do Banco Central do Brasil, na condição de autarquia federal responsável pela fiscalização das instituições financeiras.

Essa responsabilização deve ser feita na forma subjetiva, nos termos da doutrina e jurisprudência dominantes, contudo, há corrente doutrinária que entende possível até mesmo a imposição da responsabilidade objetiva ao Estado, diante de omissão clara por parte daquela autarquia.

CAPÍTULO IV – ALGUMAS OCORRÊNCIAS BANCÁRIAS

4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Analizamos acima algumas considerações acerca da responsabilidade civil das instituições financeiras, contudo, veremos agora algumas situações normalmente vivenciadas pelas instituições, subseqüentemente a aplicação da respectiva responsabilidade àquelas empresas.

É muito importante destacar que, se tratando das operações bancárias diversas, a responsabilidade a ser imposta deve ser aplicada nos termos estabelecidos em norma específica, conforme a operação que vai ser realizada, como destaca Vilson Rodrigues Alves:

Se houve negócio jurídico entre o banco comercial e o cliente, aplica-se as regras jurídicas que lhe são pertinentes, correspondentes a cada operação, e.g., negócio jurídico de depósito, ou negócio jurídico de mandato, ou negócio jurídico de mútuo.

A responsabilidade civil, nessa hipótese, é qualificada como negocial, diversamente daquela que exsurge nas hipóteses de lesão a terceiros não clientes, com as particularidades impostas pela legislação sobre as instituições financeiras.

Assim, passamos doravante a analisar a responsabilidade civil dos bancos em algumas situações que consideramos relevantes quando se trata de serviço bancário.

4.2. COMPENSAÇÃO E PAGAMENTO DE CHEQUES

São inúmeras as atividades bancárias, mas podemos dizer que a mais usada tem sido a que se refere à compensação de cheques, isso por ser praticada por quase todos os correntistas.

Na compensação de cheques, portanto, as instituições financeiras conferem o devido pagamento àqueles títulos, desde que estejam em ordem para tanto, ou, se for o caso, devolvem-no pelo motivo respectivo, tudo nos termos da Resolução 1.682, de 31 de janeiro de 1990, expedida pelo Banco Central do Brasil.

Em se tratando da responsabilidade dos bancos com relação à conta aberta com documentos falsos e respectiva inclusão do titular em cadastro restritivo de crédito, devido à devolução de cheque por insuficiência de fundos, imputou ao banco a responsabilidade pelo fato do serviço, nos termos do artigo 14 pelo Código do Consumidor, haja vista que o verdadeiro titular só teve ciência da abertura de tal conta após a respectiva negativação do seu nome, de modo que aquela instituição financeira deveria ter tomado as cautelas necessárias, a fim de se evitar o dano à vítima.

A responsabilidade dos bancos na compensação de cheques, como se viu, é objetiva, haja vista que, entre outros motivos, os bancos detêm com exclusividade a especialidade na prestação de tal serviço, não podendo se eximir da obrigação de bem zelar pela correta compensação desses títulos. Nesse sentido, destaque-se o acórdão retro, que atribui ao banco a responsabilidade pelo fato do serviço, eximindo-o da responsabilidade objetiva tão somente no caso de culpa exclusiva de terceiro.

4.3. CONTAS DE DEPÓSITO

Igualmente comum às atividades bancárias é a abertura e movimentação de contas correntes ou poupanças junto aos bancos comerciais.

Vejamos o que diz o autor Sergio Cavalieri Filho sobre a natureza jurídica desse instituto:

O depósito bancário é de coisas fungíveis, também considerado irregular. O depositante, consoante o art. 645 do Código Civil, obriga-se a restituir coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade, razão pela qual se aplicam a esse contrato as disposições do mútuo. Este, por sua vez, transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, nos termos do art. 587 do Código Civil, por cuja conta correm todos os riscos desde a tradição.

Importa dizer 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.

O banco, portanto, passa a gerir referida verba depositada em seu próprio nome, assumindo a partir do depósito total responsabilidade na destinação que se dará ao numerário.

Denota-se, portanto, que a responsabilização dos bancos independentemente de culpa pode decorrer do risco da atividade, de falha no serviço, desídia dos prepostos, entre outros motivos; no entanto, cada caso deve ser analisado individualmente, de modo que nada impede que no campo das provas seja demonstrada, pela instituição financeira, a existência de alguma das excludentes previstas no artigo 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor.

4.4. DESCONTO DE TÍTULOS

Notadamente, as operações de desconto de títulos representam para os bancos grande parcela de suas operações. Neste serviço, os bancos antecipam o pagamento de vendas feitas a crédito no comércio, de modo que o credor do título recebe antecipadamente seu crédito.

O desconto bancário, portanto, se faz de suma importância para o bom desenvolvimento das atividades do comércio e indústria, pois acaba por representar uma espécie de mútuo com simplificada formalização, onde na maior parte das vezes a principal garantia oferecida é o próprio título, transferido ao banco através de endosso translativo.

Tratando-se, portanto, da incidência da responsabilidade civil aos bancos nas operações de desconto de títulos, ponto primordial a ser analisado é a legitimidade dos títulos descontados, se providos de lastro comercial ou não.

Importante observar, ainda no que diz respeito à responsabilidade dos bancos, que pode haver situação semelhante à operação de desconto de títulos, mas que se refere à simples cobrança de títulos, também feitas pelas instituições financeiras.

Embora no caso de cobrança de títulos os bancos atuem como meros mandatários, promovendo a cobrança por força de um contrato de prestação de serviços, a responsabilidade civil das instituições financeiras se assemelha com a operação de desconto, pois, eventual cobrança ou protesto de título desprovido de lastro negocial que o origine, representará dano passivo de ser indenizado, com aplicação da responsabilidade objetiva aos bancos, sem prejuízo de responsabilidade solidária entre o banco e o emitente do título ilegal.

Dessa forma, quando o banco recebe um título de crédito, seja para formalizar operação de desconto de títulos, ou para simples cobrança, deverá atentar quanto à existência de lastro que justifique a emissão daquele título, pois, no caso de cobrança de título sem comprovação da entrega do serviço, responderá também a instituição financeira pela responsabilidade civil, na forma objetiva, frente ao lesado, devido à respectiva cobrança indevida ou protesto indevido.

4.5. INCLUSÃO INDEVIDA EM ÓRGÃO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO

Independentemente da operação bancária que se realize, tais como a emissão de cheques ou assinatura de contratos diversos, as instituições financeiras estão propensas a promoverem cobranças indevidas.

Esclarecendo de forma prática como são feitos os registros públicos de dívida, Antônio Carlos Efiging traz a seguinte lição:

As instituições financeiras utilizam e alimentam as informações constantes dos bancos de dados. Exemplos mais comuns são: o CCF do BACEN (Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos do Banco Central do Brasil), o CADIN do BACEN (Cadastro de Informativo do Banco Central), o SERASA (Centralização de Serviços Bancários S/A), o SPC (Serviço de Proteção ao Crédito), entre outros sistemas de cadastros criados e mantidos, em sua maioria, por instituições financeiras ou comerciais, atendendo a seus interesses.

As informações constantes destes cadastros têm importância para as relações comerciais, tomando forma de verdadeiro auxiliar do comércio, vez que têm função eminentemente seletiva. No entanto, o desvirtuamento destes institutos fez com que essa função seletiva se tornasse função depreciativa e opressiva, quando do arquivamento em cadastros e posterior veiculação de informações indevidas e abusivas acerca de consumidores que, muitas vezes, deparam-se com registros que dão conta de sua

inadimplência quando isso não ocorreu verdadeiramente, criando dificuldades e prejuízos para esse consumidor (pessoa física ou jurídica).

Assim, caso o banco promova algum apontamento indevido em cadastros restritivos, pelo próprio risco que é inerente a essa atividade, como esclarecemos anteriormente, nascerá à responsabilidade do agente bancário em reparar respectivo dano.

O fato de os bancos lidarem diariamente na concessão de créditos faz com que respectivas cobranças se tornem da mesma forma comuns, daí dizer-se aplicável a teoria do risco profissional aos bancos, pois há relação direta da atividade profissional dos bancos com o risco constante que assumem, no caso de eventual negativação indevida do nome de pessoas que não devem nada.

Dessa forma, a teoria a ser adotada na responsabilização aos bancos diante de inclusão indevida de nome em órgão restritivo de crédito pode variar, contudo, a base de tal responsabilidade continua sendo a mesma, a da responsabilidade objetiva.

4.6. ASSALTO EM AGÊNCIA

A Lei 7.102, de 20 de junho de 1983, que dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores e dá outras providências, traz em seu artigo 1º o seguinte enunciado: “É vedado o funcionamento de qualquer estabelecimento financeiro onde haja guarda de valores ou movimentação de numerário, que não possua sistema de segurança aprovado pelo Banco Central do Brasil, na forma desta Lei”.

Assim, referida Lei obriga os bancos a implantarem o sistema de vigilância, já que tal medida de proteção se mostra necessária à segurança do patrimônio existente nos bancos, assim como das pessoas que ali trabalham e circulam diariamente.

Como bem observa Sergio Cavalieri Filho:

Esse sistema de segurança inclui pessoas adequadamente preparadas – vigilantes; alarme capaz de permitir, com segurança, comunicação entre o banco e o órgão policial mais próximo ou empresa de vigilância; equipamentos eletrônicos e de filmagem que possibilitem a identificação dos assaltantes; artefatos que retardem a ação dos criminosos; cabina blindada com permanência ininterrupta de vigilante durante o expediente para o público etc.

Depreende-se desses dispositivos que a lei, em razão dos riscos inerentes à atividade bancária, criou para as instituições financeiras um dever de segurança em relação ao público em geral, que não pode ser afastado nem mesmo pelo fato doloso de terceiro, assumindo o banco, nesse particular, uma responsabilidade fundada no risco integral.

A responsabilidade dos bancos decorrente de assalto em agência, portanto, não pode ser entendida como um fato de terceiro ou mesmo caso fortuito, haja vista que a ocorrência de assalto faz parte do risco próprio de uma instituição responsável em guardar patrimônios de expressivos valores.

CONCLUSÃO

Inicialmente, procurou-se mostrar a origem axiológica do termo banco. Nesse mesmo contexto, demonstrou-se que, embora a intermediação de crédito tenha estado presente no Mundo desde os tempos mais remotos, foi principalmente na Itália que se desenvolveu o conceito que mais se aproxima do que hoje se denomina de bancos comerciais, não se fazendo distinção no presente trabalho quanto ao termo banco, banco comercial ou instituição financeira.

Pela teoria da culpa, a responsabilidade fundamenta-se na culpabilidade do agente, de modo que cabe ao lesado demonstrar, mesmo que por indícios, a negligência, imperícia ou imprudência da outra parte, para que incida a obrigação de reparar o dano.

A teoria do risco apresenta-se como uma inovação diante do alto grau de imputação de responsabilidade que ela apresenta, no entanto, diante da atividade desenvolvida pelos bancos, mostra-se plenamente possível de ser aplicada, haja vista o risco daquele serviço.

Importante destacar que há divergência doutrinária acerca da aplicação da teoria do risco aos bancos, entendendo-se, por essa doutrina divergente, que a teoria do risco somente se aplicaria às atividades ditas perigosas, e que nada têm a ver com a atividade comercial bancária. Por fim, complementam os juristas que convergem para a adoção deste pensamento, que a teoria do risco nada mais é que a teoria da responsabilidade objetiva, de modo que esta sim deve ser aplicada aos bancos.

Ademais, pode-se inclusive afirmar que o risco é inerente às atividades bancárias, fato este de plena ciência do banqueiro quando remete um cheque à câmara de compensação entre outros milhares de títulos, quando recebe um título para desconto bancário por sistema eletrônico de comunicação com seus clientes, entre outras situações que de igual modo têm implícito o risco da atividade.

Pela teoria contratualista adota-se posição intermediária entre as duas outras teorias. Primeiramente, por essa teoria, estabelece-se uma presunção de culpa contra o banco, contudo, tal presunção poderá ser elidida se a instituição comprovar a culpa da parte adversa.

A responsabilidade objetiva apresenta-se como regra nas atividades bancárias, seja em função da teoria do risco, prevista no parágrafo único, do artigo 927, do Código Civil, ou seja, por força dos artigos 932, III e 933, do mesmo ordenamento, estabelecendo esses dois últimos a responsabilidade do empregador pelos atos de seus empregados. Além disso, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, prevê também a aplicação desta mesma responsabilidade, a qual independe de culpa da instituição financeira.

A responsabilidade do Estado para com as instituições financeiras é de fiscalizar e zelar para que a atuação no mercado seja ordeira e lícita, segundo as regras gerais de direito, bem como aquelas específicas do mercado financeiro, ditadas pelo próprio agente fiscalizador, qual seja, o Banco Central do Brasil.

Dentre algumas situações vivenciadas pelos bancos na prestação dos serviços bancários, destacamos: a compensação e pagamento de cheques, a abertura e movimentação de contas de depósito, o recebimento de títulos para desconto, a inclusão indevida do nome de pessoas em órgão de restrição ao crédito, e o assalto em agência bancária.

A base objetiva da responsabilidade, portanto, não será alterada em relação aos bancos, pois, como se pode observar por alguns exemplos apresentados, o alicerce da estrutura bancária não muda. Independentemente da forma como ele atua, independentemente da operação bancária que realiza, independentemente das partes envolvidas, e, independentemente dos meios empregados, a responsabilidade será objetiva.

A estrutura das instituições financeiras, portanto, se apresenta como prestação de serviços bancários, de modo que tal atividade atrai para si os riscos próprios de tal serviço, não sendo possível dissociá-la da responsabilidade objetiva.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson, Direito Bancário, 12. ed. atual. por Carlos Henrique Abrão, São Paulo: Saraiva, 2009.

ALVES, Vilson Rodrigues, A Responsabilidade dos Estabelecimentos Bancários, t. I, v. I, 3. ed., Campinas, Sp: Servanda Editora, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, Curso de Direito Administrativo, 12^a ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sergio, Programa de responsabilidade civil, 8. ed., 3. reimpr., São Paulo: Atlas, 2009.

COVELLO, Sérgio Carlos, Contratos bancários, 4. ed. rev. e atual, São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2001.

DELGADO, José Augusto, Interpretação dos Contratos Regulados pelo Código de Proteção ao Consumidor, Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 8, nº 2, 1996.

EFING, Antônio Carlos, Contratos e Procedimentos Bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor, 1. ed., 2. tir., São Paulo: RT, 1999.

FIUZA, César, Direito Civil: Curso Completo, 12. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto, Responsabilidade Civil : Doutrina, Jurisprudência, 6. ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 1995.

MOSQUERA, Roberto Quiroga, Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais, São Paulo : Dialética, 1998.

NOBREGA, Adalberto. “Da moeda ao ativo financeiro: uma leitura jurídica do ouro”. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

NUNES, Luiz Antonio, Manual de Introdução ao Estudo do Direito, São Paulo : Saraiva, 1996.

REIS, Clayton, Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral. Rio de Janeiro : Forense, 2002.

RODRIGUES, Silvio, Direito Civil, v. 4. Responsabilidade Civil, 20. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1 -2002) – São Paulo: Saraiva, 2003.

SOUZA, José Luiz de, Mercado Financeiro: Conhecimentos Bancários. – Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

STOCO, Rui, Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência, 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais.

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/760371/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2591-df-stf>