

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXVII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

PAULO GLINKA FRANZOTTI DE SOUZA

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

**CURITIBA
2009**

PAULO GLINKA FRANZOTTI DE SOUZA

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Dr. Clayton Reis.

**CURITIBA
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

PAULO GLINKA FRANZOTTI DE SOUZA

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2009.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I – FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DAS RELAÇÕES COMERCIAIS BANCÁRIAS.	
1.1. <i>Banco</i> – Sentido da Palavra.....	8
1.2. Breve Histórico das Instituições Financeiras no Mundo.....	9
1.3. Do Sistema Financeiro Nacional.....	14
1.4. Das Atividades Bancárias.....	16
CAPÍTULO II – FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	
2.1. Conceito de Responsabilidade.....	19
2.2. Da Responsabilidade Contratual e Extracontratual.....	21
2.3. Da Responsabilidade Objetiva e Subjetiva.....	23
2.4. Da Responsabilidade Extracontratual.....	25
2.4.1. Da Ação ou Omissão do Agente.....	28
2.4.2. Da Culpa ou Dolo do Agente.....	29
2.4.3. Da Relação de Causalidade.....	33
2.4.4. Do Dano Experimentado Pela Vítima.....	36
CAPÍTULO III – DA RESPONSABILIDADE BANCÁRIA.	
3.1. Aspectos Gerais da Responsabilidade Civil dos Bancos.....	37
3.1.1. <i>Teoria da Culpa</i>	39
3.1.2. <i>Teoria do Risco Profissional</i>	40
3.1.3. <i>Teoria Contratualista</i>	45
3.2. Da Responsabilidade Objetiva e o Código de Defesa do Consumidor.....	47
3.2.1. Analogia com os Serviços Públicos.....	49
3.3. Causas Excludentes de Responsabilidade.....	51
3.4. Breves Considerações Acerca da Responsabilidade do Estado Quanto às Instituições Financeiras.....	54
CAPÍTULO IV – ALGUMAS OCORRÊNCIAS BANCÁRIAS	
4.1. Considerações Iniciais.....	58
4.2. Compensação e Pagamento de Cheques.....	59
4.3. Contas de Depósito.....	63
4.4. Desconto de Títulos.....	68
4.5. Inclusão Indevida em Órgão de Restrição ao Crédito.....	72

4.6. Assalto em agência.....	76
5. CONCLUSÃO	79
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	85

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem a intenção de apurar a responsabilidade civil das instituições financeiras, a qual, via de regra será objetiva, contudo, busca-se analisar 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 sucintamente, 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 almejados.

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

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar a Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras frente às suas atividades comerciais, apurando o risco de algumas dessas atividades, a fim de defini-las dentro do parâmetro dual de responsabilidade civil, qual seja, da responsabilidade objetiva e subjetiva.

Embora se pretenda no trabalho encontrar uma regra geral da Responsabilidade Civil das empresas bancárias diante da legislação nacional, aplicável à maior parte de tais atividades bancárias, algumas exceções à regra também são apontadas, buscando demonstrar a versatilidade do instituto para alcançar a máxima proteção possível às partes envolvidas em tais negociações.

Assim, embora a regra entabulada pelo Código Civil, pela legislação consumerista, ou 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-se citar até mesmo a aplicação da responsabilidade administrativa aos bancos.

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

Note-se que o tema envolve assunto de grande interesse social, sobretudo pela necessidade cada vez mais proeminente de participação dessas empresas no

mercado em todo o mundo moderno, sendo raras as pessoas (físicas e jurídicas) que não figuram ou figurarão como clientes ou usuários de referidos bancos comerciais.

CAPÍTULO I – FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DAS RELAÇÕES COMERCIAIS BANCÁRIAS.

1.1. Banco – Sentido da palavra.

Sendo objeto de estudo do presente trabalho a **Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras**, comumente denominadas de *Bancos* (palavra empregada com inicial maiúscula, por referir-se ao sentido de empresa), faz-se importante destacar a origem de referido termo, o qual deriva da expressão germânica *bank*, empregada inicialmente apenas no sentido de uma pequena elevação, passando a ser utilizada pelos italianos como *banco* ou *banca* para significar *mesa*, 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 referir-se tanto ao local como ao marco significativo do ato, sobretudo pela publicidade dos negócios ali realizados.

Nesse sentido, ensina Genésio de Almeida Moura¹ que Banco, como estabelecimento de crédito:

Vem do italiano *banca*, e este, por sua vez, de *banco*, móvel que serve de assento, também, mesa... Daí, igualmente, entre nós, *banca de jogo*, *banca de advogado*, no sentido de mesa de uma ou de outra coisa. A banca nasceu do hábito de exporem os cambistas o seu dinheiro em *bancos*, à

¹ MOURA, Genésio de Almeida apud COVELLO, Sérgio Carlos, Contratos bancários, 4. ed. rev. e atual, São Paulo : Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2001, p. 13.

vista do público. Com o prestígio da terminologia italiana na vida comercial, a forma se espalhou rapidamente pelos países cultos.

Analisando a origem germânica, Gilberto Nóbrega² assevera:

A raiz germânica indica pequena elevação, suspensão ou semelhante, como se vê, ainda, em *Sandbank*, *Korallenbank* (banco de areia, banco de coral), por exemplo. O móvel denominado *Bank* (*die Bank*, plural *die Bänke*; não confundir com *die Banken*) é, pois, uma pequena elevação, digamos banco ou mesa.

Sérgio Carlos Covello³, pormenorizando o assunto esclarece:

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* (*banco rotto*, de *bank rott*), 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.

Superada a análise etimológica da expressão *Banco*, conclui-se que referido termo, embora empregado inicialmente pelos italianos, veio a definir uma prática comercial já utilizada desde a antiguidade, consistente precipuamente na intermediação do crédito.

1.2. Breve Histórico das Instituições Financeiras no Mundo.

Sérgio Carlos Covello⁴ divide a atividade bancária em três fases: *embrionária*, *institucional* e *capitalista*. Segundo aquele autor, “a primeira fase abrange toda a

² NÓBREGA, Gilberto, Depósito Bancário, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1966 apud COVELLO, Sérgio Carlos, Contratos bancários, 4. ed. rev. e atual, São Paulo : Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2001, p. 14.

³ COVELLO, Sérgio Carlos, Contratos bancários, 4. ed. rev. e atual, São Paulo : Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2001, p. 14.

Antiguidade babilônica, hebréia, egípcia e greco-romana, quando despontam as primeiras manifestações do comércio bancário”. A fase *institucional*, “compreende a Idade Média e tem a distingui-la um fato importante na História: a organização da atividade bancária sob forma de empresa, com a fundação de instituições de crédito”. Quanto à fase *capitalista*, ou moderna, seria aquela que abrange o período “da Renascença aos nossos dias, caracterizando-se pela aparição de grandes capitalistas banqueiros, que fizeram dos bancos empresas indispensáveis para a sobrevivência da economia moderna a tal ponto de esta não poder conceber-se sem aqueles”.

Assim, utilizando-nos da terminologia adotada por Sérgio Carlos Covello, temos na fase *embrionária* da atividade bancária grande destaque à atuação Estatal e, principalmente, de sacerdotes religiosos no recebimento de valores em depósito, empréstimos e mediando pagamentos.

Na Babilônia, por exemplo, destaca aquele jurista⁵: “somente o Estado e o clero se ocupavam das operações bancárias. O palácio e o templo eram os lugares onde se concentrava a economia nacional: neles o súdito recolhia seu tributo, o agricultor depositava sua colheita e o comerciante, suas mercadorias”.

Não era diferente a atividade bancária exercida pelo povo hebreu, que reconhecia no empréstimo a juros algo comum, embora tenha sido limitada a cobrança de juros por Moisés, legislador de Israel sobre a orientação Divina, o qual estabeleceu: “A teu irmão não emprestarás com juros, seja dinheiro, seja comida ou qualquer coisa que é costume se emprestar com juros. Ao estrangeiro emprestarás com juros, porém a teu irmão não emprestarás com juros...⁶”.

⁴ Op. cit., p. 16.

⁵ Idem, ibidem, p. 16 e 17.

⁶ Deuterônimo, Cap. 23, vers. 19 e 20 primeira parte.

Nesse mesmo sentido, podemos extrair outra referência Bíblica à atividade bancária e respectiva cominação de juros, esta dada pelo próprio Cristo, que, na “parábola dos talentos”, felicita o homem diligente e que colhe os frutos de seu trabalho, ao passo que desaprova o homem improdutivo, proferindo contra este último a seguinte reprimenda: “Cumprira, portanto, que entregasses o meu dinheiro aos banqueiros, e eu, ao voltar, receberia com juros o que é meu⁷”.

Conforme se extrai dos estudos de Sérgio Carlos Covello⁸, Roma, por seu turno, expandiu-se sobremaneira, partindo de uma economia preponderantemente agrária, para consideráveis implementações comerciais, de modo 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.⁹

Como se pode observar pelas evidências do tempo remoto, desde as primeiras negociações comerciais estampou-se a existência de pessoas (políticas, religiosas ou particulares) 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

⁷ Mateus, Cap. 25, vers. 27.

⁸ Op. cit., p. 20.

⁹ COVELLO, Sérgio Carlos, citando o aspecto jurídico da inovadora legislação romana à época, menciona em sua obra (*Contratos Bancários*, p. 21 e 22) algumas normas que deviam ser observadas: “a) somente os homens podiam exercer o comércio bancário. A condição de cidadão romano, todavia, era dispensável; b) o *Codex accepti et expensi* servia como instrumento hábil para provar pagamentos, quer dizer, gozava de fé pública; c) os banqueiros ficavam obrigados a exibir seus livros nas causas de terceiros, pois eles possuíam força probante; d) os argentários concluíam seus negócios publicamente no foro e, desta feita, o lugar do negócio, como também a clientela, constituíam valor ideal da empresa. Em conseqüência, a posse do local do negócio (fundo de comércio) era considerada mais que um aluguel, pois o banqueiro tinha direito de prosseguir suas transações no lugar habitual e, ao vender o seu fundo de comércio, transferia também esse direito; e) a política bancária romana conhecia certo dirigismo, pois que os Bancos permaneciam sob a supervisão do Prefeito; f) o crédito sofria certa direção, sendo colocado a serviço da política conjuntural; g) os interesses eram disciplinados. A lei das XII Tábuas estabelecia que o juro máximo anual devia ser de 8,75%, e o credor que exigisse taxa superior deveria devolver ao devedor o quádruplo do excesso ilegalmente solicitado. No ano de 347 a.C. a *Lex Genuncia* proibiu os interesses, aplicando penalidade para quem os cobrasse. Justiniano estabeleceu o limite máximo dos juros para 6% nos empréstimos comuns e 8% nos empréstimos comerciais”.

atentos quanto aos excessos de juros, mas a necessidade de se criar uma estrutura bancária nunca foi deixada de lado.

Certo também nos parece afirmar que a atividade bancária mostrou-se necessária desde a antiguidade, uma vez que, embora o volume de negociações fosse pequeno (comparado ao atual), possibilitava o início da circulação do capital de forma organizada e o subsequente enrijecimento da economia daquelas sociedades.

Aramy Dornelles da Luz¹⁰, tratando dos serviços bancários na antiguidade destaca a preocupação dos viajantes que se encontravam suscetíveis a assaltos, quando buscavam efetivar negócios fora de suas terras, exurgindo daí a conveniente organização entre os cambistas como correspondentes, “trocando débitos e honrando saques uns dos outros”. Esse jurista não esclarece com precisão o momento de tal organização bancária, mas na lição de Sérgio Carlos Covello¹¹ extrai-se que tal desenvolvimento fez parte da fase que ele denomina de *institucional*, processada nos séculos XII e XIII, quando eclodiu grande aumento demográfico, as cruzadas, surgimento de cidades, entre outros fenômenos marcantes no progresso do comércio e da indústria¹².

Diante desse cenário 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, conforme esclarece Sérgio Carlos

¹⁰ LUZ, Aramy Dornelles da, *Negócios Jurídicos Bancários: curso de direito bancário: o banco e seus contratos*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 1999, p. 7.

¹¹ Op. cit., p. 22.

¹² COVELLO, Sérgio Carlos, conferindo destaque às feiras medievais, que, segundo ele, “desempenharam papel de relevo na estrutura econômica deste período, especialmente no desenvolvimento da atividade bancária”, esclarece (*in Contratos Bancários*, p. 23): “O comércio nelas realizado tinha feição cosmopolita e a época do seu apogeu foi a do comércio errante. Para facilitar os pagamentos a distância, os comerciantes criaram a letra de câmbio que evitou os riscos devidos ao transporte de dinheiro, tornando-se excelente instrumento de crédito, pois as letras eram compradas pelos banqueiros, mediante a dedução de comissão, dando origem, assim, à operação de desconto”.

Covello¹³, iniciou suas atividades nos anos de 1147-1148, por iniciativa estatal, e cuja duração perdurou até 1797. Interessante notar, pelas considerações feitas pelo referido autor, que “todos os funcionários do Banco deviam obrigatoriamente ser acionistas, a fim de ficarem vinculados à sorte do Banco”, e ainda pondera: “o Banco impunha o dever de segredo a seus empregados, os quais deviam jurar conservar em sigilo tudo o que soubessem concernente aos atos e documentos da instituição”.

Após este surgiram outros Bancos, de modo que a institucionalização da atividade bancária estava iniciada, difundindo-se com isso, de forma ampla no comércio, os primeiros passos de um colosso.

Quanto à fase da atividade bancária denominada por Sérgio Carlos Covello de *capitalista*, no entendimento daquele autor, tornou-se evidenciada com “a aparição dos grandes capitalistas banqueiros e a disseminação da empresa creditícia por diversos países do mundo¹⁴”. A Igreja, segundo o mesmo autor, que outrora se mostrou inflexível à proibição da cobrança de juros, vendo os pobres obrigados a recorrer aos judeus (já que aquela proibição não lhes alcançava) 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.

Prossegue ainda aquele autor, pontificando ter sido criado pela Igreja, nesse cenário, os chamados *montes pietatis*, que se destinava a emprestar dinheiro e mercadorias aos pobres¹⁵, financiando e fazendo prosperar a indústria e o comércio,

¹³ Op. cit., p. 24.

¹⁴ Idem, ibidem, p. 25.

¹⁵ Exemplo de que aquele conceito de banco pode ser contextualizado para os dias atuais é que, recentemente, Muhammad Yunus (autor do livro: *O Banqueiro dos Pobres*) ficou mundialmente conhecido por ter sido premiado, em 10 de dezembro de 2006, em Oslo, na Noruega, juntamente com seu Banco de Microcrédito Grameen, com o Prêmio Nobel da Paz. “O Comitê do Nobel justificou a escolha em razão de sua contribuição para a paz, feita por meio dos esforços em prol do desenvolvimento econômico e social de Bangladesh a partir das bases, mediante a criação de programas econômicos inovadores, como o microcrédito, que ajudaram a tirar milhões de pessoas da

além de proporcionar um bem-estar que deixava de ser um perigo para se tornar um estilo de vida. “As artes e o luxo foram redescobertos e os empréstimos de dinheiro, até então condenados ou vistos com maus olhos, tornaram-se imprescindíveis para garantir os costumes da época¹⁶”.

A participação da Igreja na economia, portanto, embora questionável quanto à sua necessidade, mostrou-se primordial para a massificação 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. Do 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 Souza¹⁷. Esclarecendo ainda aquele professor acerca da continuidade dos serviços bancários à época:

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.

pobreza extrema. O Comitê do Nobel assim sintetizou sua decisão: *a paz duradoura não pode ser atingida a menos que grandes grupos da população encontrem formas de sair da pobreza*” (COUTINHO, Alexandre, Muhammad Yunus O Banqueiro dos Pobres, disponível em: http://www.bancodopovo.sp.gov.br/statico/arquivos/bpp_download_005.pdf, acesso em 29 set. 2009, p. 1).

¹⁶ Op. cit., p. 26.

¹⁷ SOUZA, José Luiz de. Mercado Financeiro: Conhecimentos Bancários. – Rio de Janeiro : Impetus, 2003, p. 2.

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), conforme cataloga Sérgio Carlos Covello¹⁸.

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

Diversos 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. Após ele seguiram-se 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.

Referido diploma legal cria o Conselho Monetário Nacional, estabelecendo em seu art. 1º a estrutura do sistema Financeiro Nacional, que é constituída: *I - do Conselho Monetário Nacional; II - do Banco Central do Brasil; III - do Banco do Brasil S. A.; IV - do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico; V - das demais instituições financeiras públicas e privadas.*

O zelo 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.

¹⁸ Op. cit., p. 27.

Tal preocupação, não se mostra apenas no cenário nacional, mas em todo o Mundo, sendo exemplo prático disso a questão atual do *gerenciamento de riscos* exigida por organismos internacionais às instituições financeiras e implementada 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, interessa-nos ao presente trabalho, com especialidade, as atividades exercidas pelas instituições financeiras referenciadas no inciso V daquele artigo, as quais passaremos a tratar em seguida.

1.4. Das 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.

Roberto Quiroga Mosquera¹⁹, conceituando *mercado financeiro* em um primeiro momento afirma:

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*.

¹⁹ MOSQUERA, Roberto Quiroga, *Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais*, São Paulo : Dialética, 1998, p. 17.

Declara ainda, aquele mesmo autor²⁰, que a atividade bancária não se limita apenas à receber e conferir crédito, como referenciado acima, mas abrange diversas outras atividades e, em especial, a prestação de serviços.

É de se notar que são diversas as atividades passíveis de serem exercidas pelos Bancos públicos e privadas 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.

Nelson Abrão²¹, estudando esse assunto, busca em Ferri (Giuseppe Ferri, *Manuale di diritto Commerciale*, Turim, 1971, p. 680.) brilhante ensinamento, o qual prescreve:

A atividade atual dos bancos resulta de uma dúplici categoria de operações: aquelas essenciais à função que é própria dos bancos (exercício do crédito), e que consistem, de um lado, na coleta dos capitais junto aos poupadores (operações passivas) e, de outro lado, na distribuição dos capitais (operações ativas); aquelas que consistem na prestação de determinados serviços (chamados serviços bancários) a favor do público e que, não obstante a notabilíssima relevância assumida na prática, econômica e juridicamente desempenham uma função apenas acessória e complementar.

Ainda no que se refere à divisão da atividade bancária em principal e acessória, prossegue Nelson Abrão²², citando as considerações feitas por Giacomo Molle (*I Contratti Bancari*, cit., p. 24-5):

Devemos porém distinguir entre os contratos bancários aqueles que são típicos da empresa bancária e aqueles que tal não são, não obstante conexos com a atividade profissional dela (as chamadas operações acessórias). Vem assim, a campo a distinção feita há tempo pela doutrina

²⁰ Op. cit., p. 19.

²¹ ABRÃO, Nelson, *Direito Bancário*, 12. ed. atual. Por Carlos Henrique Abrão, São Paulo : Saraiva, 2009, p. 61.

²² MOLLE, Giacomo, *I Contratti Bancari*, cit., p. 24-5 apud ABRÃO, Nelson, op. cit., p. 61.

entre operações bancárias típicas ou fundamentais e operações bancárias acessórias.

Em síntese, portanto, as operações bancárias podem ser classificadas em *principais* (também denominadas de *essenciais* ou *fundamentais*), que são aquelas pelas quais os Bancos exercem a atividade de negociação do crédito propriamente dito, ou *acessórias*, que correspondem às prestações de serviços diversos feitos por aquelas instituições.

Nomeando algumas dessas atividades, exemplifica Nelson Abrão²³ o que seriam, na prática bancária, as *operações essenciais*: “o depósito, o redesconto, a conta corrente (passivas); o empréstimo, o desconto, a antecipação, a abertura de crédito etc”. E para ele, as *operações acessórias* seriam: “a custódia de valores, o serviço de cofres de segurança, a cobrança de títulos, a prestação de informações etc”.

Embora referida divisão seja importante sobre o ponto de vista econômico, no que atine ao aspecto jurídico da responsabilidade civil, que é objeto de estudo no presente trabalho, tal divisão passa a ter pouco 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.

²³ Op. cit., p. 62.

CAPÍTULO II – FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

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 Filho²⁴ 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 Reis²⁵, analisando o assunto sobre o ponto de vista social, define 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.

²⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio, Programa de Responsabilidade Civil, 6. ed. revista, aumentada e atual. Malheiros, 2005, p. 24.

²⁵ REIS, Clayton, Aula Ministrada no Curso de Especialização da Escola da Magistratura do Paraná, no 1º Semestre do ano de 2009, p. 6.

Rui Stoco²⁶, traçando as linhas iniciais da teoria da responsabilidade, pondera sobre o dever do agente em “arcar com as conseqüências” de seus atos, e preleciona: “A idéia central, inspiradora dessa construção, reside no princípio multissecular do *neminem laedere* (a ninguém se deve lesar), uma das expressões primeiras do denominado *direito natural*”. E prossegue aquele Professor: “... responsabilidade civil... em nosso entender, constitui a obrigação pela qual o agente fica adstrito a reparar o dano causado a terceiro”.

Destarte, havendo a configuração da lesão a um bem jurídico de terceira pessoa, a princípio incidirá a responsabilidade civil, a qual deverá ser imputada àquele que deu causa ao evento, obrigando-se por sua vez ao ressarcimento em favor do prejudicado. Considerando esse aspecto, afirma Silvio Rodrigues²⁷:

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.

Diversos são os ramos do direito nos quais o instituto da responsabilidade encontra-se presente, a título exemplificativo podemos citar: responsabilidade penal, administrativa, tributária, trabalhista, mercantil, consumerista, entre outras. Porém, no presente trabalho trataremos especificamente da responsabilidade civil, embora com ressalvas à responsabilidade disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor, uma vez ser aplicável às relações bancárias, conforme trataremos em momento oportuno.

²⁶ STOCO, Rui, Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência, 7ª. edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 127.

²⁷ 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, p. 6.

2.2. Da responsabilidade Contratual e Extracontratual

A responsabilidade contratual deriva de um vínculo jurídico entre as partes, enquanto que a responsabilidade extracontratual deriva puramente do ato ilícito.

Clayton Reis²⁸, delimitando o assunto ensina com clareza da seguinte forma:

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 culposamente ou dolosamente em face 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 de César Fiúza²⁹, 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”, razão pela qual a denomina de “responsabilidade delitual ou aquiliana”³⁰. Quanto à responsabilidade contratual, aquele autor a define como sendo aquela “que decorre da celebração ou da execução de um contrato”.

²⁸ REIS, Clayton, Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral. Rio de Janeiro : Forense, 2002, p. 35.

²⁹ FIUZA, César, Direito Civil: Curso Completo, 12. ed, revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 279.

³⁰ Idem, ibidem, citando WARNKÖNIG. *Institutionis iuris romani privati*. 4. ed., p. 278, prescreveu: “A denominação responsabilidade aquiliana tem raízes históricas milenares. Por volta do final do século III a.C., um Tribuno da Plebe de nome Aquilius, dirigiu uma proposta de lei aos Conselhos da Plebe, com vistas a regulamentar a responsabilidade por atos intrinsecamente ilícitos. Foi votada a proposta e aprovada, tornando-se conhecida pelo nome de *Lex Aquilia*. A *Lex Aquilia* era na verdade plebiscito, por ter origem nos Conselhos da Plebe. É lei de circunstância, provocada pelos plebeus que, desse modo, se protegiam contra os prejuízos que lhes causavam os patrícios, nos limites de suas terras. Antes da Lei Aquília imperava o regime da Lei das XII Tábuas (450 a.C.), que continha regras isoladas”.

Prossegue ainda César Fiúza³¹, tecendo seus comentários sobre essa bipartição da responsabilidade:

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.), a aquiliana recebe tratamento mais genérico, raramente tópico, pelo menos no Direito Civil.

Não é diferente o entendimento de Sergio Cavalieri Filho³² ao afirmar:

Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.

Conclui-se, portanto, que o ato ilícito gerador da responsabilidade civil tanto pode derivar da transgressão a um dever contratual como na relação *ex delicto*. Na primeira situação será tratado pelo instituto da responsabilidade civil *contratual* e, na segunda, da *extracontratual*.

A distinção dos institutos também foi feita pelo legislador pátrio, conforme bem ensina Silvio Rodrigues³³ (*in Direito Civil, v. 4. Responsabilidade Civil*): “Poder-se-ia dizer que, enquanto o art. 186, conjugado com o art. 927, do Código Civil disciplina, genericamente as consequências derivadas da responsabilidade aquiliana, o art. 389 do mesmo Código cuida dos efeitos resultantes da responsabilidade contratual”³⁴.

³¹ Op. cit., p. 279.

³² Op. cit., p. 15.

³³ Op. cit., p. 8.

³⁴ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Por fim, conforme se extrai do estudo de Silvio Rodrigues³⁵ (*in Direito Civil, v. 4. Responsabilidade Civil*), importante diferenciar os dois institutos também em relação ao momento em que surge o vínculo jurídico entre os sujeitos envolvidos, de modo que, na *responsabilidade contratual*, “... antes de a obrigação de indenizar emergir, existe, entre o inadimplente e seu co-contratante, um vínculo jurídico derivado da convenção”, enquanto que na *responsabilidade extracontratual* (ou *aquiliana*), “... nenhum liame jurídico existe 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. Da Responsabilidade Objetiva e Subjetiva

A responsabilidade (pelo dano) tem como uma de suas bases a culpa do agente provocador, de modo que, conforme relata Sergio Cavalieri Filho³⁶, “... 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 considerássemos apenas a responsabilidade subjetiva como norteadora da reparação de danos, teríamos nas relações sociais sérios problemas para recompor a vítima de seu prejuízo. Nesse sentido, bem contextualiza Sérgio

Parágrafo único. 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.

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

³⁵ Op. cit., p. 9.

³⁶ Op. cit., p. 16.

Cavaliere Filho³⁷: “... 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”.

Frente a isso surge, 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, qual seja, a responsabilidade objetiva.

Mas, se por um lado foi criado esse instituto como forma de melhor garantir à vítima seu direito à reparação do dano (conforme Rui Stoco³⁸), por outro lado, garante-se ao autor do dano que a ele não será imputado o que não deu causa (direta ou indiretamente). Assim, há que se observar aquilo que podemos denominar de **mínimo necessário à legalidade da imposição da responsabilidade civil**, pois, conforme traz Sílvio de Salvo Venosa³⁹, justifica-se a responsabilidade sem culpa, “... desde que não se onere a vítima a provar nada mais além do fato danoso e do nexa causal”.

Sendo no Código Civil Brasileiro a responsabilidade *subjetiva a regra*, e a *objetiva a exceção*, conforme Rui Stoco⁴⁰, esta última deve estar bem delineada pela norma, sob pena de faltar a segurança jurídica adequada em cada evento. Para

³⁷ Idem, ibidem, p. 16.

³⁸ Op. cit., p. 157, assevera: “E, realmente, a teoria subjetiva da culpa já não era suficiente para solucionar todas as hipóteses surgidas. A necessidade de maior proteção da vítima fez nascer a culpa presumida, de sorte a inverter o ônus da prova e solucionar a grande dificuldade daquele que sofreu um dano demonstrar a culpa do responsável pela ação ou omissão”.

³⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo, Direito Civil : Responsabilidade Civil, 4. ed., São Paulo : Atlas, 2004. (Coleção Direito Civil; v. 4), p. 20.

⁴⁰ Op. cit., p. 158, ponderou: “Embora a responsabilidade subjetiva continue sendo a regra que informa a responsabilidade civil no Código Civil, como se verifica no art. 186, que conceitua o ato ilícito e constitui o seu suporte e espinha dorsal, não é mais sobranceira ou única nesse Estatuto. Em inúmeras passagens, mas sempre com previsão expressa, ele dispõe acerca de hipóteses pontuais de responsabilidade sem culpa. E essa tendência é progressiva. Todavia, no Código do Consumidor a responsabilidade objetiva é a regra, assim como em outras importantes leis especiais”.

tanto, o legislador, assim como o intérprete, deve utilizar-se de um critério para qualificar a responsabilidade em objetiva ou subjetiva, a fim de solver 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 Venosa⁴¹:

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, **quando a prova da culpa é um fardo pesado ou intransponível para a vítima, a lei opta por dispensá-la**. 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 (os grifos não constam no original).

Esclarecida a razão de ser da responsabilidade civil objetiva nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa (conforme parágrafo anterior), temos na lição de Rui Stoco⁴² 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 emanou o prejuízo”.

2.4. Da Responsabilidade Extracontratual

Atrelado à idéia de dano e dever de reparação, o legislador nacional, tratando especificamente da responsabilidade civil extracontratual, estabelece no artigo 927

⁴¹ Op. cit., p. 21.

⁴² Op. cit., p. 157.

do Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

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

Do ensinamento de Rui Stoco⁴³ extraímos que os atos ilícitos são praticados “com desvio de conduta – em que o agente se afasta do comportamento médio do *bonus pater familiae...*”, devendo “submeter o lesante à satisfação do dano causado a outrem”. E conclui aquele jurista, enumerando quatro elementos cuja conjugação considera necessários para que nasça o ato ilícito: “a existência de uma ação; a violação da ordem jurídica; a imputabilidade; a penetração na esfera de outrem”.

Silvio Rodrigues⁴⁴ (*in Direito Civil, v. 1. Parte Geral*), sintetizando o assunto explica: “... ato ilícito é aquele praticado com infração a um dever e do qual resulta dano para outrem. Dever legal, ou dever contratual”.

Clayton Reis⁴⁵ (*in Aula Ministrada no Curso de Especialização da Escola da Magistratura do Paraná, no 1º Semestre do ano de 2009*), pormenorizando sobre a origem do ato ilícito subjetivo ensina: “Portanto, poderemos concluir que o ato ilícito subjetivo sempre é consequência de ato voluntário - 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”. E complementa referido Professor: “O artigo 186 do CCB-2002 se refere a um **ATO VOLUNTÁRIO** omissivo ou comissivo em relação à ordem jurídica” (os destaques constam no original).

⁴³ Op. cit., p. 127.

⁴⁴ RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil, v. 1. Parte Geral*, 26. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) – São Paulo : Saraiva, 2003, p. 300.

⁴⁵ Op. cit., p. 7.

O ato ilícito, portanto, 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 redundar na 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.

Partindo-se das premissas suso transcritas, conclui-se que o ato ilícito deve ser considerado como fonte de obrigação, conforme importante lição de Clayton Reis⁴⁶ (*in Aula Ministrada no Curso de Especialização da Escola da Magistratura do Paraná, no 1º Semestre do ano de 2009*):

Nessa linha de raciocínio, o ato ilícito é fonte de obrigação – quem causa dano tem o dever de indenizar – é a superação da fase primitiva da vingança – lei de Talião: “*Olho por olho, dente por dente*”. Iniciou a partir da **LEX AQUILIA**, com fundamento na regra **DAMMUN INJURIA DATUM**, conseqüência de quem causasse dano ao patrimônio de alguém (os destaques constam no original).

Ainda pelas lições de Clayton Reis, em sua obra *Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral*⁴⁷, unindo o ato ilícito à responsabilidade civil, sintetiza: “A responsabilidade civil, como já observado, é o resultado da ação ou omissão do agente na prática do ato ilícito, já que a culpa é pressuposto da responsabilidade civil, e esta é conseqüência de uma conduta censurável”.

Pelo exposto até aqui e conjugando-se os artigos 186 e 927 do Código Civil, constata-se, portanto, que são quatro os requisitos ou pressupostos da responsabilidade civil aquiliana, nas palavras de Silvio Rodrigues⁴⁸ (*in Direito Civil, v. 4. Responsabilidade Civil*): i) ação ou omissão do agente; ii) culpa ou dolo do agente; iii) relação de causalidade; e iv) dano experimentado pela vítima.

⁴⁶ Op. cit., p. 9.

⁴⁷ Op. cit., p. 34.

⁴⁸ Op. cit., p. 14.

2.4.1. Da 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 diapasão, conforme nos ensina Silvio Rodrigues⁴⁹ (*in Direito Civil, v. 4. Responsabilidade Civil*), a obrigação do agente em indenizar pode decorrer de três situações: "... 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 Gonçalves⁵⁰, 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; de abuso de direito".

O Professor referenciado acima⁵¹, 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.

⁴⁹ Idem, ibidem, p. 15.

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto, *Responsabilidade Civil : Doutrina, Jurisprudência*, 6. ed. atual. e ampl., São Paulo : Saraiva, 1995, p. 26.

⁵¹ Idem, ibidem, p. 26.

Quanto à *responsabilidade por danos causados por coisas e animais que estejam sob a guarda do agente*, declara Carlos Roberto Gonçalves⁵²: “... é, em regra, objetiva: independe de prova de culpa. Isto se deve ao aumento do número de acidentes e de vítimas, que não devem ficar irressarcidas, decorrente do grande desenvolvimento da indústria de máquinas”.

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 (ação ou omissão) praticada por uma determinada pessoa (animal ou coisa) 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 (animal ou coisa) esteja sobre a responsabilidade daquele outro.

2.4.2. Da 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.

Da elucidativa lição de Silvio Rodrigues⁵³ (*in Direito Civil, v. 1. Parte Geral*) extraímos:

Age com dolo aquele que, intencionalmente, procura causar dano a outrem; ou ainda aquele que, consciente das conseqüências 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.

⁵² Op. cit., p. 26.

⁵³ Op. cit., p. 304.

Quer seja o ato do agente doloso ou culposo, desde que seja ele *ilícito*, caracterizar-se-á o ato como tal, uma vez que, nas palavras de Silvio Rodrigues⁵⁴ (*in Direito Civil, v. 4. Responsabilidade Civil*): "... o efeito por qualquer deles gerado é sempre o mesmo, isto é, o dever de indenizar".

Sergio Cavalieri Filho⁵⁵, tratando do elemento culpa como acessório ao conceito de responsabilidade civil, traz a seguinte lição de Antônio Montenegro:

Observa o insigne Antônio Montenegro 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 (Ressarcimento de danos, 4ª. Ed., p. 11).

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 Stoco⁵⁶:

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. Ao contrário, 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, o quantum indenizatório, como se conclui pela redação do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil: "Se houver excessiva

⁵⁴ Op. cit., p. 305.

⁵⁵ Op. cit., p. 36.

⁵⁶ MONTENEGRO, Antônio, Ressarcimento de danos, 4ª. Ed., p. 11 apud STOCO, Rui, op. cit., p. 132.

desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”.

Rui Stoco⁵⁷, fazendo referência a Savatier (*Traité de la Responsabilité Civile*, v. 1, n. 4) sobre a “noção de dever” atrelada à definição de culpa, expõe o pensamento desse jurista: “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 Stoco⁵⁸, 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.

Ainda pelos ensinamentos de Rui Stoco⁵⁹ extraímos importante definição de culpa: “A culpa, *stricto sensu*, 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, segue aquele autor em sua definição: “... o dolo..., 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”.

⁵⁷ Op. cit., p. 132.

⁵⁸ Idem, ibidem, p. 133.

⁵⁹ Op. cit., p. 133.

Diante do exposto até o momento conclui-se que, a denominação de *delito* está atrelada ao dolo, enquanto que *quase delito*, à culpa. Veja-se nesse sentido os esclarecimentos trazidos por Sílvio de Salvo Venosa⁶⁰:

A culpa civil em sentido amplo abrange não somente o ato ou conduta intencional, o dolo (*delito*, na origem semântica e histórica romana), mas também os atos ou condutas evitados de negligência, imprudência ou imperícia, qual seja, a culpa em sentido estrito (*quase-delito*). 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, diante do exposto neste tópico, 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, mormente, 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 dicotomia (responsabilidade subjetiva e objetiva), assevera Silvio Rodrigues⁶¹ (*in Direito Civil, v. 4. Responsabilidade Civil*):

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.

⁶⁰ Op. cit., p. 28.

⁶¹ Op. cit., p. 17.

Estabelece o parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente e 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. Da 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.

Silvio Rodrigues⁶² (*in Direito Civil, v. 4. Responsabilidade Civil*), traçando as regras gerais da responsabilidade civil pondera: “Princípio geral de direito, informador de toda a teoria da responsabilidade, encontrado no ordenamento jurídico de todos os povos civilizados e sem o qual a vida social é quase inconcebível, é aquele que impõe a quem causa dano a outrem o dever de o reparar”.

Relação de causalidade, também denominada *nexo de causalidade*, conforme nos ensina Sílvio de Salvo Venosa⁶³. consiste no vínculo ou “[...] liame que une a

⁶² Op. cit., p. 30.

⁶³ Op. cit., p. 45.

conduta do agente ao dano... É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano...”.

Prossegue ainda aquele jurista⁶⁴ em seu discurso quanto à necessidade de se provar a existência do nexa causal no caso concreto: “Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexa causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexa causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida”.

Não obstante isso, ocorrendo o dano em decorrência de *caso fortuito*, *força maior* ou por *culpa exclusiva da vítima*, excluído estará o nexa causal. Nos primeiros dois casos, “... inexistente relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado danoso”. Quanto ao último caso (*culpa exclusiva da vítima*), “... também não aflora o dever de indenizar, porque se rompe o nexa causal”, consoante se extrai de Sílvio de Salvo Venosa⁶⁵.

Há duas teorias aplicáveis no direito quanto ao nexa causal, *teoria da equivalência das condições* (ou da *equivalência dos antecedentes*) e *teoria da causalidade adequada*.

Pela *teoria da equivalência dos antecedentes*, *equivalência das condições* ou ainda, da *conditio sine qua non*, defendida inicialmente por Von Buri, a causa, para que seja efetivamente considerada como causa, deve estar ligada de alguma forma ao efeito por ela gerado, conforme bem explica Rui Stoco⁶⁶: “... 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...”. E prossegue:

⁶⁴ Op. cit., p. 45.

⁶⁵ Idem, ibidem, p. 45.

⁶⁶ Op. cit., p. 151.

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” (cf. Zamproga Matielo. *Responsabilidade Civil do Médico*. Sagra Luzzatto, 1998, p. 75).

Já a *teoria da causalidade adequada*, busca uma relação mais próxima entre causa e efeito, de modo que por essa teoria a relação entre elas deve ser intrínseca.

Nesse sentido, Rui Soco⁶⁷ discorre:

Segundo essa teoria, “causa” será o antecedente não só necessário, mas, ainda, adequado à produção do resultado. Assim, ao contrário da “teoria da equivalência”, nem todas as condições serão consideradas causa, mas tão-somente aquela que for a mais apropriada a produzir o resultado, ou seja, aquela que, de acordo com a experiência comum, for a mais idônea à realização do evento danoso.

Rui Stoco⁶⁸, perfilhando-se à *teoria da causalidade adequada*, ou da *causa eficiente*, como ele prefere denominar assevera:

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 Cavellieri Filho⁶⁹, sem se perfilhar a uma ou outra teoria, assevera 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*.

⁶⁷ Op. cit., p. 151.

⁶⁸ Idem, ibidem, p. 151.

⁶⁹ Op. cit., p. 52.

A busca do mais adequado conforme o caso concreto, para aferição do nexo causal, também foi a preocupação de Rui Stoco⁷⁰ 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 nexo 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 entenda mais adequada a ser adotada, o 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.

2.4.4. Do Dano Experimentado Pela Vítima

Dano não é outra coisa senão o efetivo prejuízo suportado pela vítima, prejuízo este que pode se concretizar de diversas formas, mas, seja como for, representará o dano em seu sentido jurídico da expressão.

“Dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico”, conforme Sílvio de Salvo Venosa⁷¹.

Sergio Cavalieri Filho⁷², define dano como sendo “... a subtração ou diminuição e um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um

⁷⁰ Op. cit., p. 152.

⁷¹ Op. cit., p. 33.

⁷² Op. cit., p. 71.

bem patrimonial, que se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como sua honra, a imagem, a liberdade etc". Tecendo ainda comentários sobre a inexistência de responsabilidade civil sem dano, assevera aquele autor⁷³:

Sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil. Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que ressarcir. Daí a afirmação comum praticamente a todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo mas, também, determinante do dever de indenizar.

Temos pois o dano, seja ele material ou moral, como mais um dos elementos indispensáveis à formação da responsabilidade civil.

Assim, havendo a conjugação de todos os elementos apresentados acima, quais sejam, a conduta do agente (ação ou omissão), culpa ou dolo, relação de causalidade, e efetivo dano suportado pela vítima, culminará na obrigação de reparar o dano por parte do agente infrator.

Por oportuno, convém esclarecer que eventual situação inibidora da responsabilidade será tratada posteriormente (subitem 3.3), quando discorreremos acerca das causas excludentes de responsabilidade civil aplicável aos bancos.

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

⁷³ Idem, ibidem, p. 71.

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 Filho⁷⁴ 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.

Diante dessa realidade, exsurge no campo jurídico o estudo da responsabilidade dos Bancos frente a seus clientes e terceiros não clientes. Em relação aos primeiros, como vimos acima, prepondera a responsabilidade contratual, e em relação aos outros, a aquiliana⁷⁵, contudo, não se pode olvidar que uma não exclui a outra.

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 (extracontratual ou aquiliana) 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, serem aplicadas aos Bancos

⁷⁴ Op. cit., p. 398.

⁷⁵ Silvio Rodrigues (*in Direito Civil, v. 4. Responsabilidade Civil*, op. cit., p. 17), discorrendo sobre a responsabilidade dos estabelecimentos bancários afirmou: "A responsabilidade em questão pode-se encontrar principalmente dentro do quadro do contrato, ou seja, na relação entre o banqueiro e seus clientes; mas pode também ocorrer uma responsabilidade aquiliana, quando da atividade bancária resultar prejuízo para terceiros, não clientes do estabelecimento bancário".

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 a regra entabulada no artigo 927 do Código Civil, nos termos referenciados acima, quando foi tratada da responsabilidade civil subjetiva (subitem 2.4). 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 na obra coordenada por Yussef Said Cahali⁷⁶: “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.

⁷⁶ CAHALI, Yussef Said, Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência, 2. ed., atual., São Paulo : Saraiva, 1988, p. 277.

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.

Ainda nas lições de Yussef Said Cahali⁷⁷, lastreando-se nas lições do Professor Odilon de Andrade, em parecer publicado em 1942, na *Revista Forense*, cuidando da responsabilidade dos Bancos quanto ao correto pagamento de cheques, observou: “Vivante, e com ele grande número de escritores citados como autoridades na matéria em diversas sentenças de nossos juízes e tribunais, entende que, se não houver culpa imputada a um ou outro, o dano recai sobre o banqueiro que efetuou o pagamento, e isto porque se ele assumiu o serviço de caixa pelo seu cliente, e disso auferiu lucro, é justo que suporte os riscos inerentes a esse serviço”.

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*, conforme Clayton Reis⁷⁸ (*in Aula Ministrada no Curso de Especialização da Escola da Magistratura do Paraná, no 1º Semestre do ano de 2009*).

⁷⁷ Op. cit., p. 278 e 279.

⁷⁸ Op. cit., p. 26.

E prossegue ainda o Professor Clayton Reis naquela mesma obra⁷⁹, ao tratar da Teoria do Risco: “... adotou-se o princípio *ubi commodum ibi incommodum* – onde está a vantagem, deve estar o ônus. Na realidade trata-se de uma construção consistente no fato de que o cômodo (lucros) cria os incômodos – riscos que qualquer atividade é capaz de gerar”.

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 (subitem 2.3).

Nesse sentido, Rui Stoco⁸⁰, sujeitando-se às considerações feitas por Vilson Rodrigues Alves destaca:

O ilustre e culto Vilson Rodrigues Alves, em sua excelente obra, afirma que as instituições bancárias têm responsabilidade independentemente da indagação de culpa, por força da “teoria do risco criado”, acrescentando que “essa teoria mais não é do que mera caracterização da doutrina objetiva da responsabilidade civil (Responsabilidade Civil dos Estabelecimentos Bancários. 2. ed. Campinas: Bookseller, v. 1, 1999, p. 94).

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 portanto com aquelas exercidas no ramo comercial dos bancos.

Pensando dessa forma, Rui Stoco⁸¹ prega 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

⁷⁹ Op. cit., p. 26.

⁸⁰ Op. cit., p. 656.

⁸¹ Idem, ibidem, p. 656.

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 Gomes⁸², 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 plausível, 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 primordial 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 se deve partir para formar a convicção acerca do 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

⁸² GOMES, Orlando, *Obrigações*, 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 165.

“circunstância que prenuncia um mal para alguém ou para alguma coisa”, que é a definição de *perigo* traçada por Aurélio Buarque de Holanda Ferreira⁸³.

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 Alves⁸⁴ 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 jurista⁸⁵ 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 *alter*, 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, afirma-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 inafastável responsabilidade civil, ainda que inexistente conduta culposa, *a fortiori*, dolosa, de seus agentes.

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

⁸³ Conforme O Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, 3ª. edição, revista e atualizada, Século XXI, Editora Positivo, 2004.

⁸⁴ ALVES, Vilson Rodrigues, A Responsabilidade dos Estabelecimentos Bancários, t. I, v. I, 3. ed., Campinas, Sp: Servanda Editora, 2005, p. 28.

⁸⁵ Idem, *ibidem*, p. 28.

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

Ainda de acordo com Vilson Rodrigues Alves⁸⁶, extraímos a seguinte conclusão sobre o dispositivo legal acima citado: "Dizer-se que nessa atuação bancária não há risco de dano efetivo àqueles em cujo interesse ela se desenvolve e se presta é desconsiderar o gigantismo das operações e dos serviços bancários, que pelo vulto qualitativo e, sobretudo, quantitativo de que se revestem, implicam *por sua natureza, risco para os direitos de outrem*".

Por fim, apenas para demonstrar que o *risco* é inerente às operações bancárias, através da Resolução 2.682, de 21 de dezembro de 1999, o Banco Central do Brasil determinou, em seu artigo 1º, *que as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil devem classificar as operações de crédito, em ordem crescente de risco*, definindo tais riscos como: AA, A, B, C, D, E, F, G e H, representando AA o menor risco e H o maior risco, exigindo o primeiro apenas 0,5 % de provisionamento relativamente ao valor da operação, enquanto que o último, 100%, conforme art. 6º, I e VIII, respectivamente, do mesmo diploma legal.

O critério para identificar o grau de risco é traçado logo em seguida, pelo artigo 2º daquela Resolução⁸⁷, 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 (teoria do risco), pois por certo que não é este o

⁸⁶ Op. cit., p. 28.

⁸⁷ Art. 2º: *A classificação da operação no nível de risco correspondente é de responsabilidade da instituição detentora do crédito e deve ser efetuada com base em critérios consistentes e verificáveis, amparada por informações internas e externas, contemplando, pelo menos, os seguintes aspectos: I - em relação ao devedor e seus garantidores: a) situação econômico-financeira; b) grau de endividamento; c) capacidade de geração de resultados; d) fluxo de caixa; e) administração e qualidade de controles; f) pontualidade e atrasos nos pagamentos; g) contingências; h) setor de atividade econômica; i) limite de crédito; II - em relação à operação: a) natureza e finalidade da transação; b) características das garantias, particularmente quanto à suficiência e liquidez; c) valor (grifos do autor).*

ênfoque da Resolução 2.682, contudo, também por meio dela, o Banco Central, órgão que exerce a maior autoridade sobre os bancos no Brasil, evidencia que o risco encontra-se intrinsecamente ligado às operações bancárias, ora em maior grau, ora em menor de risco.

Constata-se entre as duas teorias apresentadas acima, portanto, que a primeira (teoria da culpa), pode se mostrar por demais benevolente com os bancos, no entanto, em algumas situações haverá de ser aplicada.

E a segunda (teoria do risco), 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, ensejadora da responsabilidade civil pela citada teoria, a compensação de cheques feita pelos bancos, que pelo grande número de títulos analisados para pagamento, torna 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.

Yussef Said Cahali⁸⁸, posicionando-se no mesmo sentido preconiza: “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”.

Não foi outro o entendimento de Caio Mário da Silva Pereira⁸⁹, que enfatiza: “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 Barcellos de Magalhães⁹⁰, 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 consequência do que passaram os tribunais a pesquisar este último fator nas querelas entre cliente e banqueiro.

O mesmo autor⁹¹, salientando a importância da análise da culpa, que originou a criação da teoria, tece 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*.

⁸⁸ Op. cit., p. 275.

⁸⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva (*in* Responsabilidade Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 181) apud STOCO, Rui, op. cit., p. 656.

⁹⁰ MAGALHÃES, Roberto Barcellos de, Assinaturas Falsas no Cheque. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1982 apud CAHALI, Yussef Said, op. cit., p. 280.

⁹¹ Idem, ibidem, p. 281.

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. Da 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 933⁹², estabelece a responsabilidade objetiva do empregador por atos de seus empregados, serviçais e prepostos, coadunando-se plenamente essa responsabilidade (objetiva) com as atividades exercidas pelos bancos, que se torna responsável civilmente, independentemente de culpa, na qualidade de empregador.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) e a subsequente pacificação nos tribunais no sentido de que referido instituto deve ser aplicado aos bancos⁹³, a responsabilidade civil desses

⁹² Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I... II... III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele... Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

⁹³ O STJ, em 12 de maio de 2004, decidiu: **O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras** (Súmula 297 do STJ). *Precedentes: REsp 57974*, RS 1994/0038615-0, DECISAO: 25/04/1995, DJ DATA: 29/05/1995 PG: 15524, JTARS VOL.: 00097, PG: 00403; **REsp 106888**, PR 1996/0056344-6, DECISAO: 28/03/2001, DJ DATA: 05/08/2002, PG: 00196, RSTJ VOL.: 00161, PG: 00226; **REsp 175795**, RS 1998/0039197-5, DECISAO: 09/03/1999, DJ DATA: 10/05/1999, PG: 00171; **REsp 298369**, RS, 2000/0145758-6, DECISAO: 26/06/2003, DJ DATA: 25/08/2003, PG: 00296; **REsp 387805**, RS 2001/0171862-8, DECISAO: 27/06/2002, DJ DATA: 09/09/2002, PG: 00226.

Ainda sobre a certeza da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos, estabelece o artigo 3º daquela Lei Federal: *Fornecedor é 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*

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 Delgado⁹⁴ 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 *prestação de serviço e oferta de produto* nas operações bancárias, Sergio Cavalieri Filho⁹⁵ é claro ao afirmar que em ambas há 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 os 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, portanto, senão de que a responsabilidade civil dos bancos, nos termos expressos pelo Código de Defesa do Consumidor (artigo 14), 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.

comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (Grifos nossos).

⁹⁴ 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, p. 109.

⁹⁵ Op. cit., p. 401.

Semelhante foi o posicionamento de Rui Stoco⁹⁶ ao afirmar: “Portanto, a responsabilidade objetiva, sem indagação de culpa, por parte dos bancos, passou a ser a regra, seja por força do Código do Consumidor (art. 14), das teorias do risco profissional e da guarda da coisa, seja, ainda, por decorrência do disposto nos arts. 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.

3.2.1. Analogia com os Serviços Públicos

Poder-se-ia cogitar ainda da hipótese de se aplicar aos bancos a responsabilidade objetiva com base no artigo 43 do Código Civil Brasileiro⁹⁷, combinado com o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal⁹⁸, ou seja, da mesma forma que o Estado responde civilmente por atos de seus agentes, *sem qualquer apreciação de culpa*, os Bancos, por *prestarem um serviço público*, responderiam com base nesses mesmos dispositivos.

Embora referida norma legal cuide do instituto da responsabilidade objetiva baseada na *teoria do risco administrativo*, assumindo o Estado todos os riscos no exercício de suas atividades (administrativas), os serviços bancários, conforme

⁹⁶ Op. cit., p. 656.

⁹⁷ Art. 43 - *As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.*

⁹⁸ Art. 37, § 6º - *As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

prescreve Vilson Rodrigues Alves⁹⁹, “... são essenciais, vale dizer, prestáveis no interesse do público, aproximando-se inequivocamente dos serviços públicos, em cujo âmbito se delinea a responsabilidade objetiva”.

E prossegue referido jurista¹⁰⁰, defendendo a tese de que aos bancos foi *atribuída verdadeira missão de serviço público*: “Nesse sentido, o estabelecimento bancário exerce serviço ao público, posto que não seja serviço público, como intermediário inafastável dos pagamentos na sociedade atual”.

Conferindo também natureza de serviço público às atividades bancárias, observa Arnoldo Wald¹⁰¹: “Pela própria natureza dos serviços prestados impõe-se sua responsabilização objetivamente, pelos mesmos motivos com que se estabeleceu a do Estado consagrada constitucionalmente”.

Esse também foi o entendimento de Vaneska Donato de Araújo¹⁰² que, fazendo referência ao § 6º, do artigo 37, da Constituição Federal, afirma: “De fato, a responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários se assemelha à do Estado pois, sendo intermediários necessários do pagamento na sociedade atual, equiparam-se ao concessionário de serviço público que exerce função delegada do Estado (neste sentido, vide 1º TACSP, 11ª. C., Ap. Civ. 755263-6, rel. Juiz Melo Colombi, j. 23.11.1998, RT 765/225)”.

Mais uma vez, portanto, a responsabilidade objetiva mostra-se aplicável aos bancos, agora em analogia com a responsabilidade imputada aos serviços públicos, em decorrência do caráter publicístico que essas empresas exercem em suas atividades.

⁹⁹ Op. cit., p. 84.

¹⁰⁰ Idem, ibidem, p. 84.

¹⁰¹ WALD, Arnold, O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras, RT 666/7-17 apud ALVES, Vilson Rodrigues, op. cit., p. 84.

¹⁰² ARAÚJO, Vaneska Donato de, Responsabilidade Civil, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 237 e 238.

3.3. Causas Excludentes de Responsabilidade

Superado qualquer questionamento quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos bancos, conforme exposto anteriormente (subitem 3.2 retro), tratando-se das causas excludentes de responsabilidade civil, prescreve o § 3º, do artigo 14, daquele estatuto legal: “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, subjetivo ou objetivo), daí o brocardo: *Ad impossibilia nemo tenetur* – “ninguém está obrigado ao impossível”.

Tratando da **culpa exclusiva da vítima**, Silvio Rodrigues¹⁰³ (*in Direito Civil, v. 4. Responsabilidade Civil*) declara: “Com efeito, no caso de culpa exclusiva da vítima, o agente que causa diretamente o dano é apenas um instrumento do acidente, não se podendo, realmente, falar em liame de causalidade entre seu ato e o prejuízo por aquela experimentado”.

No mesmo sentido, Cavalieri Filho¹⁰⁴ esclarece que: “... o fato exclusivo da vítima exclui o próprio nexo 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”.

¹⁰³ Op. cit., p. 165.

¹⁰⁴ Op. cit., p. 64.

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 nexo causal pode derivar de **fato de terceiro**. Terceiro no sentido de *que não seja a vítima ou o responsável*, como nos ensina Silvio Rodrigues¹⁰⁵ (*in Direito Civil, v. 4. Responsabilidade Civil*). 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, conforme Sérgio Cavalieri¹⁰⁶, “equipara-se ao caso fortuito ou força maior, por ser uma causa estranha à conduta do agente aparente, imprevisível e inevitável”.

Sílvio de Salvo Venosa¹⁰⁷, embora declare ser a questão controvertida, posiciona-se no mesmo sentido, vejamos: “Quando a culpa é exclusiva de terceiro, em princípio não haverá nexo causal. O fato de terceiro somente exclui a indenização quando realmente se constituir em causa estranha à conduta, que elimina o nexo causal. Cabe ao agente defender-se, provando que o fato era inevitável e imprevisível”.

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 causas excludentes da responsabilidade civil, estabelece o artigo 392 do Código Civil: “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”.

¹⁰⁵ Op. cit., p. 169.

¹⁰⁶ Op. cit., p. 65.

¹⁰⁷ Op. cit., p. 56.

O Código Civil não faz distinção entre caso fortuito e força maior, de modo que, nas lições de Cavalieri Filho¹⁰⁸ extraímos: “A *imprevisibilidade*, portanto, é o elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, enquanto a *inevitabilidade* o é da força maior”.

E continua aquele autor em sua definição do *imprevisível* (caso fortuito) e do *inevitável* (força maior):

“Entende-se por **imprevisibilidade**, a imprevisibilidade específica, relativa a um fato concreto, e não a genérica ou abstrata de que poderão ocorrer assaltos, acidentes, atropelamentos etc., porque se assim não for tudo passará a ser previsível. A **inevitabilidade**, por sua vez, deve ser considerada dentro de certa relatividade, tendo-se o acontecimento como inevitável em função do que seria razoável exigir-se. Assim, por exemplo, tratando-se de roubo de cofres mantidos por um banco, é de presumir-se sejam tomadas especiais providências visando à segurança, pois a garanti-la se destinam seus serviços. (grifos nossos).

Por último, importante ainda destacar a advertência feita por Rui Stoco¹⁰⁹ acerca de eventual incidência de culpa juntamente com caso fortuito: “... o caso fortuito não pode jamais provir de ato culposo 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.

¹⁰⁸ Op. cit., p. 66.

¹⁰⁹ Op. cit., p. 182.

3.4. Breves 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, faz-se importante identificar o órgão público responsável por tal controle.

Assim, conforme nos ensina Roberto Quiroga Mosquera¹¹⁰, 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 CMN na proteção da estabilidade da comunidade financeira, pontifica aquele professor¹¹¹ que: “Tal órgão está obrigado a zelar pela liquidez e saúde financeira das instituições financeiras e, como conseqüência, da economia popular. Por fim, é o responsável por coordenar as políticas monetária, creditícia, orçamentária e fiscal. Esse conjunto de atribuições políticas acabe por torná-lo um formulador de política econômica”.

Quanto ao Banco Central do Brasil, apresenta-se como sendo um dos braços do CMN, atuando na fiscalização direta aos Bancos comerciais e outras empresas congêneres. Roberto Quiroga Mosquera¹¹² define as funções desta autarquia federal da seguinte forma:

¹¹⁰ Op. cit., p. 37 e 38.

¹¹¹ Idem, ibidem, p. 38.

¹¹² Idem, ibidem, p. 42.

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.

A Lei nº 4.495, de 31 de dezembro de 1964, em seu artigo 10 estabelece rol de competência privativa do Banco Central, figurando entre elas, no inciso IX, *exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas*.

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-se a um determinado órgão a competência fiscalizatória, 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 Nunes¹¹³:

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 Reis¹¹⁴ (*in Aula Ministrada no Curso de Especialização da Escola da Magistratura do Paraná, no 1º Semestre do ano de 2009*), lição esta que entendemos possível de ser aplicada, *in casu*, também

¹¹³ NUNES, Luiz Antonio, Manual de Introdução ao Estudo do Direito, São Paulo : Saraiva, 1996, p. 150 e 151.

¹¹⁴ Op. cit., p. 30.

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, Clayton Reis¹¹⁵ colaciona importante decisão do Supremo Tribunal Federal: “A administração pública responde civilmente pela inércia em atenção a um situação que exigia a sua presença para evitar a ocorrência danosa”. (In STF – 2ª. Turma – RE nº 61.387 – Min. TEMISTOCLES CAVALCANTI – Julgado em 29.05.1968 – RDA 97/177).

Nelson Abrão¹¹⁶ 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 indemonstrada 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. (Os grifos não constam no original).

Relevante ainda destacar a inferência feita por Nelson Abrão quanto à prova da culpa, tendo como cenário a responsabilidade civil objetiva aplicável ao Banco Central do Brasil: “Se a fiscalização e vigilância tardam injustificadamente, em

¹¹⁵ Op. cit., p. 30.

¹¹⁶ Op. cit., p. 208.

detrimento do consumidor e do mercado que confiou naquela empresa, indiscutível ponderar que a causa do dano proveio da conduta da autarquia federal¹¹⁷”.

Não obstante os brilhantes ensinamentos de Nelson Abrão, entendemos tratar-se 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 no subitem 2.4 retro, quais sejam: *i*) omissão do agente; *ii*) culpa ou dolo do agente; *iii*) relação de causalidade; e *iv*) dano experimentado pela vítima.

Celso Antonio Bandeira de Mello¹¹⁸, dissertando sobre a aplicação da responsabilidade subjetiva ao 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.

Desta forma, mostra-se plenamente plausível a responsabilização do Estado, através do Banco Central do Brasil, na condição de autarquia federal responsável pela fiscalização das instituições financeiras.

Tal responsabilização, como exposto, deve ser feita na forma subjetiva, nos termos da doutrina e jurisprudência dominantes¹¹⁹, contudo, há corrente doutrinária

¹¹⁷ Op., cit., p. 208.

¹¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, Curso de Direito Administrativo, 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 794 e 795.

¹¹⁹ “ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO BANCO CENTRAL (BACEN) – COROABRASTEL – PREJUÍZO CAUSADO A INVESTIDORES – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DE OMISSÃO E NEGLIGÊNCIA DO BACEN, ANTE A FALTA DE FISCALIZAÇÃO (ART. 159 DO CC) – LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL E ULTERIOR FALÊNCIA – RECURSO ESPECIAL – AFRONTA AOS ARTIGOS 18, 39, 40 E 45 DA LEI Nº 6.024/74 – ALEGADO DISSENSO PRETORIANO – Não é pela liquidação e ulterior falência, per se consideradas, que passou a União a ser responsável pelos prejuízos dos investidores. Essa responsabilidade insere-se no campo no nexu causal. Nessa linha de raciocínio, a União apenas deverá responder pelos danos causados aos investidores, desde que

(embora minoritária) 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

Observamos acima algumas considerações acerca da responsabilidade civil dos bancos, contudo, veremos agora algumas situações comumente vivenciadas pelas instituições financeiras e, subseqüentemente, a aplicação da respectiva responsabilidade àquelas empresas.

Importante destacar que, tratando-se das operações bancárias diversas, a responsabilidade a ser imposta deve ser aplicada nos termos estabelecidos em

estabelecida a sua responsabilidade, de sorte que essa questão é subsequente e não antecedente do exame de mérito. Fiscalizar, per se, não significa atuar. A mera omissão na fiscalização, ainda que existente, não levaria ao infeliz mas não imprevisível desate do Grupo Coroa-Brastel, dado o alto risco especulativo com que atuava. Há necessidade de nexos de causalidade eficaz entre a ação ou omissão do Estado e o dano sofrido pelo lesado. Há necessidade de nexos de causalidade eficaz entre a ação ou omissão do Estado e o dano sofrido pelo lesado. Segundo conceituados administrativistas, para que haja responsabilidade objetiva do Estado, forçoso reconhecer que os atos lesivos devem ser praticados por agentes públicos, por comissão. Se houve omissão, sua responsabilidade será por culpa subjetiva (CF. Lúcia Valle Figueiredo, in Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 4ª ED., p. 255). É incisiva a lição de Hely Lopes Meirelles, ao afirmar que "na exigência do elemento subjetivo culpa não há qualquer afronta ao princípio objetivo da responsabilidade sem culpa, estabelecido no art. 37, § 6º, da CF, porque o dispositivo constitucional só abrange a atuação funcional dos servidores públicos, e não os atos de terceiros e os fatos da Natureza. Para situações diversas, fundamentos diversos" (CF. Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 24ª ED., ps. 590/591). No mesmo diapasão, da necessidade de apuração da responsabilidade subjetiva no caso de atos omissivos, mas sempre ligada diretamente ao funcionamento do serviço público, é a dissertação de Celso Antônio Bandeira de Mello (CF. Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 9ª ED., p. 631). A pretensão de mérito dos investidores, têm sido sistematicamente repelida por esta Corte Superior, consoante incontáveis precedentes. Acolhida a pretensão deduzida pelo Banco Central (BACEN), por configurada a vulneração a dispositivos legais, a teor do art. 105, inciso III, "a", CF/88. Recurso Especial conhecido e provido. Decisão por maioria". (STJ – RESP 44500 – MG – 2ª T. – Rel. p/o Ac. Min. Franciulli Netto – DJU 09.09.2002).

norma específica, conforme a operação que se queira realizar, como nos ensina Vilson Rodrigues Alves¹²⁰:

Se houve negócio jurídico entre o banco comercial e o cliente, aplicam-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 do serviço bancário.

4.2. Compensação e Pagamento de Cheques

Dentre todas as atividades bancárias, podemos dizer que a mais usual tem sido a que se refere à compensação de cheques. Mais usual por ser praticada por praticamente todos correntistas (embora atualmente os cartões de crédito venham ocupando considerável parcela desse mercado de emissão de cheques).

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.

¹²⁰ Op. cit., p. 82.

Acerca da devolução de cheque feita de forma equivocada, ensejando obrigação de indenizar pelo estabelecimento bancário por força da responsabilidade objetiva, veja-se o seguinte julgado:

RESPONSABILIDADE CIVIL – DEVOLUÇÃO DE CHEQUES SOB O MOTIVO DE CONTA ENCERRADA – ERRO NA COMPENSAÇÃO – DANO MORAL – INDENIZAÇÃO DEVIDA – 1. Tratando-se de **responsabilidade objetiva** (Carta Magna, art. 37, § 6º), a errônea compensação do cheque emitido pelo autor, atribuída pela CEF exclusivamente ao Serviço de Compensação de Cheques e Outros Papéis (SCCOP), cujos empregados, na realização da compensação, digitaram número que não correspondia à conta corrente do autor, resultando na devolução do cheque por ele emitido sob o fundamento de conta encerrada, não afasta o dever de indenizar, uma vez que essa **falha operacional, por estar dentro do que ordinariamente acontece nessas transações bancárias, não caracteriza caso fortuito ou força maior, a impor a exclusão daquela responsabilidade**. 2. Por outro lado, as transações efetuadas entre os bancos, para a compensação dos cheques emitidos por seus clientes, são inerentes ao sistema bancário, devendo cada instituição responder, individualmente, perante seus clientes pela falha que o afetou, embora possa ela ser debitada ao sistema como um todo. 3. Tendo em vista que a devolução de cheque sob o fundamento de conta encerrada é tão ou mais grave do que por falta de fundos, pois neste caso, a conta existe e a pessoa pode estar, transitoriamente, passando por dificuldades financeiras, enquanto que no caso em que a conta é inexistente, por ter sido encerrada, é mais evidente, ainda, a má-fé daquele que emite os cheques a ela relativos, é de aplicar-se ao presente caso (*ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*) a jurisprudência que se formou no sentido de que a **mera devolução indevida de cheque** por ausência de fundos **é o suficiente para caracterizar a obrigação de indenizar** por dano moral, independentemente da existência de efetivo prejuízo. 4. Estando comprovado que o saldo da conta corrente do autor era suficiente para o acatamento do cheque por ele emitido, a devolução indevida deste sob o fundamento de conta encerrada, por falha operacional do serviço de compensação dos bancos, que digitou erroneamente o número da conta corrente, caracteriza dano moral a ensejar indenização, independentemente da demonstração objetiva de prejuízo, ou de reflexo do dano material naquele, mas em virtude apenas do desconforto, transtorno, constrangimento e dificuldades no cumprimento de compromissos financeiros assumidos... (TRF 1ª R. – AC 01001199325 – MA – 5ª T. – Rel. Juiz Fed. Conv. Leão Aparecido Alves – DJU 10.06.2003 – p. 124). (Os grifos não constam no original).

No mesmo sentido, quanto à responsabilidade objetiva dos bancos, lastreada no Código de Defesa do Consumidor, diante da devolução indevida de cheque, assim se manifestou o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, através do Acórdão nº 16194, Julgado em 07/05/2009 (Publicação DJ: 150), onde foi Relator o Ilustre Desembargador Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes:

Acordam os Desembargadores integrantes da 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer e

negar provimento ao recurso, mantendo a sentença como lançada está. EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - **DEVOLUÇÃO INDEVIDA DE CHEQUE PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA** - POSTERIOR PAGAMENTO DE TÍTULO CANCELADO - FATOS NÃO IMPUGNADOS - **FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONFIGURADA - INDENIZAÇÃO DEVIDA - FIXAÇÃO DO QUANTUM - ARBITRIO DO JUIZ - MANUTENÇÃO - APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - MATÉRIA SUMULADA - PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.** 1. "**A indevida devolução de cheque gera direito à indenização** por dano moral, independentemente da prova objetiva do abalo à honra e à reputação sofrida pelo autor, que se permite, na hipótese, presumir, gerando direito a ressarcimento (...)." (AgRg no REsp 895053 / TO, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 19/06/2007). 2. A fixação do montante devido a título de dano moral fica ao prudente arbítrio do Juiz, devendo pesar, nestas circunstâncias, a gravidade da culpa, a extensão do dano, a possibilidade de quem deve repará-lo, e as condições do ofendido, cumprindo levar em conta, que a reparação não deve gerar o enriquecimento ilícito, constituindo, ainda, sanção apta a coibir atos da mesma espécie. 3. "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras." (Súmula nº 297 do STJ) 4. "O prazo prescricional para o consumidor pleitear o recebimento de indenização por danos decorrentes de falha na prestação do serviço é de 5 (cinco) anos, conforme prevê o art. 27 do CDC, não sendo aplicável, por consequência, os prazos de decadência previstos no art. 26 do CDC." (REsp nº 722.510/RS, Rel. Min. Nancy Andrichi, 29/11/2005). (Os grifos não constam no original).

Ainda sobre a devolução de cheque por *motivo* diverso do que seria o correto, no caso, cheque devolvido pelo motivo 44 (prescrito), quando o correto seria 11 e 12 (insuficiência de fundos na primeira e segunda apresentação, respectivamente), conforme Resolução Bacen nº 1682, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, através do Acórdão nº 17545, Julgado em 13/08/2009 (Publicação DJ: 219), onde foi Relator o Ilustre Desembargador Nilson Mizuta, proferiu a seguinte decisão:

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, no sentido de negar provimento à apelação interposta por FERNANDO SANTANA, nos termos do voto do Relator. EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. **COMPENSAÇÃO DE CHEQUE PRESCRITO. DEVER DE VIGILÂNCIA E DE SEGURANÇA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO MORAL. NÃO CONFIGURADO.** 1. O Banco, como prestador de serviço, tem o dever de agir com todas as cautelas e cuidados inerentes à atividade, com responsabilidade e eficiência a fim de prevenir prejuízos de seus clientes. 2. **Pratica ato ilícito, na modalidade culposa, a instituição financeira que devolve cheque prescrito como se fosse sem fundos.** 3. "Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento". (Súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça). APELAÇÃO NÃO PROVIDA. (Os grifos não constam no original).

Em idêntico sentido:

Caracteriza-se a prática de ato ilícito por parte do banco, na modalidade culposa (negligência ou imperícia) ao devolver cheque pelas alíneas 11 e 12 ao invés da alínea 44, pois assim atribuiu aos seus correntistas a condição de emitentes de cheques sem fundos, quando no caso deveria simplesmente devolver o cheque por estar prescrito. (TJPR - Ap. 157.564-4 - 5ª CC. - Rel. Lílian Romero - DJ. 23.08.2004).

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, através do Acórdão nº 17309, Julgado em 06/08/2009 (Publicação DJ: 226), onde foi Relatora a Ilustre Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin, tratando da responsabilidade dos bancos em 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 de seu nome, de modo que aquela instituição financeira deveria ter tomado as cautelas necessárias, a fim de se evitar o dano à vítima.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento ao recurso de apelação, nos termos do voto acima relatado. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - PEDIDO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS C/C PEDIDO DE EXCLUSÃO DO NOME DOS CADASTROS DE INADIMPLENTES - DOCUMENTOS EXTRAVIADOS - **ABERTURA DE CONTA E EMISSÃO DE CHEQUES EM FAVOR DE FALSÁRIO - INDEVIDA INSCRIÇÃO COMO DEVEDOR E EMITENTE DE CHEQUES SEM FUNDO NOS CADASTROS DE ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA** - MAJORAÇÃO DOS DANOS MORAIS - ALTERAÇÃO - ATENÇÃO ÀS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL E AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE - JUROS DE MORA - TERMO INICIAL DE INCIDÊNCIA - RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL - DATA DO EVENTO DANOSO - SÚMULA N. 54 DO STJ. 1. **A responsabilidade civil das instituições bancárias encontra assento na responsabilidade pelo fato do serviço, prevista pelo Código do Consumidor em seu artigo 14. Demonstrado o nexo de causalidade entre o "defeito" do serviço e o dano, e não restando demonstrada de forma inequívoca culpa exclusiva de terceiro, há que se assegurar à vítima a necessária reparação do prejuízo sofrido.** 2. O valor do dano moral é arbitrado com a finalidade de compensar a vítima pelos momentos de angústia e aborrecimentos sofridos. Ao ofensor, serve à repressão e prevenção, evitando novos ilícitos. Sua fixação deve ainda considerar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 3. Em se tratando de responsabilidade extracontratual, a incidência dos juros moratórios se dá a

partir do evento danoso, conforme Súmula nº 54 do Superior Tribunal de Justiça. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Os grifos não constam no original).

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.

Cavaliere Filho¹²¹, buscando a natureza jurídica desse instituto, encontra nas lições de Aguiar Dias (*Da Responsabilidade civil*, 5ª ed., v. I/381, Forense) o seguinte ensinamento:

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.

¹²¹ Op. cit., p. 402.

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.

Sobre essa responsabilidade dos bancos, veja-se a seguinte decisão:

Transferência não autorizada pelo correntista de numerário de sua conta corrente por terceiro – Obrigatoriedade da restituição, pela instituição financeira, do quantum indevidamente transferido – Fato de existir relacionamento entre o prejudicado e a pessoa que realizou a operação bancária que não afasta a responsabilidade do banco (RT, 753:261).

Não obstante o entendimento exposto acima, acerca da responsabilidade dos bancos quanto aos valores que lhes são confiados em depósito, é de se destacar que as excludentes de responsabilidade civil podem eximir-lhes de obrigação, como no caso de culpa exclusiva da vítima, conforme se observa da seguinte decisão:

PROCESSO CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL – **SAQUES INDEVIDOS DE CONTA BANCÁRIA – UTILIZAÇÃO DE CARTÃO E SENHA ELETRÔNICOS** – Ausência de prova de conduta ilícita e de nexo de causalidade. Fato exclusivo da vítima. Mesmo em sede de responsabilidade objetiva é ônus do consumidor provar a conduta ilícita, o dano e o nexo causal entre aqueles dois elementos, importando a ausência de prova na improcedência da pretensão indenizatória. *In casu*, ainda que admitida como presumidamente verdadeira a versão narrada pela autora, de que a troca de seu cartão eletrônico se deu dentro de uma agência do banco réu, na medida em que ela mesma **confessa ter se valido da ajuda de terceiro, a quem permitiu acesso ao cartão e a senha**, estar-se-ia diante de uma **excludente de responsabilidade, qual seja, fato exclusivo da vítima**, irrelevante, embora lamentável, se ilaqueada em sua boa-fé, decorrente de ingenuidade, sendo no tiro o perigo e o desaconselhamento reiterado, por todos os bancos, de tal atitude. Recurso improvido. (MM) (TJRJ – AC 27115/2001 – (2001.001.27115) – 7ª C.Cív. – Relª Desª Marly Macedônio Franca – J. 02.04.2002). (Os grifos não constam no original).

Segue abaixo acórdão que condenou instituição financeira a ressarcir cliente por ter sido feito saque em sua conta, de forma fraudulenta, sem a presença de qualquer das excludentes previstas no artigo 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor:

RESPONSABILIDADE CIVIL BANCOS – **SAQUE POR CARTÃO CONTESTADO PELO CORRENTISTA – VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO – DANOS MATERIAIS E MORAIS QUE DEVEM SER RESSARCIDOS** – SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL – Possibilidade. Uma vez **caracterizado o defeito na prestação de serviço, o estabelecimento**

bancário, como bem lembrado pelo julgador *a quo*, **só se eximiria do dever de reparar os danos materiais e morais infligidos ao cliente nas estritas hipóteses referidas no § 3º, do art. 14, do Código de Defesa do Consumidor, aqui não verificadas**, havendo, ao contrário, verossimilhança na versão oferecida pelo correntista, seu cliente há mais de duas décadas. Além disso, a defesa desenvolvida pelo demandado, desde a contestação, baseou-se na impossibilidade de saques sem a utilização de senha, o que não está em discussão, mas sim a possibilidade desta ser fraudada, sobre o que não mais existe qualquer dúvida, como está a indicar a recente adoção de mais um código de acesso. Danos materiais que se mostram evidentes, **impondo-se a devolução das importâncias indevidamente sacadas...** (TJRS – APC 70003235488 – 10ª C.Cív. – Rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima – J. 12.12.2002). (Os grifos não constam no original).

Diante da responsabilidade objetiva imposta aos bancos, somada à teoria do risco que lhes é inerente, como exposto acima (subitem 3.1.2), no caso de abertura de conta bancária com documentos falsos, fica latente a responsabilidade dos bancos. Responsabilidade esta destacada na decisão abaixo na forma de *culpa in eligendo*, onde os bancos respondem pelos atos de seus prepostos.

RESPONSABILIDADE CIVIL DE BANCO – ABERTURA DE CONTA CORRENTE BANCÁRIA – USO DE **DOCUMENTO FALSO** – APONTE DO NOME COMO DEVEDOR INADIMPLENTE – DANO MORAL – INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE PELO FATO DE TERCEIRO – ATIVIDADE BANCÁRIA – DANO MORAL – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – **O banco tem o dever de vigilância e direção sobre os seus prepostos, em razão de os haver escolhido**. Se seus prepostos, sem qualquer cuidado, aceitam documentos falsificados para a abertura de contas, tem o banco o dever de reparar os prejuízos daí decorrentes. Quando o patrão recorre aos serviços dos prepostos, outra coisa não faz senão prolongar a sua própria atividade. Embora sem a freqüência da responsabilidade contratual, **os bancos respondem extracontratualmente pelos danos que seus prepostos, nesta qualidade, atuando abusivamente, causarem a terceiros**. O dano moral, na corrente do princípio da lógica do razoável, deve ser fixado de acordo com o prudente arbítrio do julgador, visando não só reparar o dano sofrido pela vítima, mas, também, servindo de freio ao ofensor. Se o valor arbitrado segue os parâmetros da lógica do razoável, não deve ser modificado. Desprovemento dos apelos. (TJRJ – AC 5351/2000 – (04072000) – 18ª C.Cív. – Relª Desª Leticia Sardas – J. 30.05.2000). (Os grifos não constam no original).

Idêntico entendimento tiveram os Desembargadores que integram a Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, ao responsabilizarem os bancos pelos atos negligentes dos prepostos das agências bancárias, ao analisarem sem a atenção devida os documentos para abertura de conta corrente. Conforme

Acórdão nº 15262, que teve como Relator o Ilustre Desembargador Ronald Schulman (Julgamento realizado em 05/03/2009 – Publicado no DJ: 130).

ACORDAM os Desembargadores que integram a Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos em negar provimento a ambos os recursos. EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - **ABERTURA DE CONTAS CORRENTES EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS - UTILIZAÇÃO DE DOCUMENTOS FALSOS - RESPONSABILIZAÇÃO DOS BANCOS RÉUS NEGLIGÊNCIA DOS PREPOSTOS DAS AGÊNCIAS BANCÁRIAS AO ANALISÁ-LOS** - INSCRIÇÃO DO NOME NO SERASA E SPC - DANO MORAL - OCORRÊNCIA - VALOR FIXADO EM R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS) PARA CADA REQUERIDO - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA - RECURSOS DESPROVIDOS. (Os grifos não constam no original).

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, através do Acórdão nº 16602, Julgado em 30/09/2009 (Publicação DJ: 246), onde foi Relator o Ilustre Desembargador Jucimar Novochadlo, semelhantemente à decisão acima, manifestou-se sobre a responsabilidade no caso de abertura de conta com documentos faltos, contudo, salientou o fato de os bancos deterem mecanismos suficientes para prestar os serviços bancários com segurança, de modo que, por este enfoque, a desídia da instituição financeira em si que foi o fator culminante na imposição da obrigação.

ACORDAM os Desembargadores da Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso de. EMENTA: CIVIL. PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA CUMULADA COM RESPONSABILIDADE CIVIL, INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RECURSO 2. **ABERTURA DE CRÉDITO POR TERCEIRA PESSOA. DOCUMENTOS FALSOS. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. INEXISTÊNCIA DE CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO.** DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. PREEXISTÊNCIA DE ANOTAÇÕES. INTELIGÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 385 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO 1 MAJORAÇÃO DO VALOR FIXADO A TÍTULO DE DANO MORAL E REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. RECURSO PREJUDICADO. 1. **Responde objetivamente no dever de indenizar, a instituição bancária, por danos causados na abertura de conta corrente por terceiro, com a inscrição nos cadastros restritivos de crédito, mediante a apresentação de documentação falsificada, porque detém a obrigação legal e regulamentar, de se valer de mecanismos para prestar com segurança serviços na atividade econômica.** 2. "A culpa exclusiva de terceiro é uma das excludentes de responsabilidade do prestador de serviços, prevista pelo art. 14, §3º, II do código consumerista, a qual impede a formação do nexu causal. Entretanto, no caso examinado a atribuição da culpa exclusiva a um terceiro

estelionatário esbarra na desídia da instituição financeira, a qual permitiu a abertura de conta corrente em nome da autora da ação apelada por terceira pessoa, a qual se utilizou de documentos falsos". (TJPR. Acórdão 13880. 0547621- 9. Apelação Cível. 15ª Câmara Cível. Rel. Des. Hayton Lee Swain Filho. 03/03/2009) 3. ... (Os grifos não constam no original).

Veja-se agora decisão equivalente, proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, através do Acórdão nº 15597, Julgado em 26/03/2009 (Publicação DJ: 135), onde foi Relator o Ilustre Desembargador Carlos Mauricio Ferreira. Note-se que neste caso a responsabilização conferida ao banco teve como base na teoria do risco:

ACORDAM os Senhores Magistrados integrantes da Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos em negar provimento ao apelo interposto pelo Banco BMG S/A, nos termos do voto do Relator. EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. EMPRÉSTIMO PESSOAL. DESCONTO EM APOSENTADORIA. **FRAUDE DE TERCEIRO. TEORIA DO RISCO APLICÁVEL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.** DANOS MATERIAIS DEVIDOS. 1. De acordo com a teoria do risco, o banco, ao exercer a sua atividade com fins lucrativos, assume o risco dos danos que der causa. 2. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. (Os grifos não constam no original).

Por fim, tratando-se de tema que ganha cada vez mais importância no cenário atual, qual seja, movimentação de conta pela rede mundial de computadores (internet), importante entendimento se mantém sobre a responsabilidade dos bancos, que deve ser objetiva.

Nesse diapasão, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, através do Acórdão nº 16344, Julgado em 30/07/2009 (Publicação DJ: 236), onde foi Relator o Ilustre Desembargador Guimarães da Costa, proferiu a seguinte decisão:

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Oitava Câmara Cível, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento à apelação cível, nos termos do voto do relator. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. **RETIRADA ELETRÔNICA, PERPETRADA POR TERCEIRO, DE QUANTIAS DA CONTA CORRENTE DO AUTOR. FALHA NO SERVIÇO RECONHECIDA.** PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. INCONFORMISMO FORMALIZADO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. INCONGRUÊNCIA. **DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO RECONHECIDO.** DANO MORAL INDENIZÁVEL. SÚPLICA PELA MINORAÇÃO DA VERBA ARBITRADA A TÍTULO DE DANOS MORAIS. CABIMENTO. ADEQUAÇÃO AOS PRECEDENTES DESTA CÂMARA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. **A obrigação de ofertar**

segurança às operações realizadas através da internet não é do correntista, e sim da instituição financeira. O banco é responsável, objetivamente, pelos danos causados aos seus correntistas pelos serviços por ele prestados. Verificado o evento danoso, surge a necessidade da reparação, não havendo que se cogitar da prova do prejuízo, quando presentes os pressupostos legais para que haja a responsabilidade civil.

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 (mediante remuneração) antecipam o pagamento de vendas feitas a crédito no comércio, de modo que o credor do título recebe antecipadamente seu crédito.

Arnaldo Rizzardo¹²², esclarecendo sobre a operação de desconto bancário, traz importante ensinamento sobre o sentido desse instituto:

O sentido da palavra “desconto” vem do verbo latino *computare*, acrescido do prefixo “dês”, que equivale a “não”, fornecendo o significado de “não contrair”, ou “não computar”. O resultado é, pois, “dedução”, ou “abatimento”. No aspecto jurídico, expressa a dedução ou o abatimento que se procede no valor dos títulos mercantis, como nota promissória, duplicata, letra de câmbio e cheque. Mais amplamente, representa, inclusive, os juros e taxas exigíveis pelo adiantamento da quantia expressa no título.

¹²² RIZZARDO, Arnaldo, *Contratos de Crédito Bancário*, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 59.

Daí o exato conceito de Orlando Gomes: "O contrato por via do qual o banco, deduzindo antecipadamente juros e despesas da operação, empresta à outra parte certa soma em dinheiro, correspondente, de regra, a crédito deste, para com terceiro, ainda não exigível". (*Contratos*, p. 401).

O desconto bancário, portanto, faz-se 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.

Nesse sentido, temos a seguir decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, através do Acórdão nº 18481, Julgado em 17/09/2009 (Publicação DJ: 246), onde foi Relator o Ilustre Desembargador Luiz Lopes, pelo qual se aplicou a responsabilidade objetiva ao banco, por ter promovido a cobrança e posterior protesto de título, sem adotar as cautelas necessárias na conferência da causa de emissão da cártula.

ACORDAM OS DESEMBARGADORES INTEGRANTES DA DÉCIMA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL - **PROTESTO INDEVIDO - DUPLICATA SEM ACEITE OU CAUSA SUBJACENTE - LEGITIMIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PARA FIGURAR NO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA - TRANSFERÊNCIA DO TÍTULO ATRAVÉS DE UMA OPERAÇÃO DE DESCONTO - ENDOSSO TRANSLATIVO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - DANOS MORAIS PRESUMIDOS - APURAÇÃO DO QUANTUM - FIXAÇÃO EQUITATIVA - REDUÇÃO. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. 1. "Responde por perdas e danos o Banco que recebe, em operação de desconto, duplicata desprovida de causa e a leva a protesto sem tomar as cautelas necessárias. Precedentes". (Resp 218428-SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 07.06.2004). 3. O dano moral, no caso de protesto indevido, prescinde de comprovação, posto que presumido, caracterizando-se no constrangimento a que foi submetida a autora, fazendo sobre ela pesar a pecha de mau pagador. 3. A fixação do montante indenizatório fica ao prudente arbítrio do Julgador, devendo pesar nestas circunstâncias a gravidade e duração da lesão, a possibilidade de quem deve reparar o dano e as condições do**

ofendido, cumprindo levar em conta que a reparação não deve gerar o enriquecimento ilícito, constituindo, ainda, sanção apta a coibir atos da mesma espécie. (Os grifos não constam no original).

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.

Vilson Rodrigues Alves¹²³, tratando da cobrança de títulos feita pelos bancos, qualifica "... o credor como endossante-mandante e o estabelecimento bancário como endossatário-mandatário, pessoa que se põe como intermediário entre o cedente e o devedor". E prossegue: "Por isso mesmo, bem se definiu na doutrina a função da instituição financeira, que passa a atuar no simples cumprimento de um mandato, sem em momento nenhum penetrar na cadeia cartular, sem assumir qualquer obrigação de natureza cambiária ou cambiariforme".

Por fim, o mesmo autor¹²⁴ conclui com maestria a distinção entre os dois institutos suso tratados: "Vê-se aí claro discrimine entre o contrato de cobrança e o contrato de desconto bancário, porque nesse, como visto, o banco adquire a titularidade mesma do direito de crédito documentado na cártula, a partir do endosso em sentido próprio".

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

¹²³ Op. cit., p. 361 e 362.

¹²⁴ Idem, ibidem, p. 362.

aplicação da responsabilidade objetiva aos bancos, sem prejuízo de responsabilidade solidária entre o banco e o emitente do título ilegal.

Marcel de Paula Galhardo¹²⁵, em capítulo de sua autoria, que trata da *Responsabilidade Bancária no Desconto e Protesto de Títulos*, compreendida na obra *Direito Bancário e Temas Afins*, tratando das obrigações dos bancos em tais operações (desconto e cobrança de títulos), molda respectiva responsabilidade como objetiva, pelo fato de que pelo entendimento daquele jurista, nessa situação, o banco: "... não tomou as cautelas necessárias para proteger milhares de sacados, que vêm suas honras objetivas arrasadas por protestos indevidos".

Não foi diferente o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, através do Acórdão nº 16280, Julgado em 02/09/2009 (Publicação DJ: 232), onde foi Relator o Ilustre Desembargador Jurandyr Souza Junior:

ACORDAM os Desembargadores integrantes da eg. Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, por unanimidade de votos, conhecer e negar provimento aos recursos de apelação e adesivo; observados os fundamentos do voto do Relator. EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO E ADESIVO. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS C.C. CANCELAMENTO DE PROTESTO. **DUPLICATA. ENDOSSO MANDATO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. LEGITIMIDADE. DUPLICATA PROTESTADA INDEVIDAMENTE. NEGLIGÊNCIA. RESPONSABILIDADE. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. DUPLICATA QUITADA. PROTESTO INDEVIDO. REQUISITOS. DOLO OU CULPA E NEXO DE CAUSALIDADE. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. QUANTIFICAÇÃO. EQUIDADE E JUÍZO DE RAZOABILIDADE. CONSONÂNCIA COM A ESPÉCIE DO DANO. EXTENSÃO DE SEUS EFEITOS. CONDIÇÃO ECONÔMICA DAS PARTES. VALOR ARBITRADO. MANUTENÇÃO. PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA. VERBA HONORÁRIA ARBITRADA NA SENTENÇA. MANUTENÇÃO.** Recurso de apelação desprovido. Recurso adesivo desprovido. 1. **Endosso-mandato.** Legitimidade passiva da instituição financeira. **O banco que recebe duplicata para cobrança, especialmente em razão da atividade que desenvolve, responde pelos danos que, devido a sua negligência, causar a terceiro, sendo irrelevante o fato de ter atuado como mero mandatário.** 2. Dano moral - caracterização. O protesto de título, após a quitação, gera prejuízos indenizáveis na forma de reparação por danos morais, sendo entes, presumíveis, ou seja, prescindindo de prova objetiva. 3. Do quantum indenizatório. O arbitramento da condenação a título de dano moral deve operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, suas atividades comerciais, e, ainda, ao valor do negócio, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela

¹²⁵ GUIMARÃES DA SILVA, Geraldo José e GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha (coord.), *Direito Bancário e Temas Afins*, Campinas : CS Ed., 2003, p. 400.

doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômico atual, e às peculiaridades de cada caso. Levando-se em consideração tais critérios ao caso em concreto, o valor da indenização deve ser mantido. 4. Princípio da sucumbência. A sucumbência deve se sopesada tanto pelo aspecto quantitativo quanto pelo jurídico em que cada parte decai de suas pretensões e resistências, respectivamente impostas. (Os grifos não constam no original).

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 (duplicata na maior parte das vezes), pois, no caso de cobrança de título sem comprovação de lastro (entrega da mercadoria ou prestação de 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 (mútuo, financiamentos, cédulas de crédito, hipoteca, entre outros), as instituições financeiras estão propensas a promoverem cobranças indevidas.

Esclarecendo de forma prática como são feitos os registros públicos de dívida, Antônio Carlos Efiging¹²⁶ 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

¹²⁶ EFING, Antônio Carlos, Contratos e Procedimentos Bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor, 1. ed., 2. tir., São Paulo : RT, 1999, p.230.

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 à essa atividade, como esclarecemos anteriormente (subitem 3.1.2), nascerá a responsabilidade do agente bancário em reparar respectivo dano.

Nesse sentido, colacionamos abaixo alguns julgados que bem esclarecem sobre a aplicação da responsabilidade civil aos bancos, decorrente de negativação do nome do correntista de forma indevida.

RESPONSABILIDADE CIVIL – INCLUSÃO DO NOME DO DEVEDOR EM CADASTRO DE INADIMPLENTES – PAGAMENTO DO DÉBITO RESPECTIVO EM DATA ANTERIOR – DANO MORAL – 1. Somente se exige Lei Complementar quando essa modalidade normativa é expressamente prevista pela Constituição para regular determinada matéria, devendo seu domínio normativo vir expressamente previsto na Constituição, porquanto não havendo expressa menção a ela, o normal é a utilização da Lei ordinária, cujo domínio normativo é residual em face dos temas abrangidos pela Lei Complementar. Precedentes do STF. 3. Improcedência da alegação de que as instituições financeiras não estão sujeitas ao disposto na Lei nº 8.078/90 no que concerne às relações entre elas e os usuários de seus serviços (art. 3º., § 2º), uma vez que essa matéria não se encontra expressamente prevista nos incisos do artigo 192 da Constituição Federal para ser regulada em Lei Complementar. 4. **A inclusão indevida do nome do consumidor em cadastro de inadimplentes caracteriza dano moral, independentemente da demonstração objetiva de prejuízo, ou de repercussão do dano material naquele, ou ainda de que tenha chegado ao conhecimento de terceiros.** Precedentes desta Corte e do STJ. 5. Tendo a autora efetuado o pagamento da 5ª parcela (vencida em 08.03.2001) em 5 de abril de 2001, não poderia a CEF, depois de ter sido ela adimplida, promover, em junho daquele ano, a inscrição do nome da autora no SERASA – Centralização de Serviços dos Bancos S/A informando como motivo a ausência de pagamento daquela prestação, uma vez que nestas circunstâncias a inclusão é indevida. 6. Redução do valor da indenização para R\$ 3.000, 00 (três mil reais). 7. Apelação provida em parte. (TRF 1ª R. – AC 31000007936 – AP – 5ª T. – Rel. Juiz Fed. Conv. Leão Aparecido Alves – DJU 30.06.2003 – p. 114). (Os grifos não constam no original).

Semelhante também foi a seguinte decisão:

APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – INSCRIÇÃO INDEVIDA NO SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – DANO MORAL – CARACTERIZADO – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – 1. **Aquele que inscreve indevidamente o suposto devedor no SPC e em outros bancos de dados responde pela reparação do dano moral que decorre dessa inscrição irregular.** 2. Em relação ao valor excessivo da indenização por danos morais, esta não deve ser inexpressiva, mas também não pode ser fonte de enriquecimento. Recurso parcialmente provido. (TJES – AC 024000113530 – 4ª C.Cív. – Rel. Des. Amim Abiguenem – J. 25.08.2003). (Os grifos não constam no original).

Enfatizando a aplicação da responsabilidade objetiva, **com base no Código de Defesa do Consumidor**, temos:

CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MORAL – INSCRIÇÃO INDEVIDA NO SERASA – CABIMENTO – VALOR DA INDENIZAÇÃO – MAJORAÇÃO – 1) o Código de Defesa do Consumidor consagrou a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor pelos danos causados ao consumidor em virtude de defeitos no fornecimento dos serviços, afastando a necessidade de comprovação da culpa, cuja discussão se torna impertinente. 2) **segundo remansosa jurisprudência, a simples inscrição indevida do consumidor em cadastro restritivo de crédito já é fato suficiente para configuração do dano moral.** 3) o serasa não pode ser responsabilizado pelos registros indevidos procedidos pelos bancos, eis que não possui meios para verificar a veracidade dos débitos. ad impossibilia nemo tenetur. 4) o valor da indenização por dano moral deve ter caráter repressivo e a fixação do quantum em R\$ 500,00 (quinhentos reais), máxime quando se trata de grandes empresas, não obedece este critério, muito menos repara a dor sofrida pela vítima. Ou existiu o dano moral e deve ser reparado de forma plena, ou não existiu e é vedado entregar óbolo ao pretenso ofendido. 5) o valor das indenizações fixadas pelos juizados especiais devem guardar, quanto possível, similitude com aquelas estabelecidas pela justiça comum, posto que não se pode penalizar a parte pelo simples fato de ter buscado a celeridade na justiça da Lei nº 9.099/95. (TJDF – ACJ 20020710147405 – DF – 1ª T.R.J.E. – Rel. Des. Gilberto Pereira de Oliveira – DJU 30.06.2003 – p. 27). (Os grifos não constam no original).

Não foi diferente o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, através do Acórdão nº 13002, Julgado em 09/09/2009 (Publicação DJ: 237), onde foi Relator o Ilustre Desembargador Mário Helton Jorge:

ACORDAM os integrantes da Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Agravo Retido e à Apelação, a fim de manter a condenação da BV FINANCEIRA S/A - CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO ao pagamento do valor de R\$ 6.000,00, a título de indenização por dano moral. EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. AGRAVO RETIDO E APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE

INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. **CONTRATO DE FINANCIAMENTO. ASSINATURA FALSA. NEGLIGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. INSCRIÇÃO DO NOME EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DEVIDA.** REDUÇÃO DO QUANTUM DEBEATUR. RECURSO DE AGRAVO RETIDO E DE APELAÇÃO DESPROVIDOS. **A instituição financeira tem responsabilidade sobre suas negociações e, mesmo com ausência de comprovação de má-fé, há culpa, tendo em vista ter agido de forma negligente, devendo indenizar a parte pela inscrição indevida em cadastro restritivo de crédito.** (Os grifos não constam no original).

Por outra vertente da responsabilidade objetiva, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, através do Acórdão nº 13374, Julgado em 22/07/2009 (Publicação DJ: 207), onde foi Relator o Ilustre Desembargador Magnus Venicius Rox, empregou a **teoria do risco** a um banco. Tal entendimento teve como base o fato de ter sido promovida inscrição indevida do nome do autor em cadastro restritivo, devido a uma falha da instituição financeira, vejamos:

ACORDAM os integrantes da Décima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento à apelação do réu e dar parcial provimento à apelação do autor, nos termos do voto do Relator. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA CUMULADA COM DANOS MORAIS. PEDIDO INICIAL JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE. APELAÇÃO 1 (RÉU). MINORAÇÃO DO QUANTUM DA REPARAÇÃO. NECESSIDADE. VALOR MENOR (DE R\$ 15.000,00) QUE, EM ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE E AOS CRITÉRIOS DOUTRINÁRIOS, REPARA ADEQUADAMENTE A LESÃO SOFRIDA PELO AUTOR. APELAÇÃO 2 (AUTOR). **CONDUTA DO BANCO (INSCRIÇÃO DO NOME DO AUTOR NO CADASTRO DE EMITENTES DE CHEQUES SEM FUNDOS DO BANCO CENTRAL - CCF) INDEVIDA, QUE GERA O DEVER DE REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS. RESPONSABILIDADE DERIVADA DA TEORIA DO RISCO PROFISSIONAL (ARTIGO 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL). DEVER DE CUIDADO PARA COM BENS E INTERESSES JURÍDICOS ALHEIOS ASSUMIDO PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. AUSÊNCIA DE CULPA CONCORRENTE. RESPONSABILIDADE INTEGRAL DO BANCO QUE, DEVIDO À RESPONSABILIDADE DECORRENTE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO PROFISSIONAL AO CASO, SÓ SERIA AFASTADA PELA CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA.** MAJORAÇÃO DO VALOR DA REPARAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO Nº 326 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INAPLICABILIDADE, NO CASO. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. ATRIBUIÇÃO UNICAMENTE AO RÉU, EM RAZÃO DO RECONHECIMENTO DA INTEGRAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. RECURSO DO BANCO RÉU (1) CONHECIDO, A QUE SE DÁ PROVIMENTO E RECURSO DO AUTOR (2) AO QUAL SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. (Os grifos não constam no original).

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 nada devem.

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 implementarem 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 Cavalieri Filho¹²⁷:

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 (o assalto), assumindo o banco, nesse particular, uma **responsabilidade fundada no risco integral**. (Os grifos não constam no original).

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. Segue abaixo decisão judicial no mesmo sentido:

RESPONSABILIDADE CIVIL DE BANCO – TRANSPORTE DE VALORES – MEIO INADEQUADO – NEGLIGÊNCIA – ASSALTO A MÃO ARMADA – MORTE DE EMPREGADO – CASO FORTUITO NÃO DEMONSTRADO – FORMA DE PENSIONAMENTO – Responsabilidade Civil. Preposto de Banco, exercendo a função de transportador de valores, assassinado em assalto a Fusca que servia de carro forte. Ação visando ressarcimento por danos morais e materiais proposta pela viúva. Sentença que julga procedente o pedido. Apelo. Caso fortuito não caracterizado, já que dezenas de Bancos são diariamente vítimas de tentativas de assaltos no Estado do Rio, um dos mais violentos do País. Negligência evidente do recorrente, que expôs seu preposto desnecessariamente à violência do banditismo, ao não lhe assegurar condições mínimas de segurança. Recurso parcialmente provido, para que, ao invés de se pagar de uma só vez toda a verba concedida por dano material, tal seja paga mensalmente, em forma de pensionamento, constituindo-se para tanto capital que o assegure. (LCR) (TJRJ – AC 6810/1999 – (03072000) – 4ª C.Cív. – Rel. Des. Luíz Eduardo Rabello – J. 04.04.2000). (Os grifos não constam no original).

De igual entendimento foi a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, através do Acórdão nº 17504, Julgado em 06/08/2009 (Publicação DJ: 208), onde foi Relator o Ilustre Desembargador Nilson Mizuta:

¹²⁷ Op. cit., p. 411.

ACORDAM os Senhores Desembargadores integrantes da Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos em dar parcial provimento a Apelação interposta pelo Banco do Brasil S/A, para tão-somente relegar a apuração do valor concernente aos cheques roubados para a fase de liquidação de sentença, nos termos do voto do Des. Relator. EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. **ROUBO CONTRA CLIENTES NO INTERIOR DE AGÊNCIA BANCÁRIA. AUSÊNCIA DE SEGURANÇA ADEQUADA. ALEGAÇÃO DE CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR AFASTADA.** DANOS MATERIAIS. APURAÇÃO DO VALOR DOS CHEQUES ROUBADOS RELEGADA PARA A FASE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. **As instituições financeiras têm o dever de prestar vigilância, garantindo a segurança dos usuários, já que movimentam significativas quantias em dinheiro todos os dias.** APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Os grifos não constam no original).

Importante notar pela leitura integral da decisão acima referenciada, que o assalto ocorreu no *local onde se encontram os caixas eletrônicos, local este de livre acesso aos clientes e ao público*, contudo, não se mostrou possível a aplicação de qualquer excludente de responsabilidade.

Sobre o mesmo assunto o Superior Tribunal de Justiça também se manifestou no seguinte sentido:

A instituição financeira é parte legítima passiva e responde pela reparação dos danos causados por roubo ocorrido no interior de suas dependências, pois, **além de tratar-se de fato previsível na atividade bancária, ao banco é atribuída, por lei, a obrigação de guardar bens e valores dos particulares, bem como oferecer a segurança necessária aos seus usuários.** (STJ - 4. T. - REsp 227.364 - Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira - j. 24.04.2001 - RT 794/226). (Os grifos não constam no original).

Pacífico, portanto, o entendimento segundo o qual os danos decorrentes de assalto em agência bancária caracteriza-se como sendo de responsabilidade dos bancos, tendo em vista a aplicação da teoria do risco *in casu*.

5. 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 (antiguidade babilônica, hebréia, egípcia e greco-romana), 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.

As instituições financeiras no cenário nacional ganham expressão, sobretudo em 1808, com a criação do primeiro Banco do Brasil, desencadeando à partir daí inúmeras ações e normas no sentido de proporcionar um sistema financeira rijo e capaz de atender às necessidades comerciais, sem deixar de lado a segurança das operações bancárias, tudo sobre a atenção do Banco Central do Brasil.

Dentre as atividades desenvolvidas pelas instituições financeiras, destaque-se a clássica divisão entre **principais** e **acessórias**. As primeiras, referindo-se ao crédito propriamente dito, e, as segundas, às prestações de serviços diversos feitos pelos bancos. No entanto, tal divisão pouco interfere na responsabilidade civil dos bancos, uma vez que em uma ou outra atividade o que prepondera é o caráter de prestação de serviço bancário de modo amplo, envolvendo todo tipo de operações por eles praticadas.

Tratando-se dos fundamentos teóricos da responsabilidade civil, denota-se a bipartição clássica em responsabilidade **contratual** e **aquiliana**. A primeira, específica quanto ao vínculo que liga as partes envolvidas e, a segunda, genérica e

sem a necessária limitação das partes. Assim, considerando-se uma e outra, o fato gerador da responsabilidade civil tanto pode derivar da transgressão a um dever contratual, como da relação *ex delicto*, respectivamente.

A **responsabilidade subjetiva**, em que se faz necessária a prova da culpa do agente causador do dano para que a ele seja imputada a responsabilidade, apresenta-se como sendo a regra pelo Código Civil Brasileiro, enquanto que a **responsabilidade objetiva**, que independe de culpa do agente, representa a exceção.

No campo da **responsabilidade aquiliana**, que decorre de ato ilícito, faz-se necessário, para sua configuração, a existência de quatro requisitos: *i)* ação ou omissão do agente; *ii)* culpa ou dolo do agente; *iii)* relação de causalidade; e *iv)* dano experimentado pela vítima.

A responsabilidade civil dos bancos ganha relevância na medida em que essas empresas passam a atuar no mercado com vigor, participando cada vez mais de relações jurídicas comerciais diversas, sendo elas, na maior parte das vezes, os agentes principais da negociação, concedendo créditos, financiamentos, garantindo a proteção e segurança de bens e valores, entre tantos outros serviços por elas prestados.

Nesse papel de operador financeiro, os bancos tornam-se suscetíveis a falhas, sobretudo diante do grande volume de operações que realizam diariamente, passando a responderem por eventuais danos frente a seus clientes e terceiros não clientes. Em relação aos primeiros, vigora a responsabilidade contratual e, em relação aos segundos, preponderantemente a responsabilidade aquiliana.

Nada obsta, contudo, que a responsabilidade aquiliana incida entre bancos e clientes, desde que a origem do dano não seja o contrato, mas simplesmente um ato ilícito qualquer.

Também poderá configurar a responsabilidade dos bancos frente a seus clientes e usuários em geral como aquela derivada da teoria da culpa, da teoria do risco e da teoria contratual.

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.

Note-se, contudo, que o risco de que trata a teoria do risco não se limita tão somente a abranger atividades ditas *perigosas*, mas refere-se sim ao risco de qualquer atividade que se enquadre nessa situação de incerteza que o risco traz.

A atividade bancária sofre fortes influências de fatores externos e internos, como exemplo dos primeiros podemos citar o mercado, e, dos segundos, as condutas dos funcionários, de modo que tais fatores fogem ao controle dos bancos, fazendo com que a teoria do risco enquadre-se perfeitamente na análise da responsabilidade civil das instituições financeiras.

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 (da culpa e do risco). 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.

Os serviços prestados pelos bancos equivalem a serviços públicos, posto que essenciais e prestados no interesse da sociedade. Esse caráter público do serviço bancário, portanto, torna possível impor aos bancos a responsabilidade civil objetiva também com base na **teoria do risco administrativo moderado**.

Como causas excludentes da responsabilidade civil temos: a **culpa exclusiva da vítima**, o **fato de terceiro**, o **caso fortuito** e a **força maior**. Presentes algumas dessas causas e desde que o agente bancário não tenha se posto na condição de garantidor frente à vítima, não poderá ser responsabilizado.

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.

Se o Estado tem esse poder e dever de fiscalizar, escorreito também é entender que eventual descuido do Estado capaz de gerar dano ao mercado financeiro, quer seja por sua ação ou omissão (essa última mais comum), faz nascer sua responsabilidade em indenizar os lesados. Por certo que o nexo de causalidade mostra-se imprescindível, e, quanto à demonstração da culpa, esta é entendida como necessária por grande parte da doutrina, contudo, há também entendimentos diversos, impondo a responsabilidade objetiva ao Estado no caso de omissão na fiscalização das atividades bancárias.

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**.

Em todos os exemplos citados acima há uma similitude, a de que a responsabilidade civil aplicável aos bancos será objetiva. Tal responsabilização objetiva, independentemente de culpa, pode decorrer do **risco da atividade**, de

falha no serviço, desídia dos prepostos, ou até mesmo, para alguns, do risco administrativo.

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 BIBLIOGRÁFICAS

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.

ARAÚJO, Vaneska Donato de, **Responsabilidade Civil**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.

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

CAHALI, Yussef Said, **Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**, 2. ed. atual., São Paulo : Saraiva, 1988.

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

COUTINHO, Alexandre, **Muhammad Yunus O Banqueiro dos Pobres**, disponível em: http://www.bancodopovo.sp.gov.br/statico/arquivos/bpp_download_005.pdf, acesso em 29 set. 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.

GOMES, Orlando, **Obrigações**, 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988.

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

GUIMARÃES DA SILVA, Geraldo José e GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha (coord.), **Direito Bancário e Temas Afins**, Campinas : CS Ed., 2003.

LUZ, Aramy Dornelles da, **Negócios Jurídicos Bancários: Curso de Direito Bancário: O Banco e Seus Contratos**, São Paulo, Juarez de Oliveira, 1999.

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

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

REIS, Clayton, **Aulas Ministradas no Curso de Especialização da Escola da Magistratura do Paraná**, no 1º Semestre do ano de 2009.

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

RIZZARDO, Arnaldo, **Contratos de Crédito Bancário**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1990.

RODRIGUES, Silvio, **Direito Civil, v. 1. Parte Geral**, 26. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) – São Paulo : Saraiva, 2003.

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, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito Civil : Responsabilidade Civil**, 4. ed., São Paulo : Atlas, 2004. (Coleção Direito Civil; v. 4).