



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

JOSÉ MARQUES DA SILVA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ESTABELECIMENTOS
BANCÁRIOS PELO PAGAMENTO DE CHEQUES FALSO OU
FALSIFICADO**

**SOUSA - PB
2007**

JOSÉ MARQUES DA SILVA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ESTABELECIMENTOS
BANCÁRIOS PELO PAGAMENTO DE CHEQUES FALSO OU
FALSIFICADO**

**Monografia apresentada ao Curso de
Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da
Universidade Federal de Campina
Grande, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.**

Orientador: Professor Ms. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

**SOUSA - PB
2007**



S586r Silva, José Marques da.
Responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários pelo pagamento de cheques falso ou falsificado. / José Marques da Silva. - Sousa - PB: [s.n], 2007.

68 f.

Orientador: Professor Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Responsabilidade civil. 2. Bancos – responsabilidade civil. 3. Cheque falso. 4. Negócios jurídicos bancários. 5. Emissão de cheques. 6. Dano material. 7. Dano moral. I. Oliveira, Eduardo Jorge Pereira de. II Título.

CDU: 347.51 (043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

José Marques da Silva

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS PELO
PAGAMENTO DE CHEQUES FALSO OU FALSIFICADO

Trabalho de Conclusão apresentado
ao Curso de Ciências Jurídicas e
Sociais, da Universidade Federal de
Campina Grande, em cumprimento dos
requisitos necessários para a obtenção
do título de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais.

Aprovada em: ____ / ____ / _____

COMISSÃO EXAMINADORA

MSc. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira
(Orientador)

Professor(a)

Professor(a)

Dedico,

Aos professores do Campus de Sousa
UFCG, por todos os conhecimentos
transmitidos e, em especial, ao orientador
deste trabalho, o Professor Eduardo
Jorge, por seu apoio imprescindível.

AGRADECIMENTOS

A Deus, o símbolo maior de tudo, pela existência e pela graça que os meus humildes planos tenham sido conforme à sua soberana vontade.

Aos meus pais, José e Maria; aos meus irmãos, Manoel, Antônio José, Josemar, Tico, Raimundo, Nanão, Gracinha, Corrinha e Noélia, pelo apoio e paciência que a mim sempre dispensaram.

RESUMO

A utilização das Instituições Financeiras como um modo de praticar a efetivação da produção dos recursos necessários para o desenvolvimento da sociedade, tornou-se muito comum, ao ponto de que grande parte da população brasileira utiliza-se de Bancos para promover as mais diversas relações negociais, sendo certo, que o cheque tem um papel de destaque na maioria de todas as relações contratuais. Entretanto, os serviços prestados por estas entidades devem oferecer mais seguridade como forma de parar as fraudes que estão entre as relações jurídicas. O objetivo do presente trabalho, é mostrar, ainda que de forma resumida, até onde vai a responsabilidade civil dos Bancos por danos materiais e morais, no que se refere aos pagamentos ou devoluções indevidas de cheques emitidos pelos seus respectivos clientes, tendo como conseqüência, o abalo de crédito destes, isto posto, tendo por parâmetro o Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chaves: Cheque. Relações negociais. Relações. Contratuais. Bancos. Devolução indevida. Responsabilidade civil.

SUMMARY

The use of the Financial Institutions as a way to practice the production effectuation of the resorts necessary to the society development, became so common that most of Brazilian population use banks to promote a lot of business relations, being sure, that the checks have a leading role in the most of the contract relations. However, the render jobs by these entities must offer much safety to stop the mistakes that permeate the juridical relations. The purpose of this present paper is to show even that in a summarized way, till where goes the civil responsibility of the Banks by material and moral harms, referring to the payments or unjust devolutions of the checks emitted by the clients having as consequence, the shock credit of these ones, this placed, having by parameter the Consumer Defence Code.

Key Words: Check. Business relations. Contract. Relations. Banks. Unjust devolution. Civil responsibility.

SUMÁRIO

RESUMO.....	05
ABSTRACT.....	06
INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 DOS BANCOS E DEMAIS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.....	11
1.1 Os negócios jurídicos bancários com emissão de cheques.....	13
1.1.1 O contrato de depósito bancário.....	15
1.1.2 O contrato de conta corrente.....	17
1.1.3 O contrato de abertura de crédito.....	19
2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	21
2.1 Os pressupostos da responsabilidade civil.....	22
2.1.2 Ação ou omissão.....	23
2.1.3 Culpa do agente.....	24
2.1.4 Dano.....	25
2.1.4.1 Dano Material.....	26
2.1.4.2 Dano Moral.....	27
2.1.5 Nexo de Causalidade.....	29
2.2 Responsabilidade contratual e extracontratual.....	30
2.3 Responsabilidade subjetiva e objetiva.....	31
2.4 Meios de exclusão da responsabilidade civil.....	32
2.4.1 Caso Fortuito e Força Maior.....	32
2.4.2 Fato de Terceiro.....	33
2.4.3 Culpa Exclusiva da Vítima.....	34
2.4.4 Estado de Necessidade.....	35
2.4.5 Legítima Defesa.....	36
2.4.6 Exercício Regular do Direito.....	37
2.4.7 estrito cumprimento do dever legal.....	38
2.5 Responsabilidade civil e o código de proteção de defesa do consumidor.....	38
3 DARESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS NO PAGAMENTO DE CHEQUE FALSO OU FALSIFICADO.....	43
3.1 Do cheque.....	43
3.1.1 Do cheque falso e falsificado.....	45
3.2 Relação contratual: banco/correntista.....	49
3.3 A responsabilidade civil dos bancos e o Código de Defesa do Consumidor.....	50
3.3.1 Os contratos bancários e o Código de Defesa do Consumidor..	51
3.3.2 Da Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.....	54
3.4 Responsabilidade objetiva do Código de Defesa do Consumidor (teoria do risco).....	55
3.5 Dever de indenizar dos bancos: danos materiais e morais.....	57
3.6 Causas de exclusão da responsabilidade.....	60

3.6.1 Cláusula de não indenizar.....	61
3.6.2 Culpa exclusiva do cliente.....	62
3.6.3 Culpa concorrente do cliente/banco.....	63
3.6.4 Prescrição.....	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	65
REFERÊNCIAS.....	67

INTRODUÇÃO

As relações negociais têm se revelado de fundamental importância para o desenvolvimento do país. Com o alto nível tecnológico conseguido nos últimos tempos, estas transações devem ser realizadas de forma mais segura possível para evitar a ação de fraudadores que podem por em risco as relações jurídicas.

Com este trabalho tem-se a intenção de trazer à tona atualidades, no que concerne a responsabilidade civil dos bancos e instituições financeiras em face do Código de Defesa do Consumidor e, para isso, se faz necessária a abordagem de conceitos e institutos do Direito Civil, Direito do Consumidor e uma pequena mostra do Direito Penal diante do tema, além de uma explanação sobre conceitos básicos do Direito Comercial no tocante ao cheque, como título de crédito.

Devido ao grande aumento das fraudes relacionadas a utilização do cheque, como ordem de pagamento, seja pela falsificação ou alteração deste título, um estudo sobre o tema Responsabilidade Civil dos Bancos e Instituições Financeiras, é de relevância social, por ser dotado de vastas atualidades, que necessitam de conhecimento e divulgação.

O espírito de incredulidade permeia o pensamento dos consumidores quando o tema diz respeito aos bancos, vistos como as empresas mais lucrativas do ramo mercantil e que nunca responderão por seus erros ou mesmo quando não existe erro, mas o cliente é prejudicado. Porém, os consumidores, considerados hipossuficientes na relação de consumo, não poderão arcar com estes prejuízos, tendo, assim, o direito de recorrer aos nossos pretórios para ver ganha esta lide contra grandes bancos, multinacionais ou não, individuais ou holding de empresas.

No decorrer deste trabalho analisar-se-á a responsabilização civil dos bancos e demais instituições financeiras, agirem com ou sem culpa, causando danos ao consumidor final, que geram o conseqüente dever de indenizar os prejuízos materiais ou morais, dependendo do caso concreto.

Quanto mais se discutir assuntos como este, que envolvem direitos dos consumidores, mais se estará levando aos cidadãos informações e instrumentos adequados para que busquem seus legítimos direitos.

Para explorar tal assunto, necessário se faz enfrentar algumas questões, tais como: qual o papel dos bancos e demais instituições financeiras na atualidade? O que são contratos bancários e quais os contratos que envolvem a emissão de

cheques? O que vem a ser responsabilidade civil? Quais são seus pressupostos e formas de exclusão? O conceito de cheque e suas formalidade. Quais as características da responsabilidade civil em face ao Código de Defesa do Consumidor? O conceito de consumidor, fornecedor e serviços. Responsabilidade objetiva (teoria do risco). Os bancos têm o dever de indenizar? O que dispõe o Código de Defesa do Consumidor? Quais as hipóteses de exclusão da responsabilidade dos bancos? Qual o posicionamento da doutrina e dos nossos Tribunais?

A construção textual do trabalho se dará basicamente pelo levantamento de dados, através de pesquisa bibliográfica, na qual serão utilizadas as seguintes fontes de pesquisa: doutrina, tanto clássica como moderna, leis, jurisprudências, artigos, revistas, periódicos e *internet*.

O método a ser utilizado é o dedutivo, onde, primeiramente, será abordada a questão dos bancos e demais instituições financeiras, para em um segundo momento, serem exploradas as questões que concernem à responsabilidade civil em geral, e finalmente, no último capítulo serem relacionados os temas de responsabilidade civil em face do Código de Defesa do Consumidor, concluindo com os casos de responsabilidade dos bancos frente a teoria da responsabilidade objetiva, no caso de pagamento de cheque falso ou falsificado.

Enfim, cabe ao consumidor, buscar a proteção aos seus direitos para que os bancos e demais instituições financeiras não os sacrifiquem quem pela ganância de auferir lucros exorbitantes, passando por cima de tudo e de todos, utilizando da força e do poder que o capital exerce na sociedade brasileira.

CAPÍTULO 1 DOS BANCOS E DEMAIS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Tomando como paradigma a legislação acerca de atividades pertinentes a mobilização de recursos para utilização em suas diversas formas, desde aplicações simplesmente remuneratórias, financiamentos de atividades produtivas, utilização de capital de giro, serviço de administração de caixa, dentre outras, é de admitir-se como válida e freqüente a dinâmica negocial.

No entanto, o que as Instituições Financeiras, mesmo que com outrora denominações já superadas, fazem há muito tempo é captar recursos junto ao mercado e repassá-los aos interessados.

MARTINS (1998, p.407), ao cuidar das empresas bancárias, no seu conhecido livro *Contratos e Obrigações Comerciais* assevera que:

Os bancos são empresas comerciais que têm por finalidade realizar a mobilização do crédito, principalmente mediante o recebimento de depósitos, de capitais de terceiros, e o empréstimo de importâncias, em seu próprio nome, aos que necessitam de capital, podendo praticar outras operações afins, e estas serão sempre consideradas comerciais.

E continua o ilustre doutrinador (1998, p. 407):

Exercem os bancos, indiscutivelmente, importante função econômica, mobilizando o crédito em benefício do desenvolvimento do comércio. Se se destinam as empresas bancárias ao recebimento, em depósito de capitais de terceiros, é graças à confiança na solidez dessas instituições que tais depósitos são executados; por outro lado, nos contratos de empréstimos feitos pelos bancos, aos que necessitam de capital, o crédito tem papel preponderante, possibilitando, assim, aos prestamistas, a utilização de capitais mediante a promessa de pagamento futuro.

É bastante lucidante o conceito de banco e sua necessidade nos dias atuais trazidos pela ilustre doutrinadora DINIZ em *Curso de Direito Civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, vol.3. (1998, p.502):

O banco - empresa comercial que tem por fim realizar a mobilização do crédito, mediante o recebimento, em depósito, de capitais de terceiros, e o empréstimo de importância, em seu próprio nome, aos que necessitam de capital - domina a vida cotidiana; não há classe social que a ele não se dirija, recolhendo suas economias ou levantando capitais.

Já ULHOA conceitua o que seja atividade bancária (2005, p. 445):

Por atividade bancária, entende-se, juridicamente falando, a coleta, intermediação ou aplicação dos recursos financeiros próprios ou de terceiros em moeda nacional ou estrangeira. Esse conceito, que se conclui da definição legal de instituições financeiras (LRB, art.17), abarca uma gama considerável de operações econômicas, ligadas direta ou indiretamente à concessão, circulação ou administração do crédito. Estabelecendo um paralelo, entre as atividades bancárias e industriais, pode-se afirmar que a matéria-prima do banco e o produto que ele oferece é o crédito.

No Brasil grandiosas obras legislativas foram feitas para regular as atividades destas instituições, desde o primeiro banco brasileiro, ainda na Monarquia, fundado por D. João VI, mediante Alvará de 12 de outubro de 1808, com o nome de Banco do Brasil, passando pela República com o Banco da República do Brasil.

Mas a grande modificação no sistema bancário brasileiro se deu por meio da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, foi criado o Conselho Monetário Nacional (CMN) e dá outras providências.

Essa lei estruturou e regulou o Sistema Financeiro Nacional, constituído do Conselho Monetário Nacional, do Banco Central do Brasil, do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e das demais instituições financeiras públicas e privadas.

A chamada Lei de Reforma Bancária (LRB), determina em seus artigos 17 e 18, *in verbis*:

Art. 17 - Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Para se exercer a atividade bancária é necessária a autorização governamental, que é expedida pelo Banco Central do Brasil, autarquia da União Federal e órgão competente para esta tarefa. Já para os estrangeiros, a autorização é dada por meio de Decreto do Presidente da República.

É o que se aduz como disposição do artigo 18 da Lei de Reforma Bancária "Art. 18 - As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras".

Lembra-se, ainda, que a lei estabelece pena de reclusão de um a quatro anos

para quem exercer a atividade bancária sem a devida autorização. Assim reza o artigo 16 da Lei nº. 7.492, de 16 de junho de 1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências:

Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração (Vetado) falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio:

Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

1.1 Os negócios jurídicos bancários com emissão de cheque

Sérgio Carlos Covello (2004, p.38) define muito bem que "as operações bancárias são atos realizados pelos bancos para consecução de suas finalidades econômicas".

Pois bem, as operações bancárias são verdadeiros pactos (regulados e regulamentados por Leis, Resoluções, Circulares etc.) entre os bancos e seus Clientes, sendo que a *conta corrente* é uma escrituração de movimentação de fundos existentes em depósitos, onde o Banco se obriga a receber valores emitidos por Clientes, acatando suas ordens até certo limite.

A movimentação dos fundos existentes faz-se, geralmente, por meio de cheques, que são entregues aos depositantes (clientes), tendo estes a obrigação de os guardar e deles fazer bom uso. Daí, a exigência do BACEN de que as instituições financeiras, em face de clientes que fazem mau uso do cheque, após uma segunda apresentação dos mesmos e não sendo constatados fundos, encerrem a conta de depósito, inserindo o nome do depositante na listagem dos que emitiram cheques irregulares (CCF), com validade para cinco anos.

Antes, porém, de tratar da responsabilidade civil bancária a respeito do protesto de cheque, é importante lembrar o que Egberto Lacerda Teixeira ensina sobre os vícios formais do cheque, chamando assim, assinatura falsa aquela que não é autêntica ou autorizada pelo aparente obrigado; assinatura falsificada aquela que se obtém por meio de acréscimos, cancelamentos ou modificações de uma assinatura autêntica ou autorizada; a falsificação pressupõe a modificação indevida da assinatura ou firma do signatário da obrigação cambiária, mais comumente do emitente do cheque; a adulteração

representa modificação indevida de outros requisitos essenciais do cheque tais como data ou lugar da emissão, a soma a pagar, moeda do pagamento etc.

O entendimento pretoriano da responsabilidade civil bancária, no que concerne ao pagamento de cheque falso, tende a responsabilizar em princípio o sacado, a este reservando o direito, para eximir-se de fazer prova-se culpa do depositante. Quando não a faça ou não possa fazê-la, a carga do ônus é sua (Súmula 28 do Supremo Tribunal Federal: "O estabelecimento bancário é responsável pelo pagamento do cheque falso, ressalvadas as hipóteses de culpa exclusiva ou concorrente do correntista"). A mencionada Súmula estabelece a regra da presunção relativa, *iuris tantum*, onde a responsabilidade do Banco pode ser anulada ou diminuída, conforme a prova que se fizer em relação à culpa exclusiva ou concorrente do Cliente; assim, em havendo culpa concorrente, a responsabilidade deve ser rateada entre Banco e Cliente.

Pontes de Miranda (2003, p. 114) entende que:

A expressão 'responsabilidade' é imprópria em se tratando de pagamento de cheque falso, ou falsificado. O que se pergunta é se o sacado, que paga o cheque falso, ou falsificado, paga bem e pode lançar a débito do que fez a provisão a importância do cheque. Não há resposta a priori: quem paga o cheque falso, ou falsificado, cuja falsidade ou falsificação não era grosseira, lançando a importância a débito do que fez a provisão, pagou mal, salvo se o que teria de ser o sacador teve culpa. De modo que, se o que poderia sacar, não sacou, pode opor que o cheque não foi firmado por ele, ou que foi falsificado. O sacado somente pode escapar à pretensão do que fez a provisão alegando culpa do que foi autorizado a sacar. O risco é do sacado. Enquanto não há sentença transitada em julgado que dê como culpado o autorizado a criar cheques, não pode o sacado considerar diminuída a provisão: foi contra ele que se dirigiu o crime de falsidade, ou de falsificação.

Em relação ao cheque adulterado em seu valor, e sendo este depositado na conta do apresentante por culpa do Banco, sem prova de ter sido aquele o autor da adulteração, cabe ao emitente-sacador apenas a reparação dos danos materiais, ou seja, o reembolso por parte do Banco, da diferença que foi sacada a maior, com juros e correção monetária. Contudo, se o cheque for devolvido, e por conta disso o nome do Cliente for incluído junto aos órgãos de restrição ao crédito, daí sim, ensejará a responsabilidade bancária pelos danos morais.

Já no que se refere a cheques furtados, deve o Banco antes de negativar o nome do Cliente, verificar se existe ou não qualquer tipo de falsificação no título

(ou mesmo autenticidade da assinatura), pois, se houver, e o Banco não atentar para tal ato, o mesmo deve responder pelos prejuízos causados ao Cliente. Assim, tratando-se de título de crédito que se beneficia das normas cambiárias, e portanto passível de circulação, entende-se que não responde por perdas e danos o portador que, após recusado pelo banco o pagamento de cheque furtado e falsificado, o leva a protesto, se não agiu com culpa na aquisição do título. Conclui-se, pois, que o Banco é quem deve arcar com a responsabilidade, podendo-se pois, aplicar a teoria do risco profissional quando o Banco lança a débito de conta de seu correntista o valor de cheques nominais em cujo verso foram apostas assinaturas evidente e grosseiramente falsificadas sem ter a indispensável cautela de verificar a assinatura do tomador, através de autógrafo existente em sua agência, ou sem exigir a apresentação de documento de identidade.

Verifica-se que sempre ocorre a aplicação da teoria do risco profissional ou mesmo da culpa em caso de responsabilidade civil bancária. Entretanto, parece bastante prudente que seja adequada uma dosagem entre essas duas teorias! para aplicar a teoria contratual a fim de que seja buscado um verdadeiro equilíbrio. A esse respeito faz-se importante transcrever a orientação dada por Sérgio Carlos Covello (2004, p.451), que preleciona o seguinte:

- a) em princípio, o banco deve ser responsabilizado pelo pagamento de cheque falso ou falsificado;
- b) tal responsabilidade pode ser dividida com o cliente, caso o banco prove que o correntista também agiu com culpa;
- c) na hipótese de não caber culpa nem ao banco, nem ao cliente, o ônus deve ser suportado pelo banco.

Assim, com a mencionada regra, parece que se pode sopesar a devida responsabilidade civil bancária no que concerne à prática de atos que abalam o crédito dos Clientes.

1.1.1 O contrato de depósito bancário

Contrato de depósito bancário é aquele através do qual o depositante entrega certo valor para guarda do Banco, que fica como depositário, dele podendo utilizar, tendo o depositante a faculdade de levantá-lo, no todo ou em parte, quando isso lhe convenha. A responsabilidade pode ser dividida com o cliente caso o banco prove que

Segundo Fabio ULHOA (2005, p.448) "O depósito bancário é contrato pelo qual uma pessoa (depositante) entrega valores monetários a um banco, que se obriga a restituí-los quando solicitados".

Para MARTINS (1997, p.433) o contrato de depósito é "a operação bancária segundo a qual uma pessoa entrega ao banco determinada importância em dinheiro, ficando o mesmo com a obrigação de devolvê-la no prazo e nas condições convencionadas".

O depósito bancário é um contrato *sui generis* pelo qual é normativa a intervenção do banco e se caracteriza pela obrigação deste último de estar a disposição do depositante para restituir a soma de dinheiro a ele confiada e da qual adquiriu a propriedade. Diante de tal conceito, depreende-se que:

- a) o depósito bancário tem sempre por objeto uma soma em dinheiro - o depósito de outros bens rege-se pelas normas do depósito comum dos arts. 1265 e seguintes do CC;
- b) o banco assume a obrigação de devolver a importância monetária na mesma qualidade e quantidade - o que, na verdade, se restitui é o seu equivalente;
- c) ao Banco assiste o direito de utilizar o dinheiro depositado como bem lhe prouver, sem a necessidade de consultar o depositante, desde que o reintegre in totum;
- d) constitui negócio de crédito, pois o depositante transfere a propriedade da soma pecuniária ao Banco para receber mais tarde e;
- e) o contrato de depósito bancário pressupõe sempre, como depositário, um estabelecimento de crédito autorizado.

A transferência da propriedade (*traditio*) gera efeitos jurídicos importantes uma vez que constitui-se no marco inicial da correção monetária - conceituada pelos mais abalizados doutrinadores como uma reavaliação da moeda, isto é, a correção de seu valor nominal referente à época em que esteve depositada, ou seja, uma tradução numérica do "valor devido; bem como do início da responsabilidade pelos valores depositados uma vez que, aperfeiçoada a tradição, os riscos pelo perecimento ou deterioração da coisa são de responsabilidade do dono.

O dinheiro depositado em estabelecimento bancário, por clientes, passa a ser propriedade do banco, ficando o depositante tão somente com o direito de crédito contra o depositário. A natureza do depósito bancário é de contrato de "depósito irregular" que se equipara ao mútuo, mas tem suas características próprias.

Como já se falou este é um contrato de operação bancária passiva, pois o

banco assume a posição de devedor, e é contrato de natureza real porque se aperfeiçoa mediante a tradição da soma pecuniária ao banco. A *tradio*, no caso, é perfeita, pois a entrega do dinheiro tem duplo efeito, de aperfeiçoar o contrato e de transferir o domínio da importância depositada para o Banco.

O depósito bancário pode ser à vista, suscetível de ser retirado, no todo ou em parte, a qualquer momento. Pode ser a prazo, sob as condições estipuladas no contrato de adesão apresentado pelo banco ao cliente.

Tem-se, portanto, que o banco dispõe do numerário depositado, que passou a sua propriedade. Mas, dele igualmente dispõe o cliente-depositante, que pode retirá-lo quando quiser.

Quanto a algumas particularidades das pessoas que podem realizar este tipo de contrato assevera DINIZ, (1998, p. 503):

Podem fazer depósito os absolutamente incapazes, se representados pelos pais, tutores ou curadores, que movimentam suas contas, os relativamente incapazes, se assistidos pelo representante legal. O falido não pode fazê-lo porque seus bens estão fora de sua administração, até sua reabilitação judicial ou que cesse o estado de quebra. A pessoa jurídica só poderá fazê-lo se seu estatuto social estiver devidamente registrado.

Finalmente, extingue-se o presente contrato além da rescisão unilateral de qualquer das partes, pela compensação já que o banco pode debitar da conta do depositante o valor de créditos líquidos de que seja titular; pela falta de movimentação pelo prazo de 30 (trinta) anos, conforme preceituado pela Lei nº. 370, de 1937, segundo ULHOA (2005, p.411), hipótese em que o banco deve recolher ao Tesouro Nacional os recursos existentes na conta do depositante.

1.1.2 O contrato de conta corrente

O contrato de conta corrente é sem dúvida de dúvidas, o mais comum das operações bancárias existentes na atualidade, seja por sua facilidade nas operações, seja pelo número volumoso de "incentivos" que as instituições bancárias oferecem.

Neste tipo de contrato é oferecido pelos bancos um serviço para que o cliente mantenha seu dinheiro em um local seguro e disponível para transações diárias, como saques e depósitos, mediante o pagamento de tarifas.

A conta corrente é assinada pelo cliente depois da apresentação da ficha cadastral, em que o mesmo poderá efetuar depósitos de valores, saques, ordens de pagamento, ficando o banco como depositário, colocando um serviço de caixa à sua disposição, serviço esse disponível durante dia e noite, movimentável por cheques ou até mesmo por cartão magnético.

Segundo ULHOA (2005, p.412) "A conta corrente é o contrato pelo qual o banco se obriga a receber valores monetários, entregues pelo correntista ou por terceiros e proceder a pagamentos por ordem do mesmo correntista, utilizando-se desses recursos".

A conta corrente é um contrato bilateral, consensual, informal, embora sempre por escrito, no qual estão estabelecidos os direitos e obrigações das partes, com prazo certo ou indeterminado, o cliente outorgando poderes ao banco depositário para a prática de certos atos e, em contrapartida, o banco se beneficiando dos depósitos, uma vez que o cliente não faz, em tese, jus ao pagamento de nenhum juro ou remuneração.

No mais se trata de um contrato simples. Enquanto o banco se responsabiliza pelo pagamento das ordens emitidas pelo cliente, este lhe remunera por meio do pagamento das taxas de serviços previamente fixadas responsabilizando-se também, pelo pagamento dos tributos referentes a este numerário.

Com efeito, não devem ser confundidos os contratos de abertura de conta corrente bancária com o contrato de conta corrente mercantil. Esse é uma modalidade contratual cuja disciplina se dá pelo Código Comercial. É o contrato celebrado entre dois comerciantes que mantêm relações negociais continuadas entre si, e que, ao invés de satisfazerem, de imediato, todas as operações de crédito e débito recíprocas, vão registrando, graficamente, as sucessivas remessas de valores em suas contabilidades, de modo que somente por ocasião do balanceamento da conta entre as duas pessoas é que se verificará qual o devedor e qual o credor. Sendo regulada pelos artigos 368 e seguintes do novo Código Civil - que tratam da compensação - e pelos artigos. 253 e 432 do Código Comercial - que estabelecem, respectivamente, o modo e o período de acerto nos balanços para a verificação dos lucros e a presunção de liquidez e registros em livro contábil pelo comerciante - constituindo-se em espécie do gênero contrato de crédito.

1.1.3 O contrato de abertura de crédito

O contrato de abertura de crédito em conta corrente é uma das espécies contratuais de maior utilização na atividade bancária, sendo aquele em que a Instituição Financeira coloca certo valor à disposição do correntista por determinado tempo mediante remuneração.

Os contratos de abertura de crédito são celebrados para que o banco ponha à disposição do creditado, sempre que preciso, o numerário eventualmente faltante para a cobertura de cheques, dentro dos limites ajustados pelas partes. No momento de contratar, o correntista não declara nem reconhece a existência de débito algum, simplesmente porque nesse momento não existe valor devido, pois só no futuro é que, à medida em que os aportes à conta vierem a ser feitos, surgirão débitos para um e créditos para outro.

Para MARTINS (1997, p. 436):

Entende-se por abertura de crédito o contrato segundo o qual o banco se obriga a por à disposição de um cliente uma soma em dinheiro por prazo determinado ou indeterminado, obrigando-se este a devolver a importância, acrescida dos juros, ao se extinguir o contrato.

É interessante frisar neste tipo de contrato é que o banco contrata com o usuário a abertura de crédito rotativo em sua conta corrente podendo o mesmo fruir do dinheiro que possui à medida de suas necessidades ou reaplicá-lo em investimentos no próprio banco ou em outros locais.

No entendimento de DINIZ (1998, p. 508), quanto à possibilidade de o banco realizar o crédito em favor de terceiro:

Haverá, portanto, por ser uma operação bancária, um ajuste em que o banco convencionou com o cliente a disponibilidade do numerário, em favor do próprio cliente ou de terceiro por ele indicado, podendo o crédito, neste último caso, ser confirmado pelo banco se a soma creditada comportar saque mediante a apresentação de documentos comprovantes de operação comercial realizada entre o cliente e o terceiro.

Como se percebe, a abertura de crédito é uma modalidade de financiamento bancário que importa colocar à disposição do cliente uma determinada importância em dinheiro, bens ou serviços, restando-lhe facultada a sua utilização em uma única vez, ou de maneira parcelada, ou, até mesmo, sendo-lhe possível não lançar mão do

crédito aberto, quando, então, somente terá de arcar com as taxas por utilização deste crédito disponibilizado. Importante destacar: o valor do crédito aberto não é previamente creditado em sua conta, ou seja, a disponibilidade não decorre da prévia entrega do dinheiro e sim da disposição destes valores pelo correntista.

Nesses contratos, o banco coloca o crédito à disposição do cliente pelo que lhe cobra os juros e demais encargos sobre o capital correspondente. Entretanto, alguns estabelecimentos bancários cobram estes encargos mesmo sem o cliente utilizar do crédito disponibilizado.

O contrato de abertura de crédito, diversamente do que se dá com o mútuo previsto na lei civil, realiza-se pelo puro consenso. O banco, ora creditor, nada entrega, de imediato, ao cliente, chamado creditado. Põe à sua disposição soma de dinheiro por determinado tempo ou por tempo indeterminado, mas sempre com a obrigação para o creditado de restituir soma equivalente, caso venha a utilizar o crédito que lhe foi concedido.

O contrato é cumulativo: a prestação que incumbe ao banco é prestação de crédito; e se o correntista retira algo ou se retira tudo, tem de restituir, com o pagamento dos encargos devidos.

Esta modalidade de contrato bancário se presta para os conhecidos contratos de cheque especial, com garantia ou não, embora o Banco Central recomende pelo menos a garantia de aval, como boa técnica bancária.

CAPÍTULO 2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A noção de responsabilidade encontra-se presente desde os tempos mais longínquos. Desde antigas codificações catalogadas, anteriores à civilização mediterrânea, há vestígios a respeito do tema. Reporta-se desde os primórdios, quando a vingança era coletiva, depois privada "olho por olho, dente por dente", de composição entre o autor da ofensa e a vítima, e finalmente, quando o Estado passou a intervir nos conflitos privados, tendo a responsabilidade a ter caráter tanto de pena privada quanto de reparação.

Mas foi no Direito Romano que se embasou a teoria sobre a responsabilidade civil, com a *Lex Aquilia de damno*. O Brasil, hoje, adota tanto a responsabilidade objetiva quanto a subjetiva, o que vai depender da questão a ser regulada.

Aponta a ilustre DINIZ (1998, p. 34):

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por uma pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

O instituto da responsabilidade civil permeia toda existência do homem, é o que se pode denotar da ocorrência de qualquer situação fática advinda das relações jurídicas praticadas no meio social.

O ser humano, por sua racionalidade, criou em seu entorno responsabilidades, as quais produzem efeito em sua liberdade e por seu caráter agregador, refletem em toda a sociedade.

A realidade mostra que mesmo dotado de toda sabedoria e liberdade o homem atenta contra a estabilidade social, tomando-se necessária à intervenção do Direito para promover a sanção adequada a cada caso hipoteticamente previsto.

A responsabilidade civil é um tema de grande relevância na atualidade jurídica, pois, produz reflexos nas atividades contratuais e extracontratuais, devendo ser dotada de grande flexibilidade, a fim de restabelecer o equilíbrio causado pelo dano e buscar a paz pública.

Novamente DINIZ (1998, p.03) descreve a importância do tema:

Grande é a importância da responsabilidade civil, nos tempos atuais, por se dirigir à restauração de um equilíbrio moral e patrimonial desfeito e à redistribuição da riqueza de conformidade com os ditames da justiça,

tutelando a pertinência de um bem, com todas as suas utilidades, presentes e futuras, a um sujeito determinado.

Desta forma, qualquer tipo de manifestação livre que resulte em prejuízo para alguém individualmente ou para a coletividade, traz consigo a responsabilidade, sendo esta um fenômeno da vida social e não somente jurídico.

Um dos princípios gerais do direito, informador de toda a teoria da responsabilidade é aquele que impõe a quem causa dano a outrem, o dever de reparar.

Este princípio vem consagrado no artigo 186 do Código Civil: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Conclui-se que, o fundamento da responsabilidade civil é de que todo dano deve ser reparado. Assim, uma responsabilidade civil quando bem aplicada, toma-se um instrumento poderoso na valorização ética do ser humano.

Para Nelson NERY JÚNIOR (2005, p. 266):

A responsabilidade civil se assenta na conduta do agente (responsabilidade subjetiva) ou no fato da coisa ou no risco da atividade (responsabilidade objetiva). Na responsabilidade objetiva o sistema fixa o dever de indenizar independentemente da culpa ou dolo do agente. Na responsabilidade subjetiva há o dever de indenizar quando se demonstra o dolo ou a culpa do agente, pelo fato causador do dano.

Segue esta linha de entendimento o magistrado Clayton REIS (2000:61): "A reparação, nesse caso, atende a uma exigência de ordem social, posto que o prejuízo decorrente de ato indevido do agente acarreta, como consequência, um desequilíbrio na harmonia social".

É neste sentido que se deve atentar para o fato de que a paz jurídica ao ser perturbada pelo desequilíbrio das relações, o poder estatal deve ser acionado para que se realize a imediata defesa da ordem social.

2.1 Os pressupostos da responsabilidade civil

Os civilistas brasileiros variam quando o tema diz respeito aos pressupostos da responsabilidade civil.

Maria Helena DINIZ (1998, p.35) elenca como pressupostos fundamentais: a

ação, o dano moral ou material e o nexo de causalidade entre o dano e a ação. Já Sílvio RODRIGUES (1999, p.14) denota quatro importantes pressupostos para a responsabilidade civil, sendo eles: ação ou omissão do agente, culpa do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima, sendo estes, pressupostos da denominada responsabilidade civil subjetiva, que tem a culpa como elemento central.

Ademais, na responsabilidade civil objetiva pode encontrar os demais pressupostos, tendo em vista a culpa não estar entre os seus elementos.

A responsabilidade civil objetiva, abordada de acordo com o estatuído pela Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor - será discutida profundamente no próximo capítulo.

No momento, neste estudo, cuida-se em abordar os mesmos quatro pressupostos citados por RODRIGUES, por considerar-se ser esta a forma mais completa para o verdadeiro entendimento da matéria.

São pressupostos da responsabilidade civil (subjetiva):

- a) ação ou omissão do agente
- b) culpa do agente
- c) relação de causalidade
- d) dano experimentado pela vítima

2.1.2 Ação ou omissão

Pode-se dizer que ação e a omissão são espécies, a qual o gênero é a conduta. E por conduta entende-se o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo conseqüências jurídicas.

Pode-se definir conduta como um ato comissivo ou omissivo, em que o agente atropela um dever legal ou moral alheio. No entanto, o ato pode ser próprio ou de terceiro, bem como de animal ou coisa sob a responsabilidade do mesmo.

No ato comissivo o agente pratica uma ação, independente de ser lícita ou ilícita, segundo o caso concreto. Quanto ao ato omissivo, é inerente a conduta do agente a inércia, negligência do agente em relação a um fato, em que o mesmo deveria agir, realizar.

Preceitua a insigne DINIZ (1998, p. 37) conceituando ação:

(...) vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

Nesse sentido, DELMANTO (2004, p.19): "**Conduta:** É a manifestação de vontade, (...), que pode se traduzir tanto em um comportamento positivo (comissivo) ou negativo (omissivo). Por isso, jamais haverá *conduta*, em ação ou omissão involuntária".

Os elementos principais que compõem o ato ilícito são: a culpabilidade, a antijuridicidade, o dano e o nexo de causalidade; na falta de um desses elementos, não há ilícito na esfera civil. Assim, os atos praticados em legítima defesa, estado de necessidade, etc., (excludentes da responsabilidade) excluem a reparação. Os mesmos serão estudados ao final deste capítulo.

O conceito de ato ilícito encontra-se condensado no Novo Código Civil em seus arts. 186 e 187. DINIZ assim explica o ato ilícito (1998, p. 35):

O ato ilícito é o praticado culposamente em desacordo com a norma jurídica, destinada a proteger interesses alheios; é o que viola direito subjetivo individual, causando prejuízo a outrem, criando o dever de reparar tal lesão. Para que se configure o ilícito será imprescindível um dano oriundo de atividade culposa.

Entretanto, ao analisar-se alguns casos em que a prática do ato ilícito efetuado por determinados tipos de pessoas não são considerados antijurídicos, hipótese em que se afasta sua ilicitude. É o caso, por exemplo, dos amentais ou dos menores, pois a questão tratada aqui é a de estabelecer a conexão entre a culpa e a imputabilidade. Conclui-se que a indenização deriva de uma ação ou omissão do agente que infringe um dever legal, contratual ou social ou praticado com abuso de direito.

2.1.3 Culpa do agente

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico compreende o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência e negligência.

No dolo, o agente tem a vontade consciente de violar o direito, dirigida à consecução do fim ilícito.

A culpa, *stricto sensu*, é a falta de diligência na observância da norma de conduta. O desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais da sua atitude.

Quando o agente tem sua ação levada pela culpa ele não age voluntariamente para causar o dano, uma vez que este acontece devido a falta de negligência, imprudência ou imperícia. Podemos então afirmar que na culpa a ação do agente é voluntária, mas o evento danoso não, enquanto no dolo a ação e o prejuízo são voluntários.

Dentro dos significados de negligência, imprudência e imperícia, que não são espécies nem elementos da culpa, mas sim, formas pela qual a mesma se exterioriza, tem-se:

a) *negligência*: a omissão, falta de cuidado, um não agir de forma normal, a qual, qualquer ser humano o faria;

b) *imprudência*: falta de cautela na conduta, e;

c) *imperícia*: a falta de habilidade de alguém que presumíamos possuí-la. A conduta culposa pode se apresentar de diversas maneiras:

Quanto a sua gravidade ela é dividida da seguinte forma:

a) *grave*: quando o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao médio dos homens;

b) *leve*: quando a falta puder ser evitada com atenção ordinária, com o cuidado próprio do homem comum, e;

c) *levíssima*: caracterizada pela falta de atenção extraordinária, pela ausência de habilidade especial ou conhecimento singular.

Encontra-se também, conforme outra classificação de culpa: 1. *in vigilando*, é a culpa de quem tem sob sua guarda ou responsabilidade algo e falta com cuidado sobre ele causando dano; 2. *in eligendo*, culpa que deriva do ato de terceiro escolhido pelo agente; 3. *in custodiendo*: é a culpa em que o agente atua com displicência em relação à coisa ou animal sob seus cuidados.

2.1.4 Dano

O dano é um elemento essencial na responsabilidade civil, além de ser o de mais fácil entendimento e conceituação. Ao praticar um ato antijurídico, causando

como consequência, um prejuízo a outrem, nasce para o agente a obrigação de reparação.

Não é possível a noção de responsabilidade sem que haja um dano, afinal, o direito das obrigações preceitua o dever de reparar, sendo necessário, nesse contexto, que tenha ocorrido um dano e não apenas o simples interesse da vítima.

Segundo Clayton REIS (2000, p.4): "Todavia, o dano deve ser considerado como uma lesão a um direito, que produza imediato reflexo no patrimônio material ou imaterial do ofendido, de forma a acarretar-lhe a sensação de perda".

O dano não é avaliado de maneira quantitativa, assim, cabe à justiça, qualificar a reparação de acordo com a lesão provocada ao interesse da vítima e não à sua extensão pecuniária. Nesse caso, de quantificação do dano, o interesse da vítima se torna peça fundamental.

O dano, todavia, deve ser atual e certo, ou seja, deve existir ou ter existido, além de ser preciso e não baseado em hipóteses.

Ao debater-se o pressuposto do dano, tem-se que referenciar a respeito do dano moral e do dano material.

Quanto à indenização dos danos morais, assevera Clayton REIS (2000, p.07):

Quando se tratar de danos extrapatrimoniais, estaremos diante de um prejuízo insuscetível de reposição, já que o conceito de reparabilidade não se aplica aos bens imateriais. Estes bens são impossíveis de ser avaliados com absoluta precisão, não admitindo, por consequência, uma exata equivalência com a perda sofrida pela vítima.

2.1.4.1 Dano Material

O dano material é aquele que afeta o patrimônio da vítima da conduta ilícita, seja total ou parcialmente. Esta espécie de dano pode afetar tanto o patrimônio presente como o futuro, assim, ele abrange os danos emergentes e os lucros cessantes, encontrados no art. 402 do Código Civil.

O dano material segundo DINIZ (1998, p. 61):

(...) vem a ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável.

Conforme Clayton REIS (2000, p.08):

Os danos patrimoniais são aqueles que atingem os bens e objetos de natureza corpórea ou material. Por consequência, são suscetíveis de imediata avaliação e reparação. Afinal, os bens materiais podem ser reconstituídos ou ressarcidos - todos possuem valor econômico no capo das relações negociais.

Como pode-se concluir dos conceitos cedidos pelos juriconsultos, os danos patrimoniais referem-se aos prejuízos verificados em nossos bens materiais, que podem ser plenamente reparáveis por meio da reposição do bem lesado.

Dano emergente ou positivo é aquele que causa uma diminuição imediata no patrimônio da vítima, seja aumentando o passivo ou reduzindo o ativo. Já lucro cessante representa tudo aquilo que o lesado deixou de lucrar em razão do prejuízo, sendo, portanto, um dano negativo.

Portanto, a idéia de perda de um interesse envolve conceito amplo, tanto de prejuízo patrimonial quanto extrapatrimonial, pois, de certa forma, todos os nossos interesses legítimos são amplamente tutelados pela norma legal.

Entretanto, na hipótese da impossibilidade da reparação do bem, seja por sua perda total, parcial ou qualquer outra situação, o que impossibilita o retomo ao *status quo ante*, faz-se necessária sua conversão em indenização pecuniária, através da aferição do *quantum* indenizatório dos bens lesados.

2.1.4.2 Dano Moral

No ordenamento jurídico pátrio, a polêmica quanto a se indenizar ou não o dano moral foi totalmente dissipada a partir da Constituição de 1988, que em seu art. 5º, X, dispõe, *in verbis*: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Dano moral é aquele que afeta a paz interior da pessoa acometida pelo ato ilícito, atingindo seu sentimento, decoro, ego, honra, v.g., tudo aquilo que não tem valor econômico, mas causa dor e sofrimento a vítima.

No dizer do magistrado Clayton REIS (2000, p.2): "É no campo moral que o homem realiza a maior construção no curso da sua existência, quando lega às gerações vindouras os valores que compõe as razões do agir humano".

E continua o ínclito julgador (2000, p. 02):

É inquestionável que os padecimentos de natureza moral, como por exemplo, a dor, a angústia, a aflição física ou espiritual, a humilhação, e de forma ampla, os padecimentos resultantes em situações análogas, constituem eventos de natureza danosa, ou seja, danos extrapatrimoniais.

Entretanto, para efetiva comprovação da existência do dano moral, é necessário que fique realmente demonstrado que foram em virtude da conduta determinante do agente que a vítima sofreu notória privação de um bem juridicamente tutelado, autorizando, assim sua compensação.

Isto porque ao tratar-se de dano moral devemos ter a noção de que eles não podem ser reconstituídos ao seu estado de espírito original devido a sua própria natureza de bem imaterial já que tratamos de bens jurídicos que se exteriorizam por valores que compõe a personalidade da pessoa, como a honra, a liberdade, a privacidade, a integridade, a família, dentre outros.

Não se pode esquecer que o abalo de crédito também gera o indenização por danos morais, porque este abalo atinge diretamente o conceito de pessoa honrada, colocando em dúvida a idoneidade e o crédito da vítima. O crédito é um bem jurídico que faz parte do patrimônio econômico e moral das pessoas físicas e jurídicas, sendo que o abalo de tal credibilidade traz vários transtornos às pessoas, no que diz respeito à honorabilidade e à imagem, pois ocorrendo tal fato, os conceitos dessas pessoas são demasiadamente prejudicados.

Deve-se entender o problema da seguinte forma: se o objetivo maior da responsabilidade civil por danos morais é o de que o dano imaterial seja amplamente reparado, como fazê-lo? Este é o maior problema dentro do campo de reparação dos danos morais, uma vez que como medir e compensar a subjetividade do bem lesado, já que não existe uma tabela de valores que majorem ou minorem estes interesses.

O que se toma, dentro deste tema, inquestionável é a reparabilidade dos chamados danos morais, procedendo-se, de certa forma, a avaliação dos danos sofridos por métodos próprios e que levem a verdadeira satisfação do ofendido.

E neste processo de valoração dos danos lesados, no dizer de Clayton REIS (2000, p. 68), tem o magistrado papel fundamental:

O destaque para a função do juiz na fixação do *quantum* a ser indenizado é

conseqüência de sua discricionariedade, bem como da sua técnica na aferição de valores, e a habitualidade com que procede a tarefa de avaliação das provas e elementos contidos no processo.

Quanto à polêmica da possibilidade de se cumular os danos morais com os patrimoniais ou materiais o Superior Tribunal de Justiça formulou a Súmula n. o 37, que dissipa toda e qualquer dúvida, *in verbis*: "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato".

2.1.5 Nexo de Causalidade

Para existir a responsabilidade civil e o conseqüente dever de reparar é imprescindível que se demonstre a relação de causalidade entre o dano e a ação que o provocou.

Para Diniz (1998, p. 92):

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se 'nexo causal', de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua conseqüência previsível. Tal nexos representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa.

O nexos de causalidade se relaciona a elementos objetivos, ou seja, externos. Enquanto a imputabilidade diz respeito à subjetividade, ou seja, a elementos internos.

O cerne da questão não é definir a conduta culposa, muito menos o resultado danoso, o principal se encontra em discernir se houve relação de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o dano suportado. Uma simples coincidência não implica na causalidade.

O *onus probandi*, no geral, incumbe ao autor, caso este, que não acontece na responsabilidade objetiva. A prova é elemento crucial quando se trata do liame de causalidade.

Explicita, ainda, DELMANTO (2004, p.21): "O nexos de causalidade (ou relação causal) pelo qual o resultado (nos crimes que dele dependam) só pode ser atribuído a que lhe deu causa. A palavra causa significa aquilo que faz com que algo exista".

Vê-se, ainda, neste Capítulo os motivos excludentes do nexos causal e por

conseqüência, excludentes da própria responsabilidade, sendo, assim, causas excludentes do dever de reparação.

2.2 Responsabilidade contratual e extracontratual

Mas mais variadas relações uma pessoa pode causar prejuízo a outra, tanto por descumprir uma obrigação contratual como por praticar qualquer espécie de ato ilícito. Daí, diz-se que no campo da responsabilização existe uma responsabilidade contratual e uma outra, denominada extracontratual ou aquiliana.

A responsabilidade contratual surge de um negócio jurídico, tanto unilateral quanto bilateral, cabendo ao devedor o ônus da prova. Na responsabilidade aquiliana que ocorre com o inadimplemento de um ato normativo, por meio de um ato ilícito, sendo que este deve ser provado pela vítima.

O conceito de culpa é o elemento central tanto da responsabilidade contratual quanto da extracontratual. Mas, a culpa se diferencia do simples fato de o devedor ter descumprido a obrigação pactuada, da mesma forma que a culpa extracontratual é coisa diferente da causa material que ocasiona o dano.

Neste tipo de responsabilidade há casos de exceção, em que, possuindo o contrato cláusula expressa um dos contraentes suportará os encargos, independentemente do fato causador, caindo sobre o devedor o ônus da prova.

Vê-se que a responsabilidade extracontratual resulta de um inadimplemento imposto pela norma onde até então não existia vínculo algum preexistente entre as partes, cabendo à vítima o *onus probandi*.

De acordo com RODRIGUES (1999, p. 10):

Em matéria de prova, por exemplo, na responsabilidade contratual, demonstrado pelo credor que a prestação foi descumprida, o *onus probandi* se transfere para o devedor inadimplente, que terá que evidenciar a inexistência de culpa de sua parte, ou a presença de força maior, ou outra excludente da responsabilidade capaz de eximi-lo do dever de indenizar, enquanto, se for aquiliana a responsabilidade, caberá à vítima o encargo de demonstrar a culpa do agente causador do dano.

Para NERY JÚNIOR existem algumas cláusulas gerais extraídas do Código Civil brasileiro que regem a responsabilidade civil extracontratual (2004, p.267):

Há o direito do prejudicado de ser indenizado e o dever do ofensor indenizar

quando: a) a ofensa se der a qualquer direito; b) a ofensa ocorrer em desrespeito a norma de ordem pública imperativa; c) o dano causado for apenas moral; d) por expressa especificação legal, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, independentemente de dolo ou culpa; e) a ofensa se der por desatendimento à boa-fé e aos bons costumes.

2.3 Responsabilidade subjetiva e objetiva

Como se ouviu anteriormente, a culpa, analisada amplamente, ou seja, incluindo o dolo, é o pressuposto principal da responsabilidade subjetiva. Nesse caso, a vítima deve provar a culpa do agente para obter a reparação devida.

Pode-se observar, que no direito brasileiro, a responsabilidade civil, que tem como princípio fundamental à culpa, ainda é largamente utilizada, sendo a regra geral. Assim, o dever de reparar só prospera se a culpa for extraída da conduta danosa.

Embora, a responsabilidade subjetiva seja a regra geral, em alguns casos, o direito brasileiro se utiliza à responsabilidade objetiva.

Nesta responsabilidade objetiva ou teoria do risco, a reparação do dano só é obrigatória quando houver uma ação, um dano e um nexo de causalidade. Aqui, elemento culpa não é utilizado.

O atual Código Civil Brasileiro inovou no que diz respeito a este assunto, admitindo a teoria do risco sempre que o ato praticado por um indivíduo vier a causar dano a outrem. Encontra-se esta passagem no art. 927, parágrafo único, *in verbis*:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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.

A norma, portanto, regula os dois sistemas de responsabilidade, subjetiva e objetiva, que vigoram em nosso ordenamento jurídico.

Como neste trabalho discorrer-se-á sobre a responsabilidade civil dos bancos em reparar o cliente/correntista pelo pagamento de cheque falso ou falsificado, relembra-se que nestes dois sistemas de responsabilidades a subjetiva funda-se no artigo 186 do CCB, que requer o ato lesivo, o dano, o nexo de causalidade entre o

dano e o ato e, por fim, o dolo ou culpa do agente causador do dano; na objetiva, desnecessária a demonstração da conduta do agente (dolo ou culpa), restando, apenas como requisitos o ato, o dano e o nexo de causalidade entre o ato e o dano.

2.4 Meios de exclusão da responsabilidade civil

Há casos, como se viu anteriormente, em que o indivíduo não terá a obrigação de reparar o dano, seja por se envolver em um evento o qual, não lhe deu causa, seja por culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro e caso fortuito ou de força maior; além, dos casos de legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito. São as chamadas excludentes de responsabilidade.

2.4.1 Caso Fortuito e Força Maior

A ocorrência do caso fortuito se dá em decorrência da força da natureza, tais como: maremotos, terremotos, tsunamis, raios, vendavais, dentre outros. Já a força maior ocorre pela impossibilidade do agente em atuar sob certas condutas ou autoridades.

Como se vê, eles são fatos necessários, entretanto são imprevisíveis e inevitáveis. Entretanto, momentos existem em que o evento pode ser previsto, mas não evitado. Diante disto denota-se a importância dos dois requisitos para configuração da exclusão da responsabilidade, seja do caso fortuito, seja da força maior.

DINIZ (1998, p. 96), cita a inevitabilidade como sendo um requisito objetivo; já como requisito subjetivo coloca a ausência de culpa na produção do acontecimento. E continua:

No caso fortuito e na força maior há sempre um acidente que produz um prejuízo. Na força maior conhece-se a causa que dá origem ao evento, pois se trata de um fato da natureza (...). No caso fortuito o acidente que gera o dano advém de: 1) causa desconhecida, ou 2) fato de terceiro.

RODRIGUES (1999, p. 174), ainda ressalta:

(...) se nos adstringirmos apenas ao campo da responsabilidade aquiliana, poderíamos afirmar que o caso fortuito ou de força maior representa uma

excludente da responsabilidade em virtude de pôr termo à relação de causalidade entre o ato do agente e o dano experimentado pela vítima.

Desta forma, se a responsabilidade se fundar na culpa (subjctiva), bastará o caso fortuito ou a ocorrência de força maior para exonerá-la, mas se a responsabilidade for fundada no risco (objetiva), o simples caso fortuito não será o bastante para exonerar do dever de indenizar.

Em conformidade com NERY JÚNIOR (2004, p. 268):

A responsabilidade de indenizar, na ausência de pactuação em contrário, pode ser afastada pela prova da ocorrência de força maior (...) caso fortuito é o acidente produzido por força física ininteligente, em condições que não podiam ser previstas pelas partes, enquanto a força maior é o fato de terceiro, que criou para a inexecução da obrigação, um obstáculo, que a boa vontade do devedor não pode vencer, com a observação de que o traço que os caracteriza não é a imprevisibilidade, mas a inevitabilidade.

2.4.2 fato de Terceiro

Terceiro é toda e qualquer pessoa além da vítima ou do agente, ou seja, é todo aquele que não é considerado agente e nem vítima, mas que possui influência no dano causado.

Sílvia Rodrigues diz ainda que o fato de terceiro pode ser o causador exclusivo do dano ou ser apenas o causador concorrente do prejuízo. Ou seja, a terceira pessoa pode atuar de forma total ou parcial, mas somente no primeiro caso pode-se utilizar o fato de terceiro como fundamento. Encontra-se, ainda, o fato de terceiro ao lado do caso fortuito e da força maior. Para RODRIGUES (1999:62): "A idéia principal que justifica a responsabilidade por fato de terceiro é o anseio de garantia que deve inspirar o legislador neste campo. Cumpra-se assegurar a reparação do dano causado sempre que possível".

Este entendimento é verdadeiro ao tratar-se tanto da responsabilidade contratual como também na responsabilidade aquiliana. Desta forma, na aquiliana, o fato de terceiro pode apresentar-se como causa exclusiva do evento danoso, tendo em vista que a inexistência de relação de causa e efeito entre o fato causador direto do dano e o prejuízo experimentado pela vítima exonera o agente do dever de reparar. Para que isso aconteça, entretanto, faz-se necessário que a ação do terceiro seja imprevisível e inevitável, e que o indigitado responsável não tenha concorrido com qualquer parcela de culpa.

Para DINIZ (1998, p. 96):

Para que ocorra a força exoneratória do fato de terceiro, será imprescindível: 1) nexos de causalidade; 2) que o fato de terceiro não haja sido provocado pelo ofensor; 3) que o fato de terceiro seja ilícito; 4) que o acontecimento seja normalmente imprevisível e inevitável, embora não seja necessária a prova de sua *absoluta* irresistibilidade e imprevisibilidade.

A força excludente da responsabilidade por fato de terceiro dependerá da prova de que o dano foi resultante de ato de terceiro, caso em que o agente causador ficará isento de qualquer responsabilidade.

Seguindo este raciocínio, o dano deve ter sido causado somente por força de terceiro, não se tendo envolvido, de forma alguma, a pessoa que está sendo responsabilizada.

2.4.3 Culpa Exclusiva da Vítima

A culpa exclusiva da vítima elide o dever de indenizar, porque impede a formação do nexo de causalidade, pois neste caso a vítima deverá arcar com todos os prejuízos uma vez que o agente causador do dano é apenas um instrumento do acidente.

Da mesma forma, aponta RODRIGUES (1999, p. 165) afirmando que no caso de culpa exclusiva da vítima, desaparece a relação de causa e efeito entre o ato do agente causador do dano e prejuízo sofrido pela vítima.

Entretanto, há casos em que a culpa é concorrente, ou seja, quando a vítima colabora com o agente para o resultado danoso. Ocorrendo isso deve ser empregado alguns critérios, tais como: a compensação das culpas, a divisão proporcional dos prejuízos, o grau de culpa de cada agente e, finalmente, o grau de participação no resultado.

Se tanto a vítima quanto o causador do dano concorrerem com uma parcela de culpa para o evento danoso, produzindo um mesmo prejuízo, porém por atos independentes, cada um responderá pelo dano, na proporção em que concorrerem para a efetivação do sinistro.

No caso de culpa concorrente não desaparece o nexo de causalidade; ocorrerá então uma atenuação da responsabilidade, hipótese em que a indenização é, em regra, devida por metade ou diminuída proporcionalmente, cabendo ao Poder

Judiciário decidir a proporção da contribuição de cada um na reparação do prejuízo.

2.4.4 Estado de Necessidade

O estado de necessidade é delineado no art. 188 e seus incisos, além dos artigos 929 e 930 *caput*, todos do Código Civil.

Os atos praticados em estado de necessidade apesar de lesivos, porém, não ilícitos, que não acarretam o dever de indenizar, porque a própria norma jurídica lhe subtrai a qualificação de ilícito.

O estado de necessidade se justifica pela inexigibilidade de conduta adversa, de forma que em situações jurídicas extremadas, sem que o agente a tenha provocado, para se salvar de perigo atual e efetivo, se vê obrigado a causar um dano a outrem.

De acordo com o Código Penal, em seu art. 24, e artigo 188, n, do Código Civil brasileiro, *in verbis*:

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - (omissis);

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Segundo DELMANTO (2004, p. 47): "Estado de necessidade é a situação de perigo atual, não provocado voluntariamente pelo agente, em que este lesa bem de outrem, para não sacrificar direito seu ou alheio, cujo sacrifício não podia ser razoavelmente exigido".

São requisitos do estado de necessidade: 1. perigo atual; 2. ameaça a direito próprio ou de terceiro, cujo sacrifício era razoável exigir-se; 3. situação não provocada pela vontade do agente; 4. conduta inevitável de outro modo; 5. conhecimento da situação de fato e, 6. inexistência do dever legal de enfrentar o perigo.

Provado que o agente realizou determinada conduta em estado de necessidade, este elemento exclui a antijuridicidade do ato ofensivo liberando o causador do dano do dever de indenizar. Entretanto, havendo a prática do ato, mas

se o agente excedeu nos limites do necessário a remoção do perigo, aquele que praticou o ato responde pelo excesso.

2.4.5 Legítima Defesa

A legítima defesa é causa de exclusão da antijuridicidade do ato de defesa, tanto no direito civil quanto no direito penal. O conceito de legítima defesa é feito pelo direito penal, ao qual o direito civil presta-se somente a pegar emprestado.

O Código Penal elenca a legítima defesa em seu art. 25, onde diz, *in verbis*: "Art.25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem."

Também a lei substantiva civil brasileira, traz em seu artigo 188: "Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido".

Pode-se conceituá-la como a reação imediata à ameaça iminente ou agressão atual a direito próprio ou de outrem.

Já NERY JÚNIOR (2004, p.284), dá o conceito de legítima defesa: "É a repulsa, proporcional a ofensa, no intuito de evitar que direito próprio ou de outrem seja violado. O sistema autoriza a defesa da pessoa, de terceiro e também dos bens de ambos, para evitar que ataque injusto cause dano à pessoa e/ou bens."

A legítima defesa está ligada a certas situações onde o indivíduo pode defender-se de uma agressão, ou ameaça de agressão, injusta contra ele, seja ela atual ou iminente. Porém, os meios de defesa devem ser moderados, não excedendo o indispensável à manutenção ou restituição dos direitos.

São requisitos da legítima defesa: 1. agressão injusta, atual ou iminente; 2. preservação de direito, próprio ou de outrem; 3. repelida por meios necessários, usados moderadamente.

Estes meios de defesa estão relacionados aos bens materiais e aos valores morais, como a honra e boa fama. A legítima defesa pode ser própria ou de terceiro, dependendo do bem ameaçado ser do próprio autor da repulsa ou de terceiro.

É de bom alvitre esclarecer que se no juízo penal o réu for absolvido porque se reconheceu o exercício da legítima defesa, não se poderá mais questionar o fato no juízo cível, porque os fatos justificáveis não são considerados ilícitos civis.

2.4.6 Exercício Regular do Direito

No ordenamento jurídico brasileiro não existe direito absoluto uma vez que o próprio sistema impõe limites ao exercício de um direito reconhecidamente legítimo, pois este deverá ser exercido sem exceder aos fins sociais e econômicos deste mesmo direito.

O agente, ao exercitar um direito reconhecido legitimamente, deve agir dentro dos limites do razoável para não praticar ato ilícito. Fica tão claro em nossa lei substantiva civil a descrição do abuso de direito no artigo 187, que reza em seu texto: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

É importante ressaltar que as obrigações de ordem moral, sociais, religiosas e afins não podem ser argüidas para efeito de escusa.

Para NERY JÚNIOR (2004, p. 282): "Ocorre quando o ato é resultado do exercício *não* regular do direito (CC 188 I *in fine*, *a contrario sensu*). No ato abusivo há violação da finalidade do direito, de seu espírito, violação essa aferível objetivamente, independentemente do dolo ou culpa".

Por conseguinte, pode-se utilizar o exercício regular do direito tanto na esfera penal como na cível, desde que o agente obedeça aos objetivos traçados pela lei e tenha conhecimento do requisito subjetivo, de estar praticando o ato em exercício regular do direito, sob pena de abuso desse direito.

Preleciona DELMANTO (2004, p.45):

A lei considera excludente o exercício regular do direito. O fundamento dessa exclusão está em que a antijuridicidade é única e não privativa do Direito Penal ou de qualquer outro ramo do direito. O ordenamento jurídico tem de ser harmônico. Por isso, se um comportamento é aprovado ou legitimado por lei extrapenal (civil, administrativa, etc.), o Direito Penal não pode considerá-lo ilícito penal.

Entretanto, deve-se notar que a lei fala em exercício regular de direito, demonstrando que não podem ser ultrapassados os limites, determinados ou implícitos, em que a lei extrapenal faculta seu exercício, uma vez que, se excedidos esses limites, poderá até haver abuso de direito.

Finalmente, verificado e declarado um ato como sendo cometido com abuso

de direito, esse fato gera os efeitos de todo ato ilícito, contra o direito, tendo como consequência o dever de reparar os danos por ele causados e a nulidade plena do ato ou negócio jurídico realizado.

2.4.7 Estrito cumprimento do dever legal

Além das demais excludentes da responsabilidade, encontra-se o estrito cumprimento do dever legal.

Reza o artigo 23 do Código Penal, em seu *caput*, que não há crime quando o agente pratica o fato, inciso III: "em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito."

Entretanto, não pode se escusar de enfrentar o perigo aquele que possui o dever legal de enfrenta-lo, não podendo, ainda, se valer do instituto do estado de necessidade, uma vez que é exigido dele conduta diversa.

Segundo DELMANTO (2004, p. 45): "O fundamento do dispositivo é óbvio. Se o agente atua no cumprimento de dever legal, seu comportamento não é antijurídico".

Neste caso de excludente, o dever que o agente cumpre pode ser imposto por qualquer norma legal, entendendo-se a lei, o decreto, o regulamento, etc., e não apenas por leis de natureza penal.

É importante frisar que quando a lei exige que o agente atue dentro de seus limites, a extrapolação dos mesmos faz surgir o abuso ou excesso.

2.5 Responsabilidade civil e o código de proteção e defesa do consumidor

Em 11 de setembro de 1990 é instituída a Lei 8.078, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), entrando em vigor no dia 12 de março de 1991. A presente Lei tem clara origem constitucional, consequentemente, direito fundamental e princípio macro, ordenador da ordem econômica do país, disposta no próprio artigo primeiro: "O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e artigo 48 de suas Disposições Transitórias.

Assim, relembrem-se os dispositivos relacionados na lei consumerista dispostos nos artigos 5º, XXXII e 170, V, da Constituição Federal e artigo 48 de suas

Disposições Transitórias:

Art.5º. (omissis)

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Art.170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I ao IV - (omissis)

V - a defesa do consumidor.

Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

O Direito do Consumidor é o ramo do direito que estuda as relações jurídicas entre fornecedor e consumidor final, em que este adquire produto daquele ou utiliza serviços por ele prestados mediante remuneração e sem caráter trabalhista.

Sua finalidade primordial é, proporcionar, no tocante às relações de consumo, harmonia entre fornecedores e consumidores.

A proteção ao consumidor, portanto, é encontrada em vários tipos de relações, envolvendo desde objetos, lugares e atos, até o exercitar ou realizar do indivíduo, na ânsia de se ver satisfeito, seja materialmente, seja psicologicamente.

O Código do Consumidor possui como um de seus principais objetos, a relação de consumo, sendo importante saber que toda relação de consumo é uma relação jurídica, mas nem toda a relação jurídica é uma relação de consumo.

Para que uma relação de consumo possa ser uma relação jurídica de consumo, deve possuir o sujeito e o objeto delineados conforme os ditames traçados pelo Código de Defesa do Consumidor, não se configurando, pois, o mesmo se faltar qualquer um de seus elementos formadores, que são eles necessariamente: o consumidor, o fornecedor e o produto ou serviço demandados.

A relação de consumo surge, como acima explicitado, com a presença de dois pólos (consumidor x fornecedor), compreendendo um negócio jurídico com princípios contratuais, a respeito de produtos ou serviços.

Numa visão ampla, todo indivíduo poderá ser consumidor, sendo, assim, qualquer pessoa, natural ou jurídica, que contrata, como destinatário final, para sua utilização, a aquisição de mercadoria ou a prestação de serviço.

O Código de Defesa do Consumidor preocupou-se em proteger as pessoas estranhas à relação de consumo, as quais, porém, vieram a sofrer prejuízos de mesma monta, ou maiores do que os consumidores diretos.

Toda e qualquer vítima de acidente de consumo equipara-se ao consumidor

para efeito da proteção conferida pela legislação consumerista. Passam, pois, a ser terceiros aqueles que, embora não estejam diretamente envolvidos na relação de consumo, são atingidos pelo aparecimento de um defeito no produto ou no serviço.

É consumidor, portanto, aquela pessoa a qual ocupa o pólo ativo em uma relação jurídica de consumo, seja de forma direta em seu artigo 2º ou equiparada, previstas nos artigos 17:

Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviço como destinatário final.

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Vê-se, portanto, o consumidor como aquela pessoa na posição de destinatário final, aquele que utiliza o produto e não o adquirente, com intuito de se ver satisfeito em suas necessidades físicas, materiais ou psicológicas, e ainda, poder se resguardar de práticas abusivas do mercado, com amparo da legislação.

Quanto ao fornecedor, o próprio artigo 3.º da Lei 8.078/90, é esclarecedor em sua definição legal, *in verbis*:

Art. 3º - "Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Pode-se conceituar fornecedor como toda pessoa física ou jurídica que oferta produtos ou serviços mediante remuneração.

Já produto é todo objeto, natural ou não, seja bruto ou manufaturado, em estado autônomo ou incorporado a outro produto ou a um imóvel. Se bem que os bens imóveis estejam excluídos do campo de aplicação convencional, as coisas móveis a eles incorporadas consideram-se "produto" e são como tais submetidas ao regime de responsabilidade previsto pelo instrumento.

Também se vê a definição legal de produto no art. 3º, parágrafo 1º, do CDC, *in verbis*: "Art 3º - (omissis). §1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial."

O conceito de bens, puramente analisado, é um quanto genérico, dizendo

respeito a qualquer tipo de bem regulado por norma jurídica. O produto, porém, denota uma espécie de bem jurídico economicamente visto, já que integra a relação jurídica, no caso específico, relação jurídica de consumo.

Pode-se dizer que, embora o parágrafo primeiro do artigo 3º do CDC, diga que "produto é qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial" pode-se entender que nem todo bem é um produto para a relação jurídica de consumo, vez que o bem se apresenta como gênero, e o produto, como espécie.

No que diz respeito a serviço, o Código de Defesa do Consumidor assim o conceitua, em seu art.3º, § 2º, *in verbis*: "Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de relações de caráter trabalhista".

O Código consumerista não coloca, como possível objeto da relação jurídica de consumo, qualquer serviço, mas tão-somente aquelas atividades fornecidas no mercado de consumo, mediante remuneração. Desta forma, se a atividade não for fornecida no mercado de consumo, não será considerada serviço para efeitos do código. E, também, se a atividade for oferecida no mercado de consumo, mas de forma gratuita, não será considerada serviço para os mesmos efeitos.

Os serviços serão de fundamental interesse quando se fala na responsabilidade civil dos bancos, assim entendidas todas as Instituições Financeiras devidamente autorizadas a funcionar, segundo a LRB.

O CDC evidencia suas ações a partir do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor frente ao mercado de consumo, protegendo os consumidores de eventuais prejuízos ocasionados pelo destes ocuparem, na relação de consumo, uma posição majoritariamente fraca e passível de ser lesada.

Em outras palavras, o Código do Consumidor foi criado como instrumento para a proteção do hipossuficiente, em regra, o consumidor.

Ao tratar da responsabilidade civil do fornecedor de serviços, *in casu*, os bancos e demais instituições financeiras, o legislador adotou a teoria da responsabilidade civil objetiva, com culpa de todo dispensável ou prescindível. Deveras, nos artigos 12, *caput*, e 14, *caput*, previu que o fornecedor em geral responderá pelos danos causados aos consumidores, independentemente de culpa.

Encontra-se desta forma a responsabilidade objetiva com culpa presumida e a responsabilidade objetiva com culpa prescindível. No caso de culpa presumida,

mesmo que ela não precise ser provada pela vítima, é permitido ao agente fazer prova em contrário, v.g., prova de fato que exclua sua culpa, concluindo-se que, neste caso, temos uma presunção relativa de culpa do agente. No caso da responsabilidade com culpa prescindível, o agente da conduta lesiva será responsabilizado independentemente da existência de culpa, onde tanto a culpa do agente quanto os fatos são vistos de forma objetiva, não cabendo juízo de valor comportamental do agente ou de quem quer que seja.

A responsabilidade civil pertinente às relações de consumo será a chamada, responsabilidade por culpa presumida; é o que se pode aferir do disposto nos artigos 12, § 3º, III, e 14, § 3º, II, que permitem a exoneração do dever de indenizar do fornecedor comprovada a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

O princípio da inversão do ônus da prova foi uma grande alteração trazida pelo Código do Consumidor, encontra-se inserida no art. 6º, inciso VIII: "A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências."

Este princípio consiste na dispensa ao consumidor de apresentar a prova ou verossimilhança, obrigando assim, a mudança da responsabilidade de provar ao fornecedor, invertendo-se o *ônus probandi*, uma vez que o artigo 333 do Código de Processo Civil, prescreve que o ônus da prova cabe a quem alega.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS NO PAGAMENTO DE CHEQUE FALSO OU FALSIFICADO

Pode-se dizer que as operações bancárias tomaram-se hoje indispensáveis para o dia-a-dia das pessoas, e elas estão presentes na vida não só dos que lhe atuam diretamente com a atividade empresarial, seja no ramo de comércio, indústria, serviços ou agronegócios, uma vez que podemos encontrar até mesmo o mais simples dos cidadãos que recebe um salário mínimo em sua conta bancária.

Difícilmente, ou mesmo impossível hoje em dia, é encontrarem-se pessoas que não utilizem destes produtos nos seus afazeres diários e o grande instrumento que permite estas transações é o cheque.

Como já citamos anteriormente, a grande utilização do cheque em transações diárias na vida das pessoas se explica pela facilidade com que o mesmo mobiliza determinados valores monetários.

Para o ilustre jurista REQUIÃO (1998, p. 430):

Exerce, o cheque, importante função econômica, pois substitui vantajosamente a mobilização de valores monetários no meio comercial e social. Sua função precípua é a de meio de pagamento, constituindo pela compensação um meio de liquidação de débitos e créditos.

Assevera, ainda, o autor que o cheque não tem o poder liberatório da moeda, pois ninguém é obrigado a aceitar cheque em pagamento, pois só a moeda tem curso forçado.

O cheque constitui uma ordem de pagamento à vista, emitida pelo sacador contra uma instituição financeira, que fica incondicionalmente obrigada a pagar ao beneficiário o valor expresso no título, caso existam fundos disponíveis do sacador em seu poder.

ULHOA (2005, p. 120) conceitua cheque como sendo:

Uma ordem de pagamento à vista, sacada contra um banco e com base em suficiente provisão de fundos depositados pelo sacador em mãos do sacado ou decorrente do contrato de abertura de crédito entre ambos. O elemento essencial do conceito de cheque é a sua natureza de ordem de pagamento à vista, que não pode ser descaracterizada por acordo entre as partes.

Sabe-se que para o título de crédito ser considerado "cheque", ele deve estar revestido de certas formalidades, entre estas, a de ordem de pagamento à vista,

mas a Lei nº. 7.357, de 02 de setembro de 1985 (LC), que dispõe sobre o cheque e dá outras providências, reza em seu artigo 1º, os requisitos da existência do cheque, *in verbis*:

Art. 1º. O cheque contém:

I - a denominação "cheque" inscrita no contexto do título e expressa na língua em que este é redigido;

II - a ordem incondicional de pagar quantia determinada;

III - o nome do banco ou da instituição financeira que deve pagar (sacado);

IV - a indicação do lugar de pagamento;

V - a indicação da data e do lugar da emissão;

VI - a assinatura do emitente (sacador), ou de seu mandatário com poderes especiais.

Lembra REQUIÃO (1998, p.432):

Sendo o cheque um título formal, está revestido de requisitos que a lei lhe impõe. São os requisitos essenciais que acima enunciámos. Faltando um deles sequer, descaracteriza-se o documento como cheque, deixando de ser um título cambiário, e, portanto, insuscetível de ser transmitido por endosso.

Cabe ressaltar que um dos principais pressupostos da validade do cheque deriva da exigência legal prevista no art. 3º da supracitada lei, que determina que o sacado deve ser um banco ou instituição financeira a ele equiparada, sob pena de não valer como cheque. A Lei nº 4.595 de 1964 (LRB), em seus artigos 17 e 18, define as instituições financeiras, citando entre as quais, as sociedades de crédito, financiamento e investimentos, as caixas econômicas e as cooperativas de crédito.

No mais, o artigo 67 da Lei do Cheque dispõe: "Art. 67. A palavra 'banco', para os fins desta Lei, designa também a instituição financeira contra a qual a lei admita a emissão de cheque".

Assim, o presente princípio de que o cheque somente poderá ser sacado contra um banqueiro resulta não só do dispositivo legal acima citado, como também de preceitos esparsos contidos em nossa legislação financeira. É o caso do art.51, da Lei nº. 4.728, que regula e disciplina o mercado de capitais, ao aludir a contas bancárias, dando ao cheque o poder probatório de pagamento, restringe-se aos bancos e casas bancárias.

A importância de se resguardar a garantia nas relações comerciais e de consumo é um marco na sociedade, e com relação específica do cheque foi criada a

Associação Brasileira das Empresas de Informação, Verificação e Garantia de Cheques ABRACHEQUE, em julho de 2000, por um grupo de empresas que operam com estes tipos de serviços, tendo como objetivo o de representar seus interesses junto aos órgãos públicos e privados. Com atuação em todo país, a Abracheque é uma instituição sem fins lucrativos e cuja principal bandeira é valorizar o cheque como instrumento de pagamento e instrumento de crédito ao consumidor.

A Associação é formada por empresas privadas nacionais e estrangeiras, entidades de classe e empresas dedicadas direta ou indiretamente à prestação de serviços de informação, verificação e garantia, dispondo, atualmente, do maior acervo sobre emitentes de cheques do País, oferecendo índices sobre performance e inadimplência, além de realizar periodicamente pesquisas e estatísticas e avaliação de tendências do mercado. O site institucional da Associação é o www.abracheque.org.br.

3.1.1 Do cheque falso e falsificado

É indiscutível nos dias atuais, que as relações pessoais tenham total caráter de veracidade, e, principalmente, nas transações negociais, toma-se indispensável a necessidade dos que perfazem tal relação, acreditar na veracidade de documentos, dentre outros.

Apesar de todo apoio tecnológico, com a larga utilização da informática, não raro é-se sabedores dos danos causados à clientes em decorrência do mal funcionamento dos serviços bancários.

O número de cheques roubados, clonados e fraudados no Brasil praticamente dobrou de 2001 para o ano de 2003, de acordo com estatísticas realizadas pela Abracheque - Associação Brasileira das Empresas de Informação, Verificação e Garantia de Cheques. Em 2001, de um universo de cerca de 41 milhões de cheques devolvidos, 10% deles tinham como causa o roubo, fraude ou clonagem, enquanto em 2003, de 49 milhões de devoluções, 20% delas se deveram a esses fatores.

O pagamento de cheques falsos ou falsificados é um problema que atinge altos níveis de insatisfação por parte de correntista e porque não dizer que atingem diretamente a própria credibilidade da atividade negocial, registrados principalmente pelo avanço da tecnologia e o aperfeiçoamento das máquinas de impressão, que facilitam a ação dos fraudadores.

O artigo 39 da Lei do Cheque, assim dispõe:

Art. 39. O sacado que paga cheque "à ordem" é obrigado a verificar a regularidade da série de endossos, mas não a autenticidade das assinaturas dos endossantes. A mesma obrigação incumbe ao banco apresentante do cheque à câmara de compensação. Parágrafo único. Ressalvada a responsabilidade do apresentante, no caso da parte final deste artigo, o banco sacado responderá pelo pagamento do cheque falso, falsificado ou alterado, salvo dolo ou culpa do correntista, do endossante ou do beneficiário, dos quais poderá o sacado, no todo ou em parte, reaver o que pagou.

O artigo 65, da citada lei, reza: "Art. 65. Os efeitos penais da emissão do cheque sem suficiente provisão de fundos, da frustração do pagamento do cheque, da falsidade, da falsificação e da alteração do cheque continuam regidos pela legislação criminal."

O Código Penal brasileiro, em seu artigo 297, prescreve:

Falsificação de documento público

Art. 297. Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:

Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º. (omissis).

§ 2º. Para os efeitos penais, equiparam-se a documento público o emanado de entidade paraestatal, o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular.

A objetividade jurídica descrita neste crime é a tutela da fé-pública, no tocante aos documentos públicos e aos que lhe são equiparados por força da lei penal.

Nesse sentido ensina o mestre MIRABETE (2000, p.209) que:

"A fé pública é, pois, uma realidade, um interesse que a lei protege, independentemente da tutela aos interesses individuais".

Essa crença na veracidade de certos institutos ou formas de vida social é violada nos crimes de falso.

Pode-se entender como documento qualquer meio capaz de representar um significado compreensível. Mas, para efeitos penais, documento público é aquele documento expedido na forma prescrita em lei, por funcionário público e no exercício de suas atribuições.

O cheque, pois, conforme visto no item anterior, tendo preenchido os requisitos legais, é equiparado a documento público, sendo passível ao agente que realizar a conduta descrita no *caput* do artigo 297 do Código Repressor pátrio, sofrer as conseqüências de todas as sanções previstas em lei.

Falsificar é dar aparência enganosa, a fim de passar por original, ou seja,

apresentar como verdadeiro o que não é verídico. Na falsificação o agente realiza a contrafação propriamente dita, ou seja, ele faz o objeto.

Ao criar materialmente um cheque, o agente introduz no mundo jurídico um novo elemento que é semelhante em todos os seus termos aos elementos descritos na legislação específica. Tendo, entretanto, um único elemento a se observar, o documento criado não foi emitido por uma entidade autorizada a funcionar como instituição financeira.

Como se viu a Lei do Cheque impõe a validação do cheque como título de crédito o revestimento de alguns requisitos essenciais, sem os quais não produzirá efeito com tal, quais sejam: a denominação *cheque*; a ordem incondicional de pagar quantia determinada; o nome do sacado; assinatura do sacador e a data. Os demais requisitos, têm a sua falta suprida pela própria lei (LC, art.2º, I e II), são eles: o lugar do pagamento e o lugar de emissão do cheque.

No caso de alteração de cheque o agente altera ou modifica o título de crédito, em sua maioria, com o fim de apresentar um valor maior do que está em sua literalidade.

É mais comum encontrar-se casos de alteração de cheques, justamente por ser mais fácil o agente acrescentar palavras, sobrepor números ou mesmo, habilmente modificar caracteres sempre aumentando os valores descritos no documento original.

Nestes tipos de casos, a falsificação ocorre com os cheques roubados, furtados ou mesmo perdidos, em que os agentes fraudadores falsificam as assinaturas dos titulares no caso dos cheques não preenchidos, ou falsificam os valores para mais, no caso dos cheques já preenchidos.

Tendo em vista estes tipos de fraudes os consumidores devem ficar atentos na utilização de seus pagamentos com cheques, devendo os mesmos eliminar os espaços vazios para que não tomem passíveis de serem alterados quaisquer dados, evitar rasuras, controlar sempre sua movimentação na conta, guardar com cuidado o talão de cheques, preencher sempre que possível os cheques nominalmente e cruzados para depósitos.

No entendimento de DELMANTO (2004, p. 586):

São duas as condutas previstas: a. *Falsificar, no todo ou em parte, documento público.* É a contrafação, a formação do documento. *No todo*, é a contrafação integral; ou *em parte*, quando se acrescentam mais dizeres

ao documento verdadeiro. b. Ou *alterar documento público verdadeiro*. Nesta modalidade há alteração (modificação) do teor formal do documento.

Em qualquer das hipóteses, é imprescindível que a falsificação seja idônea para enganar indeterminado número de pessoas, pois o falso grosseiro não traz perigo a fé pública.

Para DELMANTO (2004, p.587) "Se os títulos forem falhos quanto aos seus requisitos essenciais, não poderão ser equiparados a documento público".

Lembra o jurista REQUIÃO citando o Prof. Egberto Lacerda Teixeira, a diferença entre assinatura falsa e assinatura falsificada, *ips litteris* (1998, p. 439):

Conquanto, habitualmente, empregados como sinônimos, os termos falsidade e falsificação comportam sentido diverso. Chama-se assinatura falsa aquela que não é autêntica ou autorizada pelo aparente obrigado. Chama-se assinatura falsificada aquela que se obtém por meio de acréscimos, cancelamentos ou modificações de uma assinatura autêntica e autorizada.

Ora, a verificação da autenticidade da assinatura é um problema crucial dos bancos e tratando-se de pagamento de cheque cuja falsificação da assinatura do titular da conta é confirmada pela prova técnica produzida (cartão de autógrafos), caracterizada está a culpa do banco, na modalidade de negligência, uma vez que lhe compete aferir a veracidade da assinatura.

Atualmente, o nome que se popularizou no país, tanto para a contrafação quanto para a alteração, dependendo do caso a ser analisado, é a chamada "clonagem", que é a produção de uma cópia a partir da original de forma quase que perfeita. Existem dois tipos de clonagem: a manual e a mecânica.

Na clonagem manual os fraudadores utilizam uma folha de cheque verdadeira e simplesmente apagam o nome e números originais dos documentos do titular da conta e trocam por outros dígitos. Isso permite que o cheque de uma pessoa que tem o nome na lista de cadastros de maus pagadores, tipo Serviço de Proteção ao Crédito, SERASA, Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos (CCF), seja alterado com o nome de outra, que não possui registros restritivos, e passe a ser aceito no comércio. Já na clonagem mecânica, o agente falsificador utiliza a impressão a laser de folhas de cheque em nome de usuários verdadeiros ou não, procedimento este realizados muitas vezes em gráficas off-set clandestinas, ou até mesmo por meio de formulários contínuos em branco que foram roubados de

alguma agência bancária. Nesse tipo de fraude, o consumidor pode ter passado um cheque que foi subtraído por uma equipe de fraudadores. Utilizando as informações verdadeiras do cheque do cliente, os fraudadores podem emitir outras folhas falsas.

Com perfeição MARMITT (2005, p. 251) descreve:

É próprio de estelionatário o uso de manobras sutis e enganadoras para obter vantagem ilícita, cobrindo sua atividade com o manto da veracidade e da honestidade. Às mais das vezes alcança seus objetivos após longo preparo de caminhos, até vencer todos os obstáculos e conseguir ludibriar a atenção do preposto do banco, inclusive na compensação de cheques. Para ele tarefa muito fácil é alterar três mil para treze mil, colar fotografia falsa na identidade de outrem, adaptar o visual e assim por diante.

Vários outros artificios ardis podem ser utilizados pelos fraudadores que, conseqüentemente, lesam diretamente o cliente/correntista, são eles: a raspagem com lâmina de alguns números de série do cheque roubado, onde são colocados outros números nestes mesmos lugares. Outro golpe novo é o da caneta que apaga, um estranho consegue este tipo de caneta para preenchimento do cheque, que pode ser facilmente apagado com uma simples borracha e alterado os dizeres. O aproveitamento de espaço em branco talvez seja o mais utilizado, onde o fraudador altera o valor sempre para maior, dentre outros métodos utilizados que se aperfeiçoam cada vez mais.

3.2 Relação contratual: banco/correntista

O Código de Defesa do Consumidor regula as relações de consumo e deve incidir sobre os contratos bancários, pois consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, e serviço qualquer atividade colocada no mercado de consumo (CDC, arts. 2º e 3º).

Como já se afirmou anteriormente, o Código de Defesa do Consumidor rege as operações bancárias, inclusive de conta corrente e abertura de crédito. Constando, pois, nestas relações de consumo, o dinheiro ou o crédito é o que se transaciona, sendo, portanto, um bem juridicamente consumível, estando de um lado o consumidor/correntista e do outro a Instituição Financeira.

Muito embora possam parecer, à primeira vista, como benéficos para os correntistas, referidos contratos são verdadeiras formas de pressão para o recebimento de taxas, tarifas e demais encargos que oneram bastante o

consumidor, sem olvidar que os serviços prestados deixam cada vez mais a desejar.

Quanto ao enquadramento na conceituação de consumidor, prevista pelo CDC, sejam das pessoas físicas como das jurídicas, que fazem uso dos serviços bancários, não poderá existir qualquer dúvida, já que por disposição legal, assim entendeu o legislador consumerista, de defini-los nos artigos 2º, 3º, *caput*, § 2º, como consumidor, fornecedor e serviços, respectivamente.

Desta forma, a conceituação do consumidor de serviços ou produtos oferecidos pelos bancos está associada a sua exposição às práticas abusivas lançadas pelas instituições financeiras, não sendo necessária a configuração de vulnerabilidade do consumidor diante do fornecedor.

Assim, entende-se que, mesmo não sendo facilmente perceptível a relação de consumo havida entre o cliente consumidor e banco fornecedor, já que na maioria das vezes devemos constatar a ocorrência da prática abusiva, há de se conferir ao consumidor a proteção outorgada pela legislação consumerista.

O CDC quis proteger o consumidor justamente por ser ele o elo mais fraco da relação negocial já que, como destinatário final, suporta todos os ônus e encargos da produção e da prestação de serviço sem repassá-los a terceiros.

Não resta dúvidas que os bancos e demais instituições financeiras prestam serviços ao consumidor, que em sua maioria figura como correntista, ou de acordo com o contrato de adesão celebrado, e que as leis de proteção ao consumidor se aplicam a estas instituições.

Quanto à emissão de cheques, já se viu os contratos em que é possível este tipo de transação. E, fazendo, parte do contrato, os bancos devem arcar com todos os danos causados aos clientes no pagamento de cheque falso ou falsificado.

3.3 A responsabilidade civil dos bancos e o Código de Defesa do Consumidor

Difícilmente, ou mesmo impossível hoje em dia, é encontra-se pessoas que não utilizem destes produtos nos seus afazeres diários. A demanda existente para a contratação de novos serviços de crédito tende a crescer, porém, o que não pode acontecer é aumentar, também, o receio e a insegurança nestas operações.

Promulgado o Código de Defesa do Consumidor, ficou expresso que as normas de proteção ao consumidor são de ordem pública e de interesse social (art. 1º), de modo que a vontade das partes não pode alterá-las, posto não ficarem no

seu poder dispositivo. Mostram-se cogentes e de aplicação obrigatória.

O art. 14 do CDC estabelece, *ips litteris*:

O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, vem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Em uma situação diametralmente oposta a rapidez na evolução dos serviços bancários, devido a massificação dos sistemas de informação, o que mais se noticia são constrangimentos e irritações e empobrecimento de cidadãos que são lesados com a falsificação de cheques.

A partir da edição do Código do Consumidor, a cada ato que tenha em seu nascedouro uma relação de consumo, surge para os respectivos fornecedores a obrigação de responder por eventuais vícios, defeitos, ou seja; acidentes de consumo ocasionados pelo produto ou serviço fornecidos.

No balizado ensinamento de MARMITT (2005, p. 251), quanto às condutas de seus prepostos, no que concerne ao dever de reparar:

Aos bancos convém escolher bem os seus prepostos e funcionários, e vigia-los constantemente, para que executem com cautela todos os serviços pertinentes a valores e clientes. Sua culpa pode ser *in vigilando*, quando negligentemente se omitirem na boa vigilância; *in eligendo*, se com imprudência escolheram mal os executores dos serviços, e *in faciendo*, quando com imperícia desenvolverem os trabalhos bancários essenciais. Em todas essas oportunidades responderão direta e objetivamente por perdas e danos causados a seus usuários e clientes.

Reza o artigo 23 do Código Consumerista: "A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade".

A matéria é tratada na legislação de proteção ao consumidor a partir do seu artigo 12 e seguintes os quais, dizem respeito ao dever de diligência e informação do fornecedor sobre os produtos, atendendo a necessidades do consumidor.

3.3.1 Os contratos bancários e o Código de Defesa do Consumidor

Os contratos bancários contêm uma relação jurídica qualificada como sendo de consumo, fator determinante para incidência das normas protetoras do Código de

Defesa do Consumidor. Estando esteada numa proteção legal baseada no dispositivo constitucional (CF, art.5º., XXXII, art.170, V, e art.48 do ADCT) em que prevê a defesa do consumidor como princípio em que se assenta a ordem econômica.

O Código de Defesa do Consumidor causou uma verdadeira revolução no ordenamento jurídico pátrio, trazendo com ele uma nova concepção de contrato e suas influências de cunho de proteção ao consumidor.

Vários doutrinadores definiram contrato bancário, considerando-se, assim, bancário aquele contrato cuja função econômica se relaciona com o conceito jurídico de atividade bancária, preceituado no art.17 da Lei nº 4.595/64 - LRB.

Caracterizam-se os contratos bancários como relações de consumo em decorrência de algumas características próprias, senão veja-se: a) por serem remunerados; b) por serem oferecidos de modo amplo e geral, despersonalizado; c) por serem vulneráveis os tomadores de tais serviços, na nomenclatura própria da legislação consumerista, e; d) pela habitualidade e profissionalismo na sua prestação.

Já se viu e aprofundamos os conceitos e características dos contratos bancários no Capítulo I deste trabalho, entretanto, devemos adentrar no que diz respeito a sua relação com o disposto no Código de Defesa do Consumidor.

É indubitável que os contratos bancários são de adesão. Mas há entendimentos diversos que não entendem desta forma, pelo fato de que o cliente tem a opção de escolher esta ou aquela instituição de crédito, diferentemente do que ocorria com esse tipo de contrato, onde o contratante nele se engajava à falta de alternativa, mas não podemos entendê-lo neste sentido estrito.

O contrato de adesão é caracterizado pela circunstância de que o agente a quem é proposto determinado contrato, não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer a um interesse que não pode ser atendido por nenhuma outra categoria senão aquela específica a que procura.

Nesse particular, embora admitidos pela doutrina, confirmados pelo Judiciário, não havia nenhuma previsão legal a respeito do contrato de adesão, cujo conceito passou a existir com o advento da Lei nº 8.078/90, que no art.54 estabelece:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa

discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Enquanto os contratos particulares se caracterizam pela discussão das cláusulas que compõem o seu conteúdo, os contratos financeiros, bancários e de cartões de crédito são contratos por adesão dos clientes ou consumidores, que não discutem as suas cláusulas como aconteceria em qualquer outro tipo de negociação.

Em excelente lição, o eminente AGUIAR JÚNIOR (2003, p.15):

- Contrato de adesão. Muito raramente, os contratos bancários são negociados. Na grande maioria das vezes, celebram-se mediante a adesão do cliente (aderente) às condições gerais do negócio, estipuladas pelo estabelecimento financeiro. A massividade da atuação do banco, a obediência a instruções e regulamentos governamentais, as condições próprias do mercado financeiro, a exigir tratamento equivalente entre as operações ativas e passivas, tudo leva à adoção de contrato padrão para os diversos tipos de negócio, que não se distinguem muito de um para outro estabelecimento.

Mas, a estipulação unilateral de cláusulas contratuais acarreta a prática de vários abusos por parte destas instituições: contratos leoninos, ilegíveis, absolutamente impossíveis de serem cumpridos, com custos exagerados, aleatória e unilateralmente cobrados mediante débito em conta corrente.

No que concerne a interpretação das cláusulas constantes nos contratos, reza o artigo 47 do CDC: "As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor".

O que caracteriza o contrato de adesão propriamente dito é a circunstância de que aquele, a quem é proposto, não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer a um interesse que, por outro lado, não pode ser atendido, como acontece, por exemplo, com os contratos de transporte até hoje.

Daí porque devem ser interpretados tais contratos com maior critério de justiça e de razoabilidade, uma vez que o aderente não teve a oportunidade de discutir os termos do negócio jurídico, firmado geralmente em modelo impresso, limitando-se a dar sua adesão.

Nos contratos de adesão não se exige prévia negociação ou confabulação entre os contratantes, não se debate, nem se discute cláusulas e condições. Há neles um simples consenso, segundo normas de rigorosa massificação de informações onde uma das partes se submete às disposições da outra.

Daí não só o Código de Defesa do Consumidor mais todas as demais normas

infraconstitucionais de proteção incidem nos contratos ditos bancários, tendo por objetivo coibir os excessos criados pelas instituições financeiras.

Desse modo, é forçoso reconhecer que a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários adstringe-se ao fato de ser aquele que contrata com a instituição financeira o destinatário final dos recursos ou serviços bancários. Nos contratos bancários, cujo conteúdo apresenta, na maioria das vezes, cláusulas abusivas.

3.3.2 Da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor

O objetivo do Código de Defesa do Consumidor foi o de estabelecer uma tutela específica ao consumidor, onde este a quem se dirige a norma teria um tratamento diferenciado dos demais.

A aplicação do CDC aos contratos bancários não se condiciona à análise da natureza jurídica das instituições financeiras ou ao objeto do contrato, mas tão somente à verificação da existência da figura do consumidor.

Assim, estando comprovado que aquele que contratou com a instituição financeira utilizou os recursos financeiros ou serviços como destinatário final, aplicáveis serão as normas protecionistas.

Porém, corrente que vem ganhando força ultimamente é a de que sendo o contratante mero intermediário dos recursos ou serviços prestados pelo banco, impossível será a configuração da relação de consumo, não incidindo a legislação consumerista.

Para esses pensadores se os recursos ou serviços prestados pelos Bancos não se destinam ao consumo final do contratante, mas a uma forma intermediária de utilização, como o implemento de uma atividade comercial ou industrial por exemplo, inaplicável será a Lei nº. 8.078/90, já que o negócio jurídico não se traduz em relação de consumo.

Deve ser levado em conta também, como já dito, que nos contratos bancários em que figurem pessoas jurídicas que exerçam atividades econômicas haverá a presunção (*juris tantum*) de inaplicabilidade da legislação consumerista, cabendo à pessoa jurídica a prova da existência de relação de consumo.

Tal fato é de fundamental importância principalmente no que se refere à inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do

Consumidor pois, contestada pela instituição financeira a existência de relação de consumo, o juiz não poderá realizar a inversão apenas por estar presente o requisito da hipossuficiência ou da verossimilhança das alegações.

É-se favorável ao posicionamento de que o Código de Defesa do Consumidor se aplica de forma automática aos contratos bancários, sendo necessária a verificação do caso concreto para averiguar se a relação será ou não protegida pelo manto da lei.

Com isso, as relações firmadas entre as instituições bancárias e as pessoas físicas são, a princípio, reguladas pelo CDC, ainda que se tratem de empréstimos ou financiamentos, pois nesses casos há uma presunção relativa de que o contratante é o destinatário final, suportando todos os encargos negociais, cabendo ao Banco a prova em sentido contrário.

Aqui, vale lembrar, que o E. Superior Tribunal de Justiça já exarou entendimento no sentido de que os contratos bancários se sujeitam ao CDC. Já decidiu:

Os bancos, como prestadores de serviços, especialmente contemplados no art. 3º, § 2º, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor." (Resp 175.795-RS, DJ de 10.05.99, p. 0171, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 3ª Turma, v.u. e, no mesmo sentido Resp 142.799-RS, 57.974-RS, 129.573-RS, 129.564-RS, 65.332-RS e 150.992-RS).

3.4 Responsabilidade objetiva do Código de Defesa do Consumidor

Como se viu no Capítulo II, a responsabilidade civil no Código Proteção e Defesa do Consumidor tem natureza extracontratual, em que, o risco, ou seja, a mera possibilidade de ocorrência de um dano, às pessoas ou bens alheios, pode trazer o dever de reparação, não exigindo a ocorrência certa, determinada de um dano, e muito menos a culpabilidade.

A responsabilidade extracontratual objetiva busca suporte na teoria do risco, segundo o qual, o dever de indenizar não encontra amparo na conduta do agente causador do prejuízo, mas sim, no risco existente em suas atividades relacionadas a terceiros, devido ao proveito e exploração econômica resultante das mesmas, importando, apenas o nexos causal entre o ato do agente e o dano ocasionado à vítima.

Pode-se denotar, então, que na teoria objetiva, tem-se a idéia de culpa que

em alguns casos é presumida e em outros nem se exige a prova de sua ocorrência, o que impõe inversão do ônus da prova ao agente para demonstrar que sua conduta não foi culposa.

A Súmula nº 28, do Supremo Tribunal Federal, disciplina que: "O estabelecimento bancário é responsável pelo pagamento de cheque falso, ressalvadas as hipóteses de culpa exclusiva ou concorrente do correntista: "estabelece a regra da presunção relativa, *iuris tantum*, onde a responsabilidade do Banco pode ser anulada ou diminuída, conforme a prova que se fizer em relação à culpa exclusiva ou concorrente do cliente/correntista.

Como já se afirmou anteriormente a responsabilidade civil no CDC possui sua natureza objetiva, uma vez que, a conduta culposa ou dolosa do agente não é de suma relevância; o dever de indenizar poderá emergir ao verificar-se a relação de causalidade entre o dano e a conduta (art. 927, parágrafo único, CC), reparando-se aquele que foi vítima do evento danoso.

Como exemplo, pode-se citar, o comerciante que, no exercício de sua atividade, causa danos ao consumidor. Como previsão legal, o art. 931 do Código Civil diz, *in verbis*: Art. 931 - "Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação".

Se o risco se destaca como uma das características da exploração da atividade econômica, correlaciona-se a adoção, pelo Código de Defesa do Consumidor da teoria da responsabilidade objetiva, pois não se exige a culpa, em qualquer de seus graus, impondo-se, apenas, a existência do liame de causalidade entre a atuação ou omissão dos bancos e o resultado danoso. Aquele que exerce a atividade lucrativa, bem como qualquer outra atividade relacionada, que assume obrigação de guarda e vigilância deve responder por suas falhas ou mesmo desorganização em seu atendimento e prestação de serviços.

Portanto, os danos suportados pelos consumidores na relação de consumo com estas instituições são amparados pela teoria objetiva da responsabilidade civil, onde a culpa é presumida ou prescindível.

Segundo NERY JÚNIOR (2004, p. 267):

UFCG - CAMPUS DE SOUSA
BIBLIOTECA SETORIAL

A responsabilidade civil no CDC se assenta no risco da atividade do fornecedor em face do consumidor, tanto pelo aspecto extracontratual. Tanto a responsabilidade pelos acidentes de consumo como a decorrente

dos vícios do produto ou serviço (CDC 12, 14, 18) se estribam na teoria objetiva. O fundamento do dever de indenizar, aqui, é o risco da atividade: por isso a responsabilidade objetiva se aplica a todas as hipóteses decorrentes de danos experimentados pelo consumidor em decorrência da relação jurídica de consumo.

Esse entendimento que vem prevalecendo na doutrina e na jurisprudência, reafirmado em acórdão do Tribunal de Alçada do Paraná, ao entender que:

O Código de Defesa do Consumidor responsabiliza o fornecedor, independentemente da existência de culpa, pelo reparo dos danos causados ao consumidor, por defeito na prestação de serviços. (TAPR, 1ª. C., Ap. 66.096-8, Repertório IOB de Jurisprudência 15/94).

Os bancos e demais instituições financeiras, como fornecedor, nos termos do CDC, ao se proporem a explorar atividade de risco, assumem a extensão desse risco, ou seja, se o prestador de serviços se dedica a trabalhar com dinheiro/crédito, proporcionando segurança ao cliente, e, se neste mundo, cada vez mais temos agentes violadores de conduta tentado se locupletar as expensas alheias, sempre voltadas para os delitos patrimoniais, há de responder pelos danos causados por defeitos verificados nessa prestação, independentemente de culpa, pois a responsabilidade decorre só do fato objetivo de serviço e não da conduta subjetiva do agente.

A jurisprudência pátria está se direcionando, acertadamente, a satisfazer as vítimas destes infortúnios, por meio de indenizações morais e materiais, tendo em vista a adoção, cada vez mais da teoria do risco.

Por isso, afirma-se que ao se adotar a teoria do risco profissional nos casos acima aludidos, de forma justa, pois como bem já se frisou, aqueles que realizam atividades ou oferecem produtos que possam gerar danos ao próprio cliente ou a terceiros devem suportar as conseqüências de reparar o dano causado por seus atos, isso sem esquecer que as instituições bancárias auferem grandes lucros com suas atividades, então, muito justo que arquem também com o ônus proveniente de suas ações danosas.

3.5 Dever de indenizar dos bancos: danos materiais e morais

O direito do consumidor ou de terceiro lesado de ser ressarcido dos danos sofridos e o dever de indenizar do fornecedor ou de agente que responda pelo

produto ou pelo serviço é o fato do produto ou do serviço causador do acidente de consumo. Portanto, a responsabilidade civil do agente do dever de indenizar é objetiva, como se viu no item anterior, decorrente do risco integral de sua atividade econômica.

Não cabe aqui se dissertar mais sobre o conceito de danos materiais ou morais, e sim, discorrer sobre a obrigação imposta aos bancos de indenizar seus clientes/correntistas a cerca de qualquer infortúnio que lhes cause no pagamento ou devolução de cheque falso ou falsificado.

Conforme o art. 6º, inciso VI do Código de Defesa do Consumidor, são direitos básicos do consumidor, "a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;" como também, enuncia nos arts.12 e 14 a ampla reparação dos danos materiais (patrimoniais) e morais. Mas essa ampla indenização é na medida de suas conseqüências.

Como se viu no Capítulo II, item 2.1, os pressupostos da responsabilidade civil são: 1) a ação ou omissão do agente; 2) culpa (tratando-se de responsabilidade subjetiva); 3) o nexu causal entre o agente e a irregularidade; 4) o prejuízo ocasionado - o dano - a fim de que se proceda à reparação, ou sejam tanto quanto possível, ao reingresso do prejudicado no "status" econômico anterior ao da produção do desequilíbrio patrimonial ou moral.

Tanto a obrigação de conferência da veracidade do documento cambiário objeto deste estudo, quanto a certificação da autenticidade das assinaturas apostas aos referidos títulos é dever dos bancos, que respondem por sua não verificação.

Se existe nos bancos um contingente cada vez menor de funcionários/prepostos, seja em virtude da automatização das operações bancárias ou até mesmo de uma política de redução de custos, como realmente o constatamos, cabe a instituição financeira arcar com todo e qualquer erro cometido durante uma transação bancária.

O consumidor ao contratar com o banco presume que esta instituição é um lugar seguro para guardar seus valores e que possui todos os meios seguros e a prova de falhas para garantir que nenhum erro será cometido durante as operações. Pelo menos é o que nos passa todo o *marketing* utilizado por estas empresas fornecedoras.

Quanto ao cheque adulterado em seus valores, se for depositado na conta

corrente do sacado por culpa do banco, sem prova de ter sido o cliente o autor da adulteração, cabe aquela instituição apenas a reparação dos danos materiais com juros e correção monetária. Porém, se o referido cheque for devolvido, tendo como consequência a inclusão do nome do cliente nos órgãos de proteção ao crédito, ou qualquer outro tipo de constrangimento, a responsabilidade do banco emergirá, convertendo-se em danos morais.

Discorre SOARES (2002, p. 30):

Tratando-se de dano moral padecido pela pessoa física, resultante de abalo de crédito provocado por indevido protesto de título, não há necessidade de demonstração específica, por ela ser inerente ao evento, pois um protesto sempre causa enorme repercussão na vida da pessoa física ou jurídica frente a sociedade, perturbando seus sentimentos, afeto, auto-estima, por sentir-se diminuído junto aos fornecedores e aqueles que com ele convivem.

E continua o ilustre jurista (2002, p.44):

Na esfera moral o indivíduo físico ou jurídico é atingido, por ser alvo de tratamento negativo junto a comunidade comercial que com ele mantém transação comercial, causando enorme sofrimento por passar a não ser visto com os tradicionais 'bons olhos' de sua esfera comercial.

Portanto, o cliente/correntista tem o direito de ir a juízo requerer em face do banco que pagou indevidamente cheque falso ou falsificado, a indenização por danos materiais, representado por perdas emergentes ou relativos a lucro cessantes, bem como, por danos morais, a qual sua reparação é integral, em face da responsabilidade objetiva dos bancos.

Nesse sentido segue vasta jurisprudência dos tribunais brasileiros:

INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - CHEQUE COM ASSINATURA - FALSIFICADA - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - Os bancos como prestadores de serviços estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor (artigo 3º, § 2º). O banco é responsável pelo pagamento de cheque falso, por ter assumido o risco e a obrigação de vigilância, garantia ou segurança sobre o objeto do contrato, só se eximindo se houver culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (artigo 14, § 3º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor). Recurso desprovido. (TJPR - ApCiv 0120071-7 - (21838) - Santo Antonio da Platina - 3ª C.Cív. - Rel. Juiz Conv. Manassés de Albuquerque - DJPR 01.07.2002)

RESPONSABILIDADE CIVIL - Cambial. Pagamento de cheques com assinaturas falsificadas. Responsabilidade do banco sacado pelo pagamento de cheque falso, falsificado ou alterado, salvo dolo ou culpa do correntista, do endossante ou do beneficiário, dos quais poderá o sacado, no todo ou em parte, reaver o que pagou (Lei nº 7.357/85, art. 39 e Súmula

28 do STF). Impossibilidade de se responsabilizar o correntista, quando o banco se propôs, ao assumir o negócio, a conferir os cheques e as respectivas assinaturas, pondo a salvo os interesses do depositante. Banco que não provou a excludente de sua responsabilidade, não passando de mera suposição a proposta de conferência dos saldos pela apelante, ou a sugestão de negligência na guarda dos talonários. Irrelevância do fato de apelante ter descoberto a fraude alguns meses depois do ocorrido, porque isso não altera a responsabilidade do banco pelo pagamento realizado anteriormente. Ação improcedente. Recurso provido. (1º TACSP - AP 0816852-7 - (36416) - São Paulo - 3ª C. - Rel. Juiz Carvalho Viana - J.29.08.2000)

RESPONSABILIDADE CIVIL - CHEQUE FALSO - FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA - DEVOLUÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE FUNDOS - ENCERRAMENTO DA CONTA - APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA - A conduta negligente do banco foi a causa direta e imediata para o evento danoso, razão pela qual é exclusivamente responsável pelo pagamento dos cheques falsos. Inexistência de culpa concorrente do correntista. Dano moral configurado. Critérios para a fixação de um valor adequado. Juízo de equidade atribuído ao prudente arbítrio do juiz. Compensação a vítima pelo dano suportado. Punição ao infrator, consideradas as condições econômicas e sociais do agressor, bem como a gravidade da falta cometida, segundo um critério de aferição subjetivo. Apelo provido. (TJRS - APC 70003531589 - 6ª C.Cív. - Rel. Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira - J. 17.04.2002)

3.6 Causas de exclusão da responsabilidade

A responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor é objetiva, porém, frente a algumas formas de isenção de responsabilidade ela é mitigada, principalmente, no que diz respeito às cláusulas de exclusão da responsabilidade dos fabricantes e fornecedores de produtos.

Afirma NERY JÚNIOR (2004, p.268):

A regra da convivência humana, à qual o Direito deve proteção, é em que a indenização pela reparação deve ser a mais completa possível, a fazer justiça no caso concreto. Somente nos casos ressalvados ou autorizados por lei se mostra admissível a limitação da responsabilidade.

O art. 12, § 3º, do CDC trata dos casos em que a responsabilidade civil do fornecedor é excluída. As formas de exclusão da responsabilidade civis citadas no primeiro capítulo (caso fortuito e força maior, fato de terceiro, culpa exclusiva da vítima), poderiam, em relação ao tópico especificamente estudado, ser recolocadas, aqui, tendo, entretanto, conotação em relação ao dever de indenizar dos bancos. Passa-se a abordá-las.

3.6.1 Cláusula de não indenizar

A cláusula de não indenizar nada mais é do que, a possibilidade de se convencionar, nas obrigações de natureza contratual, que uma das partes não se responsabilize pelos danos que por ventura vierem a ocorrer; transfere-se, portanto, os riscos do contrato para a pessoa da vítima.

Geralmente, o objetivo deste tipo de cláusula é o de limitar o montante de eventual indenização ou simplesmente excluir o dever de indenizar, havendo, portanto, uma renúncia previa, convencionada ao direito de pedir reparação.

Este é um expediente utilizado demasiadamente nas relações de consumo. Entretanto, deve-se vê-lo com restrições quando tratar-se de operações bancárias, uma vez que será sempre o banco a utilizar destes recursos sempre a seu favor.

Ponto de vista semelhante encontra-se com VENOSA, (2005, p. 358):

A repulsa maior encontrável nessas cláusulas, tanto nas de limitação como nas de exclusão, surge nos contratos de adesão. Diga-se, também, que a limitação de responsabilidade deve ser vista com muita cautela no âmbito das contratações do consumidor. Nos contratos paritários, nos quais ambos os contratantes têm a possibilidade de discutir e redigir suas cláusulas, a questão fica em sede de direito disponível das partes, sempre que não esbarrar em normas de ordem pública.

Grande controvérsia existe a respeito da legitimidade da cláusula de não indenizar, havendo teses, as quais a proíbem, por ser contrária ao interesse social, ou seja, é imoral e algumas que se baseiam na autonomia da vontade para admiti-la.

No campo dos direitos do consumidor, essa cláusula é nula (CDC, art. 51, I). O Código de Defesa do Consumidor admite nesse mesmo artigo a limitação da responsabilidade indenizatória em situações que se justifiquem, por exemplo, quando o consumidor for pessoa jurídica, pois se tratando de consumidor, pessoa natural, não se admite qualquer cláusula restritiva ou mesmo que exonere o dever de indenizar.

De acordo com este estudo, parece esta ser a tese que, melhor esclarece a linha de raciocínio.

Quanto à cláusula de não indenizar, Código Consumerista brasileiro, prescreve em seus artigos 24 e 25, respectivamente:

Art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de

termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor.

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuie a obrigação de indenizar prevista nesta e nas Seções anteriores.

São requisitos para que a cláusula de não indenizar tenha validade: 1. a bilateralidade do consentimento e, 2. que o acordado não infrinja preceito cogente de lei, ordem pública e com os bons costumes.

Com este esclarecimento, não resta dúvida de que, a cláusula de não indenizar é inadmissível quando não há contrato; ela portanto, não terá validade, como já dito acima, será nula em relação à responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor, afinal, a responsabilidade consumerista possui natureza puramente extracontratual e objetiva. Também não pode ser admitida a cláusula de não indenizar em conflito com a ordem pública, matéria que não pode ser objeto de transação pela vontade individual.

3.6.2 Culpa exclusiva do cliente

Como se viu, a Súmula nº 28, do STF, disciplina que: "O estabelecimento bancário é responsável pelo pagamento de cheque falso, ressalvadas as hipóteses de culpa exclusiva ou concorrente do correntista."

O artigo 14, § 3º, II, do CDC, dispõe que o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: "a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro".

O cliente tem o dever não só de zelar pelo seu talonário de cheques mas também de agir com cautela no labuta diária, para que nada ocorra de excepcional em suas relações negociais.

Há casos em que a desídia do cliente/correntista é o único fator na ocorrência de danos em sua própria conta bancária. É este o caso descrito- na descrita súmula, que exclui o dever de indenizar por parte dos bancos.

Age com culpa exclusiva o cliente/correntista que entrega um cheque assinado em branco para um desconhecido, pois este cheque pode ir circulando e parar nas mãos de um fraudador que poderá "emitir" um talão inteiro, colocando nos cheques falsos a mesma seqüência de numeração do verdadeiro, treinar a assinatura do cliente e sair por aí dando cheques no comércio ou mesmo tentar sacar o dinheiro diretamente no caixa do banco.

Já decidiram os nossos Tribunais ao excluir o dever de indenizar dos bancos:

INDENIZAÇÃO - CHEQUE FALSIFICADO - NÃO OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR DO ESTABELECIMENTO BANCÁRIO QUANDO O CORRENTISTA OFERECE CAUSA EFICIENTE PARA O DANO - PEDIDO DE INDENIZAÇÃO IMPROCEDENTE - SENTENÇA CONFIRMADA - Provada a culpa grave do correntista e tendo o banco agido normalmente, não responde este pelo prejuízo daquele, decorrente de pagamento de cheque falsificado. Demais disso, "a culpa grave necessária e suficiente para o dano, exclui a concorrência de culpas". A doutrina leciona que "o dever jurídico de cuidar das coisas que usamos, funda-se em superiores razões de política social, que induzem, por outro fundamento, a presunção da causalidade aludida e, em conseqüência, a responsabilidade de quem convencionou chamar o guardião da coisa, para significar o encarregado dos riscos dela decorrentes". O correntista que não responde com o dever de cautela em face do talonário, de que tem a guarda, concorre com culpa decisiva para o dano. Comprovada a culpa, na forma *in vigilando* exime-se o estabelecimento bancário da obrigação de indenizar. Recurso improvido à unanimidade." (TJPE - AC 2883-7 Rel. Des. Etério Galvão - DJPE 25.01.2002 - p. 18).

3.6.3 Culpa concorrente do cliente/banco

Este também é um dos casos contemplados pela Súmula 28 do STF. Entretanto, nesta hipótese de ocorrência, verifica-se a culpa concorrente do cliente/correntista na ocasião do dano.

Há aqui uma mitigação da cláusula genérica de indenizar, pois a culpa concorrente do cliente ameniza o dever de indenizar dos bancos e, conseqüentemente, a redução do *quantum* indenizatório.

É o caso do cliente que agindo com imprudência começa a preencher o cheque mas não completa sua assinatura, dando margens a terceiros, que intencionalmente terminam de completá-la, alterando os valores.

RESPONSABILIDADE CIVIL - DANOS MATERIAIS E MORAIS - CHEQUES COM ASSINATURA FALSIFICADA - RESPONSABILIDADE CONCORRENTE DO BANCO INTELIGÊNCIA DO ART. 39 DA LEI 7.357/85 E SÚMULA 28 DO STF - INDENIZAÇÃO PROPORCIONAL DEVIDA EM VIRTUDE DA CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA - SENTENÇA CONFIRMADA - RECURSOS NÃO PROVIDOS - 1. O banco sacado responde pelo pagamento do cheque falso, falsificado ou alterado, salvo dolo ou culpa do correntista. 2. Sendo certo que o correntista contribuiu para o fato, na medida em que facilitou, por omissão, o acesso aos talonários de cheques por parte de seu empregado, deve-se reconhecer a culpa recíproca. (TJPR - ApCiv 0111744-6 - (21280) - Curitiba - 1ª C.Cív. - Rel. Des. Antonio Prado Filho - DJPR 25.03.2002)

INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MORAL - Cheque falsificado extraído de talonário da correntista furtado da agência bancária,

recebido e protestado por terceiros, sem informação das causas da eventual recusa de seu pagamento. Ato ilícito que não pode ser imputado ao Banco, que tornou as providências necessárias no sentido da ampla divulgação do assalto, não podendo ser responsabilizado pelo dano moral causado à correntista por terceiros. (TJSP - AC 56.504-4 - 8ª CDPPriv. - Rel. Des. Yussef Cahali - J. 29.07.1998).

Tanto nas hipóteses de exclusão da responsabilidade por culpa exclusiva ou concorrente do cliente, este deve ficar atento na utilização de seus pagamentos com cheques, para que não dêem motivos para os bancos provarem a culpa do cliente/correntista, devendo os mesmos eliminarem os espaços vazios para que não ocorram alterações de quaisquer dados, evitar rasuras, controlar sempre sua movimentação na conta, guardar com cuidado o talão de cheques, preencher sempre que possível os cheques nominalmente e cruzados.

3.6.4 Prescrição

Esse instituto foi criado como medida de ordem pública para proporcionar segurança às relações jurídicas que seriam comprometidas diante da instabilidade oriunda do fato de se possibilitar o exercício da ação por prazo indeterminado.

DINIZ (1198, p. 245): "A prescrição tem por objeto as ações; por ser uma exceção oposta ao exercício da ação, tem por escopo extingui-la, tendo por fundamento um interesse jurídico-social".

Uma das condições para que exista a responsabilidade de indenizar dos bancos ao cliente/correntista é a não ocorrência da prescrição executória. Isto porque o direito brasileiro não premia aquela pessoa que por sua desídia não recorre ao Poder Judiciário para ver sua pretensão atendida.

Dispõe o artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

Tendo, portanto, encerrado este prazo de cinco anos, a partir da ciência do dano e de sua autoria, o cliente/correntista não mais poderá ter direito à reparação dos prejuízos causados pelo banco no pagamento de cheque falso ou falsificado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O marco inicial do exame da responsabilidade civil é, efetivamente, a apreciação de um dever jurídico violado, que causa danos a outrem, restando, assim, o dever de reparar o mal sofrido.

A responsabilidade civil possui um imenso e complexo campo, devido a isso, não tive a pretensão de esgotar o assunto, mas somente criar diretrizes acerca de tão importante tema econômico e jurídico.

Pode-se, ao longo do trabalho, vê-se que existem duas teorias acerca da responsabilidade civil: a primeira, da responsabilidade objetiva, em que o elemento culpa é prescindível, bastando a prova do nexo de causalidade entre a conduta e o dano; e a teoria da responsabilidade subjetiva, tendo como principal elemento caracterizador a comprovação da culpa. Esta última, ainda é a teoria mais utilizada no Brasil, mas vem sendo substituída, principalmente com a vigência do Código de Defesa do Consumidor.

Em se tratando dos bancos e demais instituições financeiras, há a obrigação de indenizar pelo simples fato da presunção da culpabilidade, ou seja, pela simples ocorrência de um risco em razão de sua atividade (responsabilidade objetiva - teoria do risco), não sendo necessária a comprovação do dolo, em sentido amplo, ou da culpa em sentido estrito, caracterizada pela negligência, imprudência ou imperícia do agente causador do dano.

A jurisprudência vem caminhando ao longo dos últimos anos de maneira sensata ao que diz respeito a esse assunto, principalmente nos pretórios superiores, com a Súmula nº 28 do Supremo Tribunal Federal, e decisões de juizes monocráticos autorizando os bancos a indenizarem o pagamento de cheques falsos ou falsificados independentemente de culpa.

Ainda se tem resquícios em algumas decisões da exigência da comprovação da culpa para gerar o dever de indenizar dos bancos. Mas, a tendência é de que com a introdução de uma legislação especificamente em defesa do consumidor, o tema ganhe relevância e seja dada uma orientação que mais se coadune com a condição de que o consumidor é o lado mais fraco na formação da relação que envolva operações bancárias.

Mas com o crescimento da indústria do crime, que a cada dia encontra novos artifícios para fraudar os pagamentos por meio do cheque, os bancos devem

melhorar os seus aparatos para identificação destas fraudes para que o seu cliente/correntista tenha realmente mais segurança nas transações realizadas.

Os bancos e demais instituições financeiras devem ser responsabilizados pelo pagamento de cheque falso ou falsificado, mas são necessárias análises dos casos concretos, na medida que a vida cotidiana e a própria legislação nos proporcionam variados meios, tanto de transgredir como de reparar os danos causados por essas ilicitudes, bem como a própria amenização ou isenção da responsabilidade pela comprovação de culpa exclusiva ou concorrente da vítima.

Finalmente, no campo da responsabilidade civil dos bancos quanto ao pagamento de cheque falso ou falsificado, conclui-se:

1. se o banco agiu com culpa, este deve ser responsabilizado;
2. no caso do correntista também ter agido com culpa, concorrente ou exclusiva, a responsabilidade do banco é rateada, caso consiga provar a culpa do cliente, e, enfim;
3. na hipótese de não ter culpa o banco, nem o cliente/correntista, o ônus deve ser suportado pelo banco, em face da responsabilidade objetiva (teoria do risco), em conformidade com o que dispõe o Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, caso o cliente/correntista sofra qualquer tipo de prejuízo no caso do banco ou qualquer outra instituição financeira terem pago efetivamente cheque falso ou falsificado, deve ir buscar a prestação da tutela jurisdicional do Estado para reparar os danos sofridos, sejam eles patrimoniais ou simplesmente morais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília: UnB/CJF, 2003.

ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade mecum de direito**. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2004.

ASSIS, Inajara de [et al]. **Código de defesa do consumidor comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DELMANTO, Celso... [et al]. **Código penal comentado** - 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 3. ed. 3 vol. São Paulo, Saraiva, 1998.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 7 vol. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Curso de direito civil brasileiro teoria geral do direito civil**. Vol. 1. São Paulo. Saraiva, 1998.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 14 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MARMITT, Arnaldo. **Perdas e danos**. 4 ed. Rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. Parte especial, vol. 3, 2000, Ed. Atlas.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado e legislação extravagante**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SOARES, Marco Zenóbia. **Erro bancário: teoria, legislação e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Vale do Mogi, 2002.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. Vol. 2. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. Vol. 4. 17 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda. **A nova lei brasileira do cheque**. São Paulo: Saraiva, 1985, *apud* REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. vol. 2. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. vol. II. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

<http://www2.uol.com.br/canalexecutivo/notas/170220049.htm> - 20k - **Dobra a devolução de cheques clonados e roubados no país**

<http://www.ciss.com.br/noticias/default.asp?id=67> - 28k.

<http://www.abracheque.org.br>