



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

LEONARDO DE ABREU CAROLINO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS NO
PAGAMENTO DE CHEQUE FALSO OU FALSIFICADO**

**SOUSA - PB
2006**

LEONARDO DE ABREU CAROLINO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS NO
PAGAMENTO DE CHEQUE FALSO OU FALSIFICADO**

Monografia apresentada a Coordenação de Pós-Graduação do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientador: Professor Me. Joaquim Cavalcante de Alencar.

**SOUSA - PB
2006**

LEONARDO DE ABREU CAROLINO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS NO PAGAMENTO DE CHEQUE
FALSO OU FALSIFICADO**

DATA DA APROVAÇÃO: _____ / _____ / _____

**Prof. Ms. Joaquim Cavalcante de Alencar – UFCG
Orientador**

Prof.

Prof.

Cajazeiras-PB

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Maria Orlany de Abreu Carolino, mãe e mestra, de personalidade forte, que refletiu em toda minha vida, por meio de seus gestos e obras.

E a Leonardo de Abreu Carolino Filho, cujos primeiros passos começou a dar com respeito e dedicação a vida.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, ser grandioso e pleno, por me conceder momentos que estão eternizados em meu coração.

Aos meus pais, que participaram dos momentos mais sublimes da minha existência.

A todos os meus amigos, por estarem sempre presentes neste meu caminhar.

“A liberdade não consiste em fazer o que queremos, mas em ter o direito de fazer o que devemos”.

Karol Wojtyla, 1995

RESUMO

Os bancos e demais instituições financeiras têm se revelado como elemento de fundamental importância para o desenvolvimento do país. Entretanto, com o alto nível tecnológico apresentado nos últimos tempos, os serviços prestados por estas entidades devem ser realizados de forma mais segura possível para evitar a ação de fraudadores que podem por em risco as relações jurídicas formadas. A responsabilidade civil tem como princípio informador aquele que impõe a quem causa dano a outrem, o dever de reparar. Mas, com o advento do Código de Defesa do Consumidor a responsabilidade civil dos bancos passou a ter outra conotação, adotando-se a teoria do risco profissional, devido a atividade econômica que é explorada. O objetivo do presente trabalho é o de mostrar, ainda que de forma sucinta, até onde vai a responsabilidade civil dos bancos, no que tange aos pagamentos indevidos de cheques falsos ou falsificados, gerando, assim, o dever de reparar os prejuízos sofridos pelos seus respectivos clientes.

Palavras-chaves: banco - cheque falso ou falsificado - pagamento indevido - responsabilidade civil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. DOS BANCOS E DEMAIS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS	11
1.1 Os negócios jurídicos bancários com emissão de cheques	12
1.1.1 O contrato de depósito bancário	16
1.1.2 O contrato de conta corrente	17
1.1.3 O contrato de abertura de crédito	18
2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL	20
2.1 Os pressupostos da responsabilidade civil	21
2.1.2 Ação ou omissão	22
2.1.3 Culpa do agente	23
2.1.4 Dano	24
2.1.4.1 Dano Material	25
2.1.4.2 Dano Moral	26
2.1.5 Nexo de Causalidade	27
2.2 Responsabilidade contratual e extracontratual	28
2.3 Responsabilidade subjetiva e objetiva	29
2.4 Meios de exclusão da responsabilidade civil	30
2.4.1 Caso Fortuíto e Força Maior	30
2.4.2 Fato de Terceiro	31
2.4.3 Culpa Exclusiva ou Concorrente da Vítima	32
2.4.4 Estado de Necessidade	32
2.4.5 Legítima Defesa	33
2.4.6 Exercício Regular do Direito	34
2.4.7 Estrito cumprimento do dever legal	35
2.5 Responsabilidade civil e o código de proteção e defesa do consumidor	36
3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS NO PAGAMENTO DE CHEQUE FALSO OU FALSIFICADO	40
3.1 Do cheque	40
3.1.1 Do cheque falso e falsificado	42
3.2 Relação contratual: banco/correntista	45
3.3 A responsabilidade civil dos bancos e o código de defesa do consumidor	46

3.3.1 Os contratos bancários e o Código de Defesa do Consumidor	47
3.3.2 Da Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor	49
3.4 Responsabilidade objetiva do Código de Defesa do Consumidor (teoria do risco)	51
3.5 Dever de indenizar dos bancos: danos materiais e morais	53
3.6 Causas de exclusão da responsabilidade	55
3.6.1 Cláusula de não indenizar	55
3.6.2 Culpa exclusiva do cliente	57
3.6.3 Culpa concorrente do cliente/banco	58
3.6.4 Prescrição	59
CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	62

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.

O presente trabalho tem a intenção de discutir problemas atuais, no que concerne a responsabilidade civil dos bancos e instituições financeiras em face do Código de Defesa do Consumidor. Para tanto abordaremos conceitos e institutos abrangidos pelo Direito Civil, Direito Consumerista, bem como do Direito Penal, e, de forma mais profunda, 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 atual e dinâmico, e que necessita 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.

Este trabalho analisará a responsabilização civil dos bancos e demais instituições financeiras, quando os mesmos por agirem com ou sem culpa, causando danos ao consumidor final, em especial, no pagamento de cheque falso ou falsificado, 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.

Diante da complexidade do tema devemos enfrentar algumas questões, para encontrarmos a solução do problema: 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?

Todo o arcabouço para construção do presente trabalho se deu por meio de pesquisa bibliográfica, sendo utilizada diversas fontes para pesquisa, dentre as quais: doutrina, desde os grandes clássicos como as mais específicas relacionadas ao tema, leis, jurisprudências dos mais diversos Tribunais pátrios, artigos de revistas especializadas e *internet*.

Na realização deste trabalho foi utilizado o método 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 (teoria do risco), no caso de pagamento de cheque falso ou falsificado.

Assim, cabe ao cliente/correntista, buscar a proteção aos seus direitos para que os bancos e demais instituições financeiras não sacrifiquem os mesmos pela ganância de auferir lucros exorbitantes, passando por cima de tudo e de todos, utilizando da força e do poder que o capital exerce sobre nossa sociedade.

1. DOS BANCOS E DEMAIS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Tomando como paradigma a legislação a cerca 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 das relações negociais.

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.

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

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 (1998:407):

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 Maria Helena Diniz em *Curso de direito civil brasileiro : teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, vol.3. (1998:502):

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 Fábio Ulhoa Coelho, conceitua o que seja atividade bancária (2005:445):

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 n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria 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.

A atividade bancária no Brasil deverá ser exercida mediante competente autorização governamental, expedida pelo Banco Central do Brasil (BCB), 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 aduzimos 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”.

Lembramos, 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 n.º 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 cheques

As operações bancárias são negócios jurídicos, verdadeiros contratos, onde existem as partes envolvidas, banco/cliente, que chegando a um acordo de vontades, a um consenso, estabelecem entre si direitos e obrigações.

Estas atividades são próprias das Instituições Financeiras, sendo, portanto negócios jurídicos peculiares, geralmente envolvendo crédito, realizadas com clientes, pessoas jurídicas ou físicas, públicas ou particulares, que visam lucro, todas feitas em harmonia com a legislação pertinente, com as determinações do Conselho Monetário Nacional, sob a fiscalização do Banco Central do Brasil (BC), conforme vimos anteriormente na Lei de Reforma Bancária.

Nos contratos ditos civis as características principais são sua solenidade e formalidade, mas nas relações atuais, o comércio bancário, pela rapidez dos negócios, é imprescindível a flexibilidade ao negociar e cada vez mais as pessoas contratam, muitas vezes sem a prévia formalização da documentação mínima necessária, seja verbalmente, por telefone, fax, telex, *internet*, dentre muitas outras, inclusive baseadas, em certos casos, nos usos e costumes, chegando às vezes, ao ponto de algumas operações serem somente confirmadas por escrito posteriormente.

O contrato bancário, didaticamente, pode ser considerado mercantil, que sendo sempre oneroso, diferencia-se do contrato civil, muitas vezes não oneroso. Excepcionalmente, o contrato bancário poderá ser não oneroso, quando outros fatores nele interferem, por exemplo, a gratuidade oferecida em alguns serviços agregados ao contrato principal.

Os contratos em geral são hoje regulados pelo Código Civil (CC), pelo Código Comercial (CCom) e, atualmente, também pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), mas os contratos bancários, em virtude da complexa gama de relações que existe entre o Banco e seus co-relacionados, que possuem características próprias, reclamam uma configuração jurídica específica.

No caso dos contratos bancários em que faz parte necessariamente a emissão de cheques, tendo como ponto de partida o pagamento de cheque falso ou falsificado, devemos levar em conta, tanto as normas aplicáveis do Código Civil Brasileiro e as normas relativas a Lei n.º 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor.

Leciona Fábio Ulhoa (2005:446):

Os contratos bancários são aqueles em que uma das partes é necessariamente o banco. Isto é, se a função econômica do contrato está relacionada ao exercício da atividade bancária, ou, dizendo o mesmo de outro modo, se o contrato configura ato de coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, então somente uma instituição financeira devidamente autorizada pelo governo poderá praticá-lo. Neste caso o contrato será definido como bancário.

Para Maria Helena Diniz (1998:502):

Os contratos bancários são negócios jurídicos em que uma das partes é uma empresa autorizada a exercer atividades próprias de bancos. Assim, esses contratos, apesar de específicos do comércio bancário, poderão ser praticados por comerciantes não-banqueiros. Se efetivados sem a participação de um banco, entrarão nos seus esquemas típicos, porém só serão operações bancárias se uma das partes for um banco.

O princípio norteador dos contratos bancários é a boa fé entre os contratantes, devendo-se levar em conta, na sua interpretação, as regras relativas às necessidades do crédito, as da equidade, a intenção das partes, os fins econômicos, etc.

Os contratos também são regidos pelo princípio da obrigatoriedade da pactuado, também conhecido como *pacta sunt servanda*. Levando-se este princípio aos contratos bancários, significa que as cláusulas e condições estabelecidas nas operações ou atividades realizadas são intangíveis, uma vez que o pactuado entre as partes é irretroatável, só podendo ser alterada mediante novo concurso de vontades.

Para mitigar essa irretroatabilidade e intangibilidade do acordado, surge a cláusula *rebus sic stantibus*, que possibilita a revisão do avençado diante de comprovadas alterações econômicas durante a execução do contrato, que fulminam uma das partes e a impede de realizar sua prestação.

Pela teoria tradicional do contrato, sendo o contrato, como vimos, um negócio jurídico, dependerá do acordo de vontades. A proposta e a aceitação são destinadas sempre a constituir uma relação jurídica de natureza patrimonial e também com eficácia obrigacional, porque a um direito corresponderá sempre uma obrigação e vice-versa.

Sendo o contrato bancário um ato jurídico bilateral, as partes envolvidas devem ser capazes, estar representadas por si ou por representante legal, de acordo com o ato constitutivo, para a declaração da vontade, ter objeto lícito e forma prevista ou não na lei (art.104 do CC).

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Na realização de seu objetivo de dinamizar o crédito, fazendo com que as riquezas circulem, as instituições financeiras em suas operações ora se tornam devedores das pessoas com quem transacionam, chamadas de *operações passivas*; ora se tornam credores, denominadas *operações ativas*.

No dizer de Fran Martins (1997:433):

Nas operações passivas, como vimos, os bancos se tornam devedores de seus clientes, desses recebendo numerário pelo qual ficam responsáveis”. E continua o mestre: “Operações ativas são aquelas que os bancos praticam na qualidade de credores. Em tal caso, empregam eles não apenas o seu capital como o numerário recebido de terceiros, que passa a sua propriedade por se tratar de coisas fungíveis.

Para Fábio Ulhoa (2005:408) é na operação passiva que os bancos têm a função econômica de captação de recursos de que necessita o banco para o desenvolvimento de sua atividade, entretanto, na operação ativa, os bancos ao concederem empréstimos aos seus clientes, intermediam o crédito, o que economicamente redundará em geração de riquezas.

Com a massificação das informações e o aperfeiçoamento das operações bancárias, o cheque passou a ser uma das mais comuns formas de transação comercial, sendo necessária codificação que disciplinasse esse título de crédito, expressa pela Lei n.º 7.357, de 02 de setembro de 1985.

A Lei do Cheque determina como requisito para emissão de cheques a existência de fundos disponíveis e preexistência de contrato entre sacado e sacador. É o que aduzimos do seu artigo 4.º “O emitente deve ter fundos disponíveis em poder do sacado e estar autorizado a sobre eles emitir cheque, em virtude de contrato expresso ou tácito”. Assim, autorizado está o sacador a emitir cheques contra o sacado, dependendo da provisão de fundos, feitos através do depósito de importâncias ou abertura de crédito existente em seu favor.

Para a abertura de quaisquer tipos de contas bancárias deve-se atender a algumas normas estabelecidas pelo Banco Central do Brasil, tais como: o preenchimento de uma ficha-proposta contendo dados do proponente como nome completo, qualificação, endereço, data de abertura e número da conta, condições e advertências. Somente depois de atendidas estas exigências o futuro correntista irá receber um talonário de cheques para a sua movimentação, que será feita por meio de cheques dos depositantes, tendo estes a obrigação de os guardar e deles fazer bom uso.

Dos contratos que veremos a seguir, o depósito bancário e a conta-corrente são operações passivas e a abertura de crédito é operação ativa. São estes os contratos bancários que possibilitam ao cliente/correntista emitir o título de crédito denominado cheque, que é o objeto material passível de ser falsificado.

1.1.1 O contrato de depósito bancário

O depósito bancário é aquele contrato através do qual uma das partes, o depositante, entrega certo valor para guarda do banco, que fica como depositário. Entretanto o valor depositado poderá ser levantado, no todo ou em parte, pelo depositante de acordo com as suas necessidades.

Segundo Fabio Ulhoa (2005:448) “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 Fran Martins (1997:433) 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 devolve-la no prazo e nas condições convencionadas”.

O depósito bancário tem como característica principal a de que o banco deve manter a importância depositada sempre a disposição do cliente para que possa ser restituída. Deriva, ainda de seu conceito, as seguintes assertivas:

a) o contrato tem como objeto sempre quantias em dinheiro, tendo o banco que devolve-lo ao depositante, sempre na mesma qualidade e quantidade;

b) o banco ao receber a quantia depositada poderá direcioná-lo para a atividade que bem desejar, sem, claro, fugir do seu objetivo principal de captar recursos e repassar a quem dele necessita;

c) o contrato, por determinação legal, deve ter como depositário uma instituição de crédito autorizada a funcionar.

Outro aspecto importante do contrato de depósito é o que diz respeito a transferência da importância do depositante ao banco, pois é a partir deste momento que os valores transferidos passam serem remunerados pelos juros remuneratórios ou por o que foram estipulados entre as partes.

A responsabilidade do depositário também terá início a partir da *traditio*, isto porque, os riscos pelo perecimento ou deterioração da coisa, de acordo com nossa legislação, serão de total responsabilidade do depositário.

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.

É importante frisar que o depósito de outros bens, que não valores monetários, rege-se pelas normas do depósito comum dispostas no Código Civil brasileiro.

Como já falamos 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 *traditio* da soma depositada ao banco. Desta forma temos a tradição com o efeito de aperfeiçoar o contrato e o de transferir o domínio da importância ao banco escolhido.

O depósito bancário, *a priori*, poderá ser retirado, no todo ou em parte, a qualquer momento. Porém poderá ser a prazo, dependendo das condições estabelecidas no contrato de adesão apresentado pelo banco ao cliente.

Quanto a algumas particulares das pessoas que podem realizar este tipo de contrato assevera Maria Helena Diniz, (1998:503):

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 n.º 370, de 1937, segundo Fábio Ulhoa (2005:411), 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 bancário é sem dúvida a 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 as instituições financeiras oferecem um serviço para que o cliente/correntista guarde seu dinheiro em um local seguro e que ganham com isso as facilidades para realizar suas transações diárias, como saques, débito automático, depósitos, mediante o pagamento de tarifas definidas.

A conta corrente é assinada pelo cliente depois da apresentação da ficha cadastral, em que o mesmo poderá efetuar depósitos em dinheiro, saques, autorizações de débitos, 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.

Para Maria Helena Diniz (1998:511):

O contrato de conta corrente bancária é aquele em que duas pessoas estipulam a obrigação, para ambas as partes ou para uma delas, de inscrever, em contas especiais de débito e crédito, os valores monetários correspondentes às suas remessas, sem que uma credora ou devedora da outra se julgue, senão no instante do encerramento de cada conta.

Segundo Fábio Ulhoa (2005:412) “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 contrato de conta corrente o banco é responsável pelo pagamento dos cheques e demais ordens emitidas pelo correntista. Para isso, o banco é recompensado por meio de pagamento de taxas e tarifas pelos serviços efetuados, sendo as mesmas já previamente definidas por meio de tabela de preços informados ao cliente.

Quanto ao encerramento da conta corrente Maria Helena Diniz (1998:514) afirma que tal ato só se dá com a verificação do saldo, mediante o balanço das parcelas de crédito e de débito. Assevera, ainda, que é assegurado a qualquer das partes, encerrar a conta mediante simples comunicação a outra.

1.1.3 O contrato de abertura de crédito

O contrato de abertura de crédito, pela faculdade dada ao cliente/correntista em obter crédito, 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 tempo determinado 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 Fran Martins (1997:436):

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 que o banco contrata com o cliente a abertura de crédito rotativo em sua conta corrente para que este usufrua ou não do dinheiro que é posto a sua disposição, podendo ser aplicado da forma que bem lhe aprouver.

No entendimento de Maria Helena Diniz (1998:508), 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.

É fácil de perceber que o contrato de abertura de crédito em conta corrente é mais uma forma atrativa e bastante proveitosa, tanto para o banco quanto para o cliente, uma vez que este último pode utilizar de uma única vez, ou de forma parcelada, a quantia colocada a sua disposição, enquanto por meio compensatórios (taxas, juros, tarifas) remunera a instituição financeira que lhe concedeu tal benefício. Entendemos, pois, que os valores postos a disposição ao cliente, só serão efetivamente creditados no momento em que forem utilizados.

Nestes contratos, como vimos, 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 o crédito disponibilizado.

O contrato de abertura de crédito segundo Maria Helena Diniz (1998:509) poderá se classificar como *a descoberto*, se o banco pela confiança que lhe inspira o cliente, a conceder baseado no crédito pessoal do devedor, considerando suficiente, como garantia o seu patrimônio, ou *garantida*, se o banco exigir penhor, hipoteca, retenção de valores, caução, fiador ou avalista. É contrato cumulativo, a medida que o banco ao conceder o crédito, e o cliente o utilizar deste benefício deve remunerar o primeiro com os encargos contratualizados.

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.

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A noção de responsabilidade encontra-se presente desde os tempos mais longínquos. Desde antigas codificações catalogadas, anteriores à civilização mediterrânea, encontramos citações 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. O anseio de obrigar o agente causador do dano a repará-lo se inspira nos mais estritos princípios de justiça, segundo Silvio Rodrigues (2000:4): “De acordo com o princípio tradicional, desde que haja culpa, ainda que levíssima, deve o agente indenizar integralmente a vítima. *In lex Aquilia et levíssima culpa venit.*” O Brasil, hoje, adota tanto a responsabilidade objetiva quanto a subjetiva, o que vai depender da questão a ser regulada.

Nos aponta a ilustre Maria Helena Diniz (1998:34):

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 nossa existência, é o que podemos 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 causando o desequilíbrio das relações, e fazendo com que o Direito intervenha por meio das sanções para promover a harmonia no seio social.

Tendo em vista o restabelecimento da paz social em detrimento do caos criado pela violação de um direito e conseqüente responsabilização do agente causador do dano é que o tema responsabilidade civil se mostra de grande relevância para este estudo.

Novamente Maria Helena Diniz (1998:3) 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, deve ser invocado os princípios que resultam no dever responsabilizar.

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”.

Segundo Laila Ferreira Chaib (2005:1) “O fundamento da responsabilidade civil é de que todo dano deve ser reparado. Assim, uma responsabilidade civil quando bem aplicada, torna-se um instrumento poderoso na valorização ética do ser humano”.

Para Nelson Nery Júnior (2005:266):

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 devemos 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

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

A insigne Maria Helena Diniz (1998:35) elenca como pressupostos fundamentais: a ação, o dano moral ou material e o nexo de causalidade entre o dano e a ação. Já o mestre Sílvio Rodrigues (1999:14) 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 podemos 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 n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor – será discutida profundamente no próximo capítulo.

Abordaremos neste momento os pressupostos elencados por Sílvia Rodrigues (1999:14), por entendermos que para um estudo mais completo do tema os quatro pressupostos são necessários para compreensão deste trabalho.

São pressupostos da responsabilidade civil (subjéitiva):

- 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

Tanto a ação quanto a omissão são comportamentos humanos voluntários (conduta) que produzem consequências jurídicas.

Partimos do pressuposto de que o agente causa danos a outrem através de ato comissivo ou omissivo. Então, a responsabilidade do agente pode defluir de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob sua responsabilidade, bem como de animal ou coisa sob a responsabilidade do mesmo.

Para Laila Ferreira Chaib (2005:1):

Ato comissivo é aquele no qual, o agente pratica uma ação (*facere*), seja lícita ou ilícita, dependendo do caso concreto. Já o ato omissivo, importa na abstenção, inércia, negligência (*non facere*) do agente em relação a um fato, em que o mesmo deveria agir, realizar.

Preceitua a insigne Maria Helena Diniz (1998:37) conceitua 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 Celso Delmanto (2004:19): “**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 certas situações, que são excludentes da responsabilidade, também excluem o dever de reparar. 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. Maria Helena Diniz assim explica o ato ilícito (1998:35):

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 analisarmos 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. Segundo Laila Ferreira Chaib (2005:1) exemplificando o caso dos amentais ou dos menores, pois a questão tratada aqui é a de estabelecer a conexão entre a culpa e a imputabilidade.

Concluimos, assim, que o dever de indenizar deriva de uma ação ou omissão do agente, que viola 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 a consecução do fim ilícito. A culpa, *stricto sensu*, é a falta de cuidado na observância das normas de conduta. O agente atua simplesmente em desacordo com a norma, sem observá-la. Ele não tem a intenção de violá-la, mas o resultado de sua conduta é previsível e o resultado danoso é verificado.

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 resumir, segundo Silvio Rodrigues (2000:16) que em caso de culpa “o gesto do agente não visava causar prejuízo a vítima, mas de sua atitude negligente, de sua imprudência ou imperícia resultou um dano para ela”.

A culpa se exterioriza das seguintes formas, segundo Celso Delmanto (2004:18):

- a) *negligência*: a omissão, falta de precaução e cuidado no agir;
- b) *imprudência*: prática de ato perigoso, e;
- c) *imperícia*: a falta de conhecimentos especializados ou alguma habilitação para a execução de arte ou profissão.

Temos ainda a classificação da culpa segundo a sua gravidade, conforme a maior ou menor previsibilidade do resultado e da maior ou menor falta de cuidado por parte do agente:

- 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.

Encontramos também, conforme outra classificação de culpa: 1. *in vigilando*, caracterizada pela culpa de quem tem algo sob sua guarda ou responsabilidade e lhe falta com cuidado; 2. *in eligendo*, que deriva da má escolha do preposto, por total negligência e cuidado cautelatório em eleger-lo; 3. *in custodiendo*: é a culpa em que o agente atua sem o cuidado necessário em relação à coisa ou animal que está sob sua custódia.

2.1.4 Dano

A questão da responsabilidade civil não se completa se não houver dano a outrem, o que o torna fator essencial na formação do dever de reparar o prejuízo causado.

Como assevera Laila Ferreira Chaib (2005:2): “Não é passível 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 (2000:4): “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”.

Para Silvio Rodrigues (2000:187): “Indenizar significa ressarcir o prejuízo, ou seja, tornar indene a vítima, cobrindo todo o dano por ela experimentado”.

Ao debatermos o pressuposto do dano, temo-nos que referenciar a respeito do dano moral e do dano material.

Quanto a indenização dos danos morais, assevera Clayton Reis (2000:7):

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 conseqüência, uma exata equivalência com a perda sofrida pela vítima.

2.1.4.1 Dano Material

O dano material é aquele que tem repercussão diretamente no patrimônio da vítima da conduta ilícita. A matéria é pacífica e menos passível de discussão uma vez que os danos materiais podem ser medidos.

A indenização para atingir todo seu esplendor deve atender a todo o efetivo prejuízo suportado, além de repor os lucros cessantes, tornando indene a vítima, recompondo toda a extensão do dano material sofrido, conforme entendimento do artigo 402 do Código Civil.

O dano material segundo Maria Helena Diniz (1998:61):

(...) 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 (2000:8):

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

Como podemos 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.

Podemos conceituar *dano emergente* (positivo) como aquele que reduz, de imediato, o patrimônio daquele que suportou o prejuízo e *lucro cessante* (negativo) representa tudo o que a vítima deixou de auferir em razão do dano.

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 retorno 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

Em nosso ordenamento jurídico, 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 de espírito da pessoa acometida pelo ato ilícito, atingindo seu sentimento, decoro, ego, honra, *i.e.*, tudo que não possui valor econômico, mas que diretamente causa dor e sofrimento a vítima.

No dizer do magistrado Clayton Reis (2000:2): “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 inclito julgador (2000:2):

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 tratarmos 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 podemos esquecer que o abalo de crédito também gera o indenização por danos morais, tanto das pessoas físicas quanto das pessoas jurídicas, por compor o patrimônio dessas pessoas, porque este abalo atinge diretamente o conceito de pessoa honrada, colocando em dúvida o crédito da vítima, abalando por demais seu prestígio e idoneidade.

Devemos 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 torna, 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 (2000:68), tem o magistrado papel fundamental:

O destaque para a função do juiz na fixação do *quantum* a ser indenizado é consequência 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 a 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 Maria Helena Diniz (1998:92):

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 consequência 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.

Com razão nos explicita Laila Ferreira Chaib (2005:2):

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.

Explícita, ainda, Celso Delmanto (2004:21): “O nexo 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”.

Veremos, ainda, neste Capítulo os motivos excludentes do nexo causal e por consequência, excludentes da própria responsabilidade, sendo, assim, causas excludentes do dever de reparação.

2.2 Responsabilidade contratual e extracontratual

Em nossas 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, dizemos 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. Entretanto, temos o elemento culpa como foco central nos dois tipos de responsabilidade ora em análise.

No caso de responsabilidade contratual o agente irá reparar o dano causado em desacordo com o pactuado. Porém, como iremos ver mais adiante há exceções, donde existirão contratos com cláusula expressa em que um dos contraentes suportará, sozinho, os encargos, independentemente de quem causar o dano.

Já na responsabilidade extracontratual temos o dano resultante de um inadimplemento imposto pela norma onde até então não existia vínculo algum preexistente entre as partes.

De acordo com Sílvio Rodrigues (1999:10):

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 Nelson Nery Júnior existem algumas cláusulas gerais extraídas do Código Civil brasileiro que regem a responsabilidade civil extracontratual (2004:267):

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 vimos, a culpa é o elemento central na teoria da responsabilidade subjetiva, onde a vítima tem que demonstrar a conduta culposa do agente para ter satisfeito o seu direito à reparação.

Como bem observa Laila Ferreira Chaib (2005:2) “(...) 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”.

Na responsabilidade objetiva a reparação do dano está ligada a ocorrência dos seguintes pressupostos: a ação, um dano e um nexo de causalidade, sendo que o elemento culpa não é observado, tendo em vista a incidência da teoria do risco profissional.

Movido pelos ditames da justiça e atendendo as necessidades dos novos tempos o atual Código Civil Brasileiro foi audaz e inovou no que diz respeito ao tema e trouxe em seu bojo a regra da responsabilidade objetiva. É o que transcrevemos do seu artigo 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 iremos discorrer sobre a responsabilidade civil dos bancos em reparar o cliente/correntista pelo pagamento de cheque falso ou falsificado, relembramos 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

Embora uma pessoa proceda de determinada forma que, *a priori*, lhe seja atribuído o dever de indenizar, existem alguns casos em que a mesma não será obrigada a reparar o prejuízo causado. São as chamadas excludentes de responsabilidade que passaremos a examina-las.

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 circunstâncias.

Conforme bem descreve Laila Ferreira Chaib (2005:2) sobre o caso fortuito e a força maior:

Consequentemente são fatos necessários, porém, imprevisíveis e inevitáveis. Contudo, há momentos em que o evento pode ser previsto, mas não evitado isso denota a importância dos dois requisitos para configuração da exclusão da responsabilidade, seja do caso fortuito, seja da força maior

Maria Helena Diniz (1998:96), 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.

Sílvio Rodrigues (1999:174), 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.

Podemos concluir que, se a responsabilidade se fundar na culpa (subjetiva), necessário apenas o caso fortuito ou a ocorrência de força maior para excluí-la; mas, no caso da

responsabilidade ser fundada no risco (objetiva), somente o caso fortuito não será o bastante para exonerar do dever de indenizar.

Em conformidade com Nelson Nery Júnior (2004:268):

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, que influi diretamente na ocorrência do dano.

Para Sílvio Rodrigues (1999:170) 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. Afirma, ainda, o mestre (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. Cumprir-lhe assegurar a reparação do dano causado sempre que possível”.

Enquanto o reflexo desta excludente no campo da responsabilidade contratual é mais nítido, no campo da responsabilidade extracontratual, Sílvio Rodrigues (1999:173) pondera:

Também no campo da responsabilidade aquiliana o fato de terceiro pode apresentar-se como causa exclusiva do evento danoso; em tal hipótese, a inexistência de relação de causa e efeito entre o fato causador direto do dano e o prejuízo experimentado pela vítima exonera aquele do dever de reparar. Para que isso aconteça, entretanto, é mister que a ação do terceiro seja imprevisível e inevitável, e que o indigitado responsável não tenha concorrido com qualquer parcela de culpa.

Para Maria Helena Diniz (1998:96):

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.

2.4.3 Culpa Exclusiva ou Concorrente da Vítima

A culpa exclusiva da vítima exclui o dever de indenizar, justamente porque o seu acontecimento impede a formação do nexo de causalidade, tendo como consequência, o fato da vítima arcar com todos os prejuízos sofridos.

Da mesma forma, aponta Sílvio Rodrigues (1999:165) ao afirmar 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, encontraremos casos em que a culpa da vítima é concorrente, ou seja, a conduta tanto da vítima quanto do agente concorreram para a ocorrência do dano.

Porém, no caso de culpas concorrentes, se o prejuízo foi causado por atos independentes das partes, cada um responderá pelo dano causado, na proporção em que concorreram para a efetivação de sua ocorrência.

Neste último caso 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.

Ambos são casos de mitigação do dever de indenizar em decorrência da conduta da própria vítima no evento danoso.

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.

Apesar de causar lesões a direitos de outrem, a conduta do agente neste estado não é ilícita, uma vez que por motivo legítimo estabelecido em lei, a própria norma jurídica lhe retira a qualificação de ilícito.

Segundo Maria Helena Diniz (1998:357) “O estado de necessidade consiste na ofensa do direito alheio para remover perigo iminente, quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário e quando não exceder os limites do indispensável para a remoção do perigo”.

De acordo com o Código Penal, em seu art. 24, e artigo 188, II, 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 Celso Delmanto (2004:47): “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 bebe em sua fonte.

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 nossa lei substantiva civil traz em seu artigo 188: “Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”.

Podemos conceitua-la como a reação imediata à ameaça iminente ou agressão atual a direito próprio ou de outrem.

Já Nelson Nery Júnior (2004:284), nos dá 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.”

Nesta hipótese de excludente de responsabilidade se o agente com uso moderado dos meios necessários repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu de outrem, legítimo será o prejuízo causado pelo autor ao ofendido, não acarretando, assim, qualquer caso de reparação.

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.

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 sociais, morais e religiosas não podem ser levantadas para efeito de escusa.

Para Nelson Nery Júnior (2004:282): “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”.

Segundo Laila Ferreira Chaib (2005:2): “(...) podemos 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 Celso Delmanto (2004:45):

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 considera-lo ilícito penal.

Entretanto, devemos 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

O estrito cumprimento do dever legal também é causa de excludente da responsabilidade, passamos a analisa-la.

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 Celso Delmanto (2004:45): “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.

Lembramos, ainda, 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 nítida origem constitucional, conseqüentemente, direito fundamental e princípio macro, que ordena toda a 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, relembremos 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.5.º (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 e defesa do 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 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, não são diretamente os consumidores envolvidos na relação, mas que também sofrem com o aparecimento de um defeito no produto ou no serviço prestado.

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

Art. 2.º. 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.

Vemos, assim, 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.

Podemos conceituar fornecedor como toda pessoa física ou jurídica que oferta produtos ou serviços mediante remuneração.

Já produto é todo e qualquer objeto de interesse na relação de consumo, contanto que tenha valor econômico para perfazer a relação jurídica e ser protegida pela legislação consumerista.

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

Discute a doutrina a modificação da denominação produto por bem, já que esta é mais abrangente que aquela. Segundo Inajara de Assis (2004:8): “Não há razão prática para modificação, pois a denominação ‘produto’ não tem gerado dificuldades na aplicação concreta do microsistema normativo”. Para que não fique dúvidas devemos entender bem como gênero do qual produto é espécie.

No que diz respeito a serviço, o Código de Defesa do Consumidor assim o conceitua, em seu art.3.º, § 2.º, *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”.

Devemos entender que a característica principal na definição de serviço é a sua onerosidade. Assim, esclarece Inajara Assis (2004:9): “Conclui-se que todo serviço feito gratuitamente não é regido pelo Código de Defesa do Consumidor, porém deve-se atentar para os serviços a título gratuito, que por uma estratégia de marketing estão sendo oferecidos gratuitamente ao consumidor”.

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

Como evidencia em sua redação (art.4.º, I) o Código de Defesa do Consumidor reconhece a vulnerabilidade do consumidor frente ao mercado de consumo, agindo em defesa daquele que é mais fraco na relação de consumo, criando e difundindo órgãos de proteção em seu favor.

O CDC em se tratando de responsabilidade civil do fornecedor de serviços, *in casu*, os bancos e demais instituições financeiras, adotou a teoria da responsabilidade civil objetiva (art.12, *caput*, e 14, *caput*), sendo que poderá o fornecedor de serviços se eximir da responsabilidade alegando e comprovando um dos fatos alegados no § 3.º do artigo 14.

Conforme Laila Ferreira Chaib (2005:4): “Ao tratar da responsabilidade civil do fornecedor, o legislador adotou a teoria da responsabilidade civil objetiva, com culpa de todo dispensável ou prescindível”

A responsabilidade civil pertinente às relações de consumo será a chamada, responsabilidade por culpa presumida; é o que podemos 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.

Outra grande alteração trazida pelo Código de Proteção ao Consumidor foi a introdução do princípio da inversão do ônus da prova, que se encontra inserida em seu artigo 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.”

Em função da vulnerabilidade do consumidor deve-se inverter o ônus da prova, já que o artigo 333 do Código de Processo Civil reza que o ônus da prova cabe a quem alega, transferindo para o réu o dever de apresentar as provas que possam excluir sua responsabilidade.

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

3.1 Do cheque

Podemos dizer que as operações bancárias tornaram-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 encontrarmos pessoas que não utilizem destes produtos nos seus afazeres diários e o grande instrumento que permite estas transações é o cheque.

A grande utilização do cheque em transações diárias na vida das pessoas é facilmente explicada pela facilidade com que este título de crédito mobiliza determinados valores monetários.

Para o ilustre jurista Rubens Requião (1998:430):

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 corrente do país, 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 (art.32, Lei n.º 7.357/85), emitida pelo sacador em desfavor do sacado (banco, ou instituição financeira que lhe seja equiparada), ficando esta obrigada a pagar ao beneficiário do título o seu valor, tendo, para tanto, fundos disponíveis a serem compensados.

Fábio Ulhoa Coelho (2005:120) 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 n.º 7.357, de

02 de setembro de 1985 (LC), que dispõe sobre o cheque e dá outras providências, reza em seu artigo 1.º, 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 Rubens Requião (1998:432):

Sendo o cheque um título formal, está revestido de requisitos que a lei lhe impõe. São os requisitos essenciais que acima enunciamos. 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. 3.º 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 artigo 51, da Lei n.º 4.728 de 14 de julho de 1965, que regula e disciplina o mercado de capitais e, 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 principal objetivo o de representar seus interesses junto aos órgãos públicos e privados. A Associação tem atuação em todo o Brasil, não possuindo segundo seus estatutos fins lucrativos, sempre abordando temas que levem a valorização do cheque como forma de pagamento e crédito direto ao consumidor, conforme informações do site da Associação, 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, torna-se indispensável a necessidade dos que perfazem tal relação, acreditar na autenticidade de documentos, dentre outros.

Apesar de todo apoio tecnológico, com a larga utilização da informática, não raro somos sabedores dos danos causados à clientes em decorrência do mal funcionamento dos serviços bancários e do grau de incerteza nas atividades bancárias que essas novas tecnologias proporcionam.

O pagamento de cheques falsos ou falsificados é um problema que atinge altos níveis de insatisfação por parte de correntistas 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."

Nosso Código Penal, 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 tipo de 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 nos ensina o mestre Julio Fabbrini Mirabete (2000:209) 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.

De uma forma mais abrangente podemos entender como documento qualquer instrumento capaz de representar um significado compreensível de algo. 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 o é. 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 vimos 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.2.º, I e II), são eles: o lugar do pagamento e o lugar de emissão do cheque.

Já na segunda conduta, 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 encontrarmos 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.

Neste tipo de caso a falsificação ocorre com os cheques roubados, furtados ou mesmo perdidos, em que os agentes fraudadores falsificam as assinaturas dos titulares, v.g., com cheques não preenchidos, ou ainda, falsificam os valores para maior quando os cheques já estão preenchidos, mas dão margens a alterações.

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 tornem passíveis de serem alterados quaisquer dados, evitar rasuras, controlar sempre sua movimentação na conta, procurar guardar com zelo o talão de cheques, preencher sempre que possível os cheques nominalmente e cruzados para depósitos.

No entendimento de Celso Delmanto (2004:586):

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.

Entretanto, nas duas condutas tipificadas é imprescindível que o falso seja idôneo para enganar um indeterminado número de pessoas, pois se o falso for grosseiro não irá trazer perigo a fé pública.

Para Celso Delmanto (2004:587) “Se os títulos forem falhos quanto aos seus requisitos essenciais, não poderão ser equiparados a documento público”.

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

(...) 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.

No caso de clonagem manual os agentes utilizam uma folha de cheque verdadeira e simplesmente apagam o nome e números originais dos documentos do titular da conta e os 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

fraudador utiliza a impressão digital de folhas de cheque em nome de correntistas, procedimento este realizado muitas vezes em gráficas off-set clandestinas, ou até mesmo por meio de formulário próprio em branco levado de algum banco ou correlato.

Com perfeição Arnaldo Marmitt (2005:251) 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 do cheque perdido ou furtado, para então abrigarem outros números alterados. Outro golpe novo é o da caneta que apaga, onde pessoa estranha oferece este tipo de caneta para preenchimento do cheque e depois espera para poder facilmente apagar com uma borracha o que estava escrito e alterar os dados. Mas, 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 tem como objetivo regular as relações de consumo, devendo para tanto, recair também sobre os contratos bancários. Conforme determinação legal, 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. 2.º e 3.º), incluindo as de natureza bancária ou financeira.

Como já afirmamos 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 uma 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.

A definição do conceito de consumidor, elaborada pela Lei n.º 8.078/90, sejam das pessoas físicas como das jurídicas, que fazem uso dos serviços bancários, não nos deixa qualquer tipo de polémica, já que por disposição legal, assim entendeu o legislador consumerista, de defini-los nos artigos 2.º, 3.º, *caput*, § 2.º, como consumidor, fornecedor e serviços, respectivamente.

Se a incidência da legislação protecionista se dá basicamente pela utilização do consumidor dos serviços prestados pelos bancos e demais instituições financeiras, não há o que se questionar quando estas entidades utilizam de práticas abusivas em face da parte mais vulnerável desta relação. Concebe-se, plenamente, a proteção dada ao consumidor, mesmo quando não se percebe desde logo quais as normas a serem aplicadas no caso concreto.

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.

O que deve nos ficar claro é que os bancos e demais instituições financeiras prestam serviços ao consumidor, que em sua maioria figura como correntista, ou com outra figuração, de acordo com o contrato de adesão celebrado, e que as leis de proteção ao consumidor se aplicam a estas instituições.

Quanto a emissão de cheques, já vimos 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 encontrarmos 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.

Segundo Adriana Carvalho Pinto Vieira (2001:1):

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a defesa do consumidor passou à condição de garantia fundamental (art. 5º., inciso XXXII). 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.

É o que estabelece o artigo 14 do CDC, *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 noticiamos são constrangimentos e irritações e empobrecimento de cidadãos que são lesados com a falsificação de cheques.

Para Adriana Carvalho Pinto Vieira (2001:1): “O banqueiro, como todo outro profissional, responde contratualmente perante a sua clientela pelas suas faltas e deficiências, mesmo identificadas como leves. Pois, não há dúvida de que os bancos assumem obrigação de guarda e vigilância”.

No balizado ensinamento de Arnaldo Marmitt (2005:251), quanto as 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, segundo Adriana Carvalho Pinto Vieira (2001:1), estando esteada numa proteção legal baseada no dispositivo constitucional (CF, art.5.º, 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.

Vários doutrinadores definiram contrato bancário anteriormente, considerando-os, assim, como bancários aqueles contratos cuja função econômica se relacionam com o conceito jurídico de atividade bancária, preceituado no art.17 da Lei nº 4.595/64 - LRB.

Os contratos bancários têm como características principais: a onerosidade, visto que contém uma contraprestação remuneratória; de adesão, por conter regras amplas e despersonalizadas; bem como a habitualidade e o grau de profissionalismo com que é prestado, uma vez que as instituições cada vez mais buscam aperfeiçoar a prestação de serviços.

Já vimos 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 analisam 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.

Nos contratos de adesão inexistente negociação prévia entre as partes a respeito das cláusulas que estão sendo contratadas. Em relação aos contratos bancários é certo que as diretrizes do negócio são impostas pela instituição financeira, parte mais forte da relação de consumo, não restando outra opção ao futuro cliente que senão aceitar e aderir em todos os seus termos.

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 n.º 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.

Preleciona Adriana Carvalho Pinto Vieira (2001:1):

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. 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.

Em excelente lição, o eminente Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2003:15):

- 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.

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”.

Daí porque devem ser interpretados tais contratos com maior critérios 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 das partes prévia negociação ou confrontações, não há debates e muito menos 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, mas todas as demais normas infraconstitucionais de proteção incidem nos contratos ditos bancários, tendo por objetivo coibir os excessos criados pelas instituições financeiras causando danos ao cliente/consumidor.

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 que o cliente não tem como se escusar.

3.3.2 Da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor

Na relação consumidor x fornecedor o Código de Defesa do Consumidor parte do pressuposto de que há desigualdade nesta relação, em que o consumidor está em situação de vulnerabilidade.

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 n.º 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 CDC, 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.

Somos favoráveis 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 de serviços, especialmente contemplados no art. 3º, parágrafo segundo, 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 (teoria do risco)

Como vimos no Capítulo II, a responsabilidade civil no Código Proteção e Defesa do Consumidor tem natureza extracontratual, onde o dever de indenizar deriva do risco a que o agente assume ao exercer determinada atividade que poderá ou não acarretar em dano.

Nesse sentido Laila Ferreira Chaib (2005:4):

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 econômico resultante das mesmas.

A Súmula n.º 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.”. A atuação do Supremo foi no sentido de pacificar e orientar o entendimento de presunção relativa, *iuris tantum*, onde a responsabilidade do estabelecimento bancário pode ser excluída ou reduzida, de acordo com a comprovação que se fizer em relação à culpa exclusiva ou concorrente do cliente/correntista.

Já afirmamos que 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.

Para Sílvio Rodrigues (1999:259) a adoção da teoria da responsabilidade objetiva tendo o risco profissional como base tem suas conseqüências:

A admissão de uma responsabilidade estribada no conceito de risco profissional se apresenta como extremada, pois implica a adoção de uma responsabilidade objetiva, inspirada na idéia de que, se da atividade especulativa do banqueiro resulta prejuízo para seu cliente ou para terceiro, aquele deve repará-lo.

Ora, se o risco se destaca como uma das características da exploração da atividade econômica, correlacionamos a adoção, pelo Código de Defesa do Consumidor da teoria da responsabilidade objetiva, tendo em vista a não exigência de qualquer modalidade da culpa, 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 Nelson Nery Júnior (2004:267):

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.

Os bancos e demais instituições financeiras, tidas como fornecedores, nos termos da Lei 8.078/90, se propõe a explorar atividade de risco. Se as transações bancárias, por movimentarem vultuosas quantias em dinheiro ou crédito eram objeto dos mais diferentes tipos de fraudes, nos tempos atuais, com o desenvolvimento dos sistemas de informação, diuturnamente estas pessoas buscam violar a segurança dos bancos para cometer ilícitos. E, quem se propõe a explorar a atividade econômica em favor do lucro, deve suportar todos os danos decorrentes da exploração.

Em brilhante conclusão Adriana Carvalho Pinto Ferreira (2001:1):

Qualquer atividade de natureza bancária, financeira, de crédito ou securitária suas relações jurídicas estão reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor. Portanto, seguem os requisitos determinados por este *codex*. Os abusos decorrentes da relação entre os consumidores e fornecedores de serviços destas instituições, têm como amparo a teoria objetiva da responsabilidade civil, ou seja, a culpa é presumida.

Diante de uma situação como esta não pode o cliente/consumidor ser responsabilizado pelos danos sofridos, pois, o dever de indenizar decorre do exercício da atividade remuneratória dos bancos.

Nossa jurisprudência 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. Esse é o entendimento firmado em acórdão pelo 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).

Por isso afirmamos que ao se adotar a teoria do risco profissional nos casos acima aludidos, atuamos de forma justa, pois como bem já frisamos, 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 esquecermos 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

Como vimos no Capítulo II, item 2.1, os pressupostos da responsabilidade civil são: a *ação* ou *omissão* do agente; a *culpa* (tratando-se de responsabilidade subjetiva); o *dano* – prejuízo sofrido pela vítima e o *nexo de causalidade* entre a conduta do agente e o evento danoso. Necessariamente, seja na responsabilidade subjetiva ou na objetiva, deverá ocorrer um dano experimentado pela vítima.

O simples dano causado ao cliente/consumidor na prestação de serviços bancários deve ser ressarcido pelos bancos em decorrência do risco inerente a sua atividade econômica, *in casu*, aplicando-se a teoria da responsabilidade objetiva.

Não cabe aqui dissertarmos 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.

Preceitua o artigo 6.º, 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;”. É, sem dúvida, a melhor política de consumo adotada, pois obriga as empresas fornecedoras – os bancos – a reparar os danos causados aos clientes em toda sua amplitude.

No exercício regular da atividade bancária as instituições devem tomar cuidados mínimos para que não causem prejuízos aos clientes, como por exemplo a obrigação de conferência da veracidade do documento cambiário objeto deste estudo, e a certificação da autenticidade das assinaturas apostas aos referidos títulos, 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 Marco Zenóbia Soares (2002:30):

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 (2002:44):

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.

A cerca do tema se posiciona Silvio Rodrigues (1999:261): "Nesse caso parece evidente que compete ao banco arcar com os prejuízos, pois foi ele a vítima do crime. Sua condição de depositário impõe tal solução"

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.

Neste sentido segue vasta jurisprudência dos nossos Tribunais:

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.Civ. – 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 inerente ao risco de sua atividade, porém, frente a algumas formas de isenção de responsabilidade ela é mitigada, principalmente, no que diz respeito às cláusulas de exclusão da responsabilidade dos fornecedores de serviços.

Afirma Nelson Nery Júnior (2004:268):

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 artigo 14, § 3º, da Lei 8.078/90 trata dos casos em que a responsabilidade civil dos fornecedores de serviços é excluída. Às formas de exclusão da responsabilidade civil 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, entretanto, abordaremos as causas que tem relação direta com o dever de indenizar dos bancos.

3.6.1 Cláusula de não indenizar

Podemos dizer que a cláusula de não indenizar possibilita as partes contratantes convencionar que uma delas não se responsabilize pelos danos que por um infortúnio vierem a acometer a outra, ficando totalmente imune ao fato causador do dano.

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 prévia, convencionada ao direito de pedir reparação.

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

Ponto de vista semelhante encontramos com Sílvio de Salvo Venosa, (2005:358):

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.

No campo do direito civil, levando em consideração a igualdade das partes ao contratar, podemos aceitar a inserção da cláusula de não indenizar em benefício de uma das partes; mas, tratando-se de relações de consumo, onde a parte mais vulnerável não tem como discutir as regras contratuais, tendo apenas que aceitá-las, a existência de cláusula que exonere o fornecedor de serviços da incumbência de ressarcir possíveis danos é no mínimo um contra-senso.

Segundo o próprio Código de Defesa do Consumidor (art.51, I), as cláusulas que delimitam o dever de indenizar são nulas de pleno direito, excetuando-se, justificadamente, o caso de o consumidor ser pessoa jurídica, pois a pessoa física ou natural jamais se admitirá a existência da presente cláusula:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

Quanto a cláusula de não indenizar nosso Código consumerista, prescreve em seus artigos 24 e 25, respectivamente:

Art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expreso, vedada a exoneração contratual do fornecedor.

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuem 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 os bons costumes.

Para Laila Ferreira Chaib (2005:4):

Com este esclarecimento, não nos 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 C.D.C, afinal, a responsabilidade consumerista possui natureza puramente extracontratual e objetiva.

É imperioso reafirmar que a cláusula de não indenizar jamais será admitida se conflitar com a lei, ordem pública e bons costumes, pois a vontade individual não prevalecerá nestes casos.

3.6.2 Culpa exclusiva do cliente

Como vimos, a Súmula n.º 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, § 3.º, 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, que poderá falsificar facilmente sua assinatura; aquele que não informa em tempo hábil a instituição financeira o furto ou roubo do seu talonário de cheques para que este proceda a suspensão do pagamento do cheque, ou mesmo, aquele que não age com o cuidado mínimo necessário e deixa aleatoriamente seu talão de cheques em qualquer lugar.

Já decidiram 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).

RESPONSABILIDADE CIVIL - BANCO - CHEQUES ADMINISTRATIVOS ENTREGUES PELO CORRENTISTA A GOLPISTAS - FALSIFICAÇÃO DOS ENDOSSOS – CULPA EXCLUSIVA DO CORRENTISTA - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 28 DO STF - RESPONSABILIDADE BANCÁRIA DESCONFIGURADA - APELO DESPROVIDO. Age com culpa exclusiva o correntista que deixa-se iludir por terceiros, golpistas, entregando-lhes cheques administrativos que foram pagos pelo banco, não obstante a falsificação nos endossos, não tendo sido grosseira a falsificação e sendo tardia a comunicação ao banco para sustação do seu pagamento, não podendo por isso ser este responsabilizado, segundo inteligência da Súmula 28 do STF. (AG 428922. Relator(a) Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO. Data da Publicação. DJ 12.03.2002).

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 para a ocorrência 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 para que terceiros, intencionalmente, terminem de completá-lo, alterando seus valores; ou mesmo do correntista que facilita o acesso do seu talonário ao agente fraudador. Senão vejamos nossa jurisprudência:

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 tomou 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 CDPriv. – Rel. Des. Yussef Cahali – J. 29.07.1998)

Tanto nas hipóteses de exclusão da responsabilidade por culpa exclusiva ou concorrente do cliente, estes devem ficar atentos 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 para depósito.

3.6.4 Prescrição

O instituto da prescrição proporciona um certo grau de segurança nas relações jurídicas, possibilitando que o exercício da ação tenha prazo determinado. É matéria de ordem pública, que determina a perda do direito de ação pelo decurso de lapso temporal em razão da inércia do seu titular.

Maria Helena Diniz (1198:245): “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 nosso direito 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 05 (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.

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, chegamos a estas conclusões:

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 excluída ou rateada, caso consiga provar o grau de culpa do cliente na ocorrência do dano, 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 adoção 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 pagado 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**. São Paulo: Rideel, 2004.

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

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

CHAIB, Laila Ferreira. **A responsabilidade civil dos fabricantes e fornecedores de produtos farmacêuticos**. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 566, 24 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6207>>. Acesso em: 10 out. 2005.

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**. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. vol. 7. 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., São Paulo: Atlas, 2000.

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**. São Paulo: Vale do Mogi, 2002.

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

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil : responsabilidade civil**. vol. 4. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

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. 2. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto. **Responsabilidade dos estabelecimentos bancários**. In: *Âmbito Jurídico*, mar/2001. disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dconsu0025.htm>>. Acesso em 20 out. 2005.