

UNIVERSIDADE GAMA FILHO

Alexandre Elias Ferreira

Teoria do Risco e a Responsabilidade Objetiva nos Serviços Bancários à luz da
Despatrimonialização do Direito Obrigacional.

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Área de Concentração:

Estado, Direito e Cidadania

RIO DE JANEIRO/2006

UNIVERSIDADE GAMA FILHO

Teoria do Risco e a Responsabilidade Objetiva nos Serviços Bancários à luz da
Despatrimonialização do Direito Obrigacional.

Por:

Alexandre Elias Ferreira

Dissertação de Mestrado apresentada na
Universidade Gama Filho como parte dos
requisitos para obtenção do título de Mestre em
Direito.

Orientador: Professor Doutor
Guilherme Calmon Nogueira da Gama.

JANEIRO/2006

AGRADECIMENTOS

À Universidade Gama Filho e a seu grupo de professores, pelo curso de mestrado, que me proporcionou vislumbrar outra realidade acadêmica.

Aos amigos Hélio e Roger, pelo incentivo constante.

Ao Mestre e Orientador Dr. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, por ter-me ensinado ser orientador, pelo seu carinho, pela sua dedicação e por mostrar-me o verdadeiro significado de ser professor e ao mesmo tempo amigo.

Dedico este trabalho a Deus, sempre presente em minha vida, nos momentos mais árduos e mais alegres. Dedico, ainda, aos meus pais, Oswaldo e Marília, e, à minha irmã Raquel, pela formação de uma estrutura familiar que me faz vislumbrar a importância da busca da cultura como uma forma de aumentar minhas asas, para que eu possa alçar vôos maiores.

RESUMO

O presente trabalho busca evidenciar as transformações ocorridas no âmbito da responsabilidade civil, a partir de seu viés objetivo, tendo como ponto central a responsabilidade no campo bancário sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, especialmente em relação ao artigo 927, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro de 2002. A atividade bancária e a teoria do risco são focadas a partir da nova concepção de valores da sociedade, na evolução do próprio direito privado, onde ocorreu o desaparecimento dos marcos divisórios entre o direito em público e privado e a constitucionalização do direito civil, somando-se, ainda, a uma releitura dos princípios orientadores do direito civil. Um panorama da evolução da responsabilidade civil objetiva, mesmo que através de legislações especiais no decorrer do tempo, mostra a tendência da ampliação quanto a sua aplicação na realidade atual. A responsabilidade civil no campo bancário é vista sob uma perspectiva de que a atividade é lucrativa e envolve risco, e suas conseqüências em situações em que ocorram danos oriundos das operações habituais. Na ocorrência de danos, o cliente bancário se socorrerá na legislação consumerista e na legislação do Código Civil, focada no respeito à dignidade da pessoa humana, bem como na despatrimonialização das relações obrigacionais, que não atenta contra o desenvolvimento econômico, mas prestigia o homem, de tal forma que a responsabilidade objetiva e o risco caminham lado a lado; mas caberá ao intérprete e ao julgador o enquadramento do caso em concreto na norma legal, coibindo o erro e prestigiando a justiça.

**PALAVRAS-CHAVE: DIREITO CIVIL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA -
- SERVIÇOS BANCÁRIOS - TEORIA DO RISCO**

ABSTRACT

The present investigation seeks to give evidence of the transformations occurred within the area of civil responsibility, based on its objective traces, its central topic regarding the responsibilities in the banking area under the point of view of the Code for Defense of Consumers' Rights and the Civil Code, especially with respect to the single-clause no. 927 of the Brazilian Civil Code of 2002. Banking activities and the theory of risks are brought to focus under the angle of a modern conception of the social societies' values, based upon the evolution of the civil law itself, where have disappeared the marks of separation between public and civil law and the constitutionalization of civil law, in addition to a more timely interpretation of the guidelines of the civil law. A panoramic vision of the evolution the objective civil responsibility has undergone in the long run, even through special legislations, shows the tendency towards an amplification that occurred with respect to its application to our today's reality. The civil responsibility in the banking area is analyzed under the perspective that the activity is profitable, involving risks, and it includes the consequences that may occur in situations of prejudices originated during the current operations. In case of prejudices, the bank customer will appeal to the consumer's legislation and to the part of the Civil Code focusing on the respect for human dignity and on the reduction of the patrimonial character of binding relations, in a way that does not attempt against economic development but is giving prestige to the human being, so that the objective responsibility and the risks can walk side by side, but that it is left to the interpreter and to the judging instance to fit the concrete case into the legal norm, avoiding errors and favoring justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. PREMISSAS PARA O ESTUDO DO TEMA: CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL. DESAPARECIMENTO DA DIVISÃO DO DIREITO EM PÚBLICO E PRIVADO	12
1.1 DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO: INFLUÊNCIA DE OUTROS SISTEMAS	12
2. PRINCÍPIOS ORIENTADORES DO DIREITO CIVIL MODERNO	19
2.1. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE	19
2.2. PRINCÍPIO DO SOLIDARISMO SOCIAL	25
2.3. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA	26
2.3. FUNÇÃO SOCIAL DOS BENS DE PRODUÇÃO ORGANIZADOS SOB A FORMA DE EMPRESA	28
2.4. EFETIVAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS BENS DE PRODUÇÃO NA EMPRESA	30
3. O PAPEL DO JUIZ MODERNO E A RESPONSABILIDADE CIVIL	33
4. DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO CÓDIGO DE 1916	54
4.1. DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR ATOS LÍCITOS	56
4.2. RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR ATOS ILÍCITOS	57
5. DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA – EVOLUÇÃO LEGISLATIVA	59
6. TEORIAS DO RISCO E RESPONSABILIDADE CIVIL	67
6.1. TEORIA DO RISCO-PROVEITO	69
6.2. TEORIA DO RISCO PROFISSIONAL	70
6.3. TEORIA DO RISCO–EXCEPCIONAL	71
6.4. TEORIA DO RISCO – CRIADO	72
6.5. TEORIA DO RISCO-INTEGRAL	73
7. BANCOS E CRÉDITO BANCÁRIO	74
7.1. BANCOS E SUA FUNÇÃO ECONÔMICA	74
7.2. OPERAÇÕES BANCÁRIAS	76
7.3. CONTRATOS DE CRÉDITO BANCÁRIO	77
7.4. ADESIVIDADE NOS CONTRATOS BANCÁRIOS	79
8. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	82
8.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS RELAÇÕES DE CONSUMO	83

8.2. CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES BANCÁRIAS	86
8.3. DA APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS DE CRÉDITO BANCÁRIO	88
8.4. FATO DE SERVIÇO NAS RELAÇÕES BANCÁRIAS	94
9. RISCO E RESPONSABILIDADE OBJETIVA DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS	100
9.1. CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE	108
10. NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS	114
CONSIDERAÇÕES FINAIS – CONCLUSÃO	121
REFERÊNCIAS	126

INTRODUÇÃO

A partir de janeiro de 2002, o novo Código Civil, trouxe uma série de princípios informadores da legislação civilista, assumindo como alicerce de sua estrutura a socialidade, a efetividade e a eticidade.

Com as mudanças do Código e, anteriormente, com o texto da Constituição Federal de 1988, o Direito das Obrigações é visto sob um novo enfoque. O ser humano tornou-se o centro gravitacional, observando-se o direito à dignidade, às questões sociais e econômicas. Contrato e propriedade são vistos, nessa nova concepção, pelo seu aspecto social. Fala-se em despatrimonialização do Direito Privado, principalmente do Direito das Obrigações. Família, propriedade, contrato sofrem uma releitura, inclusive constitucional, à luz de preceitos insertos na Carta Magna.

O processo de abertura dos códigos rompe com a idéia do positivismo jurídico, que trabalha com a proposta de uma legislação exaustiva e enclausurada. O Código Civil de 1916, elaborado sob a inspiração do Estado Liberal burguês do Século XIX, ganha a perspectiva do Estado Social.

Cláusulas abertas, particularmente, no campo da responsabilidade civil, conferem ao aplicador do direito a efetividade tão necessária a mais adequada distribuição da justiça. As funções sociais dos contratos e da propriedade tornam-se questões de ordem pública e suscitam a formação de microssistemas em torno do Código, com vida própria e de forma interdisciplinar, inspirados não só em princípios de Direito Privado como também de Direito Público.

Tem-se aqui o foco na revisão da responsabilidade civil, centrando-se o estudo na questão relativa à responsabilidade civil objetiva na atividade de risco, com enfoque

especial em situações de risco, como é o caso de algumas atividades relacionadas aos serviços bancários.

A problemática gira em torno do enquadramento e definição das atividades de risco, ou, de ser viável o engessamento de situações como tipicamente de risco.

A nova visão da responsabilidade civil, aparentemente, busca uma releitura do mecanismo indenizatório sob os princípios norteadores do novo código. Nessa perspectiva, há uma alteração da principiologia da responsabilidade civil no campo do Direito Contratual e em situações onde não há qualquer pacto formulado entre as partes, onde não há mais o balizamento do paradigma liberal individualista, mas há uma visão econômica e social das relações jurídicas, em especial, nas situações que envolvam discussões patrimoniais e seus reflexos sociais.

Surge a teoria preceptiva, onde as obrigações oriundas dos contratos valem não apenas para as partes, mas geram reflexos para toda a sociedade, que tutela a situação objetivamente criada e as conseqüências econômicas e sociais dela decorrentes.

Sem dúvida, o modelo tradicional de contratos cede lugar às novas formas, como os contratos de adesão, propriamente no direito bancário, onde as relações jurídicas são realizadas de forma massificada, fruto da concentração industrial, comercial e financeira.

Com isso, essa nova realidade tem um custo, em especial nos meios empresariais bancários, e deve ser analisada de forma adequada na aplicação da responsabilidade civil, que tratará das várias situações derivadas desse contexto, particularmente, quando se trata de atividades de risco.

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor traz a responsabilidade objetiva empregada diretamente em situações de proteção e estancamento de abusos nas relações bancárias, mas, sobretudo, o enfoque na despatrimonialização do Direito das Obrigações.

Assim, é premente a construção e a consolidação da nova sistemática de responsabilidade, tudo para que o código de 2002, alicerçado em uma nova visão valorativa, seja efetivo, social e ético.

Será analisada a responsabilidade objetiva derivada dos atos lícitos e ilícitos; a responsabilidade objetiva presente na legislação esparsa; e será abordada a responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002, em especial no seu artigo 927, parágrafo único.

No trabalho serão abordados, com base no estudo da evolução da legislação, o sistema da responsabilidade no Direito Brasileiro, as normas vigentes, bem como as posições doutrinárias e jurisprudenciais em torno do campo da responsabilidade civil.

A metodologia utilizada foi baseada em ampla pesquisa bibliográfica e jurisprudencial em torno do tema da responsabilidade civil, especialmente quanto à responsabilidade objetiva e à teoria do risco.

Por fim, a partir dos argumentos trazidos nos capítulos anteriores ao longo da abordagem do tema, serão explicitadas as considerações finais e as conclusões.

1. PREMISSAS PARA O ESTUDO DO TEMA: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL. O DESAPARECIMENTO DA DIVISÃO DO DIREITO EM PÚBLICO E PRIVADO

1.1. DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO – INFLUÊNCIA DE OUTROS SISTEMAS

O Código Civil francês de 1804 e o Código Civil alemão de 1896 serviram de modelo para o direito civil brasileiro. O primeiro tem uma marca que o distingue, um selo que o caracteriza, qual seja, o individualismo liberal, que consagra o direito de propriedade como absoluto, o princípio da autonomia da vontade e a igualdade formal de direitos como a grande vitória jurídica da Revolução Francesa.

O Código alemão foi o mais perfeito resultado da ciência pandectística do século XIX. A ciência dos Pandectas é uma construção abstrata, conceitual e sistemática do direito privado alemão, tendo por base o direito romano justineânico, feito pelos juristas alemães do século XIX, calcado no método sistemático.

Tendência atual, mesmo que não uniforme, é o prestígio da codificação. Houve uma superação do processo histórico, e por que não dizer cultural, da necessidade de codificação, incentivando-se a confecção de códigos setoriais, temáticos, aptos a tratarem, isoladamente, matérias, de acordo com a abordagem da matéria enfocada.

Em matéria civil, no Brasil, vigoravam as Ordenações do Reino de Portugal, mesmo após a Independência. Em 1867, após a Independência do Brasil, Portugal passou a adotar o Código Civil inspirado no modelo francês.

As Ordenações do Reino perduraram até o Código Civil de 1916, estatuto elaborado por Clóvis Beviláqua com forte inspiração germânica. O modelo do Código Civil de 1916 baseou-se no modelo do BGB (*Burgerliches Gesetzbuch*), Código Alemão que já

vigorava desde 1900, o que levou a classificação germânica das matérias¹.

A Lei 10.406, de 10.01.2002, adota a mesma classificação germânica das matérias e o sistema de normas com proposições ou tipos "abertos", realizando-se a seguinte distribuição: *Parte geral*, com três livros: "Das pessoas", "Dos bens" e "Dos fatos jurídicos"; e *Parte especial*, abrigando o direito das obrigações (unificando as obrigações civis e comerciais, como já o fizera o Código Civil italiano de 1942), o direito de empresa (disciplinando as sociedades simples e empresariais), o direito das coisas, o direito de família e direito das sucessões.

Como já dito, o Código Civil de 1916 era marcado, particularmente nos contratos, pelo princípio da autonomia da vontade e sua força obrigatória, característica marcante do individualismo e personalismo do Código Civil Francês, mas que sofreu mitigação e relativização pela lei 10.406, onde o aplicador deve observar não o pacto de forma isolada, tratando-se o "*pacta sunt servanda*" como pacto soberano, mas a função social do contrato passa ser a vontade do legislador, inspirado em outros tempos, tempos socializantes e não mais individuais. A liberdade do pacto esbarra na função social do contrato.

Não se pode negar que, no fundamental campo da responsabilidade civil, o Código francês de 1804 foi suporte e modelo para o estatuto civil brasileiro revogado, sendo certo que a regra moral e paradigmática do "*neminem laedere*", segundo a qual a ninguém é permitido causar lesão a outrem, foi consagrada no seu art. 1.382, ao dispor: "*Tout fait*

1 "Lembre-se, apenas para efeito histórico, que a redescoberta do direito romano foi empreendida por três escolas: a) na Idade Média, pelos glosadores do Corpus Juris Civilis; b) na Idade Moderna, pelos iluministas franceses; c) na Idade Contemporânea, pelos pandectistas alemães. As elaborações de tais escolas refletiram-se na produção jurídica: à primeira escola devem-se as diversas ordenações do reino; o legado da segunda é o Código Civil francês ou Código Napoleão de 1804; e o resultado dos estudos da terceira é o Código Civil alemão de 1896, no original *Bürgerliches Gesetzbuch* ou simplesmente BGB. O Código Napoleão contém três livros desiguais: I – Das pessoas (arts. 1º a 515); II – Dos bens e das diversas modificações de propriedade (arts. 516 a 710); III – Das diferentes formas por que se adquire a propriedade (arts. 711 a 2.281). O BGB possui cinco livros: I – Parte geral; II – Obrigações e contratos; III – Coisas; IV – Família; V – Sucessões." (STOCO Rui, Responsabilidade Civil no Código Civil francês e no Código Civil Brasileiro (Estudos em homenagem ao Bicentenário do Código Civil Francês): *In Revista de Direito Civil*, nº 65, São Paulo: Revista dos Tribunais, 831 – janeiro de 2005 – 94º ano, p. 14).

quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer" (Qualquer fato oriundo daquele que provoca um dano a outrem obriga aquele que foi a causa do que ocorreu a reparar esse dano). A culpa como pressuposto da responsabilidade, acolhida no art. 159 do CC/1916, teve por inspiração o art. 1.382 do Estatuto francês.²

Com a própria alteração da sociedade, a partir do século XX, verifica-se nas Cartas políticas que há uma inserção de normas e princípios que estabelecem deveres sociais no seio da atividade econômica privada, começando a haver limites à autonomia privada, da propriedade e no que tange ao controle de bens.

Observa-se uma nova ordem constitucional, onde o Código civil perde seu “*status*” de Constituição de direito privado. As Constituições, gradativamente, passam a tratar de matérias antes reservadas apenas ao Código Civil, havendo assim a mudança de eixo, onde a autonomia da vontade deixa de ser argumento justificador para todo e qualquer pacto, cedendo lugar à função social da propriedade, à função social da empresa, aos limites da atividade econômica, à nova organização da família, à preocupação quanto ao indivíduo no âmbito social.

Nesse contexto, passaram a existir em torno do Código Civil microsistemas como, a título de exemplo, o dos títulos de crédito, o do inquilinato e o do consumidor – tema de especial relevância para o estudo da responsabilidade objetiva, que, mesmo comparados a satélites, possuem vida própria. E essa característica de existência isolada está inspirada em princípios de direito privado e público.

É comum a afirmação de que, no ponto central do sistema, existe a própria Constituição e não mais o Código Civil, o que é uma idéia exagerada pelo contexto do estudo do Direito Civil.

² STOCO, Rui. *op. cit.*, p. 14.

As análises dedicadas à descodificação do Direito Privado se concentram na descrição das rachaduras da ordem axiomática fundada no Código, no surgimento de leis especiais, no aparecimento de falhas na estrutura hierárquica das normas, de antinomias e incoerências. Conclui-se que o sistema parece esfacelar-se em microssistemas. Lorenzetti³ entende que o Código, como tal, vai-se ampliando, ao dar guarida a novos problemas e microssistemas; suas normas internas vão-se distendendo mediante a interpretação, até um ponto culminante que termina por transformá-las.

Com o caminho percorrido, desde a interpretação das cláusulas contratuais até o que é hoje a qualificação das cláusulas abusivas, tem-se uma clara ampliação nas fronteiras do Código concebido como lei estatal.

Há uma primeira etapa descodificadora, os lugares de instabilidade se multiplicam, conferindo-se uma aparência de desordem. Os microssistemas se comportam como estruturas dissipativas e se convertem em fontes de uma nova ordem. Hoje, o sistema de normas fundamentais se encontra nas fontes superiores: Constituições, tratados, princípios, valores.

Há uma visão sistemática, na qual todos os pontos são iguais, necessários, interatuantes. As normas fundamentais constituem uma espécie de força de gravidade que os mantém unidos. Trata-se de mudança de valores. Os elementos básicos, estruturantes do sistema, aqueles a partir dos quais se inicia a lógica da inferência no juízo decisório, encontravam-se no Código. As normas fundamentais se encontram agora no Código, na Constituição, nos tratados, nos costumes.

A teoria da constitucionalização do Direito Civil, trabalhada na Itália por Pietro Perlingieri⁴, coloca a Constituição no topo hierárquico das normas, onde todo o ordenamento é orientado pela norma constitucional.

3 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de direito privado*. São Paulo: RT, 1998, p.77-79.

4 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

O autor italiano aborda o tema no sentido de que o Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo texto constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor-se a sua fragmentação em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global. Desenho que, se não aparece no plano legislativo, deve ser identificado no constante e tenaz trabalho do intérprete, orientado a detectar os princípios constantes da legislação especial, reconduzindo-os à unidade, mesmo do ponto de vista de sua legitimidade⁵.

Há uma clara releitura do direito civil ao final do século XX, principalmente no livro de Obrigações, Família e Direito das Coisas, com base na Constituição, tudo dentro da concepção do Estado Democrático de Direito.

No Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição de 1988, que tem entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido. Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana – isto é, os valores existenciais – no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito. Correta parece, então, a elaboração hermenêutica que entende ultrapassada a “*summa divisio*” e reclama a incidência dos valores constitucionais na normativa civilística, operando uma espécie de “despatrimonialização” do direito privado, em razão da prioridade

5 PERLINGIERI, Pietro. *op. cit.*, p. 5/6.

atribuída, pela Constituição, à pessoa humana, a sua dignidade, a sua personalidade e a seu livre desenvolvimento.⁶

A palavra releitura é bem apropriada para esse fenômeno que surgiu de forma natural, onde o direito civil é analisado em conformidade com a ótica constitucional. O homem tem um novo foco. Os pactos são vistos em conformidade com o objetivo maior do ser humano, e não simplesmente a regra do “*pacta sunt servanda*” é observada sem questionamentos. Dignidade da pessoa humana e preponderância de questões sociais são o ponto marcante na atual conjectura civilística.

O Código Civil dá o tom de estabilidade, dá o tom das regras do jogo. A legislação especial orienta a mudança principalmente com o enfoque constitucional, muitas vezes observando-se um dirigismo contratual acentuado, para desenvolvam os objetivos estatais, notadamente no foco social e no econômico.

Francisco Amaral leciona que a função econômica-social representa a preocupação com a eficácia social do instituto, e, no caso particular da autonomia privada, significa que o reconhecimento e o exercício desse poder, ao realizarem-se na promoção da livre circulação de bens e de prestação de serviços e na auto-regulamentação das relações disso decorrentes, condicionam-se à utilidade social que tal circulação possa representar, com vistas ao bem comum e à igualdade material para todos, idéia que “se desenvolve paralelamente à evolução do Estado moderno como ente ou legislador racional”⁷.

Houve nessa nova concepção mudanças nos paradigmas hermenêuticos, inclusive no campo da responsabilidade civil. O positivismo buscava interpretar o Direito em um sistema fechado. O sistema aberto passou a ser visto através das teorias da argumentação,

6 MORAES, Maria Celina B. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil*, n. 65, 1993, p. 22.

7 AMARAL, Francisco. *Direito Civil : introdução*. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.367.

tendo Theodor Viehweg como representante, onde se utiliza a tópica⁸ para a solução dos casos concretos.

A idéia de sistema fechado dá lugar ao sistema jurídico aberto, onde o intérprete adequa a norma ao caso concreto, conjugando o texto legal com princípios e valores no ordenamento jurídico.

César Fiúza lembra que, uma vez consciente de que o sistema jurídico é aberto, de que se retroalimenta da própria interpretação, de que o sistema moderno oferece garantias de decisões técnicas e isentas e de que a luta por um sistema fechado é vã, é evidente que o intérprete tenha muito melhores condições de desenvolver um trabalho sério e de aprimorar as técnicas de interpretação para que se construa um ordenamento jurídico que promova a justiça no caso concreto, sem se abrir mão dos ideais de segurança jurídica⁹.

8 “É a arte de ter presentes em cada situação vital as razões que recomendam e as que desaconselham dar um determinado passo – bem entendido em ambos os sentidos, tanto as razões a favor, como as contra. (Viehweg, 1979:33).” in Fiúza, César. *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 85

9 FIÚZA, César. *op. cit.*, p. 58.

2. PRINCÍPIOS ORIENTADORES DO DIREITO CIVIL MODERNO

2.1. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Princípio clássico é o que se denomina de “*pacta sunt servanda*”, sustentado pelo princípio da autonomia da vontade, consagrado na Constituição Federal, em seu Artigo 5º, II, “*verbis*”: *Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”.¹⁰

Esse princípio, autonomia da vontade, é precedido de outro, que obriga as partes. Trata-se da obrigatoriedade das convenções; no dizer de Caio Mário da Silva Pereira:

o princípio da força obrigatória do contrato contém insita uma idéia que reflete o máximo subjetivismo que a ordem legal oferece: a palavra individual, enunciada na conformidade da lei, encerra uma centelha de criação, tão forte e tão profunda, que não comporta retratação, e tão imperiosa que, depois de adquirir vida, nem o Estado mesmo, a não ser excepcionalmente, pode intervir, com o propósito de mudar o curso de seus efeitos.¹¹

Da mesma forma, aliás, e bem objetivamente, ensina Orlando Gomes, “*verbis*”:

Essa força obrigatória atribuída por lei, aos contratos, é a pedra angular da segurança do comércio, da intangibilidade do conteúdo dos contratos significa impossibilidade de revisão pelo juiz, ou de libertação por ato seu. As cláusulas contratuais não podem ser alteradas judicialmente, seja qual for a razão invocada por uma das partes. Se ocorrem motivos que justifiquem a intervenção judicial em lei permitida, há de realizar-se por decretação de nulidade da resolução do contrato, nunca para a modificação de seu conteúdo.¹²

10 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 5.

11 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Privado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 15.

12 GOMES, Orlando. *Contratos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 40/41.

Muitas vezes há a identificação da autonomia da vontade com a liberdade de estipulação negocial, mas essa é mais restrita que aquela, vez que a autonomia de vontade engloba questões patrimoniais e existenciais.

Em nome do princípio da autonomia da vontade, opera-se a resistência do indivíduo à intromissão do Estado no espaço que deve ser só seu, na legítima tentativa de ser feliz. Por isso mesmo, a autonomia da vontade assume novas dimensões, tais como: a luta pelo direito à redesignação sexual, o reconhecimento de diferentes modelos de família (matrimonial, não-matrimonial, monoparental etc.), o modelo de filiação voltado antes para a paternidade socioafetiva do que para a paternidade apenas biológica, a união legal de pessoas do mesmo sexo, entre outras¹³.

É a faculdade do indivíduo de regular suas próprias relações jurídicas, estabelecendo conteúdo e enquadramento jurídico, tudo através da mais legítima e não viciada vontade daquele.

Característica marcante da autonomia da vontade é sua conotação subjetiva, enquanto a autonomia privada tem um conteúdo mais objetivo, devendo ser vista como algo mais concreto.

A autonomia privada é o poder jurídico, conferido aos particulares, de criar as regras jurídicas disciplinadoras das relações de que fazem parte. É o poder de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas próprias ou de outrem. Além disso, é princípio aberto, vez que não se encerra em norma jurídica, mas consubstancia uma diretriz, um ideal; e também critério interpretativo (arts. 112, 114, 819 e 1899, todos do Código Civil de 2002)¹⁴.

Em matéria de direito patrimonial, as normas podem ser de natureza dispositiva ou supletiva. Quando cogentes, sua interpretação é estrita, como é o caso do artigo 489 do

13 LIMA, Taisa Maria Macena de Lima. *Princípios fundantes do direito civil atual*. Direito Civil, atualidades. Bruno Torquato de Oliveira Neves, César Fiúza e Maria de Fátima Freire de Sá. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 248.

14 AMARAL, Francisco. *op.cit*, p. 348.

Código Civil de 2002¹⁵. Tal poder advém do Estado, que pode ser intervencionista ou assistencial, o que gera a fixação de limites.

Os limites da autonomia privada são a ordem pública, que é uma gama de normas que zelam pelo interesse da sociedade e estabelecem as diretrizes fundamentais da ordem econômica.

Observa-se que a crise não é da autonomia privada, mas de sua concepção tradicional, já que a autonomia apresenta novos contornos e nova concepção sob a ótica humanista.

Tem-se a liberdade e a dignidade da pessoa humana como valores jurídicos de especial relevância. A liberdade é o pressuposto da autonomia privada; sem liberdade não se pode falar em eficácia jurídica do negócio celebrado.

A autonomia privada passa por um processo de revisão e de releitura, onde os contratos de massa são questionados dentro da concepção de valoração e análise do novo contexto de observância das normas jurídicas.

A autonomia evoluiu de uma análise essencialmente individualista, onde toda a estrutura de poder era colocada em prol dos interesses particulares. O indivíduo é o marco inicial e o final, o que influencia os aspectos de reparação civil, que passa a observar um contexto mais social e menos individualista.

Antecedentes do princípio também são encontrados: no direito romano (“*lex privata*”, que era uma declaração solene com valor de norma jurídica, baseada em um acordo – prevista na Lei das XII Tábuas); no cristianismo (coloca-se o homem no centro das reflexões, defendendo a obrigação, em reverência à sua própria consciência, de respeitar a palavra dada – dogmatiza-se a declaração de vontade como fonte de obrigações jurídicas, teoria dos vícios do consentimento, enriquecimento injusto, teoria das causas); nos glosadores

15 “Artigo 426 Código Civil 2002. Não pode ser objeto de contrato a herança da pessoa viva.” BRASIL. *Código civil*. 55. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 96.

(direito internacional privado, em que a vontade das partes determina a solução do conflito entre normas estrangeiras, como no caso dos contratos, sendo reconhecido aos particulares o poder de escolher qual a lei aplicável ao seu contrato); no direito natural (a liberdade contratual era vista como uma liberdade natural); na teoria do contrato social de Jean-Jacques Rousseau, sendo o contrato entre o Estado e os particulares, pelo qual esses abrem mão da liberdade que a natureza lhes proporciona, a fonte da própria autoridade entre os homens. Até mesmo a autoridade pública extrai a sua força de uma convenção; na filosofia de Kant, tendo a autonomia da vontade passado a constituir-se imperativo categórico de ordem moral; no liberalismo, que, no campo econômico, pregava a liberdade de atuação dos particulares, a livre concorrência, sendo o contrato seu instrumento.

Na Alemanha e na Itália o princípio da autonomia da vontade ganhou uma dimensão objetiva, significando o poder jurídico dos particulares.

No Brasil não houve tanta receptividade a essa concepção, o que se explica pela história da nação, de governos unitários, autocráticos e intervencionistas, em que não se dá espaço suficiente aos valores do individualismo e do liberalismo, sempre postergados¹⁶.

Instrumento de um processo econômico e sempre político, alicerçado em liberdade e igualdade formais, a autonomia privada passa a ter novos horizontes. A Igualdade material é o novo fim, onde todos têm real e efetiva oportunidade no contexto econômico.

A autonomia deve ser incentivada. A mola do desenvolvimento sempre foi a liberdade e os pactos entre os particulares. O Estado deve intervir apenas quando for indispensável e estritamente necessário. Os particulares têm na autonomia fator de fomento de sua atividade e desenvolvimento de seu potencial empreendedor.

Sob essa ótica, tem-se como consequência da autonomia: a liberdade contratual (possibilidade de contratar, escolher com quem contratar, estabelecer o conteúdo da avença, a

16 AMARAL, Francisco, *op.cit*, p. 354.

forma e os efeitos do ajuste); a força obrigatória dos contratos (a vontade particular estabelece uma lei entre as partes contratantes, de forma que essas estão vinculadas ao cumprimento do contrato); o efeito relativo dos contratos (a eficácia do contrato se restringe aos contratantes, não afetando terceiros – o que atualmente não é mais visto dessa forma); o consensualismo, para que o contrato se estabeleça e as obrigações surjam; basta o consentimento livremente manifestado, prescindindo-se de forma especial.

No que tange ao objeto, sendo lícito, não há por que se perquirirem os motivos de declaração de vontade; essa vale por si mesma.

Como crítica à autonomia da vida privada, tem-se o aspecto filosófico, onde se observa que o homem é um ser social e, assim, onde restrições e condicionamentos na sua capacidade de agir são inevitáveis. Do ponto de vista moral, a igualdade e a liberdade não se realizam harmonicamente, vez que a igualdade é meramente formal, havendo aparentes desigualdades sociais; a liberdade contratual acentua os desníveis econômicos, exigindo a intervenção estatal, de modo a tutelar-se o mais fraco, estabelecendo-se normas imperativas essenciais.

Do ponto de vista econômico, o Estado precisava intervir na organização e disciplina dos setores básicos da economia, não podendo deixar à mercê de interesses particulares a condução da vida econômica, em especial onde reinasse a desigualdade econômica e, conseqüentemente, social. Não podendo ser mais tolerado o liberalismo do século XIX, e assim surge uma ordem pública econômica em seu sentido mais efetivo.

Nesse contexto, pode-se falar em socialização do direito civil, onde há o primado dos interesses sociais preponderando, inclusive e especialmente, sobre os interesses de natureza particular, o que restringe a atuação particular, tendo como limitação o interesse público da comunidade.

De um Estado liberal para o intervencionista há a nítida superação do liberalismo econômico e o questionamento quanto ao dogma da vontade, de origem claramente marxista¹⁷.

Com a consagração de princípios constitucionais ligados ao direito civil, houve uma ligação do direito público e privado, de modo a conferir, aquele a esse, uma dimensão social, sendo ambos destinados a proverem o bem-estar social.

Mesmo tendo diminuição no seu campo de incidência, a autonomia privada permanece como essência do direito obrigacional; mas, agora, está marcada por obrigatoriedade de contratar, proibição na contratação, aplicação da responsabilidade objetiva em diversas hipóteses de incidência e obediência ao princípio da boa-fé objetiva.

Sob esse aspecto deve-se questionar qual a sua função no interior do sistema jurídico. Sociedade e direito interagem de forma mais visível na busca da eficácia social e econômico-social, em uma visão distributiva e socializante.

A funcionalização é o reconhecimento e o exercício do poder que dela decorre, que faz promover a circulação de bens e a prestação de serviços, todos condicionados à utilidade social que tal promoção representa, tendo-se em vista o bem comum e a igualdade material. É a fixação de limites para o exercício da faculdade conferida ao particular de auto-regular suas relações jurídicas.

17 “Ao considerar o Direito como uma expressão ideológica da realidade econômica, Marx teria em mira uma certa teoria do Direito. O Direito seria “ideologia” porque os ideólogos da classe burguesa o apresentam como ordem coativa para os proletários, como instrumento de dominação de uma classe. Não seria o Direito, pois, uma ideologia, mas, sim, a sua interpretação normativa, isto é, a teoria que o concebe como um sistema de normas valorizado pela idéia da Justiça. Para o marxismo, a apresentação do Direito burguês como norma é que é uma ideologia. Mas nessa interpretação do pensamento marxista parece haver um equívoco. A distinção entre superestrutura e subestrutura, isto é, entre ideologia e realidade foi feita claramente por Marx na famosa passagem de sua obra *Crítica da economia política*. A estrutura econômica da sociedade é constituída pela soma total das relações de produção. Sobre esta base se elevam as superestruturas jurídicas e políticas, que são “formas ideológicas” através das quais os homens tomam consciência da realidade social. É, portanto, o Direito em si que se apresenta como ideologia, isto é, como expressão ideológica das condições. Foi o que disse meridianamente Marx ao qualificá-lo como expressão de outras relações.” (GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.85/86).

A sobreposição dos interesses sociais sobre os particulares é a atribuição ao direito uma função social. Não se elimina a liberdade individual, mas é feita uma reapreciação valorativa de sua aplicação em um contexto social.

Assim, função social é uma orientação não colidente com direitos subjetivos, mas que busca prestigiar o bem comum e a justiça social. Aplicação imediata da limitação funcional da autonomia privada vem prevista no artigo 421: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.¹⁸

Sem dúvida, trata-se de conceito aberto, mas inspirado no prestígio à comunidade e na superação do individual para o social.

2.2. PRINCÍPIO DO SOLIDARISMO SOCIAL

O princípio do solidarismo é o reconhecimento do prestígio da função social sob a ótica da propriedade e dos negócios jurídicos em geral. As necessidades do indivíduo são analisadas em função das necessidades do coletivo. O homem é visto em um contexto maior, princípio bem adequado ao Código Civil de 2002, onde o individualismo de 1916 é superado por valores mais adequados à nova concepção de homem e, óbvio, de direito.

O dano aparece como um instrumento de atentado a toda uma coletividade e não apenas à vítima, como consequência de um duplo fenômeno – de objetivação e coletivização da responsabilidade –, transpassando o curso de um processo evolutivo calcado na culpa. A direção objetivista pode ser considerada como um benefício não só para os interesses das vítimas, mas também, e sobretudo, para a coletividade, integralmente exposta

18 BRASIL. *Código civil*, p. 96.

às transgressões de massa inerentes aos riscos da industrialização; o que faz prevalecer o interesse social como propulsor do processo de socialização da responsabilidade civil¹⁹.

A socialização dos riscos passa a ser uma realidade mais acentuada no estudo da responsabilidade civil. A doutrina denomina essa nova tendência como reparação coletiva.

O dano não é mais visto como um ataque apenas ao indivíduo, mas em relação a toda a coletividade; a sociedade passa ser o foco principal da proteção quanto à responsabilidade civil.

É o que já ocorre, como assinalado, com o seguro obrigatório dos proprietários de veículos automotores – DPVAT– e com o acidente do trabalho, onde a reparação do dano vem sendo coberta por um seguro coletivo, a cargo dos empregadores, pelo qual se transfere para o segurador o encargo de pagar a indenização. Os riscos sociais são assumidos diretamente pela própria seguridade social – no caso, o INSS. Fala-se hoje na necessidade da repartição econômica de riscos no exercício da medicina, através de um seguro médico, obrigatório, para cobrir os danos decorrentes de erros médicos e de infecção hospitalar, existem até projetos de lei nesse sentido²⁰.

2.3. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

O Código de 1916 não havia prestigiado a boa-fé como cláusula geral, situação criticável pela consagração do princípio nos Códigos Francês e Alemão.

Houve o preenchimento da lacuna com o artigo 422, que disciplina: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”²¹

19 VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 95-96.

20 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.155.

21 BRASIL. *Código civil*. p. 96.

Há o prestígio à eticidade, ou seja, uma preocupação de oxigenar as relações jurídicas com a moral. O artigo 422 diz textualmente que, em todos os contratos, todos contratantes terão que guardar a mais estrita boa-fé e probidade.

Note-se que o Código Civil de 1916 não se refere nem uma vez à boa-fé na Parte Geral dos Contratos porque se entendia que a boa-fé era um preceito moral e não jurídico. A boa-fé deveria estar no coração e na mente dos contratantes e não no Código Civil. No Código de 2002, pode-se observar que a boa-fé aparece como uma cláusula implícita dos contratos, uma cláusula obrigatória. É um dever jurídico dos contratantes e não mais uma mera evocação ética.

A boa-fé objetiva configura cláusula geral de observância obrigatória, contendo conceito jurídico indeterminado, devendo adequar-se ao caso concreto.

Tereza Negreiros, ao tratar do tema, leciona:

A boa-fé referida no art. 422 do Código é a boa-fé objetiva, que é característica das relações obrigacionais. Ela não se qualifica por um estado de consciência do agente de estar se comportando de acordo com o Direito, como ocorre com a boa-fé subjetiva. A boa-fé objetiva não diz respeito ao estado mental subjetivo do agente, mas sim ao seu comportamento em determinada relação jurídica de cooperação. O seu conteúdo consiste em um padrão de conduta, variando as suas exigências de acordo com o tipo de relação existente entre as partes.²²

A boa-fé serve como elemento interpretativo e como ruptura, como na hipótese da proibição do “*venire contra factum proprium*”.

A mesma autora traz importante contribuição ao assunto: “Mais uma vez, constata-se que o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta leal, correto e honesto que, contudo, se materializa em exigências que não podem ser de antemão definidas.”²³

Desse modo, a boa-fé tem importância fundamental dentro da responsabilidade civil, vez que é instrumento poderoso nas mãos do aplicador da norma, onde moderno

22 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op. cit.*, p. 20.

23 NEGREIROS, Tereza. *Teoria dos Contratos: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 152.

princípio não se contém dentro de parâmetros rígidos, devendo ser apurado em face das circunstâncias de cada caso, buscando-se a real intenção das partes e o objetivo no momento do travamento da relação jurídica.

2.4. FUNÇÃO SOCIAL DOS BENS DE PRODUÇÃO ORGANIZADOS SOB A FORMA DE EMPRESA

O artigo 170, II²⁴, da Constituição Federal reconhece a titularidade dos bens empresariais, que são, sem dúvida, instrumentos de cumprimento da função social, quer seja através do empresário, quer seja através do controlador, como bem estabelece o inciso III do mesmo artigo 170²⁵.

A discussão travada em torno do tema sempre foi a viabilidade de se conciliar lucro e esforços da atividade empresarial com a exigência constitucional de que os bens empresariais devem atender à função social da propriedade e dos próprios instrumentos de contratação daqueles que travam negócios jurídicos com as empresas.

Merece destaque que, quando o empresário, o administrador ou o controlador retiram os bens empresariais de seu estado inercial para movimentá-los na atividade, é fator determinante que estejam eles conscientes de que essa movimentação deve ser eficaz, para prestigiar-se sua própria atividade e a própria sociedade.

24 Artigo 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: II – propriedade privada; III – função social da propriedade.

25 “A Constituição Federal, no seu artigo 170, preceitua que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios que indica. No seu artigo 174 pontifica que, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Desses dispositivos resulta claro que o Estado pode atuar como agente regulador das atividades econômicas em geral, sobretudo nas de que cuidam as empresas que atuam em um setor absolutamente estratégico, daí lhe ser lícito estipular os preços que devem ser por elas praticados” (Ementário STJ, nº9/303 – MS nº2.887-1 – DF, Rel. Min. César Asfor Rocha, 1ª Seção, unânime, Diário da Justiça, 13 dez. 1993). In Moraes, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*- São Paulo: Atlas, 2002, p. 1818.

Na hipótese das Instituições Financeiras, que praticam atividades empresariais a partir de uma atividade que envolve risco, não se pode negar a importância da remuneração referente à iniciativa realizada, vez que, se se pensar em sentido contrário, haveria contrariedade do próprio sentido de valor social da atividade.

O que deve ser prestigiado é que o lucro para a atividade empresarial, no caso em tela, a bancária, nada mais é que o reflexo da iniciativa, que deve ser conjugado com os anseios da sociedade, que espera que a atividade atenda os aspectos sociais, fomentando-se a justiça social, de forma que sejam objetivos que caminhem um ao lado do outro.

A própria lei das sociedades anônimas (Lei nº 6.404, de 15/12/76) – aplicável a todas Instituições Financeiras, em seu artigo 116, parágrafo único²⁶, estabelece que é obrigação do titular e do sócio controlador a busca e a efetivação da função social, delimitando, inclusive, esferas da comunidade e como a sociedade anônima deverá atuar.

Muitas vezes, os reflexos no campo social são sentidos através daqueles que têm contato direto com a própria Instituição, ou seja, os detentores de ações e os seus empregados, recebedores de benefícios diretos da própria atividade empresarial. Mas a análise, aqui pretendida, é em um sentido mais amplo, ou seja, não dos acionistas e colaboradores.

A empresa, e no caso em tela, a Instituição Financeira, deve atender os anseios da sociedade, no sentido até mesmo de comunidade humana. Isabel Vaz leciona importância da dinamização dos bens de produção "para produzirem novas riquezas, gerando empregos e sustento aos cooperadores da empresa e à comunidade. É substituir o dever individual,

26 "Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender." BRASIL.Código comercial, 46 ed., São Paulo:Saraiva,2001, p. 528.

religioso, de dar esmola pelo dever jurídico inspirado no compromisso com a comunidade, de proporcionar-lhe trabalho útil e adequadamente remunerado".²⁷

Livre iniciativa e livre concorrência não são mais privilegiadas sem qualquer análise social, mas deve-se ater ao que seja socialmente agregador, principalmente para a comunidade.

A busca da integração da empresa com os objetivos sociais não troca o seu objetivo do lucro para a realização do interesse público. O lucro deve ser visto como um fim saudável, desde que não se perca de vista que a questão social deve ser sopesada, de forma que o lucro seja uma consequência natural daquele que não perde o objetivo social da atividade e busca fomentar a operação de forma equilibrada, o que, sem dúvida, é motivo de incentivo e valorização da atividade.

2.4. EFETIVAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS BENS DE PRODUÇÃO NA EMPRESA.

A empresa sempre foi tratada como coletora de esforços alheios em benefício único do empresário – individual ou coletivo – ou do controlador, o que gerava uma preponderância do capital em relação aos demais fatores de produção, como o elemento trabalho.

Tal situação não mais se justifica razoável perante a ordem econômica acentuada no artigo 170 da Constituição Federal, que estabelece que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o fim de se assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Há, então, uma igualdade entre os fatores econômicos de produção alicerçados na Constituição Federal. Dentro desse aspecto, é preciso analisar-se que a função social deve

²⁷ VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 151.

ser vista não pelo aspecto apenas de um não fazer, ou não descumprir determinadas regras de conduta, visto que tal prática está enquadrada no exercício regular das atividades empresariais. Ou seja, quando uma Instituição Financeira fornece informações a seu cliente, não está ela exercendo nada mais do que o seu dever, dentro de seu exercício regular. O prestígio à função social deve ser um algo a mais, situação que demonstre cabalmente sua disposição empresarial de fomentar a atividade para o coletivo.

A função social da empresa manifesta-se de forma plena na destinação, por parte do empresário ou controlador, de recursos para a pesquisa de novas técnicas de desenvolvimento da atividade. Analisando-se a empresa sob seu aspecto institucional, percebe-se que os riscos padecidos pelos empresários não deixam de ser, ainda que indiretamente, riscos dos próprios colaboradores da empresa.

Não podem os rumos da empresa ser traçados exclusivamente pelo detentor ou controlador dos bens de produção, vez que não apenas seus interesses encontram-se vinculados ao sucesso ou insucesso de seu empreendimento.

As Instituições Financeiras constituem empresas de organização institucional em que se congregam esforços não só do controlador, mas de seus colaboradores, que devem emitir sua manifestação opinativa quanto aos destinos da atividade empresarial. Concretiza-se, por esse meio, a função social dos bens de produção, na medida que se rompe a hierarquização do trabalho, não se permitindo a dicotomia excludente e injusta entre o pensar e o executar das atividades da empresa, que tanto contribuiu, ao longo do tempo, para a desvalorização do trabalho humano face à atividade intelectual.

Hoje a propriedade privada abandona suas feições egoísticas, com o claro fito de sobreviver às mudanças sociais. Cabe às modernas organizações empresariais transplantarem essa realidade para o âmbito dos bens de produção.

Observa-se que, indiretamente, a empresa só aufere benefícios da prática da função social, e essa jamais seria desinteressada. A imagem da empresa é robustecida perante a comunidade, suas despesas com desperdício de recursos naturais decaem, a mão-de-obra que emprega torna-se mais qualificada e produtiva, e a empresa chega mesmo a obter incentivos fiscais. Contudo, essa argumentação mostra-se relevante apenas sob o prisma do *marketing*. O fato é que os ditames da lei relativos à ordem econômica vêm-se impondo, mesmo que a passos lentos, para a realização da justiça social, que, embora fundada atualmente em interesses individuais, constitui um primeiro passo para a solidariedade social.

A Instituição Financeira que solidifica sua transparência junto a seus aplicadores ou usuários é, sem dúvida, empresa que, ao fortalecer seu papel social junto à comunidade, apresenta um diferencial em relação às demais empresas do mercado. Em uma atividade competitiva, a função social, além de ser uma exigência constitucional, passa a ser um plus mais que interessante no mercado. A Instituição vista como propulsora do social e que indeniza seus usuários em determinadas hipóteses, independentemente de maiores questionamentos, tem tal atitude vista como um fortalecimento da atividade e um diferencial no mercado competitivo, que busca, além de lucros, segurança em suas aplicações financeiras e, em especial, quando surge o dever de indenizar. A indenização sem maiores questionamentos apenas privilegia o valor social e a própria Instituição, que atrai sobremaneira novos investidores preocupados com lucros, mas, sobretudo, com segurança na eventualidade, sempre próxima, de ocorrer algum problema.

3. O PAPEL DO JUIZ MODERNO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Ponto fundamental na figura do Estado–Juiz é o seu caráter de imparcialidade, ao exercer de forma integral e inequívoca sua função jurisdicional. Constitui, sabidamente, a imparcialidade pressuposto processual de formação, desenvolvimento e constituição válida do processo. O juiz deve-se manter à distância de qualquer contaminação que lhe afete o julgamento isento e imparcial, principalmente, quando se tem a aplicação da responsabilidade civil em situações onde ele tem ampla margem para decidir com cláusulas ditas abertas, como, por exemplo, a conceituação de atividade de risco.

Canaris ensina a importância do pressuposto da praticabilidade do pensamento sistemático na Ciência do Direito e a do desenvolvimento de um conceito de sistema especificamente jurídico, onde o sistema possa cumprir uma função significativa na Ciência jurídica. O pensamento sistemático ganha sua justificação e passa a derivar mediatamente de valores jurídicos mais elevados.

A partir dessas idéias tem-se na legislação civil, por exemplo, as cláusulas abertas que dão margem à interpretação do julgador, o que deve ser analisada com muito critério. Tal problema não pertence somente ao direito brasileiro, e existe a discussão quanto a melhor forma de se edificar o direito.

Claus – Wilhelm Canaris, analisando a hipótese, discorre sobre a responsabilidade pelo risco e a interpretação sistemática:

só se pode edificar o Direito a partir de uma concatenação de todas estas possibilidades de formulação: entre a formação rígida de previsões normativas, por um lado, e a pura cláusula de equidade, do outro lado, figura o sistema móvel. Não é de prescindir, de modo algum, das primeiras, pelo menos em certos âmbitos, como acima se explicou, podendo estas representar a solução mais adequada, em especial quando o sistema <<imóvel>> apresente fortes diferenciações. Recorde-se o exemplo acima discutido da falência ou, também, o exemplo de WIBURG retirado do âmbito da responsabilidade pelo risco: perante a especial alta perigosidade de uma coisa, por exemplo, de um avião, a exceção de força maior não exonera o

proprietário, mas perante um objecto menos perigoso, como um veículo automóvel, a ocorrência de um evento inesperado exterior já actua, pelo contrário, em termos de excluir a responsabilidade” E continua: “deve uma tal diferenciação dos fundamentos da exoneração segundo o grau de perigosidade do objecto – que surge razoável e, até, inteiramente imanente ao sistema do Direito alemão ser, efectivamente, deixada ao juiz de cada caso ou será do interesse da segurança jurídica como da observância da regra da igualdade, aqui não essencialmente adequada, que o legislador se ocupe delas de modo generalizador, de acordo com traços previsivos claros (avião, comboio, automóvel, etc.)?!E como fica, por fim, a limitação da responsabilidade, através de limites máximos numericamente fixados, limitação essa que é indispensável para a responsabilidade pelo risco, por ser necessária para o cálculo do risco e a possibilidade de efectuar seguros.²⁸

Ao interpretar essa passagem, Canaris comenta que tal problema constitui uma das críticas contra a cláusula geral da responsabilidade pelo risco que, no seu entender, deveria ser completada por uma série de previsões normativas específicas, fixando-se o limite máximo da responsabilidade, bem como situações especiais, como se fossem bitolas para que se concretize do melhor modo às cláusulas gerais.

Robert Alexy ensina que, para se solucionarem questões jurídicas, muitas vezes árduas, é necessário que a busca seja através do jogo da argumentação:

Aquí queda aún por ver si sobre la base de semejantes idealizaciones es posible una única respuesta correcta para cada caso o si las diferencias antropológicas de los participantes en el discurso que obstaculizan el discurso hacen que, pese a las idealizaciones, puedan existir casos sin una única respuesta correcta. En todo caso, está claro que en la realidad no existe ningún procedimiento que permita, con una seguridad intersubjetivamente necesaria, llegar en cada caso a una única respuesta correcta. Esto último no obliga sin embargo a renunciar a la idea de la única respuesta correcta, sino que unicamente da ocasión para determinar su status con más precisión. El punto decisivo aquí es que los respectivos participantes en un discurso jurídico, si sus afirmaciones y fundamentaciones han de tener un pleno sentido, deben, independientemente de si existe o no una única respuesta correcta, elevar la pretensión de que su repuesta es la única correcta. Esto significa que deben presuponer la única repuesta correcta como Idea regulativa. La idea regulativa de la única repuesta correcta no presupone que exista para cada caso una única repuesta correcta. Solo presupone que en algunos casos se puede dar una única repuesta correcta y que no se sabe em qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única repuesta correcta. Las repuestas que se encuentren, en el marco de este intento, sobre la base del nivel de la regla y de los principios, de acuerdo

28 CANARIS, Claus – Wilhem. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.145-147.

con los criterios de la argumentación práctica general, también responden entonces, aunque no sean las únicas repuestas correctas, a las exigencias de la razón práctica y, en este sentido, son al menos relativamente correctas.²⁹

Percebe-se, é até óbvio, que, se é o Estado que deve pacificar as lides, exercendo a função jurisdicional, então, aquelas pessoas e órgãos que devam exercer essa importante função não podem ser parciais, ou seja, devem estar equidistantes das partes, sob pena de ficar comprometida a própria existência do Estado de Direito. Se juízes e tribunais forem parciais, à jurisdição faltará um de seus basilares princípios. Por isso, um processo só é válido quando julgado por um juiz imparcial; e mais, por isso é que um juiz, quando for amigo ou inimigo de qualquer das partes, deverá dizer, sem que ninguém precise fazê-lo, que é suspeito para julgar aquela lide (arts. 134 e 135 do CPC)³⁰.

Está claro que o sistema processual civil brasileiro preocupa-se com um processo justo e fornece as garantias para isso, mesmo porque estabelece situações onde a presunção de parcialidade é tão forte que o julgador está impedido de exercer o seu julgamento, por ser absoluta a presunção de parcialidade, ou seja, presunção *jure et jure*, senão veja-se:

É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: I – de que for parte; II – em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha; III – que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão; IV – quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau; VI – quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica parte na causa; Parágrafo único. No caso do n. IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.³¹

29 ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. 2. ed. México: Biblioteca de Ética, Filosofía de Derecho y Política, 1998, p.20.

30 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*, 3. ed. rev. atual. ampl.- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 162.

31 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. rev. atual. por Aricê Moacyr Santos. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 340.

A partir do artigo 134 e 135 da norma processual civil, observa-se a proteção legal para as partes, e porque não do próprio julgador, quanto à parcialidade e ao zelo para com um processo justo, isento de qualquer mácula que possa prejudicar o julgamento; principalmente, quando há como instrumental de trabalho normas de aplicabilidade da responsabilidade civil, em especial quanto à responsabilidade pelo risco, marcadas por conceitos abertos e de nítida proteção ao hipossuficiente, o qual carece, em tese, de proteção estatal.

O juiz deve apreciar livremente as provas sem qualquer tipo de influência que afete o seu espírito. O que se deve observar é que é utópica a idéia do juiz em uma bolha de vidro, intocável e completamente isento dos problemas reais do mundo. O julgador lê jornais, assiste noticiários e acessa à internet, como todos. Inclusive, o seu amadurecimento como cidadão está mergulhado na realidade cotidiana e, com o espírito preparado para as várias situações da vida, essas o moldam como um bom e sereno julgador. Nesse aspecto é que o julgador, na apreciação da caracterização da atividade como de risco, deve deixar seu espírito livre de qualquer forma de influência que contamine seu julgamento.

Muitas vezes, a atividade de risco tem seu enquadramento realizado de forma árdua ou mesmo duvidosa e, para isso, é necessário que o julgador dispa seu espírito de preconceitos, até mesmo quanto ao aspecto de ter uma das partes extremo poder econômico em relação à outra.

No campo da responsabilidade civil que envolva Instituições Financeiras, ou seja, no risco-proveito, ou mesmo no risco criado, não deve o julgador – embora com o dever de colocar as partes em situação de equilíbrio, até por força de normas de ordem pública, como a função social dos contratos, prestigiadas no Código de 2002 – acreditar, ou se convencer de que o dever de indenizar esteja ligado ao fato de que o *quantum* a ser retirado da Instituição Financeira seja um valor ínfimo, perto do montante de capital que ela possui ou do

lucro que auferir. Nesse aspecto, dentro de um contexto que gere o dever de indenizar, o risco deve ser analisado com muita sensibilidade e imparcialidade, extraindo-se dos autos a prova concreta, pelo menos do dano, suficiente para a caracterização da responsabilidade objetiva.

Tal observação é necessária até mesmo para o estímulo em outros investimentos e na fomentação das atividades das Instituições Financeiras, uma vez que, se todas as práticas forem caracterizadas como geradoras de reparação, aquelas atividades passarão a ser presa fácil dos aventureiros da responsabilidade civil, inclusive daqueles que buscam o locupletamento ilícito, ou o lucro fácil, o que desmoralizaria por completo a real intenção dos que realmente buscam por Justiça.

No processo, o autor move-se para pedir uma sentença que reconheça seu direito; mas consegui-lo não depende apenas de sua demanda: o juiz não é uma dessas máquinas automáticas em que se basta colocar a moeda de um lado para que do outro saia um cartão com a resposta. Para que a demanda proposta pelo autor possa ser acolhida, é preciso que se vá filtrando pela mente do juiz, que se consiga fazer entender por ele e possa persuadi-lo. Por conseguinte, o êxito depende da interferência dessas psicologias individuais e da força de convencimento das razões feitas pelo demandante, consigam suscitar ressonâncias e simpatias na consciência do julgador.³²

O ponto central da discussão é o grau de influência dos fatores externos que afetam o julgador, de modo que o esse não fique isento de julgar de forma imparcial, e esteja livre de qualquer fator que o influencie, positiva ou negativamente. O risco deverá ser o orientador do julgador, e a responsabilidade objetiva ser norma protetiva do mais fraco, ou, às vezes, poderá ser instrumento de injustiça no caso concreto?

Quanto à polêmica no julgamento de questão, envolvendo responsabilidade fundada no risco, vale destaque o entendimento de Antônio Carlos Marcato:

32 CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*/Piero Calamandrei: Traduzido por Douglas Dias Ferreira. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 227.

O juiz que publicamente emite opinião sobre processo submetido à sua apreciação está prejudgando causa, devendo assim ser afastado do processo, a fim de possibilitar um julgamento isento por outra autoridade judiciária. Estará igualmente realizando um prejudgamento o magistrado que desnecessariamente antecipa nos autos sua opinião a propósito de questão que deverá posteriormente decidir, configurando-se, também, nesse caso, sua suspeição. O mesmo não se diga, porém, do juiz que emite, por ocasião do saneamento do processo, nos próprios autos, opinião acerca do hipotético desfecho da causa, pois tal situação não se enquadra no dispositivo ora sob exame.³³

O juiz não pode emitir sua opinião pública, mas o juiz mudo é um juiz omissor.

Não há qualquer impedimento ou suspeição para o juiz que manifesta publicamente sua opinião acerca de ocorrências da vida, mesmo porque, no campo da responsabilidade civil fundada no risco, seu papel preventivo é tão importante quanto sua função repressiva. O juiz democrático é o que dialoga e que permite ser convencido pela parte. É aquele que, de forma equidistante, mas próximo do problema, muitas vezes social, permite-se observar, realizar seu juízo de convencimento, com o intuito de promover a interação da sociedade com o Judiciário e diminuir esse distanciamento. O juiz moderno é aquele que orienta, inclusive quanto às práticas abusivas que geraram a responsabilidade de indenizar, informando quais são essas práticas abusivas e seus reflexos no campo da responsabilidade civil. Sua função antes de ser apenas a boca da lei, como era a vontade de Napoleão, hoje, é a de diagnosticar o problema, com o fim de evitar-se que sejam geradas situações onde surja o dever de indenizar.

No mesmo sentido, é quem emite a sua opinião doutrinária em artigos, publicações, teses de mestrado, doutorado, bem como em palestras, conferências e entrevistas escritas ou faladas. As situações de responsabilidade civil são questões atualíssimas e geram dúvidas para a sociedade civil. Muitas vezes, a prática do ato abusivo é realizado por ignorância quanto à vedação da prática do ato. O juiz democrático é o juiz acessível, que participa da sociedade e nela se manifesta.

33 MARCATO, Antonio Carlos. *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004, p.382.

O processualista moderno sabe que a neutralidade ideológica é máscara de posturas conservadoras que perpetua o liberalismo do século XIX. O mesmo processualista também sabe que imparcialidade não se confunde com neutralidade axiológica, porque o juiz é membro da sociedade em que vive, participa e é influenciado pelo seu acervo cultural, advindo daí as escolhas que, através dele, a própria sociedade fará no processo. O juiz age como veículo entre o universo social e o caso concreto, sem que infrinja o dever de imparcialidade; apenas traz para suas decisões as modificações sociais, rompendo a estática dos textos legais, pois, ao optar por soluções novas, isso não implica em preferência por uma das partes.³⁴

Na nova concepção de realidade, o juiz que fica excluído, ou busca excluir-se de qualquer influência externa, ou coloca-se em uma posição de autolimitação quanto à manifestação de suas opiniões acerca de fatos da vida cotidiana, mesmo que envolva casos que estejam sob a análise do Judiciário, não desempenha o seu papel social. Antes de vestir a toga do Estado, deve vestir a toga do cidadão, ou seja, sentir a sua realidade, o desafio da sobrevivência do dia-a-dia. No momento em que o julgador se sente como alvo do ato danoso, ou quando decide pelo que deve ser feito para a reparação do dano, a tarefa é árdua. Ao mesmo tempo, não pode orientar seu espírito com o desejo do *“olho por olho, dente por dente”*, mesmo porque sua função é de isenção, mas uma isenção humana, sensível com a necessidade daqueles que buscam reparação. Não há qualquer contaminação psicológica para o magistrado que se inteira, ou busca inteirar-se da realidade da população que recorre à prestação jurisdicional.

Não se deve confundir autoridade com indiferença ou distância. No clássico conceito de imparcialidade, em que se define a necessidade da equidistância das partes e dos interesses submetidos no julgamento, não se pode confundir equidistância com indiferença, ou

34 CARVALHO, Márcia Cunha S. A., A Constituição Federal e o princípio do juiz ativo. In: Greco, Leonardo e Miranda Neto, Fernando Gama.(orgs.) *Direito Processual e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 188.

mesmo com banalização; principalmente no campo da reparação civil, no sentido que serem depositadas, pela parte que busca reparação, todas as expectativas naquela demanda, ao passo que, para o magistrado, muitas vezes, é apenas mais uma demanda. O julgador deve estar atento ao anseio daqueles que buscam a solução para o seu conflito e não tratar a hipótese como mais uma de muitas lides, a ponto de cuidar da questão com menor importância do que a realmente devida. O aconselhamento quanto à responsabilidade civil, à reparação e até mesmo ao enquadramento das atividades como de risco, é papel do juiz moderno, que tem o dever de zelar pela função social das várias situações, em especial daquelas que envolvam atividades econômicas, onde, muitas vezes, sua intervenção é essencial.

O juiz moderno é atuante e interativo. Deve manifestar-se, buscar resolver as situações e, até mesmo, atuar na função informativa da opinião pública, que deve ser mantida a par das notícias, pois isso é pressuposto de um regime democrático, onde o julgador é peça fundamental na vida social.

Nelson Nery expõe sobre a exteriorização de opiniões doutrinárias:

A exteriorização de opinião doutrinárias em publicações (livros e artigos), dissertações e teses acadêmicas (v.g. mestrado, doutorado, livre-docência), como também em entrevistas, palestras e conferências, não constitui per se causa de parcialidade do juiz. “Quem deu entrevista, de modo geral, sobre a matéria, não é suspeito; nem quem expôs em escrito científico o que a respeito pensava” (Pontes de Miranda, *Coment. CPC* (1973), v. II, p. 429). Como ser humano, social e político o juiz tem o direito de manifestar-se publicamente sobre teses jurídicas, sem que isso comprometa a sua imparcialidade para julgar ações nas quais se discutam as mesmas teses (Zoller-Vollkommer, ZPO, § 42, n.33,p.191; Stein-Jonas-Bork, *Kommentar*, v.I, §42 II, n.8, p. 652; MunchKommZPO, v. I, OskarFeiber, § 42, n. 21,p.338; Fasching, ZPR,n.164,p.95). “Desde logo, porém, afasta-se o interesse meramente intelectual, na prevalência de certa tese de direito sustentada pelo juiz em trabalhos doutrinários. A satisfação intelectual em ver prevalecer na causa, determinada interpretação de texto legal não caracteriza o interesse referido na lei, que é de natureza econômica, ou de comodidade ou conveniência pessoal” (Barbi, *Coment.*, n.742,p.426). Há dispositivo expresso na lei alemã que regula o Tribunal Constitucional Federal (B VerfG), excluindo dos motivos de suspeição as opiniões doutrinárias emitidas pelo juiz daquela Corte Constitucional: “§18.(Exclusão do juiz) Um juiz do Tribunal Constitucional Federal pode ser excluído de suas funções quando: (1)tiver interesse na causa ou (...).(3) Para efeitos do disposto no n1, estão excluídas as atividades: (...) 2.

de exteriorização de opiniões científicas e doutrinárias que possam ser relevantes para o processo (BverfGG§18,3,2)”. Permitir-se o afastamento do juiz do processo, pelo só fato de que já se sabe qual o seu entendimento sobre determinada tese jurídica, seria admitir-se que a parte pudesse escolher o juiz do processo que vai julgar a demanda, em intolerável e inconstitucional ofensa ao princípio do juiz natural (CF 5º XXXVII e LIII), do qual o princípio da proibição da escolha do juiz (Willkürverbot) – juízo de exceção – é o outro lado da medalha (Maunz-Durig-Maunz, GG Komm, v.V., art. 101, n.14). De outra parte, o juiz não fica vinculado às opiniões doutrinárias de seus escritos públicos, nem aos entendimentos que exteriorizou em sentenças que proferiu, pois “deve estar sempre aberto a novos e melhores argumentos”(Koln NJW-RR 2000, 455 in Zoller-Vollkommer, ZPO,§42, n 33,p.191). O afastamento por parcialidade do juiz pode ocorrer se o magistrado defendeu determinada tese jurídica como parte em outro processo judicial ou administrativo, o que demonstra seu interesse concreto no deslinde da causa em favor da tese favorável a seus interesses subjetivos (Musielak-Smid, ZPO,§42,n.16,p.120).³⁵

Posições políticas, ideológicas e religiosas também não influenciam o juízo de imparcialidade do juiz. O magistrado pode ter suas convicções religiosas, éticas e filosóficas e culturais sem que isso influencie sua imparcialidade quando do julgamento de uma reparação de danos. O juiz deve manter a neutralidade em relação às partes do processo, sendo certo que o magistrado sempre irá decidir com base em seu alicerce cultural e com base em sua formação humanística.

O mesmo autor discorre sobre o tema:

A *imparcialidade* está ligada à independência do juiz e é manifestação do princípio do juiz natural (CF 5º XXXVII e LIII) . Todos têm o direito de ser julgados pelo seu juiz natural, imparcial e pré-constituído na forma da lei. Entretanto, não se pode exigir do juiz, como ser humano, neutralidade quanto às coisas da vida (neutralidade objetiva), pois é absolutamente natural que decida de acordo com seus princípios éticos, religiosos, filosóficos, políticos e culturais, advindos de sua formação como pessoa. A neutralidade que se lhe impõe é relativa às partes do processo (neutralidade subjetiva) e não às teses, in abstracto, que se discutem no processo (v. Mangoldt-Klein-Starck-Classen, Bonner GG, v. III, art. 97,n.33, pp. 1207/1208). É permitido ao juiz professar credo religioso e ter opção por corrente política ou filosófica. Não é motivo para afastamento do juiz por parcialidade o fato de ser conhecida sua opção política, filosófica ou religiosa (Zoller-Vollkommer, ZPO, §42, n 33, p. 191; Stein-Jonas-Bork, kommentar, v. I, § 42 II, n. 8 , p. 652; Musielak-Smid, ZPO, §42, n. 16, p. 120). Segundo a CF 95, par. ún. III, ao magistrado é vedado filiar-se a partido político, candidatar-se, participar de campanhas políticas e dedicar-se à atividade política-partidária (Bastos-Martins, Coment. CF, v. IV,

35 NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado: e legislação extravagante*: atualizado até 3 de setembro de 2004. 8. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 609.

t. III, p. 73) bem como participar e integrar passeatas de cunho político (MunchKommZPO, v.I, Oskar, §42, n. 22, p. 339), atividades essas que comprometem sua imparcialidade. No sentido de que a posição política, religiosa, ideológica, cultural e econômica do juiz não é motivo para afastá-lo do processo por parcialidade: Joan Pico I Junoy, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, Bosh, Barcelona, 1998, p. 80; Satta, Comm.,v.I (Parte Prima), p. 203; Roberto Romboli, *L interesse político come motivo di ricsuzione Del giudice* (Riv. Dir. Proc., pp.454/480, especialmente p. 476); Alessandro Pizzoruso, *Sul significato dell espressione giudice naturale nell art. 25 comma 1°Cost.*(Giurisprudenza Costituzionale, 1969,p.2710);Roberto De Liso, *Sull ammissibilita del motivo político come causa di ricsuzione* (Giurisprudenza Costituzionale, 1972, II, p. 1980). Em sentido contrário entendendo que o juiz que pertence à Associação Nacional dos Magistrados (“Magistratura Democrática”) perde imparcialidade porque fica vinculado a decidir de acordo com a ideologia política da Associação, embora reconheça que o juiz, como qualquer outro cidadão, tem o direito de ter simpatia e preferências de ordem política: Sergio La China, *Il giudice político e la ricsuzione* (Riv. Dir. proc., 1977, pp. 729/739). Libman adere à corrente majoritária, posicionando-se contra o isolado pensamento de La China, dizendo que os fundamentos desse pensamento restritivo carece de “pertinência, autenticidade e autoridade” porque “nenhuma associação ou corrente associativa (de direita ou de esquerda) impõe aos aderentes distanciar-se das suas funções de imparcialidade, que é para o juiz (no dizer de Norberto Bobbio) a soma das virtudes. No momento de proferir a sentença, o juiz digno de seu ofício coloca-se acima dos conflitos ideológicos que agitam a sociedade e concentra sua atividade sobre os dados e sobre as questões do caso concreto que se encontra diante dele e que merece uma decisão mediata” (Enrico Túlio Libman, *Postilla* ao referido artigo, Riv. Dir. Proc.,1977,pp.739/740).³⁶

Tem-se, nitidamente, que o magistrado não pode ser neutro com as coisas da vida. O bom juiz, como já dito, não é o juiz mudo, enclausurado em uma redoma de vidro que o distancie dos problemas reais que possam afetá-lo *in abstracto* como julgador. O bom juiz é um bom ouvinte; é aquele que dialoga e ouve os anseios da sociedade, quer seja no gabinete, realizando audiência, ou observando problemas *in loco*, por exemplo, em uma partida de futebol, em que são observadas situações nas quais devam ser tomadas medidas de caráter preventivo no campo da responsabilidade civil, onde, atuando de forma diligente e profissional, a vontade da lei possa ser realizada de forma não arbitrária e possa fazer cessar a situação de ilegalidade.

³⁶ *Idem*, p. 610.

Nesse sentido, ressaltam-se as qualidades do juiz moderno, do juiz democrático; deve ser neutro em relação às partes, mas atuante em relação à sociedade civil, que anseia por melhorias de seus problemas cotidianos, as quais muitas vezes, não estão nas mãos dos administradores dos grandes centros, mas, em não poucas vezes, nas mãos do Judiciário, que deve ser destemido ao lidar com problemas reais que atormentam o cidadão comum. O papel do Julgador na audiência é o de analisar provas e advertir as partes das conveniências e inconveniências da perpetuação de uma demanda que se arrasta no tempo. Principalmente em se tratando de responsabilidade objetiva, onde se dispensa a prova de culpa, é dever do juiz advertir as partes quanto à existência ou não da prova do dano, o que, muitas vezes, sepulta a demanda. Não pode ocorrer o pré-julgamento, ou mesmo o tratamento diferenciado pelo poderio econômico de uma das partes; na hipótese tratada, a Instituição Financeira, que figura como autora ou ré. Autora, quando, na maioria das vezes, busca a recuperação de crédito; e ré, quando é alvo de pleitos de reparação civil, ou discussões quanto a cobranças abusivas.

Quanto ao poderio das Instituições Financeiras e à distinção em razão das pessoas, tem-se a lição de Antônio Carlos Marcato:

O juiz moderno compreende que só se lhe exige 'imparcialidade' no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a 'indiferença'. Deve-se analisar a inserção dos princípios do contraditório e da imparcialidade do juiz no contexto do devido processo legal. Há a necessidade de o juiz acompanhar as mudanças de seu tempo, atuando "como autêntico canal de comunicação entre a sociedade e o mundo do jurídico"; de outro, a exigência de um permanente diálogo entre o juiz e as partes, revelador do contraditório em seu aspecto substancial. Mas resguarda a garantia da imparcialidade do juiz, sem a qual o processo pode se transformar em instrumento de iniquidades, com a distribuição de favores aos amigos ou poderosos e a imposição de danos e prejuízos aos inimigos ou desvalidos, tudo sob o manto protetor do poder estatal. Foi-se o tempo em que se esperava do juiz um distanciamento do conflito submetido à sua apreciação, como se o resultado final do processo pudesse prescindir da atuação mais efetiva e direta desse sujeito da relação jurídica processual. O julgador moderno deve dedicar permanente atenção aos rumos do processo, direcionando-o para um desfecho válido e seguro, para

tanto exercitando em sua plenitude os poderes que lhe são conferidos por lei. Exige-se dele, no desempenho de seu elevado mister, não apenas uma bagagem jurídica que o habilite a bem decidir, mas, principalmente, um apego inquebrantável à sua própria imparcialidade, garantia sua e de seus jurisdicionados, repugnando ao sistema jurídico apenas a figura do juiz parcial, não a do juiz partícipe.³⁷

Montero Aroca leciona na mesma linha:

A pesar de que la imparcialidad tiene que ser subjetiva, y no puede dejar de serlo, lo que ley hace es intentar objetivarla, y para ello suele establecer una relación de situaciones, que han de poder constatarse objetivamente, cuya concurrencia convierte al juez es sospechoso de parcialidade, e independientemente de que en la realidad un juez concreto sea o no capaz de mantener su imparcialidad, su equidistancia de las partes. La regulación de la imparcialidad en las legislaciones no puede atender a descubrir el ánimo de cada juzgador y en cada caso de los que conoce, lo que sería manifestamente imposible, sino que se conforma con establecer unas situaciones concretas y constatables objetivamente, concluyendo que si algún juez se encuentra en una de ellas cuando conoce de un proceso concreto, el juez debe apartarse del conocimiento de asunto o puede ser apartado del mismo.³⁸

Como bem trabalha Montero Aroca, a apuração da imparcialidade deve ser realizada em cada caso concreto. Principalmente nas situações não enquadradas pela norma legal, mas que se pode apurar concretamente, em que a imparcialidade estaria sofrendo ataques, mesmo que de forma imperceptível ou tão somente psicológica.

La imparcialidad, por tanto, no es una característica absoluta de los jueces y magistrados, como es la independencia, sino que há de referirse a cada proceso que se somete a su decisión. Así como la independencia ha de determinarse con relación a las garantías establecidas en la ley al regular el estatuto jurídico de los jueces y magistrados, de modo que la única manera de saber si en un país existe independencia judicial consiste en comprobar si ese estatuto la permite realmente y sin referencia a un proceso concreto, la imparcialidad no puede determinar-se con relación a estatuto alguno, no es algo abstracto, sino que guarda necesariamente relación con un proceso determinando, y por ello es concreta, de un juez y en un proceso.³⁹

37 MARCATO, Antônio Carlos. *op. cit.*, p. 65.

38 AROCA, Juan Montero, *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Valencia: *Tirant lo Blanch*, 1999, p.189.

39 *Ibidem*.

O juiz deve manter-se afastado e ao mesmo tempo próximo das partes. Afastado para a própria preservação da isenção e imparcialidade, e, ao mesmo tempo, deve estar próximo, no sentido de vislumbrar os anseios e aspirações dos envolvidos no processo; mesmo porque o que, aparentemente, para o Judiciário, pode ser um dado estatístico, para a parte é a demanda de uma vida, ainda que vista pela ótica psicológica da adequada e satisfatória prestação jurisdicional. A responsabilidade civil deve ser encarada como uma forma de se colocarem as partes em uma posição como se nunca se houvessem conhecido. Em muitas ocasiões, tal situação não é possível; assim, o julgador deve, muitas vezes, julgar recorrendo ao véu da ignorância, ponto explorado por John Rawls.

Rawls ensina que:

A teoria da justiça como equidade espera estender a idéia de acordo justo à própria estrutura básica. Deparamos aqui com uma grave dificuldade de qualquer concepção política de justiça que emprega a idéia de contrato, quer seja a de contrato social ou não. A dificuldade é a seguinte: devemos determinar um ponto de vista a partir do qual se possa concertar um acordo equitativo entre pessoas livres e iguais; mas esse ponto de vista tem de ser distanciado das características particulares da estrutura básica existente atender e não ser distorcido por elas. A posição original, com sua característica que denominei de “véu de ignorância” (teoria § 24), inclui esse ponto de vista. Na posição original, não se permite que as partes conheçam as posições sociais ou as doutrinas abrangentes específicas das pessoas que elas representam. As partes também ignoram a raça e grupo étnico, sexo, ou outros dons naturais como a força e a inteligência das pessoas. Expressamos figurativamente esses limites de informação dizendo que as partes se encontram por trás de um véu de ignorância.⁴⁰

A simbologia da imparcialidade do juiz é lembrada por Geovany Cardoso

Jeveaux:

resta delimitar o por que do símbolo da imparcialidade e sua função para a teoria jurídica. Resumidamente, ele se explica pelo fato histórico de toda atuação das autoridades, que foram concebidas como as vozes do Estado em posse de pessoas investidas de parcela de poder deste, corresponder à “vontade” e à “razão” estatais. E sendo o estado um ente fictício, criado com o fim de organizar a vida coletiva em prol do “bem comum” e da “ordem”, não

40 RAWLS, John. *Justiça como Equidade. Uma Reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 22.

se poderia acusá-lo de tender a esse ou àquele interesse, de modo que sua figura retém a imagem de neutralidade e impessoalidade. Sendo assim, o mote do símbolo vem a ser a garantia de que as palavras do juiz sejam, em última análise, as palavras do Estado ao traduzir a adequação dos fatos às regras (subsunção), de modo tão “imparcial” e “impessoal” quanto ele é. A função daquele símbolo é tornar a decisão aceitável, isto é, legítima. E para isso recorre a uma tecnização do conhecimento jurídico, para a decidibilidade de conflitos, a qual utiliza, por sua vez, conceitos abstratos, curiosamente aplicados à tarefa de conformar os fatos concretos à norma genérica e também abstrata, supostamente bem utilizada.⁴¹

Para garantir a imparcialidade, a CF/88, no art. 95, previu as garantias do magistrado, que são a vitaliciedade (garantia de permanência no cargo, salvo se perder por sentença judiciária), a inamovibilidade (garantia de permanência na vara ou juízo que está julgando, salvo por motivos de interesse público, por determinação do tribunal e por voto de 2/3 de seus juízes efetivos) e a irredutibilidade de vencimentos (para evitar que o juiz seja constantemente coagido a ser parcial).⁴²

A preocupação com a imparcialidade transcende as fronteiras nacionais, sendo de extrema relevância lembrar o artigo 6º da Convenção Européia dos Direitos Humanos.

O artigo 6º trata do direito a um processo equitativo e estabelece:

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.⁴³

41 JEVEAUX, Geovany Cardoso. *A simbologia da imparcialidade do Juiz*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 8.

42 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *op. cit.*, p. 162.

43 GRECO, Leonardo. *op. cit.*, p. 69.

Leonardo Greco leciona que, sob o perfil subjetivo, o direito ao processo, previsto no artigo 6º, não admite limitações, seja a cidadãos, estrangeiros ou apátridas. Também não são excluídas as pessoas jurídicas, salvo em matéria criminal, quanto aos direitos tipicamente inerentes às pessoas físicas. O direito à tutela jurisdicional é reconhecido como direito subjetivo tanto ao interessado na resolução de uma controvérsia civil quanto à pessoa objeto de uma acusação em matéria penal. Assim, tem-se que, no aspecto da reparação civil, tanto o estrangeiro, o naturalizado ou o natural têm o mesmo direito a um julgamento lhamo, isento de qualquer contaminação, principalmente, quando envolva responsabilidade por qualquer ato danoso praticado.

O texto da Convenção Européia acima descrito aproxima-se muito do disposto no artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, em vigor no Brasil, nestes termos:

Artigo 8º. Garantias judiciais:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.⁴⁴

Leonardo Greco trata a questão das influências psicológicas com precisão, observando que:

A imparcialidade deve também ser examinada nos casos das chamadas *contaminações psicológicas*: o juiz que desentranha prova ilícita da qual já tomou conhecimento; o juiz que julgou o autor carecedor da ação e teve a sua decisão reformada, sendo obrigado a julgar o mérito contra a sua convicção; o juiz que concedeu medida cautelar e fica vinculado para julgar a ação principal; o juiz que julga a ação de reparação civil depois de ter julgado a ação criminal; o juiz que julgou os mesmos fatos em causa conexa; o juiz que em tribunal colegiado decidiu recurso contra o recebimento inicial da acusação e que, posteriormente, no mesmo colegiado, julga recurso contra a sentença final; nos países que têm juizado de instrução, o juiz que investigou o crime não deve julgá-lo. Não me parece que, salvo no último caso, em que a

44 Idem, p. 70.

incompatibilidade decorre de que os atos do investigador serão objeto do julgamento, nos demais se possa considerar o juiz suspeito ou impedido, embora se encontrem decisões até de tribunais internacionais que em determinados casos decidiram pela suspeição⁴⁵. O juiz não pode ser encerrado numa redoma. Ele lê jornais, ele participa de conversas privadas, ele recebe em particular pessoas que lhe manifestam opiniões sobre causas que vai julgar. Mas o juiz sabe que não pode decidir a causa com base nessas informações extraprocessuais, que ao decidir a causa ele deve aplicar o direito aos fatos e às provas colhidas validamente no processo: *quod non est in actis non est in mundo*. Por isso ele não pode associar o seu julgamento a qualquer opinião ou convicção formadas no mesmo ou em outro processo sobre qualquer questão que guarde relação com a *res in iudicium deducta*.⁴⁶

A preocupação gira em torno das contaminações psicológicas que afetam ao julgador na hipótese concreta, vez que o “reconhecimento da suspeição é pressuposto negativo da sentença de mérito, na medida em que ele ocorre, torna-se inadmissível sua prolação pelo juiz que vinha dirigindo a causa.”⁴⁷

O temor, aqui tratado, gira em torno do magistrado que, influenciado por tendências modernas ligadas à responsabilidade oriunda do risco, possa aplicar indistintamente a regra da responsabilidade objetiva em situações que, muitas vezes, mereceriam uma melhor ponderação e com isso haveria uma nítida mácula até mesmo no campo de sua atuação como magistrado.

O magistrado não pode esquecer que a norma está intimamente ligada ao valor, principalmente quando se trata de responsabilidade no campo civil. Ou seja, o conteúdo axiológico, muitas vezes, pode até mesmo parecer uma tendenciosidade do julgador ao interpretar a norma legal, o que, na verdade, isto é, a aplicação valorativa das várias situações humanas é a própria realização da justiça em seu sentido mais puro.

Reale ensina que

45 V. *Code de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, comentada e anotada por J.L. Charrier, ed. Litec, 2000, p.108. V. também a sentença da Corte Européia no caso *Castillo Algar v. Espanha*, julgado em 28/10/98 (in Ricardo Rodríguez Fernández, *La contaminación procesal - el derecho al juez imparcial - causas de abstención y recusación*, Granada: Comares, 2000, p. 39 e ss. e 143 e ss.

46 GRECO, Leonardo. op. cit., p. 71-72.

47 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. Malheiros, 2002, p. 135.

é necessário aprofundar o estudo dessa “experiência normativa”, para não nos perdemos em cogitações abstratas, julgando erroneamente que a vida do Direito possa ser reduzida a uma simples interferência de Lógica formal, como se uma decisão judicial, por exemplo, fosse equiparável a um silogismo, cuja conclusão resulta da simples posição das duas premissas. Nada mais ilusório do que reduzir o Direito a uma geometria de axiomas, teoremas e postulados normativos, perdendo-se de vista os valores que determinam os preceitos jurídicos e os fatos que os condicionam, tanto na sua gênese como na sua ulterior aplicação.⁴⁸

Nessa ponderação de valores, deve-se observar no caso concreto se há contaminação psicológica afetando o julgamento isento, que, realmente, de forma efetiva, influencie o julgamento; ou se há a valoração em demasia de determinada prova; ou mesmo, no caso da prova desentranhada, se a sua leitura acarretou alguma contaminação no espírito do julgador de forma a corromper o julgamento isento.

Calamandrei leciona:

Representa-se escolarmente a sentença como o produto de um puro jogo lógico, friamente realizado com base em conceitos abstratos, ligados por inexorável concatenação de premissas e conseqüências; mas, na realidade, no tabuleiro do juiz, as peças são homens vivos, que irradiam invisíveis forças magnéticas que encontram ressonâncias ou repulsões, ilógicas mas humanas, nos sentimentos do judicante. Como se pode considerar fiel uma fundamentação que não reproduza os meandros subterrâneos dessas correntes sentimentais, a cuja influência mágica nenhum juiz, mesmo o mais severo, consegue escapar?⁴⁹

A imparcialidade vista no campo da reparação civil, principalmente na responsabilidade objetiva, deve ser valorada em seu conceito mais puro e mais autêntico, na medida que a distância entre as partes não endureça o coração do julgador, ou o torne um ente intocável e inacessível. Deve o julgador perceber as entrelinhas, os pequenos detalhes, ter a sagacidade para ler o processo como um jogo que envolve amores, conflitos e vida; e é com a vida dos envolvidos que o magistrado deve ter a paciência de um velho e o ardor de um jovem na busca da verdade, que é sinônimo de justiça.

48 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, p. 564.

49 CALAMANDREI, Piero. *op. cit.*, p. 175-176.

A atividade empresarial e o lucro são situações que envolvem risco e, muitas vezes, a vítima não tem meios como lutar contra o poderio econômico. Mas o magistrado deve sopesar que a irresponsabilidade no ato de responsabilizar de qualquer forma a parte mais forte da relação pode ser um contra-senso para o estímulo à concepção de desenvolvimento e crescimento da própria sociedade. A responsabilidade civil com base no risco deve ser analisada com muito cuidado pelo magistrado, para que o mesmo – que pode trabalhar com o instrumento poderoso da responsabilidade objetiva, onde o elemento culpa não é mais necessário – não transforme um instrumento de justiça em um instrumento de distanciamento e de ato de império ou ato ditatorial de força.

Márcia Cunha S. A. Carvalho lembra:

Entretanto, a imparcialidade não pode confundir-se com indiferença ou até desprezo pelo direito das partes. Juiz imparcial está preocupado em prolar uma decisão justa, sem, contudo, estar alheio ao sofrimento das partes ou aos reflexos de sua decisão sobre a sociedade. A imparcialidade não pode ser escudo para a insensibilidade. O juiz que não está atento para perceber as desigualdades entre as partes ou aquele que, em que pese percebê-las, permanece inerte, fingindo que não vê, ao contrário do que pensa, é parcial, ao permitir que uma das partes não tenha real acesso à justiça, pois não pode influir na decisão judicial em razão da sua inferioridade intelectual, social e econômica. Nesse sentido ensina BARBOSA MOREIRA: “ao juiz não deve importar que vença o litígio, que saia vitorioso, o indivíduo X ou o indivíduo Y, considerados nas suas características de indivíduo. Mas deve importar sem sombra de dúvida, que saia vitorioso quem tem razão. A este ângulo não há neutralidade possível. Ao juiz, como órgão do Estado, interessa, e diria que ninguém interessa mais do que a ele, que se faça justiça, isto é, que vença aquele que efetivamente tenha razão. A reparação civil é uma forma de colocar as partes em uma situação de reequilíbrio inicial, em uma situação de retorno ao “*status quo ante*”. Não parece aceitável o argumento de que o juiz que intervém na relação processual para equilibrar as forças das partes torna-se parcial. É interessante verificar que este argumento somente se acende quando se está diante da relação processual formada em razão de questão que envolva direito material disponível, não se questiona que o juiz deva interferir, de ofício, na busca da solução efetivamente justa, na busca da verdade real. Poderia-se aduzir que, nestes casos, o Estado dispõe de outro órgão que não o juiz (o Ministério Público), para agir em nome da prevalência do interesse público na busca da verdade real, mantendo-se a passividade do juiz. O que se dizer, então, quando o Ministério Público, por qualquer razão, não se desincumbe devidamente desta função? Deve o juiz permanecer inerte, mesmo sabendo que a verdade ainda não foi alcançada, mas pode sê-lo? A resposta para esta segunda pergunta é rigorosamente não, ou seja, o juiz, diante de questão que envolva direito material indisponível,

independentemente da atividade do Ministério Público, está livre de buscar a verdade real. Não se questiona a imparcialidade do juiz, neste caso. Qual seria então a diferença, quanto à imparcialidade do juiz, caso se trate de relação jurídica envolvendo direito material? A resposta é que não há rigorosamente diferença nenhuma. Assim, o que torna o juiz parcial não é a sua postura psicológica diante das partes e do objeto da ação, ou seja, as razões de consciência que o levam a agir ou, até mesmo permanecer inerte.⁵⁰

A aplicação da responsabilidade objetiva deve primar pelo processo justo, que vislumbra o tratamento isonômico, isento de máculas e de vícios, para que as partes e aqueles que estão de fora observem com nitidez a administração da justiça, ditada por aqueles que buscam a Justiça na realidade cotidiana, que é o que importa realmente, sem quaisquer falsos sofismas. A aplicação da responsabilidade civil é, sem dúvida, um estudo que comporta permanente evolução, principalmente quando se utiliza norma processual para a devida aplicação da responsabilidade. O processo tem caminhado para se desamarrar de solenidades inúteis, para que se prestigie o verdadeiro sentido da justiça, que é a busca do interesse real da sociedade.

Para prestigiar o sentimento de justiça, o julgador, não raro, recorre à equidade; equiparado muitas vezes a um árbitro, não esquece do direito, como se observa na lição de Norberto Bobbio:

Julgando por equidade o juiz age como um árbitro. Na linguagem comum, de fato, se pensa no árbitro como um *bônus vir*, que é escolhido pelas partes, para resolver uma controvérsia, dirimindo os interesses em conflito segundo seus próprios critérios de justiça. Mas em sentido jurídico o árbitro nem sempre pode prescindir do direito, como se conclui do art.822 do Código de Processo Civil: Os árbitros decidem segundo as normas do direito, a não ser que as partes tenham autorizado, mediante qualquer expressão, que se pronunciem por equidade.⁵¹

Vale, ainda, a lição de Piero Calamandrei:

50 CARVALHO, Márcia Cunha S. A.. *op. cit.*, p. 197.

51 BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*/Norberto Bobbio; compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 172.

O estudo do Direito Processual é o que mais perto nos permite chegar para tomar – quase diria, auscultar, como faz o médico quando apóia a orelha sobre o peito do enfermo – a palpitação da justiça; desta aspiração, desta esperança, desta voz misteriosa e divina que corre, mais viva que o sangue nas veias, no espírito do homem. Sob os arcos do processo, já o escreveu Giuseppe Chiovenda recordando o monólogo de Hamlet, corre a riade inesgotável do destino humano; ninguém melhor que o processualista, ao assomar estes parapeitos, pode entender – se tem ouvido para escutá-las – as vozes que saem dos redemoinhos desta correnteza, este anelo universal de justiça, a dor da inocência injustamente ferida e a consolação de quem se dá conta de que, ao final, a força cega deve submeter-se à razão desarmada. Destas vitórias e destas derrotas da justiça ninguém como nós, que estudamos o processo, pode sentir o consolo ou a vergonha. Sob as fórmulas chancelerescas do processo, de tempos em tempos uma palavra misteriosa se apresenta para nos lembrar de nosso compromisso; há, entre os mecanismos constitucionais do Estado, um ministério cujo título se refere à justiça: todo aquele enredo de formalismos burocráticos que se acopla em torno das aulas jurídicas se chama administração de justiça. Ninguém melhor que nós tem condição de perceber a distância que pode existir entre a realidade destes sufocantes formalismos e a exigência escrita nesta alada vivificadora palavra; ninguém melhor que nós, que somos os mecânicos destes aparelhos instituídos para traduzir a justiça em realidade cotidiana, está em situação de compreender que quando estes aparelhos se travam também a justiça vem a ser, para quem sofre, um embuste sinistro e uma traição.⁵²

É a busca incessante da pacificação social, ainda que a parte tenha um julgamento contrário aos seus interesses, onde haja uma condenação mesmo em uma situação em que não houve culpa, mas em que se observou a participação de um processo com regras e com normas claras e definidas, onde nenhuma influência interna, externa, codificada ou não, fez inculcar, no espírito do julgador, sentimento ou qualquer ação capaz de tender o julgamento para uma das partes. A justiça, portanto, não é um *habitus*, mas um ato também. O juiz, nesse sentido, não é aquele que tem a posse da justiça, mas aquele que a faz atuar, ligando-a a uma pessoa. Por isso, diz Aristóteles, que o fim do Estado é formar cidadãos, capacitando-os a cumprir boas ações (*E.N.*, I, 10,1100 a).⁵³

Assim, o igual é intermediário entre o maior e o menor, mas o ganho e a perda são respectivamente menores e maiores de modos contrários: maior quantidade do bem e

52 CALAMANDREI, Piero. *op. cit.*, p. 181.

53 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos da Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas. 2003, p. 163.

menor quantidade do mal são ganho, e o contrário é perda; o meio-termo entre os dois é, como já se viu, o igual, a que se chama justo; portanto, a justiça corretiva será meio-termo entre perda e ganho.

Eis o porquê, quando ocorrem disputas, de as pessoas recorrerem ao juiz: isso é recorrer à justiça, pois a natureza do juiz é ser uma espécie de justiça animada, e as pessoas o procuram como um intermediário. Em algumas cidades-Estado, os juízes são chamados mediadores, na convicção de que, se conseguirem o meio-termo, os litigantes obterão o que é justo. Portanto, justo é um meio-termo, já que o juiz o é.⁵⁴

54 ARISTÓTELES. *Ética a Nicomaco*. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 111.

4. DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO CÓDIGO DE 1916

A responsabilidade civil no Código de 1916 teve sua disciplina nos artigos 1518 a 1532, no Título VII, do terceiro livro da parte especial, onde se tratou “Das Obrigações por Atos Ilícitos”.

Não houve tratamento expresso sobre a teoria do risco, sendo certo que a responsabilidade objetiva era tratada em legislações esparsas e pela própria jurisprudência.

A violação de um dever jurídico gera a obrigação de indenizar, ou reparar, o ilícito cometido. O ordenamento jurídico estabelece deveres para os destinatários da norma. Um dever jurídico originário, ou primário, gera um dever jurídico sucessivo, chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo.

A partir dessa idéia, a responsabilidade civil seria um dever jurídico sucessivo, que surge para recompor o dano originado pelo descumprimento do dever jurídico primário ou originário.

A responsabilidade civil pressupõe, a partir dessa análise, um dever jurídico preexistente que restou descumprido.

Sob este aspecto, deve-se diferenciar obrigação de responsabilidade: na obrigação, tem-se um dever jurídico originário; e na responsabilidade, há um dever jurídico sucessivo. Ou seja, não se pode imputar responsabilidade a alguém se não houver descumprimento de um dever jurídico preexistente ao próprio dever de indenizar.

O artigo 389 do Código Civil de 2002 faz a distinção entre obrigação e responsabilidade civil, quando estabelece: *“Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”*⁵⁵

55 BRASIL. Código civil. p. 88.

Importante salientar que o Código Civil traz de forma clara e inequívoca o dever de indenizar como sendo uma obrigação. Pode-se falar, então, em sucessividade, ou seja, a obrigação de indenizar decorre de uma obrigação anterior, oriunda da lei, do contrato ou da própria ordem jurídica.

Sérgio Cavaliéri Filho leciona que

a idéia da culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva. O novo Código Civil, em seu art. 186 (art. 159 do Código Civil de 1916), manteve a culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva. A palavra culpa está sendo aqui empregada em sentido amplo, *lato sensu*, para indicar não só a culpa *stricto sensu*, como também o dolo. Por essa concepção clássica, todavia, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna. O desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento do maquinismo e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa. Importantes trabalhos vieram, então, à luz na Itália, na Bélgica e, principalmente, na França sustentando uma responsabilidade objetiva, sem culpa, baseada na chamada teoria do risco, que acabou sendo também adotada pela lei brasileira em certos casos, e agora amplamente pelo novo Código Civil no parágrafo único do seu art. 927, art 931 e outros.⁵⁶

Mesmo tomando como premissa a responsabilidade civil no seu conceito subjetivo, não se pode deixar de observar que, com as inovações tecnológicas, com a evolução do conhecimento científico e com a forma massificada no trato das relações humanas, houve sensível ampliação de danos, decorrentes dessa nova realidade que se apresenta.

É alicerçado nesse aspecto que se destaca a responsabilidade civil objetiva, ligada à idéia do risco das atividades. O Código Beviláqua de 1916, colonial e agrário, passa para um Código de 2002, marcado pela era dos centros urbanos, onde não há, muitas vezes, relações entre pessoas, mas pessoas lidando com máquinas, contratando diretamente com

56 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *op.cit* , p.38-39.

terminais eletrônicos, contratação impessoal, massificada, em que as pessoas representam números estatísticos.

Constatou-se, nessa nova realidade, que o ordenamento jurídico, em matéria de responsabilidade civil, já não atendia aos anseios de uma economia de massa, em que, não raro, a ausência de norma sancionadora de reprimenda ao ato ilícito constitui até mesmo estímulo à prática do ato danoso.

A partir disso caminhou a legislação, de forma gradual e em conformidade com a necessidade humana, para o que se tem em matéria de responsabilidade objetiva. Responsabilidade diretamente ligada ao risco da atividade, ou seja, o elemento culpa seria eliminado do campo de responsabilidade, bastando provar o risco da atividade, o evento danoso e o nexo de causalidade entre a ocorrência do dano e prática do ilícito.

4.1. DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA POR ATOS LÍCITOS

No Código de 1916 havia situação em que os atos, ainda que praticados em conformidade com a lei, geravam a responsabilidade civil; assim, mesmo realizados de acordo com a lei, ao causarem danos, obrigavam aqueles que os praticaram o dever de indenizar.

Como hipóteses, no Código de 1916, os artigos 584 e 586: embora mesmo tomadas todas as medidas para se evitar a contaminação da água da propriedade vizinha, ficava o vizinho poluidor obrigado a reparar o dano. Os artigos 554, 560, 567 e 706 eram hipóteses de aplicação da responsabilidade objetiva.

A função socializante da propriedade já era ponto de destaque na análise da responsabilidade objetiva, uma vez que o direito de vizinhança tinha um destaque especial na responsabilidade objetiva.

Soma-se a isso no campo da responsabilidade objetiva por atos lícitos a

excludente prevista no artigo 160, inciso I, c/c o artigo 1520, parágrafo único, e no artigo 160, inciso II, à luz das disposições vertidas nos artigos 1519 e 1520, *caput*, hipóteses de legítima defesa e estado de necessidade que causa danos a terceiros.

Nesse campo pode-se observar a própria Instituição Financeira que, sob a alegação da prática de exercício regular de direito, faz incluir o nome do cliente em órgão de negativação, como Serasa, por dívida referente a alguns centavos, sem qualquer comunicação prévia, sendo inequívoca a conclusão da objetivação da responsabilidade em tais hipóteses. Mesmo que, em tese, a Instituição estivesse exercendo seu regular exercício de direito, não é nada razoável a negativação por valor mínimo, mesmo porque a relação de proteção é princípio básico entre cliente e Instituição Financeira.

Na legítima defesa vale ressaltar que, pela análise do artigo 1520, parágrafo único do Código Civil de 2002, não há ressarcimento quando ocorre essa hipótese de excludente.

4.2. RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR ATOS ILÍCITOS

Quanto à responsabilidade objetiva por atos ilícitos, vale destacar o artigo 1529, que tratava dos danos causados por coisas lançadas ou caídas de imóveis.

Carvalho Santos, ao tratar do artigo 1529, traz a seguinte lição:

A responsabilidade é objetiva, ensina a generalidade dos autores. Não importa, pois, que as coisas tenham caído acidentalmente ou tenham sido lançadas para o exterior propositadamente, nem exonera o morador a prova de que a coisa foi atirada por outrem. A responsabilidade se funda em exigência geral de segurança, a que corresponde o dever de não lançar ou deixar cair coisas em lugares por onde passem as pessoas, "*ubi vulgo iter fit*", como já se dizia no Direito romano. Ilide-se a responsabilidade da "*actio de dejectis*" provando-se: a) ausência de dano; b) prova de não ser habitante da casa; c) prova negativa do lançamento ou queda de qualquer objeto da casa cujo morador se incrimina; d) prova de que o lugar a que foi lançada a coisa era próprio para recebê-la: depósito de lixo, etc.; e) acidentalidade do lugar escolhido; entrada

do autor do dano na casa para arremessar a coisa.⁵⁷

Outras normas quanto à responsabilidade por atos ilícitos foram consideradas de início, como presunções de culpa e evoluíram para a responsabilidade objetiva, como na hipótese da responsabilidade por fato de terceiro, anteriormente disciplinada pelo artigo 1521, o qual elencava um rol de pessoas respondendo por danos causados por outrem, sem sua participação direta.

Nesse diapasão da responsabilidade sem culpa por fato de outrem, tem-se o artigo 1546 do CC/16, relativo à responsabilidade do preposto do farmacêutico. A responsabilidade era tomada como objetiva em relação ao farmacêutico e em relação ao preposto.

Quanto à responsabilidade decorrente da guarda da coisa, inserida no artigo 1527 do Código de 1916, a evolução jurisprudencial consolidou a idéia de responsabilidade objetiva tanto na guarda da coisa inanimada como na da animada.

⁵⁷ SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático por J.M.de Carvalho Santos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, p.339.

5. DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA – EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Como o Código de 1916 tratava a questão da responsabilidade objetiva de forma velada, o legislador procurou de forma esparsa trabalhar a responsabilidade objetiva em situações especiais na medida da necessidade de sua aplicação.

Sem sombra de dúvida, o Código Civil de 1916 adotou a teoria clássica da culpa, ficando reservada a teoria objetiva à aplicação em alguns setores da atividade em leis especiais.

O primeiro decreto legislativo a discorrer de responsabilidade objetiva foi o 2.681/1912⁵⁸, que tratava da responsabilidade das estradas de ferro.

Pouco tempo depois, com a edição do decreto 3.724/1919⁵⁹, houve a fixação da responsabilidade objetiva das empresas por danos decorrentes de acidentes de trabalho.

Somente após um razoável lapso temporal, houve nova fixação de responsabilidade objetiva calcada no Decreto 24.642/1934 (Código de Minas), que tratava da responsabilidade pelos danos causados à propriedade em situações de exploração do minério.

Através do Decreto-Lei 483/1938⁶⁰ Código Brasileiro do Ar, atual lei

58 Decreto 2.681/1912

Art. 17 – As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem aos viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea.

A culpa será sempre presumida, só se admitindo em contrário alguma das seguintes provas: 1ª - Caso fortuito ou força maior; 2ª - Culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada. BRASIL.Código civil. p. 443.

59 Decreto 3.724/1919; Art. 2º O acidente, nas condições do artigo anterior, quando ocorrido pelo fato do trabalho ou durante este, obriga o patrão a pagar uma indenização ao operário ou à sua família, exceptuados apenas os casos de força maior ou dolo da própria vítima. Art. 15. Os proprietários ou possuidores do solo são obrigados, contra reparação integral e prévia do dano, a permitir sejam executados os trabalhos de pesquisa, sendo que os de prospecção, inclusive medições, levantamentos de planta, colheita de amostras e outros semelhantes, independem de indenização. O dano, não havendo acordo entre as partes, será fixado por perícia de arbitramento e só será imputável ou autorizado quando este começar os trabalhos de pesquisa propriamente dita.

60 Decreto Lei 483/1938; Art. 97. Dará direito à reparação qualquer dano que uma aeronave em vôo, manobras de partida ou chegada, causar a pessoas ou bens que se encontrem à superfície do solo. Parágrafo único. Essa responsabilidade só se poderá atenuar, ou excluir, na medida em que à pessoa lesada couber culpa.

7565/1986⁶¹, houve a fixação da responsabilidade por danos causados a terceiros no solo, estritamente ligada ao risco da atividade.

Em 1946, através do artigo 184, verificou-se o primeiro momento de uma norma constitucional fixando a responsabilidade objetiva do Estado, o que significou notável avanço legislativo, vez que, agora, a norma que fixava responsabilidade objetiva, mesmo que em uma situação especial era norma de conteúdo constitucional, situada no topo hierárquico das normas jurídicas.

A Lei nº 6.938/81 estabeleceu a responsabilidade objetiva em matéria ambiental, fundamentalmente no artigo 14, § 1º.

O Código do Consumidor, Lei nº 8.078/90, em seus artigos 12 e 14, dispõe sobre a responsabilidade objetiva para o fornecedor e realizador de serviços nas relações de consumo.

Na lei antitruste, Lei nº 8.884/94, consta a responsabilidade objetiva por infrações contra a ordem econômica.

O artigo 25 da Convenção de Varsóvia, com redação dada pelo Protocolo Adicional de Montreal nº 4 , de 25.09.1975, em vigor desde 14.06.1998⁶², estabeleceu a responsabilidade objetiva para a reparação do dano até o limite estabelecido na Convenção. Dolo, ou culpa somente seria exigido na hipótese de superação ao limite estabelecido.

Por fim, a lei 10.406/2002, em seu artigo 927, no seu parágrafo único, inova,

61 Lei 7.565/1986 (Código Brasileiro do Ar) Art. 268. O explorador responde pelos danos a terceiros na superfície, causados, diretamente, por aeronave em vôo, ou manobra, assim como por pessoa ou coisa dela caída ou projetada. § 1º Prevalece a responsabilidade do explorador quando a aeronave é pilotada por seus prepostos, ainda que exorbitem de suas atribuições. § 2º Exime-se o explorador da responsabilidade se provar que: I - não há relação direta de causa e efeito entre o dano e os fatos apontados; II - resultou apenas da passagem da aeronave pelo espaço aéreo, observadas as regras de tráfego aéreo; III - a aeronave era operada por terceiro, não preposto nem dependente, que iludiu a razoável vigilância exercida sobre o aparelho; IV - houve culpa exclusiva do prejudicado.

62 “Art. 25. No transporte de passageiros e de bagagem, os limites de responsabilidade previstos no art. 22 não se aplicam se for provado que o dano resulta de uma ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos, cometida com a intenção de causar dano ou temerariamente, e com consciência de que provavelmente causaria dano; todavia, no caso de ação ou omissão de prepostos, dever-se-á provar, igualmente, que agiram no exercício de suas funções.”

ao estabelecer que “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.”⁶³

Apenas por esse elenco de leis que discorrem da responsabilidade objetiva pode-se notar a evolução legislativa no tratamento da matéria.

A regra geral da responsabilidade subjetiva pouco a pouco começa a ceder terreno à responsabilidade objetiva, que caminhou através de leis esparsas até a atual regra da responsabilidade objetiva prevista no artigo 927, parágrafo único, da lei 10.406/2002. Importante observar que a responsabilidade objetiva não se tornou regra geral, mas ganhou importante espaço no campo de responsabilidade civil.

Analisando-se algumas das hipóteses mencionadas, tem-se, “*a priori*”, a responsabilidade do transportador, que foi construída com base na presunção de culpa e de forma objetiva.

No Decreto Legislativo n.º 2.681 de 1912, que trata da responsabilidade civil das estradas de ferro, tem-se a culpa presumida nos acidentes ocorridos no desenvolvimento da atividade, sendo certo que a culpa somente pode ser ilidida em hipóteses como fato exclusivo da vítima, caso fortuito ou força maior.

A norma possui seu caráter objetivo consolidado no sentido de que até a culpa de terceiro tem sido analisada como fortuito em razão da súmula 187 do Supremo Tribunal Federal, que estabelece que “a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é ilidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”.⁶⁴

63 BRASIL.Código civil, p. 180-181.

64 Rui Stoco entende de forma contrária, informando a responsabilidade civil nesta hipótese como subjetiva “Quanto aos transportes ferroviários, por força de lei própria adiante mencionada, e rodoviário, por aplicação analógica da chamada - Lei das estradas de Ferro-, o antigo decreto 2.681, de 07.12.1912, não deixou dúvida quanto à exigência da culpa como pressuposto da responsabilidade civil ao dispor logo no art. 1º: “Será sempre presumida a culpa e contra esta presunção só se admitirá algumas das seguintes provas...” De sorte que, à luz desse Decreto 2.681/12, a responsabilidade das ferrovias e do transporte ferroviário – mediante aplicação

O fato de terceiro, referido pela súmula 187 do Supremo Tribunal Federal, não foi tratado pelo artigo 17 do decreto 2681/12. O fato culposo de terceiro é equiparado a fortuito interno, ligado ao risco da atividade desenvolvida, o que não descaracteriza o dever de indenizar⁶⁵.

Com a lei 8078/90, Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade civil do transportador passou a ser defeito do serviço, causador de um acidente de consumo, ficando mantida a responsabilidade objetiva do prestador de serviços, tomando como excludente apenas as hipóteses do artigo 14, § 3º, ou seja, comprovada inexistência do defeito e culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. A culpa concorrente não é excludente de responsabilidade.

As atividades nucleares estão regidas pela Lei 6.453 de 1977, inclusive, está abarcada pelo artigo 21, inciso XXIII, letra c da Constituição Federal de 1988, a qual estabeleceu que a “responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa.”

Não há discussão quanto ao fato de que as atividades nucleares constituem alto risco, o que leva ao enquadramento da atividade no campo da responsabilidade objetiva⁶⁶.

Lado outro, o princípio da responsabilidade civil do Estado jamais foi posto em dúvida. O artigo 15 do Código Civil anterior, já em 1916, tornou explícita essa

extensiva daquele estatuto a esta última modalidade – era subjetiva, presumindo-se a culpa do transportador e, portanto, invertendo-se o ônus da prova.” (STOCO, Rui. *op.cit.*, p. 288.)

65 “a jurisprudência já, de há muito, tem feito, com base na lição de Agostinho Alvim, a distinção entre “fortuito interno” (ligado à pessoa, ou à coisa, ou à empresa do agente) e “fortuito externo” (força maior, ou *Act of God* dos ingleses). Somente o fortuito externo, isto é, a causa ligada à natureza, estranha a pessoa do agente e à máquina, exclui a responsabilidade deste em acidente de veículos. O fortuito interno, não. Assim, tem-se decidido que o estouro dos pneus, a quebra da barra de direção, o rompimento do “burrinho” dos freios e outros defeitos mecânicos em veículos não afastam a responsabilidade do condutor, porque previsíveis e ligados à máquina...” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo. Saraiva, 2003. p. 282)

66 “Como observou Irineu Strenger, as atividades nucleares importam em perigos tão grandes e conseqüências tão danosas tão imprevisíveis que as convenções e as legislações abandonaram por completo, na definição da responsabilidade, o dogma da culpa e, numa demonstração da correlação existente entre responsabilidade objetiva e perigo, abraçaram esse sistema, com uma expressão ainda mais rígida, não admitindo sequer a excludente da força maior (*O ressarcimento do dano no Direito Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p.243). (STOCO, Rui. *op. cit.*, p. 439).

responsabilidade, no que foi seguido pelo atual art. 43, agora em harmonia com o art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Seguiram-se as Constituições de 1934, 1946, 1969 e 1988.

A jurisprudência da França restou por admitir a responsabilidade estritamente objetiva, quer dizer, independentemente de qualquer falha ou culpa do serviço⁶⁷.

O texto constitucional de 1946 trouxe notável avanço no campo da responsabilidade objetiva. Nos termos do art. 194, ficou assentado que “*as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros*”.⁶⁸

Comparando-se o texto mencionado com o do artigo 15 do Código Civil de 1916, nota-se que foram excluídos da norma os pressupostos da conduta contrária ao direito e da inobservância de dever legal, exatamente aqueles que denunciavam a adoção da responsabilidade subjetiva ou com culpa.

A norma constitucional consagrou a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, não mais sendo necessária a análise se houve culpa ou não na hipótese em análise. Os textos constitucionais posteriores apenas ratificaram o entendimento sem qualquer alteração de ordem substancial. É o que se pode observar do artigo 105 da Constituição Federal de 1967, bem como o artigo 107 da mesma Constituição, com a Emenda nº 1/69.

A Carta Magna de 1988 regulou a matéria no art. 37, § 6º, da seguinte forma “*As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*”.⁶⁹

67 STOCO, Rui. *op. cit.*, p. 965.

68 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *op. cit.*, p. 420.

69 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988, 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.42

O artigo 43 do Código Civil de 2002 tem total compatibilidade normativa em face da norma do art. 37, § 6º, da CF, o que deixa inequívoca a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva em relação ao Estado⁷⁰.

Importância fundamental na responsabilidade objetiva é o Código de Defesa do Consumidor, que revolucionou as relações de consumo.

Na seara da responsabilidade civil, afastou a teoria da culpa do código de 1916 e 2002 para abarcar a teoria da responsabilidade objetiva, invertendo, em algumas passagens, o ônus da prova na proteção ao consumidor.

Rui Stoco entende que a disciplina da lei 8078/90 em relação ao artigo 931 do Código Civil de 2002⁷¹ é mais abrangente que o próprio Código Civil, o que gera a crítica de que o artigo 931 já teria nascido ultrapassado⁷².

70 Além desse dispositivo, que de resto é o mandamento básico sobre o assunto, não se pode esquecer de mencionar o art. 21, XXIII, “c”, da Lei Fundamental, segundo o qual, competindo à União Federal explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer tipo, exercendo monopólio sobre pesquisa, lavra, enriquecimento e reprocessamento, industrialização e comercialização de minérios nucleares e derivados, assevera que “a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa”. A norma reforça a sujeição do Poder Público à responsabilidade objetiva, tendo como fundamento *a teoria do risco administrativo*, de modo que, se a União ou outra pessoa de sua administração causarem qualquer tipo de dano no desempenho de tais atividades, estarão inevitavelmente sujeitas ao dever de reparar os respectivos prejuízos através de indenização, sem que possam trazer em sua defesa o argumento de que não houve culpa no exercício da atividade. Haverá, pois, risco administrativo natural nas referidas tarefas, bastando, assim, que o lesado comprove o fato, o dano e o nexo causal entre o fato e o dano que sofreu. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *op. cit.*, p. 426).

71 “ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”

72 “Aliás, para nós o art. 931 do Código Civil de 2002 ao dispor que: “ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”, nasce superado, mostra-se anacrônico, redundante e absolutamente dispensável. O CDC disciplinou a matéria com maior amplitude, abrangendo não só os “empresários individuais e as empresas” como todos os atores que se inserem na produção, distribuição, comercialização, divulgação de produtos e serviços e até mesmo na sua concepção, projeção e desenvolvimento. E, como ambos os dispositivos estabelecem a responsabilidade independentemente de culpa, o preceito em estudo não tem qualquer eficácia. Poderia ter, caso previsse hipóteses de responsabilização não contidas no Código do Consumidor, de modo a ampliar o seu espectro de abrangência. Não é o caso, porém.” (STOCO, Rui. *op. cit.*, p. 445).

Os artigos 12⁷³ a 17 da lei 8078/90 fixaram a obrigação do fornecedor de reparar, independentemente de culpa, os acidentes de consumo, ou seja, de forma objetiva. Ocorre que o campo de abrangência do Código de Defesa do Consumidor tem sua limitação nas relações de consumo, ou seja, no consumidor como destinatário final.

Uma vez introduzida no ordenamento positivo a responsabilidade objetiva, para cuja configuração se exige a presença de apenas três elementos, quais sejam: a atividade deflagradora do dano, o dano e o nexo causal entre esse e a referida atividade, há de se perquirir as causas de exclusão da responsabilidade – de modo a evitar o que se constituiria na chamada teoria do risco integral – , em consonância com cada fonte normativa, tendo-se presente três premissas metodológicas: a) a incompatibilidade da técnica da responsabilidade objetiva com a pesquisa de culpa, mesmo que presumida, devendo o operador, para tanto, romper com a lógica subjetivista tão arraigada na tradição cultural brasileira; b) a necessidade de se compreenderem as causas de exclusão de responsabilidade, previstas nas fontes normativas de maneira casuística, como elemento de desconstituição do nexo causal – entre atividade e o dano – não já da culpa do agente, que não está em jogo; c) a solução dos conflitos em matéria de responsabilidade civil deve atender aos aludidos princípios constitucionais da solidariedade social e da justiça distributiva, que informam todo o sistema, impedindo que se reproduza, de maneira acrítica, a técnica individualista para novos modelos de reparação⁷⁴.

73 Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. § 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - sua apresentação; II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi colocado em circulação. § 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado. § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. (lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.) BRASIL.Código civil. p. 1016.

74 TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 203-204.

Nitidamente, observa-se que a legislação especial construiu historicamente a responsabilidade objetiva. Regra que anteriormente era definida como exceção, hoje caminha ao lado da responsabilidade subjetiva, devendo ser aplicada observando-se o caso em espécie; e de forma que a existência da culpa, antes regra absoluta, passou a ser uma das formas de se apurar a responsabilidade civil.

6. TEORIAS DO RISCO E RESPONSABILIDADE CIVIL

O estudo da responsabilidade civil objetiva passa por diversas teorias concebidas como teoria do risco. Sua análise é importante para a caracterização da responsabilidade civil das Instituições Financeiras.

Alvino Lima leciona:

A teoria do risco, embora partindo do fato em si mesmo, para fixar a responsabilidade, tem raízes profundas nos mais elevados princípios de justiça e de equidade. Ante a complexidade da vida moderna, que trouxe a multiplicidade dos acidentes que se tornaram anônimos, na feliz expressão de Josserand, a vítima passou a sentir uma insegurança absoluta ante a impossibilidade de provar a culpa em virtude de múltiplos fatores.⁷⁵

A teoria da responsabilidade objetiva, ou doutrina do risco, tem, pelo menos, o mérito de se inteirar daquele equívoco e, se é passível de crítica, esta por certo não reside no fato de contradição. Corresponde, em termos científicos, à necessidade de resolução de casos de danos que, pelo menos com acerto técnico, não seriam reparados pelo critério clássico da culpa. É visível, a esse respeito, o erro das soluções encontradas pelos partidários da doutrina tradicional, e notória a artificialidade de suas construções.⁷⁶

Alvino Lima, partidário da doutrina do risco, expõe os argumentos objetivistas:

Que é falsa a mais não ser a acusação de materialismo irrogada à doutrina do risco. É verdade que considera o fato em si mesmo e dele faz derivar a responsabilidade. Mas assenta nos mais lúpidos princípios de justiça e de equidade. Atende aos mandamentos democráticos fundamentais: a igualdade (que a teoria tradicional não consegue salvaguardar, na brutalidade da vida moderna, perante o qual o conceito de culpa se tornou irrisório), porque o risco desfaz a superioridade de condições das empresas poderosas; doutrina de fraternidade é ela, porque resulta do aprimoramento das consciências em movimento de solidariedade humana, porque é a sua própria proclamação, a garantia de sua estabilidade.b) Que é contraditória, além de improcedente, afirmação de que a doutrina do risco conduzirá à inércia e paralisará a iniciativa humana. Contraditória, porque a doutrina da culpa, ao considerar os casos em que estabelece presunções “*juris et de jure*”, como no caso de culpa

75 LIMA, Alvino. *Culpa e risco. op. cit.*, p. 195.

76 DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 61.

da guarda, consagra pura e simplesmente o próprio risco, uma vez que não admite a prova de ausência de culpa. E a improcedência da objeção é evidente. A doutrina do risco tem sido ampliativamente aplicada e não há sinal de que tenha afetado o desenvolvimento econômico. As grandes empresas consideram os riscos uma condição de atividade, já os fazem figurar no seu próprio passivo. c) Que a alegação de ser a doutrina do risco um retrocesso às concepções primitivas da responsabilidade não pode, só por si, impressionar. Se se reporta a noções que foram um dia abandonadas, ela o faz sob plano mais perfeito e, se a sua aplicação dá bom resultado, provará que foi um erro abandoná-las. Mas nem isso se dá, porque não há assimilação possível entre a concepção bárbara de vingança privada e a doutrina do risco. Aquela não tinha a justificá-la nenhum princípio de ordem moral e na equidade, atendendo ao imperioso clamor em favor das vítimas dos acidentes, multiplicados na vida moderna. d) Que a ausência de proveito não influi na concepção objetivista e é superficial a objeção a este propósito levantada. Na doutrina do risco, não se alude a proveito in concreto, mas como finalidade da atividade criadora do risco; este é o mais provável, não realizado. e) Que, se se admitir que a teoria do risco na oferece um princípio definido, igual defeito se pode atribuir a doutrina da culpa. E confissão comum de todos os seus próprios partidários que a noção da culpa é imprecisa, vaga e incerta. O que se deve recordar, porém, a este respeito, é que “não há princípio jurídico, por mais lógico nas suas conclusões, por mais primoroso no seu conceito, por mais preciso nos seus contornos, que possa abranger todos os casos que pretende regular...”⁷⁷

Quanto à aplicação do risco nas práticas realizadas pelas Instituições Financeiras, tem-se como ponto central que o risco está ligado a atividade econômica realizada, bem como à própria idéia de confiança que acompanha a atividade empresarial bancária.

A questão da confiança é bem enfatizada por Karl Larenz:

aquele que criou o estado de confiança está mais próximo de suportar os riscos resultantes de uma indução a erro ou – no caso de documentos – de um uso indevido em relação àquele em que há de confiar. ... O princípio da confiança, como base de uma responsabilidade pela confiança, e, só uma de entre várias configurações deste princípio. Está contido como elemento envolvido no princípio da boa-fé, onde, por sua vez, encontrou uma expressão especial nas doutrinas da caducidade, e na proibição de *venire contra factum proprium*.⁷⁸

José Aguiar Dias trata dos dois aspectos:

Para Veniamin, prepondera o fator econômico. O risco deve ser reconhecido como fundamento das responsabilidades, sempre que se possa considerar

⁷⁷ LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco. op. cit.*, p. 142.

⁷⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. tradução de José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian/Lisboa, 1997, p. 678-679.

como essencial à atividade econômica. Emmanuel Levy propôs o critério de confiança. Seu sistema considera que somos responsáveis para com os outros na medida em que eles têm necessidade de confiar em nós mesmos, não somos responsáveis perante outrem; a relação de que nasce a responsabilidade é uma relação de confiança necessária; a obrigação que ela cria é uma obrigação que gera a confiança e, quando essa obrigação não é executada, quando há confiança legítima enganada, há culpa.⁷⁹

É nesse diapasão a importância das diversas teorias do risco.

6.1. TEORIA DO RISCO-PROVEITO

Na teoria do risco-proveito há o enquadramento daquele que tira proveito econômico da atividade danosa, partindo da idéia de que do lucro nasce o dever da responsabilidade. O detalhe é que a vítima deve provar que houve o lucro para que haja a responsabilidade.

Pela teoria do risco-proveito, responsável é aquele que tira proveito da atividade danosa, como base no princípio de que, onde está o ganho, aí reside o encargo – *“ubi emolumentum, ibi ônus”*.

Sérgio Cavalieri Filho leciona:

O suporte doutrinário dessa teoria, como se vê, é a idéia de que o dano deve ser reparado por aquele que retira algum proveito ou vantagem do fato lesivo. Quem colhe os frutos da utilização de coisas ou atividades perigosas deve experimentar as conseqüências prejudiciais que dela decorrem. A sua grande dificuldade, todavia, está na conceituação do proveito. Quando se pode dizer que uma pessoa tira proveito de uma atividade? Será necessário obter um proveito econômico, lucro, ou bastará qualquer tipo de proveito? Se proveito tem sentido de lucro, vantagem econômica, a responsabilidade fundada no risco-proveito ficará restrita aos comerciantes e industriais, não sendo aplicável aos casos em que a coisa causadora do dano não é fonte de ganho. Ademais, a vítima teria o ônus de provar a obtenção desse proveito, o que importaria o retorno ao complexo problema da prova.⁸⁰

79 DIAS, José de Aguiar. *op. cit.*, p. 65.

80 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *op. cit.*, p.146.

Tem-se, nessa hipótese, o lucro da atividade bancária como fator de aplicação da responsabilidade civil das Instituições Financeiras, onde aquele que lucra suporta os danos causados pela sua atividade econômica.

O grande ponto a ser destacado é que, se a vítima do dano for socorrer-se no risco-proveito, o ônus da prova caberá a ela quanto à demonstração desse proveito, o que muitas vezes, é uma tarefa hercúlea para aquele que procura sua reparação no Judiciário.

6.2. TEORIA DO RISCO PROFISSIONAL

Quanto ao risco-profissional, o dever de indenizar tem seu alicerce na atividade ou profissão exercida pelo lesado⁸¹. A teoria do risco profissional sustenta que o dever de indenizar tem lugar sempre que o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado.

Chaim Perelman lembra de quanto é antiga a noção de risco profissional:

No caso de um acidente, trate-se de acidente de trabalho ou de acidente de trânsito, o operário ou o pedestre esmagado deveria fornecer a prova de uma culpa por parte do patrão ou do motorista. Esta situação pareceu iníqua quando se tratava de acidente de trabalho: na França a lei 1898, na Bélgica a de 24 de dezembro de 1903 vieram modificar a situação, introduzindo uma nova noção, a de risco profissional, pondo tal risco a cargo do patrão.⁸²

81 “Não se pode olvidar que há, sem dúvida, certas profissões dotadas de função social, daí serem obrigações legais, de modo que o profissional responderá por elas tanto quanto pelas obrigações assumidas contratualmente. São hipóteses que coincidem as duas responsabilidades – a contratual e a extracontratual – e, o profissional deverá observar as normas reguladoras de seu ofício, umas vezes por força de contrato e outras, em virtude da lei. Mas, como a responsabilidade extracontratual só surge na ausência de um vínculo negocial, decorre daí que, se há vínculo contratual, o inadimplemento da obrigação contratual e legal cairá, conforme o caso, na órbita da responsabilidade contratual e não da delitual, ante a preponderância do elemento contratual. Todavia, em algumas hipóteses poder-se-á ter duas zonas independentes: a da responsabilidade contratual e a da responsabilidade delitual. P. ex.: se, em relação ao serviço médico, se cogitar da extensão do tratamento e de sua remuneração, do descumprimento desses deveres resultará uma responsabilidade contratual. Se um médico fez uma operação altamente perigosa e não consentida, sem observar as normas regulamentares de sua profissão, o caso será de responsabilidade extracontratual, visto que não houve inadimplemento contratual, mas violação a um dever legal, sancionado por lei.” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito Civil brasileiro – Responsabilidade Civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7, p. 243).

82 PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*/Chaim Perelman: tradução de Verginia K.Pupi.- São Paulo: Martins Fontes, 1998. (Ensino superior), p. 234.

Já ao tratar de uma realidade atual Cavalieri ensina que:

Foi ela desenvolvida especificamente para justificar a reparação dos acidentes ocorridos com os empregados no trabalho ou por ocasião dele, independentemente da culpa do empregador. A responsabilidade fundada na culpa levava, quase sempre, à improcedência da ação acidentária. A desigualdade econômica, a força de pressão do empregador, a dificuldade do empregado de produzir provas, sem se falar nos casos em que o acidente decorria das próprias condições físicas do trabalhador, quer pela exaustão, quer pela monotonia da atividade, tudo isso acabava por dar lugar a um grande número de acidentes não indenizados, de sorte que a teoria do risco profissional veio para afastar esses inconvenientes.⁸³

Por fim, Patrícia Ribeiro Sierra Vieira leciona que, segundo o risco-profissional, o dever de indenizar é oriundo da atividade ou profissão exercida pelo lesado. Essa modalidade deu ensejo às reparações decorrentes dos acidentes de trabalho independentemente da existência de culpa do empregador.⁸⁴

6.3. TEORIA DO RISCO-EXCEPCIONAL

Decorre de uma situação de risco de caráter excepcional, gravosa à coletividade nas explorações de atividade de alta periculosidade, situação que escapa à atividade comum, não se perguntando sobre culpa, aplicando apenas a análise do dano e do nexo causal. O Código Civil, segundo Carlos Roberto Gonçalves adota, assim, solução mais avançada e mais rigorosa que a do direito italiano, também acolhendo a teoria do exercício de atividade perigosa e o princípio da responsabilidade, independentemente de culpa nos casos especificados em lei, a par da responsabilidade subjetiva como regra geral, não prevendo, porém, a possibilidade de o agente, mediante a inversão do ônus da prova, exonerar-se da responsabilidade, se provar que adotou todas as medidas aptas a evitar-se o dano. Trata-se da mais relevante inovação introduzida no atual Código Civil, na parte atinente à

83 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *op. cit.* p. 146.

84 SERRA VIEIRA, Patrícia Ribeiro. *op. cit.*, p. 89.

responsabilidade civil. Antes, a responsabilidade, independentemente de culpa, somente existia nos casos especificados em lei, ou seja, em alguns artigos esparsos do Código Civil e leis especiais. Atualmente, mesmo inexistindo lei que regulamente o fato, pode o juiz aplicar o princípio da responsabilidade objetiva, independentemente de culpa, baseando-se no dispositivo legal mencionado, “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”⁸⁵

Patrícia Ribeiro Sierra Vieira define que a reparação pelo risco-excepcional dá-se em consequência de uma situação de risco, de caráter excepcional, gravosa à coletividade, por exploração de atividades de alta periculosidade (exploração de energia nuclear, materiais radioativos etc.)⁸⁶.

6.4. TEORIA DO RISCO – CRIADO

Risco-criado é uma ampliação do risco proveito, onde apenas o exercício da atividade é suficiente para que alguém seja responsável pelos possíveis eventos danosos, tendo-se em conta que se criou o perigo, havendo isenção apenas se se provar que se tomaram todas as atitudes indispensáveis para evitá-lo.

O risco-criado foi o adotado pelo artigo 927 do Código de 2002, onde se observa uma ampliação no campo da responsabilidade objetiva, pela própria análise que o risco-criado é uma ampliação do risco-proveito.

Pode-se entender que, até pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor, as Instituições Financeiras respondem objetivamente tanto quanto ao aspecto do risco-proveito, pelo próprio lucro, quanto pelo risco-criado, onde somente o fato da realização da atividade é suficiente para caracterizar o dever de indenizar de forma objetiva.

85 GONÇALVEZ, Carlos Roberto. *op. cit.* p. 254.

86 SERRA VIEIRA, Patrícia Ribeiro. *op. cit.*, p. 89.

6.5. TEORIA DO RISCO-INTEGRAL

Modalidade radical da doutrina do risco, o risco-integral justifica o dever de indenizar até nas hipóteses de inexistência do nexos causal. Sabe-se que na responsabilidade objetiva é dispensável o elemento culpa, mas a relação de causalidade é elemento indispensável. No risco-integral apenas o dano é suficiente para caracterizar a responsabilidade. Não há prestígio a qualquer forma de excludente da responsabilidade civil, como, por exemplo, culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior.

Vilson Rodrigues trata do tema:

a teoria do risco integral já abrange suporte fático de dimensão social mais larga. Por ela, qualquer fato lesivo, culposo ou não, acarreta o dever de indenizar o dano. Essa doutrina não encontrou aceitação no direito privatístico, mas no direito publicístico. É o que se vê com respeito à responsabilidade civil do Estado por ato de seus agentes, nos termos do art. 37, § 6º, inc. XXI, da Constituição da República, que hoje se dá sem qualquer apreciação de culpa no suporte fático. Ou mesmo das pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos. Objeta-se, a esse respeito, Pinto Ferreira, com a dicção de que a responsabilidade civil do Estado, objetiva, não se fundamenta na teoria do risco integral e sim no risco administrativo, na medida em que se admitem causas pré-excludentes dessa mesma responsabilidade. Contudo, risco integral ou risco administrativo, aí, são expressões em sinonímia. A visão diacrônica revela, de início, a irresponsabilidade estatal, porque “*Le roi ne peut mal faire.*” Nas Constituições de 1946 e 1967, diversamente, já se consagrava o princípio da solidariedade. E na Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, assim como na Constituição de 1988, o enfoque do suporte fático passou a ser com a adoção do princípio da responsabilidade em ação regressiva. Nesse sentido de clara evolução da irresponsabilidade à responsabilidade objetiva, passando pela subjetiva, é que se tem a assunção pelo Estado de todos os riscos no exercício das atividades administrativas por seus agentes. A integralidade não respeita à inexistência de causas pré-excludentes, excludentes ou diminuidoras dessa responsabilidade, mas à prévia definição da relação de responsabilidade estatal pelos danos causados por seus agentes, nessa qualidade, a outrem, independentemente de qualquer conduta culposa ou dolosa do servidor público.⁸⁷

É, sem dúvida, a teoria mais radical de todas as aqui analisadas.

87 ALVES, Vison Rodrigues. *Responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários*: responsabilidade civil bancária. 2. ed. Campinas: Bookseeller, 1999, p. 69.

7. BANCOS E CRÉDITO BANCÁRIO

7.1. BANCOS E SUA FUNÇÃO ECONÔMICA

Fran Martins dá o conceito de bancos:

Chamam-se *bancos* empresas comerciais que têm por finalidade realizar a mobilização do crédito, principalmente mediante o recebimento, em depósito, de capitais de terceiros, e o empréstimo de importâncias, em seu próprio nome, aos que necessitam de capital. Além destas poderão os bancos praticar outras operações afins. As operações bancárias são consideradas sempre comerciais e como tais já estavam arroladas no §2º, do art. 19, do Reg. nº 737, de 25.11.1850.⁸⁸

Os bancos exercem função econômica mobilizadora de crédito em benefício do desenvolvimento do comércio. Destinam-se as empresas bancárias ao recebimento, em depósito, de capitais de terceiros, calcados na confiança que o cliente bancário possui na Instituição.

Ainda, nos contratos realizados pelos Bancos para aqueles que necessitam de capital, tem o crédito papel relevante, uma vez que possibilita aos prestamistas a utilização de capitais mediante a promessa de um pagamento futuro.

Os Bancos podem ser classificados como *bancos de emissão* (possuem autorização do Governo para emitir notas com promessa de pagamento em dinheiro, função realizada, no Brasil, pelo Banco Central); *bancos de depósito ou comerciais* (que têm como função precípua receber depósitos pecuniários particulares, fazendo operações a curto prazo); *bancos de crédito móvel ou de especulação* (que têm por finalidade praticar operações especulativas, adquirindo e vendendo títulos em Bolsas, financiando empresas e os mais diversos atos de especulação); *bancos de comércio exterior ou de exportação* (que visam a realizar operações destinadas a facilitação do intercâmbio comercial entre os diversos países); *bancos agrícolas* (fomentam o crédito para o desenvolvimento da atividade rural); *bancos de*

⁸⁸ MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 407.

crédito real (que se destinam a realizar empréstimos mediante garantia hipotecária de imóveis; tais empréstimos poderão ser a longo, médio ou curto prazos); e, *bancos de crédito industrial* (destinam-se a financiar atividades ligadas ao setor industrial).

Com exceção das atividades de competência exclusiva do Banco Central do Brasil, como é o caso das atividades de emissão, as Instituições Financeiras agregam em sua gama de serviços um leque de atividades, como as descritas, tudo por força de que o cliente busca em um só lugar várias formas de préstimos.

Os Bancos não são meros intermediários; na contratação, agem em nome próprio. Recebem depósitos pecuniários e se constituem devedores dos depositantes; assumem a propriedade desses depósitos, empregando-os em seguida em empréstimos aos que necessitam desse capital; tais empréstimos também são dados em nome próprio, o que torna os bancos credores dos prestamistas. Sob essa ótica, agem na condição de sujeitos nas relações contratuais de que participam, sejam eles: ativos – quando desses contratos e operações resulta serem credores; ou passivos – quando eles se tornam devedores.

Vê-se que há, de igual modo, atos de *intermediação*, na procura de obtenção de disponíveis, aplicando-os em seu próprio nome, visando, nessa intermediação, ao intuito de lucro.

O lucro é obtido através do “*spread*”, que é a diferença entre o preço de obtenção do capital e o de sua aplicação no mercado, inclusive, através dos empréstimos realizados pelas Instituições Financeiras.

Por ser inegável seu papel alavancador, e sendo muitas vezes a sua utilização de natureza obrigatória, por força das exigências operacionais da atividade empresarial, ocorrem situações abusivas, que merecem a devida reparação. Por isso, há a necessidade da responsabilidade civil bem delimitada, para que seja coibida a prática ilegal.

A maioria das vezes, não é observada a vontade de um dos contratantes; eis, então, ausente a participação do tomador na elaboração do contrato, instrumento redigido pela Instituição Financeira, onde o aderente anui ou não com o bloco de cláusulas pré-estabelecidas por apenas uma das partes.

Como o sistema econômico-social tem sua pedra fundamental na aquisição de consumo de bens e serviços, o crédito aparece como ponto primordial para a satisfação dessas vontades, surgindo elevada procura com também proporcional aumento da oferta mesmo porque, nessa realidade consumerista, está se visando ao lucro.

Não se deve afastar a idéia de lucro, mas é preciso que o lucro não esteja desacompanhado da função social, o que seria o exercício da atividade financeira de forma regrada, visando ao equilíbrio ponderado das relações obrigacionais, até mesmo pela razão de, na ótica da despatrimonialização do direito das obrigações, o homem deve ser mais prestigiado do que seus pactos. O direito é realizado para o homem, e não o contrário.

Interessante observar que o crédito no novo contexto popularizou-se, passou a ser produto de massa, e obtível sem maiores formalidades, muitas vezes, através de simples manuseio de caixas eletrônicos, onde é liberado e sacado no mesmo ato. O acesso ao crédito resulta convertido em algo essencial para o próprio consumo

Nesse aspecto, a responsabilidade civil das Instituições Financeiras atua como um instrumento de coibição de abusividades e possui caráter preventivo, uma vez que dá o tom do comportamento daqueles que possui o crédito para ser disponibilizado no mercado.

7.2. OPERAÇÕES BANCÁRIAS

No cumprimento de seus fins econômicos, os Bancos se valem de diversas operações. O Código Comercial, ao tratar dos banqueiros, referia-se aos atos de comércio

pelos mesmos praticados, denominando-os de *operações dos bancos* em seus artigos 119 e 120⁸⁹.

Tendo em conta o acordo entre as partes que gera o vínculo obrigacional, pode-se enquadrar quase a totalidade de operações como contratos. Determinados contratos são considerados específicos do comércio bancário, muito embora possam, isoladamente, ser praticados por comerciantes não banqueiros; outros são contratos comuns, com o intuito de se facilitar a vida de clientes e usuários, que os Bancos realizam não de forma principal, mas de forma secundária.

7.3. CONTRATOS DE CRÉDITO BANCÁRIO

Essencialmente, o contrato bancário visa o crédito, seu objeto e razão de sua existência. Para esse fim, os Bancos funcionam como mediadores do crédito, na medida em que, quando realizam uma operação ativa, obrigam-se a uma prestação que consiste em conceder crédito; sendo uma operação passiva, o cliente bancário é quem fornece o crédito.

Arnaldo Rizzardo lembra que a característica básica dos contratos de crédito bancário é a obrigação de dar⁹⁰. Nas atividades acessórias, como a guarda de bens, e demais operações, prevalece a obrigação de fazer.

Conceder um crédito, sob essa ótica, envolve um “*dare*”, que se enquadra como uma das funções primordiais dos Bancos. O crédito é definido como sendo toda operação monetária pela qual se realiza uma prestação presente, contra a promessa de uma

89 Art. 119. São considerados banqueiros os comerciantes que têm por profissão habitual do seu comércio as operações chamadas de Banco.

Art. 120. As operações de Banco serão decididas e julgadas pelas regras gerais dos contratos estabelecidos neste Código, que forem aplicáveis segundo a natureza de cada uma das transações que se operarem. (revogado pela lei 10406/02) BRASIL.Código comercial, p. 22.

90 RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de Crédito Bancário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 18/19.

prestação futura. O crédito tem uma estampa que o caracteriza, um selo que o determina, ou seja, intervalo de tempo entre uma prestação e uma contraprestação correspondente.

Como já dito, a confiança é elemento chave; a própria palavra *crédito* é originária do latim “*credere*”, que significa confiança.

Como conteúdo típico dos contratos bancários, o crédito se apresenta sob distintas modalidades:

O empréstimo é o contrato de crédito bancário mais comum. “Equivale à entrega pelo prestamista de certos bens ao prestatário, com a transferência da propriedade, obrigando-se este último a uma prestação futura de ressarcimento ou restituição de valor equivalente”⁹¹.

No empréstimo, há o reembolso do concedente do empréstimo após certo tempo; os juros ou rendimentos, que o prestatário retribui, correspondem ao preço equivalente ao tempo no qual dispôs dos valores que lhe foram transmitidos em caráter de propriedade.

Outra modalidade de contrato bancário é a abertura de crédito onde o interessado convencionou com o Banco a concessão de um crédito por determinado tempo ou por um determinado momento, com a finalidade de atender uma situação de necessidade.

Na conta corrente bancária, o Banco se obriga a realizar, por conta do cliente, todas as operações inerentes ao serviço de caixa, contabilizando os ingressos e as saídas de fundos; isso representa uma forma de empréstimo, ou concessão de crédito, se estabelecido um limite negativo, dentro do qual podem ser retiradas importâncias. Tal contrato é conhecido como contrato de abertura de crédito ou cheque especial.

Tem-se, ainda, a antecipação bancária, que constitui uma operação pela qual o Banco antecipa fundos a um empresário, contra prévias garantias em títulos, mercadorias ou documentos representativos dessas. Trata-se, assim, também de uma concessão de crédito.

91 RIZZARDO, Arnaldo. *op.cit.*, p. 19.

Outro contrato é o desconto bancário, consistente na entrega de certo numerário a um cliente, mediante o recebimento de um título representativo de um crédito que aquele tem a receber. O título é endossado ao Banco, o qual adianta o valor representado ao mesmo, deduzidos os juros e as comissões. Há, como se vê, a concessão de um crédito.

Como crédito bancário têm-se, ainda, as formas previstas para os empréstimos rurais, industriais e comerciais, previstos no Dec. Lei 167/67, Dec. Lei 413/69 e pela Lei 6.840/80, respectivamente, que são constituídos por títulos de crédito, como v.g. a cédula de crédito rural pignoratícia e/ou hipotecária. Todos esses títulos foram criados pelo Legislador com o intuito de fomentar estes setores especificamente.

7.4. ADESIVIDADE NOS CONTRATOS BANCÁRIOS

Os contratos de adesão têm como traços básicos a uniformidade, a predeterminação e a rigidez.

A uniformidade surge da exigência de racionalização da atividade econômica que, por seu intermédio, desenvolve-se. Pelo próprio volume de transações a serem realizadas torna-se impraticável a discussão da confecção de cláusulas e condições de contratação de forma individual.

A predeterminação é o preestabelecimento, por um dos contratantes às partes, das cláusulas dos contratos a serem estipulados em série. Apenas uma das partes analisa a conveniência de se estipular uma série de cláusulas a que a outra deve acatar.

A rigidez contratual é outra característica do contrato de adesão: as cláusulas são rígidas e não permitem flexibilidade. Não há negociação pela parte aderente que impõe a sua vontade na formação do contrato.

Posteriormente, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, lei 8078, de 11 de setembro de 1990, inseriu o Legislador o conceito de contrato de adesão, no art. 54, que reza:

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.⁹²

Como salienta Luiz Antônio Rizzato Nunes sobre a estipulação unilateral pelos fornecedores: “adotando modelo prévio, estudado e decidido por conta própria, os impõem a todos os consumidores que quiserem – ou precisarem – adquirir seus produtos e serviços”.⁹³

Com base nos caracteres pontuados, tem-se que os diversos tipos de contratos de crédito bancário refletem a natureza de contratos de adesão.

Arnaldo Rizzardo, citando Luiz Zenum Junqueira, lembra que:

Com realismo, observa o advogado Luiz Zenum Junqueira: O contrato bancário contém mesmo inúmeras cláusulas redigidas prévia e antecipadamente, com nenhuma percepção e entendimento delas por parte do aderente. Efetivamente – é do conhecimento geral das pessoas de qualidade média – os contratos bancários não representam natureza sinalagmática, porquanto não há válida manifestação ou livre consentimento por parte do aderente, com relação ao suposto conteúdo jurídico, pretensamente convencionado com o credor.⁹⁴

Note-se, então, que o uso do termo “adesão” não significa “manifestação da vontade”, ou “decisão que implique concordância com o conteúdo das cláusulas contratuais”. Não existindo prévio pacto sobre o conteúdo contratual, de forma livre entre as partes, não há

92 Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. BRASIL. Código civil. p. 1026.

93 NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 613.

94 RIZZARDO, Arnaldo. *op. cit.*, p.20.

que se falar nem mesmo no “*pacta sunt servanda*”, que na concepção moderna sofreu uma releitura sob as luzes da função social dos contratos.

Tem-se um fenômeno puro e simples de adesão, onde o instrumento foi projetado e redigido pelo Banco/Fornecedor, sendo certo que o tratamento no âmbito da responsabilidade civil deve ser dado em conformidade com uma realidade de massa onde não há manifestação de vontade dos contratantes e é clara e inequívoca a imposição de um bloco de cláusulas, onde o cliente/consumidor fica acuado, em uma situação tal que ou adere ou não contrata.

A preocupação em relação ao abuso nos contratos bancários é observada na Comunidade Européia, vale destacar a relação entre a proteção dada na Europa e a dada no Brasil, quanto ao abuso e à responsabilidade civil nas atividades bancárias.

8. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, todas as questões que dizem respeito às relações de consumo receberam tratamento inovador. Aliás, as normas do CDC, de interesse social, afetam de modo direto e positivo todos os membros da sociedade consumidora, protegendo-os e defendendo-os contra o produto ou serviço que lhes causem danos. Foi com o advento do CDC que se criaram mecanismos para que se tornasse equilibrada a relação de consumo, evitando-se a prevalência de um sujeito em detrimento do outro.

Uma vez em vigor o CDC, com sua plena absorção pela sociedade brasileira, inclusive com a sua eficácia garantida pelo Judiciário, será cumprida a reforma de mentalidade e atitudes pretendidas pelo legislador que elaborou a Lei.

Nelson Nery Júnior leciona que:

O Código pretende criar a necessidade de haver mudança de mentalidade de todos os envolvidos nas relações de consumo, de sorte que não mais seja praticada a 'Lei de Gerson' no país, segundo a qual se deve tirar vantagem devida e indevida de tudo, em detrimento dos direitos de outrem. O Código pretende desestimular o fornecedor com o espírito de praticar condutas desleais ou abusivas, e o consumidor de aproveitar-se do Código para reclamar infundadamente pretensos direitos a ele conferidos.⁹⁵

Antônio Carlos Efiging também destaca:

Atribuir plena eficácia às normas contidas no CDC significa conferir ao Código sua total aplicação, representa possibilitar ao consumidor a garantia da sua proteção e defesa, bem como estabelecer ao fornecedor parâmetros para sua conduta dentro deste regulamento, visando, assim, o equilíbrio nas relações de consumo.⁹⁶

95 NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p.12.

96 EFING, Antônio Carlos. *Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.83.

É oportuna a análise do que se constitui “relação de consumo”, bem como o âmbito de incidência do Código de Defesa do Consumidor, tudo para o melhor estudo da responsabilidade objetiva e sua aplicação na espécie.

8.1. CONSIDERAÇÕES SOBRE AS RELAÇÕES DE CONSUMO

José Cretella Júnior, destacado por Antônio Carlos Efigênia entende:

Relação de consumo é a relação jurídica que se forma entre fornecedor e consumidor, devendo ser, este último, pessoa física ou jurídica adquirente ou utente, de produto ou serviço, como destinatário final, equiparando-lhe a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, desde que passe a integrar essa relação.⁹⁷

Para restar configurada a relação de consumo, necessário é que os sujeitos envolvidos (consumidor e fornecedor), bem como o seu objeto (produto e/ou serviço), amoldem-se aos traços previstos pelo CDC.

Dúvida não há de que a importância do reconhecimento da existência ou não de uma relação de consumo reside na possibilidade de serem aplicadas as normas previstas no CDC; eis que, caso contrário, em não sendo a relação consumo caracterizada, estar-se-á diante de relação outra que não consumerista.

Via de conseqüência, evidencia-se a importância de serem identificados os sujeitos da relação de consumo, bem como os objetos dessa relação segundo as conceituações trazidas pelo CDC, vez que, somente com a presença desses elementos, será possível a identificação da relação de consumo, e, dessa forma, poder-se-á aplicar o CDC.

⁹⁷ *Idem*, p. 26.

A própria legislação consumerista conceitua. Assim é que o seu art. 2º define:

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

Parágrafo Único – Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.⁹⁸

O conceito de *consumidor* adotado pelo Código é de caráter econômico, ou seja, toma em consideração tão somente o personagem que, no mercado de consumo, adquire bens ou serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas a uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial.

Sob esse ponto de vista meramente econômico, consumidor é considerado todo indivíduo que se faz destinatário final da produção de bens, seja ele, ou não, também produtor de outros bens. Trata-se, sem dúvida, de uma noção asséptica e seca, que vê no consumidor tão somente o *homo economicus*, e partícipe de uma relação de consumo, sem qualquer consideração de ordem política, social ou mesmo filosófico-ideológica.

Importante também a conceituação de *fornecedor* trazida pelo próprio CODECON:

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.⁹⁹

Como se pode observar, ao invés de valer-se de termos como “industrial”, “comerciante” ou “banqueiro”, o legislador preferiu o termo “fornecedor” para este desiderato, sendo ele o protagonista das sobreditas relações de consumo, responsável pela colocação de produtos e serviços à disposição do consumidor.

98 BRASIL. Código civil, p. 1012.

99 *Ibidem*.

Como o tema refere-se ao crédito, tem-se que os agentes financeiros – abrangendo-se bancos, casas de crédito, cooperativas de crédito e financeiras – enquadram-se nesse limite de fornecimento na categoria de créditos traduzidos por serviços e, portanto, nos limites postos no Código de Defesa do Consumidor.

Ao se referir ao crédito, fala-se em banco, compreendendo-se com tal denominação todos os demais entes que, de uma forma e outra, movimentam, como atividade, o crédito e seu fornecimento.

Os Bancos funcionam muitas vezes como intermediários de crédito, pois captam recursos de um lado – de quem tem disponível para investimento – e fornecem de outro – para quem necessita de recursos financeiros –, fomentando, portanto, as atividades.

E nesse movimento – tomar e ceder – é que os entes financeiros devem respeitar os limites postos no Código de Defesa do Consumidor. Ao contrário do que se pretendeu justificar – principalmente os agentes bancários que, num primeiro momento, desejaram exercer a atividade sem os inconvenientes da legislação de proteção ao consumidor –, os entes financeiros se enquadram no controle estabelecido, pois o § 2º, do artigo 3º, do CDC, é bastante claro, quando, após definir o que é fornecedor no âmbito de seus limites, cuidou, ao referir-se ao serviço, de estabelecer que é *"qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista"*.¹⁰⁰

Está claro, quando o legislador trata da matéria como *"qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração"* que já proporciona, de forma clara, a compreensão de que os entes financeiros – bancos, financeiras, caixas, cooperativas de crédito – estão nos limites da abrangência, pois fornecem serviços, indicando-os como

100 *Ibidem*.

produtos, mediante remuneração – cobrança de juros, correção e taxas diversas, dependendo da natureza do crédito pretendido pelo consumidor.

A lei 8078/90 destaca, ainda, os conceitos de *produtos* e *serviços*, em dois parágrafos do art. 3º:

§1º. Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§2º. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista¹⁰¹

Diz-se, então, que *produto*, para fins do Código de Defesa do Consumidor, é qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo e determinado a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário final.

A definição de *serviços* adotada pelo diploma em comento esgota-se por si só, sendo importante salientar que, nesse conceito, não se incluem os *contribuintes*, do Direito Tributário, nem tão pouco aqueles serviços de caráter trabalhista, como explícito no §2º.

Parece restar evidenciado, até pela clareza estampada no parágrafo supra transcrito, que as atividades desempenhadas pelas Instituições Financeiras, aqui incluídas as de natureza bancária, quer na prestação de serviços aos seus clientes (como v.g. a cobrança de contas), quer na concessão de financiamentos ou empréstimos, através dos contratos de crédito bancário, inserem-se igualmente no conceito amplo de *serviços*.

Todavia, apesar de tal clareza, as Instituições Financeiras buscam desvirtuar a idéia contida na Lei, para vê-la declarada inaplicável aos contratos bancários.

8.2 CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES BANCÁRIAS

101 *Ibidem*.

A pessoa física que se utiliza de serviços bancários participa de uma relação de consumo e está protegida pelo Código de Defesa do Consumidor.

Quanto às pessoas jurídicas, deve ser feita uma análise mais detida para que se possa avaliar a aplicabilidade do CDC. Deve-se lembrar que, tratando-se da definição de consumidor, não se restringe àquela esboçada no art. 2º. Serão também consumidores as pessoas físicas ou jurídicas expostas às práticas previstas em todo o capítulo V do CDC, conforme estabelece o artigo.²⁹

Antônio Carlos Efiging leciona:

ao verificar-se a inclusão ou não de determinada pessoa jurídica na qualidade de consumidora dos produtos e serviços fornecidos pelos bancos e outras entidades financeiras, é preciso investigar a finalidade daquele negócio jurídico – se na qualidade de consumidor ou não – e, a partir de então, perquirir-se acerca de sua vulnerabilidade. Assim, se o contrato bancário efetivado pela pessoa jurídica tiver sido realizado buscando o alcance de uma atividade intermediária, não há que se falar em relação de consumo. Se, entretanto, o contrato houver sido realizado buscando-se alcançar uma atividade final, deve-se, a partir daí, perquirir-se da vulnerabilidade do consumidor. Anote-se, entretanto, que raríssimos serão os litígios envolvendo entidades financeiras, securitárias ou bancárias em que se aplicará o conceito de consumidor contido neste dispositivo legal (art. 2º CDC), eis que os conflitos advindos desta espécie de relação jurídica certamente apresentar-se-ão circunscritos à proteção contratual, às práticas comerciais e à publicidade enganosa, quando então deverá ser aplicado o conceito exarado pelo art. 29 do CDC.¹⁰²

Para restar configurada a relação de consumo, torna-se imprescindível que num dos pólos de tal vínculo esteja presente o consumidor, entendido, por expressa disposição legal, como o destinatário final do produto ou serviços.

Como já dito, estabelece o artigo 2º da Lei nº 8.078/90 que “*consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*”.¹⁰³

102 EFING, Antônio Carlos. *op. cit.*, p. 22.

103 BRASIL. Código civil, p. 1012.

Trata-se de dispositivo da maior relevância, pois delimita o campo de aplicação da legislação consumerista, restringindo-o exclusivamente àqueles que retiram o produto ou serviço do mercado para uso ou consumo exclusivamente próprio, sem agregá-lo como mais um elo na cadeia de produção.

Se o crédito que a sociedade obteve perante a Instituição Financeira foi necessariamente investido na cadeia de produção, seja na aquisição de insumos, pagamento de mão de obra, ou simples financiamento de capital de giro, não há o enquadramento no conceito de destinatário final, descabendo a aplicabilidade especial da legislação consumerista.

Desse modo, não obstante as normas da lei 8078/90 tenham aplicação, em regra, às operações de mútuo realizadas por estabelecimentos bancários, aquelas normas não ocorrem quando o devedor não utiliza o produto como consumidor final, em atendimento ao disposto no seu art. 2º. Tem-se, assim, que o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90) tem aplicação aos contratos de mútuo firmados por instituições do sistema financeiro nacional como pessoas naturais ou jurídicas.

Há todavia exceções, como na hipótese de não ser o mutuário o consumidor final do produto, de acordo com o princípio estabelecido pelo art. 2º da Lei 8078/90.

Desse modo, a vulnerabilidade da pessoa física e, especialmente, da jurídica, não é condição única e suficiente à caracterização da relação de consumo. A condição de destinatário final é ponto marcante e essencial a ser observado, para que, na hipótese de ocorrer prática abusiva e, principalmente, aplicação da responsabilidade objetiva, deva ser conferida a tutela ao consumidor.

8.3. DA APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS DE CRÉDITO BANCÁRIO

Como dito acima, apesar de o §2º do art. 3º do CDC inserir expressamente as atividades bancárias como sendo *serviços* para todos os efeitos da Lei, tornou-se tormentosa dita inserção. A oposição dos Bancos, e demais Instituições Financeiras, a tal hipótese é flagrante; eis que, caso caracterizada a incidência do CDC, nulas se tornariam inúmeras cláusulas contratuais lesivas aos consumidores.

A teoria da inaplicabilidade do CDC aos contratos de mútuo bancário é justificada com base na idéia de que os tomadores de empréstimo não se enquadrariam na definição de *consumidores*; esses seriam, conforme explanado acima, aqueles que se utilizam dos produtos e serviços como *destinatários finais*. O dinheiro não seria um bem consumível, mas bem buscado junto às Instituições Financeiras com o objetivo de aplicação em uma outra atividade, seja ela produtiva ou até mesmo especulativa.

Cássio Penteado Jr.

Temos, neste passo, que crédito em si não se constitui serviço ou atividade de consumo, pois a relação jurídica que deriva do mútuo não representa uma relação entre fornecedor (de moeda) e um consumidor (o mutuário); antes, essa é uma relação obrigacional que envolve uma transação de recursos financeiros que podem ou não servir de meio ao consumo de produtos ou serviços.¹⁰⁴

Geraldo Vidigal leciona:

Não foi, portanto, qualquer atividade o que a Lei do Consumidor abrangeu nesse parágrafo 2º do seu Artigo 3º, mas qualquer atividade fornecida no mercado de consumo. É somente em relação aos serviços, não em relação às operações bancárias, que têm bens como objeto (...) Em verdade, nunca há bens financeiros no mercado de consumo. Não se come, nem se veste dinheiro. O dinheiro emprestado tem que ser restituído. O dinheiro utilizado numa negociação é passado adiante por aquele que o recebeu, em outra operação. Nunca existe a destruição, que é característica do consumo.
(...)

104 PENTEADO JR., Cássio. *in* Aspectos do Código do Consumidor, Informativo Dinâmico IOB, dez./90, P. 12.

Como o Prof. Bulgarelli assinalou, coube-me, num trabalho que publiquei, assinalar que na verdade, quando o banco é encarregado de serviços acessórios a relações de consumo - mas só nessa hipótese - teria aplicação este parágrafo segundo.

(...)

Não há na lei, previsão de hipótese alguma em que as operações bancárias se pudesse aplicar a Lei do Consumidor.¹⁰⁵

O ponto central da problemática da consideração das atividades bancárias como sendo relações jurídicas *de* consumo passou a residir na finalidade dos contratos realizados com os Bancos. Havendo outorga de serviços, ou até mesmo de crédito, para que o devedor os utilize como destinatário final, haveria a relação de consumo, o que, por sua vez, ensejaria a aplicação dos dispositivos do CDC. Já, se, do contrário, ficasse demonstrado que o objetivo do empréstimo se deu com o intuito de repassá-lo, não seria o tomador destinatário final, não ensejando, pois, a aplicação do CDC.

Segundo as regras normais de experiência, que dão conta de que a pessoa física que empresta dinheiro ou toma crédito de Banco o faz para sua utilização pessoal, como destinatário final, existiria uma presunção “*juris tantum*” de que se trata de uma relação de consumo, ou seja, que o dinheiro será destinado ao consumo. Já para os devedores pessoa jurídica, a presunção seria de que emprestam ou tomam dinheiro do Banco para ser utilizado em sua atividade de produção, aplicação em linha de produção, aumento de capital de giro, e outras atividades de desenvolvimento da atividade, onde não seria aplicado o CDC.

Fato é que o Código de Defesa do Consumidor, evidentemente, conferiu regime jurídico próprio aos produtos, que chamou de qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial, noção essa muito mais abrangente que a de “bem” e a de “coisa” do Código Civil. O crédito poderia ser, então, considerado um bem imaterial dado ao consumidor em decorrência da confiança que o banco nele deposita.

105 VIDIGAL, Geraldo. *O Direito do Consumidor e os Contratos Financeiros* – I Fórum de Direito Econômico, Instituto Brasileiro de Ciência Bancária, São Paulo, 1994, p. 132-133.

O Código de Defesa do Consumidor vai ainda mais longe, quando denomina serviço como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, incluindo-se as de natureza bancária, financeira e crédito. Os Bancos se incluem no conceito de fornecedor, e as atividades por ele desenvolvidas para o público em geral se submetem aos conceitos de produto e de serviço, conforme o caso.

O art. 52 do CDC corrobora as disposições do art. 3º, §2º, quando estipula regra sobre os créditos e financiamentos ao consumidor, não deixando, assim, pairar qualquer dúvida sobre a inclusão dessas atividades em sua sistemática. O sentido teleológico dessas normas do CDC é o de considerar como serviço, objeto da relação de consumo, as atividades bancárias, financeiras, de crédito e de seguros.

Ainda que se diga que as operações bancárias não seriam ontologicamente destinadas ao consumo, são elas consideradas, *ex lege*, como serviços para os efeitos de sua caracterização como relação de consumo. Haveria, por assim dizer, uma ficção jurídica conceituando as atividades bancárias como sendo objeto das relações de consumo.

Assim, demonstrado está que, nos contratos de crédito bancário firmados pelos Bancos, estão sempre presentes: o elemento “fornecedor”, pois o Banco sempre o é; o “produto”, pois o crédito, bem imaterial, é o objeto do negócio comercial dos Bancos; e o “serviço”, assim expressamente definido no art. 3º, § 2º.

A dúvida remanescente é apenas quanto à presença do segundo elemento subjetivo da relação jurídica de consumo: o consumidor. Se aquele que contrata com o Banco for consumidor, a relação jurídica será de consumo. Contudo, para esse efeito, cumpre salientar que o Código não contempla em seu texto somente a conceituação do consumidor como destinatário final; eis que o art. 29 do CDC equipara a consumidor todo aquele que estiver exposto aos capítulos das práticas comerciais – práticas comerciais abusivas, publicidade - e da proteção contratual. Assim, ainda que a relação jurídica contratada com o

Banco não seja a de consumo, para os fins de tutela contra práticas abusivas, dentre as consideradas cláusulas abusivas, o referido artigo equipara o contratante não consumidor a consumidor, de sorte que pode ele valer-se do microssistema do CDC para deduzir sua pretensão em juízo.

Tem-se, assim, caracterizado o ente financeiro-bancário como um fornecedor de crédito e serviço, e quem toma o crédito – pessoa física ou jurídica – é, verdadeiramente, consumidor, tendo, por consequência, todas as garantias previstas no Código do Consumidor.

Crédito é sempre para utilização em algo, em transformação, o que não afasta a figura de consumidor final do tomador. Apenas não seria o caso – do tomador final – se esse contratante buscasse o recurso creditício para fornecer a terceiros. Seria a utilização do valor recebido como intermediário e, em tal caso, não seria relação de consumo, recaindo nas demais áreas de proteção dos contratos.

Entretanto, ao buscar-se o recurso para utilização própria, mesmo que de transformação, caracteriza-se a relação de consumo, incidindo aí todas as regras do Código de Defesa do Consumidor.

O artigo 29, do Código, dá integral sustentação: *"Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas"*.¹⁰⁶

Assim é que poderá o contratante pleitear a anulação de cláusulas abusivas (CDC, art. 51), a modificação dessas por excessiva onerosidade e, principalmente, a aplicação da responsabilidade objetiva prevista nas normas consumeristas.

Na atual conceituação de consumidor de serviços ou produtos oferecidos pelos Bancos associa-se a exposição daquele às práticas abusivas lançadas pelas instituições financeiras, não sendo nem mesmo necessária à configuração de vulnerabilidade do

106 BRASIL.Código civil, p. 1020.

consumidor diante do fornecedor. Deve ser analisada não só a situação de destinatário final, mas também a equiparação feita no art. 29.

É de se noticiar que a Confederação Nacional do Sistema Financeiro, que congrega a Federação Nacional dos Bancos, a Federação Nacional das Empresas Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários, a Federação Interestadual das Instituições de Crédito, Financiamento e Investimentos, e a Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e Capitalização, ingressou no Supremo Tribunal Federal com Ação Direta de Inconstitucionalidade ADIN 2591, objetivando a desconsideração dos serviços bancários como relações de consumo.

Busca a CONSIF que o contido no § 2º do artigo 3º da Lei 8.078/90 que delimita o serviço como "qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista", não seja aplicado aos serviços bancários como cadernetas de poupança, depósitos bancários, contratos de mútuo, cartões de crédito, contratos de seguro, de abertura de crédito.

O Ministro Carlos Velloso foi sorteado relator e, por entender que o CDC limita-se a defender o consumidor, não interferindo na estrutura institucional do sistema financeiro, proferiu voto no sentido de julgar procedente, em parte, a ação para emprestar ao § 2º, do art. 3º, da Lei 8.078/90, interpretação conforme a Constituição, excluindo da incidência a taxa dos juros reais nas operações bancárias, ou sua fixação em 12% ao ano, dado que essa questão diz respeito ao Sistema Financeiro Nacional, por não ser auto-aplicável o § 3º do art. 192 da CF (Hoje revogado pela Emenda Constitucional 40).

A Procuradoria Geral da República emitiu parecer favorável à aplicação do CDC aos Bancos, aduzindo que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor coexiste pacificamente com a lei complementar prevista pelo artigo 192 da Carta de Outubro.

Sobre essa questão, a Procuradoria da República fez questão de frisar que o crédito, por exemplo, é um “produto” típico oferecido pelos bancos aos “consumidores de produtos financeiros e serviços bancários”. Segundo o parecer, não se pode negar que as Instituições Financeiras sejam “fornecedoras”, conforme definição do CDC, pois lucram com a atividade de captar recursos no mercado e os repassar.

Colocada em pauta para julgamento, o Ministro Néri da Silveira proferiu voto pela improcedência da ação, por considerar que, sendo proibida a aplicação do CDC relativamente às matérias previstas no art. 192 da CF, o eventual surgimento de questão referente aos pressupostos do sistema financeiro deverá ser resolvido especificamente.

Após, o julgamento fora interrompido pelo pedido de vista do Ministro Nelson Jobim, que até o presente momento não proferiu seu voto.

Em data de 15/12/2005, o Ministro Nelson Jobim, presidente do Supremo noticiou que o julgamento da ADI 2591 será colocado em pauta em Fevereiro de 2006, ocasião em que proferirá seu voto.

8.4. FATO DE SERVIÇO NAS RELAÇÕES BANCÁRIAS

A fidúcia caminha lado a lado com a cautela, ou melhor, mesmo que a confiança seja um elemento essencial às operações financeiras, principalmente, por parte do agente que entrega um bem ao devedor, esse espera recuperá-lo na forma e prazo avençados.

O crédito não cria capital, mas presta um papel que nenhum outro instrumento poderia prestar a economia mundial. Transforma, analogicamente, energia potencial em energia cinética, não cria riqueza, mas movimenta e dá efetiva circulação ao capital, finalidade-mor de sua criação.

Capitaliza empresas e pessoas que não podem ou não querem utilizar capitais próprios. De outra monta, favorece aqueles que não têm interesse nos meios ordinários de

produção como indústria, comércio ou campo. No universo do crédito, há pessoas que investem em grande escala no mercado de capitais e se enriquecem com a ciranda financeira, e pessoas que, por não possuírem capitais, vêm-se obrigadas a utilizar-se de capital alheio, para poderem adquirir bens de capital ou mesmo para implementar atividades de produção.

Sob esse aspecto, quanto à teoria dos vícios de consentimento, cabe salientar que a nova concepção social do contrato levará os doutrinadores e a jurisprudência mundial, especialmente à italiana, em caso de divergência entre a vontade interna e a vontade declarada, a preferirem a vontade declarada, criando a teoria da confiança. A teoria da confiança pretende proteger prioritariamente as expectativas legítimas que nasceram no outro contratante, o qual confiou na postura, nas obrigações assumidas e no vínculo criado através da declaração do parceiro. Protege-se, assim, a boa-fé e a confiança que o parceiro depositou na declaração do outro contratante. A vontade declarada, porém, não prevalecerá se o outro contratante souber, ou puder saber razoavelmente, que aquela não era a vontade interna do parceiro. Apesar de estar presente, segundo alguns, mesmo no Código Civil alemão de 1900, a teoria da confiança serve à análise deste trabalho porque nela se observa exatamente esta transformação na visão protetiva do direito, da vontade individual, para o impacto social. A teoria da vontade concentra-se no indivíduo, aquele que emite erroneamente sua vontade; concentrava-se no momento da criação do contrato; a teoria da confiança concentra-se também em um indivíduo, qual seja o que recebe a declaração de vontade, em sua boa-fé ou má-fé, mas tem como fim proteger os efeitos do contrato e assegurar, através da ação do direito, a proteção dos legítimos interesses e a segurança das relações.¹⁰⁷

Por outro giro, mesmo que a confiança seja o alicerce das relações bancárias, nessas operações existe a possibilidade do acidente de consumo causado por agente bancário

107 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*/Cláudia Lima Marques. 4. ed. rev. atual. ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Biblioteca de Direito do consumidor; v. 1) p.233.

ou financeiro. Situação oriunda da própria atividade que, como toda atividade humana, envolve riscos.

Em um acidente de consumo, assim, tratar-se-á de fato de produto ou serviço. O código de defesa do consumidor trata de conceituar não somente o consumidor como destinatário final, mas as vítimas de evento danoso – aqueles que foram vítimas de prejuízos por fato de produto ou serviço –, bem como das práticas estabelecidas nos capítulos V e VI do Código de Defesa do Consumidor.

A importância da conceituação de consumidor de serviços está muitas vezes ligada ao evento danoso e à realização de práticas abusivas adotadas pelas instituições financeiras, bem como a sua proteção legal. Havendo o justo enquadramento da pessoa física ou jurídica como utilizador dos serviços bancários e a Instituição Financeira como fornecedor, a proteção da lei 8078/90 é indiscutível.

Observa-se que não há qualquer distinção pela norma consumerista quanto ao fato de o consumidor ser enquadrado como pessoa física ou jurídica, vez que o dispositivo legal é muito claro ao estabelecer, no artigo 2º, como consumidor “toda pessoa física ou jurídica”.

Em se tratando de relação bancária de consumo ou relação jurídica equiparada a consumo, qualquer vítima de evento danoso (art. 17 CDC) e a pessoa (física ou jurídica) exposta às práticas previstas pelo CDC (arts. 30 a 54) e demais normas que disciplinam relações de consumo serão consideradas consumidoras, assegurando-se destarte todas as vantagens trazidas pelo CDC na defesa e promoção dos seus direitos.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 4º, estabelece como princípio nacional de relações de consumo, adotado como parâmetro para todo e qualquer ato de governo, o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.¹⁰⁸

108 EFING, Antônio Carlos. *op. cit.*, p. 209.

A necessidade das empresas em buscar de forma imprescindível os serviços bancários se chama bancarização; isso determina a específica vulnerabilidade empresarial das pessoas jurídicas na sociedade de consumo que são, de certo modo, obrigadas a utilizar dos serviços bancários, até pelo fato de, nos tempos atuais, não ser possível abdicar de todo e qualquer serviço que envolva instituições financeiras, até mesmo, sem o prejuízo da própria empresa que se utilizará deles.

A necessária utilização dos serviços e a circunstância de a atividade bancária envolver dinheiro têm como fato determinante a integral confiança do cliente no fornecedor, situação inerente ao próprio negócio. Por isso, para que se possa detalhar essa proteção com mais propriedade, deve ser apontada a diferença entre fato de serviço e defeito de serviço.

O regime do Código de Defesa do Consumidor para o fato do serviço é bastante semelhante ao fato do produto, com a diferença de ser mais abrangente. Vale a lição de James Marins:

O fato do serviço é a causa objetiva do dano ocasionado ao consumidor em função de defeito do serviço, causadora de danos na esfera de interesse juridicamente protegido do consumidor. O sistema da responsabilidade pelo fato de serviço é o mesmo do fato do produto, resguardadas, obviamente, as peculiaridades, que receberam a adaptação do legislador neste art. 14, que, em nosso sentir, tem conteúdo ainda mais amplo que o art. 12, uma vez que aquele artigo não delimita os tipos de defeitos dos serviços que possam ensejar a responsabilidade sem culpa do fornecedor.¹⁰⁹

Carlos Alberto Menezes detalha de forma inequívoca o fato do produto:

Pela sistemática do novo Código, os empresários (individuais e empresas) respondem objetivamente pelos danos causados pelos produtos postos em circulação. Isso é o que o Código do Consumidor chama de fato do produto, expressão que pode também ser aqui utilizada com justeza. Entende-se por fato do produto o acontecimento externo que causa dano material ou moral ao consumidor, decorrente de defeito do produto. Chegamos ao ponto nodal dessa nova responsabilidade, não bem esclarecida no dispositivo em exame. O que faz o empresário responder objetivamente pelos danos causados pelos produtos postos em circulação? Essa é a questão fundamental. São os eventuais defeitos que esses produtos tiverem. E assim é, porque ninguém

109 MARINS, James. *Código do Consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 136-137.

responde por aquilo a que não tiver dado causa, mesmo em sede de responsabilidade objetiva. E o dano só pode ser considerado causado por um produto, quando este tiver defeito que o enseje. Destarte, dano que não tenha por causa defeito do produto (e isso pode decorrer de diversos outros fatores, incluída a própria conduta do usuário) não pode ser imputado ao empresário. Nesse ponto, o Código de Defesa do Consumidor é mais detalhado e apropriado, como já, ressaltado, porque o seu artigo 12 se refere expressamente ao defeito do produto como fato gerador da responsabilidade do fornecedor: “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como informações insuficientes ou inadequadas sobre a utilização dos riscos.” O defeito pode ser de concepção (criação, projeto, fórmula), de produção (fabricação, construção e montagem) e ainda de comercialização (informações, publicidade, apresentação etc.). São os chamados acidentes de consumo, que se materializam através da repercussão externa do defeito do produto, atingindo a incolumidade físico-psíquica do consumidor e seu patrimônio.¹¹⁰

O artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor, de acordo com uma interpretação extensiva, trata da relação jurídica de consumo entre o cliente e o banco ou Instituição Financeira.

Deve-se, ainda, realizar a distinção entre fato de serviço e vício do serviço. Fato de serviço será a constatação de um defeito juridicamente relevante e atinente à ausência de segurança do serviço prestado pelo agente financeiro ou bancário, ao passo que, defeito do serviço será apenas a falta de qualidade que torne o serviço impróprio ou de forma inadequada, portanto de natureza menos grave.

Pode-se observar que qualquer situação que gere a quebra de confiança do cliente em relação à instituição financeira, ou seja, que interfira no elemento fidúcia, tem-se como uma situação de natureza grave, onde fica caracterizada a existência do fato de serviço.

Arnaldo Rizzardo leciona que:

a atividade principal dos bancos se desenvolve nas chamadas operações bancárias, consistentes em conceder empréstimos, receber valores em

110 DIREITO, Carlos Alberto Menezes. 1942 - *Comentários ao novo Código Civil, v. 13: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. Carlos Alberto Menezes Direito, Sérgio Cavalieri Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 184-185.

depósito, descontar e redescontar títulos, abrir créditos, enfim, na realização da série de atos próprios para a consecução de sua finalidade econômica. O significado envolve, também, a contabilização de todos os valores que ingressam e saem do banco, com a escrituração, de modo a não permitir margem a dúvidas quanto ao seu montante, ao vencimento, aos encargos inerentes e às amortizações. Abrange a contabilização das relações entre o banco e os clientes.¹¹¹

Assim, pelo fato de que a contabilidade bancária tem que ser precisa e seja elemento essencial na relação cliente/instituição financeira, qualquer problema oriundo dessa hipótese deverá ser tomado como fato de serviço.

111 RIZZARDO, Arnaldo. *op. cit.*, p.16.

9. RISCO E RESPONSABILIDADE OBJETIVA DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Há uma nítida preocupação com os abusos relativos aos clientes bancários, em especial, quando os abusos vêm descritos em bloco de cláusulas contratuais, onde o contratante apenas adere a um contrato já previamente definido, instrumento de contratação sem qualquer possibilidade de alteração ou discussão quanto às cláusulas contratuais.

A partir dessa preocupação, há que se observar a Diretiva 93/13/CEE do Conselho da Comunidade Européia, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos com os consumidores, onde se vislumbra a preocupação dos países que compõem a Comunidade Econômica Européia com as situações de abusos e desrespeito ao consumidor; muitas vezes, podem ser enquadradas em determinadas situações as hipóteses relativas ao cliente bancário, que atua como destinatário final do produto ou serviço.

A Diretiva 93/13/CEE estabelece em suas primeiras considerações:

Considerando que as legislações dos Estados-membros respeitantes às cláusulas dos contratos celebrados entre, por um lado, o vendedor de bens ou o prestador de serviços e, por outro, o consumidor, revelam numerosas disparidades, daí resultando que os mercados nacionais de venda de bens e de oferta de serviços aos consumidores diferem de país para país e que se podem verificar distorções de concorrência entre vendedores de bens e prestadores de serviços nomeadamente quando da comercialização noutros Estados-membros;

Considerando, em especial, que as legislações dos Estados-membros respeitantes às cláusulas abusivas em contratos com os consumidores apresentam divergências marcantes;

Considerando que compete aos Estados-membros providenciar para que não sejam incluídas cláusulas abusivas nos contratos com os consumidores;

Considerando que, regra geral os consumidores de um Estado-membro desconhecem as regras por que se regem, nos outros Estados-membros, os contratos relativos à venda de bens ou à oferta de serviços; que esse desconhecimento pode dissuadi-los de efetuarem transações diretas de compra de bens ou de fornecimentos de serviços noutro estado-membro;

Considerando que, para facilitar o estabelecimento do mercado interno e proteger os cidadãos que, na qualidade de consumidores, adquiram bens e serviços mediante contratos regidos pela legislação de outros Estados-membros, é essencialmente eliminar, desses contratos as cláusulas abusivas;

Considerando que os vendedores de bens e os prestadores de serviços serão, assim, ajudados na sua atividade de venda de bens e de prestação de serviços, tanto no próprio país como no mercado interno; que a concorrência será assim estimulada, contribuindo para uma maior possibilidade de escolha dos cidadãos da Comunidade, enquanto consumidores;

Considerando que os dois programas comunitários no domínio da política de informação e defesa dos consumidores sublinham importância de os consumidores serem protegidos contra cláusulas contratuais abusivas; que esta proteção deve ser assegurada por disposições legislativas e regulamentares, quer harmonizadas a nível comunitário quer diretamente adotadas ao mesmo nível.¹¹²

Está evidenciada a preocupação dos países membros da Comunidade Europeia em unificar os procedimentos contra as cláusulas abusivas contratuais que venham a prejudicar o consumidor. Sob a ótica aqui abordada, a aplicação desses procedimentos nos contratos bancários, contra os abusos, reflete diretamente no âmbito da responsabilidade civil, que extrapola os limites da fronteira do Estado.

Márcio Mello Casado diz que o Código de Defesa do Consumidor tem campo de incidência maior que a Diretiva Comunitária, o que reforça a proteção daquele que se utiliza dos produtos e serviços colocados à disposição das Instituições Financeiras no Brasil:

sem muita dificuldade se pode observar no texto da diretiva notável similitude com a legislação consumerista pátria. Parece-nos que os incisos do art. 51, da Lei brasileira, têm um campo de incidência superior ao estabelecido na Diretiva Comunitária, pois não há em nosso sistema as restrições lá apontadas.

É de se estranhar que logo nas operações bancárias, onde existe a maior gama de problemas com as práticas de rescisão unilateral dos contratos, alteração unilateral de condições contratuais e flutuação dos preços dos produtos, seja limitado o campo de aplicação da norma da Comunidade Econômica Europeia.

Resta-nos concluir que a Lei brasileira, em matéria de cláusulas abusivas, tende mais aos interesses dos consumidores de crédito bancário do que a própria Diretiva Comunitária, mesmo que a concepção primeira dos autores do anteprojeto não tivesse tido tal intenção.¹¹³

112 CASADO, Márcio Mello. *Proteção do Consumidor de crédito bancário e financeiro*. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2000. – (Biblioteca de direito do consumidor, v. 15), p 308.

113 *Idem*, p.155.

O nosso sistema adotou um sistema de responsabilidade civil nas hipóteses de relações consumeristas, onde não há a responsabilidade absoluta, mas mitigada, onde o fornecedor não será responsabilizado nas hipóteses de caso fortuito ou força maior, ou ainda na hipótese de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, inexistência de defeito – nessa hipótese a prova é de incumbência do fornecedor.

Desse modo, tem importância o enfoque da responsabilidade civil dos bancos e instituições financeiras; e de não o há como contestar que esses prestam uma multiplicidade de serviços à população, não mais se restringindo a suas origens, ligadas ao fornecimento de crédito. A sofisticação dos serviços por meio da informática amplia os problemas e exige soluções jurídicas. Por outro lado, não somente a lei mas também os tribunais assumem posição rigorosa no tocante às instituições financeiras, mormente porque suas atividades dizem respeito aos recursos financeiros de toda a população e do país. Ainda, pelo fato de serem os bancos repositórios de confiança de seus depositantes, é justo que deles se espere o mais elevado serviço e correção.¹¹⁴

A responsabilidade civil dos agentes bancários e financeiros não decorre somente do ato culposo do causador da lesão. Pelo sistema de proteção de defesa do consumidor e pelo código civil há uma releitura da responsabilidade civil, onde o agente responde, independentemente da análise de culpa, não sendo esse o fator determinante para a responsabilização.

A teoria do risco do empreendimento estabelece que o empreendedor responde pelos riscos gerados por seus atos. Se a Instituição Financeira auferir vultosos lucros com sua atividade, deve ser responsabilizada pelas obrigações decorrentes dos riscos da operação, independentemente de culpa.

114 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, Responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 180.

Rui Stoco leciona que:

Em 1975 já deixava claro GARRIGUES que a obrigação de conservação integral das caixas de segurança se desdobra em duas: uma obrigação relativa à integridade interna (“garantia de clausura”) e uma obrigação relativa à integridade externa (“garantia de conservação”). E prossegue: Assim qualificada a obrigação do banco, resta claro que para liberar-se de responsabilidade pelo inadimplemento dessa obrigação é preciso que o banco demonstre a ocorrência de força maior ou de caso fortuito. (*op.cit.*,p. 460)
Tal decorre do entendimento de que a obrigação do banco não é apenas uma obrigação de meio ou de diligência, mas uma obrigação de resultado, conforme distinção feita por Bernhoft (*Kauf, Miete und verwandte Verträge, 1889*) e mais tarde reconhecida por Demogue (*Traité des obligations en general*, t.5, n.1.237, p.538).¹¹⁵

O Código de Defesa do Consumidor adota a responsabilidade objetiva por fato do serviço:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.¹¹⁶

O empreendedor só se libera dos riscos se provar a ocorrência das hipóteses do §3º do art. 14, a saber: "I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistente; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro".

“Por mais organizados que sejam os bancos, essa infinidade de operações que realizam é possível ocorrer falhas no sistema que acarretem prejuízos aos clientes ou terceiros.”¹¹⁷

Quanto à teoria do risco do empreendimento, tem-se a lição de Carlos Alberto Menezes:

Pode-se dizer que o Código esposou aqui a teoria do risco do empreendimento (ou empresarial), que se contrapõe à teoria do risco do consumo. Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se dispunha a exercer alguma

115 STOCO, Rui..*op. cit.*, p.641.

116 BRASIL.Código civil, p. 1016-1017.

117 CAVALIEIRI FILHO, Sérgio. *op. cit.*, p. 394

atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Esse dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança destes. O consumidor não pode assumir os riscos das relações de consumo, não pode arcar sozinho com os prejuízos decorrentes dos acidentes de consumo, ou ficar sem indenização. Tal como ocorre na responsabilidade do Estado, os riscos devem ser socializados, repartidos entre todos, já que os benefícios são também para todos. E cabe ao fornecedor, por intermédio dos mecanismos de preços, proceder a essa repartição de custos sociais e dos danos. É a justiça distributiva, que reparte equitativamente os riscos inerentes à sociedade de consumo entre todos, por intermédio dos mecanismos de preços, repita-se, e dos seguros sociais, evitando, assim,, despejar esses enormes riscos nos ombros do consumidor final.¹¹⁸

As relações jurídicas existentes entre os bancos e seus clientes passam a conviver com o risco, muito em decorrência da impessoalidade das relações do cliente com a Instituição Financeira, onde o mesmo se vê obrigado a contratar diretamente com uma máquina em um terminal eletrônico. A automação das tarefas de uso dos clientes com a praticidade e rapidez do serviço, se, por um lado, diminui custos com a estrutura, incluindo como custo o número de funcionários, por outro lado, cria uma maior possibilidade de geração de riscos e insegurança nas transações entre consumidor de serviço e Instituição Financeira.

A disputa de mercado entre as Instituições Financeiras gerou maior comodidade e rapidez nas operações através de meios modernos de serviços, como portas giratórias com detector de metais, cartões magnéticos, terminais eletrônicos e o próprio Banco na Internet, onde o cliente realiza todas as operações sem sair de sua residência. Com o aumento da comodidade e com o avanço da tecnologia, o cliente que utiliza o serviço deposita toda sua confiança na operação e com isso a responsabilização por danos causados é inerente ao serviço prestado.

118 DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *op. cit.*, 183-184.

A responsabilidade civil aumenta com a confiança e, proporcionalmente, com a especialização profissional. Quanto maior o grau de especialização, maior a responsabilidade civil. A responsabilidade civil, antes predominantemente subjetivista, caminha hoje, lado a lado, com a responsabilidade objetiva, vez que a própria despatrimonialização dos direitos das obrigações tem relativizado diversos conceitos, como o da autonomia da vontade privada, o predomínio da socialização das relações obrigacionais; no campo da responsabilidade civil, houve uma releitura, abarcando-se, inclusive, a culpa presumida.

A Corte Constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal, já se pronunciou através da súmula nº 28¹¹⁹, onde os bancos são responsáveis pelo risco de cheque falso. Na presunção de culpa, a responsabilidade encontra-se predominantemente com o agente passivo causador do fato danoso, e permanece com ele até a real comprovação fática de que não agiu com culpa.

Com a adoção da teoria objetiva, com abstração da culpa, o cliente bancário é protegido inclusive pela aplicação da teoria do risco. A teoria do risco profissional deve observar, ainda, de que maneira os bancos se relacionam com seus clientes, de forma contratual, enquanto que em relação a terceiros é de forma extracontratual.

Característica da atividade bancária é a sua atuação pública; os Bancos atuam como prestadores de serviço ao público, com distribuição do crédito e intermediação.

Importante destacar que serviço público é aquele praticado pelo Estado ou por aquele a quem ele delegue poderes para tal, como os concessionários ou permissionários do serviço público. Os bancos praticam serviço ao público, como já dito, na distribuição e intermediação do crédito.

119 “O estabelecimento bancário é responsável pelo pagamento do cheque falso, ressalvadas as hipóteses de culpa exclusiva ou concorrente do correntista.” BRASIL.Código civil, p. 1545.

O artigo 1º da lei 4.595/64¹²⁰ trata as Instituições Financeiras como integrantes e parte ativa do Sistema Financeiro Nacional, o que acarreta a fiscalização governamental; isso reforça ainda mais a responsabilidade objetiva na sua aplicação.

Sérgio Cavalieri lembra que:

Muito se tem discutido a respeito da natureza da responsabilidade civil das instituições bancárias, variando as opiniões desde a responsabilidade fundada na culpa até a responsabilidade objetiva, com base no risco profissional, conforme sustentou Odilon de Andrade, filiando-se à doutrina de Vivante e Ramela (“Parecer” in RF 89/714). Nesse ponto, entretanto, importa ressaltar que a questão deve ser examinada por seu duplo aspecto: em relação aos clientes a responsabilidade dos bancos e, contratual; em relação a terceiros, a responsabilidade é extracontratual.¹²¹

José Aguiar Dias tece importante comentário quanto à responsabilidade das Instituições Financeiras:

De maneira nenhuma pretendemos afirmar que a responsabilidade contratual, no direito brasileiro, não se baseia na culpa. Mas a responsabilidade do depositário, como é definida no Código Civil, não depende dessa prova, pois atribui ao depositário os riscos da coisa depositada, o que importa em não admitir defesa fundada na ausência de culpa. Ponto de vista oposto a esse parecer expressou o eminente Odilon de Andrade, sustentando com os bons argumentos, a responsabilidade dos bancos pelos riscos do cheque falso. Filia-se a douto jurista à opinião de Vivante, com o qual sustenta que os lucros percebidos pelo banqueiro compensam o prejuízo, que, para o cliente, será, muitas vezes, irreparável. Além disso, a adotar o ponto de vista contrário, se daria validade a uma firma falsa que não pode gerar obrigação nenhuma. Odilon de Andrade, ainda invoca a lição de Ramela, que defende a mesma solução, justificada por várias razões sociais e econômicas, entre elas a confiança que o instituto reclama (parecer na Revista Forense, vol.89, p. 714). Igual critério foi adotado no acórdão do Tribunal de Apelação de São Paulo, em 07.08.41, na Revista Forense, vol. 83, p. 454.¹²²

120 Art. 1º. O Sistema Financeiro Nacional, estruturado e regulado pela presente Lei, será constituído: I - do Conselho Monetário Nacional; II - do Banco Central do Brasil; III - do Banco do Brasil S/A.; IV - do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social; V - das demais instituições. BRASIL.Código comercial, p. 265.

121 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *op. cit.* p. 394.

122 DIAS, José de Aguiar. *op. cit.* P. 335.

Não há dúvida de que a teoria do risco-profissional ou risco-proveito é de grande importância, mas a teoria do risco criado é mais abrangente e melhor se adequa, vez que engloba não somente os agentes que auferem lucro, mas aqueles que vierem a sofrer prejuízo.

Ponto relevante para a aplicação do risco-criado em comparação ao risco-proveito é seu aspecto probante, no sentido de que, no risco-proveito, será necessário comprovar a obtenção de lucro efetivo no desempenho de atividade, enquanto que, no risco-criado não há necessidade da exigência probatória para aquele que sofreu o dano.

Vilson Rodrigues Alves traça o *discrimen* entre o risco-proveito e risco-criado:

A adoção da responsabilidade pelo critério puramente objetivo fundamenta-se na justiça distributiva e na necessidade de completa proteção da vítima. Por isso, considerando-se, por exemplo, a extensa problemática dos depósitos bancários, porquanto eles se resumem a bens fungíveis, a situação equipara-se ao mútuo, posto que não seja a rigor negócio jurídico de mútuo. Nessa orientação, o cheque falso ou o cheque falsificado é elemento da prática de ato ilícito contra o banco mesmo e não contra o cliente, cabendo *ipso facto* à instituição suportar os efeitos lesivos dessa prática, como tradição empírica dos riscos assumidos por ela no exercício de suas operações. Outrossim, e considerando ainda essa diretriz que justifica a doutrina objetiva da responsabilização civil dos bancos comerciais, opera-se ela não somente em virtude do risco-proveito, mas do risco-criado, dado conceptualmente mais largo. É certo, não se pré-afasta aquele conceito, porque os bancos em suas atividades não deixam de auferir lucro. Por isso mesmo, não é incorreto afirmar-se que à base dessa responsabilização está o fato de que quem exerce atividade que retira resultado econômico, maxime a título restrita e marcadamente profissional, deve suportar os respectivos riscos que insere na sociedade: *ubi est emolumentum, ibi est onus esse debet*. Contudo, implicaria pôr o ofendido na contingência de ter que alegar e provar esse proveito resultante do dano, sem embargo da dificuldade mesma em se definir proveito. Nesse sentido, a teoria do risco meramente criado e, mais equânime, porque com sua adoção se reduz a dificuldade probatória do ofendido. Basta que os bancos nas suas atividades normalmente desenvolvidas causem danos, porquanto esses danos eram riscos previsíveis em razão da própria natureza dessas operações. Porquanto previsíveis, assumiram-nos, desde o início, o que justifica a responsabilização pelos danos irradiados.¹²³

123 ALVES, Vison Rodrigues. *op. cit.*, p. 96.

Carvalho Santos tece o seguinte comentário sobre a teoria do risco:

A teoria do risco encontra justificativa numa idéia de justiça: quem auferir lucro com certa atividade, deve, reciprocamente, indenizar os prejuízos que causa (“*cujus est commodum ejus et incommodum*”).¹²⁴

Rui Stoco, ao tratar da responsabilidade civil do banqueiro, leciona:

Resulta da exegese do cânon legal que o banqueiro responde pelos prejuízos que o depositante de bens em caixa de segurança sofrer em razão de furto, roubo, incêndio, enchente e outros fatos, desde que presente a relação de causa e efeito, quer dizer desde que não ocorra uma das causas de exclusão da responsabilidade. Cabe afirmar, pois, que o Código de Defesa do Consumidor rompeu com o Direito anterior, contrariou a teoria da responsabilidade com culpa (*aquiliana*) consagrada no Código Civil e abraçou a teoria da responsabilidade objetiva do fornecedor e do prestador do serviço.¹²⁵

E conclui:

Enfim, se o fornecedor – usada a expressão em seu caráter geral e polissêmico – se propõe a explorar atividade de risco, com prévio conhecimento da extensão desse risco; se o prestador de serviços dedica-se à tarefa de proporcionar segurança em um mundo em crise, com violenta exacerbação da atividade criminosa, sempre voltada para os efeitos patrimoniais, há de responder por perdas e danos causados por defeitos verificados nessa prestação, independentemente de culpa, pois a responsabilidade decorre do fato objetivo do serviço e não da conduta subjetiva do agente.¹²⁶

9.1. CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE

Não basta que o agente haja procedido *contra jus*, isto é, não se define a responsabilidade pelo fato de se cometer um “erro de conduta”. Não basta que a vítima sofra

124 SANTOS, João Manuel de Carvalho. *op. cit.*, p. 278.

125 STOCO, Rui. *op. cit.*, p.642.

126 *Idem*, p. 642-643.

um dano, que é elemento objetivo do dever de indenizar, pois, se não houver um prejuízo, a conduta antijurídica não gera obrigação de indenizar¹²⁷.

O agir deve estar relacionado ao dano. Deve haver um liame entre a ação e a omissão e o resultado. A culpa exclusiva da vítima é uma das hipóteses de rompimento de nexos causal.

As causas de exclusão da responsabilidade civil podem ser encontradas no Código de Defesa do Consumidor, que trata da responsabilidade objetiva e trata das causas excludentes de responsabilidade, ou seja:

Artigo 14 § 3º. O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

- I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
- II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.¹²⁸

Tem-se, assim, que o banqueiro não terá o dever de indenizar diante da força maior e do caso fortuito, da culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

O que se tem, na verdade, nas hipóteses de força maior, culpa exclusiva da vítima ou no fortuito, é que ocorre o rompimento do nexos causal entre a conduta do agente e o resultado danoso.

Na culpa exclusiva da vítima, tem-se a lição de José Aguiar Dias:

Admite-se como causa de exclusão da responsabilidade o que se chama de culpa exclusiva da vítima. Com isso, na realidade, se alude a ato ou fato exclusivo da vítima, pelo qual fica eliminada a causalidade em relação ao terceiro interveniente no ato danoso.¹²⁹

O problema da culpa não é tão simples como lembra Chaim Perelman:

Quanto aos acidentes de trânsito, contentou-se em invocar o artigo 1384, alínea 1, criando uma presunção de culpa do motorista, responsável pelas

127 *Idem*, p.643.

128 BRASIL.Código civil, p. 1017.

129 DIAS, José Aguiar. *op.cit*, p. 693.

coisas que estão sob sua guarda, mas permitindo-lhe livrar sua responsabilidade se provasse que não podia evitar o acidente. Mas este modo de raciocinar não oferecia uma solução equitativa quando o acidente ocorria sem que ninguém fosse culpado. E, nesta perspectiva, o proprietário do veículo, que tem juridicamente sua guarda, será responsável pelos acidentes causados por um carro roubado? Deverá indenizar seu passageiro, vítima de um acidente, no caso do transporte gratuito, quando não cometeu nenhum erro? A Corte de Cassação, acompanhando as Cortes e os tribunais, ficou impressionada com o que havia de chocante no fato de um ato de pura cortesia poder voltar-se contra seu autor, sem que houvesse culpa alguma de sua parte (nota Paul Esmein, S., 1929.1.249). Aplicar-se-á, em tal caso, o artigo 1382, que exige uma culpa da parte de quem causou o dano. Foi essa jurisprudência que prevaleceu desde o aresto da Corte de Cassação, de 27 de março de 1928 (D.P., 1928.1.145;S.,1928.1.353) até os arestos da Câmara Mista de Cassação, de 20 de dezembro de 1968 (D.,1969.1.37), que colocaram a responsabilidade a cargo do proprietário do veículo. Como e por que o que parecia equitativo em 1928 deixou de sê-lo em 1968? A modificação da jurisprudência deveu-se ao arbítrio ou pode ser justificada de modo satisfatório? Foi isso que o professor Husson examinou longamente em suas notáveis sobre a evolução desta jurisprudência. Ele mostra muito claramente como problema, levantado pela busca de uma solução equitativa, foi modificado pela instituição do seguro obrigatório, que põe em segundo plano a idéia de responsabilidade e de culpa, substituindo-a pela de risco, o que deveria cobrir também o beneficiário de um transporte gratuito.¹³⁰

Chaim Perelman, ainda, quanto à mudança da realidade social e sua repercussão comenta:

Com efeito, se podia parecer pouco equitativo que o proprietário do veículo fosse vítima de sua própria amabilidade, em caso de um acidente sobrevivendo sem culpa de sua parte, é normal que o segurador, que cobre os riscos de acidentes, deva cobrir os riscos corridos pelo passageiro, beneficiário do transporte gratuito. O que era equitativo quando se devia decidir quem arcaria com os prejuízos do acidente, o proprietário ou o beneficiário do transporte gratuito, deixava de sê-lo quando se devia decidir entre a vítima do acidente e uma empresa cuja razão de ser é cobrir os riscos, que muitas vezes tira proveito deste ofício e que, em todo caso, já recebeu na forma de prêmios a contrapartida da indenização que lhe é pedida...Assim, o sentimento de equidade não variou, o que variou foi a realidade social à qual se aplica e variou sob a influência do direito, que instituiu uma obrigação nova, mais profundamente, porém, graças à invenção de uma técnica econômica, a do seguro, que o direito deixou plenamente eficiente tornando-o obrigatório.¹³¹

130 PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*/Chaim Perelman: tradução de Verginia K.Pupi.- São Paulo: Martins Fontes, 1998. – (Ensino superior), p. 234-235.

131 *Idem*, p. 236.

Importante ressaltar que somente com a culpa exclusiva da vítima que ocorrerá a quebra do nexo causal, vez que se houver a concorrência de culpas a indenização poderá ser proporcional ao grau de culpa de cada um que participou da relação jurídica.

Guilherme Couto, de forma diversa, entende que não há excludente em razão de mera concorrência de culpa, sequer há mitigação do valor ressarcido:

A necessária e importante questão, já presente em nossos Tribunais, versa sobre o papel da concorrência de culpa nos acidentes de consumo. Muitas vezes o consumidor terá agido de forma negligente, e a questão é saber se isso mitiga ou de alguma forma exclui o encargo reparatório do fornecedor. Quando há oferta em massa, e um bem ou serviço é lançado no mercado de consumo, todos sabem de antemão que alguns infortúnios vão acontecer, à conta de falta de diligência do consumidor. É a lei dos grandes números: muitos carros vão bater, por distração dos motoristas; muitos cairão de bicicleta ou patins; lesões serão produzidas em virtude de aparelhos de ginástica; doentes desatentos tomarão remédios errados, e milhares de eletrodomésticos, por uso indevido, vão gerar desagradáveis conseqüências. E é exatamente essa a razão pela qual a lei cria e impõe o dever objetivo do empresário, de garantir a segurança esperada, não apenas no concernente à periculosidade em si, como inclusive e especialmente no campo das informações que a cercam. Em todos os ângulos, deve ficar marcada a concepção do Código: não há excludente em razão da mera concorrência de culpa do adquirente ou tomador de um bem, ou usuário dos serviços; em princípio, sequer há mitigação do valor ressarcido.¹³²

Note-se que, se for precisamente apurada a proporção das culpas que intervieram no evento danoso, na liquidação é possível atribuir a cada um o grau de responsabilidade. Ocorre que, quando a proporção não fica estabelecida, não se conseguindo atribuir o grau de culpa, surge o problema no momento da condenação.

José Aguiar Dias dá a solução:

Não defendemos a teoria da causa eficiente, como pareceu a Martinho Garcez Neto, mas exatamente, a doutrina apoiada pelo eminente autor. Falamos em oportunidade melhor e mais eficiente de evitar o dano e não em causa. Consideramos em culpa quem teve não a “*last chance*”¹³³, mas a melhor

132 CASTRO, Guilherme Couto de. A responsabilidade objetiva no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 85-88.

133 “É a teoria norte-americana da causa próxima, *the last clear chance*. Por ela, a parte que teve por último a oportunidade de evitar o dano, não obstante a negligência ou imprudência da outra, é responsável pelo evento. Assim, nega-se nos Estados Unidos, a indenização reclamada pela vítima que falta ao dever de observar (*duty to*

oportunidade e não a utilizou. Isso é exatamente uma consagração da causalidade adequada, porque se alguém tem a melhor oportunidade de evitar o evento e não o aproveita, torna o fato do outro protagonista irrelevante para sua produção. O que se deve indagar é, pois, qual dos fatos, ou culpas, foi decisivo para o evento danoso, isto é, qual dos atos imprudentes fez com que o outro, que não teria conseqüências, de si só, determinasse, completado por ele, o acidente. Pensamos que sempre que seja possível estabelecer inocuidade de um ato, ainda que imprudente, se não tivesse intervindo outro ato imprudente, não se deve falar de concorrência de culpa. Noutras palavras: a culpa grave necessária e suficiente para o dano não se teria produzido.¹³⁴

Quanto ao fato de terceiro, tem-se que, se houver o rompimento do nexo causal por fato imputado a terceiro, sem que haja qualquer participação ao agente, exonera sua responsabilidade, sendo certo que a vítima deve buscar a reparação diretamente contra o terceiro.

Das excludentes da responsabilidade, o fato de terceiro ainda possui muita resistência da jurisprudência pátria, como na hipótese expressa da súmula 187 do Supremo Tribunal Federal, que estabelece: “A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é ilidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.”¹³⁵

Quanto ao caso fortuito e força maior, excludentes da responsabilidade civil, tem-se que a característica básica da força maior é a sua inevitabilidade, mesmo sendo a sua causa conhecida (um terremoto, por exemplo, que pode ser previsto pelos cientistas); ao passo que o caso fortuito, por sua vez, tem a sua nota distintiva na sua imprevisibilidade, segunda os parâmetros do homem médio. Nessa última hipótese, portanto, a ocorrência repentina e até

look and list). Essa doutrina pode ser mais aperfeiçoada mediante sua transposição do tempo para o espaço. Em lugar de se apurar quem teve a última oportunidade, o que se deve verificar é quem teve a melhor ou mais eficiente, isto é quem estava em melhores condições de evitar o dano, de quem foi o ato que decisivamente influi para o dano. Isso, aliado à indagação da idoneidade da culpa na produção do dano, dará critério seguro para a solução exata ao tormentoso problema da concorrência de culpa ou concorrência de atos produtores do dano.” (DIAS, José Aguiar. *op.cit.*.p.695).

134 *Idem. op.cit.*,p.695.

135 BRASIL.Código civil, 55 ed., São Paulo:Saraiva, 2004, p. 1535.

então desconhecida do evento atinge a parte incauta, impossibilitando o cumprimento de uma obrigação (um atropelamento, um roubo).¹³⁶

136 GAGLIANO, Pablo Stolze, Pamplona Filho, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 3 v., São Paulo: Saraiva, 2003, p.123.

10. NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Para responder a questão da natureza jurídica da responsabilidade civil das Instituições Financeiras e terceiros, há que se observar qual a conduta praticada pela Instituição Financeira quando da ocorrência da lesão.

O bem-estar social é sopesado na aplicação da responsabilidade objetiva. Hart traz importante passagem sobre a chamada justiça social e o encargo vinculado a determinadas atividades que envolvam riscos:

Diz freqüentemente ser este o caso, quando a responsabilidade civil é objetiva, isto é isenta da intenção de causar dano ou da abstenção do emprego de diligência. Esta forma de responsabilidade é, por vezes, defendida na base de que é no interesse da sociedade que aqueles que sofram acidentalmente danos devem ser indenizados, e argumenta-se que a via mais fácil para o fazer é impor o encargo àqueles de cujas atividades, por mais cuidadosamente fiscalizadas que sejam, resultam tais acidentes. Essas pessoas tem geralmente largos recursos e oportunidades para se segurarem contra tais riscos. Quando este argumento é avançado, há nele uma apelo implícito ao bem-estar geral da sociedade que difere, embora possa ser moralmente aceitável e algumas vezes chamado mesmo de justiça social, das formas primárias de justiça que se ocupam simplesmente de repor, tanto quanto possível, o *status quo* entre dois indivíduos.¹³⁷

Se o dano decorrer de uma atividade habitualmente exercida, atribuível à Instituição Financeira, a responsabilidade será objetiva, tudo em função do risco da atividade exercida de forma contínua e permanente. Caso o dano seja causado por um fato isolado em suas relações negociais, não ligado diretamente aos serviços inerentes a sua atividade, a responsabilidade será subjetiva.

Pode-se observar que, se a atividade realizada pela Instituição Financeira for inerente aos seus objetivos, deve a mesma suportar qualquer dano que venha causar através da responsabilidade objetiva, seja por ser enquadrada como fornecedora, em conformidade com

137 HART, Herbert L.A. *O conceito de Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 181.

o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 14, ou por meio da sua responsabilidade civil objetiva, derivada do risco da sua atividade, como estabelece o artigo 927, parágrafo único do Código Civil, e o artigo 931, independente de ser contratual ou extracontratual.

Judith Martins citando Miguel Reale se refere expressamente ao artigo 927, parágrafo único:

Se aquele que atua na vida jurídica desencadeia uma estrutura social que, por sua própria natureza, é capaz de pôr em risco os interesses e os direitos alheios, a sua responsabilidade passa a ser objetiva e não mais apenas subjetiva.¹³⁸

O Código de 1916 não fazia qualquer referência à responsabilidade sem culpa, já o Código Civil de 2002 apresenta dois artigos, o 927, parágrafo único, e o 931, que possuem a expressão “independentemente de culpa”, consagrando a responsabilidade objetiva.

É o que estabelecem os artigos:

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.

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.¹³⁹

Humberto Theodoro, sobre o tema, discorre:

Pode-se dizer que desde o século XIX se vem travando uma séria luta entre partidários da responsabilidade civil tradicional, respaldada no Código francês, e os defensores da tese da necessidade de evoluir para a responsabilidade civil objetiva. Os primeiros insistem no aspecto ético da imputabilidade, de sorte que sem o elemento culpa não seria em princípio legítimo atribuir-se o dever de indenizar a alguém. Para os últimos, porém, o

¹³⁸ REALE, Miguel *apud* MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 128.

¹³⁹ BRASIL. Código civil, p. 180-181.

ritmo da sociedade industrializada e massificada engendrou tantos perigos para as pessoas, que a ameaça constante de danos individuais assumiu a proporção de risco social, a ser suportado não apenas pelos indivíduos, mas pela sociedade como um todo. Não seria justo nem razoável deixar as vítimas a lutar por reparações de seus graves e constantes prejuízos, dentro dos padrões da teoria da culpa. A exigência da civilização contemporânea seria de que nenhum dano ficasse sem indenização. O criador do risco e beneficiário da situação perigosa deveria arcar sempre com o dever de reparar o dano causado a outrem. Por outro lado, várias tentativas de socializar o risco tem sido feitas, por meio de seguros obrigatórios, como o de acidentes de trabalho, e o da circulação de veículos. A cobertura, contudo, é diminuta em face da real situação da sociedade atual.¹⁴⁰

O que se tem observado na legislação é o aumento de hipóteses de responsabilização independente de culpa, onde se prova o nexo de causalidade da conduta e o dano sofrido pela vítima.

Não se observou qualquer abolição da responsabilidade subjetiva, que continua sendo regra clássica de responsabilização de conduta no campo extracontratual, mesmo com o alargamento de hipóteses de responsabilidade objetiva como, por exemplo, da aplicação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, que se amolda em especial em situações geradoras de risco.

Houve, sem dúvida, um alargamento da responsabilidade objetiva, em especial para as atividades de risco, enquadrando-se sob esse aspecto, as Instituições Financeiras, vez que, em sua atividade habitual, deve ser aplicada a teoria do risco; mesmo porque, quem aufere o lucro com sua atividade, deve indenizar os prejuízos causados àqueles que lesam, seja através de uma relação contratual ou extracontratual.

É a lição de Humberto Theodoro:

Afinado com esse rumo, o novo Código brasileiro repete a posição da lei anterior, definindo o ato ilícito *stricto sensu* como o que, violando direito, causa dano a outrem e que, da parte do agente, decorre de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência (art. 186). Sem embargo, porém, de ter o ato ilícito "*stricto sensu*" como dependente de culpa do agente, o novo

140 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, v. 3, t.2: Dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova./Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 28-29.

estatuto civil faz uma grande abertura para o incremento da aplicação da teoria do risco. Ao cuidar da obrigação de indenizar estatui que esta decorre, em regra, do ato ilícito (isto é, do ato danoso, injurídico e culposos) (art.927, *caput*). Permite, contudo, que ocorra, também, “a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (art. 927, parágrafo único). A posição do novo Código corresponde a um compromisso com a responsabilidade delitual subjetiva, ou seja, com o dever de indenizar fundado na culpa, como base do sistema normativo. Ao adotar, todavia, uma abertura maior para a introdução da teoria da responsabilidade sem culpa, contrariando a própria orientação de prestigiar como principal a responsabilidade derivada da culpa.¹⁴¹

Por outro lado, Silvio de Salvo Venosa adverte sobre os riscos de se adotar a responsabilidade objetiva de forma indiscriminada:

A teoria da responsabilidade objetiva não pode, portanto, ser admitida como regra geral, mas somente nos casos contemplados em lei ou sob o novo aspecto enfocado pelo novo Código.¹⁴²

Ponto central que deve ser observado é que o legislador, ao estabelecer o parágrafo único do artigo 927, impôs limites à aplicação da responsabilidade objetiva, para que a mesma não ocupasse “*in totum*” o espaço da responsabilidade subjetiva. “Assim é que se prevê que somente pode prescindir-se da culpa do agente quando o dano decorrer de risco gerado pela atividade normalmente desenvolvida por ele (art. 927, parágrafo único). Por isso, cabe ao juiz avaliar, no caso concreto, “a atividade costumeira do ofensor e não uma atividade esporádica eventual, qual seja, aquela que, por um momento ou por uma circunstância, possa ser um ato de risco. Não sendo levado em conta esse aspecto, poder-se-á transformar em regra o que o legislador colocou como exceção.”¹⁴³

Manuel Atienza lembra da dificuldade do julgador na avaliação do caso concreto:

141 *Idem*, p. 29.

142 VENOSA, Silvio de Salvo. *op. cit.*, p.15.

143 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *op. cit.*, p. 30.

A prática da adoção de decisões jurídicas mediante instrumentos argumentativos não esgota o funcionamento do Direito, que consiste também na utilização de instrumentos burocráticos e coativos. E, inclusive, a mesma prática de argumentar juridicamente para justificar uma determinada decisão pode implicar às vezes um elemento trágico. Com isso quero dizer o seguinte: na teoria padrão da argumentação jurídica, parte-se da distinção entre casos claros ou fáceis e casos difíceis; com relação aos primeiros, o ordenamento jurídico fornece uma resposta correta que não é discutida; os segundos, pelo contrário caracterizam-se porque, pelo menos em princípio, é possível propor mais de uma resposta correta que se situe dentro das margens permitidas pelo Direito positivo. Mas o que parece ficar excluído, com essa proposição, é a possibilidade de uma terceira categoria, a dos casos trágicos. Um caso pode ser considerado trágico quando, com relação a ele, não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerar fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral. A adoção de uma decisão em tais hipóteses não significa enfrentar uma simples alternativa, mas sim um dilema.¹⁴⁴

É preciso ter em mente que os riscos são inerentes à atividade bancária, e não todo e qualquer risco, vez que, a todo o momento, a sociedade corre perigos; o que é preciso é delimitar o que é inerente à atividade habitual da Instituição Financeira e o que é apenas uma atividade esporádica.

Lição importante sobre o fato do detalhamento da atividade habitual como de riscos e os perigos a que a sociedade está sujeita é o pensamento de Ulrich Beck:

A medida que se desvanece el mundo bipolar, pasamos de um mundo de enemigos a um mundo de peligros y riesgos. Pero qué quiere decir “ riesgo” ? Riesgo es el enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana, las diversas consecuencias no deseadas de la modernización radicalizada. Es un intento (institucionalizado) de colonizar el futuro, un mapa cognitivo. Toda sociedad, por supuesto, há experimentado peligros. Pero el régimen de riesgo es una función de un orden nuevo: no es nacional, sino global. Está íntimamente relacionado com el proceso administrativo y técnico de decisión. Anteriormente, esas decisiones se tomaban com normas fijas de calculabilidad, ligando medios y fines o causas y efectos. La “sociedad del riesgo global” há invalidado precisamente esas normas. Todo esto se hace muy evidente com las compañías de seguros privadas, quizá el mayor símbolo del cálculo y la seguridad alternativa, que no cubren los desastres nucleares, ni el cambio climático y sus consecuencias, ni el colapso de las economías asiáticas, ni los riesgos de baja probabilidad y graves consecuencias de diversos tipos no cubren la mayoría de las tecnologías controvertidas, como la ingeniería genética.¹⁴⁵

144 ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito, Teorias da Argumentação jurídica., Perelman, Viehweg, Alexy, Maccormick e outros.* 3 ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 226.

145 BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global.* Madrid: Siglo XXI de Espana Editores S.A. 2002, p. 5.

A teoria do risco é concebida como explicitação mais sensível do fundamento da responsabilidade objetiva, que vem exsurgindo como princípio a nortear a composição dos conflitos sócio-jurídicos, embora não propriamente como sucedâneo da responsabilidade subjetiva. Como todo exercício de atividade implica riscos a terceiros, cada pessoa deve suportar o risco do dano causável e causado por sua obra.¹⁴⁶

Carlos Alberto Menezes traz importante contribuição quanto a idéia do risco nas relações modernas:

A teoria do risco, na verdade, encontrou espaço para expandir-se, porque as circunstâncias próprias da vida moderna, com o desmesurado crescimento das cidades e as inúmeras deficiências dos serviços postos à disposição dos cidadãos, multiplicaram as possibilidades de dano. Quanto mais o homem está exposto a perigo tanto mais experimenta a necessidade de segurança. Todavia, como não temos a segurança material, tenhamos ao menos a segurança jurídica, a certeza de obter oportunamente uma reparação. A evolução da responsabilidade é, assim, uma decorrência da insegurança e a fórmula “viver perigosamente” atrai fatalmente uma outra que lhe constitui a réplica e a sanção: responder pelos nossos atos.¹⁴⁷

Desse modo, observa-se que, no âmbito da responsabilidade civil das Instituições Financeiras, não se aplica a teoria do risco-excepcional, vez que a situação de risco, de caráter excepcional, está ligada às atividades de alta periculosidade, o que não é a hipótese. Não se aplica a teoria do risco integral pela sua radicalidade, no sentido de que apenas o dano seja suficiente para caracterizar a responsabilidade, não havendo qualquer forma de excludente da responsabilidade civil. Não se aplica a teoria segundo o risco-profissional, vez que o dever de indenizar oriundo da atividade ou profissão exercida pelo lesado não abarcaria todas as hipóteses de dano. Quanto à teoria do risco-proveito pelo lucro da atividade bancária como fator de aplicação da responsabilidade civil, poder-se-ia se conceber o enquadramento das Instituições Financeiras, no sentido de que aquele que lucra

146 ALVES, Vilson Rodrigues. *op. cit.*, p. 66.

147 DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *op. cit.*, 16

suporta os danos causados pela sua atividade econômica. O problema está na comprovação do proveito, eis que o ônus da prova caberá à vítima, quanto à demonstração desse proveito, o que dificulta muito o êxito, ou mesmo o ingresso, daquele que busca o Judiciário para reparar-se o dano. Já o risco-criado é uma ampliação do risco-proveito e mais adequado na responsabilização das Instituições Financeiras, vez que há a superação do problema da prova do risco-proveito, e tem-se que apenas o exercício da atividade é suficiente para a responsabilização dos eventos danosos, aplicando-se a isenção apenas com a comprovação das diligências indispensáveis para se evitarem os danos.

Assim, a Instituição Financeira responde objetivamente pelo risco da atividade normalmente desempenhada¹⁴⁸, de forma a atingir situações contratuais e extracontratuais, como, por exemplo, pelo pagamento de um cheque falsificado, ou pela negativação indevida de um cliente; e responde subjetivamente por situações advindas de uma atividade não habitual e esporádica¹⁴⁹, como pela venda de um imóvel que apresente algum vício redibitório, vez que a alienação de imóveis não faz parte de sua atividade habitual de fomento de crédito e fornecedor de serviços.

148 “Considerando o fito precípua dos bancos comerciais, têm-se que principais são as atividades concernentes ao recolhimento de capital e à sua distribuição, com o que operam a mobilização de crédito, sem que se defina a existência de intermediação no crédito. São as denominadas operações bancárias de crédito, ativas – como se o banco é quem presta dinheiro a cliente; v.g., abertura de crédito, antecipação bancária, cartão de crédito, empréstimo – e passivas – como se o cliente é quem presta dinheiro ao banco; e.g., depósito – inconfundíveis com as operações bancárias sobre o crédito. Em dados suportes fáticos poderá haver comistura de operações dessa natureza e de prestação de serviços, como se o banco agisse na condição de pessoa intermediária entre o credor e o devedor, atuando na cobrança do teor do direito de crédito do cliente, o que não afastará a preponderância de uma frente à outra, de modo a propiciar o discrimine pelo elemento superante.” (VILSON Rodrigues. *op. cit.*, p.80-81)

149 “Nessas operações bancárias, diz-se que há secundariedade porque o banco não age na função que lhe é típica, de intermediariedade na circulação do dinheiro. Diversamente, ele conduz-se por critérios negociais diversos. A relação jurídica entre o banco e o cliente continua a ser relação de confiança. Vistos os interesses financeiros bancários, eles também podem estar presentes, mas de modo mediato, colocando-se as atividades secundárias como meio imediato para seu atingimento, como o é a captação de clientela. As operações secundárias não são exclusivas das empresas bancárias, podendo-se aferir sua prestação por pessoas físicas e jurídicas que não se qualificam como banqueiros ou bancos.” *Idem*, p. 85-86.

CONSIDERAÇÕES FINAIS - CONCLUSÃO

Das considerações anteriormente expostas, pode-se auferir as seguintes conclusões:

1) No último século, o direito privado sofreu modificações de cunho substancial com a socialização dos valores coletivos, o prestígio não somente ao indivíduo, mas a toda a sociedade. Sob esse aspecto, há a contribuição do movimento de constitucionalização do direito civil, bem como foram apagados os marcos divisórios entre o direito público e privado.

2) A constitucionalização do direito civil reclama a incidência dos valores constitucionais na normativa civilística, operando uma espécie de "despatrimonialização" do direito privado, em razão da prioridade atribuída, pela Constituição, à pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento.

3) Com o fim de desenvolver os novos valores, o legislador inseriu no Código Civil de 2002 cláusulas gerais que conferem ao aplicador maior liberdade nas decisões, buscando como base elementos localizados dentro e fora do sistema legal, muitas vezes dimensionando cláusula geral indefinida e imprecisa.

4) A concepção patrimonialista do código de 1916 dá lugar à despatrimonialização, com o prestígio à dignidade da pessoa humana e a socialidade, sendo certo que ocorre uma releitura da autonomia da vontade privada, do solidarismo social; a função social dos bens de produção organizados sob a forma de empresa, é vista por uma outra ótica, bem como os bens de produção estão redirecionados em uma nova perspectiva do direito privado.

5) O papel do julgador passa a ser de importância única na aplicação da responsabilidade civil no caso concreto. O magistrado deve manter-se à distância de qualquer

contaminação que lhe afete o julgamento isento e imparcial, mas tem ampla margem para decidir com cláusulas ditas abertas, como, por exemplo, a conceituação de atividade de risco.

6) O Código de 1916 não fazia expressa menção à responsabilidade objetiva, como há no Código de 2002, mas o aplicador contava com inúmeras leis esparsas onde havia a fixação da responsabilidade objetiva.

7) O Código Civil de 2002, ao seu turno, objetivou as hipóteses anteriormente tomadas como presunções de culpa pela jurisprudência e pela doutrina e reestruturou a responsabilidade civil como um todo.

8) A responsabilidade civil traçada pelo Código Civil de 2002 não possui mais a responsabilidade subjetiva como regra geral, em virtude da objetivação da responsabilidade, principalmente pela inserção do princípio geral de responsabilidade objetiva no artigo 927, parágrafo único.

9) O estudo da responsabilidade civil objetiva passa por diversas teorias concebidas como: teoria do risco, teoria do risco-proveito, teoria do risco profissional, teoria do risco excepcional, teoria do risco-criado e teoria do risco integral, todas tratando de responsabilidade objetiva em situações de risco.

10) A responsabilidade civil dos agentes bancários e financeiros não decorre somente do ato culposos do causador da lesão. Pelo sistema de proteção de defesa do consumidor e pelo código civil, há uma releitura da responsabilidade civil, onde o agente responde independentemente da análise de culpa, não sendo o fator determinante para a responsabilização.

11) Como características das Instituições Financeiras, tratadas apenas como bancos, são a adesividade e uma gama de produtos e serviços oferecidos ao cliente bancário, sendo certo que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável, principalmente, quanto à responsabilidade objetiva.

12) Em conformidade com a análise da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos com os consumidores,

vislumbra-se a preocupação dos países que compõem a Comunidade Económica Europeia com situações de abusos e desrespeito ao consumidor, podendo ser enquadradas, em determinadas situações, as hipóteses relativas ao cliente bancário, que atua como destinatário final do produto ou serviço.

13) Está nítido que o Código de Defesa do Consumidor, pela sua responsabilidade objetiva, é mais atuante e efetivo que as normas da Diretiva da Comunidade Europeia, o que demonstra que o consumidor dos serviços bancários possui poderosa ferramenta contra abusos e tratamentos desiguais.

14) A teoria do risco do empreendimento estabelece que o empreendedor responde pelos riscos gerados por seus atos. Se a Instituição Financeira auferir vultosos lucros com sua atividade, deve ser responsabilizada pelas obrigações decorrentes dos riscos da operação, independentemente de culpa.

15) Não há dúvida de que a teoria do risco-profissional ou risco-proveito é de grande importância, mas a teoria do risco-criado é mais abrangente e melhor se adequa na responsabilidade das Instituições Financeiras, vez que engloba não somente os agentes que auferem lucro, mas aqueles que vierem a sofrer prejuízo.

16) Aspecto essencial na aplicação do risco-criado em comparação ao risco-proveito é seu aspecto probatório, no sentido de que, no risco-proveito, será necessário comprovar a obtenção de lucro efetivo no desempenho de atividade, enquanto que, no risco-criado, não há necessidade da exigência probatória para aquele que sofreu o dano.

17) Mesmo que a responsabilidade seja objetiva existem as excludentes da responsabilidade civil, onde o banqueiro não terá o dever de indenizar em situações de força maior, de caso fortuito, de culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. O que se tem é o rompimento do nexo causal entre a conduta do agente e o resultado danoso.

18) Houve, sem dúvida, um alargamento da responsabilidade objetiva, em especial para as atividades de risco, pela própria análise do artigo 927 do Código Civil de 2002, sob a forma de cláusula geral, enquadrando-se, sob esse aspecto, as Instituições Financeiras, vez que, em sua atividade habitual, deve ser aplicada a teoria do risco, mesmo porque quem aufera o lucro com sua atividade, deve indenizar os prejuízos causados àqueles que lesam, seja através de uma relação contratual ou extracontratual.

19) A teoria do risco que mais se adequa às Instituições Financeiras é a teoria do risco-criado, que importa em uma ampliação do risco-proveito, onde se aumentam os encargos do agente, mas é mais eqüitativo para a vítima, que não necessita provar que o dano resultou em vantagem ou benefício para o causador do dano, assumindo objetivamente as conseqüências de sua atividade.

20) A Instituição Financeira responde objetivamente pelo risco da atividade normalmente desempenhada, de forma a atingir situações contratuais e extracontratuais, ao passo que responde subjetivamente por situações advindas de uma atividade não habitual e esporádica, em especial em hipóteses onde não há qualquer operação de fomento de crédito e fornecimento de serviços, desvinculada de suas operações normais.

21) O enfoque patrimonial e obrigacional não está banido da responsabilidade civil; na verdade, a despatrimonialização é vista, por outro enfoque, sob as luzes da eticidade, efetividade e com a promoção da função e da solidariedade social, com nítida absorção dos valores constitucionais.

A nova concepção da responsabilidade civil é um desafio que cabe não só ao interprete, mas a todo estudioso do Direito, que deve tomar como inspiração as palavras de José Saramago “ ... as palavras são apenas pedras postas a atravessar a corrente de um rio, se estão ali é para que possamos chegar a outra margem, a outra margem é que importa, A não ser, A não ser, quê, A não ser que esses tais rios não tenham duas margens, mas muitas, que

cada pessoa que lê seja, ela, a sua própria margem, e que seja sua, e apenas sua, a margem a que terá de chegar”.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. 2. ed. México: Biblioteca de Ética, Filosofía de Derecho y Política, Segunda edición: 1998.
- ALVES, Vison Rodrigues. *Responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários: responsabilidade civil bancária*. 2. ed. Campinas: Bookseeller, 1999.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- AROCA, Juan Montero, *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito, Teorias da Argumentação jurídica, Perelman, Viehweg, Alexy, McCormick e outros*. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do Direito e Contexto Social*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.
- BECK, Ulrich. *La sociedade del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI de Espana, 2002.
- BRASIL. *Novo Código Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.
- BRASIL. *Código civil*. 55. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL. *Código comercial*. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- CALAMANDREI, Piero. *"Eles, os juízes, vistos por um advogado"*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003.
- CANARIS, Claus – Wilhem. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa. 3. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- CARVALHO, Márcia Cunha S. A. A Constituição Federal e o princípio do juiz ativo *in Direito Processual e Direitos Fundamentais*, Greco, Leonardo & Miranda Neto, Fernando Gama de, (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CASADO, Márcio Mello. *Proteção do Consumidor de crédito bancário e financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (Biblioteca de direito do consumidor, v. 15).

CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade objetiva no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Da Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*. 3 ed. Malheiros editores, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito Civil brasileiro – Responsabilidade Civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2002

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. 1942 - *Comentários ao novo Código Civil, da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Disponível em www.stf.gov.br. Acessado em 20 dez.2005.

EFING, Antônio Carlos. *Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERNÁNDEZ, Ricardo Rodríguez, *La contaminación procesal - el derecho al juez imparcial - causas de abstención y recusación*. Granada: Comares, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos da Filosofia do Direito*. São Paulo. Atlas, 2003.

FIÚZA, César. *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003,

GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: RT, 1967.

_____. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRECO, Leonardo. “Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo”, in: *Revista Jurídica*, v. 305.

- HART, Herbert L.A. *O conceito de Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- JEVEAUX, Geovany Cardoso. *A simbologia da imparcialidade do Juiz*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- JÚNIOR, Cássio Penteado. Aspectos do Código do Consumidor, Informativo Dinâmico IOB, dez. 1990.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de direito privado*. São Paulo. RT, 1998.
- MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*-São Paulo: Atlas, 2002.
- MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.
- MARINS, James. *Código do Consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. ver. atual. ampl. incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, n. 65, 1993.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.
- _____. *Código de processo civil comentado: e legislação extravagante*. 8. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzato, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Verginia K.Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*.

RAWLS, John. *Justiça como Equidade. Uma Reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

REALE, Miguel, *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de Crédito Bancário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. 3 ed. rev. atual. ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático por J.M.de Carvalho Santos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. rev. atual. por Aricê Moacyr Santos. São Paulo: Saraiva, 2004.

STOCO, Rui. Responsabilidade Civil no Código Civil francês e no Código Civil Brasileiro (Estudos em homenagem ao Bicentenário do Código Civil Francês): *In Revista de Direito Civil*, nº 65, São Paulo: Revista dos Tribunais, 831 – janeiro de 2005 – 94º ano.

_____, Rui. *Tratado de responsabilidade civil* – 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil: Dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, Responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VIDIGAL, Geraldo. *O Direito do Consumidor e os Contratos Financeiros – I Fórum de Direito Econômico*, Instituto Brasileiro de Ciência Bancária. São Paulo, 1994.

VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.