

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS

Roberto Rosas

É com grande satisfação que estou neste ambiente cultural, um pouco constrangido, pois vou falar depois da belíssima exposição do Professor Diogo Leite Campos e, após, falará o meu querido amigo, o Doutor Geraldo Facó Vidigal, que é um militante do Direito Bancário, no sentido de que trabalha todos os dias com o Direito Bancário na sua atividade e, por isso, tem grande experiência nessa matéria.

Estou aqui com grande satisfação em ver que o Professor Francisco Amaral mantém o Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro com uma grande atividade. Ele é um grande benemérito desta cidade, do Brasil, nas suas atividades do Instituto no Hotel Glória, com belíssimas conferências, congressos, seminários, reunindo a comunidade luso-brasileira e, por isso, tive grande satisfação em encontrar Diogo Leite Campos em São Paulo, em Brasília e aqui. Essa motivação do Francisco Amaral deve ser incentivada ativamente, pois ele foi um grande contribuinte da cultura jurídica aqui, no Rio de Janeiro e no Brasil, por ter sido o precursor dos grandes eventos culturais de massa.

Sempre levo em conta o interesse do tema ao falar muito ou pouco e falara com objetividade pois, cada vez mais, gosto de falar menos e com mais objetividade, principalmente para colegas e pessoas ilustres que não podem perder o seu tempo. Infelizmente, o jurista brasileiro, talvez pela sua herança latina, está cada

vez falando mais e, pior que isso, escrevendo mais e com menos objetividade. E é aí que as coisas complicam, ao contrário do mundo jurídico americano ou anglo-saxão, que prima pela precisão, ou do alemão, que procura encontrar uma determinada saída com objetividade.

Dessa forma, os temas do Direito Bancário podem ser resumidos exaustivamente a temas muito técnicos, muito áridos e, por isso, sem muito interesse, mas sempre levo em conta uma observação de Augusto Teixeira de Freitas, grande jurista do Império, no pórtico da Consolidação das Leis Civis, que ele elaborou, dizendo, em latim, “aquilo que a todos toca, todos devem aprovar”. A responsabilidade civil dos bancos, se não estivermos do lado bancário, ou do outro lado do balcão, estaremos sempre incidindo nesse problema, não somente do ponto de vista teórico, partindo da teoria do ato ilícito da responsabilidade civil, do art. 159 do Código Civil, mas para uma objetividade de responsabilidades e, cada vez mais, para uma responsabilidade objetiva da atividade bancária. Isso está, inclusive, inserido no Código do Consumidor.

Logo, uma relação de consumo foi inserida em uma atividade de um determinado serviço prestado pelo banco. Em razão disso, temos diversas situações que são colocadas, em relação à responsabilidade civil dos bancos, numa extensão muito grande, onde se exaspera exaustivamente em relação a essa responsabilidade. Está havendo até uma certa irresponsabilidade dos aplicadores ao atacarem os bancos. Mesmo não sendo advogado de banco e sim defendendo a clientela e, como parte, mas o que estamos vendo e tive a oportunidade de sentir isso como advogado de um determinado banco, é que, por exemplo, um Desembargador Relator, em hipótese de responsabilidade civil, onde o banco remetia o talonário do cliente, sendo este recebido na portaria do prédio do cliente do banco e lançado em livro da recepção de correspondência. Em razão disso, em um determinado dia, começaram a aparecer cheques em Minas, São Paulo e

foram devolvidos ao banco pela compensação. Ele entrou com Ação de Dano Moral, dizendo que o crédito bancário dele havia sido cortado, o S.P.C. estava negativo e ele tinha tido uma série de restrições sendo, inclusive, prejudicado em uma fiança que dava, em determinada locação pois a fiança foi recusada pela falta de idoneidade, em razão dos cheques terem voltado.

A impressão que tive do caso concreto é que, na verdade, furtaram o talonário, que foi usado pelo ladrão, sendo atribuído ao banco o dano moral. O juiz julgou improcedente mas, no Tribunal, o Desembargador disse que, exercendo o banco uma responsabilidade de risco, deve se responsabilizar pelos danos causados ao seu cliente. Sendo assim, voltamos a uma velha tese da Responsabilidade Civil, que é o nexo causal como o nexo de sujeitos entre o prejuízo que alguém sofre e aquele que é acusado de ser o causador desse prejuízo. Sem isso não será possível. Não é o fato de o banco ser rico e forte que vai sustentar o prejuízo de uma pessoa que pode ter sido negligente, pode ter tido o azar de um assalto, etc., não se atribuindo ao banco aquela responsabilidade. O Desembargador afirmou que a responsabilidade era do banco, como se o risco de mandar uma correspondência para um cliente fosse do banco. Até é, mas se o cliente não recusa um determinado serviço considerado de risco tem também uma parcela de responsabilidade, pois aceita esse serviço por conveniência.

Então, voltamos ao problema do nexo de causalidade, pois não é o fato de o cliente ser rico ou o fato de o banco ser poderoso que vai pagar por todos os prejuízos que seu cliente sofre; é uma atividade profissional, técnica, empresarial, que tem como finalidade o lucro, não podendo ficar com o prejuízo alheio.

Isso no Brasil, felizmente por ser uma pequena parcela e infelizmente pelo fato de muita gente defender o chamado Direito alternativo, que é bem aplicado nesse caso, por ser um cliente contra um poderoso banco, julgando a favor do cliente. Isso é abstração do Direito do Sistema da Responsabilidade Civil, em que há que se verificar a relação que existe entre causa e efeito. A responsabilidade

objetiva, que é uma grande tentação para o mundo jurídico, não chega ao ponto de dizer que sempre que haja um prejuízo a alguém relacionado à atividade, que ele será o responsável.

Mas, em se tratando de relações de consumo, matéria muito explorada pela jurisprudência e doutrina, partindo do Direito do Consumidor, sendo este um direito muito importante, até fundamental, que hoje progride com uma certa deturpação, pois o Código do Consumidor Brasileiro parece feito para a Suécia, Suíça e não para a mentalidade brasileira, onde chegamos ao ponto de inverter o ônus da proba. Se digo que um serviço foi mal prestado, o banco é quem deve dizer que foi bem prestado e não eu, que estou fazendo a acusação, dentro de um princípio universal de que quem alega é quem deve provar, que vamos transferir a contraprova daquele que é acusado. Podendo, como sabemos, ficar dentro de uma característica brasileira de acusação leviana e deixar que o outro lado venha dizer que não ocorreu aquele mau serviço. Ma sabemos que essas relações de consumo de natureza bancária nascem, muitas vezes, do contrato de adesão. Com uma certa exploração, a doutrina e, especialmente, a jurisprudência têm abrandado a interpretação desses contratos de adesão dentro de uma regra básica, onde o aderente não pode ser sacrificado por não ter colaborado para a feitura das cláusulas. A sua participação é zero, apenas subscreve dizendo se aceita ou não, por não haver a possibilidade de se discutir com um banco seu contrato de adesão. O que se estabelece é o problema do foro, que se discute muito, principalmente em relação a seguro, até com uma certa má-fé como, por exemplo: uma seguradora de São Paulo que funciona também em Ilhéus ou no Piauí, em seu contrato de adesão dizia que o foro do contrato era a cidade de São Paulo; se o segurado batesse o carro teria que discutir em São Paulo por estar rezando no contrato. Mas a jurisprudência, principalmente o Superior Tribunal de Justiça, passou a entender essa cláusula como não escrita, por deturpar um princípio da manifestação de vontade, que é o da escolha, regra básica de eleição de foro; o que havia ali era uma imposição.

Um outro problema com relação à responsabilidade civil é o das cláusulas abusivas, sendo este um problema de interpretação dos contratos, seja de adesão ou estabelecido. Certa vez, por exemplo, fui advogado de um banco, onde um indivíduo entregou em dação em pagamento um prédio ou dois para fazer o pagamento de uma dívida que não poderia pagar em dinheiro mas, ao sair dali, conseguiu testemunhas para dizer que havia sido coagido pelo banco a entregar os imóveis como dação em pagamento, entrando com uma ação de dano moral contra o banco e, conseqüentemente, anular o negócio que fizera sob coação. Deve-se verificar, nesse caso, se há um dano moral em decorrência da relação que se estabelece. Se, em uma relação comum, o indivíduo dá algo em pagamento e é um negócio bem acertado, não se pode falar em coação, esta só existiria se o indivíduo, em estado de perigo, fosse impelido a entregar uma determinada coisa para fazer um pagamento.

Outra questão interessante, que se relaciona com o consumidor, é o problema com a propaganda enganosa. Essa pode, também, atingir os serviços bancários.

Uma questão muito discutida, já há bastante tempo, é o problema do cheque falso, falsificado ou adulterado, com uma série de gradações. Há 35 anos, o Supremo Tribunal baixou a Súmula nº 28, que trata do problema do cheque falso e atribui uma responsabilidade concorrente; uma responsabilidade única do banco se a falsificação for tão grosseira que qualquer pessoa possa identificar; uma culpa concorrente se a falsificação for propiciada pelo correntista e o banco pagou e uma irresponsabilidade do banco se, realmente, o correntista propiciou, deixando talonário assinado e o cheque é pago. Essa é uma grande discussão e a Súmula nº 28, a meu ver, não respondeu eficazmente.

Há uma lei de 1985 que procurou dar uma rota em relação à possibilidade do cheque falso, estabelecendo que, se é por dolo ou culpa do emitente, o banco está exonerado da responsabilidade. Vejo, mesmo depois dessa lei, muitos casos chegarem à justiça, onde a pessoa argumenta que o cheque foi utilizado indevidamente e o

banco é obrigado a honrar o cheque que lhe é apresentado. Claro que isso também entra com a velocidade do serviço bancário de hoje, em que não ocorre mais a conferência da assinatura na ficha do correntista; essa velocidade fez com que não desse mais tempo para isso. Com isso, o correntista passa a Ter grande grau de responsabilidade ao permitir que seu talonário seja utilizado indevidamente. Portanto, se ele foi furtado, deve comunicar ao banco para sustar qualquer pagamento e não deixar correr um mês ou dois, que é quando o cheque volta, para dizer que ocorreu o furto e utilizaram indevidamente seu cheque.

Em se tratando do sigilo bancário, pode-se dizer que já acarretou a proteção aos dados que o banco tem em relação ao seu cliente. Faz uns 30 anos quando um banco do Rio Grande do Sul forneceu uma informação sobre o cadastro de um cliente, dizendo que ele não tinha idoneidade financeira por algum motivo e alguém utilizou esses dados, revelando-os. O cliente foi contra a direção do banco por crime contra a violação de segredo, mais tarde o Supremo Tribunal concedeu Habeas Corpus ao Diretor do Banco comprovando que ele não estava nessa relação de prejuízo, pois se revelou foi internamente, do ponto de vista secreto, até que alguém revelou esses dados e o indivíduo, após se informar, foi além do dano moral e acionou o banco do ponto de vista criminal, pois estava revelando aqueles dados a seu respeito.

Todos os governos adoram falar sobre queda de sigilo bancário, numa pseudo-idéia de que se acabar com o sigilo bancário vão chegar às contas dos 'laranjas' e outras figuras existentes no mundo bancário. Acontece que, no governo Collor, onde todos os cheques eram nominais e mais uma série de outras coisas, nunca se descobriu tanto 'laranja', tanta gente com conta fantasma, apesar de todas as proibições. Logo, não é por esse caminho que se vai chegar ao Caixa 2, ao 'laranja', à droga, etc.

A quebra do sigilo bancário só auxilia o governo com a delação de determinadas pessoas que não servem ao governo, que não lhe interessam. Não é o sigilo feito para proteger o desonesto, como

muitos dizem. O desonesto sabe onde põe seu dinheiro sem precisar devassar e, por exemplo, a Receita Federal tem um sistema montado que sabe toda a movimentação bancária, não precisa abrir o sigilo bancário.

O que precisa e o que todos os governos querem, é uma liberdade, por força da lei, para quebrar o sigilo bancário, com o intuito de atingir oficialmente aquelas pessoas, o que hoje só se faz por via judicial. Querem, inclusive, permitir ao Ministério Público e, livremente, à Autoridade Fiscal para a quebra do sigilo bancário. Dessa maneira, por trás do sigilo bancário, vem esse problema do cadastro, da reserva do banco de dados.

Fui, por exemplo, em uma questão, advogado do Sistema Financeiro, onde a Receita queria informações sobre os clientes e esse Sistema Financeiro se rebelou por considerar aquilo uma quebra do sigilo bancário e da proteção ao banco de dados, que a própria Constituição Federal assegura. Portanto, se a Receita Federal quer chegar, deve ser por via judicial, pedindo autorização ao juiz e não ao administrador.

Em razão disso, o banco tem uma reserva muito grande com relação ao sigilo bancário, ao banco de dados e aos cadastros, exatamente para evitar essa penetração na vida do seu cliente, do correntista, sob pena de o próprio banco poder sofrer uma acusação de dano moral ou de dano patrimonial em decorrência da revelação de determinados fatos.

Ainda cabe uma observação sobre a utilização dos serviços bancários e de um serviço muito problemático, em termos de responsabilidade civil, que é o aluguel de cofre, já exaustivamente examinado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Por exemplo: um indivíduo tem um cofre no banco, tem a chave, ninguém sabe o que ele coloca lá dentro, pode ser ouro, dólar ou até mesmo nada por só querer ter um cofre no banco e o cofre do banco é assaltado. Se ele alegar que tinha um ou dois milhões em dólares no cofre, ninguém pode confirmar. Os bancos, por sua vez, não aceitam declaração do que o cliente tem no cofre, passando a ser responsável

integralmente pelos valores. Então, discute-se se o cofre tem a mesma natureza jurídica do depósito e o depositário, que é o banco, assume o risco pela coisa depositada. Só que o depositário é responsável pelo que sabe, não podendo ser responsável por uma coisa que está dentro de uma caixa e ele não sabe o que é, correndo o risco de o cliente dizer que tem muito mais que o real para atingir o banco.

Também, a utilização desses serviços, há o problema da utilização dos Cartões Magnéticos, que são usados em Caixas Eletrônicas e com um determinado defeito, quando o Cartão Magnético é roubado ou mal utilizado. No caso de uma pessoa que não saiba utilizar o Cartão Magnético e chama uma outra para auxiliá-lo, acabando por utilizá-lo indevidamente, o banco cairá no mesmo problema. A participação do banco para o prejuízo na utilização do Cartão Magnético entra na relação de causa e efeito e nexos de causalidade. Não se pode atribuir ao banco a responsabilidade dessa pessoa que entrega o cartão par que outra entre na sua conta.

Entremos em um terreno doloroso, que está atacando muito o sistema bancário hoje, que o problema do dano moral. O dano moral por cheque devolvido, por duplicata protestada já paga, por utilização do serviço onde se demonstra indevidamente uma acusação contra o cliente, como por exemplo, um correntista que dá a ordem ao banco para descontar a fatura de seu Cartão de Crédito e o banco não o faz, trazendo sérios prejuízos ao cliente. Nessa dinâmica do serviço bancário, pode ocorrer um defeito, mas o que tem que haver de demonstração para o dano moral é se realmente houve a relação de causalidade. Estou insistindo nesse ponto por ser uma premissa básica na responsabilidade civil.

O que ocorre, na realidade, é que só se atribui o dano moral, em decorrência de um defeito do serviço bancário, por partir do pressuposto de que o banco é rico e como tal deve indenizar, mas isso é da cabeça do Direito Alternativo.

Ainda há um aspecto de responsabilidade civil, que na verdade está em cima do dirigente do banco, que é decorrente da Lei

dando o exemplo do capital que está em Portugal e é de origem alemã.

Tudo isso gera consequências que são de muita responsabilidade, se houver um defeito, uma digitação ou um pronunciamento errado nessa transferência. Como também é muito comum, no Brasil, a transferência de ações por meio de um controle eletrônico, onde não se vai pegar sua caixa de ações com um pacote nas costas e levar à Bolsa de Valores e sim feito por processo magnético, onde se diz que se deve transferir um milhão e, ao digitar, transfere-se dez milhões, acarretará um problema que terá uma repercussão no Direito Bancário Internacional.

Mas uma coisa podemos concluir em relação à responsabilidade civil dos bancos: há uma excitação muito grande, doutrinária e jurisprudencial, por provocação de pessoas que descobriram um grande filão, que significa riquezas através de indenizações. A indenização decorrente de responsabilidade civil, seja de caráter patrimonial ou moral, não é para enriquecer ninguém, é recomposição de um dano que foi causado, é recomposição daquilo que o indivíduo sofreu e, portanto, não é para enriquecer ninguém. Se o sujeito mora em um casebre e vai querer uma indenização para se mudar para uma cobertura na Av. Vieira Souto, no io de janeiro, ou no Morumbi, em São Paulo, para uma casa de mil metros quadrados, não é por esse caminho pois, afinal de contas, isso é amoral e, portanto, o Direito não pode abonar e sancionar uma possibilidade dessas que chegue ao ponto do que se faz em determinado Estado.

Uma determinada pessoa, por exemplo, era cliente de um plano de saúde. Naquele dia, saiu para procurar um hospital e, depois de muito procurar e só receber a resposta de que seu plano havia sido cancelado, entrou em uma clínica particular, foi tratada, o plano de saúde pagou e ela entrou com uma indenização por dano mora, que começou arbitrada em setecentos mil e, finalmente, a última conta estava em três milhões; isso, por não ter sido atendidas nos

6.024, que é a Lei das Liquidações Extrajudiciais e do Sistema Financeiro e Bancário, ou seja, a responsabilidade civil dos administradores em razão da liquidação extrajudicial decretada pelo Banco Central. Há um processo inclusive que tem sido uma tragédia aqui no Brasil pois, em geral, há um prazo para a manifestação e, normalmente, o Banco Central não entra com a Ação de Responsabilidade, quem entra é o Ministério Público, e a jurisprudência tem entendido que ele não tem legitimidade ativa para a Ação de Responsabilidade Civil da Lei 6.024, por Ter outras funções no processo de liquidação extrajudicial, inclusive a criminal, sendo a responsabilidade civil inerente ao Banco Central.

Para concluir, vou citar alguns aspectos de natureza internacional. Sabe-se hoje e o professor Diogo Leite Campos afirmou que, para a Unidade Européia, é comum a transferência de valores, que também existe em relação ao Brasil, é que a moeda passa a ser escritural, não há circulação. Uma pessoa pode passar duzentos milhões do Banco A para o Banco B ou C e isso tudo é feito pelo computador e com os riscos inerentes a uma determinada grafia errada, um número errado, etc. Por exemplo: em uma grande empresa brasileira um funcionário, ao digitar a correção dos salários, ao invés de 1,35 digitou 1,3 dando uma defasagem grande nos salários e a empresa está sendo ameaçada de greve pelos funcionários que receberam o contracheque abaixo do valor, mas foi somente um problema de digitação, um problema eletrônico, que pode ocorrer também nessas transferências eletrônicas, principalmente de país para país.

O Professor Luís Olavo Batista, da Universidade de São Paulo, tem uma tese formidável sobre esse problema das transferências eletrônicas, de país para país e as consequências jurídicas dessas transferências, meramente escriturais por ser o que se chama aqui, no Brasil, de Capital Especulativo, que entra em um dia e sai no dia seguinte. É como diz o Professor Diogo Leite Campos em relação à Comunidade Européia, que o capital migra para onde interessa mais,

hospitais que primeiro procurou. Era uma pessoa modesta e não um milionário do Maranhão quer se sentiu ofendido em sua honra por ter que peregrinar por todos os hospitais sem ser atendido e o Tribunal do Maranhão vai mandar pagar, porque diz não haver preço que pague a dor, principalmente por ser pago com o dinheiro dos outros.

Muito obrigado.