

Instituto Brasiliense de Direito Público

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS PELO
SAQUE INDEVIDO DE NUMERÁRIO DE CONTA BANCÁRIA, À LUZ DO
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Monografia final do curso de especialização
em Direito Privado do Instituto Brasiliense de
Direito Público.

Orientador: Hércules A. da Costa Benício.

Aluna: Alécia de Almeida Paiva.

Brasília, junho de 2007.

Dedico este trabalho a Deus e a meus pais e minhas irmãs, com quem aprendi o valor do estudo e do conhecimento, as grandes riquezas que uma pessoa pode acumular ao longo de sua existência.

Os desmedidos agradecimentos endereço a pessoas fundamentais em minha vida, neste momento: à Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, constante incentivadora do crescimento profissional daqueles que têm o privilégio de com ela aprender e trabalhar; ao meu orientador, Professor Hércules Alexandre Benício, pela disponibilidade e dedicação; aos meus “co-orientadores”, Julio e Manoel, que, com muito carinho, disposição e paciência, me auxiliaram e guiaram desde a concepção da idéia desta pesquisa até os momentos finais de revisão; aos amigos Denise e Glauber, pelo afeto acolhedor e pela constante troca de experiência; e às amigas-irmãs, Juliana e Viviane, com quem sempre dividi angústias e sonhos, pelo companheirismo em mais um projeto concretizado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
1. DA CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE CONSUMO	07
2. ASPECTOS RELEVANTES DA POLÍTICA NACIONAL DE RELAÇÕES DE CONSUMO NA HIPÓTESE EM ESTUDO	10
2.1. Da proteção dos interesses econômicos do consumidor, da transparência e harmonia das relações de consumo	11
2.2. Da vulnerabilidade do consumidor	12
2.3. Dos princípios da boa-fé e do equilíbrio contratual	15
3. DA RESPONSABILIDADE DO PRESTADOR DE SERVIÇOS DE ACORDO COM O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	19
3.1. Elementos da responsabilidade objetiva da instituição financeira	20
3.1.a. O dano sofrido pelo consumidor	20
3.1.b. A conduta da instituição financeira	21
3.1.c. O nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo consumidor e a conduta da instituição financeira	22
4. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – ENTENDIMENTOS DIVERGENTES DA TERCEIRA E QUARTA TURMAS	29
CONCLUSÃO	35
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	38

INTRODUÇÃO

Segundo informações colhidas do sítio da Federação Brasileira de Bancos, referentes ao ano de 2005, a custódia de grande parte da riqueza nacional é mantida em cerca de 95,1 milhões de contas correntes e de 70,8 milhões de contas poupança, alcançando a totalidade de 5.657 municípios de todo país, seja por agências tradicionais, postos eletrônicos ou correspondentes bancários¹. A partir desses dados, é possível extrair uma noção da imensa gama de pessoas – físicas e jurídicas – que se utilizam do serviço de manutenção de numerário em contas bancárias. De se observar, ainda, que é praticamente certo que todas as contas mantidas no país fazem uso da tecnologia do cartão magnético, tida como uma forma segura do seu processo de movimentação.

São notícias corriqueiras, no cotidiano brasileiro, episódios de saque de numerário de conta bancária, com a utilização de cartão magnético, sem a autorização do seu titular. Surge, então, no campo da responsabilidade civil, a discussão a respeito de quem deve arcar com o prejuízo material daí advindo, se o próprio titular da conta ou se a instituição financeira.

O presente trabalho tem por escopo analisar os contornos jurídicos de tal situação. O intuito é confrontar a responsabilidade do titular da conta com a responsabilidade da instituição financeira, sob a égide do Código de Defesa do Consumidor.

¹ FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS – Disponível em <http://www.febraban.org.br/Arquivo/Quemsomos/Perfil%20Institucional.pdf>, acessado em 09/05/2007

A metodologia a ser utilizada fundar-se-á na pesquisa doutrinária em livros, revistas, artigos, jornais e sítios especializados na Internet, bem como pesquisa jurisprudencial junto ao Superior Tribunal de Justiça.

O conteúdo do trabalho, assim, partirá da análise da relação de consumo em testilha, de acordo com a Política Nacional de Relações de Consumo, prevista no art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, analisando os princípios da boa-fé, da proteção dos interesses econômicos do consumidor, da transparência e da harmonia da relação de consumo, da reparação integral, bem como a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor – instituição financeira, especialmente para caracterização de sua hipossuficiência e da necessidade de inversão do ônus da prova. A seguir, será feita uma abordagem a respeito da responsabilidade do fornecedor pelo serviço prestado, especialmente se assim o foi de forma defeituosa.

Definidos os contornos do sistema legislativo relativamente à responsabilidade do fornecedor na prestação do serviço, será feita uma avaliação do posicionamento adotado pela Terceira e pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça na análise de questões atinentes ao tema em estudo. Ao final, será apresentado um panorama crítico cuja pretensão, em última análise, será ressaltar questões inconclusas nas decisões analisadas, e, diante de posicionamentos divergentes, defender aquele que pareça mais consonante com o propósito que norteou o Código de Defesa do Consumidor e, fundamentalmente, a Constituição Federal de 1988 (CF, art. 5º, inc. XXXII).

1 - Da caracterização da relação de consumo: o consumidor e o fornecedor

O art. 2º do CDC define consumidor como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Para clarear essa definição, é imperioso interpretar a expressão destinatário final. Surgiram, então, duas teorias que se propuseram a tal fim: a teoria finalista e a teoria maximalista.

Para a teoria finalista, a figura do consumidor se restringe à pessoa que se utiliza de um produto ou serviço para uso próprio e de sua família, de maneira não profissional. Numa interpretação mais branda desta teoria, tem-se admitido a possibilidade de verificação da figura do consumidor, a partir do reconhecimento da sua vulnerabilidade no caso concreto, o que autoriza a caracterização de consumidor ao profissional que adquire, por exemplo, um produto fora do seu campo de especialidade (MARQUES, 253, 2002).

Já para a teoria maximalista, a norma do art. 2º deve ser interpretada da maneira mais extensiva possível, de modo a atingir um maior número de relações no mercado. Destinatário final, dessa forma, é aquele destinatário fático do produto ou serviço, aquele que o retira do mercado, que o utiliza e o consome (MARQUES, 254, 2002).

Especificamente quanto ao tema em estudo, permeou, em nosso ordenamento jurídico, durante um longo período, dúvida a respeito da incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor à relação existente entre instituições financeiras e seus clientes. Sustentaram alguns não se tratar de relação de consumo, dentre outros aspectos, porque, na Constituição Federal, a proteção ao consumidor estaria prevista no capítulo

referente à “Ordem Econômica” enquanto que as questões relativas às instituições financeiras estariam reguladas no capítulo que trata do Sistema Financeiro Nacional.

Em parecer *pro bono* apresentado na defesa da constitucionalidade do art. 3º, §2º do CDC nos autos da ADI 2.591/DF, proposta pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro - CONSIF, Cláudia Lima Marques assim se manifestou sobre o tema (MARQUES, BENJAMIM, MIRAGEM, 2004, 99):

13. Do exame prático realizado dos elementos e do fato jurídico bancário na relação de depósito, observou-se que há relação de consumo entre os depositantes e os bancos ou instituições financeiras, entre as empresas de seguros e os segurados em geral e entre as administradoras de cartões de crédito e os portadores de cartões de crédito, exemplos de atividade de ‘natureza bancária, financeira, de crédito e securitária’, aqui analisados, sem prejuízo de outras atividades incluídas no art. 3º, §2º, do CDC. Todas estas atividades podem se consideradas relações de consumo, a garantia relacional, os sujeitos fornecedor financeiro e eventual consumidor, destinatário final dos serviços típicos bancários (operações, crédito, intermediação, organização, etc.) e de produtos (dinheiro, juros), de crédito (administradoras), securitários (seguros), assim como o objeto de consumo, produtos e serviços jurídica e economicamente relevantes, logo, importantes e ofertados constantemente na sociedade atual de consumo (e também ofertados na sociedade de produção para profissionais).

Todavia, superando o debate, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento jurisprudencial no sentido de ser de consumo a relação entre instituições financeiras e seus clientes, no julgamento da ADI 2.591/DF. Eis o trecho pertinente do texto da ementa do julgado²:

(...)

1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor.

2. ‘Consumidor’, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito.

² ADI 2591/DF, julgada em 07/06/2006 pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator originário: Min. Carlos Velloso, Relator para o acórdão: Min. Eros Grau.

(...)

Vale ressaltar, ademais, que o STJ, em seu âmbito de competência, já havia pacificado a matéria com a edição do enunciado 297 de seu repertório de Súmulas, in verbis: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.”

Desnecessário, nesta oportunidade, por força do que foi estabelecido pelo STF, fazer-se referência à discussão a respeito das teorias maximalista e finalista de definição de consumidor. Claro está que todos os titulares das milhões de contas bancárias citadas pelas informações da Febraban, sejam elas contas corrente ou contas poupança, são abrangidos pelas protecionistas do Código de Defesa do Consumidor, da mesma forma que a elas se sujeitam todas as instituições financeiras do país.

Definidas, portanto, as figuras do consumidor e do fornecedor em face dos contornos da presente pesquisa, passa-se à análise dos princípios que regem essa relação de consumo.

2 - Aspectos relevantes da Política Nacional de Relações de Consumo na hipótese em estudo

A defesa do consumidor encontra raiz na Constituição Federal que em seu art. 5º, XXXII, estabelece, dentre os direitos e deveres individuais e coletivos, o dever do Estado de promover, na forma da lei, a defesa do consumidor. Também no capítulo que regula a ordem econômica, em seu art. 170, o legislador constitucional diz textualmente que “*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*”, dentre outros princípios, “*a defesa do consumidor.*” Por fim, foi determinada, no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a elaboração de um código de defesa do consumidor, no prazo de 120 dias a contar da promulgação da Constituição.

Partindo desse fundamento constitucional, o Código de Defesa do Consumidor constitui-se um verdadeiro microsistema jurídico, tratando-se de lei de cunho inter e multidisciplinar, nos dizeres de José Geraldo de Brito Filomeno (1999, 19/20) para quem o CDC, “*ao lado dos princípios que lhe são próprios, no âmbito da chamada ciência consumerista (...) relaciona-se com outros ramos do Direito, ao mesmo tempo que (sic) atualiza e dá nova roupagem a antigos institutos jurídicos.*”

O CDC, portanto, institui no Brasil a proteção do consumidor e, nesse contexto, estabelece, em seu art. 4º, a denominada “Política Nacional de Relações de Consumo” com normas que servem para “*interpretar e guiar, melhor dizendo, ‘iluminar’ todas as outras normas do microsistema. Elas se aplicam como inspiração, guia, teleologia,*

indicando o caminho, o objetivo, como afirmou Eros Roberto Grau”(MARQUES, BENJAMIN, MIRAGEM, 2004, 119).

Citando Filomeno, uma vez mais, “*o art. 4º do CDC constitui-se numa verdadeira alma, no sentido de que se visa atender não apenas às necessidades dos consumidores e respeito à sua dignidade – de saúde e segurança, proteção de seus interesses econômicos, melhoria de sua qualidade de vida, como também imprescindível à harmonia das relações de consumo*”(FILOMENO, 2005, 11).

Daí a importância de, neste capítulo, tratar dos princípios da Política Nacional de Relações de Consumo pertinentes para o tema ora posto em estudo.

2.1. Da proteção dos interesses econômicos do consumidor, da transparência e harmonia das relações de consumo

Além da proteção a direitos de ordem existencial, como a dignidade, a saúde e segurança, o CDC garante ao consumidor proteção a direitos de ordem patrimonial, tal qual o direito à incolumidade de seus interesses econômicos, buscando impedir que sofra perdas materiais.

O CDC, ao tratar da transparência e harmonia das relações de consumo, estabeleceu o princípio da proteção da confiança do consumidor, visando à garantia do equilíbrio das relações contratuais bem como a garantia de adequação e efetividade do produto ou serviço adquirido. É o que se extrai de mais uma lição de Cláudia Lima Marques (2002, 119):

O CDC institui no Brasil o princípio da proteção da confiança do consumidor. Este princípio abrange dois aspectos: 1) a proteção da confiança

no vínculo contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC, que procuram assegurar o equilíbrio do contrato de consumo, isto é, o equilíbrio das obrigações e deveres de cada parte, através da proibição do uso de cláusulas abusivas e de uma interpretação sempre pró-consumidor; 2) a proteção da confiança na prestação contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC que procuram garantir ao consumidor a adequação do produto ou serviço adquirido, assim como evitar riscos e prejuízos oriundos destes produtos e serviços.

Uma outra consequência da nova concepção social do contrato, que pretendemos frisar é justamente a mudança do momento de proteção do direito. Não mais se tutela exclusivamente o momento da criação do contrato, a vontade, o consenso, mas ao contrário, a proteção das normas jurídicas vai concentrar-se nos efeitos do contrato na sociedade, por exemplo, no momento de sua execução, procurando assim harmonizar os vários interesses e valores envolvidos e assegurar a justiça contratual”.

Dessa forma, clara é a intenção do CDC de proteger o patrimônio do consumidor ante eventuais práticas abusivas pelo fornecedor bem como de garantir o equilíbrio das relações contratuais, seja na fase pré-contratual seja na sua fase de execução.

2.2. Da vulnerabilidade do consumidor

A intenção protetiva do CDC surge da verificação da fragilidade do consumidor perante o fornecedor e todo o mercado de consumo, estando positivada no art. 4º, I, que estabelece como princípio o reconhecimento dessa vulnerabilidade. Cláudia Lima Marques entende que a vulnerabilidade não é o *“fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a ‘explicação’ destas regras e da atuação do legislador (...), é a técnica de aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa”* (2002, 120).

O consumidor, por certo, não tem meios de controlar os bens de produção, tampouco tem como furtar-se da submissão ao poder dos titulares de tais bens. Sem dúvida, é a parte mais frágil da relação de consumo. Fato é, portanto, que o reconhecimento da

vulnerabilidade propõe-se a amenizar a desproporção entre consumidor e fornecedor, servindo como uma medida de realização da isonomia garantida na Constituição Federal.

A vulnerabilidade pode se verificar sob três aspectos: técnico, jurídico e fático. Por vulnerabilidade técnica, entende-se o desconhecimento específico sobre o bem de consumo que se está adquirindo, tanto no que toca às características do produto quanto no que se refere à utilidade do produto ou serviço. E a vulnerabilidade técnica, no sistema do CDC, *“é presumida para o consumidor não-profissional, mas também pode atingir excepcionalmente o profissional, destinatário final fático do bem”*(MARQUES, 2002, 121).

A vulnerabilidade fática baseia-se no reconhecimento da desproporção de forças, intelectuais e econômicas e no reconhecimento de que o consumidor é o elo fraco da corrente, ocupando o fornecedor posição de superioridade como detentor do poder econômico.

Por vulnerabilidade jurídica, entende-se a falta de conhecimentos jurídicos, econômicos e de contabilidade pelo consumidor. Também esta vulnerabilidade é presumida, no sistema do CDC, para o consumidor pessoa física e o consumidor não profissional. Já quanto aos profissionais e às pessoas jurídicas, *“vale a presunção em contrário, isto é que devem possuir conhecimentos jurídicos mínimos e sobre a economia para poderem exercer a profissão, ou devem poder consultar advogados e profissionais especializados antes de obrigar-se”*(MARQUES, 2002, 121).

Deve-se ter clara, ainda, a idéia de que o princípio da vulnerabilidade tem de ser observado em todas as fases do contrato de consumo: pré-contratual, quando da disponibilização de informações sobre o produto ou serviço; fase contratual, quando da

celebração do contrato; e na fase pós-contratual, ou de execução, quando, eventualmente, podem manifestar-se vícios e defeitos, caracterizando a inadequação do produto ou serviço.

A vulnerabilidade positivada no art. 4º, I do CDC não se confunde com a hipossuficiência prevista no art. 6º, VIII. Ao contrário da vulnerabilidade que, via de regra, é presumida, a hipossuficiência deve ser verificada no caso concreto e é voltada à facilitação da defesa do consumidor frente ao fornecedor.

O art. 6º, VIII, está assim redigido:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente.

A hipossuficiência está intimamente ligada à questão da inversão do ônus da prova e pode ser econômica, quando o consumidor apresenta-se com dificuldades financeiras, ou processual, quando o consumidor apresenta-se com dificuldade para fazer prova em juízo.

Humberto Theodoro Júnior ensina o seguinte a respeito da hipossuficiência (2004, 143):

Quanto à hipossuficiência, trata-se de impotência do consumidor, seja de origem econômica seja de outra natureza, para apurar e demonstrar a causa do dano cuja responsabilidade é imputada ao fornecedor. Pressupõe uma situação em que concretamente se estabeleça uma dificuldade muito grande para o consumidor de desincumbir-se de seu natural *onus probandi*, estando o fornecedor em melhores condições para dilucidar o evento danoso.

Naturalmente, quando o consumidor seja pessoa esclarecida e bem informada, quando tenha ciência do defeito do produto ou da causa do prejuízo, tenha acesso aos meios de prova necessários à demonstração do fato que alega, não haverá razão para desobrigá-lo do ônus da prova do fato constitutivo de seu direito. A inversão não terá cabimento, a não ser que, diante de indícios já deduzidos em juízo, se torne verossímil sua versão. Já, então, não será a hipossuficiência que justificará a medida, mas a verossimilhança. Esta, porém, é importante destacar, não nasce simplesmente da palavra do consumidor, pois depende dos indícios que sejam trazidos ao processo. Sobre estes é que o juiz, segundo as regras da experiência, poderá chegar ao juízo de probabilidade.

Dessa forma, em que pese não se confundirem vulnerabilidade e hipossuficiência, sua razão de fundo é comum, qual seja a proteção do consumidor, elo mais fraco da relação de consumo, a quem deve ser facilitado o acesso aos instrumentos de defesa dessa sua condição peculiar.

2.3. Dos princípios da boa-fé e do equilíbrio contratual

O inciso III do art. 4º do CDC estabelece como princípio “*a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.*”³

A pretensão do legislador de harmonizar os interesses dos consumidores – partes já reconhecidamente vulneráveis na relação de consumo – com a idéia de desenvolvimento econômico e tecnológico de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, parece, à primeira vista, utópica. Isso em razão de uma aparente incompatibilidade entre a proteção de uma parte frágil e a necessidade de dar impulso à tecnologia e à economia. Para viabilizar essa harmonização, todavia, necessária é a sustentação do sistema das relações de consumo nos princípios da boa-fé e do equilíbrio contratual.

Imprescindível ter em mente que a idéia de boa-fé, no sistema do Código de Defesa do Consumidor, não se refere apenas à boa-fé subjetiva, consistente na verificação, caso a caso, das razões que guiam uma determinada pessoa a agir de determinada forma, em

³ Lei 8.078/90, art. 4º, III.

determinada situação. A noção de boa-fé a que se reporta o CDC diz respeito, mais propriamente, à boa-fé objetiva, qual seja aquela que regula padrões de honestidade e lealdade. Confira-se lição de Rizzatto Nunes (2000, 108):

Já a boa-fé objetiva, que é a que está presente no CDC, pode ser definida, grosso modo, como sendo uma regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de se estabelecer o equilíbrio das relações contratuais, uma vez que, dentro do complexo de direitos e deveres das partes, em matéria de consumo, como regra, há desequilíbrio de forças. Entretanto, para chegar a um equilíbrio real, somente com a análise global do contrato, de uma cláusula em relação às demais, pois o que pode ser abusivo ou exagerado para um não o será para outro.

Assim, a boa-fé objetiva estabelece um parâmetro a servir de referência, independentemente da verificação *in concreto* da má-fé subjetiva das partes envolvidas na relação de consumo. Cria-se, então, um parâmetro de fidelidade, honestidade e lealdade a ser observado por consumidores e fornecedores, objetivando garantir a realização do fim colimado pelas partes sem abuso ou lesão por qualquer delas.

Note-se, contudo, que não se afasta a observância da boa-fé subjetiva na contratação. É o que se colhe da lição de Paulo R. Roque Khouri(2005, 66):

O CDC não abdicou da boa-fé subjetiva na contratação. Esta continua com seu espaço, e é essencial na formação do vínculo, sob pena de nulidade também na interpretação das cláusulas contratuais, nos termos do art. 112 do novo CC. Entretanto, o CDC consagra como princípio basilar das relações de consumo, a boa-fé objetiva. O contratante estará violando a boa-fé mesmo quando proceda, no contrato, sem nenhum estado de ânimo ou intenção de prejudicar o outro. Isto porque a intenção do fornecedor em lesar ou não o consumidor, em impor-lhe ou não cláusulas abusivas ou um contrato desequilibrado, ao contrário do que ocorre com a boa-fé subjetiva, é absolutamente desinfluyente para a vulneração do princípio da boa-fé objetiva.

Judith Martins Costa (1999, 427-455) esclarece que a boa-fé, na condição de princípio, comporta função tríplice de interpretação, de criação de deveres jurídicos e limitativa de direitos subjetivos. Sendo interpretativa, dirige-se ao magistrado a quem é dado o dever de dizer o direito, buscando na boa-fé o fundamento para integrar o negócio jurídico, preenchendo-lhe eventuais lacunas e buscando a justiça contratual. Sendo criadora de deveres jurídicos, está voltada às partes que se propõem a contratar, devendo estar presente tanto na fase de celebração do vínculo como no de sua execução, seja como fonte de novos deveres de conduta (deveres anexos aos deveres da prestação contratual), seja como fonte de responsabilidade por ato ilícito. Finalmente, sendo limitadora de direitos subjetivos, estabelece o que os contratantes podem ou não podem deliberar quando contratam, funcionando como verdadeiro freio à autonomia da vontade.

E, paralelamente à boa-fé como princípio norteador das relações de consumo, está o princípio do equilíbrio contratual ou da equidade, que impõe a conformidade entre as prestações das partes, entre direitos e deveres de consumidores e fornecedores, no intuito de coibir vantagens e desvantagens exageradas e desproporcionais.

Cláudia Lima Marques expõe o seguinte sobre o tema(2002, 721):

O princípio da equidade, do equilíbrio contratual é cogente; a lei brasileira, (...) não exige que a cláusula abusiva tenha sido incluída no contrato por abuso do poderio econômico do fornecedor, como exigia a lei francesa, ao contrário o CDC sanciona e afasta apenas o resultado, o desequilíbrio, não exige um ato reprovável do fornecedor; a cláusula pode ter sido aceita conscientemente pelo consumidor, mas se traz vantagem excessiva para o fornecedor, se é abusiva, o resultado é contrário à ordem pública, contrária às novas normas de ordem pública de proteção do CDC e a autonomia da vontade não prevalecerá.

Dessa forma, imperiosa a observância da boa-fé objetiva e a busca do equilíbrio contratual para harmonizar interesses das partes envolvidas na relação de consumo,

possibilitando, igualmente, o desenvolvimento tecnológico e econômico tal como preconizado na Constituição Federal.

Vistos, portanto, os aspectos relevantes da Política Nacional de Relações de Consumo para o estudo ora se propõe, passa-se à análise da responsabilidade do fornecedor prestador de serviços, sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, especialmente voltada para o caso das instituições financeiras que disponibilizam o serviço de utilização do cartão magnético para movimentação de contas bancárias.

3 – Da responsabilidade do prestador de serviços de acordo com o Código de Defesa do Consumidor

Pode-se dizer, com certa tranquilidade, que a grande maioria da população que possui determinado numerário em dinheiro busca o serviço bancário para sua guarda. Surge, então, uma modalidade de serviço tendo como prestador a instituição financeira que se obriga a guardar o dinheiro e a geri-lo (para pagamentos, transferências, aplicações, dentre outras operações) de acordo com as orientações dadas pelo cliente, dono do dinheiro, mediante o pagamento de tarifas, cujos valores são ditados pela própria concorrência do mercado.

Ao se obrigar pela guarda, a instituição financeira assume dever de segurança, consistente em somente autorizar que movimente a conta quem for seu titular ou tiver autorização deste para tanto.

Atualmente, a movimentação de contas bancárias é praticamente toda feita mediante a utilização de cartões magnéticos acompanhados de senhas privativas dos titulares das contas, o que, segundo as próprias instituições financeiras, teria o condão de garantir a segurança das operações, dentre as quais se inclui a de saque de numerário em dinheiro.

Na condição de prestador de serviços, em uma relação de consumo, a responsabilidade civil do banco é regulada pelo art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Depreende-se da redação do referido artigo⁴ que a responsabilidade da instituição financeira é objetiva, atribuindo-se-lhe o dever de indenizar o cliente desde que provado que eventual prejuízo tenha advindo de um fato seu, sendo elementos dessa responsabilidade o dano, a conduta atribuída à prestadora do serviço e o nexo de causalidade entre eles, independentemente da existência de culpa, ressalvadas as excludentes previstas no parágrafo terceiro do artigo citado.

Necessário, portanto, neste momento, buscar esclarecer, na teoria geral da responsabilidade civil, os elementos da responsabilidade objetiva da instituição financeira, na hipótese de saque indevido de conta bancária, sem autorização do seu titular, quais sejam, o dano, a conduta do prestador de serviço e o nexo de causalidade existente entre eles de modo a ensejar o dever de indenizar.

3.1. Elementos da responsabilidade objetiva da instituição financeira

3.1.a. O dano sofrido pelo consumidor

Ao firmar um contrato com uma instituição bancária para ali ter guardado seu dinheiro, o consumidor passa a ter expectativa de que os valores depositados serão mantidos em segurança, só havendo movimentação e saque se assim o pretender. Para

⁴ 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.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - o modo de seu fornecimento;
- II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 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.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

movimentação da conta, como dito anteriormente, o banco, via de regra, entrega ao seu titular um cartão magnético determinando seja-lhe atribuída uma senha de seu conhecimento exclusivo, a fim de que, desse modo, a conta seja movimentada com a pretendida segurança.

Se, todavia, ocorre um saque da conta bancária sem que tenha havido autorização por parte do seu titular, configurado está o dano material, porque frustrada a expectativa de segurança que foi criada em virtude das medidas de cautela e cuidado impostas pela instituição financeira. Com relação à expectativa de segurança, interessante mencionar a referência feita à doutrina de Antônio Hermann Benjamin pelo Min. Ruy Rosado no REsp 287.849/SP:

Segundo Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (Comentários ao Código de Proteção do Consumidor São Paulo: Saraiva, 1991, p. 48), em matéria de responsabilidade civil, no que tange à periculosidade de produtos e serviços, deve-se levar em conta a noção geral da "expectativa legítima", ou seja, expectativas de segurança que deles legitimamente se espera. As expectativas são legítimas quando, confrontadas com o estágio técnico e as condições econômicas da época, mostram-se plausíveis, justificadas e reais. É basicamente o desvio deste parâmetro que transforma a periculosidade inerente (permitida) de um produto ou serviço em periculosidade adquirida (proibida). A periculosidade inerente (normal e previsível) integra a zona da expectativa legítima e, por isso mesmo, recebe tratamento benevolente do direito, pelo que os fornecedores que apresentem produtos e serviços com periculosidade inerente e que, eventualmente, geram danos não cometem vício de qualidade por insegurança e, via de regra, não têm o dever de indenizar. "Uma obrigação abrangente como a estampada no princípio geral da segurança dos bens de consumo há que ter limites. Não se pode condenar, por exemplo, o fabricante da corda utilizada pelo suicida ou o da navalha, instrumento do crime de assassinato. O legislador busca, então, com os olhos voltados para a realidade do mercado de consumo, delimitar as fronteiras desse princípio geral.

3.1.b. A conduta da instituição financeira

A instituição financeira, ao ser procurada e contratada por um consumidor que pretende atribuir-lhe a guarda de seu dinheiro em uma conta, obriga-se a manter o numerário em segurança. Para tanto, é costume utilizarem-se os bancos de sistemas

eletrônicos, dentre eles, a utilização de cartão magnético com senha de escolha e conhecimento exclusivo do cliente.

A escolha da tecnologia de segurança a ser utilizada é ato unilateral da instituição financeira que, por possuir conhecimento técnico específico, acaba impondo ao consumidor a forma de gestão da conta bancária. E, como dito anteriormente, na contrapartida desta imposição, o banco obriga-se a manter em segurança o numerário ali depositado, atraindo para si, via de consequência, a responsabilidade de ressarcir o cliente por eventuais danos materiais advindos de falhas na segurança do sistema eletrônico.

Uma eventual quebra da segurança do sistema eletrônico, portanto, com a ocorrência de saque indevido de numerário da conta corrente de um cliente, sem a sua autorização, demonstraria falha no referido sistema, constituindo, desse modo, a conduta da instituição financeira, que não operou com a segurança esperada pelo consumidor.

3.1.c. O nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo consumidor e a conduta da instituição financeira.

Antes de passar à análise específica do nexo de causalidade na hipótese que ora se põe a estudo, é de se esclarecer que a sua definição sempre foi tema tormentoso tanto na doutrina como na jurisprudência. Mas é imperioso ter clara a idéia de que o nexo causal possui dupla função, conforme leciona Gisela Sampaio Cruz (2005, 22): *“por um lado, permite determinar a quem se deve atribuir um resultado danoso, por outro, é indispensável na verificação da extensão do dano a se indenizar, pois serve como medida da indenização”*.

Ao se obrigar, exclusivamente, pela manutenção da segurança do sistema de gestão de uma conta bancária, eventuais defeitos na prestação desse serviço não de ser atribuídos à instituição financeira.

A questão do nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo titular da conta bancária e a conduta do banco de manter a segurança de acesso a tal conta - especificamente para saque de valores por pessoa distinta do seu titular ou de alguém que tenha autorização expressa para tanto - será mais bem tratada pelo enfoque às causas excludentes de responsabilidade, previstas no art. 14, § 3º, do CDC que, na verdade, trata de hipóteses que rompem o nexo de causalidade.

O inciso I do citado § 3º fala em prova de inexistência do defeito, o que parece exclusão lógica porque se não há defeito na prestação do serviço, não há responsabilidade a ser atribuída ao prestador do serviço, não havendo, portanto, dever de indenizar. Nos dizeres de Sergio Cavalieri Filho (2003, 482): *“A rigor, esta excludente prejudica as demais. Se o fato gerador da responsabilidade do fornecedor é o defeito do produto ou do serviço, logicamente sempre que inexistir defeito não haverá que se falar em responsabilidade.”*

Já o seu inciso II trata da culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Também seguindo ensinamentos de Cavalieri, estas excludentes, na sua essência decorrem da inexistência de defeito do produto ou do serviço, mas o intuito do legislador consumerista foi a busca de uma disciplina clara, espancadora de qualquer dúvida.

Dessa forma, afastado estará o dever de indenizar pela instituição bancária se for por ela produzida prova de que o saque que o consumidor (vítima) alega ser indevido adveio de sua culpa exclusiva. Dessarte, por culpa exclusiva da vítima entende-se a conduta

desta como causa direta e única do prejuízo sofrido, de maneira a afastar-se qualquer defeito no serviço como ensejador de um dano. E, em assim se delineando os fatos, afastada a responsabilidade do prestador do serviço porque não há nexo de causalidade entre uma conduta da instituição financeira e o dano alegado pelo titular da conta.

Da leitura do § 3^a do art. 14, poder-se-ia chegar à conclusão de que igual tratamento deveria ser dispensado ao suposto dever de indenizar se restar demonstrado que o dano ocorreu por fato exclusivo de terceiro. Desse modo, afastado estaria o nexo de causalidade entre o defeito do serviço e o dever de indenizar pelo fornecedor prestador do serviço se o dano advier de conduta exclusiva e direta de terceiro. Todavia, o fato de terceiro só deve atuar como excludente da responsabilidade do prestador do serviço se tal fato for inevitável e imprevisível. Este, aliás, o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos seguintes recursos especiais: Resp 685.662/RJ, pela Terceira Turma, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi e Resp 209.062/RJ, pela Quarta Turma, de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar.)

Transpondo a teoria e o entendimento jurisprudencial para a hipótese em estudo, verifica-se que é comum a ocorrência de fraudes a sistemas eletrônicos de segurança de instituições financeiras. Constantemente, são noticiados episódios dando conta de desvio de numerários ou saques por pessoas distintas de seus titulares, em que pese a rotineira atualização de tais sistemas adequando-os a novas tecnologias. Por ser, então, fato imprevisível especificamente quanto à conta objeto da fraude, genericamente, a instituição financeira dele deve ter ciência e, portanto, arcar com os riscos inerentes à atividade a que se propõe.

O art. 14, § 3º do CDC não trata da ocorrência de caso fortuito ou força maior como excludente da responsabilidade do fornecedor. Da leitura singela de sua redação, inclusive, poder-se-ia chegar a conclusão diversa, já que o termo “só” afastaria qualquer outra excludente de responsabilidade que não a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

Entretanto, este não é o posicionamento adotado pela maioria da doutrina e da jurisprudência para a questão. Diferencia-se fortuito interno de fortuito externo. O primeiro seria o fato imprevisível e inevitável ocorrido no momento da realização do serviço, não tendo força para afastar a responsabilidade do fornecedor porquanto parte integrante de sua atividade, estando ligado aos riscos do empreendimento, ou seja, ocorrendo o fortuito durante a prestação do serviço, o fornecedor responde por suas conseqüências, ainda que inevitáveis. Já o fortuito externo seria aquele fato que não guarda nenhuma relação com a atividade do fornecedor, sendo, dessa forma, absolutamente estranho à prestação do serviço. Nesse caso, estaria afastada a responsabilidade do fornecedor, em última análise, pela simples inexistência de defeito. Essa diferenciação é corroborada pela doutrina de Sérgio Cavalieri Filho (2003, 298), bem como por reiterada jurisprudência do STJ, nos seguintes precedentes: REsp 473.085/RJ, julgado pela Terceira Turma, analisando hipótese de responsabilidade civil de associação atlética em acidente ocorrido em treinamento de judô e REsp 168.985/RJ, apreciado pela Quarta Turma, tratando da responsabilidade civil de empresa de transporte coletivo por explosão de fogos de artifício transportados por uma passageira causando lesão a outros.

A conduta do terceiro, neste caso de saque de numerário de conta-corrente, muito bem se enquadra na hipótese de fortuito interno, sendo fato inevitável e imprevisível, mas, ao mesmo tempo, constituindo risco da atividade, suportável pela instituição financeira, portanto. Assim, ocorrida a fraude do sistema, ainda que por fato exclusivo de terceiro, é

dever da instituição financeira arcar com a restituição do numerário sacado da conta bancária do cliente.

Apenas a título de ilustrativo, diferente seria a situação na ocorrência de fortuito externo, citando-se, como exemplo, casos de “seqüestros-relâmpago”, quando clientes são feitos reféns de bandidos que os levam até caixas eletrônicos, coagindo-os a realizar saques com a utilização dos cartões magnéticos e respectivas senhas. Nestas hipóteses, não há falar-se em falha do sistema de segurança provido pelo banco, inexistindo qualquer nexó de causalidade entre a manutenção do sistema e o dano sofrido pelo cliente de modo a ensejar o dever de indenizar.

Outro problema que muito se discute na doutrina e na jurisprudência a respeito de caracterização de culpa concorrente, seja do consumidor seja de terceiro, de maneira a amenizar o impacto do prejuízo pelo fornecedor que, arcaria, portanto, com apenas parte dele, na medida de sua concorrência.

Guilherme Couto de Castro assim argumenta na defesa da não aceitação da culpa concorrente (1997, 82):

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.(...)
E é exatamente essa razão pela qual a lei cria e impõe o dever objetivo ao 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.

No outro extremo, Gisela Sampaio da Cruz, afirma que “o intérprete deve analisar o microsistema do consumidor inserido dentro de um sistema mais abrangente de responsabilidade civil, a permitir a identificação de outras eximentes de atenuação que se

mostrem com eles compatíveis”. Dessa forma, não haveria nenhuma incompatibilidade lógica no reconhecimento da culpa concorrente com as excludentes previstas pelo legislador.

Adotando uma posição intermediária, Sergio Cavalieri defende que nada impede o reconhecimento da culpa concorrente do consumidor ou de terceiro se ficar demonstrado que não há preponderância do defeito na prestação do serviço na causa do dano.(2003, 484).

Na hipótese em estudo, o problema da concorrência de culpas fica bastante evidenciado, também, no caso de fraude do sistema de segurança por terceiros. Diante de tal ocorrência, deveria ser atenuado o dever de indenizar pela instituição financeira? Nesses casos, o melhor posicionamento a ser adotado é o que defende Guilherme Couto de Castro, pois, dado o constante processo de desenvolvimento tecnológico que deve ser acompanhado pelo fornecedor (que se obriga a resguardar a segurança do sistema), o risco da atividade deve ser suportado pelo banco, tal como dito em linhas anteriores a respeito da culpa exclusiva de terceiro como fortuito interno que não afasta a responsabilidade da instituição financeira. Seria, até, uma das facetas de socialização do risco, a que se propõe a teoria da responsabilidade objetiva.

De tudo o que se expôs a respeito do nexo de causalidade, contudo, não se pode perder de vista que o seu afastamento deve ser provado pelo prestador do serviço, por uma inversão do ônus da prova já determinada pela própria lei (inversão do ônus da prova *ope legis*, conforme se extrai da redação do art. 14, §3º do CDC, diferentemente do que ocorre que a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do mesmo diploma legal que prescinde de deferimento judicial). Ao consumidor basta uma prova de verossimilhança da ocorrência do dano. Ao fornecedor, por outro lado, caberá a prova de que o defeito inexistente, presumindo-

se sua existência, até prova em contrário. E assim se manifesta Cavalieri sobre o tema (2003, 491):

Correta a posição do Código, porque se para a vítima é praticamente impossível produzir prova técnica ou científica do defeito, para o fornecedor isso é perfeitamente possível, ou pelo menos muito mais fácil. Ele que fabricou o produto, ele que tem o completo domínio do processo produtivo, tem também condições de provar que seu produto não tem defeito. O que não se pode é transferir esse ônus para o consumidor.

Analisados, portanto, os elementos da responsabilidade civil objetiva da instituição financeira, à luz do Código de Defesa do Consumidor, na hipótese de saque de numerário de conta bancária sem a autorização de seu titular, passa-se à verificação do tratamento que dado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quando da análise de situações semelhantes.

4. Aspectos controvertidos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – Entendimentos divergentes da Terceira e Quarta Turmas.

Em ao menos duas oportunidades, às duas Turmas componentes da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, especializada em Direito Privado, foi posta discussão a respeito do tema ora em estudo.

Uma delas foi o Recurso Especial nº 602.680/BA, apreciado pela 4ª Turma, de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, tendo como recorrente a Caixa Econômica Federal. O referido recurso versava sobre ação de indenização por danos materiais e morais proposta por titular de conta-poupança que teve retirado numerário equivalente a R\$ 6.100,00 (seis mil e cem reais), sem a sua autorização e após extravio de seu cartão magnético, este devidamente registrado perante autoridade policial.

O pedido do autor foi julgado procedente por sentença que condenou a Caixa Econômica Federal a ressarcir-lhe os R\$ 6.100,00 e a pagar-lhe o valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) a título de compensação por danos morais.

Ambas as partes, inconformadas com o entendimento adotado pela sentença, interuseram recurso de apelação perante o Tribunal Regional Federal da 5ª Região: a Caixa Econômica Federal pretendendo o afastamento de sua responsabilidade e, conseqüentemente, do seu dever de indenizar; e o autor da ação pretendendo a majoração da verba arbitrada a título de danos morais.

A apelação da Caixa Econômica Federal restou improvida. Analisando o tema à luz do Código de Defesa do Consumidor, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região afirmou que a instituição financeira não se desincumbiu do dever de comprovar a alegada

culpa exclusiva ou concorrente do cliente no saque realizado. Afirmou, ainda, que os fatos alegados pelo autor foram coerentes com os depoimentos testemunhais colhidos, alicerçados, inclusive, em fita de vídeo que foi desgravada e reutilizada indevidamente pela recorrente. Ao recurso de apelação do cliente foi dado provimento, majorando-se o valor da indenização por danos morais para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Irresignada com o entendimento adotado em seu desfavor, a Caixa Econômica Federal interpôs recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, com fundamento nas alíneas “a” e “c”, do inciso III, do art. 105 da Constituição Federal, sustentando ter havido violação ao art. 333, I do CPC e do art. 159 do Código Civil de 1916, além de divergência jurisprudencial, alçando a paradigma o REsp 417.835/AL, também da Quarta Turma do STJ.

Sustentou, em linhas gerais, que não seria responsável pelo saque efetuado na conta do cliente, uma vez que o saque demanda a utilização de cartão magnético e da respectiva senha, pessoal e intransferível, de uso privativo e exclusivo do titular, que assume a obrigação de zelar pela sua guarda e sigilo. E, em assim sendo, não haveria nexo de causalidade entre o evento danoso e a sua conduta de instituição financeira.

Ao recurso especial da instituição financeira foi dado provimento, julgando-se improcedente o pedido apresentado pelo titular da conta-poupança. Entendeu a Quarta Turma do STJ que a hipótese retratada seria de saque com a utilização do cartão magnético e da senha pessoal criptografada, de conhecimento exclusivo e privativo do cliente. Acolhendo o dissídio jurisprudencial apresentado, aplicou o mesmo posicionamento adotado no julgamento do REsp 417.835/AL, porquanto idêntico à hipótese posta a julgamento, no sentido de ser lógica a presunção de regularidade do saque realizado com o cartão magnético

e a respectiva senha, devendo o cliente provar o contrário e que a tanto não deu causa. Entendeu, ainda, sem adentrar no terreno probatório, a respeito de sua inversão, que, no Tribunal de origem, não houve debate sobre o uso conjugado cartão/senha, e que foi atribuída responsabilidade à Caixa Econômica Federal, sem maiores detalhamentos.

Outra oportunidade de análise do tema foi o julgamento do Recurso Especial nº 557.030/RJ, pela Terceira Turma, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, tendo como recorrente o Banco Itaú S/A. A ação versava sobre pedido de declaração de inexistência de débito, com repetição de indébito e pedido de indenização por danos morais proposta por titulares de conta corrente conjunta, da qual foram indevidamente retirados R\$ 3.000,00, divididos em seis saques realizados, em intervalos irregulares, ao longo de 24 dias.

A sentença julgou parcialmente procedentes os pedido, declarando a inexistência de débito e determinando à instituição financeira o pagamento de indenização por danos materiais e morais. Entendeu que à instituição financeira cabia o dever de prestar o serviço de forma adequada e sem irregularidades, bem como o ônus da prova de que teria havido culpa exclusiva de um dos titulares na guarda do cartão magnético e da senha.

Irresignado, o Banco Itaú apresentou recurso de apelação ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, corroborou a tese adotada pela sentença, acrescentando que, nos termos do art. 6º, VIII do CDC, constitui direito básico do consumidor a facilitação de sua defesa, inclusive, com a inversão do ônus da prova a seu favor.

Ainda irresignada, a instituição financeira interpôs recurso especial ao STJ sustentando violação ao art. 6º, VIII do CDC porque incabível a inversão do ônus da prova; violação ao art. 334, I do CPC, porque desnecessário provar-se a incolumidade operacional do sistema de saque por meio do cartão magnético; violação ao art. 14, § 3º, I e II do CDC, por

ter agido com absoluta lisura procedimental; e violação ao art. 159 do Código Civil de 1916, porque não teria restado evidenciada a ocorrência de dano moral.

A tese de não cabimento da inversão do ônus da prova foi afastada pela Terceira Turma do STJ porque evidente a hipossuficiência técnica dos clientes diante do controle que a instituição financeira detém sob os mecanismos de segurança e tecnologia para evitar eventuais fraudes, bem como porque a verossimilhança das alegações dos titulares teria se firmado tanto pelos fatos (ocorrência de seis saques no mesmo valor em curto espaço de tempo) quanto pelos depoimentos testemunhais colhidos.

O Banco Itaú buscou, ainda, afastar a condenação imposta nas instâncias ordinárias com fundamento nas excludentes de responsabilidade advindas da inexistência de defeito no serviço e da culpa exclusiva dos correntistas, afirmando que o sistema de segurança baseado no uso de cartão magnético com senha pessoal seria insuscetível de violação. A Terceira Turma, todavia, entendeu pela fragilidade da argumentação trazida pela instituição financeira, reconhecendo que o sistema é suscetível de falhas que, se ocorrerem, podem dar azo a enormes prejuízos ao consumidor, não se podendo a este atribuir presunção de culpa, uma vez que o sistema é próprio dos bancos e por eles gerido.

No julgamento do recurso especial, a Terceira Turma não deixou de consignar, entretanto, que o sistema de segurança adotado pelas instituições financeiras é vantajoso também para o consumidor. Mas, na hipótese de eventual alegação de falha ou fraude, buscando o desejável equilíbrio nas relações de consumo, harmonizando interesses de consumidores e fornecedores, impõe-se que o produtor da tecnologia também produza mecanismos de verificação e controle do processo, hábeis a comprovar que as operações foram efetivamente realizadas pelo consumidor ou por alguém com sua autorização. Assim,

não conheceu do recurso especial, firmando entendimento no sentido de que, ainda que não se aplicasse a inversão do ônus da prova, a redação do art. 14, caput do CDC, tomada isoladamente, também seria meio hígido para afirmar que compete ao fornecedor a produção de prova capaz de confrontar a tese do consumidor.

Tangenciando eventuais discussões a respeito da admissibilidade do recurso especial, seja pela falta de prequestionamento dos dispositivos tidos por violados (Súmula 282 do STF) seja por existência de fundamento inatacado (Súmula 283 do STF), o que se verifica do julgamento do REsp 602.680/BA pela Quarta Turma do STJ é que a questão não foi tratada sob a égide do Código do Consumidor, afastando-se, desse modo, todos os princípios que foram apresentados neste estudo, especialmente o de proteção da parte vulnerável da relação de consumo. O tema foi, assim, tratado sob a luz do Código de Processo Civil, não tendo sequer sido aplicada a inversão do ônus da prova *ope legis*, defendida linhas atrás.

Já quanto ao julgado da Terceira Turma, REsp 557.030/RJ, este foi analisado sob o pálio do Código de Defesa do Consumidor, reconhecendo a necessidade de inversão do ônus da prova, impondo à instituição financeira a responsabilidade pelo fato, uma vez não demonstrada a inexistência de defeito no serviço ou a existência de alguma das excludentes previstas no art. 14, § 3º do CDC.

Dessume-se daí que, no embate entre os entendimentos adotados pelas Turmas componentes da Segunda Seção do STJ, o que efetivamente se coaduna com a proteção do consumidor, seus princípios e regras, é o posicionamento firmado pela Terceira Turma, que enfrentou a questão relativa à inversão do ônus da prova, impondo à instituição financeira o dever de indenizar se não se desincumbir do dever de demonstrar a ocorrência de uma das excludentes de responsabilidade previstas no CDC.

Ressalte-se, apenas, que não foi enfrentada, até por não ter sido colocada à apreciação de nenhuma das Turmas, a controvérsia de ser integral ou parcial a responsabilidade da instituição financeira, uma vez que a Quarta Turma afastou totalmente o dever de indenizar, ao passo que a Terceira Turma assim o fez, mas em sentido contrário. Sobre o tema, ao menos a princípio, a discussão se mantém no campo doutrinário não tendo sido debatida no Superior Tribunal de Justiça.

CONCLUSÃO

O tema explorado no presente trabalho é de aplicabilidade prática inquestionável, especialmente pela gama de pessoas que se utilizam do serviço bancário de manutenção de dinheiro em conta, com a utilização do sistema de cartão magnético, o que desperta os ânimos de qualquer operador do Direito, quando se põe a questionar o tema da responsabilidade civil pelo saque indevido de numerário.

Registrou-se que a relação entre bancos e titulares de contas bancárias, após longas discussões no âmbito doutrinário e jurisprudencial, é considerada relação de consumo.

Sob este prisma, imperiosa a observância dos princípios previstos no Código de Defesa do Consumidor, especialmente o que se encontram enumerados no art. 4º, que trata da Política Nacional de Relações de Consumo.

Assim, clara a intenção do CDC de proteger o patrimônio do consumidor ante eventuais práticas abusivas pelo fornecedor bem como de garantir o equilíbrio das relações contratuais, em todas as fases do contrato. De igual forma, fundamental o reconhecimento da vulnerabilidade do elo mais fraco da relação de consumo, a quem deve ser facilitado o acesso aos instrumentos de defesa dessa sua condição peculiar. Não se pode olvidar, ainda, da necessária observância da boa-fé objetiva e da busca do equilíbrio contratual para harmonizar interesses das partes envolvidas na relação de consumo, possibilitando o desenvolvimento tecnológico e econômico tal como preconizado na Constituição Federal.

Reiterou-se que, diante das determinações do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade civil das instituições financeiras é regida pelo art. 14, impondo a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, que prescinde do elemento culpa,

sendo suficiente a demonstração da ocorrência de uma conduta do banco, de um dano ao consumidor e do nexo de causalidade entre um e outro.

Neste contexto, fixou-se que o dano ao consumidor está na perda do numerário retirado de sua conta, sem o seu conhecimento e sem a sua autorização. A conduta da instituição financeira está na falha do sistema de segurança proposto e imposto quando do contrato com o consumidor.

O nexo de causalidade é a questão mais tormentosa desta pesquisa. Mas fato é que ao se obrigar, exclusivamente, pela manutenção da segurança do sistema de gestão de uma conta bancária, eventuais defeitos na prestação desse serviço não de ser atribuídos à instituição financeira. E esta responsabilidade só se afastará se o banco demonstrar que houve culpa exclusiva do consumidor, ou, ainda, que houve fato de terceiro, inevitável, imprevisível e externo à atividade, donde não se enquadram fraudes ao sistema tecnológico de segurança.

Analisou-se, ainda, a questão de ser impor exclusivamente à instituição financeira o ônus pela perda do numerário da conta corrente, ao que concluiu que é risco inerente à atividade a ocorrência de fraudes para saque indevido e sem a autorização do titular da conta, razão por que não se deve ratear o prejuízo entre consumidor e banco, único responsável pela reparação, a quem não se tira, todavia, a possibilidade de acionar regressivamente o efetivo causador do dano.

No âmbito da jurisprudência do STJ, ambas as Turmas componentes da Segunda Seção do STJ, analisaram o tema, e o melhor posicionamento adotado, queremos crer, por guardar consonância com a proteção do consumidor, seus princípios e regras, foi o pela Terceira Turma, que enfrentou a questão relativa à inversão do ônus da prova, impondo à

instituição financeira o dever de indenizar se não se desincumbir do dever de demonstrar a ocorrência de uma das excludentes de responsabilidade previstas no CDC.

Com essas noções, a presente obra propôs-se a contribuir para o debate a respeito dos limites da responsabilidade civil das instituições financeiras que se colocam na posição de guardiãs do dinheiro dos consumidores, tudo com vistas a esclarecer à sociedade que deve ser-lhe garantida a efetiva segurança cuja expectativa lhe é criada quando da celebração do contrato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. LIVROS

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexu causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 8ª Edição, revista, ampliada, sistematizada e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002 e Leis Subseqüentes. Doutrina, Jurisprudência e aspectos práticos. São Paulo: Atlas.2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo de Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Editora, 1999.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança. Cumprimento imperfeito do contrato**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

KHOURI, Paulo R. Roque. **Direito do Consumidor. Contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo.** São Paulo: Jurídico Atlas, 2005.

MARTINS, Plínio Lacerda. **Anotações ao Código de Defesa do Consumidor, Conceitos e Noções Básicas.** Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor – Arts. 1º a 74 – Aspectos Materiais – Doutrina, jurisprudência, conexões rápidas para citação ou reflexão, o novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Márcio André Medeiros. **Arbitragem nas relações de consumo.** Curitiba: Editora Juruá, 2005.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Direito Material (arts. 1º ao 54).** São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

RAGAZZI, José Luiz. **Tutela antecipada nas relações de consumo.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11.9.90.** São Paulo: Editora LTr, São Paulo, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor, A Busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais**

do direito civil e do direito processual civil, revista e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

2. LEGISLAÇÃO

Constituição Federal da República

Código Civil (Lei 10.460, de 10 de janeiro de 2002)

Código de Processo Civil (Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973)

Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990)

Lei de Introdução ao Código Civil (Lei 4.657/1942)

3. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

REsp 168.985/RJ, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 23.05.2000, DJ de 21.08.2000.

REsp 209.062/RJ, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 22.06.1999, DJ de 05.08.2002, p.345.

REsp 473.085/RJ, Rel. originário Min. CASTRO FILHO, Rel. para acórdão Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 14/06/2004, DJ de 23.05.2005.

REsp nº 557.030/RJ, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 16.12.2004, DJ de 01.02.2005, p.542.

REsp nº 602.680/BA, Rel. Min. FERNANCO GONÇALVES, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 21.10.2004, DJ de 16.11.2004, p. 298.

REsp 685.662/RJ, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, 3ª Turma, do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 10.11.2005, DJ de 05.12.2005, p. 323.

ADIn 2591/DF, Rel. originário Min. CARLOS VELLOSO, Rel. para o acórdão Min. EROS GRAU, Pleno do Supremo Tribunal Federal, julgada em 07/06/2006, DJ de 29.09.2006, p. 31.