

Eduardo Bezerra: Responsabilidade civil dos bancos é subjetiva

22/02/2014

Em primeira análise convém salientar que a atividade bancária, aqui examinada, como uma das condições comportamentais de uma instituição financeira desemboca em uma regulamentação de tratamento diferenciado ante ao seu relevante impacto social.

Impacto originado na caracterização e desenvolvimento da atividade bancária, como intermediário financeiro, que pauta sua atuação no mercado, em regra geral, pela busca de agentes econômicos para fornecer (superavitários) e para receber (deficitários) recursos financeiros. Como em outras palavras define Fabiano Dolenc Del Masso: “Os intermediários financeiros mais importantes são os bancos, que recebem a maioria dos depósitos e aos quais geralmente as famílias e empresas recorrem para emprestar capital”. (Direito econômico, Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, página 67).

Nesse sentido, os bancos poderão apresentar a característica de fornecedores (de produtos) quando emprestam recursos no mercado e, como prestadores (de serviços) quando cobram ou pagam contas.

É aqui que se encontra relevância na possibilidade de aplicação do Código do Consumidor quando de uma eventual responsabilização por um vício ou defeito no produto ou serviço ofertado ao mercado. Nesse sentido, bem observa Eduardo Salomão Neto: “A responsabilidade por vício do produto ou serviço baseia-se no sinalagma contratual. Indeniza-se o consumidor por defeito que diminui o valor do produto ou serviço ou que os tornam impróprios para consumo. A indenização devida ao consumidor busca restabelecer o equilíbrio contratual entre a prestação efetuada pelo cliente e aquela a cargo do fornecedor. Por outro lado, há responsabilidade por fato do produto ou serviço nas hipóteses em que defeito do produto ou serviço oferece risco de dano econômico ao consumidor que excede a simples quebra do sinalagma contratual, isto é, a simples perda de valor do próprio produto ou serviço”. (Direito Bancário, São Paulo: Atlas, 2005, página 131).

Nessa seara, a responsabilização do banco, enquanto intermediário financeiro, corresponde a aquelas inerentes ao vício ou defeito por fato do serviço ou do produto, como por exemplo, o apontamento abusivo de títulos pagos levados a protesto. Como explica Eduardo Salomão Neto: “Se a instituição financeira encarregada do serviço de cobrança age de forma ineficiente, prejudicando o cliente, configura-se responsabilidade por vício do serviço, sendo facultado ao cliente exigir dela que (i) a cobrança seja novamente efetuada, se possível, hipótese em que não deverá haver custo adicional ao cliente; (ii) restituição da quantia já paga pelo serviço; (iii) abatimento proporcional no preço do serviço de cobrança (artigo 20 incisos I, II e II)”. (Salomão Neto, 2005, páginas 131 e 132).

Por essa linha de raciocínio, também, caminha a responsabilidade da relação contratual dos bancos ao celebrarem instrumentos contratuais com seus próprios clientes ou terceiros. Assim,

bem elucida o pensamento de Nelson Abrão: “Ao lado da responsabilidade dos diretores de banco, na sua qualidade de administradores de sociedades anônimas, assume relevância a dos próprios bancos, na qualidade de pessoas jurídicas, seja em relação a seus próprios clientes (contratual), seja no que concerne a terceiros, conforme sustentam a doutrina e jurisprudência francesa, com base nos artigos 1.382 e seguintes do Código Civil, e 99 da lei 13.7.67, que disciplinam os procedimentos concursais (delitual)”. (Curso de Direito Bancário, São Paulo: RT, 1982, página 146).

Com efeito, “a responsabilidade contratual dos bancos pode ser invocada no caso de inexecução ou revogação injustificada de uma abertura de crédito”. (Abrão, 1982, página 146).

Contudo, o que abrange melhor entendimento na responsabilização dos bancos pelo exercício de sua atividade é a condição pretérita de que o ato que se reclama tenha sido precedido de omissão, negligência ou imprudência, como por exemplo, na concessão de crédito, desta forma, dentro de uma interpretação sistêmica, não seria comprometida a segurança jurídica e, destarte, igualmente não comprometeria todas as relações sociais na medida em que se afastada a causalidade da conduta do agente. Tal fato geraria uma reação sistêmica em cascata, pela maximização do risco na oferta de crédito ao mercado e, assim, os elementos deste risco sistêmico seriam sentidos por todos os agentes econômicos, na seguinte forma: (i) os superavitários seriam afetados por uma provável redução na busca de recursos no mercado; e (ii) os deficitários, quando do aumento dos juros e da exigibilidade de maiores garantias na tomada de recursos.

De outra forma, a conduta precedida de um ato omissivo, negligente ou imprudente, também, cria uma situação de conseqüente aparência de solvibilidade a determinados agentes deficitários, enquanto, capitalizados por uma concessão de crédito imprudente, por exemplo. Neste ponto, a responsabilização dos bancos na concessão desse crédito acaba por se delimitar na ideia de vinculação dos administradores aos atos praticados pelas pessoas jurídicas.

Aqui cabe referência ao critério geral de responsabilidade proposto pelo Código Civil (artigo 186) que acolhe a conduta subjetiva no ato de omissão, negligência ou imprudência que ocasione um ato ilícito.

Como se vê, nesse aspecto, a lei fixa um critério subjetivo determinante na conduta do agente. Assim, também, é a percepção de Maria Helena Diniz ao comentar sobre os elementos essenciais a fixação da responsabilidade: “Elementos essenciais: Para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral (...); c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente”. (Novo Código Civil comentado, São Paulo: Saraiva, 2002, página 184).

De tal entendimento, então, é o ponto de vista de uma teoria subjetivista, o que vislumbramos como a melhor maneira de apreciação desta discussão, pois, como elencado o que nos parece de razoável aceitação é que a responsabilização seja determinada em virtude da conduta do agente que ocasione um ato lesivo ante a existência de culpa ou dolo voluntário e, ainda, que para tanto o ato seja igualmente revestido de nexo de causalidade.

Ivo Waisberg e Gilberto Gornati também compartilham de tal entendimento: “Portanto, somos da opinião de que a responsabilidade do administrador de instituição dos bancos comerciais sujeitos a regimes especiais, é subjetiva”. (Direito Bancário contratos e operações bancárias, São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2012, página 221).

Para Nancy Andrichi que também aponta a necessidade da conduta subjetiva do agente: “De todas essas ponderações decorre que não é possível, no panorama atual, adotar a tese de que é objetiva a responsabilização dos administradores de instituições financeiras, no âmbito da Lei 6.024/74. A sua responsabilidade é, até que se altere o panorama legislativo, subjetiva, limitando-se aos prejuízos causados por ato de cada um deles, durante sua gestão”. (STJ. Recurso Especial 447.939).

A esse respeito ainda é o pensamento de Tatiana Bonatti Peres pelo que: “Não se pode atentar contra a segurança jurídica, ao transformar o exercício regular de direito em ato abusivo, nem ampliar as hipóteses de responsabilidade civil objetiva, isto é, a obrigação de indenizar sem o elemento culpa depende de norma específica”. (Temas de direito imobiliário e responsabilidade civil, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, página 73).

Diante de tal afirmação, não se pode afirmar que a lei previu qualquer tipificação da atividade bancária como atividade de risco com equivalência suficiente a suprimir a literalidade do artigo 186 do Código Civil.

E de tal forma, acreditamos, que o elemento subjetivo é de existência necessária à condição de reparação que a responsabilização oferece, seja na concessão de crédito ou na realização de outro contrato bancário qualquer.

Consequentemente, a interpretação sistemática denota a premente necessidade do ato praticado ou da omissão realizada pelo agente fiduciário ter características de ilicitude.

Nesta concepção, os bancos na concessão do crédito somente seriam responsabilizados pelas obrigações assumidas em desrespeito aos princípios da seletividade, garantia, liquidez e diversificação do risco.

Em termos objetivos, o ordenamento jurídico brasileiro atua de maneira sistêmica e os preceitos gerais do Código Civil quanto à subjetividade da responsabilização devem ser de existência obrigatória e em não sendo apurada a existência de culpa ou dolo na concessão do crédito inexistente responsabilização do banco.

Como melhor explica o raciocínio de Ivo Waisberg e Gilberto Gornati que elucidam a questão da seguinte maneira: “Se o ônus da prova da culpa deve ser do credor ou do administrador, é uma outra questão, que abordaremos a seguir, mas é uma questão de lege ferenda que não altera a essência do aqui exposto, sobre o fundamento da responsabilidade, a culpa”. (Direito Bancário contratos e operações bancárias, São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2012, página 221).

Por essa afirmação é de se equiparar o administrador quanto ao próprio banco na concessão do crédito, ou seja, a figura subjetiva é preponderante a fixação da responsabilidade do agente

bancário.

Portanto, a responsabilidade dos bancos na concessão de crédito limita-se a atuação de seus administradores que deverão atuar no cumprimento dos princípios e das diretrizes eficazes ao exercício da função, onde o erro de conduta poderá significar o nexo de causalidade a reputar a responsabilização.

E por assim dizer a regra pela qual se pode auferir a responsabilidade como em sendo subjetiva não pode ser objeto de exceção pela própria natureza que a segurança nas relações jurídicas exige.

Conforme se observa, a segurança nas relações jurídicas é peça primordial ao desenvolvimento econômico do país e a estabilidade do ordenamento jurídico somente é assegurada mediante a adoção de regras claras e critérios abertos que possibilitem a previsibilidade no texto legal.

Em sendo os bancos os intermediadores entre os cedentes e os tomadores de recursos, como verdadeiros fomentadores da economia, sua atuação detém reflexos direcionados a todo o sistema financeiro e isso demanda a exigência de uma real estabilidade, sem a qual o custo do capital teria repercussões em toda a economia.

Assim, a fixação de critérios seguros e bem definidos sobre as regras de fixação da responsabilidade civil destinada aos bancos é matéria de necessária estabilidade. Como bem exemplifica Fabiano Dolenc Del Masso: “A principal característica de um sistema financeiro é sua estabilidade, pois quanto maior o grau de estabilidade maior sua eficiência”. (Direito econômico, Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, página 70).

No âmbito prático uma eficaz resolução desta questão deteria melhores subsídios no que prevê Fábio Ulhoa Coelho ao enunciar um projeto de código comercial: “Nas relações entre os empresários, a regra da responsabilidade civil deve ser mais precisa. A responsabilidade objetiva (inciso II) deve sempre decorrer de expressa previsão da lei, e não de uma cláusula geral, como a referência ao risco constante do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil. Trata-se de medida destinada a ampliar a segurança jurídica no cálculo dos preços dos produtos e serviços. A responsabilidade objetiva tem por fundamento a possibilidade de o empresário repassar aos seus preços a repercussão econômica dos eventos danosos que inexoravelmente são associados à atividade empresarial (em razão da falibilidade ínsita dos homens em qualquer ação, inclusive, por óbvio, ao produzirem ou circularem produtos ou serviços). Sem um critério seguro para fazer este cálculo e repasse, o empresário tem que adotar uma taxa de risco mais elevada. A exigência da previsão em lei para a incidência da responsabilidade objetiva contribui, assim, para a redução dos preços dos produtos ou serviços oferecidos no mercado brasileiro”. (Princípios do direito comercial: com anotações ao projeto de código comercial, São Paulo: Saraiva, 2012, página 151).

A esse respeito ainda é a lição de Fábio Ulhoa Coelho: “Pelo princípio nenhuma responsabilidade sem culpa, somente caberia responsabilizar-se o agente causador do dano, se dele pudesse ter sido exigido conduta diversa. Na raiz, encontra-se a noção liberal de somente a vontade é fonte de obrigação”. (Princípios do direito comercial: com anotações ao projeto de código comercial, São Paulo: Saraiva, 2012, página 255).

Portanto, a prova do elemento subjetivo é primordial, pois sem ela o banco que concede um crédito, não pode ser punido. Destarte, para que a conduta seja punível o banco no mínimo deve ser culpável e isso tem que ser demonstrado incontestavelmente.

Nesse sentido, uma exemplificação de conduta punível na concessão de crédito se demonstra pela construção doutrinária do superendividamento quando uma empresa em situação financeira difícil e aparentemente sem solução recebe um crédito que lhe permite manter de maneira camuflada o desenvolvimento de suas atividades, no entanto, com benefícios fictícios. Está assim presente um crédito nocivo, pois aumenta o passivo da empresa sem que se tenha um ganho de ativos tornando o saldo patrimonial da empresa negativo. Isto é o que se demonstra pela própria teoria da aparência que, no exemplo, falsifica um estado de continuidade e, ainda cria uma falsa impressão de bem estar e solvência do tomador superendividado que acaba por demonstrar ao mercado um estágio de sobrevivência imaginário, podendo, causar danos a terceiros credores que desconheceriam a real situação deste tomador ante a essa situação artificial de liquidez.

E, assim, essa ilusória aparência de solvabilidade pode fomentar novas contratações com terceiros (superavitários) lastreados em uma situação artificial ocasionada pela aparente liquidez. E por isto, a punibilidade da conduta é factível ao criar elementos artificiais ao tomador deficitário e, com isso, desenvolver sequelas que merecerão reparação.

Bibliografia

ABRÃO, Nelson. Curso de Direito Bancário, São Paulo: RT, 1982.

COELHO, Fábio Ulhoa. Princípios do direito comercial: com anotações ao projeto de código comercial, São Paulo: Saraiva, 2012.

DEL MASSO, Fabiano Dolenc. Direito Econômico, Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

DINIZ, Maria Helena. Novo Código Civil comentado, São Paulo: Saraiva, 2002.

PERES, Tatiana Bonatti. Temas de direito imobiliário e responsabilidade civil, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SALOMÃO NETO, Eduardo. Direito Bancário, São Paulo: Atlas, 2005.

WAISBERG, Ivo e GORNATI, Gilberto. Direito Bancário contratos e operações bancárias, São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2012.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2014-fev-22/eduardo-bezerra-responsabilidade-civil-bancos-subjetiva/>