

COMENTÁRIOS À SÚMULA 479 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMENTS ON THE PRECEDENT 479 OF SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AMARÍLIO HERMES LEAL DE VASCONCELLOS

Aluno do Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UniCuritiba – Centro Universitário Curitiba. Endereço eletrônico: amarilio@dmv.adv.br.

SANDRO MANSUR GIBRAN

Mestre em Direito Social e Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - dissertação sobre "Ações Preferenciais: Poder X Risco" (2003) e Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - tese sobre "Desenvolvimento Socioeconômico e Instrumentos de Efetiva Proteção do Consumidor: Atuação Judicial e Administrativa". Endereço eletrônico: sandro@ferrazadvogados.com.br.

RESUMO

Trata-se de análise da Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça com a breve análise da evolução da teoria da responsabilidade civil, especialmente quanto aos critérios adotados no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil (teoria do risco do negócio) e no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor (teoria objetiva), utilizando os julgados que precederam à sua redação final.

PALAVRAS CHAVE: Súmula 479 do STJ, Responsabilidade Civil, Risco do Negócio.

ABSTRACT

It involves analysis of Precedent 479 of the Superior Tribunal de Justiça with brief analysis of the evolution of the theory of liability, especially about the criteria adopted in Article 927, § single, of the Civil Code (theory of business risk) and Article 14 of the Code of Consumer Protection (objective theory) using the trials prior to its final version.

KEYWORDS: Precedente 479 of the STJ, Liability, Risk Business.

1. INTRODUÇÃO

Por quase um século restou sedimentado em nosso ordenamento e mesmo no inconsciente popular a necessidade de se determinar culpa ou dolo de uma pessoa para que esta seja responsabilizada pela ocorrência de um dano.

A referida assertiva estava devidamente encartada no artigo 159 do Código Civil de 1916 o qual dispunha: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”, sendo nominada como teoria subjetiva. A exceção era devidamente contemplada como por exemplo os casos estampados no artigo 1521 da legislação acima citada e já superada, determinando a responsabilidade em razão da teoria objetiva, não sendo necessária a comprovação da culpa ou dolo. A fronteira entre as duas teorias era conhecida e respeitada, sendo os limites determinados pela própria legislação até então vigente.

A partir do Código de Defesa do Consumidor em 1990, com uma amplitude maior dada à teoria objetiva, especialmente nos artigos 3º, 12, 14, 17 e 29, as fronteiras foram deslocadas, entretanto sem se saber ao certo exatamente onde as mesmas foram reposicionadas.

Contudo, foi o Código Civil de 2002, que completou recentemente 10 anos (como é sabido a sua vigência teve início em janeiro de 2003), o qual também determinou a teoria subjetiva, em tese, como regra geral, cujo artigo 186¹ trouxe uma névoa aos limites entre as teorias acima indicadas.

O artigo 186 está posicionado no Título III (“Dos atos ilícitos”), que se encontra inserido no Livro III denominado “Dos fatos Jurídicos”. Numa interpretação lógica, os atos ilícitos, os quais são fatos jurídicos, determinarão responsabilidade ao agente causador mediante a comprovação de que este agiu (ou deixou de agir), voluntariamente, por negligência, imprudência, violando direito ou causando dano (ainda que este seja exclusivamente moral). Pois bem, o que se fez foi tão somente detalhar um pouco mais o conceito apresentado no referido dispositivo legal.

1 Art. 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Ocorre que no artigo 187 do Código Civil de 2002, os limites não se mostram claros. É que o artigo 187 do referido diploma legal dispõe: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Ora, nesse caso o artigo aqui transcrito elastece o conceito de ato ilícito, determinando-o a todo aquele que, exercendo o seu direito, não respeita os fins econômico e social, a boa-fé e os bons costumes.

Posteriormente, ainda no Código Civil em vigência, verifica-se o artigo 927, em que restam definitivamente superados os limites (antes mais claros no Código Civil de 1916), conferindo aos aplicadores e aos intérpretes do direito um especial papel a fim de conferir novas fronteiras.

Desta forma, o presente artigo tem o objetivo de analisar e criticar a recente Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça², a qual dialoga com essa superação dos limites anteriormente conhecidos, tentando estabelecer um paradigma de vanguarda.

2. O ELEMENTO CULPA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO – BREVES NOTAS

No tópico precedente restou traçado um brevíssimo histórico da teoria da responsabilidade civil ao longo dos últimos 100 anos, sobretudo a partir do Código Civil de 1916. Não é a pretensão deste trabalho apresentar um histórico mais detalhado da evolução da teoria da responsabilidade civil nesse período.

Todavia, a leitura da Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça, objeto do presente artigo, passa necessariamente pela análise e mutações do conceito de culpa ao longo desse último século.

Evidentemente que a sociedade do início do século XX não é a mesma se comparada à atual. Poder-se-ia promover paralelos dos mais variadas para que restasse constatado o óbvio: a sociedade mudou substancialmente. As relações eram mais simples. O que essas mudanças representaram nas relações atuais,

2 Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça: As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.

principalmente no que diz respeito à responsabilização civil daquele que comete algum ato que interfere na esfera alheia.

Precipuamente, importante trazer um conceito de externalidade o qual por certo determinará exatamente o caminho que se pretende traçar no presente estudo:

Vivendo em sociedade, estamos todos interagindo. A ação ou omissão de qualquer pessoa interfere com a situação, interesses e bens de outras, para pior ou melhor. Estas interferências por vezes são chamadas de externalidades, conceito adotado por alguns economistas que se revela útil também a tecnologia jurídica. O que caracteriza a interação como externalidade é a inexistência de compensação entre as pessoas envolvidas. Se quem tem a situação piorada pela ação alheia não é compensado por isso, ou se aquele que ganhou não compensa ninguém pela melhora que experimentou, a interferência é uma externalidade. Caso contrário, isto é, na hipótese de compensação dos prejuízos ou ganhos, dá-se a internalização da externalidade. A externalidade é negativa se a ação de uma pessoa prejudica outra; e positiva, se beneficia. (COELHO, Fábio Ulhoa, p. 263)

Depreende-se do conceito que não há qualquer menção à determinação da necessidade de demonstração de culpa ou dolo. Significa dizer que aquele que, em razão da sua ação, representou uma piora na situação de outrem, deve internalizar a externalidade, colocando aquele que sofreu com a sua ação, no mesmo estado anterior à ocorrência da externalidade. Note-se que não se manifesta a questão pelo elemento culpa ou dolo mas, tão somente, em razão do liame de causalidade entre a ação de uma pessoa afetando diretamente a outra.

Ocorre que por muitas décadas, a regra geral estabelecia a necessidade da comprovação do ato (ou omissão) a fim determinar àquele que causou a externalidade (ou simplesmente dano) a responsabilidade civil pela reparação (internalização). Tanto assim que a própria doutrina estabelece o vínculo da importância desse conceito com o elemento culpa ou dolo ao afirmar:

Se alguém intencionalmente causa dano ao patrimônio de outrem, a convivência em sociedade pressupõe a obrigação de aquele repor a este os prejuízos causados. Esta interação é externalidade negativa que deve ser internalizada. Se o será de fato ou não, é questão diversa relacionada à efetividade da norma jurídica. Na hipótese, por exemplo, de o causador do dano não titularizar em seu patrimônio bens de valor suficiente à recomposição devida, a vítima quedará prejudicada. (COELHO, Fábio Ulhoa, p. 263)

Ao longo dos quase 100 anos de vigência do Código Civil de 1916, restou presente a ideia de culpa. Significa dizer que além de determinar a comprovação de que determinado ato impôs dano a outrem, ainda assim necessária também a demonstração contundente de culpa ou dolo.

Essa ideia aos poucos foi sendo alterada, ainda que remanesça no inconsciente da sociedade. A verdade é que quando se impõe a alguém a obrigação de reparar um dano, dever-se-ia utilizar o adjetivo responsável ou invés de culpado e este cuidado estaria mais atual e compatível com a realidade da legislação brasileira vigente.

O elemento culpa, certamente pelo histórico acima citado, permanece arraigado entre todos. Sem embargo, a teoria da responsabilidade civil foi gradativamente alterada ao longo dessas décadas.

A sociedade de produção e consumo em massa representou um redirecionamento das relações, retirando dos consumidores o elemento volitivo. Atualmente não se menciona o contrato como expressão da vontade do contratante, essa considerada como elemento máximo de liberdade, a liberdade de contratar. O termo atual traduz-se em aderir ao contrato.

Desde as relações mais cotidianas até as mais complexas são estabelecidas por eventos de adesão. E o que isso repercute na responsabilidade civil?

Exatamente tudo! Poucos são os casos de externalidades (utilizando o termo anterior) que não decorrem de alguma espécie de contrato (de forma direta ou indireta). O ser humano se encontra envolvido em uma plêiade de contratos, sem os quais não poderia viver e conviver em sociedade. A doutrina sobre o tema:

Na sociedade de risco, o acidente não mais remete aos deuses, à providência ou à ausência de uns ou de outros, mas ao concurso normal e regular das atividades produtiva e sociais, o que fez Ewald concluir que é o mal social que fornece a prova de que vivemos em sociedade.

O acidente, assim, deixou de ser caracterizado pelo infortúnio, pelo azar, pelo inesperado, pelo aleatório, ou seja, deixou de ser considerado acontecimento excepcional, passando a ser caracterizar como um dado social objetivo, uma constante social moderna, um elemento constitutivo social.

No mesmo sentido, Ulrich Beck afirmou que os riscos e perigos hodiernos, aos quais chamou de “riscos da modernização” ou “riscos civilizatórios”, são produto global do progresso industrial sistematicamente intensificados com seu desenvolvimento posterior. (GONÇALVES, Tiago Moraes. p. 66)

Logo, pode-se afirmar que o ato danoso (ilícito ou não) decorre de uma relação contratual. Questiona-se, então: por exemplo, os acidentes de trânsito, com frequência, decorrem de uma relação contratual? Ainda assim determinam o dever de indenizar? Os passageiros de transporte público ou particular. Os atropelados em rodovias (privatizadas ou não). Os acidentes decorrentes de falha mecânica do veículo. Reforça a afirmação o disposto no artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

Na medida em que restou diluído (ou retirado) o elemento vontade nos contratos e reconhecendo-se a vulnerabilidade de uma das partes, evidentemente que as externalidades das relações também são redimensionadas. Nesse sentido Paulo Lôbo:

No processo unificador do direito das obrigações, que ora ocorre, prevalece a transubjetivação da causa da responsabilidade, pouco importando se é contratual ou extracontratual. Exemplifiquemos com a vedação ao enriquecimento sem causa, que assume uma dimensão objetiva e superadora dos limites contratuais, a ampliação do conceito de dano, a universalização do ressarcimento, a proteção das expectativas normais de quem adquire ou utiliza bens e serviços e, acima de tudo, a equivalência objetiva das prestações, trabalhando-se com tipos subjetivos abstratos, como o contratante consumidor. (LÔBO, Paulo. Direito Civil - Contratos. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 26)

A referida vulnerabilidade do ofendido (consumidor) também é refletida na responsabilidade civil. Não se trata simplesmente da inversão do ônus da prova estabelecida no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Trata-se sim de adotar uma responsabilização sem dolo ou culpa, a chamada responsabilidade objetiva. Representa então em regra o primeiro conceito de externalidade, não sendo necessária a demonstração da intencionalidade apresentada em sequência pela doutrina de Fábio Ulhoa Coelho.

Ademais, a teoria da responsabilidade civil atual alinha-se com a solidariedade consumerista. Isto porque tem-se, em diversas situações de consumo, a imensa dificuldade de identificar culpados (ou responsáveis) nessa plêiade de relações. Impõe-se, então, a todos da cadeia de produção a responsabilidade pela reparação dos danos, independentemente de quem efetivamente produziu o dano diretamente.

Não importa quem determinou a externalidade, mas sim indenizar aquele que teve uma piora na sua situação patrimonial (ou mesmo moral). É subverter a teoria. Se

a teoria da responsabilidade civil sempre foi analisada a partir do elemento subjetivo (ato doloso e/ou culposos), tem-se, agora, uma análise sob o prisma do elemento dano.

Nesse sentido o artigo 7º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece justamente essa solidariedade: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”. Ainda o *caput* do artigo 12 do mesmo diploma: “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa...”.

O perecimento do elemento culpa da teoria da responsabilidade civil é manifesta. Na medida em que as relações são eminentemente de consumo e essas impõem a necessidade de se apontar responsáveis.

Somem-se às relações de consumo, as atividades que representam risco (vide o art. 927 do Código Civil) e os atos, considerados ilícitos, na medida em que excedam “manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (art. 187 do Código Civil).

Quais as relações em que são necessárias a demonstração de culpa? Aparentemente nenhuma.

3. A SÚMULA 479 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça foi publicada em meados de 2012, tendo como principal precedente julgamento submetido à regra do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, o qual teve a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DANOS CAUSADOS POR FRAUDES E DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FORTUITO INTERNO. RISCO DO EMPREENDIMENTO.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos -, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno.

2. Recurso especial provido.
(STJ, REsp n. 1.199.782/PR, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO,
SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/8/2011, DJe 12/9/2011)

Somente com o intuito de ilustrar a abrangência da Súmula 479 em análise, importante citar passagem do acórdão acima identificado:

4. Com efeito, por qualquer ângulo que se analise a questão, tratando-se de consumidor direto ou por equiparação, a responsabilidade da instituição financeira por fraudes praticadas por terceiros, das quais resultam danos aos consumidores, é objetiva e somente pode ser afastada pelas excludentes previstas no CDC, como, por exemplo, "culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros".

As instituições bancárias, em situações como a abertura de conta-corrente por falsários, clonagem de cartão de crédito, roubo de cofre de segurança ou violação de sistema de computador por crackers, no mais das vezes, aduzem a excludente da culpa exclusiva de terceiros, sobretudo quando as fraudes praticadas são reconhecidamente sofisticadas.

Ocorre que a culpa exclusiva de terceiros apta a elidir a responsabilidade objetiva do fornecedor é espécie do gênero fortuito externo, assim entendido aquele fato que não guarda relação de causalidade com a atividade do fornecedor, absolutamente estranho ao produto ou serviço (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 185).

É a "causa estranha" a que faz alusão o art. 1.382 do Código Civil Francês (Apud. DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 926).

É o fato que, por ser inevitável e irresistível, gera uma impossibilidade absoluta de não ocorrência do dano, ou o que, segundo Caio Mário da Silva Pereira, "aconteceu de tal modo que as suas consequências danosas não puderam ser evitadas pelo agente, e destarte ocorreram necessariamente. Por tal razão, excluem-se como excludentes de responsabilidade os fatos que foram iniciados ou agravados pelo agente" (Responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 305).

Depreende-se da leitura da passagem do precedente que as instituições financeiras somente serão excluídas da condição de responsáveis por danos causados a correntistas ou terceiros em hipóteses denominadas fortuitos externos, os quais, conforme o julgado, dizem respeito a fatos/atos não ligados à atividade do fornecedor.

Logo, a Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça determina responsabilidade às instituições financeiras decorrentes de fatos ligados diretamente à sua atividade, ainda que não tenha contribuído diretamente com esses.

A questão analisada no julgado, que posteriormente foi transformada em Súmula, aplica-se aos casos em que as instituições financeiras não contribuíram diretamente

com a ocorrência do ilícito porém praticado e valendo-se do rol de atividades inerentes às próprias instituições financeiras. São os casos de clonagem de cartão e/ou cheques; abertura de contas e realização de empréstimos utilizando documentos falsos e/ou furtados/roubados, entre outros.

Destaque-se, ainda, do julgado:

Na mesma linha vem entendendo a jurisprudência desta Corte, dando conta de que a ocorrência de fraudes ou delitos contra o sistema bancário, dos quais resultam danos a terceiros ou a correntistas, insere-se na categoria doutrinária de fortuito interno, porquanto fazem parte do próprio risco do empreendimento e, por isso mesmo, previsíveis e, no mais das vezes, evitáveis.

Ora, na referida passagem consta expressão decorrente certamente do artigo 927 do Código Civil (“risco do empreendimento”), ou como apresentado no artigo citado (“...quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”). Na análise do precedente não há qualquer menção ao referido dispositivo legal, não obstante esteja manifestamente presente (certo que não de forma expressa) no trecho anteriormente transcrito.

É que o precedente determina a responsabilidade civil às instituições financeiras uma vez que os atos/fatos são previsíveis e por isso evitáveis. Nesse sentido, contraria o dispositivo 927 do Código Civil, o qual trabalha com a hipótese de responsabilidade objetiva (“haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa...”). O Superior Tribunal de Justiça comunga no mesmo julgado com as duas teorias (subjetiva e objetiva).

Pode-se afirmar, desta forma, que o aplicador do Direito ainda não está desapegado do conceito de culpa pois determina à responsabilidade do agente a necessidade de determinada comprovação de previsibilidade e, via de consequência, a possibilidade de se evitar o dano.

Os artigos 187 e 927, ambos do Código Civil, e os artigos 12 e 14, esses do Código de Defesa do Consumidor, não assumem qualquer necessidade de se determinar ao agente causador do dano a previsibilidade. Pode-se ir além: a necessidade de conexão causal estabelecida como requisito para configurar o dano

também pode ser dispensada na teoria objetiva disciplinada pelos referidos artigos se interpretados sob o viés da Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça.

O que disciplina a Súmula 479 do STJ? As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.

Aplica-se a teoria objetiva aos casos de fraudes e delitos praticados, mesmo por terceiros, nas relações decorrentes do próprio objeto social das instituições financeiras.

De outro lado, o conceito de liame de causalidade, de forma simplória, traz a necessidade de se comprovar que determinado dano é decorrente de ato lícito ou ilícito. Para melhor aclarar o conceito, importante contribuição da doutrina:

Para o ato ilícito ser fonte da obrigação de indenizar é preciso uma relação de causa e efeito entre o ato (fato) e o dano. A essa relação chama-se nexa causal. Se o dever de indenizar o prejuízo causado é a sanção imposta pela lei a quem comete o ato ilícito, necessário se torna que o dano seja consequência da conduta de quem o produziu.

...

Indispensável é a conexão causal. Se o dano provém de outra circunstância, ainda que pela atitude culposa do agente tivesse de ocorrer, este não se torna responsável, uma vez que não há relação de causa e efeito. Não basta, com efeito, que o dano pudesse sobrevir por efeito da conduta do agente, mas é preciso que se produza na realidade como consequência desta, e não de outro acidente. (GOMES, Orlando, p. 79)

Definitivamente, o ato, nesse caso ilícito³, não provém da atuação da instituição financeira. Não há conexão causal, pelo menos sob a orientação doutrinária anteriormente transcrita que se diz seguida e acolhida perante os Tribunais.

Para legitimar a sua responsabilização, o Superior Tribunal de Justiça se valeu de um conhecido conceito utilizado para promover a responsabilização, qual seja, a chamada culpa presumida (disciplina no artigo 1521 do Código Civil de 1916) ou culpa *in vigilando*.

Somente se pode admitir o nexa causal para as situações disciplinadas pela Súmula 479 a partir do conceito de culpa. Significa afirmar que o nexa causal decorre,

3

Faz-se a distinção entre ato lícito e ilícito uma vez que é possível a responsabilização por conta de atos lícitos como são os casos relativos ao artigo 931 do Código Civil: "Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação".

em verdade, da omissão da instituição financeira quanto à possibilidade de se evitar a fraude e/ou delito, uma vez que a mesma é previsível à sua atividade. Depreende-se, então, que não se trata de uma responsabilização objetiva mas sim culpa presumida.

Mais uma vez a doutrina de Orlando Gomes:

Um dos processos técnicos utilizados para dar maior plasticidade à concepção subjetiva da responsabilidade é o reconhecimento de presunções de culpa. Através desse recurso, facilita-se a prova, sem se deslocar o fundamento da responsabilidade. Completa-se, por esse modo, o processo de alargamento iniciado com apreciação abstrata da culpa. Aceitando-se a ideia de culpa presumida, pode-se justificar a aplicação dos preceitos reguladores da responsabilidade extracontratual usando a noção de culpa, mas dispensando sua prova. Admitidas algumas presunções, a ação da vítima para obter a indenização é extremamente facilitada.

...
É indispensável conhecer-lhe o mecanismo. Vigoram as presunções para justificar, principalmente, a responsabilidade de alguém pelo fato de outrem, por isso mesmo chamada responsabilidade indireta. Fala-se, então, em culpa in vigilando e culpa in elegendo. Há a culpa in vigilando quando a responsabilidade é imputada a quem é obrigada a vigiar a conduta de outrem. Presume-se culpado aquele que se descuroou da vigilância. Trata-se de presunção juris tantum, dado que o agente se exonera da responsabilidade, se prova que lhe teria sido impossível evitar o fato danoso. (GOMES, Orlando, pp. 73/74)

Da análise dos precedentes que originaram a súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça, convence-se que esta deveria ser redigida de forma diferente, apresentando à guisa de sugestão o seguinte texto: aplica-se a culpa presumida às instituições financeiras pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.

Tal sugestão mudaria substancialmente a Súmula, determinando uma maior fidelidade aos fundamentos que originaram o seu conteúdo final. Isto porque nos casos de culpa presumida, conforme já mencionado no texto anterior, o ofensor poderia se exonerar da responsabilidade na medida em que comprova a impossibilidade de se evitar o dano. Logo, sendo previsível, o mesmo é evitável. Sendo imprevisível, não seria possível evitar os seus efeitos.

A forma como está posta e levando em conta o conteúdo dos precedentes jurisprudenciais, somente se exonera da responsabilidade as instituições financeiras nos casos disciplinados como excludentes previstas no artigo 14, §3º, do Código de

Defesa do Consumidor. Aliás, a referida menção foi realizada nos fundamentos do acórdão anteriormente transcrito: "...é objetiva e somente pode ser afastada pelas excludentes previstas no CDC, como, por exemplo, "culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros".

Nesse sentido diversos precedentes do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, citados inclusive no repetitivo acima mencionado:

(...)

- Segundo a doutrina e a jurisprudência do STJ, o fato de terceiro só atua como excludente da responsabilidade quando tal fato for inevitável e imprevisível.

- O roubo do talonário de cheques durante o transporte por empresa contratada pelo banco não constituiu causa excludente da sua responsabilidade, pois trata-se de caso fortuito interno.

- Se o banco envia talões de cheques para seus clientes, por intermédio de empresa terceirizada, deve assumir todos os riscos com tal atividade.

- O ônus da prova das excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços, previstas no art. 14, § 3o, do CDC, é do fornecedor, por força do art. 12, § 3o, também do CDC.

Recurso especial provido.

(REsp 685662/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/11/2005, DJ 05/12/2005, p. 323)

(...)

3. O nexos de causalidade entre a conduta do banco e o dano decorre do reconhecimento da abertura de conta corrente, em agência do agravante, em nome do autor/agravado, mediante fraude praticada por terceiro falsário, o que, à luz dos reiterados precedentes deste Pretório, por constituir risco inerente à atividade econômica das instituições financeiras, não elide a responsabilidade destas pelos danos daí advindos.

...

(AgRg no Ag 1235525/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 18/04/2011)

(...)

1. Inescondível a responsabilidade da instituição bancária, atrelada ao risco da própria atividade econômica que exerce, pela entrega de talão de cheques a terceiro, que mediante fraude, abriu conta bancária em nome do recorrido, dando causa, com isso e com a devolução do cheque emitido, por falta de fundos, à indevida inclusão do nome do autor em órgão de restrição ao crédito.

2. Irrelevante, na espécie, para configuração do dano, que os fatos tenham se desenrolado a partir de conduta ilícita praticada por terceiro, circunstância que não elide, por si só, a responsabilidade da instituição recorrente, tendo em vista que o panorama fático descrito no acórdão objurgado revela a ocorrência do chamado caso fortuito interno.

...

(REsp 774640/SP, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 05/02/2007, p. 247)

(...)

I - Os eventos "roubo" ou "furto", ocorrências absolutamente previsíveis, a considerar os vultosos valores mantidos sob a guarda da instituição financeira,

que assume profissionalmente todos os riscos inerentes à atividade bancária, não consubstanciam hipóteses de força maior, mantendo-se, por conseguinte, incólume o nexo de causalidade existente entre a conduta negligente do banco e o prejuízo suportado por seu cliente;

...
(REsp 1163137/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 03/02/2011)

Importante consignar que a Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça faz referência expressa ao termo “fortuito interno”. Nesse sentido a doutrina esclarece:

A classificação do ato culposo de terceiro como interno ou externo depende do exame da atividade do demandado e das expectativas legítimas que ela desperta nas pessoas expostas aos seus riscos. Se o demandado explora atividade de que se espera certa garantia, será interno o ato culposo de terceiro que a frustra. Haverá, neste caso, responsabilização pelos danos decorrentes. De outro lado, se da atividade explorada pelo demandado não se espera determinada garantia, a frustração desta por culpa de terceiro configura ato externo. Aqui, opera-se a excludente da responsabilidade objetiva, e a vítima só pode demandar o causador culpado do dano.

...
Quando, porém, o dano decorre da frustração a garantia que não se espera especificamente da atividade em questão, o ato culposo de terceiro que o causa é classificado como externo.

...
A exclusão da responsabilidade objetiva por ato de terceiro é, contudo, ainda controvertida. Não é pacífico que a excludente tem cabimento só quando a conduta culposa do terceiro é externa à atividade do demandado. (COELHO, Fábio Ulhoa, pp. 406/407)

A verdade é que a diferenciação entre fortuito externo e interno é tênue. Isto porque os conceitos estão arraigados, em boa medida, da chamada culpa *in vigilando*. A responsabilidade de guarda obviamente alberga fatos previsíveis e imprevisíveis, sendo que os primeiros não exoneram a responsabilidade, diferentemente dos últimos, eis que inevitáveis.

Nos termos postos na Súmula aplica-se o conceito de teoria objetiva do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, inclusive quanto às hipóteses de excludentes preceituadas no §3º do referido dispositivo. De outro lado, remetem-se às atividades vinculadas ao negócio desempenhado nos termos do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.

Ocorre que ao remeter ao artigo 927 do Código Civil, eis que menciona expressamente o risco do negócio, é importante consignar que não se é permitido

sequer aplicar a exceção de caso fortuito (mesmo externo). É que o artigo 927 do Código Civil aproxima-se mais da solidariedade de todos (sociedade) quanto aos riscos da atividade, ainda que não estejam ligados à ela (atividade):

Toda a história contemporânea daquilo que se chama direito de responsabilidade, no sentido técnico do termo, tende a abrir espaço para a ideia de responsabilidade sem culpa, sob a pressão de conceitos como os de solidariedade, segurança e risco, que tendem a ocupar o lugar da ideia de culpa. É como se a despenalização da responsabilidade civil também devesse implicar sua inteira desculpabilização.

...

Seria possível saudar essa evolução, uma vez que nela é exaltado um valor moral importante, o da solidariedade, sem dúvida mais digna de apreço do que o valor mais utilitário da segurança. Mas os efeitos perversos desse deslocamento podem servir de alerta. Eles são encorajados pela incrível ampliação da esfera dos riscos e por sua mudança de escala no espaço e no tempo (toda a reflexão de Hans Jonas, que mencionaremos adiante, parte desse mesmo ponto); em última análise, toda incapacidade adquirida, percebida como um dano sofrido, pode dar ensejo a um direito a reparação na ausência de qualquer culpa comprovada. O efeito perverso consiste no fato de que, quando mais ampla a esfera dos riscos, mais premente e urgente a busca de um responsável, ou seja, de alguém, pessoa física ou jurídica, capaz de indenizar e reparar. (RICOUER, Paul. O Justo 1. A justiça como regra moral e como instituição. pp. 50)

Bastaria ao ofendido demonstrar que o evento está ligado diretamente ou indiretamente à atividade desenvolvida pelo agente. É exatamente o que afirma Fernando Gaburri:

Todo aquele que desempenha uma atividade tal que gera uma responsabilidade pressuposta responderá pelos danos independentemente de culpa de quem quer que seja". Para a verificação de uma responsabilidade pressuposta haverá a vítima, unicamente, que comprovar nexos causal entre dano e atividade perigosa por outrem desenvolvida. Em que pede o exercício da atividade ser justificável, justo não seria suportar a vítima seus dissabores. (GABURRI, Fernando, p. 95)

Por isso, não se mostra fiel a redação da Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça eis que se utiliza de conceitos diversos para determinar uma única responsabilidade. Trata-se evidentemente de uma incongruência manifesta: se de um lado é utilizado o conceito de responsabilidade objetiva disciplinado na legislação consumerista (artigo 14), de outro tem-se a utilização do conceito de culpa.

Às instituições financeiras caberia a apresentação e comprovação de eventuais excludentes pertinentes ao conceito de culpa presumida. Nos moldes adotados pela Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça, restariam às instituições financeiras as hipóteses do artigos 14, §3º, do Código de Defesa do Consumidor.

Mais um problema se apresenta. É que a Súmula em análise utiliza o conceito de responsabilidade objetiva decorrente do risco do negócio (artigo 927, parágrafo único, do Código Civil) e ainda a responsabilidade objetiva decorrente da prestação do serviço ligado à atividade (artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor).

Entretanto, os precedentes que originaram a Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça não admitem excludente por fato de terceiro, o que restou expressamente consignado na redação final: "... fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias". Nesse particular, a redação da Súmula se aproximada do conceito de responsabilidade objetiva preceituada no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil.

Retirada a hipótese de excludente por culpa de terceiro, restaria às instituições financeiras a demonstração que inexistente defeito no serviço (art. 14, §3º, I do Código de Defesa do Consumidor) ou ainda que a culpa foi exclusiva da vítima (primeira parte do art. 14, §3º, II do Código de Defesa do Consumidor) a fim de se evitar eventual responsabilidade civil.

O risco enfrentado a partir da leitura e interpretação da Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça, analisando especialmente os precedentes que originaram a sua redação final, é promover uma responsabilidade sem culpa (o que é previsto em nosso ordenamento), mas não sendo permitida a demonstração de qualquer excludente. Logo, experimentado um dano por um correntista/mutuário/consumidor o mesmo deve ser sempre indenizado.

4. CONCLUSÃO

Dois caminhos poderiam ser trilhados na edição da Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça: o primeiro remeteria à culpa presumida em razão da previsibilidade ou não do evento e, via de consequência, da possibilidade de evitá-lo, o que estaria

mais na esteira dos precedentes; o segundo determinaria a responsabilidade objetiva pura, contudo sem vínculo ao risco do negócio, mas sim à simples comprovação da conexão causal, o que já acontece por exemplo, nos casos de responsabilidade civil do Estado, nos termos do artigo 37, §6º da Constituição Federal. Comprovado que determinado dano decorreu de ação ou omissão do ofensor, impõe-se o dever de indenizar.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça optou pelo caminho mais perigoso na medida em que operou confusão entre conceitos. É que a responsabilidade civil em razão do risco do negócio preceituada no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, remete à ideia de solidariedade, sendo que não se poderia mesmo em casos de fortuito (interno ou externo) exonerar o acusado, restando necessária a simples demonstração do evento danoso com a atividade desenvolvida e inerente às instituições financeiras.

De outro lado, o conceito do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, adotando a responsabilidade civil objetiva, impõe a demonstração do nexo causal, o que, no caso de fortuito, mesmo interno, não se aplica. A confusão talvez tenha se dado em razão do que restou observado pela doutrina de Anderson Schreiber:

Ideologicamente, a presunção de culpa representava uma solução intermediária, que impedia as injustiças perpetradas pela severa exigência da prova de culpa, ao mesmo tempo em que negava acolhida à teoria do risco como novo fundamento de responsabilidade. Na prática, todavia, as presunções de culpa foram passando, por meio da atuação jurisprudencial, de presunções relativas para presunções absolutas, de tal modo que o juiz, ao final, já presumia de forma tão definitiva a culpa do ofensor que isso equivalia para dispensá-la para fins de responsabilização. (SCHREIBER, Anderson, p. 31)

A utilização de conceitos diversos para as situações apresentadas pela Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça pode gerar complicações, especialmente para os casos em que se pretende promover alguma excludente de responsabilidade. Nos termos postos resta pouco, ou quase nada, a ser perquirido em situações nas quais o consumidor experimenta algum dano no âmbito das operações bancárias.

Ademais, a partir dessa Súmula é possível imaginar que possa ser realizada interpretação similar para as demais atividades empresariais, o que, sem dúvida, pode determinar distorções conforme o caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. volume 2: obrigações : responsabilidade civil, 5ª ed, São Paulo: Saraiva, 2012.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade civil**. 3ª Ed., Malheiros, 2002.

FLORENCIO, Marcelo Akyama. A estrutura jurídica da responsabilidade objetiva e da cláusula geral da solidariedade no Código de Defesa do Consumidor in **Revista de Direito Privado nº 12**, julho/setembro de 2011, Editora Revista dos Tribunais.

GABURRI, Fernando. Da insuficiência da noção de culpa e de risco: da necessidade de um sistema geral objetivo de imputação de responsabilidade civil extracontratual in **Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade** – Coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Maria Clara Osuna Diaz Falavigna, Magister Editora, 2007.

GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil** : texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GONÇALVES, Tiago Moraes. O caso fortuito e a força maior frente à responsabilização objetiva pelo risco da atividade na sociedade contemporânea in **Revista de Direito Privado nº 12**, julho/setembro de 2011, Editora Revista dos Tribunais.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil - Contratos**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

RICOUER, Paulo. **O Justo 1: A justiça como regra moral e como instituição**. Tradução Ivone C. Benedetti. wmfmartins fontes, São Paulo : 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos riscos. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2013.