

A CARACTERIZAÇÃO DO NEXO CAUSAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA “SAIDINHA BANCÁRIA”: Uma Análise a Partir do Caso Paulo César Perrone.¹

Genival Couto de Novaes²

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Responsabilidade Civil pelo Fato do Serviço. 2.1 Os pressupostos. 2.1.1 A conduta. 2.1.2 O defeito. 2.1.2.1 O defeito de prestação. 2.1.2.2 O defeito de comercialização. 2.1.3 O nexo de causalidade. 2.1.3.1 A teoria da causalidade adequada. 2.1.3.2 A teoria da causalidade direta e imediata. 2.1.4 O dano. 2.2 As excludentes de responsabilidade pelo fato do serviço. 2.2.1 A inexistência do defeito. 2.2.2 A culpa exclusiva do consumidor ou terceiro. 2.2.3 Caso fortuito e força maior 2.3. A Responsabilidade Civil dos Bancos pela “Saidinha Bancária. 3. A Análise Jurídica do Caso Paradigma. 4. Conclusões.

RESUMO

Este trabalho tem o escopo de investigar a caracterização do nexo causal da responsabilidade civil dos bancos por delitos de “saidinha bancária” finalizados no exterior desses estabelecimentos. Trata-se de um estudo de caso, que partindo de uma engrenagem fática comum à maioria dos eventos de “saidinha de banco”, procede, com base na normativa consumerista, na teoria do risco do empreendimento, e da teoria da causalidade necessária, à propositura de um alargamento da compreensão do conceito de fortuito interno albergado na súmula 479 do STJ, para aquelas situações onde o evento danoso tenha se dado em ato contínuo decorrente do defeito da prestação do serviço.

Palavras-chave: Saidinha bancária, banco, defeito, dano, risco, causa necessária, alargamento, fortuito interno, responsabilidade objetiva.

1. INTRODUÇÃO

¹ Artigo extraído da monografia jurídica apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Salvador (UNIFACS), em dezembro de 2014.

² Bacharelado em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS).

Nestas primeiras linhas, é mister anotar que a temática ora aventada certamente seria impensável de ser levada como objeto de estudo jurídico/acadêmico há três décadas. E assim é pelo fato de a sociedade brasileira ter experimentado profundas transformações econômicas, sociais, políticas e, por extensão, legislativas e jurídicas de lá pra cá. A sociedade se modificou e, a reboque dessas transformações, modificou-se também o Direito.

Assim, no plano fático merece destaque o cada vez maior acesso das chamadas “massas populares” ao mercado de consumo, sendo que notadamente no setor de serviços bancários, diz-se que evidencia-se a “bancaização” da sociedade brasileira. E em paralelo, assistiu-se ao longo dessas décadas um acréscimo assustador das estatísticas da criminalidade. É nesse contexto, que surgiu e alastrou-se de maneira temerária, por boa parte das cidades da Federação, a chamada “saidinha bancária”.

De sorte que este trabalho, partindo do estudo de um caso concreto, se propõe a investigar o atual enquadramento jurídico da responsabilidade civil dos bancos na “saidinha bancária”. Trata-se de uma modesta contribuição acadêmica que visa somar-se em debate a outras vozes no sentido de encarar a seguinte indagação: nos casos de “saidinhas bancárias” consumadas fora das dependências dos estabelecimentos, é possível responsabilizar objetivamente os bancos pelos danos? Assim, identifica-se, de plano, que o estudo em tela gira em torno das questões atinentes ao nexo de causalidade.

Bem por isso, deu-se a escolha do caso Paulo Perrone para ser utilizado como situação paradigma, justamente por se tratar de uma situação que bem representa, faticamente, a esmagadora maioria das “saidinhas de banco” ocorridas atualmente no Brasil. Assim, tal qual no caso em estudo, majoritariamente, as “saidinhas” registradas nos últimos anos apresentam-se como eventos danosos que tem o seu fato gerador decorrente de um defeito no fornecimento do serviço bancário, e que, perpetrados por terceiros, em ato contínuo, chegam ao seu desfecho em via pública, tendo consumidores (clientes/usuários dos serviços bancários) como vítimas.

Consequentemente, a análise jurídica que aqui se empreenderá ao longo das páginas vindouras, será, preponderantemente, orientada pela normativa do microssistema consumerista, notadamente, pela sistemática da responsabilidade objetiva incidente sob as relações de consumo. Deve-se alertar ainda, que também em decorrência das ditas características do caso paradigma, as reflexões e indagações que serão veiculadas no

transcorrer das próximas páginas têm como foco as “saidinhas bancárias” perpetradas em ato contínuo.

Ademais disso, ressalta-se que a investigação sobre a caracterização do nexos causal da responsabilidade civil na “saidinha bancária” aqui se dará com base na teoria da causalidade necessária, bem como com fulcro na chamada teoria do fortuito interno. Essas duas teorias serão ora manejadas como ferramentas teóricas chaves no estudo da responsabilidade dos bancos pela segurança dos seus clientes/usuários quanto a fatos do serviço (acidentes de consumo) ocorridos no exterior de suas dependências.

Hoje, já se assentou, tanto legislativa quanto jurisprudencialmente, que em situações como a do caso Paulo Perrone, a relação que se dá entre banco e o cliente é uma relação de consumo. E como tal, em decorrência de o arcabouço pátrio entender que nesse contexto incide a teoria do risco do negócio, tem o banco um dever jurídico de oferecer segurança aos consumidores no âmbito das operações bancárias.

Tal é o que restou estabelecido por meio da súmula 479, do STJ, apontando que, em violando o dever jurídico originário de segurança, a instituição será responsabilizada objetiva e civilmente por eventuais danos aos consumidores, advindos do ‘fortuito interno’. O detalhe é que a compreensão que parte significativa da jurisprudência vem tendo do conceito de ‘fortuito interno’ tem sido, não raras vezes, insuficiente para investigar os elementos, no caso concreto, caracterizadores da responsabilidade civil dos bancos pela “saidinha bancária”.

Portanto, nesse sentido surge a trilha do presente estudo, qual seja, analisar se existe base jurídica, ou razoabilidade hermenêutica, capazes de justificar por mais tempo a interpretação estreita e espacial que a maior parte dos operadores do direito pátrio vem emprestando ao conceito de ‘fortuito interno’, trazido na súmula 479/STJ. É dizer ademais, buscar-se-á no desenvolvimento desse estudo proceder a elucidação de um elenco de ferramentas do arcabouço jurídico hábeis à auxiliarem na construção de uma caracterização do nexos causal da responsabilidade civil bancária mais consentânea com a vulnerabilidade dos consumidores, bem como com o princípio da proteção prioritária à vítima do dano.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DO SERVIÇO

O Código de Defesa do Consumidor, por meio de um poderoso elenco de princípios e direitos básicos do consumidor, notadamente com a previsão explícita do princípio da segurança e dos

direitos básicos de proteção à saúde e à segurança, consagra aos fornecedores um correspondente dever jurídico de proteção à segurança dos consumidores, cuja violação implica a incidência da responsabilização civil.

Neste sentido, as anotações de Bruno Miragem (2013, p. 498):

A proteção da confiança legítima dos consumidores, sistematizada no CDC, é o fundamento da responsabilidade civil de consumo. Neste sentido, estabelece-se um direito subjetivo básico à segurança do consumidor como efeito da proteção a esta expectativa legítima dos consumidores e da sociedade, de que os produtos e serviços colocados no mercado atendam a padrões de segurança razoáveis. Para tanto, o legislador brasileiro, a exemplo do europeu, optou pela imposição da responsabilidade aos fornecedores que introduzam no mercado produtos ou serviços defeituosos, quais sejam, aqueles que apresentem falhas em uma das várias fases do seu processo de concepção e fornecimento, as quais terminem por comprometer sua segurança, gerando danos.

Portanto, é nesse passo que se fala de responsabilidade pelo fato do serviço, também denominada por parte da doutrina como responsabilidade por acidentes de consumo, encontrando-se relacionada com a proteção da segurança do consumidor. Assim, será responsabilizado pelo fato do serviço o fornecedor cujos serviços prestados causem danos ao consumidor em decorrência de inobservância dos deveres de segurança, inerentes àquele que atua como agente econômico no mercado de consumo.

E nessa altura já é possível vislumbrar o significado da expressão “fato do serviço”. Trata-se de um dano (material ou moral) causado ao consumidor por um serviço, ou seja, dano provocado (fato) por um serviço, em decorrência de um defeito a ele inerente (BENJAMIN; BESSA; E MARQUES, 2013, 153).

Anote-se que a previsão legal do fato do serviço encontra-se no multicitado art. 14 do CDC, *in verbis*: “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”. E é na dicção do mesmo artigo que se encontra a definição de “defeito”: O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em conta as circunstâncias relevantes, a saber, o modo do seu fornecimento, o resultado e os riscos que dele, de maneira razoável, se esperam e a época em que foi fornecido (art. 14, §1º).

Tratando da responsabilização civil do fornecedor pelo fato do serviço, com o brilho de sempre assinala Sergio Cavalieri Filho (2012, p. 496):

[...] o campo de aplicação do Código, neste ponto, é muito vasto, abarcando, na área privada, um grande número de atividades, tais como os serviços prestados pelos

estabelecimentos de ensino, hotéis, estacionamentos (onde são frequentes os casos de furtos de veículos), cartões de crédito, bancos, seguros, hospitais e clínicas médicas [...]

E assim sendo, justamente por conta de a ocorrência de situações de “fato do serviço” verificar-se de maneira tão vasta no mercado de consumo brasileiro, que se justifica analisar doravante separadamente os denominados pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil pelo fato do serviço, quais sejam assim considerados a conduta; o defeito; o dano; e o nexo de causalidade.

2.1 OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DO SERVIÇO

De início deve-se sublinhar que o sistema de responsabilidade civil pelo fato do serviço também não prescinde dos pressupostos essenciais do tradicional sistema da responsabilidade civil, que aqui não restam totalmente afastados, mantendo-se, destarte, pressupostos lógico-jurídicos tais como a conduta, o dano e o nexo de causalidade.

Entretanto, haverá distinção entre a responsabilidade civil pelo fato do serviço e a responsabilidade civil em geral na medida em que, para a configuração da primeira, não se faz necessário provar-se a culpa do fornecedor, uma vez que a norma que rege semelhante responsabilidade (art. 14, CDC) determina que a mesma será atribuída independentemente de culpa. E assim, é dizer, afasta-se o sistema da responsabilidade civil pelo fato do serviço daquele outro regime tradicional da responsabilidade civil, dado que nesse último a culpa é requisito essencial para a imputação (art. 186, CC) (MIRAGEM, 2013, 508).

Noutro giro, não obstante a responsabilização civil pelo fato do serviço afastar a exigência da culpa, fez-se acrescentar um novel requisito para a configuração da responsabilidade, qual seja, o defeito. Elemento constitutivo que se apresenta imprescindível para que então se possa falar em hipótese de responsabilização civil pelo fato do serviço. Em curtas linhas, àqueles requisitos tradicionais conduta, dano e nexo de causalidade, agregou-se o pressuposto defeito do serviço.

2.1.1 A conduta

A responsabilidade civil de consumo segue no esteio de uma socialização de riscos, que tem por decorrência básica a sua imputação objetiva, quer-se dizer, a conduta identificada como passível de imputação de responsabilidade prescinde de ser caracterizada necessariamente como negligente, imprudente, ou dolosa. Em outras palavras, é bastante a demonstração da

realização da conduta própria de ter disponibilizado o serviço no mercado de consumo e, ademais, que esse serviço apresente-se defeituoso, para que se visualizem os elementos fáticos concernentes ao pressuposto conduta, enquanto requisito configurador da responsabilidade civil de consumo (MIRAGEM, 2013, p. 510).

No caso da responsabilidade civil de consumo, a conduta a ser investigada e definida será sempre uma conduta do fornecedor. Sendo que tal conduta reclamada a este sujeito relacional é nada mais nada menos que sua participação na atividade de disponibilização do serviço no mercado. E assim, em resumo,

Insiste-se, pois, que não se reclama na conduta do fornecedor, como pressuposto da responsabilização, a existência de culpa, entendida essa como a falta a um dever de cuidado ou cautela, ou ainda a falta a um dever de prudência, na realização de um determinado comportamento. O que se perquire é sobre sua atuação no mercado de consumo, ou seja, se colocou ou não o produto ou serviço no mercado de consumo, exigindo-se neste caso, para efeito de responsabilização, que a resposta seja afirmativa (MIRAGEM, 2013, p.512).

Colha-se, na sequência, o segundo pressuposto.

2.1.2 O defeito

Pode-se dizer que “o defeito é o elemento que detona a responsabilidade civil objetiva do prestador de serviço, ao causar um acidente de consumo” (BENJAMIN; BESSA; e MARQUES, 2013, p. 180). E daí a razão para o conceito de defeito ser conceito-chave para o entendimento da configuração da responsabilidade pelo fato do serviço da relação consumerista. Nas palavras do professor Bruno Miragem (2013, p. 513):

Exige-se no sistema do CDC, por expressa influência do direito europeu sobre o tema, a existência de defeito para que se possa indicar a imputação de responsabilidade civil ao fornecedor pelos danos causados em razão de acidente de consumo. Em matéria de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, não há se falar em imputação do dever de indenizar sem a demonstração do defeito, que por isso, aparece como pressuposto específico do regime de responsabilidade civil estabelecido pelo CDC.

E conforme colacionado supra, é no art. 14, §1º, do CDC que se encontra albergada a definição de defeito que, essencialmente, remete à situação de existência de falha do dever de segurança, ou seja, falha do dever de oferecer a segurança legitimamente esperada de serviços oferecidos no mercado consumo.

Todavia, é bom frisar, o referido defeito, a referida violação do dever de segurança, não há de ser compreendida jamais como o dever de oferecer segurança absoluta, mas, sim, especificamente, aquela segurança que legitimamente se possa esperar do serviço. Sendo assim, em tal contexto deverá ser estabelecido um critério de valoração daquilo que

legitimamente poderia se esperar, é dizer, trata-se de indagar quais características o serviço deve possuir para dar causa ao nível de segurança inferido. Porquanto, o caráter defeituoso do serviço dependerá de uma valoração a ser realizada pelo juiz (MIRAGEM, 2013, p. 509).

De outra ponta, por tudo já delineado ao longo dos capítulos acima traçados, deve-se ainda mais uma vez observar que em matéria de defeito, ou seja, de falha ao dever de segurança, prescinde-se que haja qualquer modalidade de vínculo contratual antecedente para que ocorra a caracterização da responsabilidade do fornecedor. A dizer melhor, é de pouca importância se uma dada vítima de danos do serviço defeituoso tenha mantido relação contratual direta ou indireta com o fornecedor. É dizer, faz-se suficiente nesses casos a constatação do defeito e a demonstração do nexo de causalidade entre esse último e o dano sofrido para que se evidencie o quadro de responsabilização pelo fato do serviço.

Nesse ponto, é importante ressaltar que a doutrina brasileira com base no quanto estabelecido na legislação (arts. 12, §1º, I a III, e 14, §1º, I a III, do CDC) vem construindo critérios – ainda que nem sempre com expressões coincidentes – com o fito de determinar uma espécie de classificação de tipos de defeitos a partir da maneira e do momento em que acometem os produtos e serviços.

Bruno Miragem (2013, ps. 514 a 518) elenca os defeitos em três tipos, a saber: Defeitos de projeto ou concepção; defeitos de execução, produção ou fabricação; e defeitos de informação ou comercialização. Já Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa (2013, p. 180) especificamente se referindo ao defeito do serviço, aduzem também que as modalidades de defeito são em número de três, sendo elas: os defeitos de prestação; os defeitos de concepção; e os defeitos de comercialização.

Como a distinção entre ambas as manifestações doutrinárias, nesse particular, reside basicamente na nomenclatura, adotar-se-á doravante a última classificação citada supra, restando estabelecido ademais que neste momento apenas serão trabalhados as duas tipologias de defeitos que guardam maior afinidade e urgência com o tema central desse estudo.

2.1.2.1 O defeito de prestação

Também denominados defeitos de execução, são aqueles que se apresentam como falhas do dever de segurança durante o processo de prestação de um determinado serviço. Ademais, é possível afirmar que tais defeitos não chegam a afetar a totalidade de serviços de uma série. Devendo-se anotar ainda que serão previsíveis, à medida que sua ocorrência é esperada dentro

dos riscos negociais inerentes à atividade econômica, havendo mesmo, geralmente, condições de realizar-se cálculo estatístico da sua ocorrência. E, acrescente-se, são inevitáveis uma que integram o risco da atividade econômica de fornecimento de serviços, de tal maneira que não podem ser inteiramente eliminados pelo fornecedor (MIRAGEM, 2013, p. 516).

Tais defeitos também podem ser reconhecidos em sede de responsabilidade pelo fato do serviço em hipóteses como a do transportador aéreo que, diante de acidente com aeronave, acaba por não conduzir o passageiro ao seu destino. Outro exemplo pode ser o caso onde a alteração na tensão na rede de energia elétrica finda por estragar aparelhos eletrônicos. Cite-se ainda a situação onde cartão de crédito vem a ser copiado por terceiro e utilizado em prejuízo do consumidor. Em tais casos e em outros mais, constata-se a espécie de defeito por prestação/execução do serviço (art. 14, §1º, CDC), pois o modo como foi fornecido o serviço fez com que o mesmo passasse a não oferecer a segurança que dele se esperava legitimamente (MIRAGEM, 2013, p. 516).

2.1.2.2 O defeito de comercialização

Os denominados defeitos de informação ou comercialização nos serviços decorrem de informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos (BESSA; BENJAMIN; E MARQUES, 2013, p. 180). E assim, fala-se em defeito de informação no sentido de falha ao dever de informar, dever esse originário da proteção do interesse legítimo do consumidor, advindo mediatamente pelo princípio da boa-fé objetiva, e de maneira imediata do direito básico à informação (art. 6º, III, CDC).

Portanto, consoante a doutrina de Bruno Miragem (2013, p. 517):

[...] há defeito de informação ou comercialização quando, havendo o dever de informar, em vista da garantia da segurança do consumidor (a segurança legitimamente esperada), este não é cumprido. Trata-se, de uma falha ao dever de informar que se traduz, por consequência, em uma falha no dever de segurança, pois apenas a prestação da informação adequada garantiria a segurança do consumidor naquela situação.

Destarte, pode ser caracterizado como defeito de informação ou comercialização a ausência de orientações a respeito da correta utilização de certos serviços, dos riscos apresentados pelos mesmos, e de possíveis restrições subjetivas (determinadas pessoas) e/ou objetivas (determinadas qualidades ou circunstâncias) que importam alterações no modo de uso ou mesmo o seu impedimento. Nesse passo, é razoável constatar-se um defeito de informação quando determinada agência bancária não cumpre legislação que lhe impõe o dever de

informar e impedir que clientes e usuários de seus serviços façam uso de aparelhos celulares no interior do referido estabelecimento.

Afinal, o dever de informação quanto à restrição objetiva, circunstancial de impedir que o usuário do serviço bancário use o aparelho telefônico dentro do banco, diante da comprovação estatística e cotidiana de que tal medida pode reduzir drasticamente o êxito das quadrilhas que praticam o crime de “saidinha bancária”, comunica-se com o próprio dever de segurança do fornecedor bancário de atuar para redução das possibilidades de acidente de consumo - garantia de segurança legitimamente esperada pelo consumidor -, cuja ausência (de informação) implica em falha ao dever de segurança e, portanto, no defeito.

Por derradeiro, é necessário enfatizar que o atendimento ao aludido dever de informar, determinado pelo regime consumerista, implica sempre em prestação de uma informação eficiente. É dizer, não é bastante para desonerar-se da incidência de responsabilidade o fornecedor de serviços praticar a informação por um viés meramente formal ao consumidor, é imprescindível, segundo o espírito do código, que a informação se estabeleça de maneira perceptível e reconhecível ao sujeito vulnerável (MIRAGEM, 2013, p. 517).

2.1.3 O nexos de causalidade

De início, deve-se dizer que “O nexos causal é a viga mestre da responsabilidade civil objetiva, pois a sua aferição restringe-se justamente à demonstração do elo de ligação entre o fato ou ato prejudicial e o dano perpetrado” (DE PAULA, 2007, p. 43). E, acrescente-se, com Anderson Schreiber (2013, p. 56):

[...] o advento da responsabilidade objetiva veio transformar radicalmente a atuação das cortes em geral, exigindo redobrada atenção na decisão acerca do nexos causal, cuja interrupção consiste, em tais hipóteses, no único caminho concedido ao réu para o afastamento da condenação. Assim, [...] toda a discussão, nas ações de responsabilidade objetiva, passou a gravitar em torno da noção jurídica de nexos causal. Chega-se, hoje, a afirmar que o juízo de responsabilidade, nos casos de responsabilidade objetiva, “acaba por traduzir-se no juízo sobre a existência de nexos de causalidade entre fato e dano” [...]

Em outras palavras, o nexos de causalidade deve ser entendido como pressuposto lógico que vincula o surgimento de certo dano indenizável a uma determinada conduta. O que implica dizer que se trata de uma relação de causa e efeito, ontológica, sendo constatada, na maioria das vezes, por meio de dilação probatória. Por isso, é que para a imputação do dever de indenizar, deve o nexos de causalidade restar demonstrado de modo incontestado no processo.

Entretanto, o ponto que implica maiores desafios concerne ao processo de identificação do nexos de causalidade. Sendo, portanto, “tarefa árdua a caracterização e a pesquisa da

verdadeira causa jurídica dos danos. Essa é a razão dos questionamentos acerca da comprovação do nexo causal nas relações atuais, como nas ambientais, consumeristas, [...]” (DE PAULA, 2007, p. 44). No mesmo sentido, a lição de Bruno Miragem (2013, p. 518):

As dificuldades teóricas e práticas de determinação do nexo de causalidade são diversas. Primeiro, a questão de saber-se qual a causa indicar como determinante para o dano. Segundo, na hipótese de multiplicidade de causas (concausas), a possibilidade ou não de eleger uma como determinante para realização do dano. E por fim, as dificuldades práticas que muitas vezes podem existir para a comprovação do nexo causal.

E assim, com o escopo de clarificar este cenário desafiador, estabeleceu-se intenso debate no direito pátrio - muito influenciado pelo direito comparado -, responsável pelo surgimento de diversas construções teóricas acerca do nexo causal. Ao que restaram elencadas, doutrinariamente, as seguintes teorias: teoria da equivalência das condições (teoria *conditio sine qua non*); teoria da causalidade adequada; teoria do dano direto e imediato (teoria da causa imediata); e teoria da causa eficiente. Tais teorias jurídicas

[...] apresentam critérios particulares para selecionar qual, entre todas as condições do dano – entendidas como todos os elementos sem os quais ele não poderia ter sido produzido – é a determinante desse resultado, ou seja, qual é a sua causa.

A importância do conhecimento dessas teorias é evidenciada por variar as consequências jurídicas face a teoria escolhida, notadamente na responsabilidade civil objetiva, em que a causa do dano atrai para si o dever de repará-lo (DE PAULA, 2007, p. 45).

Assim sendo, doravante passar-se-á a análise de duas dessas teorias da causalidade, notadamente as que revelam maior relevância para fins do tema central ora discutido, quais sejam, a teoria da causalidade adequada e a teoria da causa direta e imediata.

2.1.3.1 A teoria da causalidade adequada

Para a teoria da causalidade adequada é possível se considerar a aptidão de uma causa na promoção de determinado resultado danoso, por decorrência de um juízo de probabilidade e possibilidade. Na visão dos adeptos dessa teoria, “quanto maior a probabilidade de que determinada causa tenha dado origem a um dano, mais adequada e, portanto, apta a ser vinculada ao agente como pressuposto da imputação de responsabilidade” (MIRAGEM, 2013, p. 519).

Em verdade, como bem ensina Agostinho Alvim, citado por Bruno Miragem (2013, p. 519), “questiona-se se a causa em questão é apta a produzir, em condições normais, o resultado danoso. Caso contrário, se este resultado só se tenha dado em face de circunstâncias especiais,

diz-se que tal causa não será adequada”. Em todo caso, observa Anderson Schreiber (2013, p. 59):

[...] certo é que a teoria da causalidade adequada acabou tornando-se alvo de críticas severas devido à incerteza inerente a avaliações de normalidade e probabilidade. Em apego à necessidade de demonstração do nexo causal, não poucos juristas rejeitaram a ideia de causalidade adequada ao argumento de que “probabilidade não é certeza”.

Por outro lado,

Tais críticas vêm sendo respondidas pelos defensores da teoria a partir da consideração de que o juízo de adequação – nele determinado um juízo de valoração por parte do juiz – não deve considerar isoladamente o juízo de causalidade, mas todo o processo causal, permitindo inclusive distinguir os prejuízos decorrentes da causa – logo indenizáveis pelo agente – dos decorrentes de outros fatos, afastando-se com relação a esses o dever de indenizar. [...] Aliás, muito especialmente em matéria de responsabilidade civil de consumo, o papel do juiz é fundamental em dois momentos [...] Primeiro, na verificação da existência do defeito, no qual o exame judicial sobre a existência ou não do caráter defeituoso do produto ou serviço parece não prescindir de uma valoração. Depois, na aptidão do defeito para realização do dano, o que na prática pode levar à conclusão pela existência de defeito, uma vez que exista o dano (MIRAGEM, 2013, p. 520).

Lado outro, em importante complemento do já dito, pode-se ressaltar que

Ademais, entre os desacertos da teoria da causalidade adequada, verifica-se que ela propicia uma confusão entre os conceitos de culpa e causalidade, por ser lastreada na previsibilidade e probabilidade do dano. A pesquisa sobre a previsão do dano enseja a análise do comportamento adequado e subjetivo do agente (DE PAULA, 2007, p. 49).

Talvez por tudo isso, embora ainda seja identificada de maneira bastante expressiva nas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais brasileiras, a teoria da causalidade adequada em tempos atuais não se apresenta como a teoria majoritária entre nós. Notadamente, no âmbito da responsabilidade civil consumerista, destaca-se a teoria da causalidade direta e imediata.

2.1.3.2 A teoria da causa direta e imediata (teoria da causalidade necessária)

Ab initio, nesse momento, firmar-se que o presente estudo, para os fins que se busca, filia-se à teoria em tela.

Em sua gênese, também denominada teoria do dano direto e imediato, a teoria da causalidade direta e imediata, de raízes francesas, deu-se inicialmente no direito brasileiro a partir de interpretação advinda do art. 1060 do Código Civil de 1916, orientação que restou consolidada no art. 403 do Código Civil de 2002, *in verbis*: “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”. Ou seja, tal teoria implicou que houvesse entre o ato ou fato atribuível ao agente e o dano uma relação de causa e efeito direta e imediata.

Contudo, como explica Bruno Miragem (2013, p. 520):

A teoria em questão, frente a suas diversas subdivisões e proposições de diversos estudiosos, logrou êxito ao propor que as expressões “direto” e “imediato” propugnadas na legislação, fosse interpretadas em conjunto a partir da ideia de necessidade, o que impôs a conclusão de que o agente apenas responderia pelas consequências necessariamente advindas da sua conduta.

Ao que desenvolve o magistério de Carolina Bellini Arantes de Paula (2007, p. 46 e 47):

Há várias escolas que pretendem explicar a presente teoria. Na doutrina interna, ressalta-se a teoria da causalidade necessária, proposta por Agostinho Alvin.

O autor explana, com supedâneo na doutrina de Pothier, que a teoria dos danos diretos e imediatos é melhor sustentada pela teoria da necessidade da causa, que acresce aos termos direto e imediato o termo necessário, veze dizer, a causa do dano assim o é, pois ele filia-se necessariamente a ela. A causa pode ser próxima ou remota ao dano, mas deve atrelar-se diretamente a ele, como sua causa exclusiva. Assim, conclui, “é indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária por não existir outra que explique o mesmo dano”.

Portanto, para ele, “a expressão danos diretos e imediatos significa o nexo causal necessário”.

Na mesma trilha, corrobora Anderson Schreiber (2013, p. 62):

Desenvolve-se, desse modo, no âmbito da própria teoria da causalidade direta e imediata, a chamada subteoria da necessidade causal, que entende as expressões dano direto e dano imediato de forma substancial, como reveladoras de um liame de necessidade – e não de simples proximidade – entre a causa e o efeito. Haverá, assim, dever de reparar, quando o evento danoso for efeito necessário de determinada causa.

Por isso, a teoria da causalidade necessária propugna que a causa que servirá de pressuposto para imputação da responsabilidade é aquela que, se não existisse de um lado, do outro não existiria o dano. Ademais disso, deve-se ressaltar que “Tal teoria, ao menos aparentemente, fundamenta-se em fator mais objetivo que suas concorrentes, prescindido de noções abertas como eficiência causal ou normalidade social” (SCHREIBER, 2013, p. 60). O que, sem dúvida, “permite um critério um tanto mais preciso de identificação da causa, ainda que não se desconheça – como de resto nas situações de responsabilidade civil – algum grau para discricção do juiz” (MIRAGEM, 2013, p. 521).

É necessário anotar ainda que o Supremo Tribunal Federal adotou expressamente a teoria do dano direto e imediato, na sua vertente da necessidade, tendo como principal antecedente o julgamento do Recurso Especial Extraordinário 130.764-1/PR, de 12 de maio de 1992, cujo objeto da discussão era a responsabilidade do Estado do Paraná quanto a assalto praticado por fugitivo de uma penitenciária estadual. Curial observar a linha de pensamento que fez a Suprema Corte brasileira considerar inexistente o nexo causal direto e imediato (leia-se, necessário) entre a fuga e o assalto perpetrado por foragido, juntamente com outros

integrantes do bando, meses depois do escape. Pela envergadura jurídica do precedente, afigura-se oportuno conhecer trecho do voto do Relator, Ministro Moreira Alves. Colha-se, por intermédio de Anderson Schreiber (2013, p. 64):

Esclareceu, ainda, o Relator com relação à situação fática em análise: “No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade civil objetiva constitucional, é inequívoco que o nexo de causalidade inexistente, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no artigo 107 da Emenda Constitucional nº 1/69, a que corresponde o §6º do artigo 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão” (STF, RE 130.764-1/PR, j. 12.5.92, voto do Rel. Min. Moreira Alves, RTJ, v. 143, p.270).

Especificamente no atinente à responsabilidade de consumo, a teoria da causalidade necessária acode de modo preciso a questão do defeito como requisito de dever de indenizar do fornecedor (de serviços). É dizer, apenas haverá responsabilidade pelo fato do serviço quando houver defeito, sendo este defeito a causa dos danos sofridos pelo consumidor. E mais, pela teoria da necessariedade causal a pergunta correta para imputação do dever de indenizar ao fornecedor deverá ser: se não houvesse defeito, haveria dano? A resposta positiva exonera o fornecedor de responsabilidade. A resposta negativa terá o condão de caracterizar esse indispensável elemento – o nexo de causalidade – para o reconhecimento da responsabilidade civil pelo fato do serviço (MIRAGEM, 2013, p. 521).

Portanto, no campo da responsabilidade civil pelo fato do serviço, o critério da relação de necessariedade lógica entre o defeito do serviço e o dano sofrido pelo consumidor afigura-se como sendo o mais consentâneo a colaborar com a concretização dos já multicitados valores da sistemática da política nacional de relações de consumo.

2.1.4 O dano

Segundo Mario Julio de Almeida Costa, citado por Carolina Bellini Arantes de Paula (2007, p. 35), dano é “toda ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica”. No direito brasileiro o dano é pressuposto indispensável à responsabilidade civil, uma vez que a função clássica dessa realiza-se com a reparação daquele. Ou em outras palavras, para que ocorra o ressarcimento faz-se necessária a existência do dano.

Deve-se registrar que, por serem os requisitos e classificações dos danos extensos e complexos, nesse estudo não se os analisará de modo pormenorizado, dado que se incorreria em extrapolar os fins do tema central. Todavia, por se apresentar fundamental à compreensão

do que ora é tratado, é imprescindível que reste assentado, mormente, a sua classificação enquanto danos patrimoniais (materiais) e danos extrapatrimoniais (morais).

E assim, conforme Bruno Miragem (2013, p. 522), “Em responsabilidade civil, reconhecem-se como indenizáveis os danos materiais, prejuízos patrimoniais que se verificam em relação a interesses avaliáveis em dinheiro; e os danos morais, que se verificam em relação a interesses insuscetíveis de avaliação pecuniária”. No mesmo passo:

A distinção entre danos patrimoniais e extrapatrimoniais embasa-se no conceito de patrimônio, entendido como complexo de direitos e obrigações de uma pessoa que sejam suscetíveis de avaliação pecuniária.

A reparação do dano patrimonial, vale dizer, dano consubstanciado na violação de interesse suscetível de avaliação pecuniária, engloba o dano emergente e lucro cessante. Primeiro compreende o prejuízo causado nos bens ou direitos já existentes na titularidade do lesado à data da lesão. O segundo abrange os benefícios que o lesado deixou de obter por causa do fato danoso mas que ainda não tinha direito à data da lesão.

O dano extrapatrimonial ou moral é o que se manifesta como alteração prejudicial aos valores da ordem espiritual, ideal ou moral, ou seja, afronta o bem-estar psicofísico da vítima pela ação do agente (DE PAULA, 2007, p. 38).

É preciso salientar, em complemento, que desde o advento da revolução industrial e científica deu-se uma gradativa e substancial majoração do potencial lesivo da autonomia privada. E assim, igualmente de maneira paulatina, vem ocorrendo ao longo do tempo, a expansão do dano ressarcível, cada vez mais noticiada por toda parte. Afinal, aparecem e se multiplicam danos completamente novos (em origem e amplitude), decorrentes de acidentes de toda gama, que atingem o homem e seu ambiente, dados o desenvolvimento industrial, a evolução desconcertante dos meios de transportes, a difusão de produtos complexos e perigosos, tudo enfim, que caracteriza o potencial danoso que a sociedade contemporânea esconde por detrás de si (SCHREIBER, 2013, ps. 84 e 86).

Parece ser como bem sintetiza a perspectiva empreendida por Giovanni Comandé, citado por Anderson Schreiber (2013, p. 84), ao concluir que “a prescindir de qualquer ênfase descritiva, o efetivo alargamento da área do dano ressarcível é um dado fático presente nas últimas décadas em todas as experiências ocidentais”.

Assim é que, notadamente no que concerne às relações de consumo, as normas relacionadas à responsabilidade civil pelo fato do serviço tem o escopo essencial de proteger a integridade pessoal e patrimonial do consumidor, sendo passíveis de indenização nesta seara não somente os danos materiais, mas também os danos morais, que decorram de acidentes de consumo. E como já foi observado alhures, tais danos se originam da violação de um dever jurídico de

segurança, o que implica dizer que é desimportante, para efeito de responsabilização civil, se decorrem de uma relação contratual ou extracontratual.

Por fim, cabe destacar a importante iniciativa do legislador que no art. 6º, VI, do CDC, consolidou como direito básico do consumidor a “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. Por isso, o CDC

[...] parece ter indicado critério útil à decisão do julgador. Isto porque, conforme já mencionamos, previsão não significa apenas evitar a realização do dano in concreto, como seria o caso da atuação administrativa em casos de recall, ou de suspensão ou proibição da comercialização de produto ou serviço, mas também espécie de prevenção in abstrato, caracterizada pelo desestímulo à realização de futuros danos, da repetição da conduta ilícita, ou ao inverso, o estímulo a adoção de comportamentos cautelosos, diligentes, em vista da preservação da segurança dos consumidores. Neste sentido, o critério de prevenção do dano, no que indicar o desestímulo da realização de determinados atos, constitui orientação útil à decisão judicial na determinação do valor da indenização (MIRAGEM, 2013, p. 525).

Uma vez estudados os pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil pelo fato do serviço, doravante, passa-se à análise das respectivas hipóteses excludentes da referida responsabilidade.

2.2 AS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE PELO FATO DO SERVIÇO

Conforme aponta Carolina Bellini Arantes de Paula (2007, ps. 89 e 90):

As excludentes são causas de irresponsabilidade que se consubstanciam em fatores exógenos sancionados pelo ordenamento jurídico que atuam sobre o nexa causal iniciado pela ação ou omissão do agente indigitado, possuindo o condão de cindi-lo ou evidenciar a ausência de elo entre o fato do suposto responsável e o dano, e, dessa forma, exonerá-lo da responsabilidade pelos danos ocasionados.

Portanto, “Admite-se, tradicionalmente, que o nexa de causalidade pode ser interrompido pela intervenção de fatores estranhos à cadeia causal, desde que aptos a romper o liame da causalidade inicial entre a atividade do agente e o dano” (SCHREIBER, 2013, p. 68).

No que respeita às excludentes de responsabilidade civil pelo fato do serviço, duas das três hipóteses, hodiernamente reconhecidas, encontram-se albergadas no art. 14, §3º, do CDC, dispositivo que estabelece que o fornecedor de serviços apenas não restará responsabilizado quando provar “que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste”(inc. I); e “a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro” (inc. II). É bom frisar, ademais, que em todas essas hipóteses o fundamento é a inexistência do nexa causal.

É importante ressaltar que nas hipóteses previstas de exclusão de responsabilidade pelo fato do serviço, tal exclusão apenas se operará por meio da demonstração cabal de ausência de

nexo de causalidade entre a conduta (que gerou o defeito) do fornecedor de serviços (contra quem se estabelece uma presunção *juris tantum* de responsabilidade) no mercado de consumo e o dano sofrido pelo consumidor. É dizer:

Cabe, nesta ordem de ideias, ao fornecedor provar as excludentes. Só não será responsabilizado se conseguir prová-las. É importante repetir que não é o consumidor que está obrigado a provar que o defeito existe. O ônus da prova é do fornecedor, a quem cabe provar a inexistência do defeito (BRAGA NETTO; DE FARIAS; E ROSENVALD, 2014, p. 854).

Entretanto, além dessas hipóteses expressamente elencadas pelo art. 14 do CDC, existem circunstâncias que, por força da teoria geral da responsabilidade civil, igualmente encontram-se hábeis a implicar a exclusão da responsabilidade de alguns fornecedores de serviços, quais sejam, as hipóteses de caso fortuito e força maior. É preciso anotar, porém, que pelo fato dessas últimas hipóteses não estarem explicitamente previstas no CDC, há em alguma medida debate sobre se as mesmas teriam aptidão para promover o afastamento do dever do fornecedor de indenizar. Ressalte-se que neste quadrante não há consenso, todavia tem predominado a corrente representada aqui pelas palavras de Gustavo Tepedino, citado por Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto (2014, p. 854):

Quanto à hipótese de caso fortuito ou força maior, embora o CDC não a inclua, expressamente, como excludente, deve ser considerada como tal, uma vez que a sua ocorrência é capaz de romper o nexo de causalidade entre o acidente e o dano, indispensável à conflagração de responsabilidade.

Ademais disso,

[...] os que defendem sua admissão, vão salientar que não há como desconsiderar excludentes que derivam da teoria geral da responsabilidade civil e que tem por característica a exclusão de nexo de causalidade entre o dano ao consumidor e a conduta do fornecedor, lembrando que o regime da responsabilidade objetiva previsto como regra geral do CDC exclui a culpa como requisito da responsabilização, mas não a relação lógica de causalidade entre uma conduta e um dano sobre o qual se deseja imputar o dever de indenizar (MIRAGEM, 2013, p. 528).

Contudo, notadamente levando em conta o tema central do presente estudo, demonstra-se imprescindível a observação de Carolina Bellini Arantes de Paula (2007, p. 103 e 104): “De outra forma, mitigando a restrição à aplicação dessas escusas, há posição doutrinária baseada na distinção entre fortuito interno e externo, a qual sustenta que só a segunda hipótese afasta a responsabilidade do fornecedor nas relações de consumo [...]”.

Portanto, desse passo em diante, passar-se-á à análise das categorias de excludentes de causalidade, por conseguinte, de responsabilidade pelo fato do serviço.

2.2.1 A inexistência de defeito

Como já se disse alhures, o defeito é caracterizado quando o serviço manifesta-se inadequado com a expectativa legítima do consumidor, notadamente, ao apresentar-se com potencialidade de causar acidente de consumo, em decorrência de ausência ou falha de segurança.

E como bem assinala Sergio Cavaliere Filho (2012, p. 499);

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 não existir o defeito não haverá que se falar em responsabilidade. Se ocorrer o acidente a causa terá sido outra, não imputável ao fornecedor. O Código, todavia, na busca de uma disciplina clara, espcandora de qualquer dúvida, explicitou outras causas de exclusão de responsabilidade do fornecedor que, na sua essência, decorrem da inexistência de defeito do produto ou do serviço.

Imprescindível ressaltar que no tocante a excludente em tela, a principal questão a ser objeto de reflexão é a maneira pela qual deverá se proceder à avaliação da presença ou não do defeito. Assim, deve-se registrar que a regra brasileira optou por um regime mais rigoroso de responsabilidade (do que o regime europeu, onde basta demonstrar mera probabilidade de inexistência do defeito, para operar-se a exclusão da responsabilidade do fornecedor), ao fazer exigência de prova positiva da inexistência do defeito, dada a ênfase do ordenamento pátrio ao escopo da proteção do consumidor-vítima de acidente de consumo.

No mesmo sentido, o magistério de Bruno Miragem (2013, p. 531):

Não basta, neste sentido, mera argumentação lógica que busque demonstrar o quão improvável seria a existência de um determinado defeito. Sem a comprovação cabal da ausência do defeito não se afasta a responsabilidade determinada ao fornecedor. Da mesma forma, sempre deve ser destacado, que em matéria de fato do serviço, sua má prestação que gera danos ao consumidor induz a uma verdadeira presunção de existência do defeito, cuja prova em contrário é exigida do fornecedor, para efeito de eximir-se da responsabilidade.

Portanto, como resta claro, não caberá ao consumidor a prova do defeito do serviço. Ao consumidor é determinado provar o dano sofrido e o nexo causal entre o dano e o serviço. Detentor dos meios técnicos do fornecimento cabe a ele – o fornecedor de serviços – provar a inexistência do defeito. Tal é o que se depreende da inteligência do art. 14, §3º, do CDC, que prevê que, tendo o fornecedor prestado o serviço, fica a cargo desse a prova da ausência do defeito. Em não havendo o defeito, não haverá, naturalmente, responsabilidade do fornecedor (BRAGA NETTO, 2012, p. 129).

2.2.2 A culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro

Culpa exclusiva do consumidor ou a culpa exclusiva de terceiro também é hipótese de excludente de responsabilidade do fornecedor de serviços, com previsão expressa no art. 14, §3º, II, do CDC. Neste caso, a exclusão da responsabilidade do fornecedor ocorre apenas se o

dano tiver sido produzido por evento causado pela própria conduta do consumidor ou de terceiro. Por isso faz sentido a crítica do professor Sergio Cavalieri Filho (2012, p. 499):

Lamenta-se que o Código, que tão técnico foi ao falar em fato do produto e fato do serviço, tenha, aqui, falado em culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, em lugar de fato exclusivo dos mesmos. Em sede de responsabilidade objetiva, como a estabelecida no Código do consumidor, tudo é resolvido no plano do nexo de causalidade, não se chegando a cuidar da culpa.

A despeito da percebida atecnia, a nomenclatura da excludente em apreço acabou por se consolidar mesmo como culpa exclusiva do consumidor/vítima ou de terceiro. E assim, pode-se dizer que fala-se em culpa exclusiva da vítima quando a conduta desta se afigura como causa direta e determinante do evento danoso, não sendo, portanto, possível inferir que um defeito no serviço tenha sido o fato ensejador do dano. É dizer, uma vez sendo o comportamento do consumidor a causa exclusiva do acidente de consumo, o fornecedor de serviços não poderá ser responsabilizado, dada a inexistência de nexo de causalidade entre sua atividade e o prejuízo sofrido pelo consumidor.

Já no que respeita à culpa ou fato exclusivo de terceiro, “A posição de terceiro, neste sentido, é admitida a todo aquele que, não participando da cadeia de fornecimento, realiza conduta que dá causa ao evento danoso de modo independente da conduta do fornecedor ou do defeito” (MIRAGEM, 2013, p. 533). Em outras palavras,

Tal como se põe para o fato exclusivo do consumidor, só haverá a exclusão de responsabilidade do fornecedor se o acidente de consumo tiver por causa o fato exclusivo de terceiro, não concorrendo qualquer defeito do produto. A culpa de terceiro, repita-se, perde toda e qualquer relevância desde que evidenciado que sem o defeito do produto ou serviço o dano não teria ocorrido (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 501).

Ademais disso, para eximir-se da responsabilidade pelo acidente de consumo, o fornecedor deverá demonstrar cabalmente a existência da culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, portanto, comprovando que o evento danoso não foi decorrente de nenhum defeito do serviço prestado. E nesse ponto, é necessário frisar que o que se requer é culpa exclusiva, e não culpa concorrente.

Seja culpa concorrente entre fornecedor e consumidor ou entre fornecedor e terceiro, não restará afastada a responsabilidade do fornecedor, pois tal concorrência não teria o condão de fazer desaparecer a inexorável relação de causalidade entre o defeito do serviço e o evento danoso. É dizer, a causa superveniente advinda da conduta da vítima ou do terceiro por si só não produziria o resultado.

2.2.3 Caso fortuito e força maior

Ainda é controverso na doutrina o exato significado do que se pode considerar caso fortuito ou força maior. Em geral se acorda quanto ao caso fortuito revestir-se de duas características essenciais, a saber: necessariedade e inevitabilidade. Não se exigindo, porém, a imprevisibilidade, mesmo sendo ela, em certos casos, o toque que torna o fato inevitável, configurando-se, portanto, em caso fortuito. No que tange à força maior, é comumente apontada como vinculada às características de externidade e inevitabilidade, o que de certo modo, também não a distingue por completo daquilo que se indica como traços do caso fortuito (MIRAGEM, 2013, p. 537).

Ou seja,

Daí porque sua referência em conjunto como hipóteses de rompimento do nexo causal, do que advém a exclusão da responsabilidade do agente que a priori seria imputado como responsável, deve-se mais a dificuldades de distinção conceitual entre ambas, em vista do vários critérios determinados pela doutrina (MIRAGEM, 2013, p. 537).

Ocorre que hoje, em virtude da plena consolidação da responsabilidade pelo risco, responsabilização objetiva consagrada na sistemática consumerista, ao invés da simples distinção entre caso fortuito e força maior, doutrina e jurisprudência tem estabelecido outra bifurcação, no que atine à capacidade do caso fortuito operar a exclusão da responsabilidade do agente. Assim,

[...] por exemplo, ganha calorosa acolhida em diversos ordenamentos a chamada teoria do fortuito interno, desenvolvida no âmbito das relações de consumo, a fim de evitar a exclusão da responsabilidade do fornecedor por acontecimentos que, embora imprevisíveis e irresistíveis, [...] Por consistir em risco ligado à atividade do sujeito responsável, o fortuito interno tem sido considerado insuficiente para o afastamento da relação de causalidade entre a atividade desenvolvida e o dano, mesmo quando imprevisível e irresistível (SCHREIBER, 2013, p. 68).

É dizer, atualmente tem-se procedido a uma diferenciação entre caso fortuito interno e caso fortuito externo, de modo que se tem estabelecido que no primeiro (fortuito interno) o dever de indenizar está mantido, ao passo que para o segundo (fortuito externo), existiria a excludente de responsabilidade, afastando-se o dever de indenizar.

Segundo Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Neto (2014, p. 473):

A distinção entre fortuito interno e externo foi introduzida no direito brasileiro por AGOSTINHO ALVIN, sendo o fortuito interno aquele que se relaciona com a pessoa do devedor ou da empresa e com a organização que eles imprimam ao negócio. Em contrapartida o fortuito externo, também conhecido como força maior, é um fato que não guarda conexão com estas pessoas, tratando-se de um acontecimento externo a elas.

Corroborando, e seguindo a mesma linha desses autores quanto a evidente distinção entre os tipos de fortuito, Sergio Cavaliere Filho (2010, p. 68), com a sua habitual autoridade doutrinária, acrescenta:

Mas convém registrar, desde logo, que na responsabilidade objetiva (sem culpa) fundada no risco da atividade, em algumas hipóteses o caso fortuito não afasta o dever de indenizar. Tal ocorre no fortuito interno, assim entendido o fato imprevisível, e por isso inevitável, mas que se liga aos riscos do empreendimento, integra a atividade empresarial de tal modo que não é possível exercê-la sem assumir o fortuito. Veremos que o fortuito interno não exclui a responsabilidade [...] do fornecedor de produtos e serviços.

Outrossim nessa esteira, complementando esse debate, Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa (2013, p. 171):

Quanto ao tema, o Superior Tribunal de Justiça tem realizado distinção entre caso fortuito interno e externo, afastando a responsabilidade do fornecedor apenas na segunda hipótese. A respeito, registrem-se: [...] REsp 1243970/SE, o qual possui a seguinte ementa: “É dever do fornecedor oferecer aos consumidores a segurança na prestação de seus serviços, sob pena, inclusive, de responsabilidade objetiva, tal como estabelece expressamente, o próprio art. 14, caput, do CDC. [...]” (REsp 1243970/SE, j. 24.04.2012, rel. Min. Massami Uyeda, DJe 10.05.2012).

Portanto, tecidas as considerações a respeito das denominadas excludentes do nexo causal da responsabilidade pelo fato do serviço, e, restando ao cabo, consignado que há entendimento dominante no sentido de que o fortuito interno não configura hipótese de exclusão do nexo causal, afigura-se adequado, já nas próximas linhas refletir um pouco sobre a responsabilidade civil dos bancos pela “saidinha bancária”.

2.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS PELA “SAIDINHA BANCÁRIA”

A natureza da responsabilidade civil incidente sobre as instituições bancárias é delineada pelo Código de Defesa do Consumidor que, por meio do caput do seu art. 3º c/c com o § 2º do mesmo art., define as instituições financeiras e bancárias como fornecedoras de serviços. E mais adiante, à altura do seu art. 14, o CDC estabelece enfaticamente que “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”. Portanto, as normas do CDC fixam que incide sobre as instituições bancárias a responsabilidade civil objetiva.

Entrementes, mesmo perante a clareza solar da norma consumeirista, as instituições bancárias tudo fizeram durante anos para criar e alimentar debate jurídico com vistas a afastar a proteção do CDC sobre os serviços que prestam no mercado. Mesmo assim, os Tribunais

Superiores acabaram por definir posições sólidas, decidindo pela aplicação do CDC aos bancos, e, nesse sentido, adveio a já citada Súmula 297, STJ: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Por isso, nos dias atuais não é mais possível alimentar polêmicas jurídicas que tenham por escopo negar que os estabelecimentos bancários são fornecedores de serviços, e, com forte no art. 14, CDC, a responsabilidade civil dos bancos é objetiva pelo fato do serviço, bem como com lastro na Teoria do Risco do Empreendimento. Afinal, consoante construído pelas normas consumeristas, os bancos respondem pelos riscos do negócio.

Mas, os serviços disponibilizados pelas instituições financeiras aos consumidores são de tal ordem diversos e complexos, que, também plurais são os fatos ensejadores de responsabilidade civil objetiva. Assim, a ultra-informatização das operações bancárias; a constatação do crescente catálogo de fraudes a que os delinquentes vêm aplicando nas atividades inerentes ao setor; e os lamentáveis e assombrosos índices de ocorrência de roubos, muitas vezes com vítimas fatais, verificados na dinâmica bancária, fazem com que os bancos sejam responsabilizados por defeitos verificados em sede de ‘depósitos bancários’; ‘cheques falsificados’; ‘recusa de pagamento de cheque regular’; ‘violação do sistema eletrônico’; ‘incidentes relacionados ao cartão de crédito’; a ‘cofres de aluguel’; ‘protesto indevido de títulos’; e ‘assaltos’, entre outros de uma gama cada vez maior de delitos.

Todavia, como já restou frisado em momento inicial, a esse estudo interessa investigar a questão da caracterização do nexos causal da responsabilidade civil objetiva dos bancos no que tange a ocorrência daquela modalidade peculiar de assalto, conhecida coloquialmente como “saidinha bancária”.

E, atualmente, observando-se a postura do arcabouço jurídico pátrio quanto à matéria, de logo colhe-se o quanto consubstanciado na 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”. Frise-se, pois, assentou-se, desde então, que os bancos são responsáveis por danos decorrentes do chamado fortuito interno.

Como é cristalino, o advento da multicitada súmula 479, do STJ, representa um marco divisório na acepção histórica da responsabilidade civil objetiva dos bancos. Pois, essas instituições passaram a responder objetivamente pelos danos decorrentes de delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias. Ou seja, o reconhecimento jurisprudencial

pacificado da responsabilidade bancária pelo chamado fortuito interno, representa notável evolução do nosso sistema de responsabilidade civil.

O problema é que, quando deparados o entendimento e aplicação da referida súmula com a análise concreta e específica de um delito que se apresenta complexo e sofisticado, como é o caso da “saidinha bancária”, nota-se que o conteúdo jurídico sumulado que nasceu com a pretensão de ser preciso e abrangente, torna-se frágil e incoerente, notadamente em consequência da compreensão que muitos operadores do direito têm feito do que seja ‘fortuito interno’.

É dizer, advogar-se-á doravante para que em casos, como o ora paradigma, seja permitido um alargamento da compreensão do conceito jurídico de fortuito interno, veiculado no bojo da súmula 479 do STJ.

3. A ANÁLISE JURÍDICA DO CASO PARADIGMA

Doravante, com base nas questões fáticas e processuais do caso paradigma do presente estudo, e também com lastro em todas as ferramentas teóricas acima já delineadas, passar-se-á à análise jurídica do caso Paulo Cesar Perrone, sob o prisma da sistemática da responsabilidade civil objetiva consumerista.

De logo, vale aqui recordar as circunstâncias em que ocorreu o evento informador do estudo de caso em tela: O músico Paulo Perrone foi vítima de uma “saidinha bancária” após ter realizado um saque na “boca” do caixa de uma agência bancária do Banco Bradesco, na cidade de Salvador; ocasião na qual um meliante, “olheiro”, observou a operação financeira realizada por Paulo Perrone, tendo imediatamente comunicado os respectivos detalhes, via celular, para comparsas e, em seguida, todos, ato contínuo, empreenderam perseguição a vítima, assaltando-a nas proximidades do referido estabelecimento, causando-lhe danos.

Na esfera cível, comprovaram-se, ao cabo da sentença de primeiro grau, todos os pressupostos da responsabilidade civil consumerista. E assim, andou bem o MM. Juízo da 12ª Vara Cível da Comarca de Salvador, quando identificou que, *in casu*, configurou-se fato do serviço, defeito do serviço prestado ao consumidor, uma vez que houve falha na garantia do dever de segurança imposto pela legislação ao fornecedor de serviços.

O aludido defeito constante do serviço oferecido pelo Banco Bradesco na situação concreta foi narrado com precisão pelas patronas de Paulo Perrone, às fls. 04 dos autos nº 0404903-78.2012.8.05.0001:

[...] de fato, a má prestação do serviço é sempre determinante para a ação criminosa de terceiro, na medida em que todos os usuários dos serviços bancários presentes na agência veem a entrega de numerários, fato juridicamente relevante na ocorrência do evento danoso, devendo, também por isso, reparar os prejuízos experimentados.

Peculiarmente, no atual contexto nacional onde os estabelecimentos bancários são a cada dia mais visados pela sanha de praticantes do crime de roubo, sem dúvida, o acesso visual ostensivo de valores sacados por clientes e usuários implica grave violação do direito básico à segurança do consumidor. Por isso, são tão elucidativas mais algumas palavras das advogadas que representaram Paulo Perrone no Caso em apreço:

[...] tudo ocorrera devido a falta de segurança do banco réu e o risco que este expõe seus clientes quando não adota medidas de segurança obrigatórias por lei e permitem a utilização de aparelhos celulares dentro de suas áreas internas, bem como a proximidade dos clientes aos caixas, sem salvaguardar a distância mínima necessária, o que faz com que todos tenham acesso as transações que estão sendo efetuadas [...]

E de fato, da análise dos autos resta patente que o Banco Bradesco não respeitou as determinações da Lei nº Lei 7.102/83, que estabelece normas de conduta para instituições financeiras em geral, visando a proteção de clientes e consumidores de seus serviços. Da mesma forma, dada a liberdade que o criminoso “olheiro” teve para fazer uso prolongado do celular no estabelecimento, conclui-se que também foi desrespeitada a Lei municipal nº 7.850/2010, que proíbe o uso de aparelhos celulares dentro das agências bancárias do município de Salvador.

Portanto, notadamente pelas imagens do circuito interno de TV da agência, acostadas aos autos, que registram, indubitavelmente, toda a performance do “olheiro” se comunicando com os outros dois meliantes que se encontravam do lado de fora, já aí tanto basta para a configuração do defeito. Isso porque, uma vez cedição que cabe ao banco assumir o risco do empreendimento, surge, para ele, o dever jurídico de segurança para com o cliente/consumidor. E como para cada dever de uma parte corresponde um direito para a outra, advém em consequência para o consumidor o direito básico à vida, à saúde e segurança, conforme bem pontua o magistério de Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa (2013, p. 70):

O inciso I do art. 6º assegura um direito de proteção “da vida, saúde e segurança”, o mais básico e mais importante dos direitos do consumidor, ainda mais tendo em vista que nossa sociedade é uma sociedade de riscos, muitos produtos, muitos serviços e mesmo práticas comerciais são efetivamente perigosos e danosos para os consumidores. Este direito básico é desenvolvido nos arts. 8º a 17 do CDC, no que Antonio Herman Benjamin denomina de teoria da qualidade, qualidade da segurança [...] Este direito básico de segurança é um fundamento único ou fonte única do dever de segurança ou de cuidado dos fornecedores quando colocam produtos ou serviços no mercado brasileiro.

E sendo assim, como na situação do caso paradigma desse estudo restou inequívoco que houve falha de segurança na prestação do serviço bancário, qual seja, violação do dever jurídico originário de zelar pela efetiva segurança do cliente no interior da agência, constata-se a presença do defeito, pressuposto de responsabilização objetiva do banco fornecedor.

Uma vez constatada a presença do pressuposto ‘defeito’, bem como do pressuposto ‘dano’, exaustivamente demonstrado pela vítima nos autos, passa-se à análise do pressuposto ‘nexo de causalidade’. Importante enfatizar que, como já mencionado alhures, o presente estudo adota, para a análise do caso paradigma, a teoria da causalidade direta ou imediata, especificamente nos moldes da sua subteoria da causa necessária. Recorde-se, outrossim, que esta teoria já foi adotada expressamente pelo Supremo Tribunal Federal em importantes precedentes - conforme já relatado supra quando abordou-se o pressuposto nexo causal – sendo aplicada então, nas situações onde o evento danoso for efeito necessário de determinada causa.

Neste sentido, os Autos da Ação Penal de nº 0302132-56.2011.8.05.0001, são esclarecedores em auxílio da comprovação de que o defeito manifestado na prestação do serviço bancário foi a causa necessária do evento danoso em tela. A sentença criminal proferida pelo MM. Juiz da 8ª Vara Criminal da Comarca de Salvador é determinante para apontar a configuração do nexo de causalidade da responsabilidade civil objetiva do Bradesco, no caso paradigma, pois, demonstra que a “saidinha bancária” teve início dentro da agência bancária, conforme revelado pelas imagens das câmeras internas do banco, que identificaram um dos meliantes se comunicando via celular com os dois comparsas que se encontravam no exterior da agência, tendo, ato contínuo, saído os três em perseguição à vítima até o desfecho trágico e danoso.

Nesta trilha, colha-se mais um trecho da respeitável sentença criminal:

[...] todos os acusados concorreram para a prática do delito, nos seguintes termos: ao 2º denunciado Cássio coube pilotar a moto que conduziu o 1º denunciado Leonardo, na garupa, após receberem as informações prestadas pelo 3º denunciado Luis Cláudio Magalhães, conforme demonstram cabalmente as imagens reveladoras do

canal interno de TV do banco, em face das quais o 3º denunciado era o único cliente, naquele momento, a assumir a postura de “olheiro” (vídeo de fls. 222).

Portanto, comprovado o êxito da ação do “olheiro” em diretamente do interior da agência verificar o teor da operação financeira efetuada pela vítima, e mais, comprovado o seu êxito em transmitir tais dados para os comparsas, tranquilamente, por via celular; evidenciada resta a falha de segurança do banco, qual seja, o defeito do serviço; surgindo, destarte, imprescindível, a seguinte interrogação: esse defeito, agora já inequívoco, foi a causa necessária para a ocorrência do evento danoso? Porém, para se alcançar tal resposta faz-se necessário responder a um segundo questionamento, que surge derivado do primeiro, qual seja: o delito consumou-se em ato contínuo?

Observe-se que a resposta a ser obtida dessa última pergunta revelar-se-á crucial, pois, se a “saidinha bancária” consumou-se em ato contínuo, implica reconhecer que não houve, no caso, as chamadas concausas, é dizer, a causa única do evento danoso terá sido o defeito do serviço prestado pelo fornecedor bancário. O seguinte trecho, em sede de contrarrazões, da lavra das eminentes assistentes de acusação, presentes nos autos da ação penal, colabora para a elucidação dos questionamentos:

Corroborando com todo o exposto na denúncia, restou comprovada que toda a ação iniciara dentro do Banco Bradesco-agência Iguatemi, quando o ora apelante, que estava nas dependências internas da agência, observava todos os passos da vítima ao ponto de presenciar o saque efetuado por esta [...] Ao tomar conhecimento da monta levantada pela vítima, o apelante imediatamente, ainda dentro da agência, informou aos outros dois comparsas que aguardavam do lado de fora da agência pelas informações. Todos esses fatos ora narrados restaram amplamente comprovados na fase de instrução e julgamento através de imagens cedidas pela agência bancária, testemunhos e documentos comprobatórios.

Consta ainda da denúncia juntada nos autos que a vítima, logo após efetuar o levantamento da quantia, dirigiu-se ao seu veículo que se encontrava no estacionamento da agência, momento em que o ora apelante juntou-se aos outros dois réus [...] Todos seguindo a vítima a fim de efetuar a subtração. [...] Logo à frente, na rua Jaracatiá, no bairro Caminho das Árvores, os réus avistaram o carro da vítima parado devido ao grande congestionamento [...] e anunciaram o assalto e subtraíram a quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais) [...] momento em que o réu deflagrou dois tiros contra a vítima, tendo-lhe atingido na cabeça.

Pelo exposto, demonstra-se a existência, *in casu*, do ato contínuo – crime de roubo realizado em ato contínuo -, que se iniciou dentro da agência bancária, vindo a sua conclusão a ocorrer em via pública, onde resultou o evento danoso. Ora, constatado estar-se diante de um delito em ato contínuo, e não vislumbrando na situação apresentada concausas que tenham somado ao desfecho danoso, forçoso é reconhecer-se o defeito, ou seja, a falha na segurança do estabelecimento bancário, como a causa que necessariamente produziu o dano. Dito de outra

maneira, no caso ora analisado o dano não teria ocorrido sem a existência do defeito no serviço bancário prestado.

Assim sendo, com forte na teoria da causalidade necessária, confirma-se, portanto, no caso paradigma, a presença do pressuposto do nexos causal entre o defeito apresentado pelo serviço do fornecedor e o dano sofrido pelo consumidor.

Conseqüentemente, não há falar aqui em incidência de quaisquer das excludentes de responsabilidade pelo fato do serviço. A defesa do Banco Bradesco andou no sentido de aduzir exclusão do nexos causal tentando, de início, atrair para o caso as hipóteses de incidência de caso fortuito. Sobre o tema, oportuno ter-se em mente que

[...] as excludentes de caso fortuito e força maior devem ser severamente filtradas na responsabilidade objetiva. O legislador, nesses casos, optou por proteger a vítima. Não quis deixar sem reparação. Imputou a certas pessoas, em decorrência de determinadas circunstâncias, a obrigação de reparar o dano ainda que não tenham agido culposamente. É uma tendência legislativa que traduz o rumo da matéria em todo o mundo (BRAGA NETTO; DE FARIAS; E ROSENVALD, 2014, p.855).

Por isso, como já visto alhures, doutrinariamente se consolidou, notadamente, no âmbito das relações de consumo, uma tendência de bifurcar o conteúdo jurídico do caso fortuito em duas direções. É dizer, trata-se da denominada teoria do fortuito interno, que tem o fito de evitar a exclusão da responsabilidade do fornecedor - mesmo diante de acontecimentos, em tese, imprevisíveis e inevitáveis-, em decorrência dos fatos consistirem em riscos ligados à sua atividade. No dizer de Anderson Schreiber (2013, p. 68), “aos tradicionais requisitos da imprevisibilidade e irresistibilidade do caso fortuito, tem-se acrescentado esta terceira exigência – a externalidade ou externidade do caso fortuito, sem a qual se conserva a responsabilidade”.

Ou seja, é como afirma Agostinho Alvin, citado por Anderson Schreiber (2013, p. 69), “se a responsabilidade fundar-se no risco, então o simples caso fortuito não o exonerará. Será mister haja força maior, ou como alguns dizem, caso fortuito externo”.

Portanto, a distinção entre fortuito e interno e externo parece afigurar-se pertinente no que concerne aos acidentes de consumo. Pois o fortuito interno (fato imprevisível/inevitável) da prestação do serviço não exclui a responsabilidade do fornecedor, dado que faz parte de sua atividade, ligado que está aos riscos do empreendimento, enquadrando-se, pois, à noção geral de defeito do serviço. Ademais, frise-se, uma vez que ocorre o defeito durante a prestação do serviço, é desimportante o que determinou o defeito, pois o fornecedor é sempre responsável

pelas suas consequências, ainda que decorrente de fato imprevisível e inevitável (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 502).

Em sede de contestação, o Bradesco também aduz como excludente de responsabilidade o fato de terceiro. Entretanto, para o caso em análise, tal tese não prospera em acudir o banco, isso é o que se depreende outrossim pelo magistério de Sergio Cavalieri Filho (2012, p. 501):

Tal como se põe para o fato exclusivo do consumidor, só haverá a exclusão de responsabilidade do fornecedor se o acidente de consumo tiver por causa o fato exclusivo de terceiro, não concorrendo qualquer defeito do produto. A culpa de terceiro, repita-se, perde toda e qualquer relevância desde que evidenciado que sem o defeito do produto ou serviço o dano não teria ocorrido.

Na mesma linha de pensamento, o professor Bruno Miragem (2013, p.533), ao alertar que “A posição de terceiro, neste sentido, é admitida a todo aquele que, não participando da cadeia de fornecimento, realiza conduta que dá causa ao evento danoso de modo independente da conduta do fornecedor ou do defeito”. Portanto, é cristalino que não há que se falar em presença de excludente por culpa/fato exclusivo de terceiro.

Ademais, frise-se, o Bradesco não chega propriamente a negar a inexistência do defeito (o que já significaria, em si, aduzir outra hipótese de excludente de responsabilidade, além daquela aventada primeiramente, de caso fortuito), sustenta na contestação (fls. 246/306 dos autos da ação indenizatória), ao revés, que devido à distância onde o cliente foi alvejado – dois quilômetros desde a agência -, restou o estabelecimento impossibilitado de adotar qualquer medida que pudesse evitar o evento danoso, entendendo assim que o dever de fornecer segurança ao consumidor cabe ao Estado, o que, na visão do banco, evidenciaria ausência de nexo de causalidade entre a atividade que desempenha e o evento danoso.

Mas parece não haver maiores dificuldades em identificar que a defesa do banco padece de consistência. Pois afinal, a reconhecer-se sentido na lógica da defesa estampada pelo Bradesco seria o mesmo que taxar como ineficazes toda a normativa consumerista, e as já consagradas implicações jurídicas da teoria do risco criado (plasmada tanto no art. 14 do CDC, como também no art. 927, parágrafo único do Código Civil de 2002). A situação em tela, neste ponto, é de uma clareza solar: tivesse cumprido o banco o seu dever de segurança, decorrente de todas as ferramentas teóricas e legais acima trabalhadas, a operação realizada pelo músico Paulo Perrone não teria sido temerariamente exposta a todos os presentes à fila dos caixas, e, nem tampouco, o “olheiro” teria tido êxito no uso de aparelho celular, instrumento imprescindível no contexto para o fim a que a visavam os meliantes em sua investida criminosa.

Importante assinalar que, na esteira da já multialudida teoria do fortuito interno, mesmo diante de hipótese onde o fato criminoso ocorre fora das dependências da agência bancária, isso não é causa suficiente para afastar, a priori, a responsabilidade civil objetiva do fornecedor pelo fato do serviço. Constata-se, desse modo, que, *in casu*, a tese de defesa do Banco Bradesco é no sentido de tentar desconfigurar o fortuito interno para o externo, criando mesmo um raciocínio de transferência integral, para o Estado, do seu dever de segurança para com os consumidores de seus serviços; ou mesmo até vislumbrando transferir sua responsabilidade no caso concreto para a vítima, numa tentativa de induzir a uma artificial hipótese de excludente (culpa, fato exclusiva da vítima).

Bem por isso que se afigura importante frisar: a “saidinha bancária”, essa modalidade de roubo, é hodiernamente fato previsível nas atividades bancárias. Por isso que a súmula 479 relativizou a imprevisibilidade e inevitabilidade inerentes à excludente do caso fortuito, consolidando a teoria do fortuito interno no âmbito das atividades bancárias, pois, em verdade, dada a experiência cotidiana, os bancos não podem mais alegar em seu favor o “escudo” do caso fortuito, diante de estatísticas que corroboram a necessidade desse tipo de empreendimento financeiro prestar mais atenção ao dever de garantir segurança no âmbito de suas atividades. É dizer, o fortuito interno nada tem que ver com a noção de espaço, e sim, com as especificidades dos riscos da atividade.

Neste sentido, em boa hora, na sentença do caso Paulo Perrone, assim entendeu e decidiu o MM. Juízo da 12ª Vara Cível da Comarca de Salvador:

[...] no presente caso se trata de responsabilidade decorrente da teoria do risco [...] decorrente do risco da atividade exercida pelo réu. De fato, é pacífico o entendimento, segundo o qual, é da responsabilidade das instituições financeiras eventuais danos decorrentes de suas atividades causados a terceiros, porquanto, se trata de responsabilidade objetiva, sendo irrelevante que a vítima esteja ou não no interior de suas dependências [...]

Assim, em plena consonância com a sistemática do CDC, com a teoria do fortuito interno, e, principalmente, por meio de interpretação que explora o verdadeiro alcance jurídico da súmula 479 do STJ, assentou, o ilustre Julgador, como visto supra, que não importa se a consumação da “saidinha” se deu fora ou dentro das dependências do estabelecimento bancário.

Esclareça-se que o advento da súmula 479 do STJ, consolidando, como é cediço, que os bancos respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a delitos

praticados por terceiros no âmbito de suas operações, significa o surgimento de uma ferramenta normativa com potencial contundente para concretizar a missão protetiva do direito consumerista.

Ocorre, entretanto, que, quotidianamente, à medida que se multiplicam os registros de ocorrência de “saidinhas bancárias” em todo o território nacional, nota-se, que se enfileiram vítimas e volumosos prejuízos aos consumidores, ao passo que os Juízos de piso e os Tribunais do País insistem, em sua maioria, em permanecer realizando interpretação restritiva, espacial, daquilo que a súmula 479 denominou de ‘fortuito interno’. Explica-se: A jurisprudência majoritária tem delineado que o delito em tela apenas configura fortuito interno quando ocorrido no interior da agência ou em suas dependências.

Entretanto, na esteira da reflexão teórica que se vem propondo no presente estudo, tal interpretação do que seja ‘fortuito interno’ padece de fragilidade jurídica, à medida que parece ignorar ou desconsiderar a supracitada necessidade de se apreciar a questão da responsabilidade civil objetiva dos bancos sob o manto teleológico da sistemática do Código de Defesa do Consumidor. Afinal, conforme observado pela análise do estudo de caso, o fortuito interno não pode ser meramente compreendido por meio de limites espaciais. Ao revés, na esteira do quanto assentado por meio da súmula 479, é lícito inferir que o fortuito interno, para além de limites espaciais da consumação do delito, deve ser analisado partindo-se dos fatores que originaram a engrenagem do delito. A pergunta mais consentânea, *in casu*, deve ser: qual a causa do “nascido” do delito?

Sendo assim, naqueles casos (como o ora tratado) onde restar inequívoco que houve falha na prestação do serviço bancário (defeito), qual seja, violação do dever jurídico originário de zelar pela efetiva segurança do cliente no interior da agência, e, constatado que, em razão desta omissão bancária, o consumidor, ao realizar suas operações financeiras, foi observado de perto por criminosos que, transmitindo informações sobre a vítima para seus comparsas, acabaram por abordá-la, em ato contínuo, estrategicamente já na via pública, não há falar que em casos assim, estar-se-ia diante da descaracterização do fortuito interno para o externo.

Portanto, afigura-se fragilizada a visão de que a definição do fortuito interno estaria ligada a limites espaciais. Essa compreensão é facilmente contestada à medida que a doutrina majoritária supracitada bem esclarece que o fortuito interno relaciona-se diretamente com a organização que o fornecedor imprime ao seu negócio. Quer-se dizer, se esse fornecedor, o banco, viola o dever jurídico ordinário de zelar pela segurança do consumidor de seus

serviços, dever imposto pelo Risco do Negócio, e essa violação redundará em dano ao consumidor, nasce, inexoravelmente, para o banco o dever jurídico sucessivo de indenizar.

Parece ratificar esse pensar o magistério de Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Neto (2014, p. 980) quando aduz que “Sempre que o dano guardar conexão com a atividade do banco, mesmo mediata, a excludente relativa ao caso fortuito não poderá ser aceita, porquanto caracterizará hipótese de fortuito interno, e não externo”.

Em outras palavras, “A tendência, no caso dos bancos, é alargar a compreensão do fortuito interno, de modo a abranger os fatos de terceiros que causem danos aos consumidores (clientes ou não)” (BRAGA NETTO; DE FARIAS; E ROSENVALD, 2014, p.984). E, por fim, na mesma trilha, surge preciso o Enunciado nº 443 do CJF: “O caso fortuito e a força maior somente serão considerados como excludentes da responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida”.

Em outras palavras, em caso de o banco não desincumbir-se de provar a inexistência do defeito no serviço, há de se reconhecer o fortuito interno mesmo nos casos em que o dano à vítima for consumado na calçada, no quarteirão vizinho, ou mesmo já nas proximidades de outro bairro (como aconteceu no caso paradigma), e daí por diante. O dado espacial, desde que o delito tenha-se consumado em ato contínuo, não é o fator definidor dessa espécie de fortuito, ao revés, deve-se antes analisar se o fato gerador do dano à vítima foi a omissão do banco de não prover-lhe segurança no interior da agência. Em caso positivo, deve-se reconhecer o fortuito interno, e, portanto, na esteira da teoria da causalidade necessária, reconhecer a caracterização do nexos causal entre a omissão bancária e o dano, e, por conseguinte, o dever jurídico de indenizar.

Portanto, parece que a maneira mais consentânea de se interpretar o conteúdo da súmula 479 é procedendo a um alargamento da compreensão jurídica de fortuito interno, fazendo uso para tanto de todo o arcabouço do sistema complexo de responsabilidade civil brasileiro, observando-se princípios gerais de responsabilidade civil consumerista, bem como o princípio da proteção prioritária da vítima, e direitos básicos do consumidor como o direito à vida, à saúde e segurança, teorias como a do risco (criado) do empreendimento, e dispositivos de legislações esparsas sintonizadas com o escopo de proteção do sujeito vulnerável da relação de consumo. Assim, será possível evitar que o fortuito interno seja desclassificado sumariamente para a modalidade externa.

Atualmente, os Tribunais tem fincado entendimento de que os assaltos verificados em vias públicas, após a saída dos bancos, caracterizam fortuito externo e, portanto, aduzem que prestar segurança aos cidadãos é dever do Estado. E restaria ao Estado, ser responsabilizado objetivamente e indenizar a vítima do dano. Contudo, observam Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Neto (2014, p. 986), “Se quisermos, através da responsabilidade civil, “resolver” o problema, precisamos minimamente do nexo causal. É o nexo causal, pensamos, que vai evitar que haja uma responsabilização ampla e desmedida do Estado”.

Assim, para a plena identificação do nexo causal nos casos de “saidinha bancária”, além de adotar a teoria da necessidade da causa como ferramenta chave, crucial é buscar o fiel significado da expressão “delito praticado no âmbito das relações bancárias”, trazida pela súmula 479, que, ao que parece, é bem mais abrangente do que a interpretação “delito praticado no âmbito espacial dos estabelecimentos bancários”, até aqui majoritária na jurisprudência pátria.

4. CONCLUSÕES

Longo foi o caminho do Direito brasileiro até a construção de um sistema jurídico que reconhecesse a vulnerabilidade do consumidor perante o fornecedor de serviços, de modo a ensejar a responsabilização objetiva desse último quando de sua postura emana o fato gerador do dano.

E se num primeiro momento, a positivação da responsabilidade do fornecedor pelo fato do serviço (art. 14, CDC) significou um passo determinante na caminhada pela concretização de caros ditames constitucionais; especificamente quanto ao tema da responsabilidade civil dos bancos perante danos sofridos por seus clientes/usuários, em decorrência de delitos cometidos por terceiros, o advento da súmula 479, do STJ pareceu afigurar-se como ferramenta inteiramente capaz de assegurar ao consumidor a devida indenização, nos casos onde a omissão dos bancos no cumprimento de um dever jurídico redundasse em prejuízos ao cliente.

Ao revés, o tempo vem demonstrando que, em diversos casos, a interpretação que vem sendo dada a um dos componentes jurídicos do comando sumulado vem desafiando, e mesmo esvaziando, a sistemática lógico-jurídica-axiológica-protetiva do sistema de responsabilidade civil brasileiro.

Assim tem ocorrido, pois em várias situações a preferência jurisprudencial em conferir aceção espacial ao conceito de ‘fortuito interno’, tem impossibilitado a plena identificação dos elementos configuradores da responsabilidade civil bancária, jogando, em consequência, na “vala comum” do ‘fortuito externo’(no intuito de transferir a responsabilidade para o estado, sob o argumento de que nas vias públicas caberia a esse zelar pela segurança, em todos os casos), muitas demandas que, se averiguadas sob a plenitude do arcabouço brasileiro de responsabilidade civil consumerista, bem provavelmente apontariam o dever de os bancos, em concreto, indenizar à vítima.

O presente estudo pretendeu demonstrar, por meio da análise do Caso Perrone, e com esteio na lavra de vários eminentes doutrinadores do campo consumerista e da responsabilidade civil, que há no ordenamento jurídico pátrio uma verdadeira coleção de ferramentas normativas hábeis a justificar a que se proceda aquilo que bem se pode denominar como um alargamento da compreensão do fortuito interno – expressão cunhada certa feita pelo mestre Cristiano Chaves de Farias.

Assim é que ferramentas como o poderoso princípio da boa-fé objetiva, irradiado de importantíssimos deveres laterais, tais como o dever de lealdade e cooperação, e os demais princípios consumeristas, direitos básicos do consumidor, tais como direito de proteção à vida e direito à segurança, a teoria do risco, a teoria do fortuito interno, a teoria da causalidade necessária, todas essas aqui chamadas de ferramentas normativas estão aptas a possibilitar uma revisão na interpretação que até o momento se vem fazendo da súmula 479.

Entrementes, em especial a teoria da causalidade necessária apresenta-se perfeitamente capaz de apontar que em situações como a do caso concreto aqui estudado, em sendo a “saidinha bancária” perpetrada em ato contínuo, deve-se reconhecer o nexos de causalidade e a consequente responsabilização.

A razão é que nestas situações deve-se ampliar a compreensão de fortuito interno (indo além da mera consideração espacial), pois, o fato gerador do dano guarda inteira relação com risco do empreendimento, o que implica, portanto, em não se poder desclassificar um evento que aconteceu claramente no âmbito da atividade do fornecedor para uma outra hipótese com caráter de externalidade.

Afinal, em contextos como o do caso Paulo Perrone houve o defeito; sob o risco da atividade pelo qual é responsável o fornecedor, e em ato contínuo, sem concausas; logo, não há como negar-se a persistência do fortuito interno.

Assim sendo, para se analisar plenamente a conjuntura de casos semelhantes ao aqui tratado, o presente estudo identificou a teoria da causalidade necessária como ferramenta-chave para se determinar a caracterização do nexu causal da responsabilidade. Pois, a referida teoria da necessidade causal impõe a seguinte pergunta: no caso concreto o defeito foi a causa necessária para a ocorrência do evento danoso?

Se a resposta obtida for positiva, para situações que se amoldem as já multicitadas características do caso Paulo Perrone (onde a “saidinha” se deu em ato contínuo, sem concausas, portanto) surge uma imposição lógico-jurídica no sentido de aplicar-se a súmula 479, reconhecendo o fortuito interno, mesmo se a consumação da “saidinha” ocorrer distante do estabelecimento bancário.

E assim é, por uma questão simples: a necessidade da causa, diante do ato contínuo, faz operar o alargamento da compreensão do fortuito interno, que já não poderá ser encarado meramente sob um viés espacial e restritivo.

Portanto, o presente estudo moveu-se no sentido de alertar que a prevalecer a atual leitura que a jurisprudência pátria vem cristalizando do ‘fortuito interno’ da súmula 479/STJ, corre-se o risco de fazer letra morta boa parte do direito atinente às relações de consumo, bem como a responsabilidade civil.

REFERÊNCIAS

Ação Ordinária Indenizatória Por Danos Materiais e Morais nº 0404903-

78.2012.8.05.0001, da 12ª Vara dos Feitos das Rel. de Cons. Civ. e Comerciais da Comarca de Salvador.

Ação Penal – Procedimento Ordinário – Latrocínio nº 0302132-56.2011.8.05.0001, da 8ª Vara Criminal da Comarca de Salvador.

Cumprimento Provisório de Sentença nº 0365581-17.2013.8.05.0001, 12ª Vara dos Feitos das Rel. de Cons. Civ. e Comerciais da Comarca de Salvador.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe.

Manual de direito do consumidor. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRAGA NETO, Felipe; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Responsabilidade Civil**. Salvador: Editora Juspodium, 2014, V. 3.

BRAGA NETO, Felipe. **Manual de direito do consumidor**. 7. ed. rev. atual. E ampl. Salvador: Editora Juspodium, 2012.

BRASIL. Conselho Federal de Justiça. Jornada de Direito Civil I, III, IV e V. Enunciados Aprovados. Enunciado 443, de Dezembro de 2011. Disponível em: <stj.jus.br/portal_stj/publicação/download.wsp?tmp.arquivos2288> Acesso em: 07/11/2014

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei 3.071**, de 1 de Janeiro de 1916. Código Civil dos Estados do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccvil_03/lei/3071.htm> Acesso em: 07/11/2014

BRASIL. **Lei 7.102**, de 20 de Julho de 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimento financeiro. Brasília, DF: 20 de Julho de 1983. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/17102.htm> Acesso em: 07/11/2014

BRASIL. **Lei 8.078**, do dia 1 de Setembro de 1990. Sobre a proteção do consumidor e outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccvil/leis/118078.htm> Acesso em: 07/11/2014

BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Institui código civil. Brasília, DF, 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccvil_03/lei/2022/110406.htm> Acesso em: 07/11/2014

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Súmula 297. Brasília, DF. Disponível em: <www.stj.jus.br/docs.internt/verbetesstj.asc.txt> Acesso em: 07/11/2014

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Súmula 479. Brasília, DF. Disponível em: <www.stj.jus/scon/sumulas/luejipivindo=sumue/ceusaur=juridico>. Acesso em: 07/11/2014

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PAULA, Carolina Bellini Arantes de. **As excludentes de responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2007.

SALVADOR. **Lei 7.850**, de 26 de Maio de 2010. Proíbe o uso de celulares, rádio amadores e afins no interior de agências bancárias. **Revista Bahia**. Disponível em:

www.revistabahia.com.br/2010/09/28/salvador-proibe-uso-de-celular-em-bancos/> Acesso em: 07/11/2014

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

VAZ, Carolina. **Funções da responsabilidade civil** – da reparação à punição e dissuasão – Os punitive damages no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

