

A RESPONSABILIDADE CONTRATUAL DO BANQUEIRO (*)

Arnoldo Wald

1. O assunto da minha palestra é dos mais amplos e por si só poderia, atualmente, ser objeto de um curso no qual seriam examinadas, sucessivamente, todas as situações, nas quais o banqueiro poderia ser responsabilizado e qual o regime legal aplicável em cada caso. Se pretendesse exaurir o assunto, no período de tempo que me foi concedido, certamente deveria evocar a frase de *Henri de Page*, quando afirma que o estudioso da responsabilidade civil deve lembrar-se, desde as suas primeiras pesquisas, da frase que *Dante* colocou na porta do inferno: *Lasciate ogni speranza, voi che'ntrate*. Há, todavia, uma esperança que consiste em indicar de modo sumário as tendências da evolução da responsabilidade civil no campo do direito bancário, analisando-se o caráter específico que o instituto pode apresentar nas relações entre bancos e clientes ou entre várias instituições bancárias.

2. Não há dúvida que a evolução econômica e social fez da responsabilidade civil o problema central do direito privado do século XX. Em nenhuma outra matéria o movimento de idéias e a evolução legislativa têm sido tão intensos. A revolução industrial e as modificações das normas referentes ao seguro obrigatório e à previdência social transformaram o campo de atuação da responsabilidade civil que passou a dominar os tribunais, monopolizar os processos e ser o tema mais desenvolvido nas monografias e nos tratados. As condições econômicas do *Novo Estado Industrial* ao qual se refere *Galbraith*, o desenvolvimento da solidariedade social e o *standard* de vida do mundo hodierno fizeram da responsabilidade civil o grande problema do nosso tempo. As suas aplicações tornaram-se tão numerosas que ultrapassaram todas as previsões dos melhores juristas do passado. Neste campo, tanto a jurisprudência quanto a doutrina fizeram com que surgissem novas idéias sob a pressão das exigências da vida cotidiana. As novas áreas conquistadas pela responsabilidade civil fizeram com que ela se visse, em algumas décadas, ocupando um campo imenso, onde domina ainda a fecunda anarquia das grandes florestas virgens.

3. É preciso salientar que o desenvolvimento da responsabilidade civil não se explica somente pelos fatores econômicos, mas também pela psicologia do homem do século XX. *Louis Josserand* evidenciou, com rara felicidade, a preocupação do homem contemporâneo que sempre procura um responsável pelos prejuízos sofridos. Desapareceram a resignação e o fatalismo oriental que, durante

(*) Palestra proferida na Faculdade de Direito da USP.

longo tempo, tinham dominado o Ocidente. Não se aceita mais, com resignação, os golpes do destino. Poderíamos até dizer que o próprio destino é uma idéia estranha ao homem do nosso tempo. Sempre, em todas as ocasiões em que ocorre um prejuízo, deve haver, senão um culpado, ao menos um responsável. Tanto assim que a evolução da responsabilidade civil se realizou, abandonando-se, em parte, a análise do comportamento do autor do dano e a caracterização da culpa para, ao contrário, examinar a posição da vítima, garantindo-se-lhe o direito à segurança.

4. Em recente monografia, o Professor *André Tunc* dimensionou alguns aspectos dos processos de responsabilidade civil no *Welfare State* moderno, que alcançam na realidade dimensões quase inconcebíveis, especialmente quando se trata das ações *antitrust* e da responsabilidade do fabricante perante os consumidores. Apenas como curiosidade, cabe mencionar que na ação da *Control Data* contra a IBM, movida em 1973, a primeira gastou em honorários e custas mais de US\$ 15.000.000, o que, tendo em conta a inflação americana, corresponderia hoje a mais de dois bilhões de cruzeiros, enquanto a IBM mobilizou cerca de 2000 advogados e juntou 27.000.000 de documentos. Indicamos esses números para mostrar a verdadeira transformação que as ações de responsabilidade sofreram nas últimas décadas, transformações quantitativas que são também qualitativas, por ser evidente que nenhuma semelhança existe entre tais processos e os de indenização individual da vítima atropelada por um automóvel.

5. A expansão da responsabilidade civil se realiza sob formas e em direções diversas. A sua evolução é tridimensional, ou seja, respectivamente, quanto aos seus *fundamentos*, quanto à sua *extensão ou área de incidência* (número de pessoas responsáveis e fatos que ensejam a responsabilidade) e quanto à sua *profundidade ou densidade* (exatidão de reparação).

6. No tocante aos fundamentos, a responsabilidade passa a basear-se não apenas na culpa, mas, também, no risco, adquirindo, em alguns casos, caráter objetivo.

7. Quanto à sua extensão, aumenta-se o número de responsáveis pelos danos causados e o número de beneficiários da indenização. A evolução é no sentido de estabelecer uma solidariedade entre comitentes e prepostos, pais e filhos menores, transportadores e causadores do dano, seguradores e terceiros culpados. Neste sentido, o direito brasileiro estabeleceu uma presunção *juris et de jure* de responsabilidade do patrão por atos de seus empregados e determinou o seguro obrigatório, inclusive da responsabilidade civil por acidentes causados a terceiros.

8. Os beneficiários da indenização também passaram a ser em maior número, entendendo a jurisprudência, hoje pacífica, que deve ser substituído o benefício concedido anterior e tradicionalmente aos parentes, pela pensão paga aos "dependentes econômicos", abandonando-se um critério essencialmente jurídico para recorrer a uma noção econômica e fática. Assim, admite-se atualmente a indenização em favor da concubina da vítima e de seus outros dependentes de fato. Trata-se de um resultado da influência do direito social sobre o direito privado.

9. Quanto à densidade ou profundidade da indenização, pretende o direito contemporâneo cobrir o dano em todos os seus aspectos, restaurando a vítima, ou seus herdeiros, na situação anterior ao evento, ou seja, no *statu quo ante*. A tendência assim dominante é no sentido de abranger, na indenização, não só o dano material, mas também o dano moral e o dano estético, atendendo, outrossim, às modificações do valor do prejuízo posteriormente à sua ocorrência e compensando, pois, inclusive, a depreciação monetária.

10. Do mesmo modo, no campo da responsabilidade contratual, amplia-se o número de obrigações de fazer que admitem a execução compulsória, só se resolvendo necessariamente em perdas e danos as que forem infungíveis e consagrando-se, outrossim, deveres implícitos nos contratos, como a obrigação de segurança em relação aos passageiros no caso do transporte.

11. Tais transformações fizeram com que a responsabilidade civil se tornasse realmente o centro do direito contemporâneo, na frase sempre atual de *Louis Josserand*.

12. Na área específica do direito bancário, discutiu-se a respeito da existência ou inexistência de um regime legal próprio. Não há dúvida que ao banqueiro se aplicam as regras gerais referentes ao mandato, ao depósito, ao mútuo, etc. Não havendo regras específicas para apurar a sua conduta, aplicam-se evidentemente, as regras comuns, examinando-se o comportamento do banqueiro para verificar se os prejuízos causados decorreram de dolo ou culpa e se a sua conduta foi a do *bom pai de família*. No campo da responsabilidade contratual, o inadimplemento das obrigações implica por si só numa presunção *juris tantum* de culpa, invertendo o ônus da prova. Assim, não tendo o banqueiro cumprido a sua obrigação nos exatos termos e prazos do contrato, presume-se ser ele culpado e, conseqüentemente, responsável, sem prejuízo da prova contrária, que lhe incumbe.

13. Mas a jurisprudência e a doutrina têm reconhecido, em todos os países, a necessidade de um tratamento mais rígido e severo em relação ao banqueiro, pelo fato de utilizar recursos financeiros

alheios e de ser um profissional com conhecimentos técnicos muito mais amplos do que os do seu cliente. Não deixa de haver, no caso, uma certa analogia com a responsabilidade do Estado em relação ao particular, pelo fato de existir, em ambos os casos, uma grande diferença na situação de ambos os contratantes. Em certo sentido, o poder político do Estado e o poder econômico do banco dão-lhes condições de impor a sua vontade aos terceiros, mediante a utilização de contratos de adesão e a eventual inclusão de cláusulas de não indenizar. A contrapartida dessa posição de força de uma entidade, cujo funcionamento interno é desconhecido pelo cliente, importa numa responsabilidade maior, baseada na chamada culpa de serviço ou no próprio risco profissional.

14. No Direito brasileiro, a tendência doutrinária e jurisprudencial, inspirada na legislação, é no sentido de admitir a responsabilidade civil do banqueiro com base no risco profissional. Foi precursor dessa tese, no Brasil, o Prof. Odilon de Andrade, que, em parecer dado na matéria, invocou as lições de *Vivante (Trattato di Diritto Commerciale, 5.ª edição, vol. III, Milão, Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, 1929, n.º 1415, pág. 476)* e de *Ramella (Trattato dei titoli all'ordine, vol. II, n.º 310)*, e vários julgados nacionais (v. o parecer de Odilon de Andrade na "R.F." 89/714).

15. Embora a posição tradicional do nosso direito fundamentasse a responsabilidade na culpa, a atual jurisprudência, inclusive do STF, reconheceu que o banqueiro deve responder pelos danos que causa, em virtude do risco que assumiu profissionalmente. Assim, já no acórdão do recurso extraordinário n.º 3876, de São Paulo, de 3-12-1942, que deu ensejo à aprovação da Súmula n.º 28, entendeu a nossa mais alta Corte, nos termos do voto do Min. Aníbal Freire, que foi acompanhado pelos Mins. Filadelfo Azevedo e Castro Nunes, que os estabelecimentos bancários devem suportar os riscos profissionais inerentes à sua atividade (Jardel Noronha e Odaléa Martins, *Referências da Súmula do Supremo Tribunal Federal*, vol. II, Brasília, 1968, pág. 209).

16. Essa jurisprudência, que surgiu no tocante ao pagamento, pelos bancos, de cheques falsos, firmou um princípio geral, de acordo com o qual devem responder pelo risco profissional assumido, só elidindo tal responsabilidade a prova, pela instituição financeira, de culpa grave do cliente ou de caso fortuito ou ainda de força maior (acórdão dos embargos no recurso extraordinário n.º 47.929, oriundo da Guanabara, julgados pelo STF em 7-10-63, sendo relator o Min. Gonçalves de Oliveira, *in Referências da Súmula do Supremo Tribunal Federal*, cit. vol. II, págs. 217 e seguintes).

17. Caberia fazer um estudo minucioso da jurisprudência brasileira referente à responsabilidade do banqueiro. Na monografia

de Aguiar Dias sobre responsabilidade civil e nas *Questões de direito bancário*, de Lauro Muniz Barreto, encontramos um levantamento de vários julgados que, muitas vezes, chegaram às mesmas conclusões práticas, embora com fundamentos distintos. No tocante à responsabilidade pelos depósitos bancários, toda a questão consiste em saber se o banco pode exonerar-se de qualquer responsabilidade provando a ausência de culpa. Enquanto parte da doutrina e dos julgados alegam que, no caso, o dever de indenizar decorre do risco profissional, outros alegam que, no contrato de depósito, correm por conta do depositário os riscos da coisa depositada. Tratando-se de depósito irregular caberia, eventualmente, aplicar o princípio *res perit domino*, justificando-se que o banco, na sua qualidade de proprietário dos recursos recebidos e que se apresentam sob a forma de uma soma de dinheiro, ou seja, de bens fungíveis, tenha que arcar com os prejuízos decorrentes do desaparecimento do bem, em virtude de fraude alheia, mesmo na falta de qualquer falta de diligência por parte do banco ou de seus prepostos.

18. Enquanto alguns autores fazem a distinção entre a teoria do risco propriamente dito e o risco profissional, outros entendem que existe para o banco uma obrigação de vigilância, garantia ou segurança sobre o objeto do contrato. A violação dessa obrigação importa em responsabilidade, em virtude de culpa, e a prova da infração ao dever de segurança decorre do simples fato de ter ocorrido o desaparecimento dos recursos depositados. Verifica-se que, na realidade, a discussão teórica sobre os fundamentos filosóficos da responsabilidade é pouco relevante quando comparados os efeitos práticos das soluções propostas e as premissas das quais partem.

19. É assim interessante salientar que a obrigação de garantir a segurança dos bens, que consta em vários acórdãos, importa na realidade em equiparar as conseqüências da teoria da culpa e as do risco profissional. De acordo com ambas, a responsabilidade do banqueiro deve ser afastada nos casos de culpa exclusiva do correntista.

20. Apenas para indicar algumas tendências jurisprudenciais, cabe salientar a orientação dos nossos tribunais no sentido de entenderem que:

a) ao banco cabe arcar com os prejuízos decorrentes de cheque falso, salvo prova de culpa do depositante;

b) o banco é responsável no caso de atraso na remessa de fundos determinada pelo cliente;

c) o banco, na sua qualidade de mandatário incumbido da cobrança de títulos, responde perante o cliente pelo prejuízo decorrente da falência do devedor, quando con-

sente em prorrogação do prazo de pagamento sem expressa autorização do cliente ou quando retarda indevidamente o protesto de duplicata ou o faz de modo irregular;

d) o banco é responsável quando recebe do devedor valor inferior ao devido.

21. Ao contrário tem sido entendido que o banco não é responsável quando se recusa a pagar cheque em virtude de contra-ordem expressa dada pelo cliente ou quando protesta cambial, embora advertido da eventual falsidade da assinatura do devedor.

22. Um problema de difícil solução para a jurisprudência tem sido o dos atos ilícitos praticados no estabelecimento bancário por preposto do banco. Na gestão de investimentos do cliente ou até na venda de papéis, é possível que o preposto se utilize da sua qualidade de empregado do banco para direcionar investimentos do cliente para negócios em relação aos quais tem interesse pessoal. A história bancária revela muitos casos nos quais se torna difícil distinguir as posições da pessoa física do empregado do banco e da pessoa jurídica da instituição financeira. Os tribunais tiveram o ensejo de examinar vários casos dessa natureza, sem que geralmente chegassem a conclusões finais, em virtude da realização de acordo entre as partes. A alguns anos atrás, o problema foi suscitado na discussão dos cheques administrativos do Banco Econômico. No exterior, situação mais delicada ainda surgiu com as operações de uma agência de um banco suíço, cujos empregados decidiram encaminhar os recursos dos clientes para investimentos em negócios de seu interesse pessoal, ensejando um dos maiores escândalos da história bancária contemporânea.

23. A gestão de fundos, em geral, e da carteira de títulos do cliente é outra matéria em que pode surgir uma responsabilidade por parte do banqueiro. Ainda recentemente, a Comissão de Valores Mobiliários chegou a punir vários fundos, que realizaram operações irregulares em detrimento dos investidores. É uma área na qual, ainda, não foram consagradas tradições e, algumas vezes, os administradores se olvidam de certos princípios éticos, sem os quais o comércio não se pode desenvolver. Já se afirmou que a confiança é a base de todas as operações de crédito. O mesmo se pode dizer em relação aos investimentos feitos por intermédio do sistema bancário, que pressupõem sempre a boa fé na gestão de recursos alheios.

24. O direito estrangeiro, quando não reconhece a responsabilidade do banqueiro pelo risco profissional, como fez a jurisprudência brasileira, o responsabiliza por todos os atos dolosos e culpo-

sos, inclusive nos casos de culpa leve, que pode ser caracterizada por qualquer falta de diligência, mesmo quando comum e habitual e até aceitável, de acordo com os usos bancários.

25. Na França, os autores clássicos como os irmãos *Mazeaud* e *André Tunc* esclarecem que:

“Le banquier, comme tout autre professionnel, répond contractuellement vis-à-vis de ses clients de ses fautes même légères” (*Responsabilité civile*, vol. I, n.º 515-4, pág. 588).

26. No mesmo sentido se manifestam *Jean Escarra* (*ob. cit.*, tomo VI, n.º 246, pág. 136), *Simon e Cordier* (*ob. cit.*, n.º 501, pág. 383) e *Jacques Ferronnière* (*Les opérations de banque*, 4.ª ed., Paris, ed. Dalloz, 1963, n.º 125, pág. 141). Os dois últimos autores salientam a diferença que existe, no direito francês, entre o regime legal do mandatário assalariado e do não assalariado, e que corresponde à distinção do artigo 1057 do nosso Código Civil, para concluir que os bancos são tratados rigorosamente pelos tribunais, pelo fato de serem remunerados pelos serviços por eles prestados.

27. Por sua vez, *Ferronnière*, que, tendo sido diretor da *Société Générale*, fala com experiência do banqueiro, invoca a rigidez das normas da legislação cambiária, que impõem penas severas no caso de descumprimento dos prazos e das providências atribuídas às partes, e conclui:

“D'autre part, les tribunaux se montrent très durs envers les mandataires rémunérés, étendant à l'extrême la notion de faute, même légère, ils finissent par mettre à la charge du banquier le risque de tout incident qui a pu causer un préjudice au remettant” (*ob. cit.*, pág. 141).

28. Na jurisprudência francesa, a remessa de documentos por via inadequada, a falta de aviso de não pagamento de uma letra e a desobediência às instruções do cliente têm sido consideradas como justos motivos para responsabilizar o banco pelos prejuízos causados (V. os *Mazeaud* e *Tunc*, *ob. cit.*, n.º 515-4 e respectivas notas, págs. 588-590).

29. A idéia dominante na jurisprudência e na doutrina é de que o banco, sendo uma empresa especializada, que se dedica a prestar serviços mediante uma remuneração adequada, deve ter a organização e a perícia que não se exigem do particular, mas, sim, do especialista, justificando-se, pois, o maior rigor na apreciação do seu comportamento e de sua eventual culpa.

30. Nessa ordem de idéias, *André Tunc* chegou a estudar os efeitos da especialização profissional na apreciação da culpa e no grau de diligência exigido por parte do especialista, afirmando que a técnica, multiplicando a eficiência da diligência humana, aumenta a densidade da obrigação. A civilização material moderna, ensina o jurista e pensador francês, conjugando as forças da natureza, a utilização das máquinas e o planejamento humano, permite atingir resultados que, anteriormente, não seriam concebíveis. E conclui:

“Quando o particular se dirige ao profissional, sabendo que possui e controla essas forças, numa determinada medida, a obrigação do profissional aumenta ainda mais. Para dar um exemplo, é porque um banco pode oferecer uma segurança quase total aos objetos nele depositados e porque a sua clientela conta com essa segurança que a Corte de Cassação se mostra particularmente severa em relação à guarda de bens por instituições bancárias” (**André Tunc**, “*Ébauche du droit des contrais professionnels*”, in *Le droit privé au milieu du XX siècle — études offertes à Georges Ripert*, t. II, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950, pág. 142).

31. *Rodière* e *Rives-Lange*, no seu manual de direito bancário, enfatizam o conteúdo específico das obrigações contratuais do banco, assinalando que deve exercer as suas funções, com maior diligência e prudência do que as demais entidades. Esclarecem esses autores o rigor que a jurisprudência francesa tem em relação aos bancos, cuja atuação consideram, muitas vezes, como constituindo um verdadeiro abuso de direito. No entender dos magistrados, a atuação bancária cria determinados riscos pelos quais os banqueiros devem responder tanto mais que a velocidade das operações torna inviável a fiscalização constante e contínua dos poderes de cada empregado da instituição financeira. Não somente se aplica no caso a responsabilidade presumida *juris et de jure* do banco pelo ato dos seus prepostos, como ainda passa a ser amplamente reconhecida a teoria da aparência. É evidente que quem paga um título num banco não pode indagar da qualidade do empregado que recebe o pagamento. Por outro lado, num mundo em que as comunicações multiplicam a sua velocidade, não há como querer verificar a autenticidade de qualquer telex que pode, em certos casos, importar em transferências de importantes quantias em dinheiro de um país para outro. Existe, aliás, hoje, uma verdadeira criminalidade especializada no desvio de fundos de bancos com a utilização dos computadores.

32. O próprio conceito de preposto tem sido ampliado na área bancária e até os agentes autônomos credenciados por uma deter-

minada instituição (os *démarcheurs*) podem, no direito francês, praticar atos envolvendo a responsabilidade do banqueiro (art. 11 da lei francesa de 2-1-1976).

33. Alguns autores franceses entendem que enquanto a responsabilidade aquiliana ou extracontratual do banqueiro se torna maior, a sua responsabilidade contratual está sofrendo uma diminuição de intensidade, em virtude das cláusulas de não indenizar e das ressalvas contratuais que os tribunais estariam tolerando. Esta dupla evolução se explicaria pelo fato de ter o cliente escolhido e procurado o banco, aceitando, assim, um risco, que os terceiros não devem correr. *Jack Vezián*, em recente monografia sobre a matéria, diverge deste entendimento e assinala que, também nas relações contratuais, está havendo maior severidade dos tribunais em relação aos bancos. Quanto às cláusulas de não indenizar, as mesmas nem sempre têm sido amplamente admitidas pelo Poder Judiciário e a sua incidência tem sido afastada sempre que o caso é de culpa grave. Por outro lado, considerando a condição profissional do banqueiro e a organização que está sob o seu comando, os tribunais franceses passaram a caracterizar as suas atuações irregulares como constituindo sempre culpa grave e assim não mais excluíram a responsabilidade nos termos das cláusulas contratuais de não indenizar. Toda culpa do banqueiro passou, pois, a ser grave, não se concebendo mais a culpa leve e afastando-se assim a irresponsabilidade do banco.

34. Por outro lado, na França, o Poder Judiciário tem introduzido, nos contratos bancários, a obrigação de segurança e de proteção do cliente, caracterizando como culposos qualquer comportamento no qual o banqueiro não tenha tido, em relação ao cliente, uma conduta não só de mandatário ou depositário, mas ainda de conselheiro, não se limitando a sua obrigação a executar as ordens recebidas, mas devendo informar o cliente das melhores soluções e das medidas adequadas a serem tomadas no seu interesse. No fundo, não há como deixar de reconhecer que o banco é uma entidade dotada de uma organização, com capacidade técnica específica, enquanto o cliente é um leigo, um não iniciado. Tal fato importa necessariamente em ampliação da responsabilidade do banqueiro para que se possa restabelecer o equilíbrio entre as partes contratantes.

35. Tal situação não pode, todavia, levar o juiz a excessos, considerando sempre o banco responsável, tanto mais que devem ser levadas em conta as condições concretas de cada caso e, em particular, a necessidade que a instituição financeira tem de padronização de suas atividades e de seus documentos, diante do grande número de operações que realizar e que exige os serviços dos computadores. Por outro lado, as circunstâncias podem comprovar que,

em determinados casos, o grande banco não passou, na realidade, de uma pequena agência de uma cidade do interior, cujo nível de conhecimento e de poder decisório é efetivamente muito limitado.

36. Uma nova corrente de comercialistas franceses tem atribuído ao banco uma verdadeira missão de serviço público. Essa idéia lançada pelo Professor *Roger Houin*, em 1955, e que tem sido discutida há quase vinte e cinco anos, mereceu uma análise em maior profundidade nos recentes trabalhos de *Michel Vasseur*, *Jean Stoufflet*, *Christian Gavalda* e *Jack Vézian*. Não há dúvida que a invocação da noção de serviço público deve ser entendida em termos, pois, ninguém pretende sujeitar o banco às regras de direito administrativo. Considera-se, tão-somente, que, sendo os bancos intermediários forçados dos pagamentos na sociedade contemporânea, a sua responsabilidade deve ser encarada nos mesmos termos que ela se apresenta em relação aos serviços públicos. No fundo, o banco não deixa de ser um concessionário do poder monetário exercido pelo Estado, numa situação que não deixa de assemelhá-lo, no tocante à sua responsabilidade, aos demais prestadores de serviços públicos.

37. A doutrina estrangeira indica, pois, dois fundamentos que estão levando os tribunais a reconhecer um regime próprio de responsabilidade para o banqueiro. De um lado, a assemelhação aos concessionários de serviços públicos que exercem uma função delegada do Estado. De outro, a sofisticação crescente da idéia do risco profissional, na qual se introduziram certos fatores agravantes, decorrentes do conhecimento especializado do banqueiro e da dimensão, cada vez maior, das instituições financeiras, fazendo com que o cliente desconheça os chamados "mecanismos bancários" e se encontre numa incontestável situação de inferioridade ao contratar com o banqueiro. Daí, inclusive, as discussões sobre a legalidade de algumas cláusulas de não indenizar, que costumam ser incluídas em contratos padrões aos quais o cliente deve aderir.

38. Há, também, uma importante tendência no sentido de dar um caráter menos abstrato ao tradicional conceito do bom pai de família, para tornar mais densa a obrigação de prudência e diligência que recai sobre aqueles cuja atividade pode gerar graves prejuízos a terceiros e que têm, por outro lado, uma posição de supremacia na negociação e amplos meios de controle da sua atividade. A conduta do bom pai de família passa a ser examinada diante de uma situação concreta, criando deveres diferentes para o *homem da rua* e para o administrador da grande empresa, cada um devendo ser o *bônus paterfamilias*, levando-se em consideração o seu nível de conhecimento, o seu poder de atuação e a maior ou menor repercussão dos seus atos.

39. A recente jurisprudência francesa incluía nas obrigações implícitas do banqueiro a de funcionar como conselheiro do cliente, apreciando, por outro lado, as relações entre ambas as partes de modo global e não mediante a análise de cada operação de *per sí*. Essa forma de considerar a responsabilidade do banqueiro decorre das novas funções que os bancos estão assumindo, envolvendo-se cada vez mais em todos os aspectos da vida profissional dos seus clientes.

40. Esse reconhecimento da existência de deveres implícitos do banqueiro é relevante, pois importa em ampliar a sua responsabilidade. Do mesmo modo que a jurisprudência e a doutrina consideram que há, no contrato de transporte, uma obrigação implícita de levar o passageiro ao seu destino nas mesmas condições de integridade física e de saúde, nas quais iniciou a sua viagem, é possível que, no futuro, o direito bancário admita que nas obrigações de meio, o banco deve funcionar como conselheiro do cliente, e nas obrigações de fim, deve dar-lhe a necessária segurança em relação à execução daquilo que pretendeu, correndo por conta do banco os eventuais riscos da operação.

41. Podemos, pois, concluir que já existe, em virtude de construção jurisprudencial e doutrinária, um regime especial de responsabilidade civil contratual do banqueiro. Sendo o direito bancário o mais comercial dos direitos comerciais, na definição de *Courcelle e Seneuil*, deve o banqueiro ser o mais responsável de todos os comerciantes. Diante dessa evolução, caberia examinar quais as medidas complementares legais e administrativas que podem ou devem ser tomadas. Sabemos que quando a responsabilidade se torna objetiva, fundamentando-se no risco, cogita-se necessariamente, de limitá-la a determinados valores e de permitir o seguro para diluir os eventuais riscos. São matérias que mereceriam um estudo oportuno.

42. Cabe acrescentar que o extraordinário desenvolvimento da atividade bancária nas últimas décadas tem levado ao maior envolvimento das instituições financeiras com os negócios dos seus clientes. Ainda em artigo recente, o *Financial Time* esclarecia que, na Inglaterra, os bancos passaram a assumir as funções de verdadeiros reorganizadores das empresas em dificuldades, como ocorreu na reestruturação da *Massey Ferguson* e de outras sociedades. A interferência crescente do banco na vida comercial do cliente e a eventual presença de um representante do banqueiro na diretoria da empresa podem envolver problemas de responsabilidade civil. Na França, tem sido discutida, amplamente, pela jurisprudência e pela doutrina, a eventual responsabilidade do banqueiro que se esforça no sentido de salvar uma empresa em dificuldade, concedendo-lhe crédito, e que, finalmente, não alcança a meta desejada, acabando o cliente na falência.

Em determinados casos, tem sido entendido que ocorre uma responsabilidade do banqueiro que fez sobreviver artificialmente a empresa insolvente, ensejando a concessão à mesma de créditos por parte de terceiros.

43. Por outro lado, nas relações entre bancos, especialmente, no comércio internacional, que hoje atinge dimensões enormes com a formação dos grandes sindicatos e consórcios bancários destinados à realização de projetos imensos ou à concessão de financiamentos gigantescos, encontramos uma tendência oposta àquela vislumbrada na relação banqueiro-cliente que tentamos descrever até agora. Efetivamente, quando as relações se estabelecem entre bancos de vários países ou entre instituições financeiras e Estados ou empresas multinacionais, a prática bancária nos indica uma generalização e uma admissão ampla das chamadas cláusulas de não indenizar, consideradas válidas sempre que o comportamento das partes não seja caracterizado pelo dolo ou pela culpa grave.

44. A complexa estrutura do sindicato de empréstimos bancários internacionais também revela uma tendência a restringir a responsabilidade do *leader* do consórcio, em relação aos demais banqueiros e também para com o mutuário. Trata-se de matéria que se rege, basicamente, pela convenção das partes e na qual o caráter internacional da operação dá maior amplitude à liberdade contratual, afastando-se, em parte, os princípios da ordem pública das várias legislações nacionais. A posição dos tribunais, na matéria, tem sido de admitir amplamente a validade das cláusulas de não indenizar, ressalvando-se todavia, os casos de dolo e de culpa grave, em que a indenização é devida não obstante a existência de cláusula em sentido contrário.

45. É interessante salientar essa dualidade de aspectos da evolução que evidencia a necessidade de atendermos aos dois fundamentos básicos da responsabilidade civil: a culpa e o risco. Não se pode excluir um deles para dar a prevalência ao outro. Cada um tem o seu campo próprio de atuação. Na área dos acidentes de trânsito e de trabalho, da responsabilidade estatal e nas relações entre banqueiro e cliente ou terceiro, a tendência é no sentido de admitir o risco como fundamento da responsabilidade civil, para atender às necessidades da justiça e da equidade. Ao contrário, nas relações entre bancos, entre instituições financeiras e entidades públicas ou grandes empresas multinacionais, a igualdade de dimensão das partes justifica a aplicação da teoria da culpa em vez do risco.

46. Não nos parece assim totalmente descabido aproximar a responsabilidade do banqueiro da do Estado, considerando a atividade do banqueiro como um verdadeiro serviço público prestado à co-

letividade, tanto mais que a nossa legislação integra expressamente os bancos no Sistema Financeiro Nacional.

47. Num momento de crise do próprio conceito de responsabilidade civil, é importante que os juristas possam discutir a respeito do regime legal aplicável aos bancos, tentando conciliar as exigências sociais e econômicas com os imperativos éticos. Trata-se de encontrar fórmulas justas e equitativas, que possam proteger, adequadamente, a clientela do banco sem que este se encontre preso numa camisa de força.

48. Já se disse que os homens se destacam mais pelas perguntas que fazem do que pelas respostas dadas. Assim sendo, o papel do estudioso consiste em provocar a discussão para poder ser, em seguida, o catalizador das soluções que devem sempre decorrer do consenso.

49. Em conclusão, parece-nos importante salientar que já se torna necessário reconhecer a existência de um regime jurídico próprio para a atividade do banqueiro. Entendemos, outrossim, que a responsabilidade do banqueiro não é um assunto meramente acadêmico, mas sim uma questão econômica e ética, cabendo ao advogado submeter o econômico ao ético. Como e em que termos fazê-lo é a questão fundamental que suscitamos no presente estudo para que do debate possam surgir as fórmulas adequadas de "engenharia social" com as quais os juristas devem colaborar na construção de um direito mais eficiente por ser mais justo, pois a injustiça é a maior das desordens.