

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECO
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUIZ AUGUSTO WAGNER

**O CARTÃO DE CRÉDITO E A RESPONSABILIDADE CIVIL NA SUA
UTILIZAÇÃO INDEVIDA**

CHAPECÓ (SC),

2012

LUIZ AUGUSTO WAGNER

**O CARTÃO DE CRÉDITO E A RESPONSABILIDADE CIVIL NA SUA
UTILIZAÇÃO INDEVIDA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó, UNOCHAPECÓ, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito, sob a orientação da Prof^a. Me. Douglas Braun.

Chapecó (SC), maio 2012.

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**O CARTÃO DE CRÉDITO E A RESPONSABILIDADE CIVIL NA SUA
UTILIZAÇÃO INDEVIDA**

LUIZ AUGUSTO WAGNER

Prof^ª. Me. Douglas Braun
Professor Orientador

Prof^ª. Me. Laura Cristina de Quadros
Coordenadora do Curso de Direito

Prof. Me. Robson Fernando Santos
Coordenador Adjunto do Curso de Direito

Chapecó (SC), maio 2012.

LUIZ AUGUSTO WAGNER

**O CARTÃO DE CRÉDITO E A RESPONSABILIDADE CIVIL NA SUA
UTILIZAÇÃO INDEVIDA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de BACHAREL EM DIREITO no Curso de Graduação em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó - UNOCHAPECÓ, com a seguinte Banca Examinadora:

Douglas Braun– Presidente

Diogo Bertelli – Membro

_____ – Membro

Chapecó (SC), maio 2012.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha avó, Otilia, que hoje deixa muitas saudades, mas está sempre na memória e no coração como a primeira e melhor professora de toda a minha vida, na esperança de que, lá do céu, onde ela está, esteja orgulhosa das minhas conquistas e siga intercedendo e inspirando minha caminhada.

E aos meus pais, Nelson e Janete, que, apesar de todo o trabalho do dia-a-dia, jamais mediram esforços para que tivesse a melhor educação possível.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, aos meus pais, pela confiança, pela torcida, pelos abraços nos momentos bons e ruins e pela constante ajuda - sem a qual nunca teria chegado até aqui. Vocês são, sem dúvida, a razão de eu ser quem hoje sou!

Às minhas irmãs, Ana Paula e Vanessa Maria, pela companhia, pela prestatividade, pelos lanches e pelas brincadeiras, que são muito, muito importantes para o “mano”.

À minha namorada, Ana Paula, por participar e vibrar comigo em cada conquista, como se própria fosse. Pela compreensão nos dias de mau-humor, principalmente quando os prazos de trabalhos se aproximavam. Por todo carinho e amor, sem os quais já não consigo imaginar a minha vida.

Ao professor Douglas, pelos materiais emprestados e pelo tempo dedicado ao aprimoramento deste trabalho, sem os quais certamente não teria atingido o mesmo resultado.

Aos colegas de trabalho da Sicoob Creditaipu, pela compreensão nos dias de cansaço, nos dias em que o foco estava disperso, além do grande apoio para que fosse possível a conclusão do curso.

Aos colegas da universidade, especialmente os amigos mais próximos, com os quais compartilhei bons e ótimos momentos, que para sempre serão lembrados com alegria, saudade e um sorriso no rosto.

À Deus, que, à sua maneira, sempre está presente, em tudo que faço.

E, por fim, a todos aqueles que, de uma forma ou de outra, direta ou indiretamente, de perto ou de longe, participaram desta conquista.

Que esta seja uma de muitas conquistas, e que eu possa contar com vocês sempre!

Muito obrigado!!

"A cada dia que vivo, mais me convenço de que o desperdício da vida está no amor que não damos, nas forças que não usamos, na prudência egoísta que nada arrisca e que, esquivando-nos do sofrimento, perdemos também a felicidade."

(Carlos Drummond de Andrade)

RESUMO

OS CARTÕES DE CRÉDITO E A RESPONSABILIDADE CIVIL NA SUA UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Luiz Augusto Wagner.

Douglas Braun (ORIENTADOR). (Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ).

(INTRODUÇÃO) A sociedade, no transcorrer da história, vem inovando a forma de negociar, dispondo, para este fim, de várias ferramentas jurídicas, que vêm a culminar no atual sistema contratual. Essa evolução das transações é inerente à atividade comercial, e deve encontrar respaldo no Direito, que necessita manter-se atualizado a todas as inovações e demandas que venham a surgir. O sistema contratual do cartão de crédito é exemplo disso, na medida em que forma-se a partir de uma coligação contratual, ou seja, em misto de diferentes obrigações pactuadas por diferentes partícipes, com um único objetivo: efetuar e receber pagamentos. (OBJETIVOS) Nesse sentido, a pesquisa tem por objetivo apurar, na inobservância das formalidades intrínsecas à utilização dos cartões de crédito, quem pode ser civilmente responsabilizado pelas transações financeiras indevidamente realizadas. Para tanto, analisará quem são as partes envolvidas nesta modalidade de negócio jurídico; quais as relações entre elas; quais formalidades devem ser respeitadas a fim de garantir a plena segurança desta ferramenta de pagamento; e, por fim, em caso de vício na transação, demonstrar como o Direito deverá se manifesta. (EIXO TEMÁTICO) A pesquisa vincula-se ao eixo temático denominado “CIDADANIA E ESTADO”, do curso de Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ. (METODOLOGIA) Os estudos fundamentam-se basicamente em pesquisa bibliográfica, por meio da análise de doutrinas, artigos jurídicos e econômicos, contratos, legislações, jurisprudência, valendo-se do método indutivo para a sua apresentação. (CONCLUSÃO) Não obstante o sistema contratual dos cartões seja formado essencialmente por contratos individuais, seus efeitos não limitam-se aos termos de cada instrumento, inovando o princípio da relatividade dos contratos. Portanto, merecem maior atenção os efeitos dessa inovação contratual, na medida em que a análise deve ser feita de maneira sistêmica, a fim de abranger toda a amplitude dessa nova modalidade obrigacional, cada vez mais presente no dia-a-dia da sociedade. Portanto, faz-se necessário um estudo aprofundado da responsabilidade civil decorrente da utilização dos cartões, de modo a delimitar os direitos e deveres de cada um dos participantes desta coligação contratual. (PALAVRAS-CHAVE) Princípios contratuais; cartões de crédito; responsabilidade civil; utilização indevida.

ABSTRACT

CREDIT CARDS AND THE LEGAL RESPONSABILITY FOR ITS MISUSE. Luiz Augusto Wagner.

Douglas Braun (SUPERVISOR). (Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ).

(INTRODUCTION) The society, throughout the history, has been innovating the ways of trade, using lots of legal instruments, that nowadays became our modern contractual system. This evolution of the transactions is intrinsic to the business activity, and must find support in the Law, which needs to keep up with all the innovations and claims that may arise. The contractual system of the credit cards is an example of that, because it is formed by a contractual coalition, involving some different obligations contracted by various participants, with only one purpose: making and receiving payments. (OBJECTIVES) In this regard, the research aims to identify who is legally responsible about the financial trades when there's a failure in the use of the credit cards. For that purpose, the research will examine who are the people involved in this type of trade; what are the relationships between them; which procedures must be respected to ensure complete security to this payment instrument; and, finally, in the event of a defect on the transaction, to show how the Law is manifested. (THEMATIC AREA) The research is linked to the thematic area of the Unochapecó's Law Course called "Citizenship and the State". (METHODOLOGY) The studies are founded basically in literature review, with the analysis of juridical doctrines, legal and economic articles, contracts, legislation, jurisprudence, using the inductive method for their production. (CONCLUSION) Even if the contractual system of credit cards is composed essentially by individual contracts, its effects are not limited to the content of each instrument, modifying the principle of the relativity of contracts. Therefore, it deserves more attention the effects of this contractual innovation, because the analysis must be done in a systemic way, to cover the full range of this new type of juridical obligation, everyday more present in society's day-to-day. Therefore, it is necessary a deeper study of civil responsibility from the use of the cards in order to define the rights and duties of each of the participants in this contractual system. (KEYWORDS) Contractual principles; credit cards; civil responsibility; inappropriate use.

LISTA DE SIGLAS

ABECS – Associação Brasileira de Empresas de Cartão de Crédito

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

POS – Point of Sale (Ponto de Venda)

TJ – Tribunal de Justiça

LISTA DE APÊNDICES

APÊNDICE A - ATESTADO DE AUTENTICIDADE DA MONOGRAFIA	87
APÊNDICE B - TERMO DE SOLICITAÇÃO DE BANCA	89

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	5
LISTA DE SIGLAS	9
INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO I.....	16
1. DO ESCAMBO AOS CONTRATOS MERCANTIS, CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ATIVIDADE NEGOCIAL.....	16
1.1 Evolução histórica da moeda seus efeitos na atividade comercial	17
1.2 Os contratos como mecanismos de circulação de riquezas	19
1.2.1 Evolução histórica do contrato	22
1.2.2 Princípios do Direito contratual.....	24
1.2.2.1 Princípio da autonomia de vontade	25
1.2.2.2 Princípio supremacia da ordem pública.....	26
1.2.2.3 Princípio da força obrigatória dos contratos.....	28
1.2.2.4 Princípio da relatividade dos contratos.....	30
1.2.2.5 Princípio da boa-fé objetiva.....	31
1.2.2.6 Princípio do consensualismo	32
1.3 Os contratos de consumo e a incidência do Direito do Consumidor.....	33
1.4 O cartão de crédito e a moeda eletrônica.....	35
CAPÍTULO II.....	37
2. ASPECTOS CONTRATUAIS DO SISTEMA DE CARTÕES DE CRÉDITO.....	37
2.1 O surgimento do cartão de crédito.....	37
2.2 Classificação e principais modalidades de cartão de crédito.....	39
2.3 O Sistema contratual do cartão de crédito	42
2.3.1 O contrato entre entidade emissora e o titular do cartão	44

2.3.2 O contrato entre a administradora e o estabelecimento.....	47
2.3.2 O contrato entre fornecedor e titular do cartão.....	49
2.4 Procedimentos operacionais e a utilização do cartão de crédito	51
CAPÍTULO III	52
3. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO SISTEMA CONTRATUAL DO CARTÃO DE CRÉDITO.....	52
3.1 Definição de responsabilidade civil.....	53
3.2 Pressupostos da responsabilidade civil.....	54
3.3 Espécies de responsabilidade civil	56
3.3.1 Responsabilidade contratual e extracontratual	56
3.3.2 Responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva	57
3.3.3 Responsabilidade civil nas relações de consumo	58
3.3.3.1 Responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço.....	60
3.3.3.2 Responsabilidade civil por vício no produto ou no serviço.....	61
3.3.3.3 Excludentes da responsabilidade civil do fornecedor.....	62
3.4 Uso indevido do cartão e distribuição de responsabilidades	63
3.4.1 Uso irregular do cartão pelo titular.....	64
3.4.2 Uso irregular do cartão por terceiro.....	65
3.4.2.1 Responsabilidade pelo uso antes da comunicação do risco.....	66
3.4.2.2 Responsabilidade pelo uso depois da comunicação	69
3.4.2.3 Responsabilidade criminal do terceiro	71
3.4.3 Uso irregular e responsabilidade do estabelecimento.....	73
3.5 A coligação contratual e seus efeitos na responsabilidade civil dos agentes envolvidos...	76
CONCLUSÃO.....	77
REFERÊNCIAS	80
APÊNDICES	85

INTRODUÇÃO

A atividade negocial é uma constante na história da evolução humana, pois desde os primórdios da sociedade o homem, para manter-se vivo e suprir suas necessidades, estabelece relações com terceiros, onde adquire produtos que sejam do seu interesse, mediante alguma contraprestação. O tempo passa e a sociedade, em constante dialética, evolui as formas de transacionar, culminando na atual sociedade de consumo, marcada pela agilidade das relações de troca, além da praticidade com que acontecem.

A evolução da moeda, mecanismo de pagamento na maioria das relações de troca, acompanhou essa evolução, mudando sua forma ao longo do tempo, na medida em que novas tecnologias ou necessidades surgiam. Deste modo, pôde atender os anseios da população, facilitando o seu dia-a-dia, além de, por si só, criar novas possibilidades, que muito afetam a economia, a sociedade e o Direito.

As últimas décadas vêm marcadas por uma forte evolução tecnológica, que, com o surgimento dos computadores, resulta em uma desmaterialização de muitas informações. Estas passam a ficar contidas em bancos de dados, arquivados em discos rígidos ou servidores, à disposição de seus donos, que podem acessá-las com apenas alguns cliques.

Como conseqüência, a moeda gradativamente perde tamanho, quando não se desmaterializa por completo, como é o caso dos cartões de crédito. Essa pequena peça plástica, que foi criada no intuito de proporcionar maior facilidade na compra e na venda de produtos e serviços, bem como aperfeiçoar as relações de consumo, tornando-as mais simples, ágeis e seguras para as partes que o utilizam, vem encontrando cada vez mais aceitação e procura.

Para que possa funcionar e surtir os efeitos desejados, é necessária a criação de uma coligação contratual, cujo resultado é um sistema com múltiplas partes e obrigações, que,

além de proporcionar a todos os contratantes satisfação em suas pretensões individuais, une-os em uma causa comum: efetuar e receber pagamentos. Contudo, há de se observar os riscos desta modalidade do crédito, que, justamente por sua praticidade e portabilidade, pode vir a ser utilizada de forma imprecisa e errônea, gerando prejuízos àqueles que a utilizam.

Nesse sentido é que será desenvolvida a presente pesquisa, a fim de contextualizar a responsabilidade civil decorrente da utilização indevida do cartão de crédito, apresentando de maneira sistêmica a responsabilidade de todos os partícipes destas operações financeiras, fundamentada em recentes julgados dos tribunais pátrios.

O objetivo geral deste trabalho não é apresentar de forma aprofundada apenas um caso específico de vício ou fraude na transação, mas sim um cenário mais amplo, onde se demonstram as corriqueiras utilizações indevidas e errôneas do cartão, bem como a responsabilidade civil de cada uma das partes que dela participou, a fim de restabelecer a situação anterior à lesão, ou, caso não seja possível, de indenizar o dano sofrido.

Para tanto, estudará e conceituará o sistema contratual do cartão de crédito, bem como os contratos nele envolvidos, objetivando melhor compreensão dos vínculos estabelecidos entre todos os contraentes. Além disso, identificará cada uma dessas partes, as obrigações que lhes são imputáveis por força dos referidos contratos, bem como qual a medida de sua responsabilidade civil no caso do acontecimento de alguma transação indevida.

Portanto, a pesquisa se mostra de grande importância para se possa assegurar maior segurança jurídica na utilização desta ferramenta, partindo do pressuposto que cada um dos agentes tenha sua responsabilidade delimitada, para que possa agir com a cautela necessária para elidir novas e indesejadas ocorrências semelhantes.

A fundamentação teórica baseia-se em pesquisa bibliográfica, obtida por meio da leitura de doutrinas, artigos jurídicos, legislação e jurisprudência, além de notícias circuladas em jornais pátrios, utilizando-se do modo científico dedutivo para a compilação dos dados, que consiste na análise de premissas gerais para solução uma situação específica.

O tema proposto vincula-se ao eixo temático denominado “CIDADANIA E ESTADO”, do curso de Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó – Unochapecó.

Como mencionado, a pesquisa está estruturada em três capítulos, que são: 1) Do escambo aos contratos mercantis, considerações acerca da evolução histórica da atividade negocial; 2) Aspectos contratuais do sistema de cartões de crédito; e 3) A responsabilidade

civil no sistema contratual do cartão de crédito.

O primeiro aborda, de forma sucinta, a evolução da moeda, desde antiga troca de produtos, conhecida como escambo, aos modernos contratos, cujo efeito é a desmaterialização do dinheiro. Aborda, posteriormente, a estrutura e a importância dos contratos enquanto ferramentas de circulação de riquezas. Faz aprofundando estudo dos princípios a eles aplicáveis, bem como da importância a tutela jurídica do Direito do Consumidor.

O segundo capítulo, por sua vez, estuda de forma específica e aprofundada o sistema contratual dos cartões de crédito, fazendo análise da sua evolução história, das partes envolvidas e dos contratos que o constituem. Trata-se de um capítulo de conceituação, para que o cartão de crédito, objeto da presente pesquisa, possa ser melhor compreendido.

Por fim, o terceiro capítulo tem por objeto a análise da responsabilidade civil decorrente do uso indevido do cartão de crédito, estudando, para tanto, o instituto da responsabilidade civil, suas peculiaridades, modalidades e requisitos, para então adentrar, com base em julgados dos tribunais pátrios, na análise da responsabilidade de cada uma das partes envolvidas, quais sejam: titular, emissor e fornecedor.

Portanto, a pesquisa se mostra importante, pois cada vez mais as pessoas vêm utilizando o cartão de crédito no lugar da moeda física. Os montantes que circulam por meio desta moderna ferramenta aumentam dia-a-dia, na medida em que mais pessoas descobrem as vantagens que os cartões de crédito podem lhes proporcionar. É necessária, portanto, uma delimitação dos direitos, deveres e responsabilidades de cada uma das partes envolvidas, a fim de evitar a ocorrência de eventos indesejados, ou mesmo repará-los com a maior precisão possível, a fim de o sistema seja seguro e digno da confiança de todos os seus usuários.

CAPÍTULO I

1. DO ESCAMBO AOS CONTRATOS MERCANTIS, CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ATIVIDADE NEGOCIAL

A economia exerce fascinante influência no cotidiano das pessoas, e o mundo encontra-se em constante transformação, impulsionada principalmente pela movimentação de riquezas e produtos. A sociedade adapta-se ao surgimento de novas necessidades e possibilidades, em um diuturno processo de dialética, cujo resultado vem a culminar em um novo contexto social e econômico.

A moeda adapta-se a realidade tecnológica e social da sociedade, e, como consequência inseparável, transforma todo o meio em que circula. Trata-se, na prática, de um complexo círculo vicioso. Das trocas simples aos modernos sistemas de informação, a moeda já teve várias formas, sempre se atualizando no sentido de garantir segurança e praticidade àqueles que dela fazem uso.

Diante disso, o Direito deve manter-se a todo tempo atualizado, de modo a não estancar a dialética econômica e social. Além disso, deve prover segurança jurídica a essas transações, de maneira que sejam firmadas dentro de um padrão mínimo de garantias, aptas a inserir na população um sentimento de confiança, de que seus interesses encontrarão justa e devida tutela jurídica sempre que algum evento indesejado ocorrer.

Atualmente, as pessoas tendem a usar a moeda virtual, valendo-se de meios de pagamento eletrônicos, cujo uso vem sendo impulsionado pela evolução tecnológica da computação e da telecomunicação (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2012). Aí que se revelam os cartões de crédito, que, por meio de uma complexa coligação contratual, com múltiplas partes e obrigações, apresenta-se como uma moeda desmaterializada e eletrônica, que existe apenas virtualmente e pode ser utilizada apenas com um pequeno pedaço de

plástico que a identifique.

1.1 Evolução histórica da moeda seus efeitos na atividade comercial

Nos primórdios da civilização, prevalecia um sistema de economia baseado na troca direta de produtos, que, apesar de funcionar a ponto de perdurar por incontáveis gerações, apresentava uma série de inconvenientes, que obstavam por diversas vezes as relações negociais, retardando a evolução comercial.

O Banco Central do Brasil (2012, p. 5) também estuda o assunto:

Nas economias rudimentares, as trocas diretas eram utilizadas como meio de circulação da produção. Esse tipo de troca, também conhecido como “escambo”, era muito interessante quando cada indivíduo consumia a maior parte daquilo que produzia. Com a intensificação das relações comerciais e da divisão do trabalho, esse processo de troca deixou de ser eficiente, pois, na maior parte dos casos, tornou-se impossível compatibilizar as necessidades de consumo das pessoas.

Entre as principais falhas deste sistema destacava-se a dificuldade do ajuste de interesses das partes, que era na maioria dos casos frustrado. Isto porque, para que pudesse haver troca, era necessário que ambas as partes tivessem interesse no uso próprio do produto que viriam a adquirir. Quando encontravam o produto desejado, ainda encontravam o óbice de adequar o valor dos itens da troca, vez que os produtos, por regra, eram indivisíveis (HUGON, 1973, p. 17-18)

Todavia, com especialização da produção, aliada ao aumento da comercialização, estas simplórias trocas de produtos mostraram-se absolutamente insuficientes para acompanhar esta evolução, fazendo-se necessária a criação de um novo instrumento monetário apto a prover maior agilidade às transações. Nesse contexto, algumas mercadorias passam a ter força de moeda. Produtos com ampla aceitação passaram significar verdadeiros indicadores econômicos (HUGON, 1973, p. 21-22)

Nesse novo sistema, os produtos passaram a ser trocados já sem o intuito exclusivo do uso, do interesse em consumo próprio. O hábito passou a ser recebê-lo e entregá-lo como meio para adquirir outro bem. São exemplos de “produtos-moeda” escravos, algodão, linho e, no Brasil, açúcar, sal e gado.

Entretanto, essa nova criação econômica não estava isenta de empecilhos. O valor dos

objetos-moeda ainda era muito relativo, frágil em razão das parcas condições do produto, que poderia facilmente perecer. Este inconveniente, além de gerar insegurança, impedia a reserva de valores e demandava considerável desperdício de tempo, pois ainda havia a necessidade de, a cada transação, “re-avaliar a moeda”.

Séculos após, a fim de suprir estas falhas, transformam-se em moeda as pedras e os metais preciosos, que tem melhores condições de serem eficazes instrumentos de troca. Com o transcorrer do tempo e o sucesso da nova moeda, comerciantes, banqueiros e o próprio Estado passaram a cunhar o peso e valor no corpo dos metais, que, por consequência, não precisava mais ser mensurado a cada transação. Temos então uma moeda mais durável, que pode ser armazenada com maior facilidade e segurança, além de garantir maior agilidade ao comércio (GALIANI, 2000, p. 56)

Tendo em vista que os agentes responsáveis pelas alcunhas dos metais eram pessoas de confiança da população, as pedras gradativamente receberam a aceitação de toda a sociedade, que, neste momento, deixou de avaliar individualmente cada moeda, para então contá-las, valendo-se do valor nela expresso (HUGON, 1973, p. 23)

A sociedade moderna, ansiosa por mais evolução, passou a formalizar a moeda em cartas, semelhantes às notas que atualmente vemos circular. Esta modificação permitiu aos Estados valerem-se da moeda quando precisassem, sem a necessidade de buscar os recursos minerais, que já começavam a se tornar escassos. Temos aí o primeiro grande momento da desmaterialização do dinheiro, que passara a ser representado por uma cédula. Tamanha foi a sua aceitação, que ainda hoje “predominam regimes de papel-moeda não conversível, com os governos detendo o monopólio ou o controle sobre sua emissão” (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2012).

Aos poucos, todavia, a moeda tem perdido sua forma material, em um processo cada vez mais rápido de desmaterialização, lastreado pelo avanço tecnológico. Os modernos sistemas de informação, aliados às velozes formas de comunicação, proporcionaram ao sistema bancário novos horizontes. Atualmente são perfeitamente normais os contratos de abertura de conta corrente, onde todo o valor, antes materializado pela cédula, encontra-se depositado na memória de um servidor, bastando, para seu uso, alguns cliques.

Com o desenvolvimento do sistema bancário, tornou-se mais fácil para toda a população o uso do dinheiro, que, uma vez depositado nessas instituições, pode ser movimentado por meio de cheques ou cartões. Vivemos, portanto, na era da moeda escritural,

contábil ou bancária (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2012).

Há décadas já se falava no dinheiro virtual, conforme se observa no estudo de Baptista (apud CASTRO, 1999, p. 4-5), que, em sua tese de livre docência, publicada em 1986, afirma:

(...) ao ver que o papel, que nos é tão familiar, parece fadado ao desaparecimento da cena jurídica, ou a ver-se reduzido a mero personagem secundário, carregado tão-só da lembrança da importância passada. As voláteis memórias dos computadores, as fitas e os discos magnéticos passarão a ser o novo repositório do registro dos atos jurídicos que antes incumbia ao papel.

Os bancos, enquanto responsáveis pela guarda da moeda, valem-se de contratos, a fim de formalizar as operações realizadas com o consumidor. Entre os principais, destacam-se os contratos de cartão de crédito, de abertura de conta corrente, de aplicação financeira, e de mútuo, habitualmente conhecidos como empréstimos. Todos têm um resultado comum: a desmaterialização da moeda, que passa a ser representada por um número de conta, uma folha de cheques ou um plástico de cartão.

Diante desse cenário, o já conhecido instrumento de contrato ganha cada vez mais a aceitação da sociedade enquanto instrumento de circulação de valores, vez que é ferramenta apta a prover, com segurança e agilidade, a movimentação da economia. Para Amaral Neto (apud REZENDE, 2006), o contrato revela uma “jurisdicalização das relações de troca, isto é, a um direito que permita a livre circulação dos bens e dos sujeitos”.

Todavia, é de grande importância observar que as estruturas contratuais renovam-se com grande velocidade, sendo comum observar diuturnamente novos elementos contratuais. Dessa maneira, o Direito deve atualizar-se tão rápido quanto possível, para que possa dar respostas satisfatórias a cada nova situação que lhe for proposta, assegurando aos contratos condições de realizar transações econômicas eficazes em benefício de toda a sociedade.

1.2 Os contratos como mecanismos de circulação de riquezas

Conforme estudando no item anterior, o instrumento de contrato revela-se como uma importantíssima ferramenta para a circulação de riquezas. Transações das mais variadas espécies são realizadas todos os dias, movimentando, assim, a economia e a sociedade. Essa é, em linhas gerais, a função econômica do contrato.

Sobre esta função do contrato, pondera Fiuza (2007):

Os contratos auxiliam no processo de circulação da riqueza. É por meio de contratos que os produtos circulam pelas várias etapas da produção: da mina à fábrica; desta à loja, chegando às mãos do consumidor. Os contratos não só fazem circular as riquezas, mas ajudam a distribuir a renda e geram empregos. É por meio deles que satisfazemos nossas necessidades.

Revelam-se na prática como a mais corriqueira fonte de obrigações de nossa sociedade, pois a antiga dinâmica de trocas, formalizada pela simples tradição, já não é compatível com o moderno sistema capitalista. Com perspicácia, observa Bierwagen (apud REZENDE, 2006, p. 20) que “avolumaram-se os contratos por conta da necessidade de se estabelecer o maior número de negócios possíveis”. Essa constatação reflete a sociedade de consumo em que estamos inseridos.

Tamanho é a sua relevância que atualmente já não é possível conceber uma sociedade sem que haja a relação contratual, mesmo nas mais simples atividades cotidianas. Nesse sentido, discorre Bertoldi (2006, p. 671):

Desde o momento do seu surgimento até o último de seus dias o empresário, seja ele pessoa física ou sociedade empresária, haverá de utilizar-se constantemente de contratos. A aquisição da matéria prima ou do estoque se faz mediante contrato de compra e venda; os serviços de consultoria, de *marketing* ou de contabilidade se dão por meio de contrato de prestação de serviços; seus empregados são admitidos a trabalhar por meio de contrato de trabalho; as mercadorias fabricadas pela indústria são vendidas a seus clientes mediante um contrato; a abertura de conta corrente se dá por meio de um contrato de conta corrente, enfim, toda a movimentação do empresário para a consecução dos seus objetivos é realizada por contratos, sem os quais não podemos sequer imaginar a atividade empresarial.

Diante desse quadro, surge a necessidade de repensar constantemente os padrões de contratação, pois há longa data o contrato vem sofrendo diversas mutações, a fim de que possa se adaptar às demandas específicas de cada sociedade. Diuturnamente observamos novos moldes obrigacionais, que exigem do pensamento jurídico constante atualização, como única maneira de garantir justa e precisa tutela jurídica a essa nova realidade social.

A sociedade contemporânea é marcada pela proliferação das relações de consumo, onde fornecedor e consumidor sequer se conhecem. Nesse contexto de transações rápidas e impessoais, é necessário parar para refletir em que consiste o contrato, quais seus princípios, seus valores e funções, para somente assim estabelecer compreensão mais profunda da importância e dos efeitos deste importantíssimo instrumento jurídico.

Em síntese, pode-se afirmar que o contrato constitui um acordo de vontades tendente a adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos. Nesse sentido, coaduna Oliveira (apud MARTINS, 2002, p. 62), ao dizer que é mais atual o entendimento de que o contrato constitui

“o acordo de duas vontades para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial”.

Por regra, trata-se de negócio jurídico bilateral ou plurilateral, haja vista que sua formação decorre da vontade concomitante de duas ou mais pessoas em contrair obrigações. Todavia, seus efeitos podem ser também unilaterais, pois, apesar de ser necessária a manifestação de duas ou mais pessoas, poderá o teor do contrato criar obrigações a apenas a um dos contraentes (GOMES apud SOUZA, 2012).

Pode-se afirmar, portanto, que o contrato é a manifestação jurídica da vontade humana, proferida no intuito de contrair benefícios e obrigações. Deste modo, de acordo com Gonçalves (2008, p. 13), “sempre, pois, que o negócio resultar de um mútuo consenso, de um encontro de duas vontades, estaremos diante de um contrato”, exceto se não for respeitado algum de seus pressupostos.

Para que possa contratar, a parte deve possuir capacidade jurídica, que pode inexistir em razão da minoridade civil, da falta do discernimento necessário ou de causa transitória, ou mesmo ser atenuada nos casos de menoridade relativa, embriagues habitual, dependência química, discernimento reduzido ou prodigidade, nos termos dos Artigos 3^o e 4^o do Código Civil. Além disso, a pessoa deve ter aptidão específica para contratar, que consiste na capacidade ou poder de disposição das coisas que são objetos do contrato (GONÇALVES, 2008, p. 14-15).

Quanto aos requisitos objetivos, o objeto do contrato deve ser: a) lícito, de modo a não atentar contra a lei, a moral ou os bons costumes; b) possível, tanto jurídica quanto materialmente; c) determinado ou determinável, sendo vedada a contratação de objeto incerto, de maneira que deve ser indicado, ao menos, dados mínimos para a sua caracterização, como gênero e quantidade (GONÇALVES, 2008, p. 15).

Respeitados esses requisitos, e tendo sido firmado de acordo com a forma prevista em lei, o contrato estará apto a produzir as obrigações desejadas pelos seus contraentes,

¹ Código Civil - Art. 3º: São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

² Código Civil - Art. 4º: São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos.

emanando seus efeitos perante o ordenamento jurídico, garantido segurança aos partícipes, na medida em que materializa o acordo das vontades proferidas e lhe concede a devida proteção jurídica. Do contrário, a obrigação é considerada nula ou anulável.

1.2.1 Evolução histórica do contrato

O Direito Romano é de tamanha relevância para o ordenamento jurídico que ainda hoje sofremos ampla influência de seu legado, e no que tange à teoria dos contratos não é diferente. É nesse momento histórico que a ferramenta do contrato toma forma jurídica e passa a receber a adequada tutela jurisdicional, tornando o instrumento uma maneira segura e eficaz de ajustar obrigações.

Naquela época, para que o contrato pudesse ser celebrado e as partes pudessem valer-se da tutela jurisdicional nos casos de inadimplemento, era imprescindível a observância de dois requisitos: manifestação de vontade – desde que válida; e o respeito à forma consagrada. Tamanho formalismo tinha caráter religioso, e as obrigações pactuadas somente recebiam as bênçãos divinas se realizadas de acordo com os rituais adequados (FIUZA, 2007).

Alguns contratos, todavia, ocorriam de forma tão corriqueira que a forma legal, geralmente muito burocrática, já se mostrava inviável. Assim surgiram quatro modalidades de contrato *solo consensu*, que poderiam ser firmados apenas pelo simples acordo de vontades: venda, locação, mandato e sociedade. Referido rol era taxativo, e todos os demais deveriam continuar respeitando os ditames impostos pelo Estado (FIUZA, 2007).

Posteriormente, o direito contratual, com a transição para o Estado Liberal, sofreu profundas mudanças nos modelos legais então vigentes, na medida em que a população, especialmente a classe burguesa, já não desejava mais a constante intervenção do Estado em seu patrimônio. Neste sentido, assevera Venosa (apud GONÇALVES, 2008, p. 3) que a primeira grande normatização sobre o assunto foi o Código Napoleônico, surgido no contexto da Revolução de 1789, em cujo texto encontrava-se uma garantia para os burgueses e classes proprietárias, prevendo que a partir de então a transferência dos bens passava a ser dependente exclusivamente da manifestação de vontade.

Godoy (2004, p. 4) corrobora e vai além, afirmando que este novo paradigma contratual, marcado pela supremacia do princípio da autonomia das vontades, reflete os

valores do Estado Liberal, onde o contrato constitui, fundamentalmente, um instrumento de afirmação econômica das classes sociais então ascendentes:

À classe burguesa que ascendia, cuja atividade de produção alterava a índole agrária da Idade Média, convinha a instrumentalização jurídica ou a ideologia mesmo da liberdade contratual, a absolutização, quase que completa, da autonomia da vontade, quando revelada pela tríplice e intocável prerrogativa de escolher contratar, o que contratar e com quem contratar (...)

Em outras palavras, a sociedade da época passava por um movimento de mercantilização, onde fez-se necessário o abandono de alguns formalismos, a fim de prover maior agilidade ao ato de contratar. Nesse contexto revolucionário, o “contrato começa a se estabelecer como instrumento abstrato, pois se confere força obrigatória às manifestações de vontade, sem os formalismos exagerados do Direito Romano.” (FIUZA, 2007)

Para o liberalismo puro, o ordenamento jurídico é concebido por um emaranhado de obrigações contraídas livremente pelas pessoas, onde tudo pode transformar-se em mercadoria, bastando para tanto a manifestação de vontade. A liberdade de contrato e de propriedade são valores fundamentais, e garantem que a sociedade, livre das amarras estatais, possa dispor como melhor lhe aprouver seu patrimônio. (GODOY, 2004, p. 8)

No início do século XX, a sociedade passa por um contexto de crises econômicas e sociais, momento em que os valores liberais mostram-se falhos em diversas situações, inclusive no que tange a teoria dos contratos. A praticamente ilimitada liberdade contratual do Estado Liberal tem por efeito o aumento da desigualdade social, na medida em que os contraentes podem ajustar cláusulas absurdas, que estabeleçam vantagens desmedidas à uma parte em detrimento da outra.

Com a transição do Estado Liberal para o Estado Social, o dogma da autonomia da vontade então vigente perde espaço, outorgando ao contrato uma nova concepção. O instrumento do contrato passa a agregar um novo valor: a função social:

(...) a função social do contrato serve precipuamente para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório. Tal princípio desafia a concepção clássica de que os contraentes tudo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade. (PEREIRA apud GONÇALVES, 2008, p. 5)

Se antes, no período do liberalismo puro, apenas a lei poderia limitar a vontade dos contraentes, atualmente vige um novo contexto jurídico, onde o Direito atua no intuito de

levar o indivíduo a entrosar-se na vida social e a pensar no coletivo (SOUZA, 2002, p. 112).

Para Marques (2006, p. 64) a nova concepção social do contrato observa não apenas o momento da manifestação da vontade (consenso), mas também os efeitos do contrato na sociedade. Nesse sentido são precisas as palavras de Azevedo (apud GODOY, 2004, p. 7), que afirma que a análise da função social do contrato “impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo mais”.

No Brasil, a função social do contrato encontra menção expressa no Artigo 421³, além de ser mencionado no Parágrafo Único do artigo 2.035⁴, ambos do Código Civil de 2002, e é limitadora do princípio da liberdade contratual. Ademais, permite ao juiz alterar disposições do contrato, para corrigir desigualdades e garantir a harmonia dos interesses manifestados pelos contraentes.

Em outras palavras, o instrumento de contrato decorre da evolução histórica das formas de negociar, despontando como uma ferramenta capaz de garantir maior segurança jurídica e patrimonial aos contraentes, além de possibilitar maior versatilidade à transação, na medida em que a autonomia das vontades permite às partes liberdade na estipulação das obrigações. Ademais, é de fundamental importância para a sociedade contemporânea, pois permite que, em observância às suas funções econômica e social, seja uma ferramenta jurídica adequada para a manutenção da ordem pública, na medida em que reflete os valores e princípios do Direito.

1.2.2 Princípios do Direito contratual

A atividade empresarial pressupõe constante mutação das formas de negociar, de maneira que constantemente surgem inúmeras novas modalidades de contratos inominados e atípicos, com novos elementos e configurações. Limitar o Direito a um rol objetivo e taxativo

³ Código Civil - Art. 421: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

⁴ Código Civil - Art. 2.035: A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

de modalidades e objetos de contratação é estagnar a atividade comercial, que se renova com vertiginosa frequência, na medida em que novas tecnologias e necessidades são criadas.

Pereira (2005, p. 24), em sua obra, ressalta este fato, evidenciando que a velocidade da vida econômica e as necessidades sociais desde sempre estimularam a criação de tipologias e modalidades contratuais que o legislador, dada a sua agilidade de transformação, não pode acompanhar, de modo que os Códigos apenas as absorvem após as práticas correntes e reiteradas já terem-na delineado.

Todavia, apesar de livre e autônoma, a liberdade contratual não é ilimitada. A vontade das partes, representada no pacto, está intimamente ligada aos princípios de Direito, cujos valores constituem verdadeiros pilares fundamentais do nosso ordenamento, indissociáveis de qualquer ramificação jurídica.

Reale (1996, pag. 304), em aprofundado estudo do tema, conceitua os princípios como “verdades fundantes” de qualquer sistema de conhecimento. Para ele, os princípios gerais de direito constituem enunciações normativas de valor amplo e genérico, orientadoras da compreensão jurídica, quer para sua aplicação imediata, sua integração nos casos de lacunas, ou na elaboração de novas normas e leis, abrangendo, desta forma, tanto o campo da pesquisa quanto da prática.

Não obstante os contratos mercantis, considerados sob a égide do Direito Comercial, e os contratos de consumo, marcados pela incidência do Código de Defesa do Consumidor, sejam repletos de peculiaridades, a estes também se aplicam os princípios gerais dos contratos, caracterizados sob a ótica do direito civil.

Theodoro Junior (2001, p. 66) destaca que os princípios estabelecidos pela teoria clássica do direito contratual subsistem em relação aos contratos de consumo, mesmo que mais flexíveis e adaptados, de maneira a prover e assegurar tutela especial à parte vulnerável nas negociações de massa, garantindo os aspectos éticos necessários à busca da justiça contratual e da segurança jurídica.

Tamanha sua importância para o ordenamento jurídico que devem ser estudados individualmente e com maior profundidade.

1.2.2.1 Princípio da autonomia de vontade

É requisito essencial do contrato que a vontade das partes seja autônoma e plena. Entende-se autônoma a vontade do agente capaz de discutir e escolher as cláusulas que quer – ou não – contratar. Revela-se, segundo Restiffe (2006, p. 265), na “livre estipulação do conteúdo do contrato”.

Gonçalves (2008, p. 20) conceitua com precisão o referido princípio:

O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando os efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado. Podem celebrar contratos nominados ou fazer combinações, dando início a contratos inominados.

O contrato atípico, nas palavras do já mencionado doutrinador Gonçalves (2008, p. 22), é aquele que, mesmo não possuindo qualquer regulamentação no Direito Positivo, surge pelo acordo de vontade das partes e, por si só, gera o vínculo e cria a obrigação recíproca do cumprimento das prestações estipuladas. Assim, ressalta que o contrato será válido sempre que as partes sejam capazes e o objeto lícito, determinado ou determinável e suscetível de avaliação econômica. A própria legislação apresenta de forma expressa esta faculdade dos contratantes, conforme podemos observar no Artigo 425⁵ do diploma Civil.

Além da liberdade na criação do contrato, merecem destaque outros dois efeitos deste princípio, que são: a) liberdade de contratar ou não, resguardando a parte o direito de não aceitar o contrato se não lhe for de seu interesse; b) a liberdade de escolher outro contratante, sempre que houver.

Pereira (2006, p. 25) ainda arrola um quarto efeito emanado pela autonomia das vontades, que consiste no poder do contrato firmado constituir fonte formal de direito, podendo ser tutelado pelo aparelho coador do Estado, para fazê-lo ser respeitado tal como está, assegurando a execução segundo o interesse que presidiu a sua constituição.

Esta liberdade contratual, todavia, não é absoluta e limita-se pela supremacia da ordem pública, estabelecida nos princípios e normas de Direito, conforme estudaremos a seguir.

1.2.2.2 Princípio supremacia da ordem pública

⁵ Código Civil - Art. 425: É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

Para parcela da doutrina, o princípio da supremacia da ordem pública é parte integrante do princípio da autonomia da vontade, estando para este como um limitador, inseparável da sua aplicação prática. Todavia, outra parcela o trata em separado, em vista de sua complexidade e de suas peculiaridades, conforme poderemos ver a seguir.

Rodrigues (2007, p. 16) tece primoroso conceito de ordem pública, ao afirmar que a idéia de ordem pública é constituída por aquele conjunto de interesses jurídicos e morais cuja preservação incumbe a sociedade como um todo, de maneira que tais princípios e valores não podem ser arbitrariamente alterados por convenção entre os particulares.

Não é novidade que o interesse público deve ser posto em posição hierarquicamente superior aos interesses individuais, e na relação contratual a regra permanece a mesma. O interesse público limita diretamente a discricionariedade das partes na confecção do contrato, norteando os limites da sua arbitrariedade.

Segundo Pereira (2006, p. 26), o direito positivo prescreve uma série de normas que integram a matéria dos contratos e limitam a liberdade individual dos indivíduos, sem as quais a vida de toda a coletividade restaria perturbada. Estes, para ele, são reflexos de um princípio ao qual o pacto de vontades não pode se esquivar, sob pena de sofrer as respectivas penalidades, cujo primordial escopo é resguardar a ordem pública e os bons costumes.

Pereira (2006, p. 26) ainda descreve com notável precisão os efeitos deste princípio:

Dentro destes campos, cessa a liberdade de contratar. Cessa ou reduz-se. Se a ordem jurídica interdiz o procedimento contra certos princípios, que se vão articular na própria organização da sociedade ou na harmonia das condutas, a sua contravenção penetra as raias do ilícito, e o ato negocial resultante é ferido de ineficácia.

Para Gonçalves (2008, p. 23), a primazia do interesse público vem se consolidando há longa data, historicamente recebendo cada vez maior atenção e, conseqüentemente, mais força. Para ele, esta limitação resulta diretamente da constatação, feita diante da crescente industrialização do início do século passado, de que as irrestritas possibilidades contratuais tinham como conseqüência aumentar a desigualdade social, na medida em que permitia a exploração do mais fraco, notadamente hipossuficiente. Neste sentido, a legislação faz constar expressamente esse princípio do Código Civil, nos Artigos

nº. 421⁶ e 2.035, parágrafo único⁷. A intervenção do Estado na vida contratual é, hoje, tão intensa em determinados campos (telecomunicações, consórcios, seguros, sistema financeiro etc.) que se configura um verdadeiro dirigismo contratual

Como marcos da evolução do pensamento dos direitos sociais e da ordem pública, o referido autor cita a criação da Lei do Inquilinato, a Lei da Usura, Lei da Economia Popular e Código de Defesa do Consumidor, etc., momento em que afirma que “a intervenção do Estado na vida contratual é, hoje, tão intensa em determinados campos (telecomunicações, consórcios, seguros, sistema financeiro etc.) que se configura um verdadeiro dirigismo contratual” (GONÇALVES, 2008, p. 23).

Diniz (2007, p. 24) conceitua esta expressão:

A expressão dirigismo contratual é aplicável às medidas restritivas estatais que invocam a supremacia dos interesses coletivos sobre os meros interesses individuais dos contraentes, com o escopo de dar execução à política do Estado de coordenar os vários setores da vida econômica e proteger os economicamente mais fracos, sacrificando benefícios particulares em prol da coletividade, mas sempre conciliando os interesses das partes e os da sociedade.

Assim, não há que se falar em incompatibilidade com o princípio da autonomia da vontade, vez que um complementa o outro, no sentido de apontar o norte e definir limites para que o contrato possa então surtir seus efeitos em conformidade com sua função social.

1.2.2.3 Princípio da força obrigatória dos contratos

Uma vez emanada a vontade das partes, sendo esta livre e o objeto lícito, o contrato passa a ter força de lei, caracterizando a máxima “*pacta sunt servanda*”, cuja tradução é de que as obrigações firmadas devem ser cumpridas. Tem por desígnio assegurar o cumprimento das obrigações propostas e acordadas pelos contratantes.

Sobre o assunto, manifesta-se Venosa (1992, p. 23), no sentido de que tal

⁶ Código Civil – Artigo 421: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

⁷ Código Civil –Artigo 2.035, Parágrafo único:Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

obrigatoriedade é a base do direito contratual, devendo o ordenamento jurídico prover instrumentos judiciários e legais para impor ao contratante o dever de cumprir o contrato ou indenizar as perdas e danos decorrentes do seu inadimplemento. Em não estando o contrato dotado de força obrigatória, portanto, estaria estabelecido o caos.

Este princípio representa a força contratual na criação de vínculos e obrigações, conforme poderemos constatar no robusto conceito de Pereira (2006, p. 15):

O princípio da força obrigatória do contrato contém ínsita uma idéia que reflete o máximo de subjetivismo que a ordem legal oferece: a palavra individual, enunciada na conformidade da lei, encerra uma centelha de criação, tão forte e profunda, que não comporta retratação, e tão imperiosa que, depois de adquirir vida, nem o Estado mesmo, a não ser excepcionalmente, pode intervir, com o propósito de mudar o curso de seus efeitos.

Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 28) apresenta dois fundamentos para o aludido princípio, que são: a) a necessidade de segurança jurídica, de maneira a garantir o cumprimento da palavra empenhada, evitando prejuízos e balburdia; b) a imutabilidade (intangibilidade) do contrato, personificada pela máxima da *pacta sunt servanda*, que estabelece que “*os pactos devem ser cumpridos*”, não podendo ser alterados nem sequer pelo juiz, salvo se aceita por ambos os contratantes ou nos demais casos previstos em lei.

Sobre a sua importância, reforça Rogério Marrone de Castro Sampaio (1999, p. 20):

Este é o princípio que dá segurança às relações contratuais e que, portanto, proíbe a retratabilidade pura e simples de uma das partes e mesmo a revogação unilateral das obrigações contraídas ou de algumas cláusulas estipuladas.

Excepcionam a regra e constituem limitação a este princípio o caso fortuito e a força maior, consignadas no texto do Artigo. 393 do Diploma Civil⁸. Além do caso fortuito e da força maior, atenua a incidência do princípio da obrigatoriedade a *Teoria da Imprevisão*. Esta teoria, por sua vez, baseia-se na cláusula *rebus sic stantibus*, que em uma tradução literal quer dizer “*permanecendo as coisas como estavam antes*”.

Sampaio (1999, p. 20) explica que, sempre em caráter de exceção, a aplicabilidade da teoria da imprevisão tem lugar quando, verificadas circunstâncias imprevisíveis e anormais, o

⁸ Código Civil - Art. 393: O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

contrato perde seu equilíbrio, tornando-se demasiadamente oneroso a uma das partes, de modo a beneficiar, indevidamente, a outra. Verificado o desajuste, tem então o Judiciário poder para alterar as cláusulas a fim de restabelecer o equilíbrio inicial, ou extinguir o negócio, fazendo cessar o estado de lesão.

Diniz (2007, p. 31) também tece suas considerações:

(...) é uma ressalva ao princípio da imutabilidade dos contratos, de aplicação excepcional e restrita. A força vinculante dos contratos somente poderá ser contida pela autoridade judicial em certas circunstâncias excepcionais ou extraordinárias, que impossibilitem a previsão da excessiva onerosidade no cumprimento da prestação, requerendo a alteração do conteúdo da avença, a fim de que se restaure o equilíbrio entre os contraentes.

No conflito estabelecido entre a *pacta sunt servanda* e a *rebus sic stantibus*, percebemos claramente uma integração de diversos princípios gerais de Direito, na medida em que a teoria da obrigatoriedade se limita em prol de valores como a boa-fé, a liberdade da – manutenção – da vontade, a ordem pública e o interesse social do contrato.

1.2.2.4 Princípio da relatividade dos contratos

O contrato faz lei entre as partes, e, por regra, é somente entre as partes contratantes e o objeto contratado que seus efeitos poderão se irradiar. Este é, em síntese, o que estabelece o princípio da relatividade dos contratos, que delimita a abrangência da obrigatoriedade destas obrigações pactuadas.

Discorre Theodoro Junior (2001, p. 32) que, muito embora os “efeitos externos” do contrato não passam despercebidos pela sociedade, as “conseqüências internas”, ou seja, os direitos e obrigações, devem limitar-se aos contratantes, de maneira que o contrato não poderá criar ônus à terceiro que dele não participou. E mais, também deve permanecer restrito ao seu objeto, evitando que seja criado um poder ilimitado de ingerência na propriedade e privacidade alheia.

Para Rodrigues (2007, p. 17), o aludido artigo representa “*um elemento de segurança, a garantir que ninguém ficará preso a uma convenção, a menos que a lei o determine, ou a própria pessoa o delibere*”.

Portanto, para que se possam realizar a atividade contratual faz-se necessária a manifestação da vontade, sendo vedada a sua representação por terceiros que não estejam

aptos a manifestá-la.

1.2.2.5 Princípio da boa-fé objetiva

Em qualquer fase, seja pré ou pós-contratual, é de vital importância que as partes guardem valores de probidade e boa-fé, que são inerentes e inseparáveis da prática de qualquer negócio jurídico, sob pena de, se não observados, o feito perder sua validade por não prover devido equilíbrio aos contratantes, ceifando de plano qualquer possibilidade de o contrato vir a exercer sua função social. Tamanha é sua importância que passou a constar expressamente no diploma Civil, que o prevê em seu Artigo 422⁹.

Portanto, inova o Código Civil de 2002 ao fazer menção expressa ao princípio da boa fé, que passa a ser exigível de maneira objetiva, como regra de comportamento. Sobre isto, discorre Pereira (2006, p. 26):

A positivação do princípio da boa-fé objetiva como cláusula geral no Código de 2002 certamente em muito contribuirá para o seu desenvolvimento a doutrina e jurisprudência brasileiras. Na apuração da conduta contratual, o juiz não pode deixar de se informar dos usos, costumes e práticas que os contratantes normalmente seguem, no tocante ao tipo contratual, que constitua objeto das cogitações no momento, ou em torno do qual surge o litígio.

Ainda sobre o mencionado Artigo, lecionam também os doutrinadores Nery Junior e Andrade Nery (2003, p. 338/339):

A boa fé objetiva impõe ao contratante um padrão de conduta, de modo que deve agir como um ser humano reto, vale dizer, com probidade, honestidade e lealdade. Assim, reputa-se celebrado o contrato com todos estes atributos que decorrem da boa-fé objetiva. Daí a razão pela qual o juiz, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, deve dar por pressuposta a *regra jurídica* (lei, fonte de direito, regra jurídica criadora de direitos e de obrigações) de agir com retidão, nos padrões do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar.

Posto isto, é de suma relevância caracterizar as diferenças entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. Neste norte, Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 34) distingue a boa-fé

⁹ Código Civil – Artigo 422: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

subjetiva como sendo aquela que diz respeito ao conhecimento ou a ignorância de determinados fatos, vinculando-se ao plano da consciência do contratante, visando proteger aquele que acredita estar agindo conforme o direito, mesmo que não seja esta a realidade. Para a sua aplicação, deve o interprete levar em consideração a intenção do sujeito, seu estado psicológico ou sua íntima convicção. A boa-fé objetiva, por sua vez, é uma regra de conduta, fundamentada em norma jurídica criada com base nos princípios gerais de direito, que todos os contratantes devem respeitar.

Em síntese, pode-se concluir que, para que reste caracterizada a boa fé, as partes deverão se manifestar e agir de maneira digna, fazendo-se dignas de confiança mútua, dentro da moral e dos bons costumes, de forma transparente e leal, sendo-lhes vedada a prática de qualquer medida abusiva, que venha a proporcioná-las vantagem injusta, em detrimento de direito alheio.

De acordo com o aludido princípio, nas palavras da insigne doutrinadora Diniz (2007, p. 34), “o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção inferida na declaração de vontade das partes”.

E tal postura deverá permanecer por todo o período que perdurar o contrato, desde o momento anterior a sua efetivação, até no final de sua execução. Neste sentido, para Diniz (2007, p. 24), impõe-se que haja entre as partes contratantes permanente auxílio mútuo na realização negocial, de maneira a evitar que uma dificulte a ação da outra.

1.2.2.6 Princípio do consensualismo

No transcorrer da história a formação do contrato respeitava um formalismo exacerbado, que por diversas vezes obstava e atrapalhava o desenvolvimento das negociações. A execução do objeto do contrato subordinava-se a requisitos exagerados, sob o pretexto de garantir maior segurança jurídica.

No entanto, em razão principalmente do desenvolvimento da atividade mercantil e conseqüente aumento da demanda contratual, o formalismo que então vigorava deu espaço ao consensualismo, que relaxa a tutela jurídica sobre o instrumento a fim de reforçá-la sobre o objeto do negócio. Para Gonçalves (2008, p. 34) basta, para o aperfeiçoamento do contrato, o acordo de vontades, decorrente da concepção moderna de que o contrato resulta do consenso.

Quanto aos requisitos, no Direito pátrio a forma de contratar que prevalece é a livre, autorizando os agentes a celebrar contratos por escrito ou verbalmente, salvo nos casos em que a forma esteja definida em lei.

Conceitua Bittar (1994, p. 455):

(...) sendo o contrato corolário natural da liberdade e relacionado à força disciplinadora reconhecida à vontade humana, tem-se que as pessoas gozam da faculdade de vincular-se pelo simples consenso, fundadas, ademais, no princípio ético do respeito à palavra dada e na confiança recíproca que as leva a contratar. Com isso, a lei deve, em princípio, abster-se de estabelecer solenidades, formas ou fórmulas que conduzam ou qualifiquem o acordo, bastando por si para a definição do contrato, salvo em poucas figuras cuja seriedade de efeitos exija a sua observância (como no casamento, na transmissão de direitos sobre imóveis)

Portanto, contemporaneamente, qualquer ajuste que manifeste expressão de vontade possui força obrigatória, salvo os casos em que a forma é prevista em lei. A vontade, manifestada pelo consenso, assume a posição de entidade geradora de obrigações, dotada de força cogente nos casos em que não for respeitada.

1.3 Os contratos de consumo e a incidência do Direito do Consumidor

O aumento da produção, propulsionado pela revolução industrial, resulta hoje em uma sociedade marcadamente consumerista, onde as relações de troca acontecem com uma frequência assustadora, talvez imensurável. A atividade comercial, a fim de suprir as necessidades da população, cria novos padrões de contratação, podendo-se inclusive afirmar que as relações entre vendedor e comprador despersonalizaram-se.

Como decorrência dessa expansão comercial, os contratos massificaram-se, passando a propor conteúdo semelhante, quando não igual, a uma quantidade indefinida e geralmente muito grande de pessoas. Sobre a nova realidade contratual, discorre Marques (2006, p. 65):

(...) por uma questão de economia, de racionalização, de praticidade e mesmo de segurança, a empresa predispõe antecipadamente um esquema contratual, oferecido à simples adesão dos consumidores, isto é, pré-redige um complexo uniforme de cláusulas, que serão aplicáveis indistintamente a toda essa série de futuras relações contratuais.

Diante dessa situação, o equilíbrio entre os contraentes para que pudessem livremente ajustar as cláusulas aos seus interesses viu-se duramente limitado, na medida em que grande parte das relações de consumo passou a ser formalizada por meio de um contrato de adesão, inflexível em seu teor, estipulado pelo vendedor. Nele depositava todas as garantias que lhe aproovessem, em detrimento da concessão de benefícios que não lhes fossem interessantes.

Aliada a visão liberal do direito, onde a manifestação de vontades fazia-se lei, esse momento cultural foi marcado por grandes violações aos direitos dos consumidores, na medida em que estes são contraentes mais vulneráveis, muito fracos em relação ao fornecedor. Diante de tão gravoso quadro, fez-se necessária a criação de tutela específica, capaz a reajustar o equilíbrio entre as partes e atender as peculiaridades das relações consumeristas (CASTRO, 2012)

Por meio da lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, criou-se o Código de Defesa do Consumidor, que revolucionou a teoria contratual brasileira, na medida em que expandiu seu leque de princípios a todos os contratos em que houvesse relação de consumo, limitando duramente o princípio da autonomia das vontades. Essa lei busca ajustar permanentemente o equilíbrio do contrato entre consumidor e fornecedor, tendo em vista a posição econômica favorável do fornecedor, impondo-se a necessidade de um equilíbrio mínimo em todos os contratos de consumo (KHOURI, 2006, p. 40-41).

De acordo com Castro (2012), passou a se questionar o conceito de livre convencimento, questionando se este seria apenas a manifestação de vontade pura, ou apenas aquela que fosse livre de qualquer espécie de coação ou pressão. Surge então a idéia de o consentimento somente será válido se for realmente autônomo, baseado em uma relação que se demonstre paritária, considerando as particularidades das partes.

Entre as inúmeras inovações criadas, surge o direito da proteção contratual, que consiste na proteção dos consumidores no combate a onerosidade excessiva, assegurando direito de modificação de cláusulas que sejam criadoras de prestações desproporcionais, bem como a possibilidade da anulação dos efeitos de cláusulas que importem em obrigação abusiva (MARQUES, 2007).

Os contratos firmados no sistema contratual do cartão de crédito, que serão posteriormente estudados de maneira mais apurada, consistem, em sua maioria, em relações de consumo, razão pela qual se faz importância uma análise diferenciada de seus elementos. Em momento oportuno, serão demonstradas as grandes inovações proporcionadas pelo

Direito do Consumidor no que tange às transações via cartões de crédito, bem como as divergências que o tema ainda vem proporcionando, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

1.4 O cartão de crédito e a moeda eletrônica

Cada vez mais, observamos que o papel também vem perdendo espaço diante das constantes novidades produzidas pelas modernas tecnologias. A assinatura, expressão física da manifestação da vontade, já perde relevância quando comparada a atual “assinatura-eletrônica”, que é nada mais que uma senha, alguns dígitos, criados e protegidos por seu titular.

Nos dias de hoje, basta possuir um cartão plástico, com uma tarja magnética ou um chip contendo informações, para que se possa, a qualquer hora, de qualquer lugar do mundo, dentro ou fora do estabelecimento bancário, sacar dinheiro, realizar compras e transferir valores, sem ter que sequer fazer uso de uma caneta para assinar (CASTRO, 1999). Portanto, pode-se afirmar que a moeda perdeu sua materialidade, passando a figurar em bancos de dados, guardados em potentes servidores, sempre a disposição de seus respectivos donos.

Pode-se, portanto, afirmar que, para alguns autores, o cartão de crédito representa uma etapa de um caminho evolutivo, em direção a uma sociedade sem dinheiro (BRANCO, 1998, p. 7). Nesse contexto, o cartão tomaria uma função que há séculos era exercida pelos títulos de crédito, evitando a necessidade do deslocamento com grandes quantias de dinheiro (AZEVEDO, 2007, p. 22), na medida em que basta a apresentação de um plástico para a comprovação dos valores que possui.

Contudo, para chegar ao atual estágio, muitas foram as evoluções do sistema dos cartões, conforme explica Fazzio Junior (2011, p. 4):

(...) o mercado de cartões envolve um processo complexo de negócios que, embora observe uma formatação jurídica satisfatória, encontra-se sempre em desenvolvimento dialético. A nova tipologia contratual necessária para a organização eficiente da atividade econômica, vale dizer, inclinada à maximização da produtividade, determina, em sentido contrário, a eclosão de concepções asseguradoras dos interesses daqueles que, necessariamente, são destinatários das agências econômicas de produtos e serviços. E estas determinam a revisão daquelas e assim por diante.

Engana-se quem pensa que o cartão é uma ferramenta simples. Por trás do seu funcionamento, encontram-se inúmeras operações, que vinculam em um único sistema uma coligação contratual, firmada por várias partes, que contraem várias obrigações. Para melhor compreensão da amplitude dos seus efeitos, é de fundamental importância apurada análise individualizada sobre cada um de seus componentes, a fim de que, superada essa etapa, seja possível estabelecer uma compreensão global dessa ferramenta de pagamentos tão importante pra o nosso dia-a-dia.

CAPÍTULO II

2. ASPECTOS CONTRATUAIS DO SISTEMA DE CARTÕES DE CRÉDITO

Conforme comentado no capítulo anterior, a atividade comercial adapta-se aos padrões de consumo de cada época, de modo atualizar suas ferramentas e criar novas formas de negociar. O cartão de crédito surge dessa evolução, pois a partir da idéia de comercializar o crédito, sob a praticidade de um cartão plástico, hoje a sociedade vale-se de mais uma forma de adquirir bens ou serviços, com maior conforto e praticidade.

Para tanto, um simples contrato, visto de maneira isolada, era insuficiente. Portanto, o Direito, em atualização de seus valores, vem reconhecendo a importância da coligação contratual, que tem por consequência um aumento nas possibilidades de contratação, na medida em que torna juridicamente viável novas e mais complexas relações.

O cartão de crédito, para seu correto funcionamento, dispõe de um complexo sistema contratual, que constitui uma coligação contratual firmada no intuitivo de efetuar e receber pagamentos. Suas peculiaridades, foco do presente capítulo, passam a ser estudadas minuciosamente, para melhor compreensão global de todas as relações que estruturam e fazem funcionar essa pequena peça de plástico, absolutamente relevante para a economia contemporânea.

2.1 O surgimento do cartão de crédito

O homem, enquanto ser social, é fundamentalmente consumista, e, portanto, vale-se diuturnamente de transações comerciais, que consistem, por regra, na entrega de um produto ou realização de um serviço, mediante a respectiva contraprestação, o pagamento.

Os meios de pagamento adotados pela sociedade adaptam-se constantemente as novas necessidades sociais, de modo a garantir maior conforto, segurança e praticidade ao dia-a-dia de toda a população, especialmente no controle e na movimentação do seu dinheiro. Gradativamente evoluímos a forma de portar e transferir dinheiro, conforme estudamos no capítulo anterior.

O surgimento de novas modalidades de pagamento implica fatalmente na criação de formas diferenciadas de contratar, que não podem ser excluídas da apreciação do Direito. Afirma FAZZIO JÚNIOR (2004, p. 233), que “a Prática produz continuamente contratos atípicos, cuja delimitação reclama indagações mais verticais. É da índole do direito empresarial que assim seja”.

O sistema de cartões que hoje conhecemos surge justamente de uma transação frustrada, pois o cliente, ao sair de um jantar de negócios, percebeu que não portava sequer dinheiro, sequer seu talonário de cheques, ficando impedido de quitar os valores devidos pela refeição. Diante da embaraçosa situação, a fim de conseguir algum crédito e postergar o pagamento, entregou seu cartão de visitas, constando no verso o valor total das despesas e sua assinatura (AZEVEDO, 2007).

Apesar de indesejado, o ocorrido naquela noite foi o propulsor do sistema de cartões de crédito que hoje conhecemos, pois os empresários que no local se encontravam acreditaram que poderiam vender os benefícios dessa idéia, inspirados na praticidade da operação e desnecessidade do constante porte de dinheiro. E, desta forma, Frank MacNamara criou o primeiro cartão de crédito, o Diners Club.

Como o nome sugere¹⁰, era aceito apenas em restaurantes. Inicialmente, cerca de 27 estabelecimentos foram conveniados, e os cartões foram distribuídos para aproximadamente 200 pessoas, todas conhecidas do Sr. MacNamara. Os cartões eram confeccionados com papel-cartão e constavam de um lado informações sobre o seu titular, e do outro os locais onde era recebido (PACIEVITCH, 2012).

Antes do surgimento do Diners empresas americanas já utilizavam-se de um sistema análogo, conhecido como “cartão de credenciamento”, ou, no linguajar popular, “Cartão de bom pagador”. Consistia, basicamente, em um cartão fornecido pelo estabelecimento ao

¹⁰ Diners Club em português significa “Clube da Janta”.

cliente, oferecendo vantagens, como descontos e prazo para pagamento. O Diners, por sua vez, vem com maiores ambições e um propósito mais amplo, na medida em que o seu uso não limita-se a um único estabelecimento. É nesse momento que surge a figura da administradora dos cartões, que intermedeia todas as operações e torna possível que um único cartão seja válido para compras em vários locais.

Os pagamentos, que antes eram feitos em espécie ou por títulos de crédito, com notas promissórias e cheques, cedem lugar a uma inovadora modalidade contratual, composta de várias partes e obrigações, distintas entre si, mas envolvidas num mesmo propósito: efetuar e receber pagamentos.

Para AZEVEDO (2007, p. 13) o objeto básico do cartão de crédito é a abertura de um crédito rotativo para em face do seu titular e portador, que, utilizando o cartão como documento de legitimação, pode adquirir produtos e serviços, preocupando-se em saldar a dívida somente no vencimento de sua fatura.

Em curto espaço de tempo, graças aos bons resultados obtidos, a procura pelos cartões aumentou consideravelmente, alargando o rol de estabelecimentos conveniados e aptos a aceitá-lo para mais de 300 em menos de um ano. Tanto se difundiu, que em 1954 já havia chegado ao Brasil.

Em nosso país, todavia, a aceitação do cartão como meio de pagamento deu-se de maneira mais lenta, em razão dos altos índices inflacionários que tornavam o acesso ao crédito temerário. A compra em poucos dias poderia aumentar excessivamente de valor, inviabilizando a operação.

Com o advento do plano real e o controle da inflação, o cartão de crédito pôde mostrar de forma satisfatória seu funcionamento, destacando-se como uma nova alternativa vantajosa de pagamento. Tanto o é, que, de acordo com pesquisas realizadas pela ABECS – Associação Brasileira de Empresas de Cartões e Serviços, no ano de 2011 o Brasil já contava com mais de 687 milhões de cartões, cujas transações excedem a quantia de 8 bilhões de reais ao ano (ABECS, 2011).

2.2 Classificação e principais modalidades de cartão de crédito

Conforme já explicitado, o cartão de crédito surge em um contexto de massificação

das transações comerciais, surgindo como uma solução contratual, de cunho mercantil, destinado a prover agilidade e segurança a uma expressiva quantidade de negócios. Para tanto, apresenta peculiaridades em relação aos contratos típicos, ou mesmo dos demais contratos atípicos, na proporção em que estrutura-se em em uma coligação de contratos, unidos para a realização de uma função econômico-social.

Nesse sentido, discorre CORDEIRO (apud AZEVEDO, 1999, p. 375):

Nos direitos codificados, o contrato é tratado como figura isolada, surgindo na lei ou na doutrina como uma figura autônoma, completamente isolada de todos os demais negócios circundantes. Mas a realidade traz um cenário efetivo diferente, com o encadeamento de contratos e com o surgimento de contratos seriados e articulados com o enquadramento de contratos complexos, situando-se a coligações de contratos.

Importante ressaltar que, não obstante seja composto por vários contratos individuais, prepondera a concepção de que o sistema de cartões de crédito seja uno, pois sua natureza o faz indivisível. Corrobora BRANCO (1998, p. 68), ao afirmar que a concepção de cartão de crédito “deriva da idéia de que o todo não é meramente a soma das partes”.

Quanto a forma de contratação, o sistema do cartão de crédito forma-se, por excelência, a partir de um contrato de adesão, pois não concede às partes a liberdade para discutir livremente o seu teor. Faz se a partir da vontade do emissor, que elabora todas as cláusulas e submete para a aceitação do futuro titular e portador, sem que este possa alterá-las. Poderá somente aceitá-las ou recusá-las, de forma pura e simples, e em bloco, sem maiores discussões (GONÇALVES, 2008, p. 75).

No aspecto territorial de sua aceitação, os cartões diferem-se em domésticos ou internacionais, pois, como a própria nomenclatura sugere, podem conter restrições ao seu uso fora dos limites do país onde fora emitido.

O cartão internacional segue os mesmos padrões de qualquer outro cartão, porém permite ao seu portador adquirir bens no exterior. Os valores das compras são convertidos em reais, de acordo com a taxa do câmbio, além de submeterem-se as regulações tributárias atinentes (BRANCO, 1998, p. 83).

Não obstante as administradoras estejam presentes em todo o mundo, e a tecnologia já esteja apta a suportar demandas das mais remotas localidades, o titular, como forma de aumentar a segurança do uso de seu cartão, pode optar por restringir o uso desta ferramenta ao país em que reside. Fundamenta-se, principalmente, na facilidade de resolução de transações

fraudulentas, tendo em vista que todas as partes envolvidas estão, em tese, sob uma mesma jurisdição. Temos, nesse caso, um cartão doméstico.

Semelhante classificação é a dos cartões privativos e universais. Enquanto os primeiros podem somente ser utilizados em uma determinada rede de filiados, para a aquisição de determinados tipos de produtos ou serviços - geralmente com vantagens como descontos ou brindes, os segundos podem ser utilizados em qualquer estabelecimento comercial, desde que este tenha previamente ajustado com a administradora (AZEVEDO, 2007, p. 20).

Além disso, classificam-se em cartões de pagamento imediato e diferido. Nos cartões de uso imediato, fica estipulado desde o momento da compra o dia para a quitação dos valores devidos, que devem ser pagos integralmente na data do vencimento. Os de uso diferido, por sua vez, viabilizam ao titular a opção de contratar um limite de crédito rotativo, para postergar o pagamento e também parcelar suas aquisições. Os créditos utilizados podem sofrer a incidência de juros, de acordo com o contrato estipulado entre titular e administradora (BRANCO, 1998, p. 84).

Dividem-se também entre cartões bancários e não-bancários, classificação esta que recebe maior foco da doutrina. Os cartões bancários, que atualmente ocupam indiscutível maioria do mercado, são aqueles emitidos por um banco ou uma instituição financeira, ou mesmo por alguma sociedade criada com o fim específico de administrá-los. Esta modalidade de cartão permite a concessão de um crédito rotativo ao titular, que poderá ou não quitá-lo no vencimento (AZEVEDO, 2007, p. 19).

A não liquidação no prazo estipulado permite à administradora buscar junto ao sistema financeiro crédito para que o titular possa quitar suas dívidas, por meio de financiamentos, nos quais o titular arcará com os juros e demais despesas correspondentes.

Tal operação se dá por meio de uma cláusula mandato, inserida no bojo do contrato firmado entre administradora e titular, que permite ao emissor buscar, de acordo com o que lhe aprouver, financiamentos para saldar as operações. Referida cláusula é controvertida na doutrina e jurisprudência, na medida em que viola os preceitos do Código de Defesa do Consumidor.

Os não-bancários, por sua vez, são aqueles emitidos por empresa diversa, que, por sua vez, não pode conceder um limite rotativo ao titular, sendo obrigatório o pagamento integral da fatura no seu vencimento (AZEVEDO, 2007, p. 19).

Tal distinção já foi mais relevante para a doutrina, mas perdeu espaço na medida em que os cartões não-bancários gradativamente sumiram do mercado. Atualmente, a maioria das empresas no intuito de aumentar seus lucros, firma parcerias com bancos e administradoras, tendo em vista que as instituições financeiras podem cobrar maiores juros, pois não se sujeitam aos limites do Decreto nº 22.626, de 1993, conhecido como Lei da Usura.

2.3 O Sistema contratual do cartão de crédito

É errônea a idéia de que para o funcionamento do cartão de crédito basta um único contrato, cujo objeto seria a entrega do cartão em troca de uma contraprestação pecuniária. O sistema contratual do cartão de crédito é uma relação complexa, na medida em que vários contratos são necessários.

Nesse sentido, conceitua Lacerda Filho (1990, P. 52):

Constitui negócio jurídico complexo, posto que se trata de um instituto formado por uma série de relações de caracteres diversos, que participam de tipos contratuais distintos e que, não obstante isso, convergem coordenadamente a uma finalidade ou objeto comum.

Corroborando, a legislação argentina conceitua expressamente¹¹ o cartão de crédito como sendo um sistema jurídico, cujo conjunto de contratos está coligado para que possa se atingir o resultado a que se destina.

Logo, o cartão de crédito deve ser visto como um sistema contratual unitário, cuja análise segmentada deve ser evitada. Em outras palavras, é importante para o sistema contratual do cartão de crédito que a análise transcenda os instrumentos individuais firmados entre as partes, direcionando o foco do estudo sobre o produto como um todo, partindo da idéia de um conjunto sistêmico (AZEVEDO, 2007, p. 36).

Embora distintos entre si, os contratos coligados vinculam-se uns aos outros de tal

¹¹ Ley 25.065 - Artículo 1° — Se entiende por sistema de Tarjeta de Crédito al conjunto complejo y sistematizado de contratos individuales cuya finalidad es: a) Posibilitar al usuario efectuar operaciones de compra o locación de bienes o servicios u obras, obtener préstamos y anticipos de dinero del sistema, en los comercios e instituciones adheridos. b) Diferir para el titular responsable el pago o las devoluciones a fecha pactada o financiarlo conforme alguna de las modalidades establecidas en el contrato. c) Abonar a los proveedores de bienes o servicios los consumos del usuario en los términos pactados.

maneira que cláusulas acessórias estabelecidas no bojo de um contrato podem buscar em instrumentos apartados referências para uma ou mais obrigações. Tamanho é seu vínculo, que até mesmo “as vicissitudes de um podem influir sobre o outro” (GONÇALVES apud ALMEIDA COSTA, 2008).

Os vínculos estabelecidos pela coligação são extremamente amplos, a ponto de condicionar seus efeitos ao conteúdo de elementos alheios ao contrato firmado entre as partes. Cordeiro (apud AZEVEDO, 1999, p. 375) descreve as principais formas de comunicação dos sistemas contratuais, que são três: remissão, condicionamento e potencializarão:

A remissão ocorre quando um contrato, explícita ou implicitamente, remeta às regras estabelecidas em outro contrato. O condicionamento, quando um contrato não possa, em sua regulamentação, avançar certos limites estabelecidos em contrato anterior ou deve seguir regras por ele predeterminadas. A potencialização ocorre quando os contratos coligados sejam necessários para obter o mesmo objetivo, que ficará perdido se houver falha em algum deles.

Essa comunicabilidade dos contratos é claramente perceptível no sistema que dos cartões de crédito. Percebemos, por exemplo, remissão no contrato firmado entre administradora e titular, na medida em que o uso do cartão é limitado pelas cláusulas contratadas pelo fornecedor também com a emissora. O condicionamento, por sua vez, salta aos olhos ao perceber que o limite de pagamento que o fornecedor poderá receber se sujeita a disponibilidade de crédito rotativo, previamente contratado pelo titular. E a potencialização, por fim, é o alicerce para o correto funcionamento deste sistema, pois a insuficiência de qualquer uma das partes pode acarretar problemas em toda a transação.

Também é importante diferenciar contratos mistos e contratos coligados. Os mistos abrangem várias modalidades contratuais, envoltas por um mesmo instrumento jurídico, um contrato único. Já os coligados, por sua vez, são formados por várias modalidades negociais em vários instrumentos contratuais, que são interdependentes e se ligam para atingir um mesmo propósito, em uma unicidade de interesses. Desta forma, pode-se afirmar que o sistema contratual do cartão de crédito não é modalidade de contrato misto, mas sim de coligação contratual, na medida em que são três as partes que contratam entre si um vasto leque de obrigações.

Três são os sujeitos que participam da estrutura padrão do sistema de cartões de crédito: titular, estabelecimento e emissor. A cada transação, todos se relacionam entre si, cada qual cumprindo um importante papel para a efetivação da operação financeira, na

medida das suas responsabilidades. Desta forma, cada um guarda uma peculiar carga obrigacional, sem a qual não seria possível conceber o instrumento do cartão de crédito.

As partes que compõe o referido “triângulo contratual” podem ser assim conceituadas: Titular é o proprietário, àquele cujos dados constam na superfície do cartão, que tenha previamente contratado um limite de crédito junto a administradora; fornecedor (ou, para alguns, estabelecimento) é o agente responsável pela venda ou prestação do serviço, que deseja, ao aceitar o cartão, ver quitada a dívida firmada com o titular; e, por fim, emissor é aquele que fornece o cartão, que pode estar ligado ou não a um banco, e assume a responsabilidade do pagamento da totalidade dos créditos ao fornecedor, bem como a cobrança dos valores devidos pelo titular.

As relações entre as partes são cheias de peculiaridades, que serão estudadas nos tópicos seguintes, a fim de demonstrar a carga obrigacional que cada uma deve suportar.

2.3.1 O contrato entre entidade emissora e o titular do cartão

Constitui um instrumento contratual cujas partes são o emissor/administrador de cartões de crédito e o seu pretense usuário, o titular, por meio do qual esse passa a integrar o sistema. Por meio deste contrato ocorre a abertura de um crédito em face de um titular, a apresentação dos serviços que serão prestados pela administradora, a outorga de um mandato pelo titular, para que no caso de inadimplemento da fatura possam-se buscar financiamentos para saldar a dívida e a emissão de um cartão de identificação, que possibilita ao titular, mediante sua apresentação, o gozo dos benefícios contratados (BRANCO, 1998, p. 87)

Trata-se de um contrato atípico, sem nenhuma previsão legal, que pelo reiterado uso dos seus padrões de contratação já se transformou em verdadeiro modelo contratual, cujas cláusulas são utilizadas de maneira muito semelhante, quando não idêntica, por grande parte das entidades emissoras. Tanto o é que já é costumeiramente conhecido como “contrato de emissão e utilização de cartão de crédito”.

A doutrina diverge quanto a sua classificação, no entanto pondera Martins (apud AZEVEDO, 2007, p. 55), que define:

(...) o contrato como uma congregação entre prestação de serviços remunerada, que consiste no credenciamento do titular, possibilitando a compra perante os fornecedores, com uma concessão de crédito e uma

assunção de responsabilidade pelo pagamento das dívidas do titular pelo emissor, figura que não se confunde com o mútuo, já que é apenas uma garantia, posto que não há concessão de empréstimo em espécie nem pagamento pelo emissor ao fornecedor em nome alheio, mas, sim, em nome próprio.

Em outras palavras, o conjunto de obrigações abrange diversas modalidades contratuais, razão pela qual torna-se árdua a tarefa de delimitar uma única nomenclatura. Conclui Azevedo (2007, p. 56) que o contrato de emissão de cartão de crédito, muito embora congregue alguns elementos obrigacionais de contratos típicos, é, na verdade, figura atípica, na medida em que as obrigações nele arroladas não podem ser entendidas separadamente.

Azevedo (2007, p. 53-54) arrola a seguinte lista de obrigações criadas em relação ao titular pelo referido instrumento: Quitar mensalmente, no vencimento da fatura, os débitos decorrentes do uso do cartão de crédito; pagar, sempre que pactuadas, taxas administrativas, que podem ser acrescida de valores relativos à anuidade dos serviços; avisar imediatamente o emissor de eventual perda, roubo ou extravio, bem como de qualquer alteração nos seus dados cadastrais; e não extrapolar o limite previamente contratado.

Ao titular, cabe também o dever de guarda e conservação do cartão, bem como de sua respectiva senha. Preservar o sigilo da senha é o mais importante dever do titular, vez que, a partir da entrega do cartão, este se torna responsável por todas as obrigações contraídas em seu nome, mesmo que efetuadas por terceiro. (FAZZIO JUNIOR, 2011, p. 174)

Em contrapartida, são deveres da entidade emissora, nas palavras de Branco (1998, p. 87): entregar o cartão de identificação e promover o credenciamento do titular no sistema; abrir um limite rotativo em face do titular, para que esse possa utilizá-lo da maneira que melhor lhe aprouver; pagar ao fornecedor integralmente as despesas que o titular realizar com o cartão; fornecer lista atualizada dos fornecedores conveniados que possam aceitar o pagamento com o cartão; enviar faturas ao titular, contendo relatório dos gastos e valor a ser pago; e manter lista atualizada de cartões furtados e inutilizados.

Referido rol de obrigações é exemplificativo, e descreve obrigações adotadas na maioria dos contratos dessa espécie. Nada impede, no entanto, que novas cláusulas sejam incluídas, de acordo com o interesse das partes. Essa possibilidade guarda ligação direta com o princípio da autonomia da vontade, já estudado anteriormente.

Por regra, negócio é realizado por um contrato de adesão, que passa a vigorar a partir do momento em que o titular aceita o contrato proposto pela entidade emissora. Esta anuência pode ocorrer de várias formas, entre elas: assinatura, a próprio punho ou por via eletrônica, da

proposta de adesão; solicitação, recebimento ou liberação do cartão; ativação da função crédito; utilização do cartão na função crédito junto à algum estabelecimento credenciado; ou pagamento de faturas do cartão (BANCO DO BRASIL, 2012).

A sociedade de consumo dos dias de hoje fez necessária a massificação dos contratos, que, a exemplo do cartão de crédito, são firmados por meio de instrumentos de adesão, onde não há discussão de cláusulas, apenas a apresentação de uma proposta para a aceitação, ou não, do consumidor. No entanto, por tratar-se de relação de consumo e sobre ele incidir o Código de Defesa do Consumidor, o já estudado princípio da autonomia das vontades é mitigado, de maneira que a vontade da emissora, em notória condição de vantagem sobre o titular, deve manifestar-se em cláusulas que respeitem os direitos e interesses do consumidor, marcadamente vulnerável, “pelo menos para que alcance uma posição jurídica de relativo equilíbrio na contratação encetada com a administradora estipulante, já que, em termos econômicos, não há como equipará-los” (FAZZIO JUNIOR, 2011, p. 54).

Desta maneira, a simples adesão a um contrato não é por si só suficiente para que reste perfeito e concluída a negociação, na medida em que o simples preenchimento da proposta fornecida pela administradora não indica necessariamente o conhecimento das cláusulas pelo titular, pois a liberdade de contratar pressupõe ciência daquilo que se contrata, e a expressão da adesão deve ser consciente de todas as conseqüências da contratação e do objeto da avença (FAZZIO JUNIOR, 2011, p. 63), conforme extrai-se do Artigo 46¹² do Código de Defesa do Consumidor.

Sobre o dever de informar, discorre Branco (1998, p. 126):

O Direito de informação ao titular de um cartão de crédito não significa uma especificação geral e irrestrita sobre todos os dados possíveis, mas um conjunto de informações suficiente para que o titular tenha a possibilidade de decidir, selecionar o que quer e se quer consumir naquelas condições, ou seja, informação o bastante para que o consumidor possa decidir se quer ou não comprar, a fim de que tenha liberdade de escolha, cujo resultado é um aumento de sua força no mercado, melhorando sua condição de réu deste.

Desta forma, é evidente que, anexa às demais obrigações já mencionadas, o emissor tem o dever de manter conduta íntegra, informando o titular de todos os termos do contrato, bem como as conseqüências de sua efetivação. Tal dever guarda vínculo com o princípio da

¹² Código de Defesa do Consumidor - Art. 46: Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

boa-fé, já estudando, onde ambas as partes devem manter conduta ilibada, de modo a prover uma justa execução do contrato, sem maiores violações e prejuízos a qualquer um dos contraentes.

Percebe-se, no entanto, que algumas instituições financeiras agem em desrespeito ao consumidor, na medida em que enviam cartões não solicitados, vinculam a emissão de cartões a outras operações, em evidente situação de venda casada, ou mesmo obrigam o consumidor ao uso do cartão. São essas as razões da incidência do Código de Defesa do Consumidor, que veda todas essas práticas e objetiva restabelecer uma situação de igualdade e equilíbrio entre consumidor e fornecedor.

Por regra, trata-se de contrato com vigência prolongada, de modo que não pode ser cancelado arbitrariamente pela administradora, haja vista que o titular tem expectativa em seu uso, e fundamenta seu planejamento financeiro também no uso deste instrumento. Para que possa ser cancelado, deverá ocorrer o inadimplemento de alguma obrigação contratual previamente pactuada, em cuja ocorrência poderá o emissor, mediante notificação, cancelar a prestação dos serviços (AZEVEDO, 2007, p. 54).

Ao consumidor, por sua vez, poderá cancelar nos termos do contrato, ou na incidência de alguma situação de risco sobre o cartão. Todavia, deve ser observada uma razoabilidade no prazo de carência para o seu cancelamento, não podendo ser exagerado, sob pena de imputar ao titular ônus excessivo, vedado pelo Direito do Consumidor.

2.3.2 O contrato entre a administradora e o estabelecimento

O contrato firmado entre a administradora e o fornecedor de produtos ou serviços, normalmente conhecido como “contrato de associação”, “contrato de credenciamento” ou “contrato de filiação” (AZEVEDO, 2007, p. 56), é considerado pela maioria da doutrina como sendo um contrato atípico de prestação de serviços (MARTINS, 2002, p. 519), cuja finalidade é proporcionar ao comerciante a possibilidade de receber o pagamento das suas vendas por meio dos cartões de crédito. Não obstante os costumes lhe tenham atribuído um nome geral, é um contrato atípico, sem previsão legal específica.

Por meio deste, cria para o emissor o dever de quitar todos os débitos realizados por meio de cartões de crédito, independentemente do inadimplemento, da insolvência ou da

oposição do titular. Em outras palavras, salvo se houver vício na transação, o fornecedor tem o direito de receber integralmente os valores relativos às suas vendas ou serviços (ABRÃO, 1998, p. 150), pois o emissor “obriga-se a honrar (...) os gastos realizados pelos titulares do cartão, sub-rogando-se no direito de crédito em face do titular do cartão e assumindo todos os riscos decorrentes da transferência” (AZEVEDO, 2007).

Para Branco (1998, p. 96), tal obrigação deriva de uma cessão de créditos, regulada pelos Artigos 286 e seguintes do Código Civil, onde o credor (neste caso, o fornecedor), cede seus direitos de cobrança à administradora, em troca da garantia do pagamento de todos os valores devidos, visto que já não responde pela solvência dos créditos, nos termos do Artigo 296 do diploma Civil¹³. Em contrapartida, descontam-se as taxas administrativas referentes ao serviço, previamente contratadas.

Sobre a cessão, discorre GONÇALVES (2008, p. 200):

Cessão de crédito é um negócio jurídico bilateral, pelo qual o credor transfere a outrem seus direitos na relação obrigacional. Trata-se de um dos mais importantes instrumentos da vida econômica atual, especialmente na modalidade de desconto bancário, pelo qual o comerciante transfere seus créditos a uma instituição financeira.

Não obstante o autor tenha utilizado como exemplo o desconto bancário, não há dúvidas de que referida obrigação ocorra também no sistema de cartões de crédito, respeitadas as suas particularidades. É da natureza deste sistema contratual que assim o seja.

Além disso, a maioria dos contratos desta espécie estabelece como deveres da administradora: manter informações atualizadas e pormenorizadas dos cartões em circulação, descrevendo as transações desautorizadas; prestar contas por meio de faturas e extratos, onde estabelece o montante de cada uma das operações dos usuários e discrimina as despesas efetuadas, para fins de pagamento ou impugnação; e divulgar os estabelecimentos conveniados.

Quanto ao fornecedor, por sua vez, fica estabelecido que: aceitará o cartão como meio de pagamento, colhendo a assinatura ou senha do consumidor; não poderá estabelecer distinções entre o uso do cartão em relação ao dinheiro e cheques, especialmente quanto ao valor do produto ou serviço; controlar a identidade dos portadores, bem como a validade do

¹³ Código Civil - Art. 296: Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor.

cartão; não conceder crédito além do permitido pela administradora; prestar contas por meio de comprovantes, para que possa receber o saldo de suas vendas; bem como pagar as taxas previamente contratadas (BRANCO, 1998, p. 95).

Muito embora os contratos sejam muito semelhantes, quando não idênticos, referidas obrigações não estão necessariamente presente em todos os contratos desta natureza, podendo variar de acordo com as políticas da cada entidade emissora. Além disso, muitos dos deveres do fornecedor tornaram-se obsoletos com o advento da tecnologia, que hoje viabiliza a transação eletrônica das compras realizadas com os cartões. O uso dos terminais automatiza diversos serviços, que antes eram da incumbência do comerciante (BRANCO, 1998, p. 96).

Atualmente, no momento do credenciamento do estabelecimento, a emissora instala em seu domicílio empresarial uma pequena máquina, denominada POS (decorrente da expressão inglesa “Point of Sale”, que significa em português “Ponto de Venda), cuja finalidade é “viabilizar as vendas com os cartões, proporcionar serviços de valor agregado e trazer agilidade (...) são funções dos terminais eletrônicos ou POS, que autorizam e capturam as vendas realizadas com cartão” (CIELO, 2012).

Apesar do avanço tecnológico suprir e automatizar uma série de procedimentos pertinentes a transação com o cartão de crédito, permanece válida a obrigação do dever do estabelecimento em auxiliar a administradora no combate a transações indevidas. O próprio instrumento firmado entre administradora e estabelecimento obriga este a tomar as providências assecuratórias que estiverem ao seu alcance para, nas palavras de Azevedo (2007, p. 59) “verificar a legitimidade do cartão e seu uso adequado”, evitando que seja utilizado por terceiro mal intencionado.

2.3.2 O contrato entre fornecedor e titular do cartão

A doutrina não consegue conceituar com precisão qual é a classificação do contrato firmado entre o titular do cartão de crédito e o fornecedor dos produtos ou serviços, divergindo entre aqueles que entendem constituir um negócio atípico e aqueles que acreditam ser uma típica relação de compra ou prestação de serviço, cujo pagamento ocorre de forma diferenciada (AZEVEDO, 2007, p. 63).

Para parcela minoritária da doutrina, trata-se de contrato atípico, pois há a junção de

prestações não próprias dos modelos legais, resultantes de outros contratos previamente firmados. Desta forma, relação de compra e venda pactuada entre titular e fornecedor depende necessariamente da remissão a outros contratos, devendo respeitar os limites nestes estipulados, que são convalidados no momento da transação (AZEVEDO, 2007, pags. 65-66).

No entanto, a maioria massiva da doutrina entende constituir típica relação de compra e venda, regulamentada pelo Código Civil e Código de Defesa do Consumidor (BRANCO, 1998, p. 98), na medida em que assemelham o cartão de crédito a dinheiro e o reduzem a uma forma de pagamento. Para Abrão (1998, p. 151) os contratantes “vinculam-se por um contrato normal de compra e venda ou de prestação de serviços, modificado, no que tange ao pagamento, pelo uso do cartão”.

Talvez a principal diferença deste contrato em relação aos demais envolvidos no sistema dos cartões de crédito seja a sua eventualidade, pois, enquanto os outros dois são duradouros, este só existirá no momento em que ocorrer a efetiva venda ou prestação de serviço, e esta seja quitada por meio de um cartão de crédito.

Desta forma, é possível afirmar que o contrato entre titular e fornecedor é o elo para que seja formada a estrutura triangular dos cartões de crédito, na medida em que, de acordo com Azevedo (2007, p. 68) “a tão aclamada triangularidade da operação, na verdade, só se concretiza em determinado momento, com o uso do cartão pelo titular, estabelecendo-se a relação entre fornecedor e titular”.

Há discrepância na doutrina quanto ao momento do pagamento da compra: se é à vista, ou à prazo. No entanto, parece preponderar o entendimento de que constitui compra à vista, onde o fornecedor deverá, no momento em que a transação for efetivada, dar quitação ao consumidor, pois o titular no momento da compra satisfaz no ato todas as exigências do fornecedor, como se o seu pagamento moeda corrente fosse. A diferença é que o estabelecimento, no lugar de receber o dinheiro na hora, constitui automaticamente a administradora como sua devedora (BRANCO, 1998, p. 99).

Nesse sentido, discorre Daiuto (apud BRANCO, 1998, p. 100):

A partir daí, recebido o preço considerado economicamente válido (justo, certo e determinado) opera-se o pagamento *pro soluto*; fornecedor e consumidor nada mais têm a ver um com o outro, finalizada está, pois, a transação celebrada à vista, cada qual assumindo os riscos e efeitos da operação que praticou.

Além disso, de acordo com Martins (apud AZEVEDO, 2007, p. 69), quando a

transação for efetivada, o fornecedor não poderá mais voltar-se contra o titular do cartão, devendo essa ação ser dirigida à entidade administradora, que não apenas garante o pagamento, mas ela própria se obriga a fazê-lo.

O oposto, por sua vez, não é válido, pois caso a o produto adquirido encontre-se eivado de vício, o consumidor pode reclamar diretamente com o fornecedor, que é diretamente responsável pelos produtos que põe em circulação ou serviços que presta, em momento algum vinculando a entidade administradora à qualidade dos produtos que vende ou dos serviços que presta. Este entendimento decorre justamente das grandes diferenças proporcionadas por uma complexa coligação contratual como a do cartão de crédito, onde se fazem necessários tratamentos peculiares a questões aparentemente normais, a fim de garantir maior segurança a todos os seus contraentes.

2.4 Procedimentos operacionais e a utilização do cartão de crédito

Uma típica transação encetada via cartão de crédito envolve uma série de procedimentos, disparados com a apresentação do cartão ao fornecedor. A partir do momento em que o cartão é apresentado e o estabelecimento solicita a transação, as máquinas (POS, POO, etc.) disponibilizadas pela administradora, imediatamente procuram os dados do titular junto à emissora, e, caso as informações estejam corretas e a transação seja válida, retorna o contato e informa ao estabelecimento o sucesso da transação. Monta-se, assim, o triângulo contratual, onde o titular quita sua dívida com o fornecedor, que pode cobra-lá da emissora, que, por sua vez, tem o direito de recebê-la, posteriormente, pelo titular.

É preponderante o entendimento de que o sistema dos cartões de crédito conferem maior segurança às relações de consumo, tanto para o titular, quanto para o estabelecimento e a administradora, na medida em que reduz os riscos decorrentes do uso do papel moeda e da falsificação dos cheques. Não se pode, todavia, imaginá-lo à prova de falhas, pois, com a facilitação dos saques e transferências de valores on-line, as possibilidades de riscos são cada vez maiores, aumentando as possibilidades de seu uso indevido, que pode vir a causar lesão à alguma das partes envolvidas (FAZZIO JUNIOR, 2011, p. 43).

A fim de ver reparado o dano, sempre que restarem ineficazes as vias diplomáticas, surge ao Direito o dever de determinar qual a responsabilidade civil dos agentes que participarem da transação, conforme demonstra o próximo capítulo.

CAPÍTULO III

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO SISTEMA CONTRATUAL DO CARTÃO DE CRÉDITO

Não obstante o sistema do cartão de crédito tenha atualizado suas ferramentas e já valha-se de um moderno sistema digital, apto a promover transações extremamente complexas em segundos, ainda parece utópica concepção de um instrumento imune a falhas. O cartão, junto com a praticidade, traz consigo riscos, que podem vir a culminar em prejuízos, absolutamente indesejados por todas as partes envolvidas. Uma vez que tenha ocorrido alguma transação indesejada, há que se buscar mecanismos hábeis a reparar, ou, ao menos, minimizar os prejuízos decorrentes desse evento.

Surge para o Direito o dever de restaurar, na medida do possível, o *status quo ante*, a fim de ver resguardados os interesses dos indivíduos, evitando que a vantagem de um fundamente-se em na desvantagem ilícita de outrem. Sobre essa função do Direito, discorre Nogueira (apud GONÇALVES, 2010, p. 22): “Todo o Direito assenta na idéia da ação, seguida da reação, de restabelecimento de uma harmonia quebrada”.

A fim de tutelar as condutas ruinosas, objetivando a melhor tutela possível, o nosso ordenamento jurídico vale-se do instituto da responsabilidade civil, que, em sucinto resumo, constitui um remédio judicial, que “tem por objeto a prestação de ressarcimento” (DINIZ, 2007, p. 7), a fim de que se possa restaurar o equilíbrio entre as partes, desfeito pelo dano.

Considerando a complexidade do tema, faz-se imperiosa, para melhor compreensão do tema, aprofundado estudo, a fim de que, com robusto referencial teórico, se possa observar a aplicação do referido instituto a casos concretos, em análise aos pareceres manifestados pelos tribunais pátrios.

3.1 Definição de responsabilidade civil

Por regra, o ser humano vale-se de todas as ferramentas que dispõe para ver assegurados seus interesses e seu patrimônio, afastando sempre que possível, riscos ou agressões que possam comprometer a integridade de tudo que é seu. Todavia, condutas alheias ao seu campo de proteção podem ser inevitáveis, lhe sendo facultado então buscar reparação do dano sofrido.

As ações ou omissões humanas que tem como consequência o prejuízo a outrem trazem automaticamente ao responsável pelo dano o dever de restaurá-lo, da melhor maneira possível (VENOSA, 2006, p. 1). Temos aí a fonte geradora da responsabilidade civil, que constitui medida atente a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial atingido pela violação de uma obrigação, de um dever jurídico preexistente. (GONÇALVES, 2010, p. 19)

O instituto da responsabilidade civil compõe o direito das obrigações, pois a principal consequência da prática de um ato ilícito é a respectiva obrigação de reparar o dano, consoante disposto nos artigos 186¹⁴ e 187¹⁵ do Código Civil. Gonçalves (2010, p. 22) cuida de descrever as espécies de obrigações previstas na legislação pátria:

As fontes de obrigações previstas no Código Civil são: a vontade humana (os contratos, as declaração unilaterais da vontade e os atos ilícitos) e a vontade do Estado (a lei). As obrigações derivadas dos atos ilícitos são as que constituem, por meio de ações ou omissões culposas ou dolosas do agente, praticadas com infração a um dever de conduta e das quais resulta dano para outrem. A obrigação que, em consequência, surge é a de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado.

Com base no exposto, conclui-se que a responsabilidade civil é uma obrigação sucessiva, pois decorre justamente da violação de outra obrigação, vista pelo direito como originária (GONÇALVES, 2010, p.24). Esta obrigação originaria pode ter origem voluntária, sempre que desejada pelo agente, como nos contratos, por exemplo, ou legal, como no caso do dever de cuidado com o patrimônio alheio.

Pode-se, em síntese, definir a responsabilidade civil como a imputação de medidas que

¹⁴ Código Civil - Art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹⁵ Código Civil - Art. 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado à outrem, em razão de ato praticado pelo próprio agente, por ato de pessoa por quem ele responde, por ato praticado por animal ou coisa que estejam em sua guarda, ou, ainda, por alguma imposição legal. (DINIZ, 2007, p. 34).

Ademais, a responsabilidade civil é delimitada no Código Civil em seu Título IX, especificamente nos Artigos 927 e seguintes, que rege os casos em que ela deve ser aplicada, ou, sempre que houver alguma excludente, afastada.

3.2 Pressupostos da responsabilidade civil

Diniz (2007, p. 37) arrola três requisitos para que possa ser caracterizada a responsabilidade civil, que são: Existência de uma ação; ocorrência de um dano; e nexo de causalidade entre dano e ação.

A ação, para a autora, pode ser comissiva ou omissiva, lícita ou ilícita. Exceto por raras exceções, a responsabilidade civil deve decorrer de conduta ilícita, cuja aplicabilidade surge com a prática de um ato que contrarie o ordenamento jurídico vigente, hipótese em que será extracontratual; ou contrarie obrigação previamente assumida, hipótese em que será contratual. (DINIZ, 2007, p.37)

Diniz (2007, p. 53) acrescenta que a responsabilidade pode ser direta, quando o agente responde por ato próprio, ou indireta, quando responde por fato de coisa ou de terceiro.

Gonçalves (2010, p. 33), por sua vez, define o ato ilícito passível de responsabilização como sendo aquele “praticado com infração a um dever de conduta, por meio de ações ou omissões culposas ou dolosas do agente, das quais resulta dano para outrem”.

Nesse conceito percebe-se claramente a necessidade do dano, ratificado inclusive pelo Código Civil, que em sua última atualização alterou o Artigo 186 para imputar a responsabilidade àquele que “violou direito e causar dano a outrem”, de maneira que somente será devida a indenização se puder ser verificado efetivo prejuízo (VENOSA, 2006, p.4), que, nas palavras de Diniz (2007, p.38), “deve ser certo, a um bem ou interesse jurídico, sendo necessária prova real e concreta dessa lesão”.

Referido dano poderá ser patrimonial ou moral. Dano patrimonial é aquele onde há lesão concreta, que afeta os o patrimônio da vítima, consistente da perda ou deteriorização de

bens materiais. Poderá, portanto, sofrer avaliação pecuniária, estabelecido na mensuração do patrimônio realmente existente depois do prejuízo e àquele que provavelmente existiria se a lesão não houvesse acontecido (DINIZ, 2007, p. 66). A perda de valores e os pagamentos indevidos são exemplo claro de dano patrimonial nas relações envolvendo cartões de crédito.

O dano moral, por sua vez, é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima, causado por uma violação aos direitos da personalidade. Nesse campo, é árdua a mensuração do prejuízo, pois a intensidade do dano decorre do sentimento da vítima, aliado ao tempo e o local onde o dano foi produzido. Portanto, o juiz deve pautar-se nos padrões médios, no homem médio, para definir o quantum indenizatório (VENOSA, 2006, p. 36). Exemplos de dano moral nos cartões de crédito são as inscrições indevidas em órgãos de proteção ao crédito, ou mesmo a recusa na aceitação de um cartão absolutamente regular, causando embaraço ao titular.

O nexo de causalidade, também requisito para a configuração da responsabilidade civil, consiste no vínculo entre a ação e o dano. Ou seja, para que o agente possa receber a imputação de qualquer responsabilidade, há a necessidade de que a sua conduta seja efetivamente a causadora do dano (DINIZ, 2007, p. 38)

Também há que se falar em culpa, pois na maioria dos casos há responsabilização do agente depende da caracterização deste elemento para que seja válida. De acordo com Gonçalves (2010, p. 34), a legislação pátria deixa evidente que para que o ato possa ser considerado ilícito o agente deve ter manifestado algum comportamento culposos, que, nos termos no Artigo 186 do diploma Civil, constitui “*ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência*”.

Referido artigo, para Monteiro (apud GONÇALVES, 2010), faz pressupor a existência de dolo, ou culpa *latu sensu*, que se manifesta pelo conhecimento do agente e intenção de fazê-lo, ou pela culpa aquiliana, ou *strictu sensu*, constituída pela violação de um dever que o agente, em tese, poderia conhecer e observar, mas não o faz, e tampouco tem intenção no resultado.

A exigência ou não de culpa tem por consequência a divisão da responsabilidade em objetiva e subjetiva, conforme passaremos a estudar mais minuciosamente em capítulo posterior.

3.3 Espécies de responsabilidade civil

Para melhor compreensão do tema, o estudo da responsabilidade civil é dividido em distintas categorias, quais sejam: responsabilidade contratual e extracontratual; responsabilidade subjetiva, que pode ou não ser presumida, e objetiva; e, por fim, responsabilidade civil nas relações de consumo. A análise mais ponderada de cada uma de suas peculiaridades é essencial para que se possa compreender a razão de sua aplicabilidade, bem como quais os efeitos de sua ocorrência para as pessoas envolvidas no evento.

3.3.1 Responsabilidade contratual e extracontratual

A diferença entre as responsabilidades contratual e extracontratual está na origem da obrigação violada, conforme extrai-se dos ensinamentos de Gonçalves (2010, p. 45):

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica ato ilícito.

Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 18) anotam que a culpa contratual reflete a violação de um devedor positivo, de adimplir determinada obrigação, que é o objeto do negócio jurídico do instrumento do contrato, enquanto a responsabilidade extracontratual decorre justamente do oposto, de uma obrigação negativa, qual seja, não causar dano a outrem. E prosseguem, aduzindo que essa diferenciação influencia diretamente o aspecto probatório, pois, se na responsabilidade contratual basta a comprovação do inadimplemento, invertendo-se o ônus quanto à culpa, nos casos de responsabilidade extracontratual é necessária também a comprovação da culpabilidade.

O Código Civil disciplina a responsabilidade extracontratual nos Artigos 186 a 188, além do Artigo 927 e seguintes. Já a responsabilidade contratual está prevista nos Artigos 389 e seguintes e 395 e seguintes.

O presente trabalho abordará eminentemente a responsabilidade civil contratual, visto que todos os envolvidos nas transações via cartão de crédito vinculam-se por contratos, onde estabelecem entre si cláusulas de cautela e proteção, afim de elidir a ocorrência de transações

indevidas e, conseqüentemente, a necessidade de repará-las.

3.3.2 Responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva

No ordenamento pátrio, a regra é que a responsabilidade seja subjetiva, onde a culpa do agente é considerada elemento da obrigação, e sua prova pressuposto para que o dano seja indenizável. Não obstante, a legislação pode prever exceções, destinando a certas pessoas e determinadas situações modalidades diferentes de responsabilização pelos seus atos, onde pode ocorrer tanto a presunção de culpa quanto a dispensa de sua prova (GONÇALVES, 2010, p. 49).

Trata-se de modalidade diferenciada de responsabilidade civil aquela que o ordenamento jurídico atribui a terceiro o dever de indenizar, mesmo que o dano não tenha sido por ele causado. Constitui, por regra, responsabilidade indireta, cuja sub-rogação ocorre em razão do dever geral de vigilância que o réu tem sobre o agente causador do dano. Nestes casos, o elemento de culpa passa a ser presumido, restando ao lesado apenas o dever de comprovar o dano, o ato e a relação de causalidade (GAGLIANO E FILHO, 2006, p. 14). Apesar das controvérsias doutrinárias, constitui responsabilidade subjetiva, pois a culpa ainda é relevante para a caracterização da responsabilidade, haja vista que o agente pode comprovar alguma excludente de culpabilidade e evadir-se ao dever de indenizar.

Considera-se objetiva a responsabilidade sempre que a culpa for absolutamente irrelevante para a indenização do dano, bastando a comprovação do ato, do dano e da relação de causalidade, permanecendo a culpa ausente de qualquer apreciação, nos termos do Artigo 927, Parágrafo único¹⁶, do Código Civil. “Assim, o agente deverá ressarcir o prejuízo causado, mesmo que isento de culpa, porque sua responsabilidade é imposta por lei” (DINIZ, 2007, p. 50)

Essa evolução decorre da chamada teoria do risco, ou, de acordo com Gonçalves (2010, p. 49) “teoria do risco-proveito” que, de acordo com Venosa (2006, p. 10) “leva-se em

¹⁶ Código Civil - Art. 927: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

conta o perigo da atividade por sua natureza e pela natureza dos meios adotados”. Desta feita, o Direito deixa de lado a conduta do agente, para então repousar seu foco sobre a atividade exercida, sempre que esta, visando benefício próprio, expor terceiro a risco.

Sobre o tema, ilustra Bittar (apud DINIZ, 2007, p. 51):

A responsabilidade, fundada no risco, consiste, portanto, na obrigação de indenizar o dano produzido por atividade exercida no interesse do agente e sob seu controle, sem que haja qualquer indagação sobre o comportamento do lesante, fixando-se no elemento objetivo, isto é, na relação de causalidade entre o dano e a conduta do seu causador.

Observa-se que o legislador contrapõe o intuito do lucro do agente e a integridade de terceiros, propondo que a atividade seja feita com maior zelo e, caso venha a gerar algum dano, sofra maior coerção. Trata-se de visível tentativa de equilibrar as partes, impondo maior ônus àquele que, por benefício próprio, puder causar lesões àqueles que, dadas as condições, estão

Em grande inovação, o Código de Defesa do Consumidor também faz uso deste instituto, de maneira a defender o consumidor, marcadamente vulnerável, das abusivas práticas de mercado, criando, de acordo com Venosa (2006, p. 9) “uma nova área de responsabilidade no direito brasileiro, a responsabilidade nas relações de consumo”.

Confirmando este entendimento, discorre Cavaleri Filho (apud VENOSA, 2006, p. 9):

(...) tão vasta que não haveria exagero em dizer estar hoje a responsabilidade civil dividida em duas partes: a responsabilidade civil tradicional e a responsabilidade civil nas relações de consumo.

Não obstante os ditames aplicáveis às relações de consumo estejam configurados dentro do estudo das responsabilidades objetivas e subjetivas, parece válido que, dada a sua relevância e complexidade, seja analisada em tópico próprio, para melhor compreensão do tema.

3.3.3 Responsabilidade civil nas relações de consumo

As recentes inovações apresentadas pelo Código de Defesa do Consumidor surgem de uma demanda histórica, cujo objetivo era a simplificação dos meios de caracterização da responsabilidade civil do fornecedor pelos produtos e serviços que disponibilizava no

mercado. Benjamin (2007, p. 122) relata que se o consumidor “fosse obrigado a provar sempre e sempre, a culpa do responsável, raramente seria bem sucedido em sua pretensão de obter ressarcimento”.

A responsabilidade subjetiva, mesmo tendo se mostrado eficaz no campo das relações civis, mostrou-se insuficiente no que diz respeito às relações de consumo, seja pela dificuldade de arraigar provas suficientes para a configuração da culpa, pela dificuldade em atingir o responsável originário, ou pelo fato de que terceiros, vítimas de um mesmo evento, não se beneficiariam com a indenização (ALMEIDA, 2008, p. 87)

Antes da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, conforme ressalta Venosa (2006, p. 214) “não havia proteção eficiente ao consumidor”. Todavia, com a promulgação desta legislação, o fornecedor de produtos ou serviços torna-se responsável, independentemente de culpa, por todos os danos que seus produtos ou serviços vierem a causar, nos termos dos Artigos 12¹⁷ e 14¹⁸ do Código de Defesa do Consumidor (KHOURI, 2006, p. 162).

A nova legislação afasta-se do direito tradicional, na medida em que dá um fundamento objetivo ao dever de indenizar, pouco importando se o agente agiu com culpa ao colocar em circulação no mercado determinado produto ou serviço. Não é sequer relevante que o fornecedor tenha sido o mais cuidadoso possível, pois ele será responsável pela indenização mesmo que provar que agiu com a melhor diligência e perícia (BENJAMIN, 2007, p. 122).

Estas alterações fundamentam-se principalmente já estudada teoria do risco. Nesse sentido, discorre KHOURI (2006, p. 162):

Em se tratando de relação de consumo, o risco funda-se no “risco proveito”, já que o fornecedor, v.g. o fabricante, tem o proveito econômico da comercialização de seus produtos ou serviços. Logo, deve também responder por todos os riscos derivados do consumo desses bens.

¹⁷ Código de Defesa do Consumidor - Art. 12: O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

¹⁸ Código de Defesa do Consumidor - Art. 14: O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Duas são as espécies de responsabilidade civil estabelecidas no Direito do Consumidor: a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço; e a responsabilidade por vícios do produto ou do serviço. A primeira deriva de danos causados pelo produto, também chamados de acidentes de consumo. A segunda, por sua vez, tem natureza semelhante ao vício redibitório, onde o defeito torna a coisa imprópria ou inadequada para o uso que se destina (GONÇALVES, 2010, p. 280).

3.3.3.1 Responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço

Também chamados de acidentes de consumo, Gonçalves (2010, p. 281) conceitua os fatos de serviço como sendo “todo e qualquer acidente provocado por produto ou serviço que causar dano ao consumidor, sendo equiparadas a este todas as vítimas do evento”. Um defeito que não acarrete dano a segurança ou a saúde do consumidor não pode ser considerado acidente de consumo.

É evidente que os fornecedores somente podem colocar no mercado produtos que não sejam lesivos à saúde ou a incolumidade física das pessoas, salvo pelos riscos de uso e fruição, que são normais ao produto, mas que devem ser devidamente informados ao consumidor, consoante se extrai do Artigo 8º do Código de Defesa do Consumidor¹⁹ (KHOUEI, 2006, p. 164).

Para Benjamin (2007, p. 124), o elemento central para a construção do conceito de defeito é a carência de segurança, que pode manifestar-se inclusive na falta de informações adequadas sobre o produto ou serviço. E sobre este assunto discorre:

(...) o Código não estabelece um sistema de segurança absoluta para os produtos e serviços. O que se requer é uma segurança dentro dos padrões da expectativa legítima dos consumidores. E esta não é aquela do consumidor vítima. O padrão não é estabelecido tendo por base a concepção individual do consumidor; mas, muito ao contrário, a concepção coletiva da sociedade de consumo.

A responsabilidade objetiva faz-se necessária nesse caso em virtude de ser

¹⁹ Código de Defesa do Consumidor - Art. 8º: Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito

extremamente dispendiosa a tarefa de comprovar a culpa, considerando que atualmente os produtos são produzidos em massa, aos milhares, e as relações de consumo estão cada vez mais impessoais. Todas essas situações seriam desmedidamente onerosas ao consumidor, que dificilmente teria seu dano indenizado.

3.3.3.2 Responsabilidade civil por vício no produto ou no serviço

Enquanto observa-se nos acidentes de consumo a necessidade de uma potencialidade danosa, cujo resultado seja o risco a saúde ou a segurança do consumidor, nos casos de vício ela inexistente. Basta a existência de anomalias que afetem a funcionalidade do produto ou do serviço para que surja o dever do fornecedor em indenizar o consumidor (ALMEIDA, 2006, p. 185).

Nesse sentido, o teor do Artigo 18²⁰ do Código de Defesa do Consumidor prevê três modalidades de vício: 1) vício que torne o produto impróprio ao consumo; 2) vício que lhe diminua o valor; 3) vício decorrente da disparidade das características dos produtos com aquelas veiculadas na oferta e publicidade (BESSA, 2007, p. 146).

Uma vez constatado o vício, o consumidor pode exigir a substituição das partes avariadas, e será dever do fornecedor fazê-lo no prazo máximo de trinta dias. O prazo pode ser alterado pela vontade das partes, não podendo extrapolar o mínimo de sete dias, e o máximo de cento e oitenta dias. Transcorrido o prazo sem que o fornecedor tenha tomado as providências necessárias, surge para o consumidor o direito de exigir, alternativamente: 1) a substituição do produto por outro idêntico ou da mesma espécie; 2) a restituição de toda a quantia paga, com as devidas correções; 3) o abatimento proporcional do preço para a aquisição de outro produto (GONÇALVES, 2010, p. 282-283).

²⁰ Código de Defesa do Consumidor - Art. 18: Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Estas possibilidades, previstas no § 1º do Artigo 18²¹ do Código de Defesa do consumidor, também poderão ser exigidas de imediato, sempre que “a simples restituição das partes avariadas puder comprometer a qualidade ou características essenciais do produto, inclusive diminuindo-lhe o valor” (GONÇALVES, 2010, p. 283).

Há quem diga que a responsabilidade pelo vício pode também ser chamada de “dever de garantia”, por muito assemelhar-se ao instituto do vício redibitório, previsto no Código Civil, na medida em que não tem por objetivo reparar algum dano, mas garantir a qualidade de um produto ou serviço (ALMEIDA, 2008, p. 189). Todavia, a responsabilidade prevista no Direito do Consumidor é, de acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 273) “mais abrangente que o consagrado pelo Código Civil, não distinguindo, ademais, os vícios ocultos (redibitórios) dos aparentes, para efeito da proteção do consumidor”.

Assim como nos acidentes de consumo, a culpa não é requisito para a responsabilização civil do fornecedor. Permanece a regra da responsabilidade objetiva, onde o fornecedor, em atenção ao dever de garantia, assume os riscos da produção, devendo arcar com os prejuízos de algum produto defeituoso que tenha sido posto em circulação.

3.3.3.3 Excludentes da responsabilidade civil do fornecedor

Inicialmente, faz-se necessário destacar que excepcionam a regra as relações cujo fornecedor seja um profissional liberal, pois sua responsabilização é condicionada a comprovação da culpa. Todavia, a exceção somente se aplica àqueles profissionais que assumiram alguma obrigação de meio, como advogados e médicos. Aos demais, cuja obrigação é de resultado, permanece válida a responsabilização objetiva (ALMEIDA, 2008, p. 89)

O fabricante, produtor, construtor e o importador poderão excluir a sua responsabilidade pelo evento sempre que provarem que: 1) não colocaram o produto em circulação; 2) não haja defeito; 3) a culpa pelo defeito é exclusiva do consumidor. Essas

²¹ Código de Defesa do Consumidor - Art. 18, § 1º: Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço.

possibilidades constituem um rol taxativo, cuja previsão está no Artigo 12, §3²², do Código de Defesa do Consumidor.

Em que pese seja o consumidor lesado obrigado a provar o dano, ou vício, e o nexo de causalidade, o juiz pode, sempre que for verossímil a alegação ou hipossuficiente o consumidor, inverter o ônus da prova, transferindo ao fornecedor o dever de comprovar que o seu produto não foi posto em circulação, ou, caso tenha, que não possuía potencialidade lesiva ou vício (GONÇALVES, 2010, p. 286).

Ademais, conforme observam Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 267), a despeito do Código de Defesa do Consumidor não elencar no rol das causas excludentes de responsabilidade civil o caso fortuito e a força maior, o fornecedor pode e deve alegá-las, sem sede de defesa. Não obstante a lista do CDC seja taxativa e não faça menção a estes institutos, são previsões legais pré-estabelecidas em nosso Código Civil, razão pela qual também devem ser aplicáveis

3.4 Uso indevido do cartão e distribuição de responsabilidades

Um sistema contratual complexo como o do cartão de crédito, para que possa funcionar conforme o esperado, deve garantir segurança a todas as partes envolvidas. Como reflexo imediato disso, os contraentes podem ter maior confiabilidade nas transações realizadas por meio do sistema, e essa confiança é requisito essencial para que essa coligação contratual seja viável (FAZZIO JUNIOR, 2011, p. 171).

Fazzio Junior (2011, p.172) vai além, afirmando que o cartão de crédito hospeda consideráveis graus de insegurança, razão pela qual todas as partes devem tomar medidas no sentido de elidir fraudes, que ocorrem, por regra, a partir de três situações: 1) defeitos na prestação de serviços por parte da administradora; 2) omissão de diligências na guarda do cartão, por parte do titular; e 3) negligência dos estabelecimentos ao aceitá-los em desacordo com as formalidades previamente estipuladas.

²² Código de Defesa do Consumidor – Artigo 12, § 3º: O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Apesar de todas as garantias que o sistema dos cartões de crédito observa, por vezes as transações ocorrem de forma indesejada, em desrespeito às formalidades intrínsecas ao funcionamento dos cartões, ou mesmo em afronta a vontade dos sujeitos. Surge, nesse caso, uma lesão, que deverá receber tutela específica do ordenamento jurídico, a fim de distribuir a responsabilidade civil àquele que responde pela lesão ou pelo dano, com o fito de restabelecer o equilíbrio entre partes.

A multiplicidade de partes e obrigações envolvidas no sistema contratual do cartão de crédito torna mais complexa a tarefa de distribuir entre seus contraentes a responsabilidade pelos eventuais vícios que possam acontecer. Nesse sentido, nas palavras de Azevedo (2007, p. 101) faz-se necessária “uma análise apurada entre o inter-relacionamento das prestações dos dois contratos, coligados funcionalmente”.

Para melhor análise da delimitação da responsabilidade civil decorrente do uso indevido dos cartões, é imperiosa sua análise caso a caso, valorando as peculiaridades de cada uma das situações.

3.4.1 Uso irregular do cartão pelo titular

Fazzio Junior (2011, p. 178) explica que observa-se esta modalidade de uso irregular do cartão quando o titular viola obrigações contratuais que anteriormente contraiu. Pode ocorrer de várias formas, como, por exemplo: uso de saldo além do limite contratado; uso de cartão expirado que não tenha sido renovado; impontualidade no pagamento; repasse a terceiro de cartão cancelado, etc.

A informatização do sistema dos cartões afasta praticamente qualquer possibilidade de uso além do limite contratado, pois as transações feitas on-line permitem ao estabelecimento consultar imediatamente junto à administradora o saldo disponível para compras, recusando automaticamente àquelas cujo valor seja muito alto. Além, referido sistema também consegue impedir o uso de cartão cancelado ou expirado, de maneira que esses vícios já praticamente inexistem.

A impontualidade no pagamento, por sua vez, apesar de acontecer diuturnamente em grandes escalas, em condições normais não demanda grande reflexão, pois é do titular o dever de quitar os débitos que contrair, enquanto à administradora surge o direito de cobrar os

valores que lhe são devidos (Fazzio Junior, 2011, p. 178).

Atualmente, muito se fala em auto-fraude, onde o titular, que pode ou não estar de má-fé, nega a autoria de uma transação que ele tenha anteriormente realizado, a fim de ter ressarcidos estes valores. Todavia, sempre que comprovada a sua ocorrência, a relação mantém-se tal qual ocorreu, permanecendo intactas todas as obrigações deflagradas por esta operação, pois não há irregularidade que possa ensejar o seu cancelamento.

Praticamente inexistem problemas neste sentido atualmente, pelas razões já explicitadas. O titular, na posse de seu cartão, encontra-se bastante limitado em seu uso, em razão dos sistemas de segurança estabelecidos pelas tecnologias disponíveis, que asseguram que as transações ocorram dentro do estipulado nos contratos.

3.4.2 Uso irregular do cartão por terceiro

Somente o titular e os portadores de cartões adicionais poderão efetuar transações com o cartão de crédito, pois pertence somente a este a posição de sujeito ativo do referido sistema contratual. O uso por terceiro decorre, por regra, de perda, furto, roubo, extravio ou falsificação, hipóteses em que qualquer saque ou transação será ilegal (FAZZIO JUNIOR, 2011, p. 180).

O titular, ao contratar os serviços do sistema de cartão de créditos, recebe o instrumento plástico, que contém todos os seus dados, bem como sua senha eletrônica. Neste momento, contrai para si o dever de zelo e diligência²³, tornando-se responsável pela guarda segura de todas as informações recebidas. Referida obrigação, por regra, é manifestada por uma ou mais cláusulas contratuais, que definem o cartão como sendo “de uso pessoal e intransferível” (BANCOOB, 2012), além de reforçar a vedação do uso por terceiros²⁴.

O contrato de credenciamento também é claro no sentido de vedar a utilização por terceiro, expressamente proibindo ao estabelecimento comercial “aceitar meios de pagamento

²³ VI.8: “O TITULAR deverá zelar pela segurança do seu CARTÃO e do(s) CARTÃO(ÕES) ADICIONAL(AIS) na qualidade de fiel depositário, guardando-o(s) em lugar seguro, sendo também responsável pelo sigilo de sua senha eletrônica, mantendo-a sempre separada do CARTÃO (BANCOOB, 2012)”

²⁴ VI.4: “O EMISSOR poderá autorizar novas formas de utilização do CARTÃO, estando expressamente proibida, todavia, sua utilização por terceiros de maneira não prevista neste contrato (BANCOOB, 2012).”

de titularidade de terceiro” (CIELO, 2012).

No entanto, por diversas vezes, os contraentes falham no cumprimento de suas obrigações, deixando lacunas para a atuação de terceiros, cuja ação pode ser prejudicial a alguma das partes envolvidas nas transações. Neste momento, compete apurar quem foi o causador do defeito na operação, bem como qual a responsabilidade que lhe é cabível.

Como decorrência do dever de cautela, o titular tem o dever de avisar imediatamente a administradora sobre qualquer risco ao qual seu cartão esteja exposto, a fim de que esta possa tomar todas as medidas que possam afastar qualquer transação indesejada²⁵. Por esta razão, se faz necessária uma divisão da análise da responsabilidade civil em dois momentos: antes e depois do aviso à administradora.

3.4.2.1 Responsabilidade pelo uso antes da comunicação do risco

Na ocorrência de algum evento que tenha por consequência o uso indevido do cartão de crédito, a responsabilidade poderá alternar entre titular e emissor, de acordo com o momento em que a transação ocorrer. Por regra, o próprio instrumento contratual contém cláusula cujo teor determina a responsabilidade do titular pelas transações indevidas que ocorrerem até o momento em que este avisar à emissora (AZEVEDO, 2007, p. 102).

Conforme já exposto acima, a regra é que o próprio contrato de emissão de cartão de crédito preveja a obrigação de o usuário comunicar imediatamente a administradora qualquer situação de risco que seu cartão seja exposto, para que esta possa promover o seu imediato cancelamento (FAZZIO JUNIOR, 2011, p. 181), de modo a evitar maiores transtornos decorrentes de transações indesejadas.

Diante desse fato, para Santos (1999, p. 57) “a jurisprudência e a doutrina começaram a entender que cessaria a responsabilidade do usuário a partir da comunicação da perda,

²⁵ VI. 11: “Em caso de perda, roubo ou furto do CARTÃO, mesmo que vencido ou cancelado, o TITULAR deverá comunicar imediatamente o fato ao EMISSOR, fornecendo elementos esclarecedores para que este possa tomar as medidas necessárias a fim de evitar sua utilização por terceiros. Também é obrigação do TITULAR avisar à Central de Atendimento caso suspeite que o mesmo esteja sendo usado indevidamente por terceiros. A partir do momento da comunicação, o número do CARTÃO será bloqueado e a utilização indevida não será mais de sua responsabilidade. A comunicação deverá ser feita, via telefone, à Central de Atendimento ou por meio de site específico para portadores dos Cartões Sicoobcard (BANCOOB, 2012)”

extravio, ou furto à companhia emissora”, que, por sua vez, deveria arcar com o ônus das transações ocorridas depois desse fato, na medida em que é negligente na prestação de seus serviços.

Desta forma manifesta-se o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, ao julgar indevida a indenização pelas transações fraudulentas ocorridas no lapso entre a perda do cartão e o respectivo aviso à administradora²⁶. Assim, o faz, conforme discorre Bossay (2007), relator do julgado em apreço, em razão de que o titular, ao portar o cartão de forma insegura, “assumiu o risco de perdê-los como o tê-los furtado, como lhe ocorreu, devendo arcar com o prejuízo proveniente de seu ato”.

E não é diferente o entendimento quanto à falta de zelo com a senha, pois essa, no momento da transação, equivale a assinatura do titular. Aquele que é descuidado no cadastro e sigilo da senha também é responsável pelas operações realizadas em seu nome, conforme se pode observar na decisão da Apelação Cível nº. AC 7257 SP 2006.61.05.007257-5, do Tribunal de Justiça de São Paulo.²⁷

O tema ainda é divergente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Branco (1998, p. 158) contrapõe as referidas decisões, ao afirmar que, mesmo cabendo ao titular o dever da guarda do cartão, este não poderá em hipótese alguma ser responsabilizado pelos prejuízos decorrentes de transações indevidas. Ou seja, em hipótese alguma poderá arcar com o ônus de transações das quais não foi partícipe. Tal entendimento decorre da teoria do risco integral, onde a responsabilidade por todas as transações ilícitas pertence à administradora.

²⁶ Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul - Apelação Cível nº. 13238 MS 2007.013238-4: Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA - FURTO DE CARTÃO DE CRÉDITO - SENHA JUNTO COM O CARTÃO - DESÍDIA DO CLIENTE - SAQUES E EMPRÉSTIMOS REALIZADOS ANTES DA COMUNICAÇÃO DO FURTO - DEVER DE INDENIZAR - INEXISTENTE - INSCRIÇÃO NOS ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO - DEVIDA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO (Apelação Cível nº. 13238 MS 2007.013238-4, 3ª Turma Cível, Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay, Julgado em 25/07/2007)

²⁷ Tribunal Regional Federal da 3ª Região - Apelação Cível nº. AC 7257 SP 2006.61.05.007257-5: Ementa: CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SAQUE REALIZADO EM CONTA BANCÁRIA, MEDIANTE UTILIZAÇÃO DE CARTÃO MAGNÉTICO E SENHA DO CORRENTISTA. CLIENTE QUE ADMITE TER PERDIDO O CARTÃO E TER FORNECIDO A SENHA A TERCEIRO. PEDIDO IMPROCEDENTE. 1. Se o titular da conta bancária admite haver perdido seu cartão magnético e, mais, ter fornecido a respectiva senha secreta a pessoa da família, o pedido de indenização pelos saques realizados deve ser julgado improcedente, mesmo que as operações não tenham sido realizadas pessoalmente pelo aludido familiar. 2. A responsabilização da instituição financeira por saques supostamente indevidos pressupõe a prova da falha do serviço. 3. Não constitui dever da instituição financeira evitar que terceira pessoa, de posse do cartão magnético e da senha secreta do cliente, realize saques na conta bancária deste. 4. Pedido improcedente. Apelação desprovida (Apelação Cível nº. AC 7257 SP 2006.61.05.007257-5, 2ª Turma, Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos, Julgado em 05/05/2009)

Para estes, são nulas as cláusulas contratuais que tenham por objetivo impor ao consumidor a absoluta responsabilidade pelas transações efetuadas até o momento do aviso do risco, em razão de que estas regras estabelecidas no contrato de adesão colocam o consumidor em excessiva desvantagem em relação ao fornecedor, violando a boa-fé e a equidade. Compete, portanto, a administradora e ao estabelecimento o dever de verificar a regularidade do cartão e a identificação do portador (FAZZIO JUNIOR, 2011, p. 182).

Retoma-se, portanto, a idéia da responsabilidade civil objetiva nos contratos de consumo, onde independe de culpa a responsabilização do fornecedor. Ocorre, na prática, uma transferência dos riscos inerentes à essa atividade econômica, que devem ser suportados por àqueles que dela visam obter lucro.

Sobre o assunto, discorre Castro (apud FAZZIO JUNIOR, 2011, p. 188):

(...) a informatização da rede bancária, a colocação de caixas eletrônicos e a utilização da internet para efetuar pagamentos foram pedidas adotadas para reduzir os custos dos bancos que geraram grandes lucros – demonstrados pelos balanços publicados anualmente. Se essas instituições prometem a mais avançada tecnologia e formas no espírito dos consumidores inteira confiança no sistema adotado, deve protegê-los em face dos riscos criados.

Pautada nesses valores, manifesta-se a jurisprudência, conforme se observa nesta decisão do Tribunal de Justiça do Paraná, que determina a administradora o dever de indenizar a indevida cobrança de valores oriundos transações fraudulentas, realizadas entre o momento da perda e do aviso da administradora²⁸. Nos termos do voto proferido por Bettega (2011), a administradora “é responsável pelos danos causados ao consumidor independentemente da verificação de culpa, pois a responsabilidade do fornecedor é objetiva, nos termos do artigo 14, da Lei 8.078/90”

Ademais, Bettega (2011) em seu voto ainda declara, que são nulas, independentemente da contratação de qualquer tipo de seguro, as cláusulas que imputem ao titular o dever de

²⁸ Tribunal de Justiça do Paraná – Apelação Cível 660522-1: Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - COMPRAS REALIZADAS NO CARTÃO DE CRÉDITO DO TITULAR NO PERÍODO COMPRENDIDO ENTRE O FURTO E A SUA COMUNICAÇÃO À OPERADORA DO CARTÃO - EXISTÊNCIA DE COBERTURA SECURITÁRIA PELA PERDA E ROUBO DO CARTÃO DE CRÉDITO - IRRELEVÂNCIA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - ART. 14, DO CDC - DANO MORAL CONFIGURADO - SENTENÇA MODIFICADA - QUANTUM INDENIZATÓRIO ARBITRADO EM R\$ 8.000,00 - DEVOLUÇÃO EM DOBRO - NÃO OCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE MÁ- FÉ DO CREDOR - VERBAS SUCUMBENCIAIS REDISTRIBUÍDAS - APELO PROVIDO.(TJPR - 9ª C.Cível - AC 660522-1 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Renato Braga Bettega - Unânime - J. 03.02.2011)

informar o risco à administradora, marcadamente por violar princípios preconizados pelo Direito do Consumidor.

Nesse sentido, discorre Fazzio Junior (2011, p. 183):

Na condição de prestador de serviços de emissão e administração de cartões, correm por conta da emissora os riscos do seu empreendimento. Daí porque eu incumbe-lhe suportar os prejuízos decorrentes do furto, roubo ou extravio do cartão, salvo prova inequívoca de que o evento ocorreu por fato exclusivo do portador do cartão.

De acordo com essa corrente, portanto, as únicas hipóteses de elidir a responsabilidade do fornecedor seriam as causas excludentes da responsabilidade civil, já estudadas anteriormente em capítulo específico e, por ocasião da inversão do ônus da prova, prevista pelo Código de Defesa do Consumidor, é competência da administradora comprová-las.

3.4.2.2 Responsabilidade pelo uso depois da comunicação

É pacífico o entendimento de que, a partir da comunicação da perda, furto ou roubo, o titular transfere integralmente sua responsabilidade pelas transações que vierem a ocorrer, na medida em que passa a ser dever da emissora tomar todas as medidas hábeis para evitá-las, devendo, inclusive, arcar com todos os prejuízos dessa utilização espúria (FAZZIO JUNIOR, 2011, p. 185)

Portanto, tanto o titular cientificado a emissora, cessa seu dever de diligência, haja vista que já não está mais na posse do cartão. A partir deste momento, compete a administradora e ao estabelecimento o cuidado necessário para que possa ser evitada qualquer transação indesejada. Ao estabelecimento compete identificar o portador, enquanto à administradora compete cancelar o cartão junto ao sistema, bem como manter o estabelecimento informado dos riscos que recaem sobre o cartão.

Esse entendimento já é pacífico na doutrina e é ratificado pela jurisprudência, que, diante da falha do sistema de controle da emissora, não deixa de puni-la pelos danos que

eventualmente causar. Desta forma decide o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²⁹, que ratifica o entendimento de que o usuário do serviço não pode arcar pelos prejuízos decorrentes das falhas da prestadora.

Além disso, corrobora a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro³⁰, que segue o raciocínio e também determina a responsabilidade da emissora do cartão nos casos de uso indevido após o aviso do risco.

Azevedo (2007, p. 110) corrobora, ao afirmar que a ocorrência de alguma transação após a comunicação do risco pode indicar duas falhas na prestação dos serviços:

Nesse caso, estaríamos diante de duas transgressões a obrigações contratuais, primeiro a não devida conferência de assinatura, obrigação que cabe ao fornecedor, decorrente do contrato de credenciamento com o emissor. Por outro lado, não temos o cancelamento do cartão, obrigação que cumpriria a emissora em decorrência do aviso do titular.

Seria ilógico pensar o contrário, haja vista que o titular, em decorrência um infortúnio e já tendo tomado todas as medidas que estão ao seu alcance, sofra qualquer prejuízo com o ocorrido. Pensar dessa forma seria imputar dever impossível ao consumidor, favorecendo de forma desmedida a administradora, que, em razão do contexto econômico em que o contrato é firmado, automaticamente encontra-se em posição privilegiada.

²⁹ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - Recurso Cível Nº 71002058105: Ementa: FURTO DE CARTÃO DE CRÉDITO. DESPESAS NÃO EFETUADAS PELA CONSUMIDORA. DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO E IMPOSSIBILIDADE DE INSCRIÇÃO EM ÓRGÃOS RESTRITIVOS DO CRÉDITO. Autora que teve carteira furtada, em que estava seu cartão de crédito. Tomou as medidas cabíveis de cautela. Realizada imediata comunicação da ocorrência ao banco e à polícia. Não contratação de sistema de proteção Ouro pela autora, não exime o banco réu da responsabilidade. Data do débito gerada é a mesma do furto. O que não significa que o débito tenha sido contraído pela própria autora, pois evidente que o agente criminoso tentaria usar o cartão antes do mesmo ser bloqueado pelo banco. Sistema falho adotado pelo banco, o qual assume o risco de tal empreendimento. RECURSO NÃO PROVIDO. (Recurso Cível Nº 71002058105, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Heleno Tregnago Saraiva, Julgado em 17/12/2009)

³⁰ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - Apelação Cível nº. 0006084-31.2008.8.19.0002 [2009.001.70676]: Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL BANCÁRIA. FURTO DE CARTÃO DE CRÉDITO. COMUNICAÇÃO FEITA AO BANCO PELA CORRENTISTA. SAQUES NA CONTA CORRENTE. DANO MATERIAL CONFIGURADO. DANO MORAL. QUANTUM REDUZIDO. FALHA NA PRESTAÇÃO SERVIÇO. TEORIA DO RISCO DO EMPREENDIMENTO.1. Se após o furto do cartão de crédito a correntista avisa ao banco e este afirma ter adotado todas as medidas de segurança para evitar a posterior utilização do referido cartão, mas ainda assim houve saques na conta corrente da cliente, resta configurado o dano material, cujo montante deve ser devolvido, com os consectários legais, pela instituição financeira, tal como sentenciado.2. Dano moral caracterizado pela falha na prestação do serviço bancário, que deixou de fornecer à consumidora a segurança que dele ela esperava quando o contratou.3. Quantum indenizatório a título de dano moral reduzido para atender aos critérios da proporcionalidade e razoabilidade e às circunstância do caso concreto.4. Recurso parcialmente provido (Apelação Cível nº. 0006084-31.2008.8.19.0002 [2009.001.70676], Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 20ª Câmara Cível. Des. Jacqueline Montenegro - Julgamento: 03/02/2010)

3.4.2.3 Responsabilidade criminal do terceiro

Os cartões de crédito trouxeram, juntamente com a praticidade de seu uso, os riscos. Tendo em vista que constituem instrumentos de circulação de riquezas, que garantem ao seu titular a aquisição de produtos, serviços ou mesmo dinheiro, tornaram-se freqüentes as transações fraudulentas, onde terceiro, de má-fé, faz uso desse instrumento para obter para si alguma vantagem ilícita.

Assevera Fazzio Junior (2011, p. 190) que diversas situações, e não menos diversas soluções, são encontradas nos repositórios jurisprudenciais, quando o assunto é a delituosidade patrimonial instrumentalizada pelo uso fraudulento e ilícito dos cartões de crédito ou débito

Por regra, as condutas podem ser enquadradas em dois tipos penais: furto mediante fraude e estelionato. Fazio Junior (2011, p. 191) explica:

Distinguem-se as duas modalidades criminais pelo aspecto funcional da fraude. No furto, a fraude é adotada para driblar a vigilância da vítima, para lhe tirar a atenção, ensejando a subtração patrimonial. No estelionato, a fraude tem por fito obter o consentimento da vítima, iludindo-a para que, voluntariamente, entregue a coisa.

Portanto, para a devida análise do tipo penal aplicável mostra-se imperiosa a compreensão do meio utilizado para a fraude, as pessoas envolvidas e as vantagens obtidas. Somente assim será possível apurar a responsabilidade criminal do agente e de sua conduta.

Assim, quando o cartão for utilizado para a obtenção de valores, sem que seja ludibriada terceira pessoa para a obtenção de vantagem, diverge esse mesmo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao tratar tal conduta como crime de furto³¹. Temos, nesses

³¹ Tribunal de Justiça de do Rio Grande do Sul - Apelação Crime Nº 70046047593: Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. FURTOS QUALIFICADOS PELO ABUSO DE CONFIANÇA, EM CONTINUIDADE DELITIVA. PEDIDOS DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVA OU AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA E RECONHECIMENTO DA FORMA PRIVILEGIADA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO RETROATIVA, CONSIDERADA A PENA REDUZIDA. 1. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA Ré confessa. Circunstâncias do fato que corroboram a confissão e autorizam a condenação pelos crimes de furto. 2. ABUSO DE CONFIANÇA Evidenciado que a ré e a ofendida dividiam o mesmo quarto e, inclusive, o mesmo guarda-roupas, local de onde foi retirado o cartão bancário utilizado para a realização dos saques bancários, configurada se mostra a qualificadora do abuso de confiança. RECURSO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO, POR MAIORIA. DISPOSIÇÃO DE OFÍCIO. (Apelação Crime Nº 70046047593, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 22/03/2012)

casos, grande divergência na jurisprudência, que parece oscilar seu entendimento de acordo com a perspectiva com que se observa a conduta.

Em contrapartida, considerando que o agente tenha utilizado o cartão para passar-se pelo seu titular e, dessa forma, realizar compras em estabelecimentos comerciais da cidade, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul³² firma entendimento de que resta consumado o crime de estelionato, pois, nas palavras de Baisch (2012), relatora do caso, o cartão foi “o meio fraudulento empregado, suficiente para ludibriar os vendedores e causar o prejuízo à instituição financeira”.

Reforçando, convém destacar que o envolvimento de terceiro lesado não precisa ser pessoal, podendo ocorrer também no âmbito das compras via internet, onde o estabelecimento de comércio virtual não tem nenhum contato físico com o criminoso, baseando seu serviço na confiança de que os dados que lhe são fornecidos estão corretos.

Nesse sentido, pode-se observar em recente julgado do Supremo Tribunal de Justiça³³

³² Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - Apelação Crime Nº 70042556936: Ementa: APELAÇÃO CRIME. ESTELIONATO. 1. ÉDITO CONDENATÓRIO. MANUTENÇÃO. Materialidade e autoria devidamente comprovadas nos autos. Hipótese em que o réu, nas duas oportunidades em que ouvido, confessou ter se apropriado do cartão de crédito em nome vítima, realizando diversas compras nos estabelecimentos comerciais da Cidade. Assunção de culpa corroborada pela palavra da vítima e testemunhas ouvidas. Agente que se passou pelo titular do cartão, ludibriando os comerciantes. Animus fraudandi bem evidenciado. Condenação que se impunha. IMPUTABILIDADE PENAL. DEPENDÊNCIA QUÍMICA. EXCLUDENTE NÃO RECONHECIDA. A atuação sob estado etílico ou de entorpecentes não se configura excludente da imputabilidade, a menos que comprovada a embriaguez, pelo álcool ou substâncias análogas, completa, proveniente de caso fortuito ou força maior (art. 28, II e §§ do CP), que tenha comprometido a capacidade de entendimento do agente. Teoria da actio libera in causa, adotada pelo CPB. Elementos probatórios coletados na instrução processual que não permitem concluir, de forma cabal, que o inculpatado estivesse, por ocasião do evento, sob o efeito de substância entorpecente, muito menos que o consumo tenha sido involuntário e, ainda, que o alegado vício tenha comprometido sua capacidade de discernimento. A simples alegação de dependência química, ou da condição de drogadição, não exclui a responsabilidade pelo delito praticado. Além disso, no momento oportuno, durante a instrução do feito, não foi requerida perícia para a comprovação da escusativa. Inexistência de comprovação do nexo de causalidade entre a suposta dependência e o cometimento do crime imputado ao increpado. Imputabilidade afirmada. 2. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. REDUÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. Pena-base fixada no piso legalmente previsto. Inviável a redução da corporal, na 2ª etapa do processo dosimétrico, aquém do mínimo legal, por força da atenuante da menoridade. Princípio da individualização da pena aludido não tem o alcance pretendido. Súmula 231 do STJ, cuja constitucionalidade é reconhecida pelo Egrégio STF. APELO IMPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70042556936, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 23/11/2011)

³³ Supremo Tribunal de Justiça, Conflito de Competência 95.343/SP: Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL. INQUÉRITO. OPERAÇÕES DE CRÉDITO REALIZADAS EM LOJAS VIRTUAIS MEDIANTE A UTILIZAÇÃO DE CARTÕES MAGNÉTICOS E CPF DE TERCEIROS. ESTELIONATO. CONSUMAÇÃO. COMARCAS DIVERSAS. COMPETÊNCIA FIRMADA PELA PREVENÇÃO. 1. Indiciado que realizava compras em estabelecimentos virtuais utilizando-se de dados de cartão de crédito e CPF de terceiros. Valendo-se deste ardil, induzia as empresas lesadas a entregar –

a condenação, pelo crime de estelionato, de indivíduo que, por meio de informações obtidas ilicitamente, como números de cartões e de CPFs, realizava compras em diversas lojas da internet, induzindo-as a realizar a entrega dos produtos, adquiridos com as informações de terceiros, que sequer sabiam que isso estava acontecendo.

Apesar da divergência jurisprudencial, Fazzio Junior (2011, p. 193) defende que, em todos os casos, o crime em questão é o estelionato:

Não há dúvida quanto ao delito de quem utiliza o cartão de crédito de outrem para a aquisição de mercadorias ou saques. Trata-se de estelionato, porque a conduta reúne todos os elementos de sua caracterização típica.

Considerando que o sistema do cartão de crédito constitui-se de um emaranhado contratual, parece prevalecer, com base em uma análise sistêmica deste meio de pagamento, que para o uso indevido do cartão possa viabilizar um crime, é necessário que terceiro seja enganado, pois toda operação realizada pelo cartão de crédito deve, necessariamente, envolver mais de um partícipe.

3.4.3 Uso irregular e responsabilidade do estabelecimento

Pelo contrato de credenciamento, para que receba os equipamentos e a autorização para receber pagamentos via cartão de crédito, o estabelecimento comercial assume o dever de prevenção de fraudes, que consiste em medidas capazes de afastar grandes quantidades de transações fraudulentas. De acordo com os padrões contratuais atuais, compete também ao estabelecimento o dever de identificar o titular, impedido que transações sejam indevidamente realizadas por terceiros (CIELO, 2012).

Para Fazzio Junior (2011, p. 176-177), pode ser afirmar que o controle dos dados do cartão e do titular é dever essencial do estabelecimento credenciado, para que se complete,

gize-se – voluntariamente e com o seu consentimento, as mercadorias objeto do crime. 2. Não sendo possível definir, até o presente momento, o local exato da infração, mormente a indicação de que várias foram as vítimas e empresas lesadas, mostra-se aplicável, portanto, o disposto no art. 70, § 3º, c.c. o art. 83, do CPP, segundo os quais: "incerto o limite territorial entre duas ou mais jurisdições, ou quando incerta a jurisdição por ter sido a infração consumada ou tentada nas divisas de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção". 3. Conflito conhecido para determinar competente o suscitado, Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de João Pessoa – PB. (Supremo Tribunal de Justiça, CC 95.343/SP – Relator Ministro Og Fernandes, julgado em 25/03/2009)

com a segurança esperada, a transação. Para tanto, pode, inclusive, recusar a venda, mitigando princípios consumeristas em prol da segurança jurídica deste complexo sistema contratual, conforme se observa em recente julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte³⁴.

Nesse, Santos (2012), ora desembargador, entende razoável a atuação da funcionária no sentido de não efetivar transação sem ter plena certeza da identificação do titular, cujos documentos, em péssimo estado de conservação. Diante disso, afirma em seu voto que esta atitude “demonstra um comportamento diligente, cuidadoso, jamais um ato lesivo.”

E não poderia ser outro o entendimento, haja vista que o contrato de credenciamento, por regra, prevê sanção ao estabelecimento que aceitar transações eivadas de ilegalidade, haja vista que esse, nas palavras de Fazzio Junior (2011, p. 176) “é o primeiro fiscal da regularidade do cartão que aceita”.

Sobre o assunto, continua discorrendo Fazzio Junior (2011, p. 178):

Não tendo o estabelecimento comercial agido com as cautelas devidas quando da realização de venda por cartão de crédito, responderá por eventuais danos decorrentes de fraude perpetrada por terceiro, se não provou que realizou a negociação com observância das regras mínimas adotadas na venda a crédito.

Portanto, pode-se afirmar que, sempre que comprovada a fraude e que o estabelecimento não tomou as diligências necessárias, será possível o cancelamento do crédito, a fim de restituir o valor exigido do titular. Esse entendimento já encontra respaldo na jurisprudência, conforme se observa no processo nº. APL 66782820058170480³⁵ PE

³⁴ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte - Apelação Cível AC 807 RN 2010.000807-6: Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. COMPRAS NÃO EFETUADAS COM CARTÃO DE CRÉDITO. DOCUMENTO DE IDENTIDADE APRESENTADO PELO CONSUMIDOR E TITULAR DO CARTÃO EM PÉSSIMO ESTADO DE CONSERVAÇÃO. DIFICULDADE EM AFERIR SUA AUTENTICIDADE. ATITUDE CAUTELOSA DA FUNCIONÁRIA (...). RISCO DE FRAUDE. INOCORRÊNCIA DE DANO MORAL. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO (Apelação Cível AC 807 RN 2010.000807-6, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Relator Des. Cláudio Santos, julgado em 18/05/2010).

³⁵ Tribunal de Justiça do Pernambuco – Apelação Cível 66782820058170480 PE 0006678-28.2005.8.17.0480: Ementa: (...) AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE CRÉDITO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FRAUDE CONTRA A OPERADORA DE CARTÕES CARACTERIZADA. INEXIGIBILIDADE DA DÍVIDA. RECURSOS PROVIDOS.1. O débito ora discutido está lastreado no "contrato de credenciamento e adesão de estabelecimentos ao sistema Redecard" celebrado pelas partes. O referido pacto prevê expressamente em sua cláusula décima sexta a possibilidade do Apelante cancelar as transações realizadas mediante fraude.2. Da análise das provas existentes nos autos restou caracterizada a fraude contra o Apelante e seus clientes, titulares dos cartões "clonados", restando inexigível a dívida objeto das ações.3. Recursos providos à unanimidade. (66782820058170480 PE 0006678-28.2005.8.17.0480, Relator: Josué Antônio Fonseca de Sena, Data de Julgamento: 13/03/2012, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 55)

0006678-28.2005.8.17.0480, julgado pelo Tribunal de Justiça do Pernambuco, onde o estabelecimento, insatisfeito com o cancelamento de créditos oriundos de uma transação indevida, busca obtê-los por meio judicial, mas não obtêm êxito.

No caso em apreço, o magistrado não apenas entende a conduta do estabelecimento como descuidada, mas criminosa, na medida em que age em conluio com clonadores de cartões, aceitando-os em seu comércio a fim de receber parte dos valores transacionados ilicitamente. Razão pela qual, julga correto o cancelamento dos créditos, que jamais deveriam ser pagos ao estabelecimento.

Diferente é o caso em que o estabelecimento toma toda a cautela, mas, por razões alheias a sua percepção, alguma fraude acontece. Nesse caso, compete a administradora arcar com os riscos inerentes a esta atividade, conforme julga o Tribunal de Justiça de São Paulo³⁶. Observa-se nesse acórdão que o estabelecimento tomou todas as cautelas que estavam ao seu alcance, e em momento algum a administradora lhe repassou qualquer informação sobre o risco ao que o cartão estava exposto. Diante disso, é evidente que compete a administradora os ônus da transação indevida, vez que a falha ocorreu por defeito no seu sistema.

Conforme descreve o relator, em se tratando de clonagem de cartão, “era impossível ao estabelecimento, por motivos óbvios, conferir a assinatura original com a do suposto falsário” (SANTANA, 2012). Desta feita, os prejuízos advindos da fraude devem ser suportados pela empresa administradora do cartão de crédito, que não pode querer transferir todos os riscos de sua atividade ao titular ou ao estabelecimento comercial.

³⁶ Tribunal de Justiça de São Paulo – Apelação Cível 9101453802003826 SP 9101453-80.2003.8.26.0000: Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA CARTÃO DE CRÉDITO ? AUSÊNCIA DE REPASSE DO VALOR AO ESTABELECIMENTO COMERCIAL SOB A ALEGAÇÃO DE FALSIDADE NO CARTÃO E NÃO RECONHECIMENTO DA COMPRA PELO EFETIVO TITULAR INDEFERIMENTO DA INICIAL AUSÊNCIA DAS NOTAS FISCAIS QUE DOCUMENTARIAM A COMPRA EXIGÊNCIA DESCABIDA COMPROVANTES DE VENDA QUE SÃO SUFICIENTES PARA DEMONSTRAR A OCORRÊNCIA DAS OPERAÇÕES QUE JUSTIFICAM A RELAÇÃO ENTRE AS PARTES, TODAS AUTORIZADAS PELA ADMINISTRADORA RÉ QUE EM NENHUM MOMENTO ALEGOU QUE TERIA OCORRIDO FRAUDE POR PARTE DA AUTORA - JULGAMENTO DE MÉRITO ADMISSÍVEL NOS TERMOS DO ART. 515, § 3º, DO CPC.COMPR E VENDA MERCANTIL PAGAMENTO COM CARTÃO DE CRÉDITO AUTORIZAÇÃO DA ADMINSTRADORA APURAÇÃO POSTERIOR DE FALSIDADE DO CARTÃO APRESENTADO ESTABELECIMENTO COMERCIAL QUE TOMOU TODAS AS CAUTELAS NA CONFERÊNCIA DA REGULARIDADE DO CARTÃO RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRADORA, QUE DEVE ARCAR COM OS RISCOS INERENTES À SUA ATIVIDADE NECESSIDADE, TODAVIA, DE SE AFASTAR DO VALOR DA CONDENAÇÃO A COMISSÃO PREVISTA NO CONTRATO CELEBRADO ENTRE AS PARTES AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE SENTENÇA REFORMADA RECURSO EM PARTE PROVIDO.515§ 3°CPC (9101453802003826 SP 9101453-80.2003.8.26.0000, Relator: Paulo Roberto de Santana, Data de Julgamento: 09/11/2011, 23ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11/11/2011)

3.5 A coligação contratual e seus efeitos na responsabilidade civil dos agentes envolvidos

Conforme estudado no capítulo anterior, o cartão de crédito é viabilizado por uma pluralidade de contratos, que distribuem diversas obrigações para distintos contraentes. Deste modo, o sistema contratual do cartão de crédito, concebido por, pelo menos, três contratos, deve ser observado de forma peculiar, na medida em que o teor destes instrumentos erradia efeitos perante o sistema com um todo, não ficando restrito aos seus contraentes.

Corroborando Branco (1998, p. 47):

(...) a possibilidade de ver o cartão como um sistema contratual passa pela apreciação jurídica de sua unidade, sem violentar a diversidade de relações que lhe conformam e sem tirar a identidade, que lhe é própria (interdependência). Esta unidade parte da compreensão de que o cartão de crédito é constituído de uma combinação de contratos para um escopo unitário, contratos coligados com o mesmo objetivo.

Portanto, para que o sistema possa funcionar corretamente, cada uma das partes depende das obrigações convergentes das demais, falhando a transação sempre que alguma das partes não desempenhar corretamente sua função. Para que o sistema possa funcionar com segurança, “a atuação cooperativa dos sujeitos sistêmicos, nessa empreitada, é fundamental” (DINIZ, 2011, p. 12).

As conseqüências do tratamento diferenciado da coligação contratual também exercem reflexos na responsabilidade civil dos agentes envolvidos, conforme apurado nos tópicos anteriores. As obrigações firmadas em um contrato individual podem exceder sua típica esfera de abrangência, para determinar a responsabilidade de terceiro, que tenha violado seu dever de cautela e causado dano em determinada transação. Observa-se, portanto, uma mitigação do princípio da relatividade dos contratos, a fim de prover-lhes maior segurança jurídica.

Portanto, a compreensão do cartão de crédito como um complexo sistema contratual, com múltiplas partes e obrigações, deve receber um tratamento jurídico diferenciado, a fim de garantir a observância de suas peculiaridades, e devolver-lhe repostas satisfatórias, para que, conforme se demonstrou no presente capítulo, seja possível afastar prejuízos indevidos a todos os seus usuários.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto nos capítulos anteriores, é possível observar com clareza que a moeda, e Economia e o Direito muito evoluíram no transcorrer da história. No entanto, apesar de toda essa evolução, ainda parece utópico um sistema imune a falhas, cujos efeitos estejam integralmente no campo de previsibilidade e proteção de todos os seus participantes.

Nesse sentido é que se manifesta o Direito, como verdadeira ferramenta de resolução de conflitos, que por meio de seus inúmeros institutos deve agir sempre de modo afastar a ocorrência de danos, e, quando não for possível, atenuar seus efeitos, em uma constante busca por uma sociedade mais justa e equilibrada.

A presente pesquisa, no transcorrer de suas atividades, contextualizou o sistema contratual do cartão de crédito, explanando sobre a tutela que o direito civil lhe destina, marcadamente pela teoria contratual, além de discorrer sobre os princípios que lhe são inseparáveis. Além disso, trouxe à baila o contexto em que o instrumento foi criado, as partes que dele participam e os vínculos entre esses estabelecidos, sempre reforçando a importância dessa ferramenta para a sociedade de consumo dos dias atuais.

Isto feito, passou à análise dos efeitos de sua utilização indevida, delimitando a responsabilidade civil de todos os agentes envolvidos, traçando, para tanto, um panorama geral das obrigações de cada um dos contraentes, bem como as sanções cabíveis por suas respectivas violações. Observa-se nesse momento com nitidez as profundas alterações trazidas pela nova realidade contratual em que se encontra nosso ordenamento jurídico, caracterizado pela mitigação da autonomia das vontades, antes absoluta, para a análise da função social do contrato.

Pode-se dizer que, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o ordenamento jurídico pátrio muito evoluiu, na medida em que essa nova legislação

proporcionou uma grande redistribuição dos direitos, com o condão de garantir maiores benefícios aos consumidores, que, mesmo sendo maioria, historicamente se encontram em uma posição de inferioridade nas transações comerciais, em verdadeira condição de vulnerabilidade.

A pesquisa demonstra as obrigações e a responsabilidade individual de cada um dos agentes envolvidos, quais sejam, emissor, estabelecimento e titular, para que, com o mútuo esforço e colaboração, o sistema contratual do cartão de crédito seja viável, e possa ser digno da confiança de seus usuários. Para tanto, faz uso de manifestações jurisprudenciais, cláusulas contratuais e entendimentos doutrinários, que expõem como se mostra na prática a aplicação da responsabilidade civil contratual aos integrantes do sistema de cartões de crédito.

Observa-se, predominantemente, a exigência dos deveres mínimos de proteção, que todos os envolvidos devem adotar na realização da transação, cada um da sua maneira. Quando falho, observa-se uma importante distribuição diferenciada dos riscos, possível apenas graças às inovações trazidas pelo Direito do Consumidor. A contemporânea teoria do risco consiste na vedação de cláusulas que transferem todos os riscos da atividade a um único contraente, geralmente o consumidor, justamente àquele que se encontra em situação de vulnerabilidade.

Ademais, toda a análise fundamenta-se primeiramente nos princípios contratuais, cuja aplicação e observância são imprescindíveis, sob pena de violar preceitos basilares de todo o ordenamento jurídico. Todo o trabalho parte do pressuposto de que os contratos que compõem o sistema contratual do cartão de crédito devem, obrigatoriamente, submeter-se a estes valores, que constituem verdadeiro norte para toda a atividade jurídica.

Assim sendo, observa-se que o Direito vem promovendo diferenciada tutela ao sistema contratual dos cartões de crédito, atenta às suas peculiaridades, capaz de assegurar uma diminuição dos prejuízos causados pelo uso indevido deste moderno instrumento financeiro, distribuindo a responsabilidade civil aos contraentes por critérios que excedem o teor do contrato, de maneira que todo o contexto em que a transação indesejada ocorreu torne-se fundamento para uma mais justa aplicação da lei.

Deste modo, pesquisa mostrou-se de grande importância, pois ressalta que o ordenamento jurídico vem passando por mudanças, marcadas pela evolução do direito consumerista, que são demonstradas neste estudo pela nova teoria do risco, onde sua distribuição ocorre de maneira a equilibrar as partes na relação de consumo, e na

responsabilidade objetiva do fornecedor, com o objetivo de assegurar maiores condições do consumidor no pleito de seus direitos, haja vista que em diversas situações a formação dos elementos probatórios é árdua, agravada pelo desequilíbrio das partes.

Portanto, a pesquisa cumpre com os objetivos propostos, na medida em que consegue caracterizar, de modo sistêmico, qual a estrutura de funcionamento desta complexa ferramenta financeira que é o cartão de crédito. Na análise individual dos contratos, bem como no estudo dos efeitos de sua coligação, o trabalho demonstra quais os direitos e deveres de cada um dos partícipes, bem como qual o limite de sua responsabilidade nos casos em que a utilização do cartão ocorra de forma indevida.

Com base em julgados dos tribunais pátrios, demonstrou-se que gradativamente o direito vem fazendo uma distribuição dos riscos da atividade, mensurando sua distribuição entre as partes envolvidas de acordo com as peculiaridades de cada uma. Pela pesquisa pôde-se observar que, graças a isso, a administradora já poderá responder objetivamente pelas transações indevidas, na medida em que é a parte com melhores condições financeiras, detém toda a tecnologia envolvida nas operações e visa, com elas, obter lucro.

Além disso, a pesquisa deixou claro que cada um dos contraentes responderá pela transação indevida na medida da falha no cumprimento do seu dever de cautela. Assim, por exemplo, o titular que manter o cartão em local inseguro, ou não ter o devido cuidado com sua senha, poderá sofrer sozinho os prejuízos da transação, se não informar a emissora dos riscos expostos ao seu cartão. Também sofrerá responsabilização o estabelecimento que não tomar os cuidados necessários na identificação do portador do cartão, permitindo que terceiro não autorizado realize alguma operação que poderá causar dano ao verdadeiro titular.

Tudo isso decorre da compreensão global do sistema de cartões de crédito, pois somente ao analisar a operação como um todo o Direito poderá fazer justa análise da situação, na medida em que as prestações individuais jamais poderiam compor uma complexa ferramenta de pagamentos como o cartão de crédito.

Desta forma, tanto a delimitação das obrigações no cumprimento dos contratos, quanto a divisão da responsabilidade civil de cada um dos agentes na ocorrência alguma transação indevida, são de considerável importância, pois é direito e dever das partes ter ciência das conseqüências de seus atos, para que, assim, possam tomar sempre atitudes tendentes ao bom funcionamento do sistema dos cartões, conforme se espera de uma ferramenta tão relevante e presente no dia-a-dia de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

- ABECS: Associação Brasileira de Empresas de Cartão de Crédito e Serviços. **Indicadores de Mercado**. Disponível em: <<http://www.abecs.org.br/site/indicadores/indicadoresMercado.aspx?Page=2>>. Acesso em: 23 nov. 2011.
- ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
- AZEVEDO, Renato Olimpio Sette de; ELIAS, Roberto João. **Cartão de crédito: Aspectos contratuais**. 2007. 124 f. ; Dissertação (Conclusão do curso de Mestrado) –Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Banco Central do Brasil: fique por dentro**. 4. ed. Brasília : BCB, 2008. Disponível em: < <http://www.bcb.gov.br/htms/sobre/bcuniversidade/cartilhaBancoCentral.pdf>>. Acesso em: 15/04/2012.
- BANCO COOPERATIVO DO BRASIL S/A. **Instrumento particular de adesão às condições de emissão e utilização do cartão de crédito SICOOBCARD**. Disponível em: <<http://www.sicoob.com.br/site/download/contrato-coopmil.pdf>>. Acesso em: abril de 2012.
- BANCO DO BRASIL S/A. **Contrato de emissão e utilização dos cartões Banco do Brasil S.A.** Disponível em: <<http://www.bb.com.br/docs/pub/voce/dwn/ContratoCartoes.pdf>>. Acesso em 15 de Março de 2012.
- BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 3. ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BITTAR, William Seba Mallmann. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **O sistema contratual do cartão de crédito**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência CC 95.343/SP**. Relator:

Ministro Og Fernandes, DF, 25 de março de 2009. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev2/files/JUS2/STJ/IT/CC_95343_SP_1264192822515.pdf>. Acesso em: abril de 2012.

BRASIL. **Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Código de proteção e defesa do consumidor: lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. 14. ed. atual. e aum. Campinas: Saraiva, 2003.

_____. **Constituição (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 setembro 2011.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº. 9101453802003826 SP 9101453-80.2003.8.26.0000**. Relator: Paulo Roberto de Santana, SP, 09 de novembro de 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5533396&vlCaptcha=wkEfa>>. Acesso em: abril de 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Apelação Cível nº. 13238 MS 2007.013238-4**. Relator: Desembargador Rubens Bergonzi Bossay, MS, 25 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=0&tpClasse=J>>. Acesso em: abril de 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível Nº. 660522-1**. Relator: Renato Braga Bettega, PR, 03 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11060325/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-660522-1>>. Acesso em: abril de 2012.
BRASIL. Tribunal de Justiça do Pernambuco. **Apelação Cível nº. 66782820058170480 PE 0006678-28.2005.8.17.0480**. Relator: Josué Antônio Fonseca de Sena, PE, 13 de março de 2012. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/jurisprudencia/resposta_npu.asp?nume2=0006678&dv2=28&ano2=2005&j=8&TR=17&cm2=0480>. Acesso em: abril de 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº. 0006084-31.2008.8.19.0002 [2009.001.70676]**. Relatora: Desembargadora Jacqueline Montenegro, RJ, 03 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=00035F6BE467E31F7156270CFE10F89BEC4A8AC402363A3E>>. Acesso em: abril de 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. **Apelação Cível AC 807 RN 2010.000807-6**. Relator: Desembargador Cláudio Santos, RN, 18 de maio de 2010. Disponível em: <<http://esaj.tjrn.jus.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?&CDP=010003B2O0000&nuProcesso=2010.000807-6>>. Acesso em: abril de 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime Nº 70042556936**. Relator: Fabianne Breton Baisch, RS, 23 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=2206412&ano=2011>. Acesso em: abril de 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime Nº 70046047593**. Relator: João Batista Marques Tovo, RS, 22 de abril de 2012. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=396502&ano=2012>. Acesso em: abril de 2012.

_____. _____. **Recurso Cível Nº 71002058105**. Relator: Heleno Tregnago Saraiva, RS, 17 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=2202578&ano=2009>. Acesso em: abril de 2012.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível nº. AC 7257 SP 2006.61.05.007257-5**. Relator: Desembargador Federal Nelton Dos Santos, SP, 05 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/NXT/Gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=trf3e:trf3ve>>. Acesso em: abril de 2012.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Direito comercial**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

CARLOS, Larissa Freitas. **Os contratos e o Código de Defesa do Consumidor: algumas considerações acerca da nova teoria contratual**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 47, 1 nov. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/705>>. Acesso em: 20 janeiro 2012.

CASTRO, Moema Augusta Soares de. **Cartão de crédito: a monética, o cartão de crédito e o documento eletrônico**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CIELO. **Contrato de afiliação ao sistema CIELO**. Disponível em: <<http://www.cielo.com.br/live/documents/f00422ad4b2f4c02bfeeff3bf788d8a8.pdf>>. Acesso em: abril de 2012.

_____. **Terminais eletrônicos**. Disponível em: <<http://www.cielo.com.br/portal/cielo/solucoes-de-tecnologia/terminais-eletronicos.html>>. Acesso em: abril de 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, 3º volume: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DMITRUK ORTIZ, Hilda Beatriz (Org.). **Cadernos metodológicos: diretrizes de metodologia científica**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Chapecó: Argos, 2004.

FAZZIO JUNIOR, WALDO. **Cartão de crédito, cheque e direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2011.

FIUZA, César. **Por uma redefinição da contratualidade**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 39, mar 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1711>. Acesso em março 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. rev. atual. e ref. São Paulo: Saraiva, 2006.

GALIANI, Ferdinando. **Da moeda**. São Paulo: Musa, 2000.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume III: contratos e atos unilaterais**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direito civil brasileiro, volume IV: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HUGON, Paul. **A moeda: Introdução à análise e às políticas monetárias e à moeda no Brasil**. 3ª Ed. São Paulo, Pioneira, 1973.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MEIRELLES, Aluísio Telles de. **História do comércio internacional**. São Paulo: Século XXI, 1983.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MIRANDA, Maria Bernadete. **Aspectos Jurídicos do Contrato de Cartão de Crédito**. Disponível em: < <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav41/artigos/cc.pdf>>. Acesso em: fevereiro de 2012.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código civil anotado: e legislação extravagante**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Renata Regina de. **Danos morais decorrentes do descumprimento contratual**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3162, 27 fev. 2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21170>>. Acesso em: 21 abr. 2012.

PACIEVITCH, Thais. **História do Cartão de Crédito**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/economia/historia-do-cartao-de-credito/print/>>. Acesso em: 2012-02-26.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001-2006.

PONTES, Dionato; QUADROS, Nilton Martins de. **Cartão de crédito com ênfase no Código de Defesa do Consumidor**. 2002. 86 f. ; Monografia (Conclusão do curso de Direito) -- Universidade Comunitária Regional de Chapecó, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

REDECARD. **Contrato de prestação de serviços do sistema REDECARD**. Disponível em: <https://services.redecad.com.br/NovoPortal/Portals/_PierNet/documents/55123_Contrato%20Servico.pdf>. Acesso em: abril de 2012.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Manual do novo direito comercial**. São Paulo: Dialética, 2006.

REZENDE, Leonardo De Oliveira. **A deteriorização das relações de poder dentro do organismo empresarial: uma análise do assédio moral no contrato de trabalho**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/57592094/5/A-FUNCAO-ECONOMICA-DO-CONTRATO>>. Acesso em: 21 abr. 2012.

ROBERTSON, Dennis. **A moeda**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

RODRIGUES, Frederico Viana (Coord.) **Direito de empresa no novo código civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito civil: contratos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

SANTOS, Marília Benevides. **Cartão de crédito nos dias atuais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SOUZA, Marcus Valério Guimarães de, **Conceito jurídico de contrato; o pacto e a convenção: distinções semântico-conceituais**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/213>>. Acesso em : 21/01/2012.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Lições de direito econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do código de defesa do consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **O contrato e seus princípios**. 3. ed. Rio de Janeiro AIDE, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 1992.

APÊNDICES

APÊNDICE A

Atestado de Autenticidade da Monografia

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

ATESTADO DE AUTENTICIDADE DA MONOGRAFIA

Eu, Luiz Augusto Wagner, estudante do Curso de Direito, código de matrícula n. 200716625, declaro ter pleno conhecimento do Regulamento da Monografia, bem como das regras referentes ao seu desenvolvimento.

Atesto que a presente Monografia é de minha autoria, ciente de que poderei sofrer sanções na esferas administrativa, civil e penal, caso seja comprovado cópia e/ou aquisição de trabalhos de terceiros, além do prejuízo de medidas de caráter educacional, como a reprovação no componente curricular Monografia II, o que impedirá a obtenção do Diploma de Conclusão do Curso de Graduação.

Chapecó (SC), 15 de Maio de 2012.

Luiz Augusto Wagner

APÊNDICE B

Termo de Solicitação de Banca

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

TERMO DE SOLICITAÇÃO DE BANCA

Encaminho a Coordenação do Núcleo de Monografia o trabalho monográfico de conclusão de curso do(a) estudante Luiz Augusto Wagner, cujo título é “O CARTÃO DE CRÉDITO E A RESPONSABILIDADE CIVIL NA SUA UTILIZAÇÃO INDEVIDA”, realizado sob minha orientação.

Em relação ao trabalho, considero-o apto a ser submetido à Banca Examinadora, vez que preenche os requisitos metodológicos e científicos exigidos em trabalhos da espécie.

Para tanto, solicito as providências cabíveis para a realização da defesa regulamentar.

Indica-se como membro convidado da banca examinadora: Diogo Bertelli, telefone para contato (0**49 9999-1011, ou (0**49) 9995-1000.

Chapecó (SC), 15 de Maio de 2012.

Douglas Braun