

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso do direito do trabalho*. Rio de Janeiro, 1992.

SENA, Adriana Goulart de. Trabalho e desemprego no contexto contemporâneo: algumas reflexões. *Revista TRT*, 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 29, n. 59, p. 99-128, jan/jun.1999.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

VIANA, Marco Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado – O direito do trabalho no limiar do século XXI, *Revista LTr*, v. 63, n. 7, jul. 1999.

_____. O direito, a química e a realidade sindical. *Revista TRT*, 3ª Reg., Belo Horizonte, n. 59, p. 49-52, jan./jun.1999.

_____. Juiz, lei e globalização econômica. *Revista TRT*, 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 27, n. 57, p. 81-87, jul./dez.1997.

VIDIGAL, Marco Flávio Salem. Limites à flexibilização na convenção coletiva e nos acordos coletivos no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista TRT*, 3ª Reg., Belo Horizonte, n. 25, n. 54, p. 219-224, jul. 1994/jun.1995.

VIEIRA, Gustavo Fontoura. Globalização: reflexos e desafios, *Revista TRT*, 3ª reg., Belo Horizonte, v. 27, n. 57, p. 77-79, jul./dez.1997.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Princípio de direito. Princípio jurídico. Direito do trabalho. *In: Curso de direito do trabalho – Estudos em memória de Célso Goytacá*. São Paulo: LTr, 1993.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A TRANSFERÊNCIA DOS RISCOS NO CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO

Leonor Augusta Giovine Cordovil

Sumário

1. Introdução. 2. A origem e a natureza jurídica do cartão de crédito. 3. Tratamento legislativo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor. 4. A transferência dos riscos da atividade. 4.1. A responsabilidade pelo extravio ou furto do cartão de crédito. 4.2. A responsabilidade do estabelecimento comercial. 5. Os investimentos em segurança. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A maioria dos consumidores brasileiros recebe salário mensal em única e certa ocasião do mês. É limitada, portanto, a aquisição de bens e serviços, uma vez que é necessário um planejamento minucioso da capacidade de consumo.

O cartão de crédito surgiu para facilitar o crédito e estimular o consumo, de modo a possibilitar ao assalariado a compra dos bens que julgar necessários através de pagamento mensal, de uma só vez ou parcelado.

Pode-se dizer que o dinheiro foi transformado em plástico, constando o nome e a assinatura do proprietário, que, nos limites de seu contrato, pode gastá-lo como lhe convier.

Hoje, o cartão de crédito não é mais apenas uma forma de pagamento, como à época de sua origem, mas também passaporte para a conta-corrente de seu titular, quando emitido por uma instituição bancária. O consumidor pode, na posse do cartão, realizar operações financeiras, obter créditos e outras vantagens.

Para os emissores e administradores de cartão, os benefícios são também incalculáveis. O sistema gera lucros, obtidos diretamente da relação com o titular ou com terceiros.

O cartão é um meio de pagamento em evolução. A cada dia são desenvolvidos projetos para a melhoria do serviço prestado e aumento das vantagens oferecidas com a sua utilização. As grandes emissoras, também denominadas "bandeiras", têm investido milhões de dólares em tecnologia e pesquisa, a fim de incrementar a atividade e aumentar o lucro.

Por se tratar de um sistema atípico, não legislado, o cartão de crédito é desprovido de qualquer controle positivo, excetuando-se algumas portarias e circulares do Conselho Monetário Nacional. Ganha força a autonomia da vontade, e a lacuna legislativa é preenchida pela força do contrato.

O contrato de cartão de crédito tem como partes a administradora e os milhares de consumidores, de todas as classes sociais. É visível o desequilíbrio contratual, sendo clara a imposição das cláusulas de modo a beneficiar a parte mais forte, levando o consumidor a aceitar, sem muitas vezes conhecer, o conteúdo do contrato de adesão. As administradoras, subscritoras das cláusulas, impõem sua vontade, transferindo os riscos da atividade que desenvolvem ao outro contratante. Se tais riscos são, abusivamente, transferidos aos titulares, deveriam as demais partes do negócio cumprir suas obrigações, buscando a melhor prestação do serviço. Ao contrário, tem-se notado a falibilidade da atividade, principalmente por meio da imprensa, que divulga, diariamente, casos de má utilização dos cartões, sem qualquer responsabilidade atribuível aos seus titulares.

A evolução do cartão de crédito deve ser paralela e proporcional ao aumento da qualidade do serviço, para que os lucros obtidos sejam proporcionais aos benefícios oferecidos.

2 A ORIGEM E A NATUREZA JURÍDICA DO CARTÃO DE CRÉDITO

Noticia-se o surgimento do cartão de crédito por volta de 1914, nos Estados Unidos. Os cartões eram, inicialmente, emitidos por hotéis, para o uso de seus clientes exclusivos. Esses estabelecimentos emitiam, periodicamente, notas de fatura correspondentes aos gastos com hospedagem e alimentação, pagando o cliente à vista.

Posteriormente, o mecanismo de pagamento começou a ser usado por armazéns, magazines e companhias petrolíferas. As principais vantagens eram a segurança, já que os clientes não precisavam mais portar grandes importâncias em dinheiro; o prestígio, pois tal benefício só era concedido aos melhores clientes; e, por fim, a fidelidade, porquanto o consumidor tornava-se assíduo frequentador daquele estabelecimento.

Durante a Segunda Guerra Mundial, em virtude das restrições impostas pelos governos e da diminuição do consumo, deixou de ser usado o cartão como meio de pagamento, voltando a ganhar força em 1947, com a emissão de cartões pelas companhias aéreas e ferroviárias.

Em 1949, foi criado o *Diners Club*, marcando, definitivamente, a história do uso do cartão, pois surgiu com ele a figura da terceira pessoa na relação: a entidade financeira. A iniciativa foi seguida por outras empresas, como a *American Express*.

Em 1951, tem-se a origem dos primeiros cartões emitidos por bancos, o que tomou força a partir de 1958, com o *Bank of America* e o *Chase Manhattan Bank*. O novo conceito foi copiado por mais de cem bancos, que também desenvolveram seus próprios programas de emissão de cartões. Esses primeiros programas funcionavam com base no pagamento de desconto por transações

ao comércio e pagamento mensal por parte do portador do cartão. O Bank of America contou com a vantagem inicial de uma forte presença em toda a Califórnia, razão pela qual seu cartão obteve êxito imediato. O BankAmericard, ao contrário de seus predecessores, ofereceu, desde o primeiro momento, o financiamento com juros, com data prevista. O Bank of America firmou acordos com outros bancos, afiliando estabelecimentos diversos. Na mesma época, formou-se o Master Charge, outro grupo com objetivos semelhantes. Dessa forma, a maioria dos bancos regionais que possuíam programas de fornecimento de crédito uniu-se a um dos dois sistemas, elevando o volume financiado para US\$3,8 milhões.

A inserção dos bancos na prestação desse serviço gerou benefícios aos consumidores, como taxas mais baixas, apenas para garantir a operacionalidade, ao contrário das taxas cobradas pelas administradoras autônomas, que precisavam captar o crédito junto a outras instituições desvinculadas do negócio. Ao mesmo tempo, passou a ser dada aos titulares a possibilidade de pagar suas despesas em vários meses, o que também foi bom para os fornecedores, que ampliaram suas vendas e o número de clientes.

O Bank of America passou a operar fora dos Estados Unidos, através de um sistema de franquias, criando uma nova entidade denominada Ibanco. Tornou-se necessário, assim, a superação do nome Bank of America, buscando-se uma nova marca universal, a Visa International Service Association.

Em 1979 foi criada outra associação interbancária, a Mastercard.

No Brasil, o primeiro cartão emitido foi o Diners Club, em 1950, do tipo não bancário. Seu título foi negociado com a Credicard, em associação com a Mastercard.

Algumas razões explicam o crescimento do uso do cartão em nosso País. O surgimento do cartão de afinidade, associado à imagem de clubes de futebol e grandes lojas, fez com que o povo brasileiro tivesse contato com o mecanismo de crédito. A redução do limite de renda para a sua concessão tornou popular o seu uso, facilitando o acesso da camada mais pobre da população. Por fim, o controle da inflação e o advento do Plano Real, em 1994, diminuíram a resistência do comércio em aceitar o pagamento em cartão de crédito e os estabelecimentos comerciais passaram a se filiar a um maior número de emissores de cartão. Ademais, o aumento da inadimplência nos pagamentos em cheque in-

centivou o interesse no uso do cartão, que fornece maior segurança aos fornecedores/lojistas.

São incomputáveis os lucros obtidos com a atividade de cartão de crédito, tendo-se como exemplo a Visa do Brasil, que anunciou um faturamento de R\$2,3 bilhões no ano de 1999. Para o ano 2000, as administradoras anunciam um investimento imensurável na área do comércio eletrônico, que, de acordo com um estudo encomendado pela Visa, movimentará US\$ 1 trilhão até 2003. Há uma demanda crescente do mercado por veículos de pagamento de operações comerciais que ofereçam uma maior eficiência de processamento, economia de custos e uma melhor transmissão de informações. O comércio eletrônico é, dessa forma, a “boa nova” em matéria de consumo.

O cartão de crédito é uma criação recente, não legislada, que engatinha para a inserção e a conceituação no mundo jurídico, a fim de que sejam estabelecidos, com precisão, os direitos e deveres que o circundam.

A dificuldade de conceituá-la cinge-se, principalmente, ao fato de os trabalhos publicados e de os estudos realizados procurarem conceituar o novo a partir de velhos preceitos, de antigas ficções jurídicas. Por se tratar de um sistema complexo de relações jurídicas, alguns autores o conceituaram de forma equivocada, procurando estudar cada relação de forma independente, esquecendo-se de que inexistente um contrato único que possa ser estudado e esgotado, mas sim um vínculo entre três contratos, sendo um sistema composto por três partes: uma empresa administradora, um titular e um fornecedor.

Nesse sentido é a opinião de Gerson Luiz Carlos Branco, segundo o qual

“o cartão de crédito na teoria geral dos contratos deve ser estudado internamente, uma a uma as relações que o compõem. Tal estudo não depende de ser ele um sistema contratual, ou um conjunto de contratos interdependentes, mas constitui pressuposto para que haja a determinação sobre a intensidade do vínculo existente entre os contratos”.¹

1 CARLOS BRANCO, Gerson Luiz. *O sistema contratual do cartão de crédito*, p. 61.

A visão da relação jurídica como um sistema segmentado é esclarecedora, contanto que não existam conflitos entre os pólos, quando, infelizmente, a opinião do juri sta só alcançaria a relação particular.

Ao estudar essa complexa estrutura, deve-se, fundamentalmente, atentar-se à realidade, evitando buscar auxílio nos mitos jurídicos, em teorias ultrapassadas, que em nada serão úteis ao conhecimento de um mecanismo tão atual. Dentre as correntes tradicionais que pretendem explicar a natureza jurídica do cartão de crédito, cinco delas merecem destaque:

- A primeira busca sistematizar o cartão como título de crédito. Os seguidores dessa corrente conceituam o cartão como título, documento que incorpora o direito ao crédito. Todavia, a relação jurídica existente é muito mais importante do que o documento, que é, em sentido estrito, uma cártula de plástico. O cartão é, na verdade, um mero instrumento de um direito que se encontra embutido em um contrato. Faltam-lhe requisitos essenciais dos títulos de crédito, quais sejam: literalidade, autonomia, legitimação e suficiência para a circulação. É certo que os títulos de crédito transmitem-se através do endosso, sendo os cartões de crédito pessoais e intransferíveis. Os cartões podem ser emitidos em favor de terceiros, mas figuram estes como dependentes do titular. Tal fato assemelhado só ocorre nos títulos de crédito no caso do endosso-mandato, em que alguém pode assumir obrigações por outrem. Outros discutem a possibilidade de ser a nota fiscal fatura de um título de crédito. Contudo, a assinatura ali aposta é apenas uma fonte de identificação, que torna inválido o pagamento no caso de falsidade.

- A segunda entende tratar-se de mandato. Tal opinião é extremamente comercial, não atentando para a relação de consumo que envolve o negócio jurídico do cartão. Não há mero mandato entre a administradora e o titular, sendo certo que aquela assume os riscos perante o fornecedor, bem como não resolve os problemas de vício do produto ou serviços contratados.

É certo que os contratos de adesão perpetuam a cláusula-mandato. Contudo, tal cláusula – embora abusiva – opera-se somente entre o titular e a administradora, não envolvendo o fornecedor.

- A terceira inclina-se em admitir o cartão como cessão de crédito. Nessa visão, a administradora substitui o titular na obrigação de pagar e o fornecedor para fins de cobrança da dívida. Todavia, apresenta tal concepção a mesma falha das anteriormente citadas, pois sequer se refere à relação entre o titular e fornecedor, essencial para a caracterização de sua natureza jurídica.

Além disso, o art. 1.072 do Código Civil brasileiro trata do direito à oposição de exceções, típica da cessão de crédito, mas expressamente proibida pela cláusula comumente inserida nos contratos de cartão – embora elencada no rol das cláusulas abusivas, devido à total transferência dos riscos ao titular, o que leva ao desequilíbrio contratual.

- A quarta busca a constituição do contrato de cartão de crédito como contrato de compra e venda. Sem necessidade de uma análise aprofundada, podem ser facilmente entendidas as razões da inaplicabilidade de tal conceituação. O cartão de crédito é um documento de legitimação, apto a permitir ao seu titular o direito à compra de mercadorias junto às fornecedoras da rede afiliada. A compra é representada, de um lado, pelo vendedor e, de outro, pelo comprador. No caso do sistema do cartão de crédito, há uma radical alteração. Surge a figura de um terceiro e até mesmo de um quarto integrante da relação, quando há participação da instituição bancária. Não é o vendedor, o fornecedor, quem vai arcar com os riscos do inadimplemento. Ele recebe o pagamento diretamente da administradora, e não do titular. Por outro lado, é cláusula inserida em todos os contratos entre os fornecedores e as administradoras que estas não responderão pelos vícios de qualidade, quantidade ou preço do bem vendido. Por tais justificativas infere-se a impossibilidade de classificação como um simples contrato de compra e venda.

- Por fim, a inovadora visão de Carlos Branco, que apresenta uma proposição sistemática, que nos parece a mais correta. Para o autor, “deve ser visto o cartão de crédito como um sistema contratual, passando pela apreciação jurídica de sua unidade, sem violar 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".²

Em relação aos tipos existentes de cartões, faz-se necessário dizer que a evolução do sistema de cartões de crédito não permite que nenhuma classificação seja completa. O avanço da tecnologia e a necessidade de redução de custos e aumento dos lucros têm levado à criação de novos tipos de cartões.

A par disso, os modelos citados não se encontram em formas isoladas. O objetivo é o fornecimento de mais serviços através de um só plástico de pagamento, com a adoção equivocada do nome "cartão de crédito", que usamos neste trabalho para facilitar a compreensão.

Atualmente, e como se verá adiante, o cartão que permite a um consumidor obter crédito e pagar sua dívida ao final do mês permite-lhe também retirar dinheiro em caixas automáticos, proceder a transações bancárias ou contrair um débito fora do País.

A evolução tem permitido um aumento no número de potenciais compradores, tornando realidade disponível a qualquer pessoa o que era benefício da elite.

3 TRATAMENTO LEGISLATIVO E APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Na maioria dos países inexistente uma legislação específica sobre o tema. Verifica-se certa regulação pelos órgãos controladores do crédito, principalmente em relação aos cartões de crédito emitidos por bancos. A sistemática dos cartões tem sido operacionalizada tendo como base, principalmente, ajustes obrigacionais. Disciplina-se, unicamente, pelo princípio da autonomia da vontade

2 CARLOS BRANCO, Gerson Luiz. *O sistema contratual do cartão de crédito*, p. 47.

de, mediante contratos de adesão, que impõem cláusulas, criam obrigações e proveito pecuniário para o emissor.

Nas palavras de Lacerda Filho,

"a sistemática operacional do cartão de crédito reclama a prioritária necessidade de uma normatização, por menor que seja, que tutele os interesses das partes intervenientes e, mais ainda, uma tutela que se estenda ao interesse público que também é alcançado e comprometido pelo mesmo sistema".³

Identificam-se tentativas de normatização, apesar de nenhuma delas ter, realmente, influído nas relações que envolvem o sistema de crédito. Algumas normas e portarias foram publicadas pelo Banco Central e pelo Conselho Monetário Nacional, sem, contudo, adentrar em sua complexidade, limitando-se a regular as instituições financeiras na concessão do crédito.

A partir da década de 70, percebem-se movimentos legislativos tendentes à normatização da matéria, como o projeto do Deputado Faria Lima (Projeto de Lei n. 1.754/74), que visava à obrigatoriedade de um seguro para os titulares de cartão. O Projeto de Lei n. 756/79, de autoria do Deputado Eduardo Cafeteira, procurou sujeitar as emissoras ao sistema financeiro nacional.

Atualmente, estão em andamento dois projetos: o primeiro deles, do Deputado Jackson Pereira, conceitua as emissoras e administradoras de cartão como instituições financeiras; o segundo, do Deputado Ibrahim Abi-Ackel, busca a regulamentação e fiscalização das administradoras.

Daí ressaltar-se a importância do Código de Defesa do Consumidor para minimizar a insegurança do tema. A lei consumerista surgiu como esperança para milhares de cidadãos vítimas dos contratos de adesão que, como já foi dito, transformaram-se em verdadeiras leis do cartão de crédito. Antes da Lei n. 8.078/90,

3 LACERDA FILHO, Fausto Pereira de. *Cartões de crédito*. Curitiba: Juruá, 1990, p.105.

os consumidores eram submetidos a regras impostas pelas grandes administradoras, a quem era útil a sua vulnerabilidade fática, jurídica e técnica.

Sustentam algumas administradoras que não se trata de uma relação de consumo, não podendo ser aplicado, dessa forma, o Código de Defesa do Consumidor. Tal alegação torna-se infundada pelo fato de que a mesma lei citada refere-se expressamente aos serviços bancários, em seu art. 3º, § 2º.⁴ Contestam, alegando que não se reduz o mecanismo do Cartão de Crédito a uma prestação de serviço bancário. Arnaldo Wald, em parecer elaborado para a Federação Brasileira de Bancos (Febraban), entende que o Código de Defesa do Consumidor não contemplou o dinheiro e nem o crédito. Para ele, o consumidor protegido é apenas aquele que contrata o fornecimento do serviço para suas necessidades pessoais, excluindo-se aqueles que vêm no serviço um instrumento de produção, repassado a terceiros.⁵

Criticamos, aqui, a orientação jurisprudencial que se encaminha no sentido de que as administradoras de cartão de crédito não seriam alvo das disposições do art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, porquanto não seriam instituições financeiras. Em nossa opinião, cinge-se a solução para o paradoxo, não ao se considerar tais prestadoras de serviço como instituições intermediadoras do crédito, mas sim pela atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, descrição encontrada no *caput* do referido artigo.

Perguntamos se alguém, em sã consciência, conhecendo a origem e a evolução desse meio de pagamento, negará que o cartão de crédito tem como função primordial facilitar ao consumidor o acesso aos bens e serviços desejados. Alguém será capaz, então, de afirmar que não é o titular um consumidor final, mas sim um tomador de empréstimo? Haverá como refutar, também, a

4 “Art. 3º [...] § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

5 O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras. RT 666/13.

idéia de que estamos diante de um contrato de adesão, celebrado entre uma parte forte e outra extremamente fraca, sujeito à disposição do art. 54 da Lei n. 8.078/90? Sustentar-se-ia a tese de que o comprador inadimplente que utiliza o seu cartão poderia ser exposto ao ridículo, não sendo aplicável a ordem do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, porque não é tal consumidor destinatário final do serviço?

Infelizmente, nenhuma das tentativas legislativas de pacificar a matéria foi bem-sucedida, mas seria transpor os limites do aceitável negar ao titular do cartão a proteção do código consumerista.

Nas palavras de Nelson Nery Júnior, “havendo outorga de dinheiro ou do crédito para que o devedor o utilize como destinatário final, há relação de consumo, que enseja a aplicação dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor”.⁶

Cita-se como exemplo da boa aplicação do Código ao sistema do cartão de crédito a polêmica cláusula-mandato e sua abusividade, recentemente discutida nos tribunais. A cláusula-mandato – inserida nos contratos de adesão – é aquela em que o consumidor outorga à administradora de cartões um mandato com poderes para agir contra ele mesmo, quando obriga o titular ao mútuo bancário, subestabelece poderes para aceitar letras de câmbio, dentre outros absurdos. Tal cláusula é considerada uma “cláusula-surpresa”, daquelas que o consumidor só tem a infelicidade de conhecer quando executado por terceira pessoa. Antes do Código de Defesa do Consumidor, posições doutrinárias e jurisprudenciais dividiam-se em duas correntes: a primeira defendia que a cláusula era inválida, porquanto agia em prejuízo do mandante; para a segunda, só poderia ser nos casos de abuso no desempenho do mandato. O Código, no art. 51, VIII, considerou abusivas todas as cláusulas que “imponham representante para conduzir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor”. Dessa forma, pacificou-se a invalidade das cláusulas-mandatos.

6 NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*.

Somente com a aplicação do Código de Defesa do Consumidor pode-se atingir o poderio das instituições que dominam o mercado dos cartões de crédito, de modo a coibir abusividades decorrentes das relações inseridas nos contratos de adesão, buscando-se a real proteção dos consumidores.

4 A TRANSFERÊNCIA DOS RISCOS DA ATIVIDADE

Atingimos, após uma breve explanação sobre o cartão de crédito, o ponto que, realmente, motivou nosso estudo, um problema atual e ainda não fecundamente explorado pelos pesquisadores do tema: a transferência dos riscos da atividade e a insegurança na utilização dos cartões de crédito.

São invariáveis as vantagens trazidas pelo surgimento e evolução do cartão de crédito, fenômeno desconhecido há oitenta anos. Em sua origem, era o cartão sinônimo de prestígio e segurança. A história conta que o benefício somente era concedido aos melhores clientes dos maiores estabelecimentos e aos mais afortunados correntistas bancários. Desde seu surgimento, a publicidade veiculada sempre se baseou no sentimento de se pertencer a uma elite, cujos contemplados são beneficiários de vantagens incomuns.

Os cartões eram emitidos, inicialmente, em papel, vindo a ser feitos, posteriormente, em plástico, constando o nome do titular e a assinatura; agora também a tarjeta magnética que permite a identificação da assinatura digital.

Transmitia-se a idéia de fidelidade, segundo a qual o titular – e somente ele – poderia adquirir bens e produtos, dando-lhe a impressão de que seu dinheiro havia se transformado em um plástico nominal e que apenas ele poderia usá-lo.

Hoje é possível que o consumidor possua cartões emitidos por diferentes bandeiras, além de os cartões emitidos pelos bancos tornarem viável o crédito em vários estabelecimentos. Atualmente, milhões de pessoas possuem cartão de crédito, e para essa condição precisam apenas atender a alguns requisitos, como a demonstração de um rendimento mensal mínimo.

A intenção das grandes administradoras é atrair cada vez mais consumidores, que pagam suas taxas e encargos e assumem dívidas sem sequer contestar-lhes os juros. Com isso, as camadas menos favorecidas da população tiveram contato com um instrumento de consumo de que não dispunham, dando-lhes a falsa idéia de que podem comprar mais. Verificou-se uma elevação nos índices de inadimplência, uma vez que os consumidores passaram a acreditar que podem gastar mais do que economicamente suportam, tornando-se devedores submetidos às altas taxas de juros que contrataram.

Além de o consumidor deparar-se com a utilização indevida do cartão, pode ser surpreendido com o uso por terceiro.

Consta de todos os contratos firmados entre os titulares e as administradoras: “O cartão é de uso pessoal e intransferível de seu titular.” Contudo, sabe-se que qualquer um pode utilizar um cartão, com a simples aposição da senha digital ou com a assinatura manuscrita. É que, ao assinar o contrato com a administradora, o titular passa a concordar com um enumerado de cláusulas que compõe o chamado contrato de adesão. Em uma dessas cláusulas, sempre presentes nesses contratos, é transmitido ao titular o risco da utilização indevida do cartão. Dessa forma, a administradora isenta-se de qualquer responsabilidade, limitando-se ao bloqueio do cartão, caso requerido pelo titular.

Por não poderem ser responsabilizadas, as administradoras e as instituições bancárias deixam de tomar certos cuidados e de zelar pela segurança na prestação dos serviços. O mesmo acontece com os estabelecimentos comerciais que realizam vendas e emitem faturas.

Tem-se verificado o crescimento das fraudes, clonagens de cartões, assaltos a terminais eletrônicos e compras que não foram realizadas pelos titulares. Poder-se-ia afirmar – tese defendida pelas instituições – que as pessoas não agem com cuidado ao utilizar seus cartões, que realizam operações e, de fato, fazem compras. Esbarramos, aqui, em dois princípios basilares do Direito do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade e da hipossuficiência do consumidor.

Nas palavras de Fábio Konder Comparato, “o consumidor é certamente aquele que não dispõe de controle de seus bens de produção e, por conseguinte, deve se submeter ao poder dos titulares destes”.⁷

Deve-se inferir, primeiramente, que o consumidor adere ao contrato de adesão sem ter a chance de questionar suas cláusulas, que lhe transferem toda a responsabilidade pelo uso do cartão. Sabe ele que está contratando, na maioria das vezes, uma empresa multinacional, que pactua com milhões de consumidores como ele. Disso parte a falsa idéia de que é um sistema imutável e seguro, que fornece vantagens a milhões de pessoas. O consumidor tem a legítima expectativa de que lhe será oferecido o melhor serviço.

Tal sensação será, abruptamente, desmascarada quando, ao retirar um extrato no caixa eletrônico, verificar que algum dinheiro foi indevidamente sacado de sua conta-corrente, ou quando, ao receber uma fatura, perceber que foi feita uma compra em seu nome, em uma loja absolutamente desconhecida. O consumidor ligará para um daqueles eficientes serviços de informação, quando uma simpática atendente lhe pedirá para ler a cláusula que lhe transferiu todos os riscos.

Defrontamo-nos, neste ponto, com o enfoque da prova do Direito.

O art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor reconhece, expressamente, a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, que pode ser identificada em três escalas: a escala técnica, a escala jurídica e a escala fática.

O consumidor é tecnicamente vulnerável quando não tem informações suficientes para julgar a conveniência do produto, não sabe se o que lhe está sendo oferecido é realmente o bem de que necessita; ele é juridicamente vulnerável quando não dispõe de condições para provocar a discussão de seu problema nas vias judiciais; finalmente, ele é faticamente vulnerável quando tem de se submeter ao contrato sem discutir ou questionar sua cláusulas e sem saber os riscos que terá que suportar.

7 COMPARATO, Fábio Konder. *RDM* 15/16, p. 89-105.

O titular do cartão de crédito é fática e tecnicamente vulnerável. A vulnerabilidade jurídica foi afastada com o advento dos Juizados Especiais, previstos na Lei n. 9.099/95. Os Juizados Especiais desmitificam, de certo modo, a idéia de um Poder Judiciário moroso e caro. A lide é proposta e julgada num período que, em raríssimos casos, ultrapassa o prazo de cinco meses, reunindo, ali, estudiosos do Direito do Consumidor. Ademais, até a fase recursal, não há nenhum custo processual para o consumidor/autor. Diversos processos envolvendo cartões de crédito foram ajuizados nos últimos meses e, com toda certeza, o empenho e a dedicação dos juízes tornaram possível o avanço e a boa aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, na maioria dos casos, resta comprovada a hipossuficiência. Esta é característica pessoal, enquanto a vulnerabilidade é traço universal. Ocorre a hipossuficiência quando, além de presumidamente vulneráveis, são os consumidores agravados por sua individual carência cultural e/ou material.

Impõe-se, dessa maneira, a inversão do ônus da prova, previsto pelo art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.⁸ Provar, por exemplo, que não fez uma compra é ato impossível para o consumidor, ao passo que para a administradora do cartão é tarefa menos árdua, uma vez que pode reaver a nota que foi assinada no ato da compra.

O que se tem verificado, entretanto, é que os bancos e as administradoras não dispõem de meios para provar que foram, realmente, os titulares quem fizeram as operações. Isso poderia ser facilmente resolvido com a instalação de câmeras filmadoras nos bancos e com a adoção de sistemas mais seguros, que impedissem a ação dos marginais, ou pelo menos a inibisse.

Em relação à responsabilidade do titular, deve o consumidor manter em sigilo sua senha e o cartão sob sua guarda. Contudo, como se depreende dos

8 “Art. 6º São direitos do consumidor: [...]

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, no processo civil, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou quando ele for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência.”

relatos de vários consumidores, essas providências não são suficientes. Várias contas-correntes são acessadas, vários saques e compras são realizados sem que o cartão tenha saído da carteira de seus titulares. Se o banco/administradora não pode provar que foi realmente seu cliente quem realizou a operação, o defeito deve ser imediatamente transferido ao serviço.

Vê-se claramente a falibilidade do sistema oferecido estampada nos jornais. É crescente o número de golpes registrados pelas delegacias, seus autores utilizando métodos cada vez mais sutis e sofisticados para ludibriar os consumidores. As instituições prestadoras do serviço têm conhecimento de tais ocorrências e pouco fazem para a proteção de seus clientes.

Assim decidiu a juíza Márcia de Paoli Albino, no julgamento do Recurso 614/99, na Terceira Turma Recursal Cível do Juizado das Relações de Consumo de Belo Horizonte:

“Já as instituições financeiras, prestadoras de serviço autorizado pelo BACEN, que dependem do cliente – do cidadão contribuinte, do cidadão que possui direito de reclamar tratamento digno e qualidade do serviço que lhe é prestado – embora tenham meios para impedir ou para coibir a ação de criminosos nos estabelecimentos, nada têm feito em favor dos clientes.”

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor consagrou a responsabilidade objetiva, em seu art. 14.⁹ Assim, se o prestador do serviço não produziu prova de que o consumidor agiu com culpa ou dolo, a responsabilidade se transfere deste para aquele.

Ressalte-se que, embora o código dispense a discussão da culpa, não se pode negar que as instituições são negligentes no dever de vigilância e de garantir a máxima segurança pelo serviço que prestam (*culpa in vigilando*).

9 “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.”

É inadmissível a integral transferência da responsabilidade. O consumidor tem o dever de bem guardar o cartão e de usá-lo da melhor maneira, mas tem, também, o fornecedor o dever de prestar o serviço com qualidade e segurança.

4.1 A responsabilidade pelo extravio ou furto do cartão

É cláusula típica dos contratos de cartão de crédito aquela que transmite ao titular a responsabilidade pelo extravio ou furto do cartão. Cabe-lhe a comunicação do sinistro, respondendo por todo o dano causado até aquele momento. Após o aviso, o cartão é imediatamente bloqueado e nenhum estabelecimento é autorizado a recebê-lo. Contudo, é certo que o tempo decorrido entre o furto/extravio e a comunicação pode ser longo, tendo em vista que, na maioria dos casos, o titular não é sequer desapossado do cartão, sendo este copiado (ou clonado) e usado por um terceiro. O consumidor só percebe o problema dias após, quando confere o extrato bancário, ou mesmo recebe a fatura.

Gerson Luiz Carlos Branco apresenta interessante teoria sobre a responsabilidade do titular pelo uso indevido do cartão. Apóia-se o autor na teoria do negócio jurídico, segundo a qual as obrigações surgem sempre da prática de algum ato ilícito ou como contraprestação. No caso do uso do cartão por terceiro, o titular não usufruiu de prestação nem realizou ato ilícito, inexistindo, dessa forma, qualquer obrigação em relação ao outro pólo contratual. O cartão seria, na verdade, uma mera réplica do contrato, do qual uma terceira pessoa, que não os contratantes, jamais poderia usufruir.

O cartão de crédito não incorpora o direito; é sua mera instrumentalização. Admitir o contrário seria classificá-lo como título de crédito, que encerra direito exigível pelo portador.

O problema é que, com o uso das senhas eletrônicas, torna-se difícil a identificação do portador, que, ao digitá-la, é reconhecido como o legítimo titular. Daí advém a responsabilidade das instituições em garantir que sejam as operações autorizadas somente aos titulares.

A responsabilidade amplia-se quando se toma conhecimento de que a maioria dos furtos ocorre dentro das próprias agências bancárias. São divulga-

dos diariamente pela imprensa casos de consumidores que foram enganados ao manusear os caixas automáticos – o velho golpe do cartão, no qual são abordados por pessoas que, passando-se por funcionário do próprio banco, oferecem ajuda, trocam os cartões ou gravam a senha aposta pelos titulares. O que mais estarrece é como podem as instituições bancárias permitir que pessoas estranhas permaneçam no interior de suas agências, identificando-se como funcionários e auxiliando seus clientes.

Os caixas eletrônicos que se localizam fora das agências têm de ser, também, alvo da preocupação dos bancos, sob pena de se transformarem em verdadeiros cofres particulares expostos nas ruas.

É pretensão utópica colocar fim ao crime, ao furto, ao estelionato, pois os criminosos terão recursos cada vez mais modernos, mas é dever dos prestadores do serviço adequar a atividade que exercem aos riscos que ela produz, pretendendo, ao menos, acompanhar o investimento criminoso.

A simples colocação de câmeras filmadoras e a orientação dada aos segurados contratados são recursos disponíveis e não tão irrealizáveis assim. Em vez disso, preferem as instituições somente orientar os consumidores para que não utilizem os caixas automáticos em horários noturnos, não conversem com estranhos e não percam de vista o cartão plástico, enquanto os criminosos aprimoram suas técnicas e esperam o crepúsculo ao lado dos terminais.

Citam-se, ainda, os casos de terminais que engolem cartões de crédito. O consumidor o insere no receptor do caixa e este retém o plástico. Neste caso, são os clientes orientados a esperar que a assistência técnica repare o equipamento e, a partir desse momento, misteriosamente, nunca mais será visto o referido cartão.

De forma geral, os riscos da atividade de administração de um cartão de crédito são semelhantes aos riscos de outras atividades, como inadimplência, segurança e gastos com a operacionalização, e já são repassados ao titular mediante as taxas que lhe são cobradas. Seguramente, estão as administradoras de cartão cientes dos insucessos do negócio, podendo prever e repassar ao consumidor, por meio dessas cobranças, a compensação dos prejuízos previstos.

Transferir-lhe expressamente o risco da atividade, através do contrato, seria onerar duplamente o destinatário final do serviço.

A par disso, é perfeitamente possível a contratação de um seguro. Sabe-se que a maioria dos contratos de cartão de crédito obriga o titular a pagar uma taxa correspondente ao seguro contra má utilização do cartão. O consumidor, contudo, raramente é informado de que tal seguro cobre somente operações de compras fraudulentas junto aos estabelecimentos comerciais – e, também neste caso, raramente é acionado –, não incluindo a utilização do cartão nas transações que necessitem do uso do código pessoal e secreto, sob a alegação de que tal código é de atribuição, conhecimento e sigilo exclusivo do cliente.

4.2 A responsabilidade do estabelecimento comercial

O comércio já percebeu que o cartão de crédito agrega valor ao estabelecimento, além de ser um meio de pagamento totalmente seguro, porque são autorizadas as transações pelas instituições financeiras.

Com o controle da inflação, o cartão ganhou a simpatia dos estabelecimentos comerciais, que passaram a atrair clientes dispostos a usá-lo com mais frequência, influenciados pelo clima de tranquilidade, inicialmente proporcionado pela economia estável e pelo Plano Real. Nos tempos de alta inflação, o consumidor sentia seus efeitos, estampados nos altos juros cobrados justificadamente, sendo que os estabelecimentos cobravam pelas mercadorias preços diferenciados para aqueles que pagassem com cartão.

Recuperado também o prestígio – note-se que a Visa do Brasil investiu R\$ 16 milhões em marketing no ano de 1999 –, tornou-se muito interessante para o comércio filiar-se a diversas “bandeiras”, demonstrando ao consumidor que a loja é parceira de uma ou mais administradora, o que, por si, eleva seu conceito. Entretanto, também se esqueceram os estabelecimentos de que têm deveres expressamente enumerados nos contratos que celebram com as instituições financeiras, e dentre eles o que indiretamente favorece o consumidor: o dever de identificar o titular do cartão através da assinatura aposta.

Ao contrário da assinatura digital, a assinatura manual exige que o portador prove, no momento, que é aquela pessoa identificada no cartão. É que, para descobrir uma senha e digitá-la corretamente, o estelionatário pode fazer várias tentativas, nas quais geralmente age sozinho. Dentro de um estabelecimento, no entanto, a prova deve ser feita na presença do vendedor, geralmente sob seu olhar atento.

Contudo, ocorrendo a abusiva transferência dos riscos ao consumidor, o fornecedor do bem ou prestador do serviço não tem interesse em verificar quem está realmente fazendo a compra. O que importa é vender, não importando para quem.

É certo que o procedimento exigível é constrangedor. Os vendedores não se sentem bem ao pedir o documento de identificação do comprador, nem este se sente confortável ao precisar provar quem ele é. Mas há que se reconhecer a vigência do princípio da desconfiança na "era da insegurança", e é esta uma das cautelas que podem impedir o uso indevido do cartão de crédito. Não se trata da fiel identificação da assinatura, o que só seria possível se fosse o vendedor um perito, mas é fundamental a conferência da palavra aposta com o documento de identidade.

A administradora deve fornecer todas as informações e condições necessárias para a identificação do titular, mas é o estabelecimento obrigado a conferi-las, tais como o nome e sua situação, como no caso de bloqueio à sua utilização, por exemplo. Será da loja o risco, ao aceitar o cartão com algum impedimento, e, da mesma forma, deve arcar com o risco do aceite da assinatura aposta. No caso de discussão sobre sua autenticidade, deve o estabelecimento comercial ser responsabilizado por ter consentido uma assinatura visivelmente diferente daquela de próprio punho do titular.

5 OS INVESTIMENTOS EM SEGURANÇA

Nos Estados Unidos, país onde surgiu o cartão de crédito, é intensa a preocupação com furtos e clonagem de cartões. A pena prevista para os falsifi-

cadores, presos por *identity theft*, é de quinze anos, com pequenas variações entre os Estados. Naqueles onde não há previsão expressa, o delito é punido por outras leis. As violações legais são investigadas pelo serviço secreto norte-americano, pelo departamento de justiça e pelo FBI. O consumidor tem o prazo de sessenta dias para reclamar, e a investigação é feita em poucos dias. Há uma grande preocupação com a informação ao consumidor, de modo que as administradoras oferecem sites na Internet com boas orientações.

No Brasil, pouco se tem feito, é verdade, para proporcionar segurança aos consumidores do cartão de crédito. Mas há que se valorizar, citar e reconhecer esforços de algumas administradoras e instituições bancárias. Atitudes tomadas por alguns bancos tentam satisfazer a expectativa do consumidor, como será relatado a seguir. Ressalte-se que é demasiada a responsabilidade das administradoras que, embora não forneçam os meios que possibilitam as operações com cartão, conveniam-se às instituições bancárias, devendo, portanto, vigiar as técnicas de segurança empregadas.

Uma grande associação interbancária lançará no Brasil, ainda neste ano, um cartão com *chip*. O projeto é trazer ao mercado o cartão com um *chip* econômico de 2k e capacidade de incluir funções elementares como crédito e débito, além da possibilidade de escolha do banco financiador. Poderá ser utilizado em qualquer lugar do mundo, porque adotará padrão internacional. O cartão com *chip* será uma grande arma contra a fraude. Ele garante a segurança ao portador do plástico e ao banco emissor. Na verdade, o microcircuito eletrônico substituirá a tarja magnética. São cartões reputados mais seguros que os sistemas baseados em tecnologia magnética, que podem ser facilmente lidos e copiados.

Alguns bancos adotaram soluções simples e baratas, que denotam alguma segurança. Cita-se, aqui, a emissão de cartões com fotos de seus titulares. Embora tal novidade não impeça sua má utilização em terminais eletrônicos, já é extremamente útil na utilização do cartão em um estabelecimento. O lojista poderá identificar facilmente se o portador do cartão é realmente o titular. Destaca-se, também, a emissão do cartão com os dados impressos, deitando por

terra os antigos cartões com dados emitidos em alto-relevo, sobremaneira vulneráveis à ação dos falsificadores.

Ao escolher um cartão de crédito, penso que deveria o consumidor analisar a qualidade do serviço oferecido, preferencialmente em relação à segurança. Alguns bancos, por exemplo, construíram suas agências como fortalezas, fazendo uso de técnicas de filmagem, portas giratórias, dentre outros mecanismos. Outros, ao contrário, continuam alheios à criminalidade, utilizando velhos equipamentos, que muitas vezes apreendem os cartões de crédito que são inseridos e não armazenam dados de suas operações.

Na maioria dos misteriosos saques, o titular desconhece como pode ter sido descoberta sua senha, que normalmente era somente de seu conhecimento. Sabe-se que há inúmeras pessoas que têm acesso a todas as informações dos clientes e, através de programas avançados de computador, conseguem descobrir as senhas e os valores depositados. Dessa forma, um banco brasileiro contratou um grupo de especialistas em informática para bloquear o acesso dos *hackers* ao cadastro de informações vitais para a segurança dos clientes.

Em outro, as mudanças em alguns serviços também já estão sendo implantadas. Por exemplo, para fazer uma transferência em valor acima de 2 mil reais, o cliente precisa fazer o agendamento com antecedência.

Também importante a iniciativa de providenciar a segurança dia e noite nos terminais de auto-atendimento e a adoção de sistemas para cancelar o cartão se este ficar retido no caixa automático.

Alguns bancos estão adotando a informação aos clientes como meio de prevenção de furtos. Dentre os conselhos dados, é mencionada a escolha imprevisível das senhas, sendo importante que o titular não prefira datas de aniversário, números de telefones conhecidos ou de carteiras; além disso as senhas devem ser trocadas periodicamente.

Outra atenção especial tem sido dada à utilização da Internet para operações financeiras e comércio eletrônico. O cliente é compelido a digitar o número do cartão de crédito, e por isso é importante que só se utilize de computadores confiáveis e só acesse programas seguros – a maioria dos bancos que oferece serviços *on-line* utiliza cadeados e/ou chave de segurança, que aparece

quando se entra na área de segurança do site. A autenticidade do site pode ser verificada através de um certificado de habilitação, concedido internacionalmente e exposto na *home page*.

É fundamental a conscientização dos bancos e das administradoras/emissoras de cartões de que os marginais passam o dia preocupados com furtos, clonagens e outros delitos, mas o consumidor, não. As instituições, sim, devem se preocupar.

6 CONCLUSÃO

O presente artigo busca uma reflexão sobre um problema atual, estampado nas páginas dos jornais: os consumidores se perguntam quais as vantagens de possuir um cartão de crédito, diante da insegurança que eles oferecem.

Acompanhamos, durante alguns meses, em estágio acadêmico no Juizado Especial das Relações de Consumo, o sofrimento de pessoas que tiveram importâncias subtraídas de suas contas bancárias e que receberam em suas residências demonstrativos de compras que jamais efetuaram. No início, as administradoras negaram qualquer responsabilidade, mas foram compelidas a reconhecer que o serviço que prestavam era inquinado de defeitos.

Teria sido mais fácil aconselhar aos titulares dos cartões que os cancelassem – e muitos o fizeram – e voltassem a guardar o dinheiro debaixo dos colchões. Entretanto, há de se reconhecer a importância desse meio de pagamento nos padrões de consumo atuais. O cartão de crédito é, sem dúvida, e conforme foi demonstrado, uma das maiores invenções do século, que possibilita a milhões de consumidores, mediante a simples aposição de uma assinatura – seja ela digital ou manual –, o acesso ao crédito rápido e às operações financeiras. É certo, contudo, que alguma coisa precisa ser feita, com urgência, para que milhares de pessoas não tenham suas contas bancárias saqueadas.

Identificamos algumas esparsas tentativas de solucionar o problema, mas são poucas as instituições que admitem que não prestam o serviço de forma adequada e precisam investir na segurança de seus clientes.

Faz-se mister impedir que seja o risco totalmente transferido ao consumidor, de modo a alertar, também, as demais partes contratuais sobre suas responsabilidades em relação à atividade que exercem.

Cabe ao banco provar que fornece ao seu cliente os meios possíveis para protegê-lo, de modo a satisfazer-lhe todas as expectativas. Da mesma maneira, no caso de um saque contestado, deve ser a instituição capaz de reconhecer o autor da operação. Infelizmente, têm as instituições se eximido desse ônus, preferindo transferir ao consumidor os riscos da atividade.

Nas palavras de Amável Raposo, "posição ingrata e irônica do consumidor apostado a sustentar a falibilidade de um sistema que não matriza nem gere e de cujos erros e anomalias é a vítima privilegiada".¹⁰

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Néelson. *Direito bancário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CARLOS BRANCO, Gerson Luiz. *O sistema contratual do cartão de crédito*. São Paulo: Saraiva, 1998.

CASTRO, Moema Augusta Soares de. *Cartão de crédito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *RDM* 15/16.

EFING, Antônio Carlos. *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

EIZIRIK, Nelson. Administração de cartão de crédito constitui atividade privativa de instituição financeira? *RDM* 88/25-33.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.

LACERDA FILHO, Fausto Pereira de. *Cartões de crédito*. Curitiba: Juruá, 1990.

LUZ, Aramy Dornelles. *Negócios jurídicos bancários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

PENALVA SANTOS, J. A. Aspectos atuais do cartão de crédito. *Revista de Direito do Consumidor* n. 18, 132-140.

RAPOSO, Amável. Alguns aspectos jurídicos dos pagamentos através de caixas automáticas: responsabilidade civil e prova. *Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa, jun. 1998.

WALD, Arnoldo. O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras. *RT* 666/13.