

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

PRISCILA VIDAL COSTA DE FREITAS

DIREITO DO CONSUMIDOR: possibilidade de aplicação de juros no pagamento indevido do cartão de crédito

**JOÃO PESSOA
2015**

PRISCILA VIDAL COSTA DE FREITAS

DIREITO DO CONSUMIDOR: possibilidade de aplicação de juros no pagamento indevido do cartão de crédito

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Antônio Vasconcelos

**JOÃO PESSOA
2015**

Freitas, Priscila Vidal Costa de .

F866d Direito do Consumidor: possibilidade de aplicação de juros no pagamento indevido do cartão de crédito/ Priscila Vidal Costa de Freitas– João Pessoa, 2015.

49.f

Monografia (Graduação) – Universidade Federal da Paraíba. Centro de Ciências Jurídicas, 2015.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Antônio Vasconcelos

1. Instituições Financeiras. 2. Cartão de Crédito. 3. Contratos. 4. Pagamento Indevido. 5. Juros. I. Vasconcelos, Fernando Antônio. II. Título.

BSCCJ/UFPB

CDU – 347.451.031/.032

PRISCILA VIDAL COSTA DE FREITAS

DIREITO DO CONSUMIDOR: possibilidade de aplicação de juros no pagamento indevido do cartão de crédito

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Antônio Vasconcelos

Banca Examinadora:

Data de Aprovação: 11/fevereiro/2015

Prof. Dr. Fernando Antônio Vasconcelos
(Orientador)

Prof. Ms. Alfredo Rangel Ribeiro
(Examinador)

Profa. Dra. Fernanda Holanda de Vasconcelos Brandão
(Examinadora)

Aos consumidores de cartão de crédito.

AGRADECIMENTOS

À Deus, pai de nosso Senhor e Salvador Jesus Cristo, fonte de toda inspiração.

À minha família, pela compreensão, incentivo e contribuição nas discussões sobre o tema.

Ao Professor Fernando Vasconcelos, por acreditar neste projeto, bem como por todo o incentivo, ajuda e paciência.

À Cristianne Carneiro, pelos conselhos, dicas e trocas de experiências.

Portanto, dai a cada um o que deveis: a quem tributo, tributo; a quem imposto, imposto; a quem temor, temor; a quem honra, honra. A ninguém devais coisa alguma, a não ser o amor com que vos ameis uns os outros; porque quem ama aos outros cumpriu a lei. (Romanos 13.7-8)

RESUMO

O consumo a partir do cartão de crédito tem relevância na vida econômica de parte significativa da sociedade brasileira, bem como mundial, entretanto, ao deixar de honrar os compromissos assumidos através do plástico o consumidor é cobrado com juros, além de outros encargos oriundos da mora, o que, normamente, não ocorre ao pagar indevidamente, em que tudo o que lhe é creditado é a diferença do que devia. Assim sendo, através da compreensão da evolução do que foi concebido como meio de pagamento e transformou-se, com a entrada das instituições financeiras, em um complexo de contratos, busca-se entender a nova relação jurídica que é formada, comparando-a a outros institutos presentes em nosso ordenamento, tais como o depósito e suas variantes encontradas no Direito Bancário. Desta forma, abrindo a possibilidade de aplicação de juros, pelos tribunais pátrios, em patamares equivalentes aos praticados pelas instituições financeiras, através da utilização de interpretações para além do texto legal.

Palavras-chaves: instituições financeiras, cartão de crédito, contratos, pagamento indevido, juros.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O PERCURSO HISTÓRICO DO CARTÃO DE CRÉDITO.....	10
2.1 CONCESSÃO DE CRÉDITO: da necessidade financeira à sociedade de consumo	10
2.2 A ENTRADA DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NO MERCADO DE CARTÕES	12
2.3 O CARTÃO DE CRÉDITO NO BRASIL.....	19
3 COMPLEXO DE CONTRATOS: do crédito à poupança.....	23
3.1 REQUISITOS PARA A CONFIGURAÇÃO DOS CONTRATOS BANCÁRIOS	23
3.2 CONTRATO DE CRÉDITO.....	24
3.3 CONTRATO DE DEPÓSITO	26
3.4 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E O REFLEXO DE ALGUNS PRINCÍPIOS	32
4 JUROS.....	35
4.1 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO.....	35
4.2 DECISÕES JURISPRUDENCIAIS RELATIVAS A DEMANDAS DO CONSUMIDOR EM CONTRATOS COM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.....	37
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS.....	47

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico cujo título é “DIREITO DO CONSUMIDOR: possibilidade de aplicação de juros no pagamento indevido do cartão de crédito” é a compilação de um estudo realizado sob a perspectiva do consumidor quanto à possibilidade de se auferir juros em patamares como os cobrados pelos cartões quando da realização de empréstimos, quando aquele realiza um pagamento indevido, independente do que deu causa.

A natureza deste trabalho será jurídico-dogmática, na qual se perspassará por acontecimentos históricos, que permitirão a compreensão da evolução de um meio de pagamento para uma infinidade de serviços disponibilizados à contratação do consumidor.

O método de abordagem empregado será o hipotético dedutivo, com colocação de perguntas a fim de buscar suas respostas no ordenamento jurídico, na qual se refletirá, desta forma, na escolha pelo método procedural, interpretativo-comparativo, e na técnica de pesquisa, teórico-normativa, cujas fontes principais serão a lei, a doutrina e as decisões da jurisprudência.

A utilização de cartões de crédito na sociedade de massa é ampla, pois além da facilidade no pagamento, oferece poder de compra e segurança ao seu portador que não precisa estar portando dinheiro em espécie naquele momento.

Para chegar ao estágio atual, como será visto no Capítulo 2, da oferta de crédito em momento de dificuldade financeira ou destinada ao fomento do comércio vislumbrou-se a possibilidade de estendê-la ao consumidor, principalmente donas-de-casa, para mobiliar sua casa, equipando-se de bens que lhe garantiriam uma melhor qualidade de vida, e por sua vez, dignidade.

O crédito, até o momento, concedido pelo próprio estabelecimento possibilitou acesso aos bens de consumo, bem como ampliou o crédito à disposição, promovendo o aquecimento do comércio. Entretanto, como se verá, isso só foi possível diante de mudanças ocorridas na legislação, com influência da Reforma Protestante, para a qual o empréstimo com juros não era pecado.

As primeiras linhas da presente concepção do cartão de crédito começariam a ser traçadas com a entrada dos bancos neste mercado, os quais conjugariam o *know-how* de emprestar dinheiro à captação em massa de novos clientes,

proporcionada pelas vantagens do cartão. Aos bancos ainda se juntariam outras empresas que intermediariam o contato com o consumidor.

Múltiplos são os sujeitos envolvidos e também os contratos pactuados, mesmo ao se considerar a relação administradora do cartão-consumidor. A análise dos contratos firmados, com ênfase nos contratos de crédito e depósito – tema a ser tratado no Capítulo 3, será fundamental para se pleitear junto às cortes de justiça deste país uma análise do direito econômico sustentável frente aos princípios elencados em nossa Constituição. A qual baliza os princípios do direito econômico de forma que haja um equilíbrio de poderes na esfera social e assim tenhamos um consumo consciente gerador de um meio ambiente saudável.

Por fim, o Capítulo 4 tratará dos juros, sua definição e classificação para que contextualizados acerca das discussões doutrinárias que giram em torno do tema possa-se entender as decisões proferidas em sede de altas cortes, as quais se tornarão paradigmas para a defesa do tema que ora se propõe estudar.

Decisões paradigmáticas, pois nelas há a possibilidade de equiparação de juros cobrados pelos cartões de crédito, entretanto, os polos da lide estarão invertidos, sendo o consumidor credor da instituição financeira.

2 O PERCURSO HISTÓRICO DO CARTÃO DE CRÉDITO

Este capítulo trata do percurso histórico do cartão de crédito, bem como do momento propício a concepção da ideia dos cartões, refletindo uma solução de pensamento liberal, pois alternativa a falta de circulação de dinheiro em época de recessão econômica. O pensamento liberal foi sendo mitigado pela ingerência do Estado na necessidade de equilibrar as relações sociais e econômicas.

2.1 CONCESSÃO DE CRÉDITO: da necessidade financeira à sociedade de consumo

A oferta de crédito sempre existiu na história da humanidade, na Antiguidade a preocupação principal centrava-se no controle da usura, já o Código de Hamurabi acrescia ainda a previsão de pagamento facilitado as dívidas dos camponeses, excursões marítimas em busca de especiarias e até mesmo revoluções foram financiadas.

Conforme registra Veloso (2013, p. 23):

[...] com o impulso do mercantilismo, passou a existir a concessão de crédito, inicialmente outorgado diretamente pelos mercadores e comerciantes, a seus clientes. Era muito comum que o proprietário de um pequeno empório ou venda fornecesse víveres a seus vizinhos para pagamento posterior, e esta situação ainda subsiste em pequenas cidades, onde toda a gente se conhece e ainda impera a confiança.

Bastante comum a concessão de crédito para comerciantes investirem nos negócios, a concepção de ofertar crédito ao consumidor surgiu em meados da década de 1850, nos Estados Unidos, com o objetivo de financiar as provisões necessárias ao lar dos novos colonos. As vendas eram feitas utilizando-se como forma de pagamento a divisão em prestações, estando presente a confiança.

Evans e Schmalensee (2005, p. 48) registram que nos Estados Unidos, mesmo em meio a Grande Depressão que se seguiu após a quebra da Bolsa de Valores de Nova York (1929) varejistas e lojas de departamento vendiam a crédito ou em prestações. Os números das vendas alcançam 80% a 90% em mobiliário, 75% das máquinas de lavar e aparelhos de rádio, 65% dos aspiradores, 18 a 25% das joias, 80% dos fonogramas, além de representar dois terços na venda de carros,

conforme se observa a maioria dos objetos adquiridos pela população se classificam como bens de consumo.

A partir dos dados mencionados pode-se afirmar que a finalidade da obtenção de crédito mudou ao longo da história da humanidade, antes, na Antiguidade, o crédito era sinônimo de socorro em situação transitória de dificuldade financeira, assim, para Aristóteles emprestar a juros configurava-se como algo imoral; já quando da colonização dos Estados Unidos, o fim era a aquisição de bens duráveis, os quais proporcionavam uma melhoria da qualidade de vida, além de dar dinamismo a produção de manufaturados fabricados em série (VELOSO, 2013, p. 23).

A atividade de empréstimo a juros ora era censurada e combatida, seja por leis morais, religiosas e civis, ora necessária ao desenvolvimento da economia, neste sentido, como observam Evans e Schmalensee (2005, p. 47), foram necessárias reavaliar interpretações semânticas e religiosas com o fim de permitir empréstimos, pois as leis antiusura impediam o desenvolvimento da atividade bancária.¹

Com a Reforma Protestante e a expansão do capitalismo os empréstimos foram aceitos mais naturalmente, inclusive modificando decisões tomadas em Consílios Papais pela Igreja.

A forma precursora de pagamento com cartão teve início no começo do século XX. Já antes da I Guerra Mundial hotéis, companhias petrolíferas e lojas de departamento emitiam cartões (EVANS e SCHMALENSEE, 2005) para consumidores considerados saudáveis e de inquestionável responsabilidade.

A confiança ainda é aspecto considerado necessário, principalmente ante os contratos cativos de longa duração (MARQUES, 2011, p. 96) do qual o contrato de uso de cartão de crédito é exemplo sempre citado. Entretanto, atualmente a relação de confiança configura-se em decorrência do princípio da boa-fé objetiva e não mais pelo caráter.

Portanto, estabelecida a base de confiança, de que o cliente regressaria ao estabelecimento para pagamento da obrigação que fora diferida no tempo, foi

¹ Texto no original (EVANS e SCHMALENSEE 2005, p. 47): “It was never possible to eliminate an economic activity as basic and necessary as lending and borrowing. Thus, laws were often enforced only in egregious cases. Semantic and theological distinctions were made to permit some lending. Pawnshops existed openly. Usury laws mainly discouraged the development of lending institutions and capped interest rates, and as a result, held back the development of banking.”

concebida a ideia inicial do cartão de crédito, em que se buscava identificar clientes assíduos que, diante deste fato, eram premiados com a possibilidade de comprar na hora e somente pagar depois os seus débitos.

Nesta fase inicial, os cartões de crédito têm a característica da bilateralidade entre o emissor e o consumidor (GARCÍA SOLÉ, 2007, p. 466), mesmo assim, já era crescente o número de consumidores endividados (EVANS e SCHMALENSEE, 2005).

A doutrina consumerista de hoje preocupa-se com a concessão de crédito fácil ao consumidor, que inadvertidamente utiliza-o além de suas reais possibilidades financeiras, evidenciando desconhecer taxas de juros e contratação de financiamento com o pagamento mínimo da fatura, levando o consumidor ao endividamento compulsivo.

Araújo (2014) chega a considerar a perda da cidadania, inclusive com a exclusão social daquele que não pode honrar seus compromissos. Por outro lado, hoje em dia passou-se a difundir a adesão do consumidor ao cadastro positivo, em oposição à lista de devedores. Já havendo questionamento pelas entidades civis de defesa do consumidor quanto à possibilidade de discriminação dos bons pagadores que optaram por não aderir ao sistema que compartilha dados financeiros do consumidor (IDEC).

Como se verá, o cartão de crédito, tal como a moeda, surgiu e se expandiu diante da necessidade de adequação do homem a sua realidade econômica.

2.2 A ENTRADA DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NO MERCADO DE CARTÕES

O nome do americano John Biggins é associado ao cartão de crédito, banqueiro do Brooklyn, Nova York, chamou sua invenção de *Charge-it card*² (1946) que proporcionava uma linha direta de crédito, quando o consumidor realizava uma compra, uma espécie de nota/fatura era encaminhada ao banco, que pagava ao comerciante. Entretanto, existiam cláusulas para uso, todas as compras deveriam ser feitas na localidade e o usuário deveria ser cliente que mantinha contas de

² Cartão de débitos, obrigações (tradução livre).

depósito, espécie de poupança, no seu banco. O *Charge-it* é considerado o ancestral mais próximo do cartão de crédito bancário (FAZZIO JÚNIOR, 2011, p.24).

Quando Frank McNamara esqueceu a carteira ao sair para jantar no Major's Cabin Grill, restaurante de Nova York, e teve de se socorrer de sua esposa para pagar a conta, pois, até então, restaurantes não emitiam cartões, decidiu não passar por aquela situação embaraçosa outra vez.

Um ano depois, em fevereiro de 1950, ao retornar ao local juntamente com seu sócio, Ralph Schneider pagou a conta com um pequeno cartão de papel, conhecido até hoje como Diners Club Card, alternativa que encontrou ao uso do dinheiro. O Diners iniciou com uma cartela de clientes selecionados, a maioria empresários, e quatorze restaurantes associados, os quais desde então já pagavam anuidade e taxas de adesão/utilização (EVANS e SCHMALENSEE, 2005).

As informações impressas no Diners Club de um lado identificavam o portador e no verso os locais credenciados em que seria possível a utilização. A partir daí, a companhia só cresceu expandindo-se para as maiores cidades dos Estados Unidos, a franquia alcançou Europa, Ásia e Oriente Médio, sendo o primeiro cartão aceito internacionalmente.

A expansão também levou a investimentos em outras áreas, sempre relacionada com viagens e entretenimento, inovava com a possibilidade de realizar compras em múltiplos estabelecimentos.

A Diners Club Internacional apesar de não ser um banco, não deixa de ser uma instituição financeira (ABRÃO, 2011, p. 203), porquanto faz do crédito sua principal negociação, ademais, também o Superior Tribunal de Justiça entende desta forma, conforme redação da Súmula 283: “As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura.”.

O *modus operandi* da Diners contribuiu sobremaneira para atrair investimentos dos bancos ao mercado de cartões de crédito, primeiro, porque expandiu a utilização para além do estabelecimento emitente, pois antes o crédito era concedido em espécie de crediário; segundo, por ter estabelecido uma anuidade ao usuário e uma taxa de serviço ao estabelecimento aderente, inicialmente cerca de US\$ 26 por ano e 2% do valor da venda, respectivamente (EVANS e SCHMALENSEE, 2005).

Ainda no início da década de 1950, o primeiro cartão de crédito emitido por um banco surgiu em Nova York, no Franklin National Bank, para consumidores do serviço de empréstimo, posteriormente, o uso foi ampliado a clientes de outras instituições financeiras, não clientes do banco (GARCÍA SOLÉ, 2007, p. 466)³.

A emissão do cartão por instituição financeira é a principal diferença entre cartões de crédito bancários e não bancários. Esclarece Fazzio Júnior citando Santos (2011, p. 38) em nota de rodapé que:

[...] nos cartões não bancários o crédito aberto ao usuário é mantido com recursos próprios da empresa emissora. Na modalidade cartão bancário existe a participação direta ou indireta de instituição financeira, abrindo por si ou por ente subsidiário, um crédito a favor do titular do cartão.

Os cartões não bancários são também denominados *private label*, oferecem igualmente descontos e possibilidade de parcelamento, entretanto, somente nos estabelecimentos emissores. Atualmente estão em menor número, pois não é toda empresa que tem porte econômico para oferecer crédito direto aos seus clientes e manter-se funcionando com normalidade, além do risco de inadimplemento, sempre presente, que no caso do cartão bancário é repassado aos bancos, diminuindo sobremaneira as perdas com vendas.

A década seguinte (1960) definiria uma nova forma de concessão de crédito, na qual os bancos passam a compor permanentemente a relação contratual, ampliando a cartela de serviços de crédito. Teixeira citado por Fazzio Júnior (2011, p. 23) resume o contexto favorável aos bancos para investimento no sistema de pagamento dos cartões de crédito:

os bancos começaram, então, no fim da década de 50, a compreender que o campo estava aberto e o momento propício para a sua entrada maciça no novo sistema de crédito. Passaram a ser os próprios emissores dos cartões (*bank credit cards*). Tinham a seu favor a possibilidade funcional – dada a sua extensa rede de cobrança e de cadastro informativo – de controlar de certo modo ambas as pontas da relação jurídico-mercantil dos portadores dos cartões e comerciantes integrantes da rede vendedora de bens e de serviços.

³ Texto original (GARCÍA SOLÉ, 2007, p. 466): El despegue se produce en los años cincuenta en los que se empieza a considerar la posibilidad del uso de una tarjeta general (hoy diríamos universal) que permita pagar bienes y/o servicios en establecimientos distintos del emisor.

Evans e Schmalensee (2005, p. 52), por sua vez, ilustram bem a vantagem mencionada, tanto para os comerciantes, quanto para os bancos:

Por exemplo, [...] quando Kenneth Larkin, um executivo do Bank of America, visitou uma farmácia numa pequena cidade esperando persuadir o proprietário a aceitar BankAmericard, o homem o recebeu como salvador dos seus negócios. Na prática [...] um comerciante que aceitava cartões de crédito estava, de fato, cedendo suas preocupações ao Bank of America. E o banco poderia emprestar dinheiro sem ter um bancário que entrevistasse todos os consumidores que buscavam empréstimo. (Tradução nossa)⁴

Essa expansão, chamada de bancarização do mercado de cartões, conforme visualiza Bessa citado por Gaulia (2009) deveu-se muito mais a propaganda publicitária veiculada nos meios de comunicação do que a uma procura natural dos consumidores, ou seja,

há um projeto empresarial claramente definido no sentido da captação dos consumidores, pela isca do desejo, de modo tão insistente, sedutor, massificado, constante e invasivo, que a vontade individual se fragiliza, fragmentando as barreiras do homem, mesmo as do mais espartano (GAULIA, 2009, p. 109).

Neste contexto, os bancos vislumbraram a ampliação de seus serviços e consequentemente a sua lucratividade. Outro fator decisivo para os investimentos foi a possibilidade de perder o controle do mercado para as novas instituições de crédito que surgiam.

As bandeiras Visa e MasterCard são decorrentes de associações de bancos que investiram no lucrativo ramo dos cartões de crédito. A Visa (1977), atual denominação do antigo BankAmericard, franquia da BankAmerica Service Corporation, tem sua origem em 1966, com a introdução do cartão de crédito universal ou múltiplo, o qual não restringia o consumidor a uma loja, produto ou serviço específico, mas proporcionava a aquisição de bens e serviços em um número muito maior de estabelecimentos, além de garantir crédito rotativo de acordo com as características do cliente, ferramenta introduzida pelos bancos.

⁴ Texto original (Evans e Schmalensee (2005, p. 52): For example, [...] when Kenneth Larkin, a Bank of America executive, visited a drug store in a small town hopping to persuade its owner to accept BankAmericard, the man received him as the savior of his business. In practice [...] “A store owner who accepted the credit card was, in effect, handing his back office headaches over to the Bank of America”. And banks could lend money without having a personal loan officer interview every consumer who approached them for a loan.

Contemporaneamente, vários bancos juntavam-se para formar o Interbank Card Association, atualmente conhecido pela marca MasterCard. Veja-se que as bandeiras já naquela época trabalhavam com fatias do mercado. A Visa destina-se aos pequenos e médios proprietários, bem como a classe média que adquiria produtos nestes estabelecimentos.

A expansão do número de estabelecimentos associados as diversas bandeiras guarda certa dependência com os consumidores aderentes, pois o ideal é possuir um cartão que seja aceito pela maioria dos estabelecimentos. Assim, diante do crescimento da emissão e uso de cartões, era necessário agilizar e tornar mais seguro o processo de pagamento. Os sistemas eletrônicos surgiram na década de 1970, “quando foram introduzidos os cartões de crédito com tarja magnética e a aprovação automatizada das suas operações” (ZOUAIN, BARONE e ESTRELLA, 2007, p. 29).

Dois são os grandes sistemas eletrônicos de pagamento: *closed-loop*, ou rede fechada e *open loop*, ou rede aberta.

Antes de avançarmos no sistema de processamento dos cartões é importante delinearmos os integrantes da rede de crédito, quando da utilização nos terminais, assim, adotando nomenclatura de Fazzio Júnior (2011, p. 16-17, 61-62), temos:

1. **Bandeiras:** são exemplo a Visa, Mastercard, Diners Club etc. “estabelecem as regras gerais de organização e funcionamento do sistema de cartões de pagamento”;
2. **Empresas credenciadoras:** adquirem ou operam a licença da marca das bandeiras, sendo responsáveis pela adesão dos estabelecimentos, assim construindo a rede de aceitação ao usuário do cartão, além da captação e do processamento das transações. “São constituídas por associações de bancos”, como, por exemplo, Cielo e Redecard;
3. **Estabelecimentos:** “são os fornecedores de bens e/ou prestadores de serviços, afiliados mediante contrato de adesão pelas credenciadoras, para aceitar cartões de pagamento e crédito”;

4. **Titular de cartão, portador ou usuário:** pessoas físicas ou jurídicas, são consumidores, pois aderem ao sistema de cartão das entidades emissoras e também usuários dos produtos/serviços dos estabelecimentos. Responsável pelo cumprimento das obrigações decorrentes do cartão.
5. **Adicionais:** “pessoas físicas indicadas e autorizadas pelo titular a portar cartões em seu próprio nome” e cujos gastos são lançados na fatura do titular.
6. **Administradoras ou emissoras:** instituição financeira responsável pela emissão, administração e financiamento das transações, entretanto, “dependendo da configuração do sistema (três ou quatro partes, conforme o caso), a emissora de cartões, licenciada pela bandeira, também exerce o papel de credenciadora”.

A Instrução Normativa n.º 341/2003 da Secretaria da Receita Federal (2003), a qual institui a Declaração de Operações com Cartões de Crédito (Decred) e dá outras providências, não faz distinção quanto à administradoras e emissoras, como se vê:

Art. 2º [...]

§ 2º Para os efeitos desta Instrução Normativa, considera-se:

I - administradora de cartões de crédito:

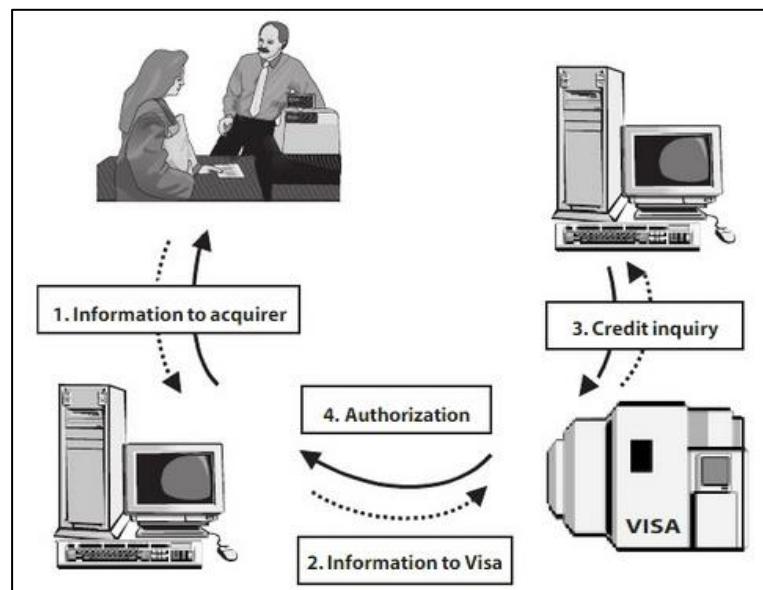
- a) em relação aos titulares dos cartões de crédito, a pessoa jurídica emissora dos respectivos cartões;
- b) em relação aos estabelecimentos credenciados, a pessoa jurídica responsável pela administração da rede de estabelecimentos, bem assim pela captura e transmissão das transações dos cartões de crédito.

Como se observa da (in)distinção da normativa quanto às administradoras e credenciadoras nos papéis que realizam, conforme haja ou não acúmulo de funções, poderão existir mais ou menos sujeitos envolvidos a depender da repartição de atribuições.

Apresentados os sujeitos envolvidos na relação de uma simples compra com o cartão de crédito oportuno se faz avançar para explicação dos sistemas de processamento eletrônico dos dados.

As associações de banco, diferentemente do pioneiro Diners Club, normalmente operam no sistema de rede aberta, o qual é caracterizado por envolver cooperação e transferência de fundos entre esses.

O sistema *open-loop* funciona necessariamente com a colaboração de quatro partes, vejamos o esquema:



Fonte: EVANS e SCHMALENSEE, 2005, p.10.⁵

O sistema de rede aberta, ou *open-loop*, funciona com o compartilhamento de dados entre os bancos associados, assim, ao inserir ou deslizar o cartão na maquineta as informações necessárias a transação, como, por exemplo: dados bancários do consumidor, valor da compra etc., são enviados para as bandeiras, que após a constatação da existência de crédito com o banco emissor autoriza a compra.

O percurso elaborado pela Small Business/Ebape/FGV, segundo dados disponibilizados pelo Banco Central do Brasil é:

- [1] Portador realiza uma compra em um estabelecimento credenciado,
- [2] Estabelecimento solicita a autorização [...],
- [3] Credenciador autoriza a operação e informa e a transferência a ser feita,
- [4] Bandeira contata banco emissor e agenda valor da operação,
- [5] Banco emissor solicita transferência do valor da operação,
- [6] Sistema de transferências do interbancário liquida a operação,
- [7] Banco do Credenciador recebe o valor do pagamento,

⁵ 1: Informação para o [banco] adquirente [do crédito], 2: Informação para Visa, 3: Pesquisa de crédito [junto ao banco do consumidor], 4: Autorização.

- [8] Credenciador reconhece o pagamento,
- [9] Banco do Credenciador credita o pagamento na conta do credenciado (ZOUAIN, BARONE e ESTRELLA, 2007, p.31).

Diners, American Express e a regional (Nordeste), Hipercard – em sua origem, operam no sistema *closed-loop*, ou de rede fechada, o qual é composto pelo consumidor, comerciante e emissor do cartão. Sienkiewicz (2001) esclarece o funcionamento: o emissor tanto autoriza, como controla todos os aspectos da transação entre consumidor e comerciante, até a liquidação da transação, portanto, é quem garante todas as etapas da operação.

Independente do sistema de processamento em que se opera, tem-se grandes grupos por trás de uma “comprinha”. Isto se reflete na maior oportunidade de crédito, bem como no crescimento do consumo.

Segundo o Fazzio Júnior (2011, p. 26),

[...] os primitivos cartões de personalização de clientes comerciais assumiram o caráter de instrumentos de crédito e pagamento, pelas mãos das instituições financeiras. [...] O mercado de emissão de cartões acompanha a formatação do sistema bancário, o que é compreensível, tratando-se de um produto varejista; [...] está vinculado à participação dos bancos, seja como emissores/administradores, seja pelo controle acionário das empresas credenciadoras de estabelecimentos para aceitação de cartões.

Vê-se o dinamismo concedido a operação de crédito que em seus primórdios começou com um pequeno grupo de comerciantes e restaurantes credenciados e ampliou-se a tal ponto de ter sua expansão para todo o mundo, em específico passaremos a tratar do mercado brasileiro.

2.3 O CARTÃO DE CRÉDITO NO BRASIL

Atribui-se a inserção do cartão de crédito no mercado brasileiro aos empresários Habus Tauber e Horácio Piva. Em 1956, Tauber adquiriu a franquia da Diners Club e propôs sociedade a Horácio Piva, empresário do grupo Klabim Irmãos & Cia. do ramo de papel e celulose, a época diretor de uma agência de viagens no Rio de Janeiro. Seguindo o modelo do cartão americano, estabelecimentos selecionados faziam parte dos associados, principalmente restaurantes,

configurando-se como cartão de compras, sendo necessário o pagamento total da fatura ao final do mês (Associação Nacional dos Usuários de Cartão de Crédito - ANUCC).

No final da década de 1960, o banco Bradesco foi responsável por emitir o primeiro cartão de crédito brasileiro, chamava-se “Elo” e atendia a turistas estrangeiros, funcionando, até então, como representante da Visa no Brasil (WIKIPÉDIA).

Zouain; Barone e Estrella (2007, p. 38) apontam que “os cartões de crédito cresceram acentuadamente após o Plano Real (1994), devido à manutenção da inflação em baixos níveis, inferiores a 10% ao ano”. Com a inflação sobre controle é natural que a oferta de crédito aumente, assim também ocorre com as operações concedidas pelos cartões, ampliando desta forma os valores disponíveis no mercado.

Apesar da ausência de lei disciplinando o lucrativo mercado dos cartões de crédito, o Banco Central do Brasil emite normas para orientar este ramo, podemos citar, como exemplo: a Circular n.º 3.512/2010 que define a porcentagem de pagamento mínimo e a Resolução n.º 3.919/2010 a qual alberga aspectos gerais, como anuidade, serviços básicos a serem disponibilizados, discriminação dos serviços, bem como serviços gratuitos.

O relatório sobre a indústria de cartões de pagamentos (Adendo Estatístico - 2011) elaborado em parceria pelo Banco Central do Brasil – BACEN, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça registra o fim da exclusividade do credenciamento das bandeiras no Brasil, possibilitando a entrada de novos concorrentes, que entretanto, encontram dificuldades em conquistar mercado devido aos elevados custos fixos e a necessidade de manter ganhos de economia de escala.

O estudo aponta ainda que empresas credenciadoras estrangeiras que desejam ingressar no mercado brasileiro estão tendo que adaptar seus sistemas tecnológicos às peculiaridades brasileiras, como o crédito parcelado lojista, somente encontrado no Brasil.

A busca para se associar a um banco, é outro requisito importante, pois isto representa auxílio na distribuição de cartões. Ademais, a Visa e a Mastercard

Internacional somente concedem a licença para operar suas marcas exclusivamente a bancos, pois com isso tem maior segurança no pagamento.

O lançamento, em 2011, de uma nova bandeira nacional que dispõe das funções crédito, débito e pré-pago, “ELO”, é a aposta do Banco do Brasil, Bradesco e da Caixa Econômica Federal para fazer concorrência as gigantes internacionais Visa e Mastercard, entretanto, o engajamento de novos emissores e outros credenciadores, além do único e atual – Cielo, é fundamental para o desenvolvimento da marca.

O direito brasileiro define as instituições financeiras, legalmente, no artigo 17, da Lei 4.595/64⁶, *in verbis*:

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.

Em conceito dado por Vasconcelos (2010) são: “[...] organizações estruturadas e coordenadas, previstas em lei ou regulamentos, com o objetivo de, mediante atividade peculiar de gerenciamento de recursos próprios ou de terceiros, prover meios pecuniários para a negociação do crédito”. Infinitas são as finalidade para as quais há a procura do crédito bancário, desde a realização de empreendimentos, ao financiamento da casa própria, além de outras atividades econômicas.

Diante da conceituação, legal e doutrinária, é possível compreender a edição da Súmula 283⁷, pelo Superior Tribunal de Justiça, a qual considera as empresas administradoras no mesmo patamar das instituições financeiras, quando aquelas não são formadas por estas.

Não poderia ser diferente, pois conforme os dados estatísticos de 2013, divulgados no relatório de Pagamentos de Varejo e Canais de Atendimento (BACEN), houve crescimento de 14,7% no faturamento dos cartões de crédito,

⁶ Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências.

⁷ Súmula 283, STJ: As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura.

alcançando o incrível número de R\$ 534 bilhões; aumento de 7,2% e 7,3% nos cartões emitidos e ativos, representando os últimos 87,5 milhões de cartões, em que foi realizada ao menos uma única transação no período de doze meses, número menor que os cartões de débito ativos 106,2 milhões. Em ambas as funções é possível visualizar o domínio do mercado brasileiro, assim como ocorre em tendência mundial, pela Visa e Mastercard respectivamente.

Apresentadas as partes que compõe as relações firmadas através do cartão de crédito, impõem-se o estudo, no próximo capítulo, dos ajustes celebrados.

3 COMPLEXO DE CONTRATOS: do crédito à poupança

As relações humanas são movidas por pactos. Com o advento das revoluções que inundaram a história da humanidade percebeu-se a necessidade de impor maior eficiência e eficácia, além de segurança jurídica aos acordos por meio da forma escrita. Desta forma, nas relações de menor conjectura, mas não menos complexas, os contratos se aperfeiçoaram para definir seu objeto e finalidade. Os contratos bancários seguem a regra, mas às vezes é preciso expandir os horizontes a fim de concretizar a justiça social, papel dos princípios.

3.1 REQUISITOS PARA A CONFIGURAÇÃO DOS CONTRATOS BANCÁRIOS

Com a entrada das instituições financeiras e, portanto, a expansão dos serviços disponíveis através do cartão de crédito para além do pagamento diferido, o chamado crediário, passou-se a disponibilizar serviços financeiros como financiamento de prestações/faturas e empréstimos em terminais eletrônicos, o que levou a definição atual dos cartões como: “[...] documento comprobatório cujo titular goza de um crédito determinado perante certa instituição financeira, o qual o credencia a efetuar compras de bens e serviços a prazo e saques de dinheiro a título de mútuo” (ABRÃO, 2011), ou ainda na visão mais apurada de Fazzio Júnior (2011, p. 8):

A simplificação que reduz o cartão a singelo instrumento de pagamento explica a superfície, mas não investe na complexidade subjacente, precisamente o ponto em que reside a melhor compreensão do fenômeno, aquela que envolve uma **pluralidade de relações contratuais e, portanto, de regras aglutinantes de interesses diversos, que vão do consumidor ao fornecedor empresário e à administradora, não necessariamente nessa ordem. [grifos nossos]**

De acordo com definição dada por Coelho (2011, p. 146) contratos bancários são “veículos jurídicos da atividade econômica de intermediação monetária, encontrados tanto no polo da captação (*recolhimento de superávits*) como no de fornecimento (cobertura de déficits). [...] só podem ser celebrados com um banco.”

Para a configuração de um contrato como bancário, a melhor doutrina conjuga as correntes objetiva e subjetiva, em que é necessária a conclusão por

banco ou instituição financeira, e ainda, ter por objeto fim econômico, como crédito e serviços correlatos a esse (AGUIAR JÚNIOR, 2003).

Conclui-se nas palavras de Vasconcelos (2010) que “não há, no Código de Defesa do Consumidor ou no Código Civil, tipificação específica para o contrato bancário”. Outra característica marcante nos contratos de consumo e, portanto, nos contratos bancários, é a adesão às cláusulas do contrato sem possibilidade de discussão.

Portanto, diante do complexo de contratos existentes entre emissor, titular (consumidor) e fornecedor, segue-se com o estudo daqueles contratos que interessam ao tema proposto, os quais tem o consumidor como parte integrante diretamente.

É válido ressaltar que apesar da existência de lei especial destinada a tutela do consumidor, há certo consenso na doutrina e na jurisprudência que o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), apesar de norma especial quanto ao sujeito, constitui norma de caráter geral, pois não disciplina aspectos específicos dos contratos, o qual é feito pelo Código Civil.

Assim, entende-se como contratos pertinentes ao presente estudo: o contrato de crédito, o contrato de depósito com sua ingerência na operação poupança, realizando uma rápida abordagem.

3.2 CONTRATO DE CRÉDITO

O crédito, dentre as inúmeras perspectivas de análise, chega a ser considerado como um direito fundamental, pois permite aos menos afortunados melhorias nas condições de vida, desenvolver-se, reintegrar-se à sociedade, em resumo, uma vida com dignidade (GAULIA, 2009, p. 103).

O fornecimento de crédito para fins de consumo é fator importante na sociedade atual, pois

A operação que envolve crédito é intrínseca e acessória ao consumo, utilizada geralmente como uma técnica complementar e necessária ao consumo, seja pela população com menos possibilidades econômicas e sociais, que se utiliza seguidamente das vendas à prestação, seja pelo resto da população para adquirir bens de maior valor, como automóvel ou casa própria, ou simplesmente para alcançar maior conforto e segurança em

suas compras, utilizando o sistema de cartões de crédito (MARQUES, 2011, p. 534)

Entretanto, como destaca Fazzio Júnior (2011, p. 39), para ter acesso ao crédito é necessário preencher alguns requisitos, pois “o cartão de crédito e o valor do crédito contratado requerem análise do risco por parte da emissora, o que, obviamente, contribui para restringir o número de titulares, na modalidade crédito”. Neste sentido, a seleção realizada pelas instituições financeiras aumenta a segurança ao estabelecimento credenciado, diminuindo os riscos do negócio.

Com relação ao cartão de crédito, o crédito deve ser compreendido, pelo menos, em dois momentos distintos: inicialmente, após a emissão do cartão, refere-se ao próprio limite disponibilizado ao usuário para realização de compras e pelo qual a administradora obriga-se a pagar o débito do titular junto ao fornecedor, o qual com o pagamento total da fatura é renovado ao consumidor mensalmente; e por último, uma vez não liquidada a fatura ou paga a menor, a soma devida acrescida dos juros legais e contratuais, é financiada pela administradora, em nome do titular, para honrar os seus compromissos, momento em que ocorre a contratação do crédito rotativo.

Neste sentido, preciosa é a lição do Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Ruy Rosado de Aguiar Júnior citando o professor italiano La Lumia quanto à distinção de crédito direto e indireto:

Para que o crédito possa desenvolver-se, é indispensável que o que tem capitais disponíveis e o que necessita deles, se ponham em relação; de onde surge uma categoria de pessoas que se constituem precisamente em intermediários de operações de crédito, e desenvolvam sua atividade de duplo modo: a) **às vezes, limitam-se a aproximar o credor ao devedor, sem intervir depois no ato estipulado por eles e realizando assim uma mera função de mediadores: nesse caso se fala de intermediários de crédito direto;** b) mas, ordinariamente, com uma primeira operação, **tomam a crédito as somas disponíveis, constituindo-se devedores, e com uma operação ulterior, juridicamente bem distinta, dão a crédito as somas assim obtidas, assumindo o papel de credores:** então, são qualificados de intermediários de crédito indireto [...]. Os bancos atuam na intermediação do crédito indireto. (p. 9 e 10) [grifos nossos]

Quando a administradora do cartão não é uma instituição financeira ocorre a intermediação do crédito direto, através da cláusula mandato, já quando constituída por bancos dá-se o crédito indireto, ou seja, indiretamente o consumidor ao comprar com seu cartão na operação crédito na verdade está pleiteando um valor “X” com a

instituição financeira que assegura tal cartão. O que mais uma vez corrobora para evidenciar a forte presença das instituições financeiras nestas operações, seja direta ou indiretamente.

Na lição de Salomão Neto (2014, p. 317), assim como nos primórdios deste meio de pagamento, o crédito, aplicável aos cartões, depende necessariamente da rede de fornecedores que a credenciadora/emissora tem. O usuário, consumidor, poderá rescindir o contrato de crédito quando este não atender as suas expectativas de utilização em estabelecimentos comerciais de seu interesse. Isso só demonstra o crédito sendo pleiteado para consumo, ou seja, com destinação final (artigo 2º, do Código de Defesa do Consumidor).

O crédito disponível ao consumidor através do cartão é bastante democrático, comparado a outras modalidades em que há a necessidade de apresentar garantias, bem como fiador/avalista, ou comprovar determinado nível de renda. Entretanto, não utilizada corretamente ainda é a linha mais cara em termos de juros, apesar da pressão do governo pela diminuição (INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - IDEC).

Encerra-se o ciclo de crédito disponibilizado ao usuário quando há a liquidação total da fatura a entidade emissora do cartão de crédito em períodos mensais.

3.3 CONTRATO DE DEPÓSITO

O depósito é situação oposta ao crédito/empréstimo, mais comum de ocorrer no cartão de crédito. O depósito pode se configurar por diversos motivos, um exemplo é a contratação de numerário em moeda estrangeira no próprio cartão, conforme previsão contratual:

5.7. Carga em Moeda Estrangeira no seu Cartão

a) A Carga em Moeda Estrangeira, quando disponível pelo Emissor, permite a você contar com a função pré-pago em moeda estrangeira no mesmo plástico de seu Cartão de variante Internacional ou superior.

Importante: enquanto seu Cartão de Crédito possuir saldo pré-pago em moeda estrangeira, a função crédito permanecerá desativada para Compras internacionais e toda transação internacional sempre será efetuada como débito no saldo disponível em moeda estrangeira até o limite carregado.

a.1) Caso você realize uma Compra ou Retirada de Recursos internacional de valor superior ao saldo disponível em moeda estrangeira de seu Cartão, o valor total dessa transação será debitado do Limite de Crédito do seu Cartão.

b) Para contratar o serviço e ativar a função pré-pago do seu Cartão, você deve realizar a Compra da moeda estrangeira pretendida (dólar americano, euro ou libra esterlina) por meio: (i) do site do Emissor; (ii) da Central de Atendimento do seu Cartão; e, se você for correntista do Itaú, também (iii) pelas agências do Itaú ou (iv) pelo Itaú Bankline.

c) O pagamento da Carga em Moeda Estrangeira poderá ser feito por meio de débito em conta-corrente no Itaú Unibanco ou por meio de transação no próprio Cartão, até o valor do seu Limite de Crédito disponível no momento da operação.

d) Consulte as Condições Gerais da Carga em Moeda Estrangeira, disponibilizadas no site do Emissor, e conheça todas as regras deste serviço antes de contratá-lo (ITAU, 2014).

A cláusula contratual acima utiliza a concepção dos cartões *e-money* e pré-pagos, que substituem os *travel checks*, deste derivando, e como tal tem certo valor a ser debitado. O *e-money* constituiu-se em “cartão com determinado valor monetário armazenado, registrado eletronicamente, que é debitado à medida que o seu portador o utiliza para pagamento de bens e serviços.” Já os cartões pré-pagos tem uma carga de valor pré-determinado e destinam-se ao pagamento de bens e serviços específicos (FAZZIO JÚNIOR, 2011, p. 38).

O padrão dos contratos de cartão de crédito é a previsão de financiamento da dívida não quitada, reflexo da falta de educação para consumir, o que leva enorme contingente da população ao superendividamento. A cláusula em destaque, facilmente torna possível identificar que se trata de cartão com função internacional, ou seja, a *contrario sensu*, quando para funcionar, exclusivamente, no âmbito nacional há total ausência de cláusula em sentido semelhante, muito pelo contrário, o consumidor somente é informado posteriormente que possui crédito para com a administradora.

O que questiona-se não seria tal prática uma cláusula abusiva? Em julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que questionava-se a cobrança de comissão de permanência, bem como capitalização de juros sem previsão em cláusula contratual, o tribunal gaúcho afastou a incidência por considerar prática abusiva, conforme observa-se dos seguintes julgados:

AGRADO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO.

REEXAME DE PROVAS. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INADMISSIBILIDADE. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA NÃO PACTUADA. SÚMULA 7/STJ. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA.

1.- *Tendo o acórdão reconhecido que as partes nada pactuaram a respeito da capitalização mensal de juros, não há como acolher a pretensão do banco recorrente, ante o óbice das Súmulas 05 e 07 do Superior Tribunal de Justiça.*

2.- *No que se refere à comissão de permanência, o Tribunal a quo, entendeu pela impossibilidade da sua incidência, em razão da ausência de prova de sua pactuação expressa.* Dessa forma, o acolhimento da pretensão recursal, para que se chegue à conclusão de que houve pactuação, demandaria o reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, obstando a admissibilidade do especial a Súmula 7 do STJ, sendo certo que esta Corte, no, julgamento do Recurso Especial, considera os fatos tais como delineados pelo Acórdão recorrido.

3.- *O agravo não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.*

4.- *Agravo Regimental improvido.*

(STJ, AgRg no AREsp 57861 / RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETTI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/12/2011, DJe 01/02/2012).[grifos nossos]

CAPITALIZAÇÃO DE JUROS

Admite-se a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001) e desde que expressa e claramente pactuada, incumbindo ao credor demonstrar a sua existência.

Isso porque os contratos bancários são típicos contratos de consumo, devendo observar o disposto no art. 46 do CDC, que veda a incidência de normas implícitas, de difícil compreensão:

“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”.

Nesse sentido, observe-se acórdão do STJ:

“CONSUMIDOR. CONTRATO BANCÁRIO. CAPITALIZAÇÃO. A capitalização de juros deve ser prevista de modo expresso no contrato, porque em relação ao consumidor não valem as cláusulas implícitas. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 875067/PR, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/12/2007, DJ 01/02/2008 p. 481)” (SANTOS, 2014)

Entretanto, não é desta origem de depósito que estar a se discutir, mas sim, daquele que deriva do pagamento indevido, sobre tal discorre Benjamin (2007, p. 408):

Exemplo típico de não justificabilidade do engano é o que ocorre com as cobranças por computador. A automação das cobranças não pode levar o consumidor a sofrer prejuízos. Mais ainda quando se sabe que, na

sociedade de consumo, o consumidor, em decorrência da facilidade de crédito, não tem um único débito a pagar e a controlar. E isso dificulta sua verificação rígida. Assim, os erros atribuídos ao manuseio pessoal do computador são imputáveis ao fornecedor. Consideram-se injustificáveis, pois lhe cabe o dever de conferir todas as suas cobranças, em especial aquelas computadorizadas.

O depósito tem sua disciplina legal no artigo 627 e ss. do Código Civil, *in verbis*: “Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame”, importante destacar a previsão legal para o depósito de coisa (móvel) fungível, dentre os quais, o dinheiro, que será regulado pelas normas acerca do mútuo, conforme artigo 645⁸, contrato que a doutrina civilista denomina de depósito irregular.

Coelho (2011, p. 149 e 150) entende ser o depósito bancário contrato *sui generis*, apresentando semelhanças com o depósito irregular e o mútuo, pois:

O elemento essencial ao depósito irregular, isto é, a fungibilidade da coisa depositada, também pode ser identificada na relação entre o depositante de recursos monetários e o banco. Há, porém, **uma circunstância que particulariza o depósito bancário, afastando-o do irregular: o banco titulariza a propriedade dos valores depositados**. Ele não é simples detentor da custódia deste, como ocorre com o depositário no depósito irregular. [...] Por outro lado, **há no depósito bancário elementos do contrato de mútuo, que é empréstimo de coisa fungível. O depositante encontra-se perante o banco em situação similar ao do mutuante em face do mutuário, já que tem direito à restituição do dinheiro depositado**. Contudo, como no depósito bancário não é necessária a remuneração do depositante pela indisponibilidade dos recursos, e, sendo o contrato à vista, pode ele exigir a devolução do dinheiro a qualquer tempo, essas características afastam o depósito bancário do mútuo. [grifos nossos]

Há divergência doutrinária quanto à instituição financeira ser proprietária ou possuidora/detentora do dinheiro depositado. A jurisprudência tem decidido ser o banco proprietário do dinheiro, tendo os correntistas um crédito contra a instituição financeira liquidanda, a qual deverá informar “os credores por depósitos ou por letras de câmbio de aceite⁹”, conforme:

⁸ Lei 10.406/02 – Código Civil, Art. 645. O depósito de coisas fungíveis, em que o depositário se obrigue a restituir objetos do mesmo gênero, qualidade e quantidade, regular-se-á pelo disposto acerca do mútuo.

⁹ Lei 6.024/74, Art. 22. Se determinado o prosseguimento da liquidação extrajudicial o liquidante fará publicar, no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação do local da sede da entidade, aviso aos credores para que declarem os respectivos créditos, dispensados desta formalidade os credores por depósitos ou por letras de câmbio de aceite da instituição financeira liquidanda.
[...]

ADMINISTRATIVO. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. DEPÓSITOS EM CONTA CORRENTE. LIBERAÇÃO. PRECEDENTES.

1. A LIBERAÇÃO DOS VALORES DEPOSITADOS POR CORRENTISTAS EM INSTITUIÇÃO BANCÁRIA SOB LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL SÓ É VIÁVEL APÓS ULTIMADOS OS PROCEDIMENTOS PREVISTOS NOS ARTS. 15 A 35 DA LEI 6.024/74.

2. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL PACÍFICO NESTE TRIBUNAL.

3. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

(REsp 75.772/RN, Rel. MIN. PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/02/1996, DJ 06/05/1996, p. 14405) [grifos nossos]

Em posicionamento contrário Aguiar Júnior (2003) questiona a transferência de propriedade: “Assim, se há transferência da propriedade do capital, não poderia haver pagamento pelo seu uso. Porém, na verdade, há o trespasso de propriedade, e esse é o fato econômico que gera o direito ao juro”. Ele entende que há espécie de “cessão do crédito” e, portanto, cabe a remuneração pelo tempo que persistir a transação.

Tem-se que o depósito é o contrato bancário mais comum. No direito bancário os doutrinadores o adjetivam de pecuniário, deixando claro o objeto sob guarda da instituição financeira, conforme definição de Martins citado por Abrão (2011, p. 127-128).:

Entende-se por depósito pecuniário, ou simplesmente depósito, a operação bancária segundo a qual uma pessoa entrega ao banco determinada importância em dinheiro, ficando o mesmo com a obrigação de devolvê-la no prazo e nas condições convencionadas.

As condições estipuladas podem ensejar três modalidades de depósito, segundo Abrão (2011, p. 135): à vista, a prazo, subdividindo-se em fixo e aviso prévio, e poupança, classificação esta que visa o aspecto econômico desejado pelo depositante, além de ser elemento decisivo para a configuração do contrato.

Ainda nas palavras do mesmo autor:

Depósito à vista é aquele que fica à disposição do depositante para ser sacado a qualquer momento.

Depósito a prazo é o suscetível de retirada só depois de decorrido um certo termo prefixado no contrato (a prazo fixo) ou estabelecido posteriormente pelo depositante em uma notificação ao banco (aviso prévio)

§ 2º Relativamente aos créditos dispensados de habilitação, o liquidante manterá, na sede da liquidanda, relação nominal dos depositantes e respectivos saldos, bem como relação das letras de câmbio de seu aceite.

[...] o depositante tem direito a juros, e à correção monetária no de prazo fixo, levando-se em conta a certeza que o banco tem acerca do lapso de que pode dispor das quantias para as suas aplicações.

O **depósito de poupança** é um sistema de captação de recursos populares, incentivado pelo governo, com a finalidade de possibilitar o financiamento de bens móveis de uso durável ou de imóveis. A esse tipo de depósito se creditam, a cada 30 dias, juros e correção monetária, computada esta de acordo com a variação do valor da Taxa Referencial (TR) (ABRÃO, 2011, p. 135). [grifos nossos]

Independente da modalidade escolhida, claro fica o auferimento de lucros pelos bancos, que não deixam dinheiro parado, tornando-o sempre mais lucrativo. Mesmo a poupança, apesar da sua destinação social, continua sendo uma das melhores e mais baratas formas de captação de dinheiro pelos bancos, principalmente pelo perfil dos poupadore, geralmente pessoas com menor poder aquisitivo, que querem uma maior segurança, ao invés do risco e maiores lucros, pois tem a finalidade de adquirir bens para uma melhor qualidade de vida.

Adentrando na função social a que se destina a poupança, Marques (2011, p 536-537) adverte que:

[...] De outro lado, a poupança não é atividade benemérita e sem fim de lucro por parte das entidades bancárias. [...] mesmo em épocas de grande inflação, e pelo qual o banco – legalmente – estava autorizado a ressarcir apenas 6,7% ao ano, quando os juros chegavam a 40% ou mais! A **poupança é um dinheiro tão bem-vindo**, [...] que as entidades bancárias gastam fortunas em **marketing** para sustentar seu mais rendoso dos depósitos, o chamado “sistema” de captação da poupança popular... para com este dinheiro barato realizar suas operações de crédito típicas... [grifos nossos]

Portanto, vê-se que há uma relação de dependência, de simbiose entre o crédito ofertado e captado através da poupança. O dinheiro depositado em instituições financeiras na operação poupança tem uma remuneração baixa comparada com outros investimentos. Apesar disto, é uma fonte de captação de recursos que são reutilizados pelo banco com o fim de conferir maior lucratividade, até mesmo com a disponibilização do crédito a quem dele necessitar, desejar.

Tem-se uma relação simbiótica e dúbia, pois numa primeira análise é o consumidor que “empresta”, “capitaliza” o banco e corre risco, que não deixa de existir, mas não é devidamente resarcido ou remunerado. Outra situação peculiar é o pagamento indevido, tratado mais adiante.

Salomão Neto (2014, p. 255) ao dissertar sobre a natureza jurídica do depósito irregular dispõe:

[...] O regime jurídico separado reflete a realidade econômica de que o depósito irregular não tem o caráter de entrega para custódia, com a obrigação do depositante de guardar e devolver a coisa mesma custodiada, enquanto o depósito regular tem tal caráter. É por isso que a compensação pode existir em relação ao depósito irregular bancário, enquanto ficaria vedada em depósito comum.

Para Abrão (2011, p. 134) a realização de saques não decorre do contrato de depósito, mas do direito aos levantamentos. Claro está para a doutina que o contrato de depósito reflete uma relação de consumo e, assim sendo, devem ser aplicadas as normas consumeristas, conforme lição de Marques (2011, p. 537):

[...] se o depósito em conta corrente (à vista) não fosse considerado relação de consumo, muito menos o seria o depósito em poupança, considerada ademais, por muitos, como uma simples aplicação financeira [...] se considerássemos que a poupança não é relação de consumo, surgiria uma sombra negra de dúvida sobre se alguma relação de depósito bancário [...] poderia ser no futuro novamente considerada de consumo.

Até aqui temos que os contratos de crédito e depósito são ambos classificados como reais, ou seja, somente se aperfeiçoam com a efetiva entrega da coisa, bem como, quando com fins econômicos rendem frutos civis, os juros.

3.4 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E O REFLEXO DE ALGUNS PRINCÍPIOS

É comum se tratar de princípios logo de início, mas diante do enfoque que é dado e com as descobertas que já se fez, preferiu-se elencá-los neste momento.

Antes de enumerar os princípios, deve-se frisar a importância da função social nos dias de hoje. Basicamente tudo o que é levado à proteção do universo jurídico deve apresentar uma funcionalidade social ou estará afastado de um conceito democrático.

Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 85) ao fazerem a projeção do princípio mencionado aduzem:

Em um primeiro plano, a socialização da ideia de contrato, na sua perspectiva intrínseca, propugna por um tratamento idôneo das partes, na consideração, inclusive, de sua desigualdade real de poderes contratuais.

[...]

Em um segundo plano, o contrato é considerado não só como um instrumento de circulação de riqueza, mas também, de desenvolvimento social.

Vê-se então a importância dos contratos na construção de uma sociedade mais justa e solidária, construída sobre bases econômicas sustentáveis. Deste ponto vislumbra-se a ponderação de princípios e valores que é feita quando uma pactuação passa a ser discutida e é posteriormente firmada.

Ainda segundo os autores, no artigo 4.211 do Código Civil ao tratar da previsão legislativa da função social nos contratos haveria o legislador fixado os parâmetros “finalístico ou teleológico e outro critério limitativo para a caracterização desse princípio” (2012, p. 91).

Feitas as considerações iniciais pertinentes, avança-se para a análise de dois princípios contratuais basilares e aparentemente contraditórios, mas importantes para este estudo, são eles: o princípio da força obrigatória dos contratos e o princípio da revisão dos contratos ou da onerosidade excessiva.

A partir do princípio da força obrigatória dos contratos extrai-se “a força vinculante das convenções” significando a “irreversibilidade da palavra empenhada” (GONÇALVES, 2012, p. 48-49). As bases sobre as quais se funda este princípio é a necessidade de se garantir a segurança jurídica, promovendo o “congelamento” das cláusulas contratuais acordadas pela vontade das partes, não podendo ser alterada, nem mesmo pelo juiz.

Tal princípio sofreu mitigações após a I Guerra Mundial, pois outros valores se levantaram como explica Gonçalves (2012, p. 49-50):

Ocorreu, em consequência, uma mudança de orientação, passando-se a aceitar, em caráter excepcional, a possibilidade de intervenção judicial no conteúdo de certos contratos, para corrigir os seus rigores ante o desequilíbrio de prestações. Acabou medrando assim, o direito moderno, a convicção de que o Estado tem de intervir na vida do contrato, seja mediante aplicação de leis de ordem pública em benefício do interesse coletivo, seja com a adoção de uma intervenção judicial na economia do contrato, modificando ou apenas liberando o contratante lesado, com o objetivo de evitar que, por meio da avença, se consuma atentado contra a justiça.

Observa-se que o cerne deste princípio, qual seja, a segurança jurídica, não desapareceu e da mesma forma ele. Apenas ocorreu a ponderação deste para que prevalecesse a justiça quando os contratantes estejam em disparidades de armas e isto prejudique o bom andamento da relação contratual. Tanto é que ainda há previsão legislativa para aquele que descumprir o pactuado.

Com a mitigação da intangibilidade dos contratos, teve vez o princípio da revisão contratual que abriu exceção para a análise dos acordos pelo Judiciário. O princípio em questão permite a alteração do convencionado para garantir uma situação mais humana.

Segundo Gonçalves (2012, p. 51):

A teoria recebeu o nome de *rebus sic stantibus* e consiste basicamente em presumir, nos contratos comutativos, de trato sucessivo e de execução diferida, a existência implícita (não expressa) de uma *cláusula*, pela qual a obrigatoriedade de seu cumprimento pressupõe a inalterabilidade da situação de fato. Se esta, no entanto, modificar-se em razão de acontecimentos extraordinários (uma guerra, p. ex.), que torne excessivamente oneroso para o devedor o seu adimplemento, poderá este requerer ao juiz que o isente da obrigação, parcial ou totalmente.

Aplicado na seara consumerista esta revisão contratual é flexível diante do pressuposto de hipossuficiência e vulnerabilidade do consumidor, assim o equilíbrio é restabelecido através do direito de modificação das cláusulas abusivas que já nascem desproporcionais, bem como o direito de revisão daquelas que são onerosas quando do transcorrer da execução contratual.

Em realidade, com base nas cláusulas gerais sempre se poderá encontrar fundamento para a revisão ou extinção do contrato em razão de fato superveniente que disvirtue sua finalidade social, agrida as exigências da boa fé e signifique o enriquecimento indevido para uma das partes, em detrimento da outra parte.(GONÇALVES, 2012, p. 53)

Segundo se desprende da lição de Gonçalves o que se deseja é a revisão de cláusulas contratuais com o fim de garantir a permanência dos negócios jurídicos e não a sua extinção, pois que, a continuidade dos pactos permite a perpetuação das relações econômicas e sociais, promovendo um desenvolvimento social saudável.

Conforme se verá no capítulo seguinte a jurisprudência do STJ, bem como de alguns Tribunais de Justiça, tem utilizado os princípios como fundamento de decisão para deferir juros em patamares não costumeiros aos consumidores.

4 JUROS

Neste capítulo trataremos dos juros abordando sua visão econômica e consumerista, para tanto, de início é preciso conceituar, bem como apresentar as diferentes classificações doutrinárias de juros com o fim de se entender melhor parte do universo que gira em torno das relações econômicas. Para além da análise de julgados que determinam a repetição do indébito, pelos bancos, são analisados outros aspectos relevantes relativos a juros e sua contratação.

4.1 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

Juro em sua origem etimológica é palavra de origem latina, deriva de *jus*, ou *juris*, sendo originariamente empregada na mesma acepção de direito. Já, “aplicado no plural – juros –, exprime os interesses, ganhos ou lucros que o detentor do capital aufera pela inversão, ou seja, pelo uso por alguém que não possui o capital” (SCAVONE JUNIOR, 2014), portanto, tem natureza jurídica de fruto civil.

Os doutrinadores de Direito Bancário, entretanto, trazem extensa classificação dos juros, conforme LIMA e NISHIYAMA (2007) são eles:

a) Quanto à origem:

- a.1) Juros convencionais – determinado por convenção entre as partes para cumprimento pelo devedor enquanto estiver vigente a obrigação pactuada;
- a.2) Juros legais – exigidos por determinação legal, independe da vontade das partes, “em regra, os juros moratórios são legais, tendo em vista que decorrem de lei”, o artigo 406, do Código Civil é um exemplo;

b) Quanto ao cálculo:

- b.1) Juros simples – também chamados juros ordinários, não sofrem incidência de acumulação ou de capitalização. São devidos pelo transcurso do prazo na vigência da obrigação;
- b.2) Juros compostos – é o cálculo de juros sobre juros.

c) Quanto à causa:

- c.1) Juros compensatórios ou remuneratórios – advêm do capital empregado, segundo Lima e Nishiyama (2007, p. 46) “correspondem a justa compensação que se deve tirar dos contratos de mútuo feneratícios”. Representam recompensa, resarcimento, indenização pelo uso de capital de outrem.
- c.2) Juros moratórios – são consequência da incidência da mora, conforme o artigo 394, do Código Civil. A súmula 312 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) determina a aplicação dos juros legais, a doutrina, por sua vez, quanto aos juros legais, divide-se entre qual a taxa a ser aplicada, se a SELIC – Sistema Especial de Liquidação e Custódia, ou a determinada pelo artigo 161, §1º, do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66).

Quanto à divergência de aplicação da SELIC ou da porcentagem de 1%, determinada pelo Código Tributário a doutrina majoritária é pela aplicação da lei tributária, e não daquela calculada para os impostos federais, apesar de ser a indicada na redação do artigo 406, do Código Civil, pois, por levar em consideração em seu cálculo fatores como: “[...] o crescimento ou recuo das exportações, a oferta de crédito, os indicadores de consumo e faturamento do comércio e fatores externos, como, por exemplo, a taxa de juros fixada pelo Banco Central norte-americano” (SCAVONE JUNIOR).

Destaca Aguiar Júnior (2003), enunciado aprovado na Jornada de Direito Civil:

Na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, Brasília, 11 a 13 de setembro de 2002, foi aprovado enunciado em sentido contrário: “A taxa de juros remuneratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do CTN, ou seja, 1% ao mês [...] **A utilização da taxa Selic como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional, porque seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros ou correção monetária; é incompatível com a regra do art. 591 do novo CC, que permite apenas a capitalização anual dos juros, e pode ser incompatível com o art. 192, § 3º, da CF, se resultar em juros reais superiores a 12%**” (enunciado apresentado pelo Des. Francisco Moesch). Não há manifestação do STJ sobre o novo tema.[grifos nossos]

Portanto, refutada a taxa SELIC por não trazer a necessária segurança jurídica as partes pactuantes.

Os autores trazem ainda a concepção de juros sob a óptica consumerista, a qual “representa um ‘prêmio’ pela postergação do consumo. Isto porque as pessoas preferem consumir no presente. Para adiarem seu consumo, isto é, para pouparem, exigem um prêmio, um benefício para desistirem de consumir no presente.” (LIMA; NISHIYAMA, 2007, p. 7).

4.2 DECISÕES JURISPRUDENCIAIS RELATIVAS A DEMANDAS DO CONSUMIDOR EM CONTRATOS COM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

A seleção de julgados utilizados, provenientes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRGS) deu-se por uma questão objetiva, a constatação pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) da grande demanda de questões consumeristas, conforme estudo encomendado à Fundação Getúlio Vargas (CNJ, 2010).

A seguir trata-se de temas como produção de provas, repetição do indébito de forma simples ou em dobro, cálculo contábil, revisão de contratos extintos, taxas médias de juros para contratos de cartão de crédito.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proferiu decisão no acórdão n.º 0460739-73.2014.8.21.7000, na qual o consumidor havia realizado compra parcelada, tendo posteriormente desistido e cancelado, com a anuência do vendedor, bem como comunicado a administradora do cartão de crédito. Entretanto, na fatura seguinte, veio a cobrança da compra cancelada. Após reclamação foi creditado o valor já pago, para, no mês subsequente, novamente, ser lançada a cobrança, acrescida de juros e encargos indevidos, além da inscrição do nome do consumidor no cadastro de inadimplentes.

A sequência de débitos, créditos e posteriores estornos do último, além de encargos oriundos da mora levaram ao deferimento de perícia contábil, por unanimidade em apelação, para que fosse possível determinar o crédito do consumidor, conforme ementa:

Ementa: CARTÃO DE CRÉDITO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO

MORAL. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA PERICIAL INDEFERIDA NA SENTENÇA. Caso concreto em que se discute compra parcelada realizada no cartão de crédito e posteriormente cancelada. Realização de débitos e créditos sucessivos das parcelas pela administradora do cartão de crédito, não sendo possível aferir, extreme de dúvidas, se existe ou não débito e, por consequência, se o cadastramento de do nome do autor em órgãos de proteção ao crédito emergiu do exercício legal de um direito pelo apelado ou foi arbitrário, autorizando a eventual desconstituição e o deferimento de indenização por dano moral postulados. Situação que desafia análise especializada, o que deverá ser feito por perícia contábil. Incidência do art. 130 do CPC. Indeferimento da prova na sentença que caracteriza cerceamento de defesa, ante a imprescindibilidade da mesma para formar juízo de certeza. Preliminar acolhida. Sentença desconstituída. APELO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70062681762, Vigésima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Vescia Corssac, Julgado em 28/01/2015).

Importante a realização da perícia contábil para constatação de crédito ou débito em favor do consumidor, ademais, a verificação é imprescindível para saber se a inscrição do autor no cadastro de inadimplentes deu-se de maneira arbitrária ou no exercício de um direito, e, portanto, poder-se determinar a repetição na forma simples ou em dobro, conforme voto prolatado pela Desembargadora Lúcia de Fátima Cerveira do TJRGS:

Não obstante, eventual repetição do indébito deve ser realizada na forma simples, uma vez que **a repetição em dobro do valor pago indevidamente só é possível se restar comprovada a má-fé ou culpa do credor**, o que não se verifica no presente caso, eis que a instituição financeira apenas exigiu a cobrança dos encargos que entendia devidos. Sendo assim, ausente comprovação acerca da má-fé da parte ré, ônus que cabia a parte autora, resta permitida a compensação e a repetição simples dos valores eventualmente pagos a maior, a serem apurados em fase de liquidação de sentença (CERVEIRA, 2014). [grifos nossos]

A revisão contratual é outro tema bastante recorrente nos julgados consumeristas, conforme se observa no julgado do tribunal gaúcho:

De acordo com a jurisprudência do STJ, esta Câmara tem decidido no sentido de **ser possível a revisão de toda contratualidade, incluindo os contratos extintos pelo pagamento, novação ou renegociação, sob o fundamento de que as nulidades contratuais não se convalidam com o novo ajuste**.

Nesse sentido, dispõe a Súmula nº 286 do STJ, *verbis*:

“A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores.”

Apesar de permitida a revisão contratual, mesmo de contratos extintos o Tribunal da Cidadania (STJ) editou súmula bastante polêmica quanto a

impossibilidade do juiz conhecer de ofício da abusividade das cláusulas contratuais, a Súmula 381, a qual versa: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”.

Marques (2011, p. 552-553) defende a inconstitucionalidade da súmula quando aplicada aos contratos de consumo, pois os consumidores são sujeitos a serem protegidos em face do artigo 5.º, XXXII, da Constituição, ainda argumenta:

Isso porque a referida súmula está em sentido contrário ao dar “efeito útil” ao mandamento constitucional de proteção do consumidor do art. 5.º, XXXII, da CF. A Súmula 381 do STJ (na sua redação atual e em matéria de consumo) tende a retirar um efeito horizontal do direito fundamental protetivo do art. 5.º, XXXII e do limite do art. 170, V, à iniciativa contratual dos bancos, qual seja a da aplicabilidade normal do CDC nos contratos bancários, criando privilégios para os bancos. Realmente, isso viola a decisão por 9 a 2 do guardião da Constituição, o e. STF, na ADIn 2.591, justamente sobre contratos bancários e suas cláusulas [...]

Os precedentes que levaram a edição da súmula mencionam ter o direito pleiteado caráter nitidamente patrimonial, portanto, não poderiam ser conhecidas de ofício, entretanto, o artigo 1.º do Código de Defesa do Consumidor, estabelece “normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social”, devendo serem conhecido de ofício pelo julgador.

Quanto aos juros cobrados do consumidor nos contratos de cartão de crédito, por não existir normatização do Banco Central do Brasil (BACEN) quanto às taxas médias praticadas, a jurisprudência tem analisado a configuração de abusividade e onerosidade a partir de taxas do mercado para operações semelhantes, conforme se observa na jurisprudência pacífica do TJRGS:

Embora não haja publicação do BACEN acerca das taxas médias relativas aos **contratos de cartão de crédito**, não se pode permitir a cobrança de juros em índices abusivos, ao alvedrio da instituição financeira.

A ocorrência da abusividade ou onerosidade excessiva ocorre quando há divergência grave entre as taxas cobradas pelo mercado para operações semelhantes. Penso que as taxas médias de juros do cheque especial podem servir de parâmetro para se medir a abusividade das taxas aplicadas aos contratos de cartão de crédito.

[...]

Cumpre esclarecer que o fato de a taxa pactuada ser superior àquela publicada pelo Banco Central só implica reconhecimento de abusividade se a diferença entre elas for discrepante, de modo a onerar excessivamente o consumidor, o que não se verifica no caso concreto.

Ante a ausência de lei ou normatização administrativa do Banco Central, o tribunal recorreu ao meios de colmatação de lacunas do ordenamento jurídico brasileiro, previsto no artigo 4.º, da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Decreto-lei n.º 4.657/42).

Visando a manutenção do equilíbrio das relações jurídicas da coletividade consumidora preconizado no artigo 5.º, XXXII c/c artigo 192, da CRFB/88, o Superior Tribunal de Justiça manteve decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) em que uma empresa requereu a repetição do indébito, corrigido segundo as mesmas taxas cobradas pela instituição financeira, conforme fundamentos de decisão do Tribunal mineiro destacados pela Ministra Nancy Andrighi (2002) em seu voto:

Embora ainda não se trate de matéria imune a controvérsias, vai-se sedimentando nesta Corte o entendimento de que, em hipóteses como a dos autos, **o reembolso ao correntista deve ser corrigido pelas mesmas taxas e encargos praticados pela instituição financeira**. É que, de outra forma, haveria tratamento desigual dos contratantes. Enquanto o mutuário sempre esteve sujeito a encargos onzenários, superiores a 10% a/m, o mutuante estaria premiado com juros módicos e correção monetária oficial.[...] [negrito no original].

Em face do acórdão destacado, a instituição financeira recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, em suas razões recursais elencou, no mérito, impossibilidade de pactuação de juros acima do legalmente permitido e de repetição de contrato já extinto, além de dar causa a enriquecimento sem causa da correntista.

Importante destacar que o julgado ocorreu em 2002, portanto, anterior a edição da Súmula 286, do Superior Tribunal de Justiça a qual versa: “A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores.”, somente editada em 2004, entretanto, o tribunal já possuia julgados neste sentido, conforme precedentes: REsp 132.565-RS (4ª T, 12.09.2000 – DJ 12.02.2001) REsp 237.302-RS (4ª T, 08.02.2000 – DJ 20.03.2000) REsp 450.968-RS (3ª T, 27.05.2003 – DJ 28.10.2003), negando provimento ao recurso.

Enfrentadas as demais questões, restou ao Tribunal da Cidadania (STJ) enfrentar a questão se o correntista tem direito à devolução das quantias cobradas indevidamente pelas mesmas taxas e juros praticados pela instituição financeira.

Apesar do pedido principal estar fundado na repetição do indébito, e não em indenização decorrente do ato ilícito, entendeu a Ministra Nancy Andrighi (2002) que deve-se incluir “todos os valores injustificadamente auferidos pelo réu com a cobrança de encargos indevidos”, conforme melhor explicita:

O montante do indébito a ser restituído deverá ser composto não apenas pelo valor cobrado indevidamente (principal), mas também por encargos que venham a remunerar o indébito à mesma taxa praticada pela instituição financeira no empréstimo pactuado (acessório).

Assim, o autor não tem direito somente à devolução do que pagou indevidamente ao réu, mas, também, dos rendimentos advindos a este com a livre disposição do patrimônio usurpado. Ensina Pontes de Miranda, que ‘o que se presta, em caso de repetição por enriquecimento injustificado, não é o valor do bem ao tempo em que se deu o enriquecimento, é o valor tal qual enriquece o demandado no momento em que se exerce a pretensão. Se o bem, ficando com o demandante, valeria a, mas com o demandado passou a valer a + x, é a + x que se há de prestar, (...)’ (“Tratado de Direito Privado”, Parte Especial, Tomo XXVI, 3^a ed., 1971, p. 167).

Além disso, dar a alguém a oportunidade de obter lucro, como é o caso, por meio da prática de ilícito, afronta à própria noção de eqüidade, pelo que deve ser afastada, ao máximo, qualquer solução jurídica que venha a acolher o enriquecimento ilícito. Deve-se, ao contrário, obrigar a instituição financeira a devolver não só as quantias que indevidamente reteve do correntista, mas também a efetiva remuneração que auferiu com tal procedimento.

Para isso, é razoável presumir que o banco obteve rendimentos, no mínimo, iguais às taxas e juros que pactuou com a correntista, ora recorrida, pois o destino usual da remuneração obtida pela instituição financeira é a concessão de novos créditos a clientes, mediante contratos que prevêem encargos semelhantes.

[...]

Do contrário, caso se exigisse da autora da ação de repetição de indébito, a prova sobre quais os lucros advindos ao banco com a utilização do dinheiro usurpado, restaria ineficaz a norma contida no art. 964 do CC, pois é manifesta a impossibilidade de produção desta prova.

Em conclusão, a remuneração do indébito à mesma taxa praticada para o cheque especial se justifica, por sua vez, como a única forma de se impedir o enriquecimento sem causa pela instituição financeira.

Não se vislumbra, tampouco, violação às normas que regulam o sistema financeiro, pois não se está concedendo - a quem não tem - o direito de cobrar juros acima da taxa legal ou outros encargos somente permitidos às entidades participantes do sistema. Trata-se, repita-se, de pedido vinculado tão-somente à reparação do dano causado e à coibição do enriquecimento ilícito.

Nesses termos, a solução adotada não fere a Lei de Usura, porquanto o correntista não concedeu crédito à instituição financeira, mas apenas busca restituir o que lhe foi cobrado indevidamente. Apenas se está aplicando o mencionado art. 964 do CC, que dá ao autor da ação de repetição de indébito o direito de cobrar tudo que represente enriquecimento injustificado do réu, por imperativo legal, e tal direito somente pode ser satisfeito, na hipótese, com a devolução da remuneração obtida pelo banco ao utilizar o dinheiro usurpado da correntista. (ANDRIGHI, 2002) [grifos no original]

O voto da Ministra Nancy Andrighi, divergente do relator, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito – vencido, que votava pelo conhecimento do recurso especial e atualização do indébito conforme os cálculos realizados pela contadoria judicial, em que eram aplicados a taxa de juros legais não caracterizadora de usura. Ademais, não se restringindo ao texto da lei, que somente permite a incidência de juros superiores a 12% a.a. para as instituições financeiras, aplicou regra de equidade no caso concreto.

Percebe-se da fundamentação, a presunção em favor da parte hipossuficiente, vulnerável da utilização do numerário pelo banco, aplicada, portanto, a teoria da carga dinâmica, prevista no inciso VIII, artigo 6.º, do Código de Defesa do Consumidor, como um dos direitos básicos do consumidor, para a qual “a prova incumbe àquele a quem é mais fácil demonstrar o fato, ou a quem, por sua profissão, conta com os elementos para fazer esta prova, ou a quem se prejudica com as presunções extraídas dos fatos” (ITURRASPE citado por VASCONCELOS, 2010).

A decisão configura-se inovadora, até mesmo para os autores do ante-projeto do Código Consumerista, pois ao tratar da repetição do indébito, especificamente quanto aos juros e correção monetária, o Ministro Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (2007, p. 409), escreveu:

Ao contrário do Código Civil, o art. 42, parágrafo único, prevê, expressamente, a atualização monetária do valor pago indevidamente (e da própria sanção); também determina o pagamento de juros legais.

Claro está que, além da sanção propriamente dita, da restituição do que pagou indevidamente e dos juros legais, o consumidor – embora não dito expressamente no dispositivo – faz jus a perdas e danos, desde que comprovados. É novamente, a regra geral do art. 6.º, VII.

Mais uma vez, há menção aos juros legais, nunca aos previstos em contrato entre o consumidor e o fornecedor.

Em julgado anterior do Superior Tribunal de Justiça, proferido pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, na qual o banco-reu apropriou-se indevidamente da quantia de R\$15.182,95; o qual corrigido pelas taxas aplicadas pelo Banco alcançaria o montante de R\$ 275.531,00; já corrigida pelos critérios da Corregedoria atingiria apenas a soma ínfima, comparada a anterior, de R\$ 16.534,00, é que foi deferido como índice a ser aplicado a taxa SELIC, pois considerou o Ministro:

Não me parece que se deva deferir ao autor as mesmas taxas cobradas pela instituição bancária, tal o absurdo que isso representa, conforme diariamente constatamos nos processos, inclusive neste, e acima se viu, mas também tenho por contrário ao princípio geral de eqüidade, de tratamento igualitário das partes nas suas relações contratuais - princípios gerais que devem presidir o julgamento do caso - que se admite pudesse o Banco cobrar pelo mesmo débito de R\$ 15.182, 00 a quantia atualizada de R\$ 275.000,00, se fosse negócio seu, e se defira ao correntista, a partir do mesmo valor, apenas o acréscimo de R\$ 1.352, 00.

Para isso, acredito que o melhor critério seria usar a Taxa Selic para calcular a atualização do débito, o que não corresponde às taxas praticadas pelo Banco no mercado, mas serve para remunerar adequadamente o lesado (AGUIAR, 2002).

Apesar da insegurança jurídica da taxa SELIC, que tem variações diárias e mensais, ainda é a que chega mais perto das taxas praticadas pelas instituições financeiras.

Do acórdão que gerou toda a controvérsia, proferido pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais destaque-se, as razões para a mudança das taxas na repetição do indébito:

A correção monetária para a reposição não pode ter como indexador as chamadas **taxas bancárias**, o pretexto de mais precisa punição a esses estabelecimentos financeiros, **pois quando eles as cobram, incluem administração, lucro e serviços, hipóteses que não estão sendo deferidas ao correntista**. Seu recebimento dá-se com atualização por índice que seja reconhecido por Lei.

Na mesma década (2000), o Banco Central do Brasil divulgou o Relatório Juros e *Spread*¹⁰ Bancário no Brasil, em que discriminava cada uma das parcelas que o compunham:

De acordo com o relatório 'Juros e Spread Bancário no Brasil', elaborado pelo BC, o **spread está composto por: 16% pela inadimplência; 19% por despesas administrativas; 29% por impostos; 36% pela margem líquida do banco**. Margens de lucro tão elevadas garantem os lucros astronômicos dos bancos brasileiros, muito acima da média mundial (editorial da Folha de São Paulo, 6.2.2003, A/2). Como se vê, a alegação corrente de que o *spread* é elevado por causa da inadimplência não procede, pois a sua maior parcela, quase o triplo, corresponde ao lucro; reduzido o quantitativo deste, certamente seria menor o índice de inadimplência. Nos países em que é

¹⁰ *Spread*: Diferença entre taxas de juros de aplicação e de captação, compreendendo o lucro e o risco relativos às operações de crédito. Representa também a diferença entre o preço de compra e de venda de título ou moeda. Especifica o prêmio adicional que deve ser pago por um devedor em relação a uma taxa de referência. O spread varia de acordo com a qualidade de crédito do emissor, o prazo, as condições de mercado, o volume e a liquidez da emissão ou empréstimo. (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2015).

menor o índice de inadimplência, é significativamente menor o percentual do lucro. (AGUIAR, 2003)

Seguindo-se a lógica do julgado mineiro, ou seja, retirando-se taxa de administração, lucros e serviços, por mais que os últimos sejam controversos, restaria ao consumidor ter a restituição de 45% sobre a taxa praticada pelo banco, o que comparado aos índices aplicáveis a poupança, ou mesmo a previsão de juros legais, representa um ganho mais compatível com o auferido pelas instituições financeiras quando há a apropriação de indébito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cartão de crédito provavelmente ainda teria as características de crediário, ou não se desenvolveria de forma tão súbita, não fosse a visualização dos bancos de mais uma oportunidade de lucro, desta forma, expandindo o uso para além dos estabelecimentos. Sem dúvida, representa muito mais que uma inovação na forma de pagamento, pois uma infinidade de serviços e possibilidades são ofertados, atraindo cada vez mais consumidores, seja pela segurança proporcionada, seja pela facilidade ou agilidade na contratação.

É importante mencionar, também, o desenvolvimento dos sistemas de captação das informações do portador do cartão, que em questão de segundos, são enviadas para o banco destinatário e concluem a transação, aceitando ou recusando a operação pleiteada.

Ora, assim como a informatização e o aprimoramento do sistema bancário permitiu a expansão do comércio e tantos outros benefícios, bem como, também permite ao banco inteirar-se dos consumidores inadimplentes, em sentido contrário, seria possível a instituição financeira identificar os que possuem alguma espécie de crédito advinda do pagamento indevido.

Explicando melhor, em contrapartida às normativas postas pelo Banco Central do Brasil com relação ao pagamento mínimo da fatura do cartão de crédito, as instituições financeiras poderiam recusar o pagamento a maior, através de seus avançados sistemas de informática, que poderiam reconhecer e identificar a realização do pagamento, porquanto, mesmo quando ainda não houve a compensação bancária, e tenta-se realizar pagamento com o mesmo código de barras já observa-se o bloqueio da operação por alguns estabelecimentos bancários.

Como demonstrado alhures e diante do dever de informação que tem o fornecedor para com o consumidor, a prática corriqueira e reiterada das administradoras de cartões de crédito quando identificam o pagamento a maior, vem sendo a de constituir um crédito em favor do titular, pela simples diferença entre o que foi pago e o que era devido, sem haver qualquer previsão contratual neste sentido, diversamente do que existe no financiamento.

Quando não muitas vezes, a fatura do mês seguinte ao pagamento além do devido, sequer é remetida à residência do consumidor para conhecimento de seus

gastos e possível impugnação dos mesmos, além de ser informado do crédito constituído em seu favor.

Acerca do questionamento principal deste estudo, se haveria ou não a possibilidade de aplicação de juros no pagamento indevido do cartão de crédito, tem-se que conforme demonstrado por argumentos da melhor doutrina, bem como por dados estatísticos do *spread* bancário, o lucro auferido pelos bancos em operações ativas, ou seja, em que concede crédito é enorme, portanto, não justificando a devolução do indébito pela taxa legal de juros de 1%, prevista no Código Tributário Nacional.

A melhor taxa a ser aplicada, em termos de informação e segurança ao consumidor, como também a instituição financeira, é aquela praticada por esta última, pois uma vez conhecida por ambos no ato de contratação dos serviços financeiros, não havendo surpresas, como se mostra a taxa SELIC para tal finalidade.

Vale destacar ainda que além dos dados fornecidos pelo Banco Central, ainda é pouco o que se conhece sobre esta gigante indústria de desejos e consumo quase que imediatos, mas pode-se verificar que há uma conformidade ao país que opera, no caso do brasileiro, a venda a crédito parcelada é sempre uma opção, o que tem levado ao endividamento da população, enquanto que tal característica não é encontrada em outros países, daí a importância das instituições financeiras para lastrear o sistema brasileiro.

Em toda a pesquisa realizada observou-se que os requisitos para concessão de crédito se exigem garantias nos contratos nominados, como cédula de crédito e outros empréstimos bancários, tal não está presente no cartão de crédito, o qual restringe-se a praticamente um, não ter o nome no cadastro de inadimplentes.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. **Direito Bancário**. 14. ed. rev. atual. e ampl. pelo Desembargador Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2011.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Recurso Especial Nº 401.694 (Voto)**. QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 14/05/2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=10960&num_registro=200101912480&data=20020805&formato=PDF>. Acesso em: 29 jan. 2015.

ANDRIGHI, Nancy. **Recurso Especial n.º 453.464 – MG (Voto-Vista)**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=612702&num_registro=200200919891&data=20031219&tipo=3&formato=PDF>. Acesso em: 29 out. 2014.

ANUCC. **Manual prático de orientação para a negociação de dívida de cartão de crédito**. Disponível em: <http://www.avozdocidadao.com.br/images/cartilha_usuarios_cartao_credito_anucc.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2014.

ARAÚJO, Fábio José de Oliveira. **O superendividamento do consumidor como fator impositivo do dever geral de renegociação**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Federal da Paraíba (UFPB), João Pessoa, 2014.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Relatório sobre a indústria de cartões de pagamentos, **Adendo estatístico- 2011, outubro/2012**.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Aposentadoria e problemas com cartão de crédito abarrotam o Judiciário, mostra pesquisa da FGV**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias-gerais/10584-aposentadoria-e-problemas-com-cartao-de-credito-abarrotam-o-judiciario-mostra-pesquisa-dafgv?tmpl=component&print=1&layout=default&page=>>>. Acesso em: 30 jan. 2015

_____. **Lei 4.595**. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14595.htm>. Acesso em: 28 jan. 2015.

_____. **Lei 10.406/2002**- Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 21 dez. 2014.

_____. **Lei 6.024/1974** - Dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6024.htm>. Acesso em 24 jan. 2015.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial 75.772/RN**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500496925&dt_publicacao=06-05-1996&cod_tipo_documento=&formato=undefined>. Acesso

em: 24 jan. 2015.

CERVEIRA, Lúcia de Fátima. **Apelação Cível Nº 70058106493 (voto)**. Vigésima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lúcia de Fátima, Julgado em 26/03/2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70058106493.%28s%3Acivel%29.%28td%3Aac%C3%B3rd%C3%A3o%7Ctd%3Anull%29&as_q=+#main_res_juris>

Acesso em: 02 dez. 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 12. ed., v. 3. São Paulo: Saraiva, 2011.

SIENKIEWICZ, Stanley J. **Credit Cards and Payment Efficiency**. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=927493>. Acesso em: 26 nov. 2014.

DINERS CLUB: About Diners Club International. Disponível em: <<http://www.dinersclub.com/about-us.html>>. Acesso em: 26 nov. 2014.

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. **Paying with plastic**: the digital revolution in buying and borrowing. 2nd ed. Cambridge: The MIT Press, 2005. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/24620638/Paying-With-Plastic>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

FÁZZIO JÚNIOR, Waldo. **Cartão de crédito, cheque e direito do consumidor**. São Apulo: Atlas, 2011.

GAULIA, Cristina Tereza. O abuso de direito na concessão de crédito: o risco do empreendimento financeiro na era do hiperconsumismo. **Revista da EMERJ**. v. 12, nº 47, 2009. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista47/Revista47_94.pdf>. Acesso em: 10.01.2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini ...[et al.]. **Código de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (IDEC). **Cartão de crédito**: como não se endividar com o crédito rotativo. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/carto-de-credito-como-no-se-endividar-com-o-credito-rotativo>>. Acesso em: 06 jan. 2015

Itau. Disponível em: <https://www.itau.com.br/_arquivosstaticos/Itau/img/contrato-cartao-private.pdf>. Acesso em: 20.12.2014.

LIMA, Roberto Arruda de Souza; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Contratos bancários**: aspectos jurídicos e técnicos da matemática financeira para advogados. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTÍN, Adolfo Sequeira; SOLER, Enrique Gadea; BERGIA, Fernando Sacristán (dirección). **La contratación bancaria.** SOLÉ, Fernando Garcia. Las tarjetas bancarias. Los contratos de tarjeta de débito y de crédito (artigo). Madrid: Dykinson, 2007. Disponible em: <<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/tarjetas-bancarias-tarjeta-debito-credito-39066104>>. Acesso em: 24 nov. 2014.

SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito bancário.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Juros legais e sua limitação no novo código civil.** Disponível em: <<http://www.scavone.adv.br/index.php?juros-legais-e-sua-limitacao-no-novo-codigo-civil>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

_____, 1966-. **Juros no direito brasileiro** 5. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2014.

SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Instrução Normativa nº 341**, de 15 de julho de 2003. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/LEGIS-LACAO/Ins/2003/in3412003.htm>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

VASCONCELOS, Fernando. **O CDC, as instituições financeiras e a posição da jurisprudência brasileira.** Verba Juris: Anuário da Pós-Graduação em Direito, João Pessoa, ano 9, n. 9, p. 271-297, jan./dez. 2010.

VELOSO, Alberto Junior. **O contrato de compra e venda a crédito ao consumidor:** análise a partir do direito comunitário europeu. Curitiba: Juruá, 2013.

ZOUAIN, Deborah; BARONE, Francisco; ESTRELLA, Juliana. **Estudo sobre o mercado dos cartões de crédito no Brasil e sua relação com as pequenas e micro empresas.** Brasília: Sebrae, 2007.