

CARTÃO DE CRÉDITO

João Antônio C. Motta
Advogado em São Paulo-SP
Membro Honorário do IBDB
Conselheiro do IBDI

Este importante mecanismo de pagamento funciona como uma linha de crédito pré-aprovada, onde o usuário adquire a vista do fornecedor o bem pretendido e paga a certo termo à emissora do cartão, podendo, ou não, ainda ser parcelada dita compra junto a emissora.

Como resta inequívoco a operação é representada por um contrato complexo, envolvendo elementos de compra e venda, abertura de crédito e prestação de serviços. Sendo que Carlos Alberto Bittar leciona, com propriedade, que a relação entre a empresa emissora do cartão (administradora) e os fornecedores (lojistas) consiste em adesão por estes a uma rede comercial e de serviços para a aceitação do cartão e garantia do fornecimento ou prestação de serviços aos usuários (clientes). Já a relação entre a emissora do cartão (administradora) e os usuários (clientes), '... apresenta-se como uma prestação de serviço de pagamento de contas quanto ao credenciamento junto aos fornecedores, e de abertura de crédito, com relação ao modo de pagamento das compras, que se efetiva a prazo. Configura-se estipulação em favor de terceiro a ação da emissora, combinada, pois, com abertura e cessão de crédito' (Contratos Comerciais, Ed. Forense Universitária, 1990, p. 183).

O que torna conflituoso o relacionamento é que os lojistas/prestadores de serviços, apesar da garantia (em tese) do recebimento (por isso pagam a taxa de administração à operadora do cartão de crédito), não recebem imediatamente os valores das vendas; e, por sua vez, os usuários lamentam-se das taxas caras e flutuantes que são compelidos a pagar quando financiam seus saldos devedores além do prazo limite de pagamento (em média 30 dias).

A questão controversa que aqui interessa ao debate é a dos juros pagos quando da rolagem, pelo usuário, de seu saldo devedor.

Com efeito, a melhor orientação dos Tribunais aponta que '... é potestativa a cláusula de contrato de cartão de crédito ou de mútuo bancário, que disponha sobre incidência de taxa de juros cujos critérios de fixação são absolutamente ignorados pelo devedor, como na hipótese dos chamados juros de mercado ou flutuantes, mormente quando a fixação fica entregue ao arbítrio do credor, vezeiro em escolher a que mais lhe favorece" (Des. Pedro Manoel Abreu - TJESG).

E isso se dá, sem dúvidas, pelo espírito que orientou a formatação da Súmula/STJ nº 176, não admitindo a flutuação dos juros pela denominada Taxa ANBID, em vista de seu caráter draconiano (CCB, art. 115), posto ser divulgada para e no interesse de instituições financeiras.

Entendo que a solução do embaraço jurídico, mais uma vez, passa pelo importante princípio da boa-fé objetiva.

Este princípio, que está positivado no direito brasileiro desde 1850 pelo Código Comercial (art. 131) e '... que permaneceu letra morta por falta de inspiração na doutrina e nenhuma aplicação pelos Tribunais' (RUY ROSADO in A Boa-Fé na Relação de Consumo, Rev. Direito do Consumidor 14/20), somente agora, como uma nova abordagem patrocinada pela legislação consumerista, veio a sofrer a reflexão de inúmeros doutrinadores.

Contudo, na importante obra de Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, há quase 35 (trinta e cinco) anos atrás, em 1964, na sua tese de doutorado apontava:

A boa-fé dá o critério para a valorização judicial, não a solução prévia. Num sistema jurídico sem lacunas, a função do juiz resume-se em elaborar mecanicamente as soluções, esvaziando-se o direito de conteúdo vital. Num sistema jurídico concebido, não como uma *Geschlossenheit*, como um mundo fechado, mas sim, como algo com aberturas por onde penetram os princípios gerais que o vivificam, não se poderá chegar a uma solução concreta apenas por um processo dedutivo ou lógico matemático. Com a aplicação do princípio da boa-fé, outros princípios havidos como absolutos serão relativados, flexibilizados, ao contato com a regra ética.

A Obrigação como Processo, Ed. José Bushásky, p. 42, 1976.

Pois bem, este princípio de direito '... quer significar - segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao parágrafo 242 do Código Civil Alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da common law, - modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico segundo o qual "cada pessoa deve ajustar a sua própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subsuntivo. A expressão "boa-fé objetiva" se desprende, portanto, da pesquisa da intencionalidade da parte, de nada importando, para a aplicação do princípio, a sua consciência individual no sentido de não estar lesionando direito de outrem ou violando regra jurídica. O que importa é a consideração de um padrão objetivo de conduta, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico' (Judith Martins Costa in O Princípio da Boa Fé, Revista Ajuris, vol. 50, p. 207, Porto Alegre, 1990).

Ora, em contratos como a espécie aqui analisada é absolutamente impossível perquirir-se sobre a intenção das partes e, aliás, totalmente desnecessário, posto que o conceito de boa-fé objetiva, que pode ser retirado do diploma comercial de 1850, é justamente aquela boa-fé que desvincula-se completamente da análise da volição das partes. De acordo com o professor Clóvis do Couto e Silva (ob.cit., p. 32), estes deveres '... podem nascer e desenvolver-se independentemente da vontade'. E, a respeito da desvinculação entre a boa-fé objetiva e a vontade, escreveu o eminente civilista supracitado:

O aspecto capital para a criação judicial é o fato de a boa-fé possuir um valor autônomo, não relacionado com a vontade. Por ser independente da vontade, a extensão do conteúdo da relação obrigacional já não se mede com base somente nela, e, sim, pelas circunstâncias ou fatos referentes ao contrato, permitindo-se construir objetivamente o regramento do negócio jurídico, com a admissão de um dinamismo que escapa, por vezes, até mesmo ao controle das partes.

O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português, in Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português, pp. 43 e ss.

A interpretação do contrato, então, não pode restar atada a existência, ou não, de uma imaginária intenção das partes que, como se vê da lei comercial - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras (CC, art. 131) -, haverá de ser analisado sob a ótica da boa-fé objetiva, ao verdadeiro espírito e natureza do contrato !!!

Segundo o prof. antônio menezes cordeiro (Direito Bancário, Almedina, 1997, p. 125), '... no Direito português, a base legal dos deveres acessórios reside no art. 762.^o/2. do Código Civil. Este preceito, sob a epígrafe "princípio geral" relativo ao cumprimento das obrigações, dispõe: No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé.

Como se vê, o Direito português tem semelha disposição abrigada de início em nosso Código Comercial, onde se estabelece a boa-fé como fonte de deveres acessórios.

Mas o que são estes deveres acessórios ?

Dentro de uma nova principiologia no Direito das Obrigações, de uma nova leitura do velho código de 1850 sob as luzes da legislação consumerista, significa dizer que ao lado dos deveres escritos no contrato, existem outros '... de segurança, lealdade e informação ... derivados da necessidade de melhor precisar o conteúdo das obrigações e o seu cumprimento' (menezes cordeiro, ob.cit., p. 124/125).

O que interessa ao caso é o dever de informação, no sentido de que '... a parte mais habilitada terá, ex bona fide, especiais adstrições, no tocante à informação da parte menos conhecedora (menezes cordeiro, ob.cit., p. 126).

Sobre este dever de informação, veja-se a lição de DIDIER FERRIER:

Il est admis que le dol résulte d'une réticence, c'est-à-dire du silence gardé sur une information qui aurait pu éclairer de manière déterminante le consentement de l'autre partie. Dans les relations entre professionnel et consommateur, le déséquilibre créé par les connaissances du premier et l'ignorance du second est un facteur de multiplication et d'aggravation de cas de réticence. Aussi, par-delà la sanction classique de la réticence dolosive que la jurisprudence n'hésite pas à assimiler au dol, le législateur a imposé au professionnel la délivrance d'informations permettant d'éclairer autant que possible le consentement du consommateur. L'exigence est formulée, de la manière la plus générale, par l'article L. 111-1 du Code de la consommation: "Tout professionnel vendeur ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service". Il s'agit bien d'informer le consommateur sur les éléments du contrat de nature à éclairer son consentement. (...) La jurisprudence, de son côté, vient encore alourdir cette obligation précontractuelle d'informer en sanctionnant le professionnel qui s'abstient d'indiquer au consommateur le caractère inoportun de l'opération envisagée (com. 25 février 1981, IR 278) ou les obstacles à surmonter pour obtenir le résultat recherché (Civ. 27 octobre 1981, Bull. Civ. I, 265) ou les risques encourus du fait de l'opération (Civ. 10 mars 1978, Bull. Civ. I, 78). L'obligation d'informer le consommateur se transforme,

ici, en une véritable obligation précontractuelle de le conseiller dans sa décision de contracter ou de ne pas contracter, afin qu'il ne se trompe pas: on s'éloigne de la protection contre le dol et l'on se rapproche de la protection contre l'erreur.

La Protection des Consommateurs, Dalloz, Paris, 1996, págs. 34 e 35.

Como se vê, a doutrina consumerista francesa repudia a réticence dolosive, uma espécie de omissão dolosa, ou, nas palavras do autor, o silêncio sobre uma informação que poderia ter esclarecido de maneira determinante o consentimento da outra parte.

Melhor dizendo, o profissional que não presta as informações necessárias sobre seu produto ou serviço age contra a boa-fé objetiva que deve reinar em todo o contrato.

Além disso, há o gravame advindo pelos conhecimentos da Administradora de Cartão de Crédito (a profissional) e o cliente usuário, com ausência de informação sobre as características e conseqüências práticas da contratação, possível sobre-endividamento.

Ressalte-se que, nas palavras do eminente doutrinador, a jurisprudência francesa tem decidido sobre esta obrigação pré-contratual de informar, impondo sanção ao profissional que se abster de indicar ao cliente o caráter inoportuno da operação visada ou os obstáculos a transpor para obter o resultado pretendido ou ainda os riscos decorrentes do fato da contratação.

E conclui o jurista francês no sentido de que a obrigação de informar constitui-se em verdadeira obrigação pré-contratual de aconselhamento sobre a decisão de contratar ou não contratar.

Veja-se o que diz Rubén S. Stiglitz a respeito do dever de aconselhamento:

El deber de consejo es de otra que la obligación de información que, a lo sumo, le suministra su marco. El deber de consejo pone de manifiesto la dinámica que adquiere la información devida quando es suministrada con el propósito que ele cocontratante decida – por ter – en torno a la conveniencia o no de la formalización de un contrato, considerándolo un mecanismo apto para satisfacer útilmente las necesidades que cada quien, previamente, ha enunciado a lo la contraparte.

Revista de Direito do Consumidor, nº 22, Abril – Junho 97, La Obligación Precontractual y Contractual de Información. El Deber de Consejo, págs. 9 a 25.

Ora, a administradora (não sem razão) rotula o seu contrato de adesão, tendo em mira que o cliente/usuário do cartão simplesmente adere a um contrato mãe, arquivado em um Cartório de Títulos e documentos na cidade sede da empresa, sem, como de hábito, informar absolutamente nada sobre as conseqüências de financiamento.

Entendo que aqui, por este motivo, reside a principal causa da invalidade contratual, sendo a questão da flutuação das taxas, da utilização da cláusula mandato para obter financiamento de saldo e, mesmo, para aceitar cambiais absolutamente periféricas.

Nesta ordem de idéias, a invalidade que está para ser dirimida pelo emérito superior tribunal de justiça, no sentido do patamar das taxas de juros, já que a Administradora de Cartões de Crédito não é nem se confunde com instituição financeira, será mais uma questão que desbordará ao ponto nodal da discussão, que é, dentro de uma nova visão do Direito das Obrigações, a vital necessidade de que um profissional, um

especialista, ter o dever de acautelar à contratação '... de segurança, lealdade e informação ... derivados da necessidade de melhor precisar o conteúdo das obrigações e o seu cumprimento' (menezes cordeiro, ob.cit., p. 124/125).

Autor: João Antônio C. Motta Fonte: Infojus