

compilações doutrinais

VERBOJURIDICO

CLÁUSULAS ABUSIVAS EM CARTÕES DE CRÉDITO

**CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS EM CARTÕES DE
CRÉDITO NÃO SÃO UM EXCLUSIVO PORTUGUÊS.**

O CARTÃO CLASSIC/GOLD DO BANCO POPULAR S.A.

**DR. JOÃO ALVES
PROCURADOR-ADJUNTO
DOCENTE DO CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS**



verbojuridico[®]

SETEMBRO 2006

Título: CLÁUSULAS ABUSIVAS EM CARTÃO DE CRÉDITO
O Cartão Classic/Gold do Banco Popular SA

Autor: Dr. João Alves
Procurador-Adjunto e Docente no Centro de Estudos Judiciários

Data de Publicação: Setembro de 2006.

Classificação: Direito do Consumidor

Edição: Verbo Jurídico © - www.verbojuridico.pt | .eu | .net | .org | .com.

Nota Legal: Respeite os direitos de autor. É permitida a reprodução exclusivamente para fins pessoais ou académicos. É proibida a reprodução ou difusão com efeitos comerciais, assim como a eliminação da formatação, das referências à autoria e publicação. Exceptua-se a transcrição de curtas passagens, desde que mencionado o título da obra, o nome do autor e da referência de publicação.



Ficheiro formatado para ser amigo do ambiente. Se precisar de imprimir este documento, sugerimos que o efective frente e verso, assim reduzindo a metade o número de folhas, com benefício para o ambiente. Imprima em primeiro as páginas pares invertendo a ordem de impressão (do fim para o princípio). Após, insira novamente as folhas impressas na impressora e imprima as páginas ímpares pela ordem normal (princípio para o fim).

CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS EM CARTÕES DE CRÉDITO NÃO SÃO UM EXCLUSIVO PORTUGUÊS.

O CARTÃO CLASSIC/GOLD DO BANCO POPULAR S.A.

Dr. João Alves

PROCURADOR-ADJUNTO

DOCENTE NO CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

“A existência da Lei e a sua divulgação levou as grandes empresas a estudar e a rever cuidadosamente as cláusulas contratuais gerais por elas praticadas, de modo a expurgar as nulidades”¹.

No decurso do estudo de um problema relativo a cartões bancários encontrei em (www.bancopopular.pt/images/np_conteudos/CGU_Classic_Gold.pdf), site português do Banco Popular as “Condições Gerais de Utilização do Cartão Classic/Gold Para Pessoas Singulares”, relativamente às quais, na minha opinião pessoal existem cláusulas abusivas.

Uma das finalidades da Directiva 93/13/CEE² foi estabelecer um mínimo de uniformidade na legislação dos Estados membros da União Europeia relativamente a cláusulas contratuais gerais.

Em Espanha as cláusulas contratuais gerais regulam-se pela Ley 7/1998 de 13/4 (B.O.E: nº 89 de 14/4/98).

Em Portugal, em 22 de Fevereiro de 1986 entrou em vigor o DL 446/85 de 25 Outubro, relativo à regulamentação das cláusulas contratuais gerais, posteriormente alterado pelo DL 220/95 de 31/8 (por força da Directiva 93/13 de 5/4), Declaração de Rectificação nº 114-B/95 de 31/8 e DL 249/99 de 7/7.

A Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho relativa ao direito europeu dos contratos e a revisão do acervo (COM (2004) 651 de 11/10/04)

¹ Cordeiro, António Menezes, Tratado de Direito Civil Português, Vol. I, 2º ed., 2000, Almedina, pág. 450.

² Em http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/index_en.htm é possível encontrar uma análise bastante detalhada da sua aplicação no relatório da Comissão sobre a aplicação da Directiva 93/13/CE do Conselho de 5 de Abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.

apontou a necessidade de melhorar a qualidade e consistência da legislação relacionada com a protecção do consumidor.³

Neste momento estão em revisão as seguintes Directivas: venda de bens e garantias (99/44/EC), preços (98/6/EC), acções inibitórias (98/27/EC), vendas à distância (97/7/EC), timeshare (94/47/EC), cláusulas contratuais (98/13/EC), viagens organizadas (90/314/EC), vendas à distância (85/577/EC), prevendo-se estar concluída no ano de 2006 a fase de diagnóstico.

A participação na rede europeia CFR-NET, “*Network of stakeholder experts on Common Frame of reference in the area of European contract law*”, permitiu-me constatar que, embora a legislação seja uniforme a intensidade do controlo de cláusulas abusivas no espaço da União Europeia é variável.

Uma vez que o regime legal das cláusulas contratuais gerais é uniforme na União Europeia será que quem as predispõe em mais de um país da União cumpre a lei em ambos, apenas no país de origem ou em nenhum?

Assim, procurei um dos sectores (bancário) de maior utilização de cláusulas contratuais gerais na contratação, com um historial de utilização de cláusulas abusivas, com presença em mais de um país da União e relativamente ao qual obtive em Portugal um clausulado com cláusulas que entendo serem abusivas.

O objectivo deste estudo consistiria em comparar o clausulado das condições gerais de utilização do cartão Classic/Gold para pessoas singulares do Banco Popular (Portugal) com as condições gerais do produto semelhante (tarjeta Visa Classic ou Visa Oro) do Banco Popular (Espanha), efectuar a sua análise jurídica, averiguar da eventual existência de cláusulas abusivas e, caso existissem, se eram comuns a ambos os contratos.

Como o único meio de informação disponível para obter o clausulado era a Internet, na consulta ao site do Banco Popular em Espanha (www.bancopopular.es) não localizei as condições gerais relativas aos cartões, o que impossibilitou a análise comparativa.

Porém, ainda assim, julgo ter interesse transmitir as conclusões a que cheguei sobre tal clausulado e sua compatibilidade com a lei portuguesa:

A)

Estipula a cláusula 6^a n^o 6 das condições gerais de utilização do cartão Classic/Gold para pessoas singulares.

“6. O Banco será alheio a eventuais incidentes entre o comerciante ou prestador de serviços e o Titular do Cartão, bem como às responsabilidades e consequências que tais factos possam originar”.

Esta cláusula é proibida pelo art- 21^o al. f) do DL 446/85, por alterar as regras respeitantes ao risco porque, implica a desoneração do banco em casos de utilização abusiva, por exemplo, falsificação, duplicação do mesmo, adulteração dos terminais de pagamento, por parte de um comerciante ou prestador de serviços, sendo certo que;

³ O sumário dos progressos verificados pode ser consultado no First Annual Progress Report on European Contract Law and the Acquis Review - 2005 (COM (2005) 456 of 23.09.2005), acessível em http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/progress05_en.pdf

- O cartão enquanto instrumento de movimentação da conta é emitido quer no interesse do titular (acesso 24 horas, rapidez, simplificação e possibilidade de realizar outras operações), quer do banco emitente (redução pessoal, disponibilidade 24 horas, celeridade, simplificação), logo, ambos possuem obrigações, e se o emitente também tem interesse na emissão e uso do cartão, deve assumir a sua quota-parte de responsabilidade - *ubi cómoda ibi incomoda*.

- O banco pode contribuir para possíveis utilizações ilícitas do cartão, importa não esquecer que o titular não escolhe os sistemas de segurança aplicados no cartão, nem controla os meios tecnológicos empregues no sistema⁴, sendo um facto já do conhecimento público que os cartões de débito com banda magnética são facilmente duplicáveis.

B)

Dispõe a cláusula 11^a n.º 6 e 7 das referidas condições gerais:

“6. O Banco poderá debitar ao Titular os encargos que este o faça incorrer por virtude de dificuldades de cobrança. Nos casos de falta de pagamento que obriguem a acção judicial, todas as despesas do processo serão da responsabilidade do devedor.

7. O Banco fica desde já autorizado a debitar as despesas e encargos, referidas no ponto anterior, em qualquer outra conta de depósito que o Titular tenha no banco”.

Tais cláusulas são proibidas pelos art- 19º, al. d) e 21º al. g), do DL 446/85, uma vez que;

1) Impõe uma ficção de aceitação (equivalente, na prática, a uma confissão de dívida contratualmente erígida), por parte do titular do cartão já que da cláusula decorre que, contratualmente, todas as despesas e encargos serão da responsabilidade do titular do cartão,

2) Tal confissão de dívida, feita à parte contrária, implica que a nota de débito ou documento similar onde constem as despesas e encargos passará a ter força probatória plena contra o titular do cartão, *ex vi* do disposto no art- 358º, n.º 2, *in fine*, do Código Civil;

3) Assim, um simples documento (art- 362º C. Civil), sem a letra nem a assinatura do titular do cartão, cuja autenticidade e correcção poderia, com êxito, ser posta em causa mediante simples contraprova (art- 346º C. Civil) passa, desta forma, a só poder ser validamente impugnado mediante prova em contrário (art- 347º C. Civil);

⁴ “A partilha dos meios de acesso entre o banco e o cliente indispensável à realização do pagamento electrónico veio criar uma situação nova. Mas não se vê que isso deva envolver a transferência da responsabilidade pelo risco do banco para o cliente. Como poderia este encaixar os riscos que emergem de um sistema de pagamento cujas matrizes técnicas e regularidade de funcionamento ao banco apenas compete assegurar ?...”, Raposo, Amável, Alguns Aspectos Jurídicos dos Pagamentos Através das Caixas Automáticas, BMJ 377, pág. 20.

4) Por outro lado, no caso do banco intentar uma acção judicial, e não obtenha vencimento, nem “*todas as despesas*” são da responsabilidade do devedor. O art- 33º do Código das Custas Judiciais (CCJ) rege sobre as despesas que as partes são forçadas a fazer com vista a implementarem a marcha do processo, prevendo no nº 1 al. c) a procuradoria (compensação pelo vencido ao vencedor do litígio em razão do dispêndio com o patrocínio judiciário).

Para além de só existir quando o banco obtenha vencimento na causa, o art- 40º nº 4 do CCJ determina que é abatida nas despesas extrajudiciais, indemnizações ou pena convencional a que o vencedor tenha direito e os seus critérios de fixação estão fixados imperativamente no art- 41º do referido Código.

Decorre do exposto que a aceitação da existência de tais débitos, por parte do titular do cartão, equivalendo a uma confissão de dívida, altera o critério legal da distribuição do ónus da prova - cfr. Art- 21º, al. g) do DL 446/85.

C)

Estipula a cláusula 13ª nº 1 e 6 das condições gerais de utilização do cartão:

“1. O Titular do Cartão compromete-se a comunicar de imediato o Banco, por telefone ou outro meio mais expedito, sendo sempre tal comunicação confirmada por escrito, em caso de extravio, furto, roubo ou falsificação do Cartão e registos no extracto da Conta-Cartão de quaisquer transacções não autorizadas ou quaisquer erros ou irregularidades na sua utilização”.

6. A responsabilidade do Titular pelas operações irregulares derivadas dos factos referidos no nº 1 efectuadas até à comunicação ao Banco, está limitada, à data da primeira operação irregular, ao valor do saldo disponível face ao limite de crédito do conhecimento do Titular, salvo se forem devidas a dolo ou negligência grosseira do Titular, na guarda do Cartão e/ou do respectivo PIN, do dever de comunicação ou indevida e incorrecta utilização”.

São válidas as considerações efectuadas em A), esta cláusula 13ª nº 6 é proibida pelo art- 21º al. f) do DL 446/85, por alterar as regras respeitantes ao risco, porque, o que prevê é a responsabilização do titular do cartão independentemente de culpa deste, em caso de utilização abusiva do mesmo e até à recepção da comunicação. Ora;

- O cartão enquanto instrumento de movimentação da conta é emitido quer no interesse do titular (acesso 24 horas, rapidez, simplificação e possibilidade de realizar outras operações), quer do emitente (redução pessoal, disponibilidade 24 horas, celeridade, simplificação), logo, ambos possuem obrigações, e se o emitente também tem interesse na

emissão e uso do cartão, deve assumir a sua quota-parte de responsabilidade - *ubi cómoda ibi incomoda*.

- É verdade que são impostos deveres de diligência ao titular do cartão, e que o emitente só pode impedir o uso abusivo do cartão após comunicação que lhe deva ser feita pelo titular⁵, porém, o titular do cartão pode não ter qualquer culpa na perda, extravio, furto ou roubo, daí não se afigurar razoável ser sempre ele a suportar o risco, sejam quais forem as situações de facto que aconteçam antes da comunicação. Não obstante o titular cumprir todas as obrigações contratuais pode confrontar-se com uma utilização abusiva do cartão, basta pensar num caso concreto relatado na comunicação social⁶ este verão - A clonagem de cartões de crédito ocorrida em várias localidades, muitos dos possuidores de cartões só dias mais tarde se aperceberam de levantamentos ilícitos na sua conta, pelo que, só nessa data comunicaram ao banco. Assim, tais factos (levantamentos ilícitos e comunicação apenas naquela data), não lhe são imputáveis mas sim à actuação ilícita de terceiros.

- O emitente pode contribuir para possíveis utilizações ilícitas do cartão, importa não esquecer que o titular não escolhe os sistemas de segurança aplicados no cartão, nem controla os meios tecnológicos empregues no sistema, sendo um facto já do conhecimento público que os cartões de débito com banda magnética são facilmente duplicáveis.

D)

Dispõe a cláusula 15^a n° 5 al. f) e g) das condições gerais de utilização do cartão:

“5. O Banco poderá proceder, sem aviso prévio, à suspensão e ao cancelamento de todos os Cartões, exigindo, todavia, a sua devolução e o pagamento dos valores em dívida, nos seguintes situações:

f. no caso do Titular constar na Lista de Utilizadores de Risco do Banco de Portugal.

g. no caso de se registar uma alteração relevante da situação patrimonial do Titular.”

A cláusula 15^a n° 5 al. f) é proibida pelo princípio da boa fé, previsto nos art- 15° e 16° do DL 446/85 e art- 22° n° 1 al. b) do DL 446/85, atenta a confiança suscitada no titular do cartão derivada da existência do contrato de utilização porque, permite ao Banco

⁵ Neste sentido, Guimarães, Maria Raquel, *As Transferências Electrónicas de Fundos e os Cartões de Débito*, Almedina, 1999, pág. 11 e 12. O problema da responsabilidade pela utilização fraudulenta de um cartão por um terceiro deverá ser repartida entre o titular do cartão e o banco emissor com base numa ideia de distribuição equitativa dos prejuízos causados. Esta distribuição da responsabilidade assenta num critério temporal, tomando-se como decisivo o momento em que o titular do cartão cumpre o dever contratual de comunicar ao banco a sua perda ou furto.

⁶ Mais recentemente, vide a notícia do Jornal 24 Horas de 28/1/04, pág. 7 – “500 cartões de crédito falsos. Um brasileiro suspeito de se dedicar em Portugal à falsificação e posterior utilização de cartões Multibanco foi detido pela PJ na posse de 500 falsificações. O modus operandi do criminoso consistia na utilização privilegiada de dados e informação bancária relativa a bancos estrangeiros e que depois era aposta nas bandas magnéticas de cartões brancos”.

Popular, sem qualquer prévio aviso suspender e cancelar o cartão em virtude da mera inclusão do titular na lista de utilizadores de risco do Banco de Portugal:

- O cartão de crédito é um dos meios de pagamento mais utilizados em Portugal (Cfr Sistemas de Pagamento em Portugal, Banco de Portugal, 2006, pág. 13 e 14).

- A suspensão e cancelamento do cartão sem qualquer prévio aviso pode implicar gravíssimos prejuízos para o titular, basta pensar que, caso se encontre longe da sua residência pode ficar impossibilitado de obter ou pagar o alojamento, alimentação e transportes.

- A listagem de utilizadores de risco é uma base de dados gerida pelo Banco de Portugal com informação prestada pelos bancos sobre o conjunto de entidades, pessoas singulares e colectivas, com os quais os bancos tenham rescindido a convenção de cheque por utilização indevida, prevista no art- 3º do DL 454/91 de 28/12.

- A inclusão nessa lista deriva apenas da rescisão da convenção de cheque (art- 3º nº 1 do DL 454/91), isto é, da utilização de outro meio de pagamento,

- Relativamente ao qual o utilizador pode ser um mero co-titular da conta sobre a qual foi emitido o cheque que deu causa à rescisão da convenção de cheque.

- Por outro lado, ainda que tenha ocorrido uma rescisão da convenção de cheque com o outro banco, tal não significa necessariamente que o titular entre em incumprimento no presente contrato.

A cláusula 15ª nº 5 al. g) é proibida pelo princípio da boa fé, previsto nos art- 15º e 16º e pelo art- 22º nº 1 al. b) do DL 446/85, atenta a confiança suscitada no titular do cartão derivada da existência do contrato de utilização porque, permite ao Banco Popular, sem qualquer prévio aviso suspender e cancelar o cartão em virtude de “ *uma alteração relevante da situação patrimonial do Titular.*”

- O cartão de crédito é um dos meios de pagamento mais utilizados em Portugal (Cfr Sistemas de Pagamento em Portugal, Banco de Portugal, 2006, pág. 13 e 14).

- A suspensão e cancelamento do cartão sem qualquer pré-aviso pode implicar gravíssimos prejuízos para o titular, basta pensar que caso se encontre longe da sua residência pode ficar impossibilitado de obter ou pagar o alojamento, alimentação e transportes.

- A expressão utilizada é vaga e abstracta, não precisando qualquer motivo justificativo que conduza a que o banco entenda que a alteração patrimonial é relevante e, conseqüentemente, suspender e cancelar o cartão,

- Tanto mais que, o banco terá conhecimento de motivos concretos que eventualmente possam justificar a denúncia, alterações ou não renovação do contrato já que, o titular está contratualmente obrigado a comunicar ao banco “*quaisquer alterações na sua situação pessoal ou profissional*” (cfr cláusula 17ª do contrato).

Em conclusão:

Em Portugal, o início da década de 90 marcou o começo da instauração de acções inibitórias de proibição de cláusulas contratuais gerais abusivas pelo Ministério Público e associações de consumidores, verificando-se uma significativa mudança no sector bancário e segurador que se está a perder pouco a pouco face à desadequação legal: O bloqueio no uso da providência cautelar de cláusulas contratuais gerais, a isenção de custas na acção inibitória (segundo entendimento de parte da jurisprudência) e a possibilidade (sempre utilizada) de recurso para o STJ, pese embora a acção siga a forma de processo sumário.

Fica a esperança que a revisão das soluções apresentadas no Anteprojecto do Código do Consumidor eliminem os actuais bloqueios e simplifiquem o combate à utilização de cláusulas contratuais abusivas.

Porém, é bom que se diga que o Ministério Público não está isento de responsabilidades nesta situação, por não assumir um papel de iniciativa numa área onde a sua intervenção não depende de terceiros por ser oficiosa.

JOÃO ALVES

Procurador-Adjunto

Docente do Centro de Estudos Judiciários