

1º Juízo Cível do Porto

1ª Secção

R. Gonçalo Cristóvão, 347-3ª e 4ª Pisos-Edif Mafre
4049-059 Porto

Telef: 223403100 Fax: 223403180
correio@porto.jcvl.mj.pt

GRIEC/MJ	
DATA	NÚMERO
23/11/05	3071

32069/03.0TJPRT

Exmo(a). Senhor(a)

5820961

GABINETE DE DIREITO EUROPEU DO MINISTERIO
DA JUSTIÇA
PRAÇA DO COMERCIO

1000 - LISBOA

SDI.
2005/11/23

Processo: 32069/03.0TJPRT	Acção de Processo Sumário	N/Ofício nº: 5820961 Data: 17-11-2005
Autor: Ministério Público - Juízos Cíveis do Porto Réu: Banco Comercial Português, S.A.		f.

Assunto:

Por ordem da Mma. Juiz de Direito, vimos por este meio remeter a V.ª Ex.ª certidão nos termos e para os efeitos do disposto na art.º 34 do DL 446/85, de 25/10, alterado pelo DL 220/95 de 31/10.

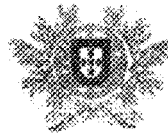
Com os melhores cumprimentos,

O Oficial de Justiça,

Sandra Cruz

Notas:

- Solicita-se que na resposta seja indicada a referência deste documento



1º Juízo Cível do Porto

1ª Secção

R. Gonçalo Cristóvão, 347-3º e 4º Pisos-Edif Mafie
4049-059 Porto

Telef: 223403100 Fax: 223403180
correio@porto.jevl.nj.pt

CERTIDÃO

Sandra Cruz, Escrivão Auxiliar, do Tribunal acima identificado:

CERTIFICA que, neste Tribunal e Juízo correm termos uns autos de Acção de Processo Sumário, com o nº 32069/03.0TJPRT, em que são:

Autor: Ministério Público - Juízos Cíveis do Porto domicílio: Porto
e

Réu: Banco Comercial Português,S.A., domicílio: Rua Julio Dinis, 705-719, Porto

MAIS CERTIFICA que as fotocópias juntas e que fazem parte integrante desta certidão, estão conforme os originais constantes dos autos, pelo que vão autenticadas com o selo branco em uso nesta Secretaria.

CERTIFICA-SE AINDA, que a decisão proferida no Supremo Tribunal de Justiça transitou em julgado em 19-05-2005.

É quanto me cumpre certificar em face do que dos autos consta e aos quais me reporto em caso de dúvida, destinando-se a presente para os efeitos do disposto na art.º 34 do DL 446/85, de 25/10, alterado pelo DL 220/92 de 31/01.

A presente certidão vai por mim assinada e autenticada.

Porto, 16-11-2005
N/Referência: 5816068

O Oficial de Justiça,

Sandra Cruz

Conclusão: 2004.02.02

I. RELATÓRIO

1. *Ministério Público* intentou acção declarativa, sob a forma de processo sumário, contra "*Banco Comercial Português, S.A.*"

Alegou, em síntese, que a Ré no exercício da sua actividade bancária celebra com múltiplos clientes contratos de emissão e de utilização de cartões de débito e de crédito, os quais contêm, nas condições gerais de utilização, cláusulas previamente elaboradas, portanto, insusceptíveis de negociação individual.

Acrescentou que duas das referidas cláusulas, a nº 6, al. o) e a nº 7, al. f), são absolutamente proibidas, na medida em que alteram, respectivamente, os critérios de repartição do ónus da prova e operam uma inversão das regras do risco.

Pede, a final, que se condene a Ré:

- a abster-se de utilizar aquelas cláusulas em todos os contratos que de futuro venha a celebrar com os seus clientes;

- a dar publicidade a essa proibição e a comprová-la nos autos, em prazo a determinar na sentença, sugerindo-se que tal seja efectuado em anúncio a publicar em dois jornais diários, de maior tiragem, editados em Lisboa e no Porto e durante dois dias consecutivos

2. Citada, a demandada contestou.

Invocou que o cartão denominado "D+" não tem as cláusulas contratuais objecto destes autos.

Rejeitou, no restante, a tese do A.

Pugnou pela improcedência da acção e pela absolvição do pedido.

II. Saneamento.

O tribunal é o competente em razão da nacionalidade, da matéria, da hierarquia e do território.

O processo é o próprio.

As partes dotadas de personalidade e de capacidade judiciária são legítimas e têm interesse em agir.

Inexistem nulidades, excepções ou questões prévias que obstem ao prosseguimento da causa.

O processo contém desde já todos os elementos que permitem uma decisão de mérito, pelo que passarei de imediato ao seu conhecimento (artº 510, nº 1, al. b), do C.P.C.).

III. Questão a decidir:

1. Da (in)validade das cláusulas nº 6, al. o) e nº 7, al. f), apostas nos contratos em apreciação.

IV. FACTUALIDADE PROVADA.

Com pertinência para a decisão da questão em apreço resultam adquiridos, por acordo das partes e pelos documentos juntos, os seguintes factos:

1. A Ré é uma sociedade comercial cujo objecto social é o exercício da actividade bancária (cfr. documento junto a fls. 7 a 36, aqui dado por inteiramente reproduzido).

2. No exercício daquela actividade a Ré celebra, em Portugal, com múltiplos clientes seus -titulares de contas de depósito em quaisquer das dependências da mesma- contratos de emissão e de utilização de cartões de débito e de crédito, nomeadamente dos cartões Visa Electron, Europa, Prestige e XS para as redes Banco Comercial Português, Nova Rede, Sotto Mayor, Atlântico e Expresso Atlântico (cfr. documentos juntos a fls. 37 a 49, que aqui se têm por integralmente reproduzidos).

3. Do verso e da 2ª folha daqueles contratos constam diversas cláusulas, sob a epígrafe de "Condições Gerais de Utilização", as quais foram previamente elaboradas pela Ré, sem qualquer negociação individual, e insertas, totalmente preenchidas, nos impressos que são apresentados aos candidatos à obtenção dos cartões. Estes limitam-se a preencher, nos espaços em branco, a isso destinados e constantes do rosto dos impressos, os seus dados pessoais e a assinar o respectivo contrato.

4. Tais contratos destinam-se a utilização futura^{da} pela Ré para contratação com clientes seus que pretendam os referidos cartões.

5. Aqueles contratos têm impresso, nas condições mencionadas:

a) a cláusula nº 6, al. o), sob a epígrafe "utilização", com a seguinte redacção:

"o titular compromete-se a, após a sua adesão ao serviço de pagamento Mbnnet, utilizar esse serviço de pagamento em todas e quaisquer transacções que venha a efectuar em ambientes abertos (internet, WAP, televisão interactiva, etc.) e ao fazê-lo reconhece-se devedor ao Banco dos valores registados electronicamente"

1.º e 2.º JUÍZOS CÍVEIS DO PORTO

b) a cláusula nº 7, al. f), sob a epígrafe extravio, furto ou roubo, com o teor a seguir indicado:

Quanto aos movimentos efectuados antes desta comunicação, salvo actuação com dolo ou negligência grosseira do Titular, o Banco garante

- No caso dos cartões de crédito, o reembolso, à data da primeira operação considerada irregular, do valor que exceda o saldo disponível face ao limite de crédito que seja do conhecimento do titular.

- No caso de cartões de débito, o reembolso do valor que exceda o saldo disponível na conta associada ao cartão, também à data da primeira operação considerada irregular que seja, igualmente, do conhecimento do titular.

Paralelamente, e por apólice de seguro contratada pelo Banco, salvo actuação com dolo ou negligência grosseira do Titular, o Banco garante:

- No caso dos cartões de crédito, o reembolso dos pagamentos que por utilização fraudulenta ou não autorizada do cartão, sejam efectuados por terceiros nas 48 horas imediatamente anteriores à comunicação ao Banco, aplicando-se uma franquia de 500 euros;

- No caso de cartões de débito, o reembolso dos pagamentos que por utilização fraudulenta ou não autorizada do Cartão, aplicando-se uma franquia de 249 euros. Antes do período das 48 horas imediatamente anteriores à comunicação ao Banco, garante o reembolso das transacções que excedam 2.493 euros (itálico e sublinhado meus).

7. Dou aqui por inteiramente reproduzido o documento denominado "pedido de adesão ao cartão D+".

V. Subsunção legal.

1. Da (in)validade das cláusulas nº 6, al. o) e nº 7, al. f), após os contratos em apreciação.

Cumpra, em primeiro lugar, expressar que com a massificação do comércio jurídico, as grandes empresas celebram contratos não precedidos de qualquer fase negociatória, de modo a acelerar as operações necessárias à colocação dos seus produtos.¹

Vale dizer, nas hipóteses de contratação estandardizada, um contraente, no caso a Ré, tem a possibilidade, por força da sua parti-

¹ Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil anotado, vol. I, p. 356 e ss.

posição no quadro de conclusão do contrato de ditar de forma desrazoável os termos do contrato, sem considerar os interesses da contraparte.²

Razão pela qual o regime das cláusulas contratuais gerais visa combater os abusos do poder económico e proteger a parte mais fraca, i é, o aderente.

Passarei, então, à análise da primeira cláusula mencionada.

Arguiu o A. que esta cláusula opera uma modificação às regras relativas à repartição do ónus da prova.

Vejamos.

O princípio orientador das regras do ónus da prova está vertido no artº 342 do C.C.

Dispõe o nº 1 daquela norma que *"àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado."*

Deste modo, a pessoa que invocar determinado direito tem necessariamente de provar os factos que o integram.

Assim, a simples circunstância de um cliente do Banco aderir à utilização do serviço de pagamento Mbnet não significa que da efectiva utilização resulte que o mesmo se reconhece devedor ao Banco dos valores registados electronicamente.

Por esta forma, o Banco estaria dispensado de provar os elementos constitutivos do seu direito, nomeadamente se foi o próprio cliente quem contratou com a Ré, se foi este quem lhe pediu e recebeu o cartão e o respectivo código, se o sistema informático funcionou devidamente.

Aliás, como bem alega o M.P., o registo informático é um mero elemento probatório que não pode afastar o princípio da "livre apreciação do julgador".

Acresce ainda que se invertem as regras do ónus da prova, através da aludida cláusula, na medida em que transfere para o aderente o ó "onus probandi" que a lei atribui à Ré.

Mais se afirme que a citada cláusula é conclusiva, pois apurar se determinada pessoa é devedora de uma quantia registada electronicamente é o objecto da respectiva acção e para se obter ~~aquela~~ resultado é imprescindível que a parte, neste caso o Banco, alegue os elementos constitutivos do seu direito.

Ou seja, o mero registo informático das operações realizadas, susceptível de ser reproduzido em papel, constituiria prova bastante das ordens de transferência e de levantamentos efectuados, dispensando a Ré

² No sentido expendido veja-se Almeno de Sá, Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas. Coimbra, 2001, p. 207 e ss. e artº 1º do DL 446/85.

da prova da correcção das suas operações. O que contaria os princípios legais da repartição do ónus da prova vertidos no artº 342 do C.C.

Então o mero registo informático “constitui uma valoração antecipada de um meio de prova, o que viola o princípio irrenunciável da livre apreciação do julgador. E também, cria de forma implícita uma presunção “iuris tantum”, ao remeter para o particular a iniciativa de prova, que por lei, caberia à Ré”.³

Em síntese com a referida cláusula a Ré construiu unilateralmente a prova documental que a favorece, em caso de conflito de interesses, e em detrimento do aderente.

Face ao enunciado, dúvidas, não restam de que a cláusula em apreço modifica os critérios de repartição do ónus da prova, razão pela se subsume ao preceituado no artº 21, al. g) do DL 446/85, de 25/10, alterado pelo DL 220/95 de 31/01.

Eis o momento de passar à análise da al. f) da cláusula 7ª.

Relativamente a esta cláusula arguiu o A. que a mesma altera o regime legal do risco (artº 796, nº 1 do C.C.) e que é contrária aos ditames da boa-fé, “pois que começa por garantir o reembolso das operações efectuadas antes da comunicação do extravio ..., mas aplica-lhe uma franquia de 500 ou de 249 euros, o que, na prática, se traduz no não reembolso abaixo destes valores”.

A Ré discordando da qualificação jurídica efectuada pelo A. alega que entende “justo e adequado que seja o cliente a assumir o risco de utilizações abusivas antes da participação ao Banco.”

Conhecendo.

Com pertinência para a questão em apreço provou-se que no exercício da sua actividade a Ré tem vindo a celebrar, em Portugal, com múltiplos clientes seus -titulares de contas de depósito em quaisquer das dependências da mesma- contratos de emissão e de utilização de cartões de débito e de crédito, nomeadamente dos cartões Visa Electron, Europa, Prestige e XS para as redes Banco Comercial Português, Nova Rede, Sotto Mayor, Atlântico e Expresso Atlântico.

Daqueles contratos consta a cláusula nº 7ª al. f), sob a epígrafe “extravio, furto ou roubo”, com o teor a seguir indicado:

Quanto aos movimentos efectuados antes desta comunicação, salvo actuação com dolo ou negligência grosseira do Titular, o Banco garante:

³ Ensino que se colhe, no Acórdão do STJ nº SJ199506200869451, de 95.06.20, www.dgsi.pt.

- No caso dos cartões de crédito, o reembolso, à data da primeira operação considerada irregular, do valor que exceda o saldo disponível face ao limite de crédito que seja do conhecimento do titular.

- No caso de cartões de débito, o reembolso do valor que exceda o saldo disponível, na conta associada ao cartão, também à data da primeira operação considerada irregular que seja, igualmente do conhecimento do titular.

Paralelamente, e por apólice de seguro contratada pelo Banco, e salvo actuação com dolo ou negligência grosseira do Titular, o Banco garante.

- No caso dos cartões de crédito, o reembolso dos pagamentos que, por utilização fraudulenta ou não autorizada do cartão, sejam efectuados por terceiros nas 48 horas imediatamente anteriores à comunicação ao Banco, aplicando-se uma franquia de 500 euros;

- No caso de cartões de débito, o reembolso dos pagamentos que, por utilização fraudulenta ou não autorizada do Cartão, aplicando uma franquia de 249 euros. Antes do período das 48 horas imediatamente anteriores à comunicação ao Banco, garante o reembolso das transações que excedam 2.493 euros (itálico e sublinhado meus).

Vejamos.

Para apreciar a questão em apreço cabe, em primeiro lugar, enquadrá-la em termos normativos.

Assim, impõe-se expressar que a competência para a emissão de cartões de crédito e de débito está definida no DL 166/95, de 15 de Julho e no Aviso do Banco de Portugal nº 11/2001, de 20/11.

Regresse-se então à hipótese "Sub judice".

Explicite-se que analisarei a referida al. f), em duas partes, para uma melhor compreensão.

Primeira:

Quanto aos movimentos efectuados antes desta comunicação, salvo actuação com dolo ou negligência grosseira do Titular, o Banco garante:

- No caso dos cartões de crédito, o reembolso, à data da primeira operação considerada irregular, do valor que exceda o saldo disponível face ao limite de crédito que seja do conhecimento do titular.

- No caso de cartões de débito, o reembolso do valor que exceda o saldo disponível, na conta associada ao cartão, também à data da primeira operação considerada irregular que seja, igualmente do conhecimento do titular.

Ora, relativamente a esta parte da cláusula a mesma não opera uma inversão do ónus do risco, pois limita-se a reproduzir o artº 8º, nº 6 do Aviso de Portugal, que disciplina as utilizações presenciais dos cartões⁴.

Segunda:

Paralelamente, e por apólice de seguro contratada pelo Banco, e salvo actuação com dolo ou negligência grosseira do Titular, o Banco garante:

- No caso dos cartões de crédito, o reembolso dos pagamentos que, por utilização fraudulenta ou não autorizada do cartão, sejam efectuados por terceiros nas 48 horas imediatamente anteriores à comunicação ao Banco, aplicando-se uma franquia de 500 euros;

- No caso de cartões de débito, o reembolso dos pagamentos que, por utilização fraudulenta ou não autorizada do Cartão, aplicando-se uma franquia de 249 euros. Antes do período das 48 horas imediatamente anteriores à comunicação ao Banco, garante o reembolso das transações que excedam 2.493 euros (itálico e sublinhado meus).

Nesta parte afigura-se existir uma inversão das regras do risco.

A Ré pretende, a nosso ver, aplicar este clausulado no domínio da contratação à distância.

A este propósito refira-se que o DL 143/2001, de 26/04, o qual tem por objecto, entre outros, contratos celebrados à distância determina no seu artº 10º, sob a epígrafe "pagamento por cartão de crédito ou de débito" que:

"o preço dos bens ou serviços objecto de contratos à distância por ser pago através da utilização de qualquer meio de pagamento idóneo incluindo cartão de crédito ou de débito (nº 1).

Sempre que haja utilização fraudulenta de um cartão de crédito de débito por outrem, o consumidor pode solicitar a anulação do pagamento efectuado e a consequente restituição dos montantes debitados para pagamento (nº 2) - itálico e sublinhado meus.

Como ensina Gravato Morais, "o artº 10º surge, por sua vez, com uma regra especial em relação ao regime geral (o Aviso 11-2001), visto e consagra uma disciplina diversa que tutela um círculo restrito de pessoas (os consumidores)"⁵.

Assim, em sede de utilização, fraudulenta de cartões de crédito e de débito, em operações realizadas à distância, o consumidor tem o direito

⁴ No sentido expandido veja-se, Gravato Morais, A Utilização Fraudulenta de Cartões de Crédito Na Contratação à Distância. Estudos em Comemoração do 10º Aniversário da Licenciatura em Direito, Coimbra, Almedina, 2001, 39 ss.

⁵ Último A. e obra cit. ... p. 40 ss.

anulação do pagamento e de reembolso dos montantes debitados para pagamento, não sendo consagrada no preceito qualquer franquia⁶.

Por esta forma, conclui-se que nas vendas à distância, o consumidor em caso de utilização fraudulenta dos mencionados cartões tem o direito a pedir a anulação do pagamento, de onde se retira que o risco da utilização fraudulenta corre por conta do Banco.

Razão pela qual, a Ré não pode limitar aquele direito com a estipulação de uma franquia.

Desta sorte, pelo que ficou enunciado a supra referida segunda parte da cláusula 7ª, al. f), aposta nos contratos objecto deste autos altera as regras legais do risco, na medida em que transfere tal risco para o aderente do cartão, pelo que é absolutamente proibida.

Por último refira-se que o cartão, sobredito em IV 7, "D+" tem um clausulado distinto do dos restantes contratos objecto destes autos, pelo que nesta parte improcede a tese do A.

IV. Decisão.

Por tudo o exposto julgo procedente por provada a presente acção e nesta conformidade:

1. declaro nulas:

a) a cláusula nº 6, al. o), sob a epígrafe utilização, com a seguinte redacção:

" o titular compromete-se a, após a sua adesão ao serviço de pagamento Mbnet, utilizar esse serviço de pagamento em todas e quaisquer transacções que venha a efectuar em ambientes abertos (internet, WAP, televisão interactiva, etc.) e ao fazê-lo reconhece-se devedor ao Banco dos valores registados electronicamente "

b) a cláusula nº 7, al. f), sob a epígrafe "extravio, furto ou roubo", na parte e com o teor a seguir indicados:

Paralelamente, e por apólice de seguro contratada pelo Banco, e salvo actuação com dolo ou negligencia grosseira do Titular, o Banco garante:

- No caso dos cartões de crédito, o reembolso dos pagamentos que, por utilização fraudulenta ou não autorizada do cartão, sejam efectuados por terceiros nas 48 horas imediatamente anteriores à comunicação ao Banco, aplicando-se uma franquia de 500 euros;

⁶ Último A. e obra cit., p. 45.

- No caso de cartões de débito, o reembolso dos pagamentos que, por utilização fraudulenta ou não autorizada do Cartão, aplicando uma franquia de 249 euros. Antes do período das 48 horas imediatamente anteriores à comunicação ao Banco, garante o reembolso das transações que excedam 2.493 euros (itálico e sublinhado meus).

Cláusulas apostas nas condições gerais de utilização, dos contratos de emissão e de utilização de cartões de débito e de crédito, nos cartões "Visa Electron", "Europa", "Prestige" e "XS" (artº 30, nº 1 do DL 446/85, de 25/10, alterado pelo DL 220/95 de 31/01).

2. Em conformidade condeno a Ré:

1. a abster-se de utilizar tais cláusulas em todos os contratos que, de futuro, venha a celebrar com os seus clientes;
2. a dar publicidade à referida proibição, em anúncio a publicar em dois dos jornais diários de maior tiragem, editados no Porto e em Lisboa, durante dois dias consecutivos, e a comprovar nos autos essa publicidade, no prazo de 10 dias.

3. No mais absolvo a Ré do pedido.

Custas: por ambas as partes na medida do decaimento que fixo em 20/100 para o A. e em 80/100 para a Ré, sem prejuízo da isenção do M.P. (artº 446 do C.P.C e artº 2, nº 1, al. a) do CCJ).

Registe e notifique.

Após trânsito em julgado comunique ao Gabinete de Direito Europeu do Ministério da Justiça, nos termos e para os efeitos do disposto no artº 34 do DL 446/85, de 25/10, alterado pelo DL 220/95 de 31/01.

Porto, d.s.

PALACIO DA JUSTICA - CAMPO MARTIRES DA PATRIA - 4009-012 PORTO - TELEF. 222 508 531 - FAX 212 595 715
E-MAIL: cartorio.porto@ajp.jf

Acordam no Tribunal da Relação do Porto:

O MINISTÉRIO PÚBLICO, ao abrigo do disposto no art. 26º, nº 1, al. c) do dec-lei 446/85, de 25 de Outubro, na redacção dada pelo dec-lei 220/95, de 31 de Agosto, intentou acção inibitória.

contra

BANCO COMERCIAL PORTUGUÊS, S.A. com sede na Rua Júlio Dinis,
705/719, Porto.

a- abster-se de utilizar as cláusulas contratuais gerais, que identifica, em todos os contratos que, de futuro, venha a celebrar com os seus clientes, especificando-se na sentença o âmbito de tal proibição;

b- dar publicidade a esta proibição, comprovando-a nos autos, em prazo a determinar, sugerindo-se que tal se faça mediante anúncio a publicar em em dois dos jornais diários de maior tiragem editados em Lisboa e Porto;

Estriba esta sua pretensão, essencialmente, no facto de a al. e) da cla. 6.ª e a al. f) da cla. 7.ª das cláusulas gerais de utilização dos cartões de crédito e débito pelos clientes do banco réu conterem dispositivos violadores do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais constantes do dec-lei 446/85, concretamente por alterar os critérios de reparação do ónus da prova, a primeira, e por inverter as regras do regime legal do risco, a segunda.

Relator: Alberto Sobrinho (relator)

Des. Mario Cruz (visto n.º 1)

Decisão recorrida: Sentença proferida em 04/02/02, no 1º Juízo Cível da Comarca de Porto, na ação com processo sumário nº 32046/03-0TJPRT

Tribunal da Relação do Porto

PALÁCIO DA JUSTIÇA - CAMPO MÁRTIRES DA PÁTRIA - 4099-012 PORTO - TELEF. 222 006 531 - FAX 222 000 715

Email: correio@porto.tr.mj.pt

Contestou o réu para, em síntese, alegar que o cartão "D+" não permite realizar qualquer operação que importe a concessão de crédito pelo emitente, pelo que, nesta parte, a acção é inviável.

E que as cláusulas aludidas não implicam quer a violação da repartição do ónus da prova, quer a alteração do regime legal do risco.

Termina pedindo a improcedência da acção.

Após proferido o despacho saneador, o Mm^o Juiz, entendendo que o processo permitia de imediato conhecer da questão de fundo, apreciou os pedidos formulados e julgou a acção parcialmente procedente, declarando integralmente nula a al. o) da cláusula 6^a e parcialmente nula a al. f) da cláusula 7^a e improcedente quanto ao cartão "D+".

Inconformado com o assim decidido, recorreu o banco réu, pugnando pela revogação da sentença e insistindo na validade das aludidas cláusulas.

Contra-alegou o M.P., defendendo a improcedência do recurso.

Colhidos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

II. Âmbito dos recursos

A- De acordo com as conclusões, a rematar as respectivas alegações, o inconformismo do recorrente radica no seguinte:

1- Os pagamentos efectuados através do sistema Mbnet pressupõe que o titular do cartão adira a esse sistema de pagamentos, fornecendo não só os elementos exteriores de identificação do cartão, mas também os demais elementos identificadores que lhe foram transmitidos sigilosamente pelo emitente:

2- Só depois de gerada a identidade do titular do cartão para exclusiva e única identificação dentro do sistema Mbnet é que, o mesmo titular do cartão, poderá efectuar pagamentos dentro desse sistema, ou seja, junto das entidades fornecedoras/comercializadoras de produtos que o integram, ou obter os cartões virtuais, temporários e de valor pré-definido pelo titular do cartão, para pagamentos em ambientes abertos:

3- É, pacífico que a realização de pagamentos através do sistema Mbnet pressupõe, por um lado o conhecimento por o aderente ao sistema de todos os elementos de identificação do cartão (mesmo os sigilosos) e, por outro a configuração do tipo e volume

Tribunal da Relação do Porto

PALACIO DA JUSTIÇA - CAMPO MARTIRES DA PATRIA - 4099-012 PORTO - TELEF. 222 008 531 - FAX 222 006 716
Email: correio@porto.tcm.pt

da transacção pretendida efectuar, o que importa que esse aderente do sistema Mbnet não seja um consumidor incauto e desconhecedor dos riscos de utilização dos cartões de crédito em ambientes abertos e das tecnologias informáticas inerentes a tais pagamentos.

4- Dada a especial forma, indirecta, de utilização do cartão de débito ou crédito, só o registo informático da operações efectuadas no sistema Mbnet e posteriormente levadas à conta cartão (a débito ou a crédito) permite espelhar e demonstrar a regularidade e exactidão das ordens de débito e créditos concedidos pelo emitente do cartão;

5- A cláusula 6ª alínea O dos contratos em apreço não impede o titular do cartão de alegar ou não reconhecer que um determinado valor ou transacção registada não foi por si ou com a sua autorização efectuada pois, na hipótese diversa não se limitaria ao emitente a faculdade de recusar "... o repúdio de quaisquer transacções efectuadas em ambientes abertos... com uso do serviço de pagamentos Mbnet, relativamente às quais o Titular alegue não terem as mesmas sido por si efectuadas" quando ocorra negligência grosseira ou dolo. -- cfr cláusula 6ª alínea g);

6- Não viola assim tal cláusula qualquer regra relativa à repartição do ónus da prova, e como tal, não é nula à luz do disposto o artº 21º do DL 446/85 de 25/8;

7- A nulidade descortinada na douta sentença sob recurso quanto à cláusula 7ª alínea f) dos contratos em apreço apenas encontra fundamento numa pretensão de aplicação pelo Recorrente da última parte dessa cláusula no "domínio da contratação à distância", conclusão que a Mtm Juz. a Quo atingiu sem revelar como e porquê, já que o recorrente jamais sustentou nos autos que esse clausulado visava regular ou se aplicava, exclusivamente ou não, nas hipóteses de contratação à distância, e, alias, tal pretensão de utilização também não foi sequer alegada pelo Autor da acção e ora recorrido;

8- Pelo contrário, o que se extrai dos clausulados dos cartões e contratos em apreço é que a previsão neles efectuada para as hipóteses de contratação à distância é a que se refere aos pagamentos efectuados em ambientes abertos -- internet, wap, televisão interactiva, etc -, que comportam em si a possibilidade de celebração de negócios e a realização de pagamentos à distância, e que tendem a motivar o titular do cartão a efectuá-los através do sistema Mbnet já acima falado que garante um elevado grau de segurança e, principalmente, retira desses ambientes e da curiosidade de terceiros os elementos de identificação do cartão;

9- Da parte da cláusula agora em apreço não se vislumbra, quer na letra quer no espírito qualquer pretensão de aplicação aos pagamentos efectuados, por via de utilização fraudulenta do cartão, em contratos celebrados à distância;

10- O direito de anulação dos pagamentos pelo titular do cartão previsto no artº 10º do DL 143/2001 sempre que haja utilização fraudulenta do cartão de débito ou crédito por outrem, pressupõe a verificação, cumulativa de dois requisitos:

Tribunal da Relação do Porto

PALACIO DA JUSTICA - CAMPO MARTIRES DA PATRIA - 4099-012 PORTO - TELEF. 222 094 11* - FAX 222 111 713
Email: correio@porto.tri.jf.pt

- a- Primeiro que a utilização fraudulenta tenha ocorrido no âmbito de uma contratação à distância, pois que o referido diploma legal e as suas previsões restringem-se a essa forma de celebrar contratos e, no que aos autos importa, efectuar pagamento e que o pagamento tenha sido efectuado, isto é, ordenado ao Banco emissor do cartão, no âmbito de um contrato celebrado à distância que, por seu turno, importa a celebração de um contrato entre ausentes;
- b- Segundo, que o titular do cartão fraudulentamente utilizado à distância numa contratação à distância seja um consumidor, isto é, uma pessoa singular que actue com fins que não pertençam ao âmbito da sua actividade profissional.

11- Isto posto, basta configurar todas as situações em que o titular do cartão ou não o utiliza como consumidor mas sim no exercício da sua profissão ou logo desde início o cartão é emitido para uma utilização profissional, ou todas aquelas em que a utilização fraudulenta não ocorra dentro do âmbito de uma contratação à distância e duma utilização não presencial do cartão, para se alcançar a conclusão que, pelo menos nestas hipóteses, a parte final da alínea f) da cláusula T não é nula nem violadora das disposições contidas no DL 143/2001.

12- Tanto mais porque, o direito de anulação contido no art. 12º pressupõe a prova pelo seu suposto titular dos factos constitutivos desse mesmo direito, acima alegados, de acordo com a disposição do art. 342º do C.C.;

13- Por outro lado, em si mesma e objectivamente considerada a parte final da alínea f) da cláusula 7ª dos contratos em apreço não altera nem inverte as regras legais do risco;

14- Tendo o titular do cartão incumprido as suas obrigações de guardar, cuidar e conservação, quer do cartão que lhe está confiado, quer da manutenção do carácter secreto e sigiloso do código do cartão, não pode ser imputado ao Banco emissor o risco da utilização indevida desse cartão, pelo menos até ao momento em que, após a comunicação do furto, extravio ou utilização fraudulenta, é possível ao emissor impedir a continuação dessa utilização abusiva, pois que, o titular do cartão tem a obrigação de adoptar todas as medidas adequadas a garantir a segurança do cartão de modo a não permitir a sua utilização por terceiro, e a notificar o Banco da perda, furto ou falsificação do cartão logo que de tais factos tome conhecimento;

15- E, só ele, titular do cartão, pode assegurar que, antes da comunicação da perda, furto ou falsificação, o cartão não seja abusivamente utilizado por terceiros, nada o Banco podendo fazer para evitar tal utilização abusiva até que lhe seja participada alguma daquelas ocorrências;

16- Razões pelas quais, mostra-se justo e adequado que seja o cliente a assumir o risco de utilizações abusivas antes da participação ao Banco, assim se efectuando uma repartição equitativa do risco;

Tribunal da Relação do Porto

PALÁCIO DA JUSTIÇA - CAMPO MÁRTIRES DA PÁTRIA - 4099-012 PORTO - TELEF. 222 006 591 - FAX 222 000 744
Email: comarca.porto@trm.jf.pt

17- Apesar disso, nos termos dos números 6) e 7) do ponto 7º do Aviso nº 1 do Banco de Portugal, é estatuído e recomendado o estabelecimento de responsabilidade a assumir pelo titular do cartão em resultado de utilizações do devedas a furto, roubo, perda ou falsificação, verificadas antes da notificação ao em pelo que o R., nos seus modelos de condições gerais, estabeleceu a cláusula ora em e que respeita aqueles limites, e, como se alegou supra o repisa, excede-os na pe cláusula surpreendentemente julgada nula, pois o R. contrata uma apólice de segurante ao cliente a minimização do risco assumido.

18- A parte da cláusula julgada nula apenas minimiza o risco que é atribuído titular do cartão na primeira parte dessa cláusula, aumentando através do contratado, pelo que a repartição do risco mais gravosa para o titular do cartão é a efectua na primeira parte dessa alínea e foi julgada válida;

19- E, face ao exposto, perfeitamente válida a cláusula em apreço;

20- A decisão proferida e sob recurso violou as normas contidas nos artºs 2º CC, 21º do DL 446/85 e 10º do DL 143/2001.

B- Face à posição do recorrente vertida nas conclusões das alegações, delimitado âmbito do recurso, são duas as questões colocadas e que se prendem com a validade das cláusulas 6º, al. o) e 7º, al. f) das cláusulas gerais de utilização dos cartões.

III. Fundamentação

A- Os factos

Foram considerados para prolação da sentença na 1ª instância os seguintes que se têm como assentes:

1- A Ré é uma sociedade comercial cujo objecto social é o exercício da act bancária;

2- No exercício daquela actividade a Ré celebra, em Portugal, com m clientes seus –titulares de contas de depósito em quaisquer das dependências da i contratos de emissão e de utilização de cartões de débito e de crédito, nomeadamente cartões Visa Electron, Europa, Prestige e XS para as rdcs Banco Comercial Por Nova Rede, Sotto Mayor, Atlântico e Expresso Atlântico;

3- Do verso e da 2ª folha daqueles contratos constam diversas cláusulas epigrafe de "Condições Gerais de Utilização", as quais foram previamente clari

Tribunal da Relação do Porto

PALÁCIO DA JUSTIÇA - CAMPO MARTIRÉS DA PÁTRIA - 4086-010 PORTO - TELEF. 222 006 531 - FAX 222 005 715
Email: correio@porto.tlmj.pt

6

pela Ré, sem qualquer negociação individual, e inseridas, totalmente preenchidas, nos impressos que são apresentados aos candidatos à obtenção dos cartões. Estes limitam-se a preencher, nos espaços em branco, a isso destinados e constantes do rosto dos impressos, os seus dados pessoais e a assinar o respectivo contrato:

4- Tais contratos destinam-se a utilização futura pela Ré para contratação com clientes seus que pretendam os referidos cartões:

5- Aqueles contratos têm impresso, nas condições mencionadas:

a- a cláusula nº 6, al. o), sob a epígrafe "utilização", com a seguinte redacção:

"O titular compromete-se a, após a sua adesão ao serviço de pagamento Mbnnet, utilizar esse serviço de pagamento em todas e quaisquer transacções que venha a efectuar em ambientes abertos WAP, televisão interactiva, etc.) e ao fazê-lo reconhece-se devedor ao Banco dos valores registados electronicamente";

b- a cláusula nº 7, al. fi, sob o epígrafe extravio, furto ou roubo, com o teor a seguir indicado:

"Quanto aos movimentos efectuados antes desta comunicação, salvo actuação com dolo ou negligência grosseira do Titular, o Banco garante:

- No caso dos cartões de crédito, o reembolso, à data da primeira operação considerada irregular, do valor que exceda o saldo disponível face ao limite de crédito que seja do conhecimento do titular.

- No caso de cartões de débito, o reembolso do valor que exceda o saldo disponível, na conta associada ao cartão, também à data da primeira operação considerada irregular que seja, igualmente do conhecimento do titular.

Paralelamente, e por apólice de seguro contratada pelo Banco, e salvo actuação com dolo ou negligência grosseira do Titular, o Banco garante:

- No caso dos cartões de crédito, o reembolso dos pagamentos que, por utilização fraudulenta ou não autorizada do cartão, sejam efectuados por terceiros nas 48 horas imediatamente anteriores à comunicação ao Banco, aplicando-se uma franquia de 500 euros;

- No caso de cartões de débito, o reembolso dos pagamentos que, por utilização fraudulenta ou não autorizada do Cartão, aplicando uma franquia de 249 euros. Antes do período das 48 horas imediatamente anteriores à comunicação ao Banco, garante o reembolso das transacções que excedam 2.493 euros.

B- O direito

Tradicionalmente, a celebração de um contrato era precedida de uma discussão entre os pactuantes e subsequente acordo sobre os termos de cada uma das suas cláusulas.

Mas com a criação e fortalecimento de grupos com grande poder económico, a oferta massificada de produtos foi-se diversificando e alargando e começaram a surgir no comércio jurídico os contratos já elaborados por um só dos contraentes, sem possibilidade de discussão do seu conteúdo.

Tribunal da Relação do Porto

PALACIO DA JUSTICA - CAMPO MARTIRES DA PATRIA - 4099-012 PORTO - TELEF. 222 808 553 - FAX 222 808 716
Email: correio@porto.tr.mj.pt

Ao outro contraente está, na prática, vedada a possibilidade de discutir os termos do contrato, restando-lhe aceitar o clausulado que lhe é apresentado já elaborado de modo definitivo.

E as empresas, principalmente as que operam em determinados ramos de actividade económica ou que prestam determinados serviços, adoptam um modelo contratual tipo que utilizam com os seus clientes, que a eles têm de aderir sem possibilidade de discutir os seus termos contratuais.

Um dos sectores onde ultimamente se assistiu a um enorme desenvolvimento tecnológico foi precisamente em matéria de transferência de fundos. Assiste-se a uma contínua progressão da utilização de cartões de crédito e débito, com o consequente aumento das transferências de fundos realizada por estes meios electrónicos.

A generalização do uso de cláusulas contratuais gerais impostas por um dos contraentes aos clientes que com ele contratam e o crescimento contínuo deste proceder, aliada a uma cada vez maior actuação global de empresas no fornecimento de bens e serviços, determinou a intervenção de algumas organizações internacionais, designadamente da Comunidade Europeia, apelando à adopção de medidas de condenação das cláusulas consideradas abusivas.

E na sequência deste apelo que surge o nosso dec-lei 446/85, de 25 de Outubro, visando combater os abusos do poder económico e de defesa do consumidor e a preservação da autonomia privada².

E é por isso que sanciona com o vício da nulidade aquelas cláusulas contratuais gerais vertidas em contratos-tipo de adesão violadoras daqueles concretos princípios legais que invertam ou alterem as regras de repartição do ónus da prova ou de distribuição do risco, situação precisamente invocada na presente acção.

Como se escreveu no Ac do STJ de 23-11-99³, *daí que sejam nulas as cláusulas contratuais gerais insertas em contrato-tipo de adesão que violem normas imperativas de ordem pública, designadamente, as que invertam ou alterem a distribuição do risco e as regras de repartição do ónus da prova, ou que tenham como efeito a exclusão da responsabilidade de um dos contraentes se se verificarem determinados requisitos.*

Na ausência de legislação específica sobre a forma de utilização de cartões e de pagamento electrónico, será de acordo com as cláusulas do contrato de adesão prefixadas pelos bancos a que os clientes, candidatos à obtenção de um cartão, se limitam a aderir, que esta matéria será resolvida. Não sendo as cláusulas do contrato discutidas nem negociadas pelos clientes, que se limitam a aderir ao contrato de adesão, estas cláusulas gerais estão, por isso, sujeitas ao regime preconizado pelo citado dec-lei 446/85.

A atribuição e utilização dos cartões de débito integram-se num contrato de abertura de conta. Já os cartões de crédito, por sua vez, não estão associados à existência de fundos depositados no banco, são essencialmente cartões de pagamento diferido. De qualquer modo, os serviços anteriormente prestados pelo banco, através dos seus funcionários, passaram agora a ser prestados por meio de sistemas informáticos. Munido do cartão e da sua chave (PIN), o cliente tem acesso ao sistema informático e aos serviços por ele

² cfr. sobre a questão exposta Antunes Varella in Das Obrigações em Geral, I, pág. 251 e segs.

³ in C. J., XI, 3^a, 1006ac, STJ.

Tribunal da Relação do Porto

PALÁCIO DA JUSTIÇA - CAMPO MÁRTIRES DA PÁTRIA - 4099-012 PORTO - TEL/FAX 222 094 837 - FAX 222 094 771
Email: crtribrel@tribrel.pt

disponibilizados e, conseqüentemente, a poder dispor do dinheiro depositado a todo o momento ou de proceder a pagamentos automáticos sem intervenção do banco.

Expostos estes breves princípios, apreciemos agora as cláusulas em discussão face ao mencionado dec-lei 446/85.

1. cláusula 6ª, al. o)

Dispõe-se na al. o) desta cláusula que *o titular compromete-se, após a sua adesão ao serviço de pagamentos MBNet, utilizar esse serviço de pagamentos em todas e quaisquer transacções que venha a efectuar em ambientes abertos (Internet, WAP, televisão interactiva, etc.) e, ao fazê-lo reconhece-se devedor ao Banco dos valores registados electronicamente.*

Entendeu-se na sentença recorrida que este segmento da cla. de reconhecimento da dívida modifica os critérios de repartição do ónus da prova e, como tal, está ferida de nulidade por força do estatuido na al. g) do art. 21º do dec-lei 446/85.

Segundo este normativo legal, as cláusulas contratuais gerais que *modifiquem os critérios de repartição do ónus da prova ou restrinjam a utilização de meios probatórios legalmente admitidos* são absolutamente proibidas e, em consequência, nulas (art. 12º).

Com esta cláusula o banco criou, nas transacções efectuadas em ambiente aberto, uma presunção de dívida relativamente aos valores registados electronicamente.

De acordo com esta presunção imposta ao titular do cartão, decorre que, mesmo no caso da dívida real ser inferior à constante dos registos electrónicos, se não conseguir fazer essa prova se tem como assente que deve as quantias assinaladas electronicamente.

Está-se a dar como assente que o registo informático faz prova bastante e suficiente da dívida, fazendo recair sobre o utente o dever de neutralizar essa prova.

Sem esta presunção de dívida, incumbia ao banco credor alegar e demonstrar o montante efectivo do seu crédito, em conformidade com o estatuido no nº 1 do art. 342º C.Civil, já que de facto constitutivo do seu direito se trata.

Por outro lado, o documento onde são registados os movimentos bancários é um documento particular, cuja força é livremente apreciada pelo tribunal – art. 366º C.Civil.

Acresce que as especificidades destas operações e o facto de serem realizadas *mediante a utilização de meios informáticos instalados pela instituição bancária emissora do cartão, meios esses que esta instituição controla e programa*, nas palavras de Raquel Guimarães², não possibilitam qualquer interferência do titular do cartão nessa mesma operação.

Por tudo isso, justifica-se a produção de provas nos termos gerais legalmente preconizados.

E não será o facto deste sistema ser relativamente seguro (nunca o será de forma absoluta) que justifica a alteração da repartição do ónus da prova.

A mencionada cláusula ao estabelecer uma presunção de dívida do titular do cartão nos termos apontados e ao conceder um valor absoluto ao registo electrónico, está a alterar

² in As Transferências Electrónicas de Fundos e os Cartões de Débito, pág. 126

Tribunal da Relação do Porto

PALÁCIO DA JUSTIÇA - CAMPO MÁRTIRES DA PÁTRIA - 4089-012 PORTO - TELEF. 222 008 531 - FAX 222 009 713
Email: correu@porto.trjup.pt

os critérios de repartição do ónus da prova e a subtrair ao juiz a livre apreciação de um documento particular, o que a torna absolutamente proibida.

2- cláusula 7ª, al. f)

No segmento da al. f) da cláusula 7ª que foi declarada nula, dispõe-se expressamente:

Paralelamente, e por apólice de seguro contratada pelo Banco, e salvo actuação com dolo ou negligência grosseira do Titular, o Banco garante:

- *No caso dos cartões de crédito, o reembolso dos pagamentos que, por utilização fraudulenta ou não autorizada do cartão, sejam efectuados por terceiros nas 48 horas imediatamente anteriores à comunicação ao Banco, aplicando-se uma franquia de 500 euros;*
- *No caso de cartões de débito, o reembolso dos pagamentos que, por utilização fraudulenta ou não autorizada do Cartão, aplicando-se uma franquia de 249 euros. Antes do período das 48 horas imediatamente anteriores a comunicação ao Banco, garante o reembolso das transacções que excedam 2.493 euros.*

Na sentença recorrida considerou-se que esta parte da cláusula do al. f) é absolutamente proibida por alterar as regras legais do risco, transferindo-o para o aderente do cartão.

Prescreve a al. f) do art. 21º do dec-lei 446/85 que são absolutamente proibidas as cláusulas contratuais gerais que alterem as regras respeitantes à distribuição do risco, o que acarreta a sua nulidade - art. 12º do mesmo diploma.

Com esta determinação legal pretende-se, no caso de ocorrer alguma anormalidade no desenrolar do contrato, nomeadamente a verificação de danos, que as consequências nefastas daí decorrentes sejam distribuídas equitativamente por ambas as partes.

Impõe-se, portanto verificar se naquela cláusula estão acauteladas as regras de repartição do risco ou se o consumidor está excessiva ou desajustadamente onerado.

Ao portador do cartão incumbe a sua guarda e, se por qualquer motivo ele se extravia, tem a obrigação de comunicar ao banco emissor para que este tome as adequadas providências, designadamente impedir o seu uso abusivo por parte de terceiros.

Se se afigura justo e equitativo que o banco emissor do cartão seja responsável pelos movimentos efectuados após a comunicação do seu extravio, na medida em que dispõe de meios para evitar o seu uso, também se justifica a responsabilização do titular pelos danos ou parte dos danos decorrentes desse uso indevido no período anterior a essa comunicação, por ser uma exigência do dever de diligência que sobre ele impende.

Aquele segmento da al. f) da cláusula 7ª não exonera o banco emissor do cartão da responsabilidade pelos movimentos efectuados antes da comunicação do seu extravio, apenas impôs um limite para a sua responsabilidade actuar: nos cartões de crédito, uma franquia de 500 €; nos cartões de débito, uma franquia de 249 €; e garante o reembolso das transacções de valor superior a 2.493 €.

Este clausulado não fere o equilíbrio contratual, estabelecendo uma distribuição do risco que se não configura desproporcionada, antes se apresentando como equitativa e, por

Tribunal da Relação do Porto

PALÁCIO DA JUSTIÇA - CAMPO MARTIRES DA PÁTRIA - 4000-012 PORTO - TELÉF. 222 005 531 - FAX 222 000 144
Email: correio@portomun.jf

10

outro lado, respeita as orientações emanadas do Banco de Portugal através do Aviso nº 11/2001.

E a distribuição do risco clausulada não conflitua com os princípios que emanam do nº 1 do art. 796º C.Civil, ao determinar que o risco corre por conta do dono da coisa, ou transposto este princípio para o depósito bancário, depositado o dinheiro a sua propriedade transfere-se para o depositário e o risco pelo seu desaparecimento corre por conta do banco.

Isto por que, ao lado do contrato de depósito, há um contrato de emissão e utilização do cartão, verdadeiro contrato autónomo⁵.

Se o banco é dono do dinheiro depositado, também é verdade que o titular do cartão passa a poder dispor do dinheiro a todo o momento, como se estivesse directamente na sua disponibilidade, sem intervenção do banco.

Como se refere no ac. S.T.J., de 00/10/12⁶, *não se trata já do risco normal, a cargo do banco, relativamente ao desaparecimento do dinheiro directamente dos cofres daquele, v.g. por assalto à dependência bancária.*

O risco não tem, pois, que ser suportado apenas pelo banco, assim com o não tem de ser unicamente pelo titular do cartão. Se alguém tira proveito de uma coisa, sob tutela jurídica, justifica-se, por equitativo, que suporte os prejuízos que a sua utilização acarreta.

As vantagens do contrato, que são mútuas, e o princípio da boa fé, que deve nortear a actuação dos contraentes, justifica a distribuição do risco nos termos em que se encontra exarado nesta cláusula.

Dai que esta cláusula não enferme do vício que lhe é apontado.

Diga-se, finalmente, e como bem observa o recorrente, que este clausulado não visa regular especificamente as situações de contratação à distância. Nem a questão foi colocada nestes termos na petição, nem da redacção da cláusula ou do seu espírito resulta que ela apenas seria de aplicação a tais hipóteses. Por isso, afigura-se deslocada a invocação do regime preconizado pelo dec-lei 143/01, de 26 de Abril.

IV. Decisão

Perante o que exposto fica, acorda-se em julgar parcialmente procedente a apelação e, consequentemente:

- a- revogar a sentença recorrida na parte em que declarou nula o segmento da al. f) da cláusula 7ª das cláusulas gerais de utilização de cartões, absolvendo o seu desse pedido;
- b- confirmar, quanto ao mais, a mesma sentença.

Sem custas -art. 29º, nº 1 do dec-lei 446/85, de 25 de Outubro

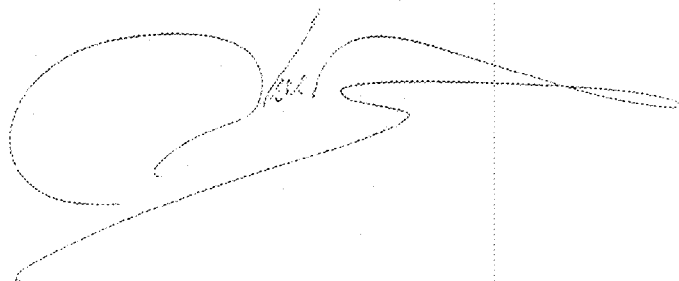
⁵ cfr., neste sentido, Raquel Guimarães, ob. cit., pág. 107 e já citado ac. S.T.J., de 9º 11/23
⁶ in C.J., VIII-3º, 67

Tribunal da Relação do Porto

PALÁCIO DA JUSTIÇA - CAMPO MARTIRES DA PATRIA - 4099-012 PORTO - TELER. 222 00 551 - FAX 222 000 110
E-mail: concilio@porto.trj.pt

Porto, 28 de Setembro de 2004

Para o juiz presidente
João Aguiar

A large, stylized handwritten signature, likely of the President of the Tribunal da Relação do Porto, written in dark ink.



Tribunal da Relação do Porto

Cm. Manires da Pátria - 4049-012

Tel. 222008551-222084433

Fax. 222000715

Internet: correio@porto.tr.mj.pt

- ACTA DE SESSÃO E JULGAMENTO -

Aos 28 de Setembro de 2004, nesta cidade de Porto e sala de Sessões do Tribunal da Relação de Porto, em sessão presidida pelo Excelentíssimo Senhor Juiz Desembargador Albino de Lemos Jorge, comigo Aldina Rocha, oficial de Justiça, aqui foram apresentados, a fim de se proceder à respectiva conferência, os autos de Apelação (2ª Espécie), nº 4106/04-2, em que são partes:

Recorrente(s): BANCO COMERCIAL PORTUGUÊS, SA

Recorrido(s): MINISTÉRIO PÚBLICO

Depois da conferência, pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Relator Dr. Alberto Sobrinho me foram entregues os autos com o antecedente Acórdão por ele assinado e pelos Excelentíssimos Senhores Juizes Desembargadores Adjuntos Drs. Durval Moraes, Mário Cruz.

Para constar se lavrou a presente acta que vai ser assinada pelo Excelentíssimo Presidente da Conferência e por mim, oficial de Justiça.

Dr. Jeanrofy



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2.
12
Camilo

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:¹

I — Nos Juízos Cíveis da Comarca do Porto, o Ministério Público, em acção com processo sumário, intentada contra o Banco Comercial Português, S. A., pediu que, com a procedência da acção:

1. Seja a Ré condenada a abster-se de utilizar as cláusulas contratuais gerais referidas na petição inicial em todos os contratos que, de futuro, venha a celebrar com os seus clientes, especificando-se na sentença o âmbito de tal proibição (artigo 30º, nº 1, do Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro);

2. Seja a Ré condenada a dar publicidade à referida proibição e a comprovar nos autos essa publicidade, em prazo a determinar na sentença respectiva, sugerindo-se que tal seja efectuado em anúncio a publicar em dois dos jornais diários de maior tiragem editados em Lisboa e Porto, durante dois dias consecutivos (artigo 30º, nº 2, do diploma já citado);

3. Se dê cumprimento ao disposto no artigo 34º do Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, remetendo-se ao Gabinete de Direito Europeu do Ministério da Justiça certidão da sentença, para os efeitos previstos na Portaria nº 1093, de 6 de Setembro de 1995.

Para fundamentar a sua pretensão, alega, em síntese, que a Ré, no exercício da sua actividade bancária, celebra com múltiplos clientes contratos de emissão e de utilização de cartões de débito e de crédito, os quais contêm, nas condições gerais de utilização, cláusulas previamente elaboradas, que, portanto, são insusceptíveis de negociação individual, sendo que duas das referidas cláusulas, a nº 6, al. o), e a nº 7, al. f), são absolutamente proibidas, na medida em que alteram, respectivamente, os critérios de repartição do ónus da prova e operam uma inversão das regras do risco.

Na sua contestação, a Ré pugnou pela improcedência da acção, para o que invocou que o cartão denominado “D+” não tem as cláusulas contratuais que são objecto destes autos, rejeitando, quanto ao demais, a tese do Autor.

¹ Nº 192

REVISTA Nº 821/05 — 1ª SECÇÃO

RELATOR: Camilo Moreira Camilo

ADJUNTOS: Cons. Lopes Pinto

Cons. Pinto Monteiro



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Foi proferido despacho saneador-sentença, onde se decidiu “julgar procedente por provada a presente acção” (ter-se-á querido dizer “parcialmente procedente, por provada, a acção”) e, nessa conformidade:

1. Declara nulas:

a) a cláusula nº 6, al. o), sob a epígrafe “utilização”, com a seguinte redacção:

“o titular compromete-se a, após a sua adesão ao serviço de pagamento Mbnét, utilizar esse serviço de pagamento em todas e quaisquer transacções que venha a efectuar em ambientes abertos (internet, WAP, televisão interactiva, etc.) e ao fazê-lo reconhece-se devedor ao Banco dos valores registados electronicamente;

b) a cláusula nº 7, al. f), sob a epígrafe “extravio, furto ou roubo”, na parte e com o teor a seguir indicados:

- Paralelamente, e por apólice de seguro contratada pelo Banco, e salvo actuação com dolo ou negligência grosseira do Titular, o Banco garante;

- No caso dos cartões de crédito, o reembolso dos pagamentos que, por utilização fraudulenta ou não autorizada do cartão, sejam efectuados por terceiros nas 48 horas imediatamente anteriores à comunicação ao Banco, aplicando-se uma franquia de 500 euros;

- No caso de cartões de débito, o reembolso dos pagamentos que, por utilização fraudulenta ou não autorizada do Cartão, aplicando uma franquia de 249 euros. Antes do período das 48 horas imediatamente anteriores à comunicação ao Banco, garante o reembolso das transacções que excedam 2.493 euros.

Cláusulas apostas nas condições gerais de utilização, dos contratos de emissão e de utilizações de cartões de débito e de crédito, nos cartões “Visa Electron”, “Europa”, “Prestige” e “XS” (artigo 30º, nº 1, do DL 446/85, de 25/10, alterado pelo DI 220/95, de 31.01).

2. Em conformidade, condena a Ré:

1. a abster-se de utilizar tais cláusulas em todos os contratos que, de futuro, venha a celebrar com os seus clientes;

2. a dar publicidade à referida proibição, em anúncio a publicar em dois dos jornais diários de maior tiragem, editados no Porto e em Lisboa, durante dois dias consecutivos, e a comprovar nos autos essa publicidade, no prazo de 10 dias.

3. No mais, foi a Ré absolvida do pedido.

Tendo a Ré apelado, foi, no Tribunal da Relação do Porto, proferido acórdão, a julgar parcialmente procedente a apelação e, conseqüentemente, se decidiu:



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"a - revogar a sentença recorrida, na parte em que declarou nulo o segmento da al. f) da cláusula 7ª das cláusulas gerais de utilização de cartões, absolvendo o réu desse pedido;

b - confirmar, quanto ao mais, a mesma sentença".

Ainda inconformada, veio a Ré interpor recurso de revista, tendo o Ministério Público (Autor), notificado do despacho de admissão daquele recurso, interposto recurso subordinado, tendo ambos os recursos sido admitidos.

A Ré BCP, S.A., apresentou alegações, formulando as seguintes conclusões:

1ª - Os pagamentos efectuados através do sistema Mbnet pressupõe que o titular do cartão adira a esse sistema de pagamentos, fornecendo não só os elementos exteriores de identificação do cartão, mas também os demais elementos identificadores que lhe foram transmitidos sigilosamente pelo emitente.

2ª - Só depois de gerada a identidade do titular do cartão para exclusiva e única identificação dentro do sistema Mbnet é que o mesmo titular do cartão poderá efectuar pagamentos dentro desse sistema, ou seja, junto das entidades fornecedoras/comercializadoras de produtos que o integram, ou obter os cartões virtuais, temporários e de valor pré-definido pelo titular do cartão, para pagamentos em ambientes abertos.

3ª - É pacífico que a realização de pagamentos através do sistema Mbnet pressupõe, por um lado, o conhecimento por o aderente ao sistema de todos os elementos de identificação do cartão (mesmo os sigilosos) e, por outro, a configuração do tipo e volume da transacção pretendida efectuar, o que importa que esse aderente do sistema Mbnet não seja um consumidor incauto e desconhecedor dos riscos de utilização dos cartões de crédito em ambientes abertos e das tecnologias informáticas inerentes a tais pagamentos.

4ª - Dada a especial forma, indirecta, de utilização do cartão de débito ou crédito, só o registo informático das operações efectuadas no sistema Mbnet e posteriormente levadas à conta cartão (a débito ou a crédito) permite espelhar e demonstrar a regularidade e exactidão das ordens de débito e créditos concedidos pelo emitente do cartão.

5ª - A cláusula 6ª, alínea o), dos contratos em apreço não impede o titular do cartão de alegar ou não reconhecer que um determinado valor ou transacção registada não foi por si ou com sua autorização efectuada, pois, na hipótese diversa, não se limitaria ao emitente a faculdade de recusar "... o repúdio de quaisquer transacções efectuadas em ambientes abertos ... com



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

uso do serviço de pagamentos Mbnet, relativamente às quais o Titular alegue não terem as mesmas sido por si efectuadas”, quando ocorra negligência grosseira ou dolo. – cfr. cláusula 6ª, alínea g).

6ª - Não viola assim tal cláusula qualquer regra relativa à repartição do ónus da prova e, como tal, não é nula à luz do disposto no artº 21º do DL 446/85, de 25/8.

7ª - A decisão proferida e sob recurso violou as normas contidas nos artigos 342º do CC e 21º do DL 446/85.

Igualmente o Ministério Público apresentou alegações e respectivas conclusões, pugnando pela manutenção do decidido na 1ª instância.

Foram oferecidas contra-alegações por ambas partes.

Colhidos os vistos, cumpre apreciar e decidir.

II – Com interesse para a decisão do mérito da causa, foram, nas instâncias, considerados como provados os seguintes factos:

1. A Ré é uma sociedade comercial cujo objecto social é o exercício da actividade bancária.

2. No exercício daquela actividade, a Ré celebra, em Portugal, com múltiplos clientes seus – titulares de contas de depósito em quaisquer das dependências da mesma – contratos de emissão e de utilização de cartões de débito e de crédito, nomeadamente dos cartões Visa Electron, Europa, Prestige e XS para as redes Banco Comercial Português, Nova Rede, Sotto Mayor, Atlântico e Expresso Atlântico.

3. Do verso e da 2ª folha daqueles contratos constam diversas cláusulas, sob a epígrafe de “Condições Gerais de Utilização”, as quais foram previamente elaboradas pela Ré, sem qualquer negociação individual, e insertas, totalmente preenchidas, nos impressos que são apresentados aos candidatos à obtenção dos cartões. Estes limitam-se a preencher, nos espaços em branco, a isso destinados e constantes do rosto dos impressos, os seus dados pessoais e assinar o respectivo contrato.

4. Tais contratos destinam-se a utilização futura pela Ré para contratação com clientes seus que pretendem os referidos cartões.

5. Aqueles contratos têm impresso, nas condições mencionadas:

a) a cláusula nº 6, al. o), sob a epígrafe “Utilização”, com a seguinte redacção:

“O Titular compromete-se a, após a sua adesão ao serviço de pagamento MBNet, utilizar esse serviço de pagamento em todas e quaisquer transacções que venha a efectuar em ambientes abertos (internet,



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

WAP, televisão interactiva, etc.) e, ao fazê-lo, reconhece-se devedor ao Banco dos valores registados electronicamente”.

b) a cláusula nº 7, al. f), sob a epígrafe “Extravio, furto ou roubo”, com o teor a seguir indicado:

“Quanto aos movimentos efectuados antes desta comunicação, salvo actuação com dolo ou negligência grosseira do Titular, o Banco garante:

- No caso dos cartões de crédito, o reembolso, à data da primeira operação considerada irregular, do valor que exceda o saldo disponível face ao limite de crédito que seja do conhecimento do Titular.

- No caso dos cartões de débito, o reembolso do valor que exceda o saldo disponível, na conta associada ao cartão, também à data da primeira operação considerada irregular, que seja, igualmente, do conhecimento do Titular.

Paralelamente, e por apólice de seguro contratada pelo Banco, e salvo actuação com dolo ou negligência grosseira do Titular, o Banco garante:

- No caso dos cartões de crédito, o reembolso dos pagamentos que, por utilização fraudulenta ou não autorizada do cartão, sejam efectuados por terceiros nas 48 horas imediatamente anteriores à comunicação ao Banco, aplicando-se uma franquia de € 500,00.

- No caso dos cartões de débito, o reembolso dos pagamentos que, por utilização fraudulenta ou não autorizada do cartão, aplicando uma franquia de € 249,00. Antes do período das 48 horas imediatamente anteriores à comunicação ao Banco, garante o reembolso das transacções que excedam € 2.493,00”.

7. Dá-se aqui por inteiramente reproduzido o documento denominado “pedido de adesão ao cartão D+”.

III – RECURSO DA RÉ:

1. Quer na sentença proferida na 1ª instância, quer no acórdão ora recorrido, entendeu-se que a cláusula nº 6, al. o), modifica os critérios de repartição do ónus da prova, pelo que se trata de uma cláusula absolutamente proibida, nos termos da alínea g) do artigo 21º do Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro (na redacção dada pelo Decreto-Lei nº 220/95, de 31 de Agosto), segundo a qual são em absoluto proibidas as cláusulas contratuais gerais “que modifiquem os critérios de repartição do ónus da prova ou restrinjam a utilização de meios probatórios legalmente admitidos”.



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

25
amir
28
J

Tal entendimento encontra-se devidamente fundamentado e merece a nossa inteira concordância.

Na verdade, pode ler-se no acórdão ora impugnado:

“Com esta cláusula o banco criou, nas transacções efectuadas em ambiente aberto, uma presunção de dívida relativamente aos valores registados electronicamente.

De acordo com esta presunção imposta ao titular do cartão, decorre que, mesmo no caso da dívida real ser inferior à constante dos registos electrónicos, se não se conseguir fazer essa prova se tem como assente que deve as quantias assinaladas electronicamente.

Está-se a dar como assente que o registo informático faz prova bastante e suficiente da dívida, fazendo recair sobre o utente o dever de neutralizar essa prova.

Sem essa presunção de dívida, incumbia ao banco credor alegar e demonstrar o montante efectivo do seu crédito, em conformidade com o estatuido no n.º 1 do art. 342.º C.Civil, já que de facto constitutivo do seu direito se trata.

Por outro lado, o documento onde são registados os movimentos bancários é um documento particular, cuja força é livremente apreciada pelo tribunal – art. 366.º C.Civil.

Acresce que as especificidades destas operações e o facto de serem realizadas *mediante a utilização de meios informáticos instalados pela instituição bancária emissora do cartão, meios esses que esta instituição controla e programa*, nas palavras de Raquel Guimarães (in *As Transferências Electrónicas de Fundos e os Cartões de Débito*, pág. 126), não possibilitam qualquer interferência do titular do cartão nessa mesma operação.

Por tudo isso, justifica-se a produção de provas nos termos gerais legalmente preconizados.

E não será o facto deste sistema ser relativamente seguro (nunca o será de forma absoluta) que justifica a alteração da repartição do ónus da prova.

A mencionada cláusula, ao estabelecer uma presunção de dívida do titular do cartão nos termos apontados e ao conceder um valor absoluto ao registo electrónico, está a alterar os critérios de repartição do ónus da prova e a subtrair ao juiz a livre apreciação de um documento particular, o que a torna absolutamente proibida”.

2. Assim é, efectivamente.



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como se escreveu no acórdão deste STJ de 12.10.2000 (CJ/STJ, Ano VIII, Tomo III-2000, pág. 67), citando Maria Raquel Guimarães, in "As Transferências Electrónicas de Fundos e os Cartões de Débito", pág. 254, "Relativamente ao valor dos documentos electrónicos, é de entender que eles estão sujeitos à livre apreciação do tribunal".

Desde que — acrescenta o acórdão — o cliente do banco os não impugne, serão aceites como exactos.

Invoca a recorrente que basta atentar no teor da alínea g) da mesma cláusula 6ª para se concluir que, ao estipular-se na cláusula 6ª, alínea o), que o titular se reconhece devedor dos valores registados electronicamente, não se pretende significar, nem se significa, que se impede o titular de alegar ou não reconhecer que um determinado valor ou transacção registada não foi por si ou com a sua autorização efectuada.

Ora, refere-se em tal alínea g) que "Caso se verifique dolo ou negligência grosseira, o Titular aceita que o Banco recuse o repúdio de quaisquer transacções efectuadas em ambientes abertos (internet, WAP, televisão interactiva, etc.) com uso do serviço de pagamentos MBNet, relativamente às quais o Titular alegue não terem as mesmas sido por si efectuadas".

Esta cláusula reporta-se a uma situação de existência de dolo ou negligência grosseira, não alterando a interpretação que se entende ser de dar à alínea o), segundo a qual há uma manifesta violação dos critérios legais de repartição do ónus da prova (cfr. artigo 342º, nº 1, do Código Civil).

Daqui resulta que não assiste razão à Ré/recorrente, pelo que terá de ser negada a sua revista.

IV — RECURSO SUBORDINADO DO AUTOR:

1. Pretende o recorrente que, no tocante à cláusula 7ª, alínea f), se decida manter o decidido na 1ª instância, segundo o qual se considerou nula tal cláusula no segmento respeitante às garantias a prestar pelo Banco através de apólices de seguro, salvo actuação com dolo ou negligência grosseira do titular, devido à aplicação de valores limitativos para os reembolsos a efectuar.

Entendeu-se na 1ª instância que esse segmento da cláusula é absolutamente proibido por alterar as regras legais do risco, transferindo-o



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para o aderente do cartão, pelo que viola o disposto na alínea f) do artigo 21º do Decreto-Lei nº 446/85.

Segundo este normativo legal, são em absoluto proibidas (e, como tal, nulas – artigo 12º) as cláusulas que alterem as regras respeitantes à distribuição do risco.

Pretende-se, assim, que, ocorrendo alguma situação anormal no decurso do contrato – a verificação de danos, por exemplo –, as consequências nefastas daí decorrentes sejam distribuídas de forma equitativamente pelas partes contraentes.

Cingindo-nos ao caso vertente, temos que importa verificar se, naquela cláusula, estão devidamente acauteladas as regras de repartição do risco ou se o consumidor está excessiva ou desajustadamente onerado.

Ao portador do cartão incumbe a sua guarda e, se por qualquer motivo o deixa de ter (extravio, furto ou roubo), tem a obrigação de fazer a comunicação ao banco emissor para que este tome as providências adequadas para impedir o seu uso indevido por parte de terceiros.

Como se diz no acórdão recorrido, se se afigura justo e equitativo que o banco emissor do cartão seja responsável pelos movimentos efectuados após a comunicação do seu extravio, na medida em que dispõe de meios para evitar o seu uso, também se justifica a responsabilização do titular pelos danos, ou parte dos danos, decorrentes desse uso indevido no período anterior a essa comunicação, por ser uma exigência do dever de diligência que sobre ele impende.

A seguir, pode ler-se no acórdão ora impugnado:

“Aquele segmento da al. f) da cláusula 7ª não exonera o banco emissor do cartão da responsabilidade pelos movimentos efectuados antes da comunicação do seu extravio, apenas impõe um limite para a sua responsabilidade actuar: nos cartões de crédito, uma franquia de 500 €; nos cartões de débito, uma franquia de 249 €; e garante o reembolso das transacções de valor superior a 2.493 €.

Este clausulado não fere o equilíbrio contratual, estabelecendo uma distribuição do risco que se não configura desproporcionada, antes se apresentando como equitativa e, por outro lado, respeita as orientações emanadas do Banco de Portugal através do Aviso nº 11/2001.

E a distribuição do risco clausulada não conflitua com os princípios que emanam do nº 1 do art. 796º C.Civil, ao determinar que o risco corre por conta do dono da coisa, ou transposto este princípio para o depósito bancário, depositado o dinheiro a sua propriedade transfere-se para o depositário e o risco pelo seu desaparecimento corre por conta do banco.



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Isto porque, ao lado do contrato de depósito, há um contrato de emissão e utilização do cartão, verdadeiro contrato autónomo.

Se o banco é dono do dinheiro depositado, também é verdade que o titular do cartão passa a poder dispor do dinheiro a todo o momento, como se estivesse directamente na sua disponibilidade, sem intervenção do banco.

(...).

O risco não tem, pois, que ser suportado apenas pelo banco, assim como o não tem de ser unicamente pelo titular do cartão. Se alguém tira proveito de uma coisa, sob tutela jurídica, justifica-se, por equitativo, que suporte os prejuízos que a sua utilização acarreta.

As vantagens do contrato, que são mútuas, e o princípio da boa fé, que deve nortear a actuação dos contraentes, justifica a distribuição do risco nos termos em que se encontra exarado nesta cláusula.

Dai que esta cláusula não enferme do vício que lhe é apontado.

Diga-se, finalmente, e como bem observa o recorrente, que este clausulado não visa regular especificamente as situações de contratação à distância. Nem a questão foi colocada nestes termos na petição, nem da redacção da cláusula ou do seu espírito resulta que ela apenas seria de aplicação a tais hipóteses. Por isso, afigura-se deslocada a invocação do regime preconizado pelo dec-lei 143/01, de 26 de Abril".

2. Se bem que se concorde com o exposto no acórdão recorrido, no tocante à necessidade de repartição do risco, a verdade é que a cláusula nº 7, al. f), no segmento aqui em causa, não é suficientemente explícita, no que concerne aos cartões de débito.

Na verdade, aí se consigna:

"Paralelamente, e por apólice de seguro contratada pelo Banco, e salvo actuação com dolo ou negligência grosseira do Titular, o Banco garante:

- (...).

- No caso dos cartões de débito, o reembolso dos pagamentos que, por utilização fraudulenta ou não autorizada do cartão, aplicando uma franquia de € 249,00. Antes do período das 48 horas imediatamente anteriores à comunicação ao Banco, garante o reembolso das transacções que excedam € 2.493,00".



Supremo Tribunal de Justiça

32
26

No que concerne a este segmento final (Antes do período das 48 horas imediatamente anteriores à comunicação ao Banco, garante o reembolso das transacções que excedam € 2.493,00), o texto presta-se a confusões.

Na verdade, reportar-se-á a transacções que, no seu conjunto, excedam € 2.493,00?

Ou será que se pretende que respeite apenas a qualquer transacção que ultrapasse esse valor?

A fim de evitar que se possa perfilhar uma interpretação em consonância com esta segunda hipótese – e porque entendemos que a interpretação correcta, tendo em conta o valor da franquia, deverá ser a primeira –, afigura-se-nos que será necessário alterar o texto, intercalando-se a referida expressão “no seu conjunto”.

Assim, esse segmento da cláusula nº 7, al. f), deverá passar a ter a seguinte redacção:

“Antes do período das 48 horas imediatamente anteriores à comunicação ao Banco, garante o reembolso das transacções que, no seu conjunto, excedam € 2.493,00”.

3. Resulta, assim, do exposto que, nesta medida, se deverá conceder parcial provimento ao recurso subordinado do Autor.

IV – Nos termos expostos, acorda-se em negar a revista da Ré e em conceder parcial provimento à revista (subordinada) do Autor, pelo que, em consequência, se decide alterar a decisão recorrida nos termos referidos, determinando-se que a Ré proceda, nessa medida, à alteração da cláusula nº 7, al. f), das cláusulas gerais de utilização de cartões.

Sem custas, dado que este processo está isento de custas – artigo 21º, nº 1, do citado Decreto-Lei nº 446/85.

Lisboa, 27 de abril de 2005

Manoel Monteiro da Silva



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Praca do Comércio - 1149-012 LISBOA

Tel: 213218900

Fax: 213474919

Horário: 9:00-12:30 / 13:30-16:00

ACTA DE SESSÃO E JULGAMENTO

Aos 27 de Abril de 2005, nesta cidade de Lisboa e sala de Sessões do Supremo Tribunal de Justiça, em sessão presidida pelo Excelentíssimo Senhor Juiz Conselheiro Rui Manuel Brandão Lopes Pinto, comigo Raúl Rego, oficial de justiça, aqui foram apresentados, a fim de se proceder à respectiva conferência, os autos de Revista, nº 821/ 05-1 em que são partes: -----

Recorrente(s): BANCO COMERCIAL PORTUGUÊS SA -----

MINISTÉRIO PÚBLICO -----

Recorrido(s): OS MESMOS -----

Depois da conferência, pelo Excelentíssimo Senhor Conselheiro Relator Dr. Moreira Camilo me foram entregues os autos com o antecedente Acórdão por ele assinado e pelos Excelentíssimos Senhores Juizes Conselheiros Adjuntos Dr.s Pinto Monteiro, Lopes Pinto. -----

Para constar se lavrou a presente acta que vai ser assinada. -----

