

O PAGAMENTO COM CARTÃO DE CRÉDITO NO COMÉRCIO ELECTRÓNICO: EVOLUÇÕES LEGISLATIVAS RECENTES (*)

MARIA RAQUEL GUIMARÃES (**)

SUMÁRIO: 1. Introdução: o pagamento com cartão de crédito no comércio electrónico. 2. A (des)adequação dos cartões de pagamento ao comércio electrónico. 3. Os contratos do comércio electrónico enquanto contratos à distância: a revogação do art. 10.º do Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril, pelo Decreto-Lei n.º 317/2009, de 30

(*) Este texto serviu de suporte à intervenção por nós realizada nas Jornadas Científicas comemorativas dos dez anos de investigação do CIJE, que tiveram lugar nos dias 6 e 7 de Novembro de 2009 na FDUP, sobre a temática do comércio electrónico. Trata-se de um texto com propósitos orais e que é largamente tributário da investigação sobre o tema levada a cabo ao longo de vários anos, nomeadamente para efeitos da elaboração da nossa dissertação de doutoramento sobre o tema d'*O contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento electrónicos* (Coimbra, Coimbra Editora, 2011). Não foi nossa preocupação descrever aqui o funcionamento básico do pagamento mediante cartão bancário nas operações de comércio electrónico — matéria que tratamos em textos já publicados como "El pago mediante tarjetas de crédito en el comercio electrónico. Algunos problemas relativos a su naturaleza jurídica, marco contractual y régimen aplicable, desde una perspectiva comparada en los Derechos portugués, español y comunitario" (Andrés Domínguez Luelmo, trad.), in *Los medios electrónicos de pago, Problemas jurídicos* [Ricardo M. Mata y Martín (dir.) e Antonio M.ª Javato Martín (coord.)], Granada, Comares, 2007 (também publicado em versão portuguesa na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 311-366) — mas, sobretudo, apresentar, pela sua actualidade, as importantes novidades legislativas introduzidas no nosso país nesta matéria. As referências doutrinárias encontram-se reduzidas ao mínimo e as notas de rodapé servem essencialmente para apresentar os dados estatísticos utilizados e para indicar as suas fontes.

(**) Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto; investigadora do CIJE (Centro de Investigação Jurídico-Económica) e, do *Grupo de Investigación Reconocido sobre Derecho de las Nuevas Tecnologías y Delincuencia Informática* da Universidade de Valladolid, Espanha.

de Outubro. 4. O pagamento com cartão de crédito e o crédito ao consumo: o Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho.

ABSTRACT: *Transposition of Directive 2007/64/EC of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on payment services in the internal market and of Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers to national Portuguese law has affected the regulation of credit cards payments in electronic commerce. The new provisions that apply to this method of payment used in e-commerce are the subject of this text.*

Palavras-Chave: comércio electrónico, cartão de crédito, contratos à distância, crédito ao consumo.

1. A massificação da oferta de *internet* veio revolucionar os nossos hábitos sociais, culturais, de comunicação e também de consumo, permitindo a circulação, o acesso e a partilha de informação em tempo real e a uma escala mundial. O computador tornou-se, definitivamente, numa janela — e numa montra — excepcional aberta para o mundo. Em poucos anos, inúmeros comerciantes sentiram a urgência de oferecerem os seus produtos e serviços *on-line*, ultrapassando os limites da sua circunscrição geográfica. O pequeno artesão confinado ao espaço da sua oficina situada num lugar recôndito transforma-se, da noite para o dia, com um simples cabo e um terminal de computador, no ídolo de um movimento *craft* global, recebendo encomendas de Portugal até aos Antípodas. Os mercados alargam-se, inter cruzam-se e, tendencialmente, dissolvem-se num só.

O *boom* do comércio electrónico dos últimos anos pressupôs, no entanto, a adaptação de alguns hábitos e regras seguidos no comércio *presencial* a esta nova realidade. Na medida em que o comerciante e o seu cliente não se encontram face-a-face, num mesmo momento e lugar, mas, muitas vezes, em diferentes países ou mesmo em distintos continentes, o cliente não tem contacto directo com o bem a adquirir, não o pode tocar ou experimentar antes da conclusão do contrato ⁽¹⁾. O envio dos bens terá que ser efectuado por via postal ou através de um serviço paralelo de envio de mercadorias, não entrando o adquirente na posse da coisa senão ao fim de alguns dias ⁽²⁾. E, sobretudo, diferentemente do que acontece com o comércio tradicional, o cliente paga antecipadamente a

⁽¹⁾ Já assim não será se se tratar, por exemplo, de um programa de computador, que poderá ser testado antes da sua aquisição.

⁽²⁾ Mais uma vez se exceptua a compra de *software* (cfr. a nota anterior).

coisa adquirida. O pagamento (depois de confirmado pelo comerciante) dá lugar ao envio da mercadoria, permitindo, desta forma, ao comerciante, controlar o risco de não negociar face-a-face com o seu cliente. Se nas transacções presenciais o cliente *vê primeiro e depois paga*, no comércio electrónico *paga para ver* ⁽³⁾.

Por outro lado, uma vez que não existe contacto directo entre os contraentes, o cumprimento da obrigação de pagamento do preço tem que se adaptar a esta nova realidade, exigindo a intermediação de um terceiro elemento na operação de pagamento, as mais das vezes uma instituição bancária. O modelo desta intermediação pode variar sendo constantes as inovações propostas todos os dias resultantes dos enormes investimentos realizados com vista ao aperfeiçoamento, em termos de segurança, de novos meios de pagamento electrónico. Ainda assim, verifica-se que a forma de pagamento mais utilizada e mais comumente posta à disposição dos utilizadores da *internet* é a que é levada a cabo com recurso a cartões de pagamento ⁽⁴⁾.

Esta adaptação dos cartões de pagamento — e essencialmente dos cartões de crédito — ao comércio electrónico não é uma completa novidade na medida em que, desde cedo, estes instrumentos foram utilizados em operações não presenciais. As vendas pelo correio e as vendas através do telefone — em geral associadas à existência de um catálogo que funciona como “montra” dos produtos oferecidos — há muito que se bastam com a simples indicação de um número de um cartão de crédito e da respectiva data de caducidade para desencadear a transferência electró-

⁽³⁾ Chama a atenção para esta diferença quanto ao momento temporal em que as prestações das partes são realizadas nos casos de contratos à distância e de contratos presenciais, GERFRIED KIENHOLZ, *Die Zahlung mit Kreditkarte im Nah- und Fernabsatz*, München, Beck, 2000, pp. 62-64. A esta especialidade do comércio electrónico referimo-nos, também, na nossa dissertação de doutoramento intitulada *O contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento electrónicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 443.

⁽⁴⁾ De acordo com a investigação levada a cabo pelo *Study on the Security of Payment Products and Systems in the 15 Member States*, Internal Market DG, Final Report (Contract n.º ETD/2002/B5-3001/C/11), realizado pela PricewaterhouseCoopers para a Comissão Europeia, in <http://ec.europa.eu/internal_market/payments/docs/fraud/study-security/200309-finalreport_en.pdf>, p. 136, gráfico 51 (20.09.2011), abrangendo 500 *websites* dos então quinze países da União Europeia, o cartão de crédito surge como o método de pagamento mais frequentemente aceite pelos respectivos beneficiários, sendo adoptado por 71% dos *sites* em causa, número que, relativamente a alguns dos países — nomeadamente ao Reino Unido —, se eleva para cerca de 90% dos *websites*.

nica de fundos que a utilização do cartão pressupõe. Muito embora, frequentemente, se exija ainda a devolução de um documento assinado pelo titular do cartão, autorizando a operação de pagamento em causa.

Com o advento do comércio electrónico, a solução mais imediata, mais simples e mais económica encontrada em termos de pagamento foi a de continuar com a experiência das operações à distância já vulgarizadas. A titularidade de um simples cartão de pagamento abre as portas ao consumidor de um mercado virtual global, sem que especiais conhecimentos informáticos ou quaisquer investimentos adicionais em *software* sejam necessários e sem que novos instrumentos de pagamento electrónico tenham que ser contratados com instituições financeiras. Da perspectiva do comerciante, o aumento significativo do seu leque de clientes potenciais — todos os titulares de cartões de pagamento ⁽⁵⁾ — e a sua internacionalização, com o mesmo investimento informático já realizado para operações presenciais ⁽⁶⁾, mais do que compensam o risco inerente à impossibilidade de verificação da identidade do cliente e da efectiva titularidade do cartão.

2. Esta adaptação de um instrumento de pagamento electrónico, inicialmente concebido para operações presenciais, ao comércio electrónico acarreta, no entanto, alguns problemas. No essencial, a operação de pagamento — *rectius*, a transferência electrónica de fundos — é desencadeada com base na indicação de um conjunto de elementos (o número do cartão e a sua data de validade) que se encontram gravados no próprio cartão e que, portanto, são do conhecimento *geral*. Todos os comerciantes perante os quais o cartão é utilizado no comércio tradicional têm acesso a essas informações. A autenticação que se exige do titular do cartão nas operações face-a-face, marcando um código pessoal secreto do seu exclusivo conhecimento no terminal de computador existente no estabelecimento do comerciante ou assinando um documento impresso por este mesmo termi-

⁽⁵⁾ Só em Portugal, os últimos dados divulgados já este ano (2011) pelo Banco de Portugal (relativos ao ano de 2010) apontam para a existência de 10.391.148 cartões de débito aos que acrescem 8.484.935 cartões de crédito: vide BANCO DE PORTUGAL, *Relatório dos sistemas de pagamento 2010, 2011*, in <<http://www.bportugal.pt>> (19.09.2011), p. 54, Quadro 23.

⁽⁶⁾ Referimo-nos, concretamente, aos custos decorrentes da adesão ao sistema de pagamento electrónico, onde se incluem os custos do equipamento POS (“*Point-of-sale*”), as anuidades devidas ao banco respectivo e as percentagens sobre os valores cobrados.

nal de forma semelhante à assinatura aposta no mesmo cartão e ainda, nalguns casos, exibindo um documento de identificação adicional, é dispensada no comércio electrónico. Desta forma, a possibilidade de alguém indicar abusivamente o número de um cartão alheio numa operação *on-line* existe sempre ⁽⁷⁾. Ainda assim, os dados dos cartões utilizados de forma abusiva são frequentemente obtidos através de talões de operações abandonados pelo próprio titular ou durante a sua utilização no comércio tradicional. Será, certamente, mais seguro indicar o número de um cartão de crédito numa operação encetada *on-line* tendo como contraparte um comerciante como a *Amazon* do que numa boa parte das operações presenciais que realizamos todos os dias.

É verdade, porém, que com a utilização de técnicas agressivas de *spam* é possível enviar milhões de mensagens de correio electrónico procurando obter informações relativas a cartões de pagamento dos próprios titulares, conseguindo sempre algumas respostas válidas ⁽⁸⁾.

Em última instância, diga-se, em abono da verdade, que no que concerne às duas mais relevantes preocupações dos “adquirentes” num “mercado virtual” — a segurança dos meios de pagamento utilizados no comércio electrónico bem como a certeza do cumprimento sem defeitos pela contraparte — importa, essencialmente, assegurar que foram respeitadas todas as medidas de segurança relativas ao cartão e ao seu manuseamento impostas pelo contrato de utilização e verificar a credibilidade da contraparte com quem se pretende contratar *on-line*.

Estas questões não são, porém, ignoradas pelo legislador nacional que tendencialmente protege senão a posição do *titular de um cartão de crédito* que adquire bens e serviços no comércio electrónico pelo menos a posição do *consumidor* que assim actua, ainda que o faça — quase sempre — movido pela necessidade de cumprir os desígnios de harmonização legislativa impostos pela União Europeia.

⁽⁷⁾ A apropriação e utilização indevida em operações à distância dos elementos de um cartão alheio constitui no Reino Unido, de acordo com dados da FFA (*Financial Fraud Action UK*) a fátia mais importante da fraude relativa aos “cartões de plástico”, correspondente, em 2010, a 226,9 milhões de libras; 59% desse valor deve-se às fraudes cometidas na *internet* (menos 12% do que no ano anterior, ao mesmo tempo em que se verificou um aumento de 14% dos gastos na *internet* no mesmo período) (*Fraud — The facts 2011*, FFA, 2011, pp. 7, 13, 33-34, 39, in <<http://www.financialfraudaction.org.uk>> (19.09.2011).

⁽⁸⁾ Vide <<http://www.financialfraudaction.org.uk>>, cit., p. 33 (“Where card fraud takes place”).

São as últimas alterações introduzidas na lei nacional com reflexos nos pagamentos com cartão de crédito, essencialmente no comércio electrónico, que pretendemos aqui abordar.

3. Os contratos de compra e venda ou de prestação de serviços celebrados através da *internet* são contratos à distância para efeitos do Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril ⁽⁹⁾. Nos termos do art. 2.º, n.º 2, deste diploma, “qualquer contrato relativo a bens ou serviços celebrados entre um fornecedor e um consumidor, que se integre num sistema de venda ou prestação de serviços a distância organizado pelo fornecedor que, para esse contrato, utilize exclusivamente uma ou mais técnicas de comunicação a distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração” reentra na noção de contrato à distância ⁽¹⁰⁾.

Assim, o consumidor que contrata à distância terá sempre a possibilidade de “resolver” livremente o contrato no prazo mínimo de 14 dias — correspondente, desta forma, ao “período de reflexão” concedido pelo legislador nos contratos com estas características —, sem para isso ter que invocar qualquer motivo e sem ter que pagar qualquer indemnização,

⁽⁹⁾ Para uma análise comparada dos contratos celebrados através da *internet* como contratos à distância, no direito português, espanhol e comunitário, vide o nosso estudo “El pago mediante tarjetas de crédito en el comercio electrónico, Algunos problemas relativos a su naturaleza jurídica, marco contractual y régimen aplicable, desde una perspectiva comparada en los Derechos portugués, español y comunitario” (Andrés Domínguez Luelmo, trad.), in *Los medios electrónicos de pago, Problemas jurídicos* [Ricardo M. Mata y Martín (dir.) e Antonio M.ª Javato Martín (coord.)], Granada, Comares, 2007, pp. 186-198.

⁽¹⁰⁾ Note-se que com a recentíssima aprovação da Directiva 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Directiva 93/13/CEE do Conselho e a Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Directiva 85/577/CEE do Conselho e a Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, in *JO* n.º L 304 de 22.11.2011 pp. 64-88, e com a consequente revogação da Directiva 97/7/CE, com efeitos a partir de 13 de Junho de 2014 (art. 31.º) — Directiva esta que esteve na base do nosso Decreto-Lei n.º 143/2001 —, este último diploma deverá ser a médio prazo revogado. No entanto, nos termos da nova Directiva, art. 2.º, al. 7), a noção de contrato à distância mantém-se como “qualquer contrato celebrado entre o profissional e o consumidor no âmbito de um sistema de vendas ou prestação de serviços organizado para o comércio à distância, sem a presença física simultânea do profissional e do consumidor, mediante a utilização exclusiva de um ou mais meios de comunicação à distância até ao momento da celebração do contrato, inclusive”.

devendo a contraparte reembolsar o preço no prazo máximo de 30 dias (arts. 6.º e 8.º) ⁽¹¹⁾.

Por outro lado, até 1 de Novembro de 2009, dispunha o art. 10.º do mesmo Decreto-Lei n.º 143/2001, que, no caso de utilização fraudulenta do cartão em operações à distância, o “consumidor” poderia solicitar a “anulação” do pagamento efectuado e a restituição dos montantes já debitados, restituição essa a cargo da instituição emissora do cartão e que deveria ser efectuada no prazo máximo de 60 dias (art. 10.º, n.ºs 2 e 3). Estabelecia-se, ainda, que este era um regime de tipo imperativo, cominando-se com a nulidade qualquer estipulação em sentido contrário (art. 10.º, n.º 5). Ficava, deste modo, salvaguardada a posição do titular do cartão que via os dados do seu cartão serem utilizados por terceiro desconhecido, detectando a operação fraudulenta em causa apenas no extracto enviado periodicamente pelo emissor do cartão. A tutela conferida pelo normativo em causa não abrangia, no entanto, operações não autorizadas que não fossem fraudulentas, levadas a cabo em virtude de um engano. A atribuição do direito de “anulação” consagrado ao “consumidor” — definido como “qualquer pessoa singular que actue com fins que não pertençam ao âmbito da sua actividade profissional” (art. 1.º, n.º 3, al. a)) — esquecia, por sua vez, que o titular do cartão utilizado fraudulentamente em operações à distância não actuava (com ou sem fins profissionais), porque, simplesmente, desconhecia a usurpação dos elementos contidos no seu cartão e não era ele que contratava à distância. Assim, a aplicação do preceito exigia uma interpretação correctora da sua letra, conferindo a tutela em causa ao titular do cartão fraudulentamente utilizado ⁽¹²⁾. Acresce que esta norma revolucionária e altamente incentivadora do comércio electrónico — decorrente da Directiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos celebrados à distância ⁽¹³⁾ — se “perdia” no conjunto do regime dos contratos à distância, dificilmente sendo convocada para a resolução de um conflito gerado no âmbito do comércio electrónico.

⁽¹¹⁾ Cfr. o novo regime do direito de retractação nos contratos à distância, previsto nos arts. 8.º a 16.º da Directiva 2011/83/UE, cit.

⁽¹²⁾ Para uma apreciação crítica deste normativo, vide o nosso texto “El pago mediante tarjetas de crédito en el comercio electrónico...”, cit., pp. 191-193.

⁽¹³⁾ In *JO* n.º L 144 de 04.06.1997 pp. 19-27.

Com a revogação deste preceito pelo art. 9.º, al. d), do Decreto-Lei n.º 317/2009, de 30 de Outubro, com efeitos a partir de 1 de Novembro de 2009, temos hoje um regime mais protector do titular do cartão e, sobretudo, acreditamos que com maior “visibilidade”, compreendido no regime geral da prestação de serviços de pagamento. Este diploma, resultado da transposição para a ordem jurídica nacional da Directiva n.º 2007/64/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Novembro, *relativa aos serviços de pagamento no mercado interno que altera as Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE e 2006/48/CE e revoga a Directiva 97/5/CE* ⁽¹⁴⁾, aprova o *Regime jurídico que regula o acesso à actividade das instituições de pagamento e a prestação de serviços de pagamento*. O novo *Regime jurídico...*, sem distinguir operações realizadas à distância e operações presenciais e sem distinguir, sequer, utilizações de cartões de pagamento e utilizações de outros instrumentos de pagamento (electrónicos ou não), vem estabelecer a regra geral de acordo com a qual em caso de “*uma operação de pagamento não autorizada, o prestador de serviços de pagamento do ordenante deve reembolsá-lo imediatamente do montante da operação de pagamento não autorizada e, se for caso disso, repor a conta de pagamento debitada na situação em que estaria se a operação de pagamento não autorizada não tivesse sido executada*” (art. 71.º, n.º 1). O atraso no cumprimento desta obrigação acarreta o pagamento de juros moratórios, “*contados dia a dia desde a data em que o utilizador de serviços de pagamento haja negado ter autorizado a operação de pagamento executada*”, calculados à taxa legal acrescida de dez pontos percentuais e sem prejuízo de um eventual direito a uma indemnização suplementar (art. 71.º, n.º 2).

Acrescenta-se que “*incumbe ao respectivo prestador do serviço de pagamento fornecer prova de que a operação de pagamento foi autenticada, devidamente registada e contabilizada e que não foi afectada por avaria técnica ou qualquer outra deficiência*” (art. 70.º, n.º 1); não sendo esses factos “*por si só(s)*” “*necessariamente suficiente(s) para provar que a operação de pagamento foi autorizada pelo ordenante, que este último agiu de forma fraudulenta ou que não cumpriu, deliberadamente ou por negligência grave, uma ou mais das suas obrigações*” de segurança (art. 70.º, n.º 2). Quanto muito, os factos referidos no n.º 1, serão sufici-

⁽¹⁴⁾ In JO n.º L 319, de 5.12.2007, pp. 1-36.

cientes para criar a convicção da negligência *leve* do utilizador do serviço de pagamento, relevante na hipótese do art. 72.º, n.º 1.

As normas agora consagradas demonstram um perfeito conhecimento por parte do legislador nacional e, já antes dele, do legislador comunitário, das cláusulas contratuais gerais habitualmente inseridas nos contratos de utilização de um cartão de pagamento. O texto do diploma em análise reproduz quase *ipsis verbis* — embora em sentido diametralmente oposto — as palavras utilizadas pelas instituições financeiras emissoras de cartões de pagamento nos clausulados impostos aos seus clientes. A título meramente exemplificativo, atente-se nas cláusulas declaradas proibidas e, consequentemente, nulas, à luz do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Outubro de 2009 ⁽¹⁵⁾. Em concreto, o STJ considerou que ao registo electrónico das transacções efectuadas em ambiente aberto não poderia conceder-se um valor absoluto — contrariamente ao disposto nas cláusulas julgadas —, sob pena de se alterar os critérios de repartição do ónus da prova e de se subtrair ao juiz a livre apreciação de um documento particular.

O art. 72.º do mesmo diploma — do qual resulta uma repartição do risco das operações fraudulentas pelas partes no contrato, atendendo ao momento em que o utilizador do serviço de pagamento comunica a existência de uma anomalia ao prestador respectivo e à distribuição do ónus da prova entre eles — parece já não se aplicar às operações não autorizadas de pagamento electrónico realizadas à distância sempre que na sua base não se encontre a perda ou roubo do cartão de pagamento ou dos seus dados ou a sua apropriação abusiva “*com quebra da confidencialidade dos dispositivos de segurança personalizados imputável ao ordenante*” (art. 72.º, n.º 1). O mesmo se diga dos n.ºs 3 e 4 do mesmo normativo, onde se prevêem as hipóteses de negligência grave do titular do instrumento de pagamento e a imputação do risco das operações realizadas posteriormente à comunicação referida.

Assim, sempre que a instituição bancária não consiga provar um comportamento mais ou menos negligente do titular do instrumento de pagamento que tenha potenciado as operações em causa — uma vez que não poderá, nestes casos, limitar-se a invocar o extravio do cartão, que se encontra na posse do seu titular, ou a quebra de confidencialidade de dis-

⁽¹⁵⁾ Cfr. Acórdão do STJ de 15.10.2009 (Alberto Sobrinho), in <<http://www.dgsi.pt>> (5.11.2009).

positivos de segurança, que, nestas hipóteses de utilização *on-line*, não existem ou, de todo o modo, não são confidenciais — não terá este titular que suportar as perdas até 150 euros ou até ao limite do seu saldo disponível ou do crédito que lhe foi autorizado, conforme os casos. A prova de que as operações em causa foram devidamente registadas, realizadas mediante a introdução correcta dos números gravados no cartão e de que não ocorreram falhas técnicas durante a sua execução não é suficiente para criar a convicção da conduta censurável — ainda que a título de culpa leve — do titular do cartão. Diferentemente deverão ser tratados os casos em que as operações não autorizadas realizadas no comércio electrónico resultam, de facto, da perda ou roubo do cartão ou os casos em que se consegue, por exemplo, fazer a prova do envio, pelo titular, do número do cartão, da sua data de validade e do seu código de verificação através de uma mensagem de correio electrónico em resultado de uma técnica de *phishing*. Estes casos não se distinguem, para efeitos do art. 72.º, das operações não autorizadas realizadas em contratos presenciais. Nas demais hipóteses referidas, parece que a instituição emissora do instrumento de pagamento terá que suportar, nas relações com o utilizador, o risco inerente ao sistema que poderá, não obstante, fazer repercutir no comerciante que, em última instância, não consegue imputar os pagamentos contestados ao titular do cartão.

O regime exposto aplica-se, desde logo, aos contratos já em vigor, na medida em que seja mais favorável do que o regime aí previsto — e, dificilmente, não o será —, impondo a lei a necessidade de adaptação dos clausulados vigentes no prazo máximo de seis meses e a obrigação de os prestadores de serviços financeiros informarem os respectivos clientes das alterações decorrentes da entrada em vigor do novo regime (art. 101.º, n.ºs 1, 2 e 3).

Critica-se, apenas, a designação do titular do direito ao reembolso como “ordenante da operação de pagamento”, quando o que está em causa é, precisamente, o facto de o titular do instrumento de pagamento nada ter *ordenado* em matéria de pagamento. Nos termos do art. 2.º, al. g), do mesmo *Regime jurídico...*, o ordenante é “uma pessoa singular ou colectiva que detém uma conta de pagamento e que autoriza uma ordem de pagamento a partir dessa conta (...)”. Ora, uma pessoa não pode, simultaneamente, autorizar e não autorizar uma ordem de pagamento. O legislador deveria referir-se ao “utilizador de serviços de pagamento que negue ter autorizado uma operação de pagamento exe-

cutada”, tal como acontece nos normativos que precedem o art. 71.º em causa (arts. 69.º e 70.º) — independentemente da fórmula adoptada — e não ao “ordenante” como titular do direito de reembolso. Não se esqueça que o “ordenante”, numa operação não autorizada, é o terceiro que actua fraudulentamente! O legislador nacional herdou a “confusão” da Directiva que visou transpor ⁽¹⁶⁾, “confusão” essa originalmente cometida pelo art. 8.º da Directiva n.º 97/7/CE, cit., com a cumplicidade do nosso art. 10.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 143/2001.

Saliente-se, por outro lado, os progressos alcançados pelo novo *Regime jurídico que regula o acesso à actividade das instituições de pagamento e a prestação de serviços de pagamento* no que toca à clarificação do complexo contratual que é envolvido numa operação de pagamento mediante cartão. O texto legal em questão identifica a existência de um *contrato-quadro* de base, correspondente nos casos dos cartões de pagamento ao chamado “contrato de utilização”, que antecipa as regras pelas quais se norteia a conduta de cada uma das partes nos contratos subsequentes, possibilitando a uniformização e conseqüente mecanização da conclusão destes últimos, cumprindo os objectivos de simplificação e racionalização associados comumente a este esquema contratual ⁽¹⁷⁾. Todo o programa contratual a que está sujeito o pagamento mediante cartão em cada operação singular (à distância ou presencial) em que o cartão é utilizado fica, deste modo, definido de uma forma prévia no contrato-quadro de utilização, limitando-se os contraentes (titular do cartão e banco emissor) a adoptar as condutas aí indicadas, de uma forma mecânica e sem que negociações parcelares e casuísticas — forçosamente paralisadoras de procedimentos que se pretendem céleres e uniformes — sejam necessárias. A distinção agora alcançada entre *contrato de base* e *contratos de execução* subsequentes ou, de uma forma mais ampla, a clarificação do complexo contratual que torna possível o pagamento mediante cartão, permitiu ao legislador esclarecer de uma forma precisa quais as obrigações que impendem sobre as partes no contrato, nomeadamente ao nível das informações que deverão ser fornecidas pelos prestadores de serviços de pagamento aos respectivos utilizadores, quer no que respeita ao contrato-quadro (arts. 52.º-56.º) quer no que respeita às

⁽¹⁶⁾ Cfr. o art. 60.º, n.º 1, da Directiva 2007/64/CE, cit.

⁽¹⁷⁾ Sobre o tema, vide, de forma desenvolvida, o nosso texto *O contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento electrónicos*, cit., p. 541 ss.

operações realizadas em sua execução, antes e depois de esta ter lugar (arts. 57.º e 58.º). Não logrou, porém, afastar a confusão entre o plano do contrato de utilização e o dos pagamentos subsequentes nos casos em que estes são ordenados, indevidamente, por um terceiro, que não a contraparte no contrato-quadro. Não logrou, em suma, acabar com a associação da pessoa do utilizador do serviço de pagamento ao ordenante de todas as operações (inclusive as não autorizadas) tal como sucede nos arts. 71.º e 72.º

4. A inexistência de um contacto directo entre o adquirente de bens e serviços *on-line* e o respectivo fornecedor agrava, por outro lado, os sempre existentes temores de incumprimento ou de cumprimento defeituoso pela contraparte que o titular do cartão de pagamento possa sentir.

Sendo este comerciante desconhecido do titular do cartão ou encontrando-se, mesmo, a uma longa distância em termos geográficos, naturalmente que nos casos em que uma situação de incumprimento se verifica (o fornecedor não envia o *hardware* encomendado; o *software* não funciona no computador do adquirente, não obstante a compatibilidade de sistemas assegurada pelo vendedor) o titular do cartão de pagamento tenderá a procurar o seu ressarcimento por parte de quem bem conhece: o banco de quem é cliente.

Nesta medida, coloca-se nomeadamente a questão de saber se a excepção de não cumprimento do contrato pode ser invocada pelo titular do cartão perante o seu banco, que continua a debitar na sua conta os montantes relativos ao crédito concedido mediante cartão. Pergunta-se, igualmente, se a invalidade do contrato de compra e venda ou de prestação de serviço cujo bem foi pago mediante cartão de crédito poderá ser comunicada ou, de alguma maneira, poderá “contagiar” o contrato de crédito que a utilização do cartão pressupõe.

A resposta a estas questões, absolutamente pertinentes quando estamos perante operações de comércio electrónico, passa também pela análise de uma alteração legislativa no domínio do crédito ao consumo.

Com a entrada em vigor a 1 de Julho de 2009 do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho, foi aprovado um novo regime que visa proteger o consumidor a crédito aplicável aos contratos celebrados a partir dessa data. Mantém-se em vigor o regime jurídico anterior, decorrente do Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de Setembro, no que respeita aos contratos de crédito ao consumo celebrados até 1 de Julho de 2009 (art. 34.º do diploma de 2009).

No que respeita aos problemas equacionados, a análise dos normativos que em cada um dos diplomas referidos permite uma solução do tipo da comunicação das excepções do contrato de fornecimento ao contrato de crédito — pressupondo uma união ou coligação entre o contrato de crédito e o contrato de compra e venda ou de prestação de serviços — dificilmente concede a inclusão das operações de cartão de crédito no conjunto de operações aí compreendidas ⁽¹⁸⁾.

A aplicação aos contratos de utilização de um cartão de crédito — celebrados até 1 de Julho de 2009 — da possibilidade prevista no art. 12.º do Decreto-Lei n.º 359/91 — de comunicação ao “contrato de crédito” das vicissitudes do “contrato de fornecimento” — será muito pouco frequente, senão mesmo excepcional ⁽¹⁹⁾, atendendo aos requisitos de que o legislador a fez depender, concretamente da existência de um “acordo prévio” entre o credor e o vendedor, pelo qual o primeiro concede (com carácter de *exclusividade*) crédito aos clientes do segundo. O crédito obtido pelo titular de um cartão de crédito não resulta directamente de um “acordo prévio” existente entre o vendedor e o banco mas sim de um “acordo prévio” — um contrato-quadro — concluído entre si e o seu banco: o *contrato de utilização*. É muito menos o banco do titular do cartão terá o exclusivo do crédito concedido aos clientes de um dado vendedor. A relação triangular de crédito que o art. 12.º do Decreto-Lei n.º 359/91 tem por base é distinta da relação triangular subjacente aos pagamentos mediante cartão. Os papéis desempenhados pelos diferentes actores em cada um dos casos não são coincidentes: a operação de cartão de crédito não reentra num conjunto de operações de crédito preparadas especificamente por um determinado banco com um determinado comerciante. Acresce, sobretudo, que o art. 12.º referido não toma em consideração o desdobramento da operação de cartão de crédito, enquanto operação a crédito, em *diferentes momentos contratuais*. Concretamente, não é tido em conta o facto de o contrato de utilização inicialmente subscrito

⁽¹⁸⁾ Sobre esta temática, com maiores desenvolvimentos, vide o nosso estudo *O contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento electrónicos*. cit., pp. 463-491.

⁽¹⁹⁾ O mesmo acontecia em Espanha, em face das disposições da *Ley de Crédito al Consumo (Ley 7/1995, de 23 de marzo)*, como salienta MANUEL CASTILLA CUBILLAS, “La implementación de la nueva directiva de crédito al consumo y la protección sustantiva de los usuarios de tarjeta de crédito”, in *RDBB*, 118, Abril-Junio, 2010, pp. 81 e 90 ss., em especial pp. 98-99.

pelo titular do cartão e pelo banco emissor não dispensar a conclusão posterior de um contrato de mandato pelo qual o banco se substitui ao titular do cartão no pagamento devido ao comerciante.

O mesmo acontece com o art. 18.º do Decreto-Lei n.º 133/2009. Embora o legislador tenha modificado — por imperativo europeu, diga-se — os requisitos a que está sujeita esta hipótese, e que passam pela existência de uma *coligação contratual*, nos termos do seu art. 4.º, n.º 1, alínea o), certo é que a exigência que aí se faz do tipo “*um contrato de crédito — um contrato de fornecimento*” não se adapta às operações de cartão de crédito. Uma relação deste tipo verificar-se-á, contudo, entre cada *contrato de mandato* celebrado em execução do contrato de crédito de base (entre o titular do cartão e o seu banco, aquando de cada utilização do cartão) e os contratos de compra e venda ou de prestação de serviços correspondentes. A *separação* e a autonomia dos mandatos para pagamento conferidos ao banco relativamente ao contrato de utilização do cartão não permite, contudo, considerá-los uma e a mesma coisa e a falta de elasticidade da fórmula contida no preceito referido não deixa margem para o entendimento do contrato de crédito como um contrato-quadro. Ficam excluídas, mais uma vez, as operações de cartão de pagamento da coligação contratual que é pressuposto da “comunicabilidade” ao contrato de crédito das vicissitudes do contrato de compra e venda ou de prestação de serviços que originou a obtenção de crédito ⁽²⁰⁾.

Persiste, por outro lado, no actual regime legal, o problema que se colocava já a propósito do diploma de 1991 relativamente à delimitação das operações de cartão de pagamento elegíveis como operações de crédito ao consumo para efeitos de aplicação do regime em questão. É que em

⁽²⁰⁾ Não abordamos aqui a questão de saber se esta “comunicabilidade” das excepções do contrato de fornecimento ao contrato de crédito, prevista em sede de crédito ao consumo, é adequada e se se justifica no caso particular do crédito obtido através da utilização de um cartão de plástico. Já tivemos a oportunidade de defender a desadequação da solução legal relativamente às hipóteses de pagamento mediante cartão (*O contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento electrónicos*, cit., p. 457 ss., em especial, pp. 485-491; cfr., também, sobre este ponto, as referências bibliográficas aí indicadas). Em sentido distinto, argumentando que a extensão das excepções dos contratos de consumo aos contratos individuais subjacentes à utilização dos cartões “contribui para a internalização pelos fornecedores de bens ou serviços dos custos derivados do incumprimento, total ou parcial, das suas obrigações”, sendo, portanto, uma solução aconselhada por uma análise económica do direito, vide MANUEL CASTILLA CUBILLAS, “La implementación de la nueva directiva de crédito al consumo...”, cit., pp. 82 e 97-101.

ambos os casos o legislador não tem em conta a distinção entre o contrato de base, de crédito, e os sucessivos contratos celebrados em sua aplicação mediante a apresentação do cartão. Não tem em conta, em suma, a repartição da operação de cartão de crédito em diferentes momentos contratuais distintos quando se trata de circunscrever o seu âmbito de aplicação subjectivo e objectivo. O contrato (de crédito) de utilização de um cartão de pagamento limita-se a potenciar a sua utilização em operações de consumo (tal como em operações “profissionais”), até um limite de crédito renovável, abrangendo pagamentos de todas as quantias (maiores e menores do que o limite mínimo estabelecido como relevante para efeitos de aplicação dos regimes do crédito ao consumo) e permitindo, muitas vezes, ao titular do cartão optar, no final de cada mês, por um pagamento integral do saldo em dívida ou o seu fraccionamento ao longo do tempo. Os critérios que foram seleccionados pelo legislador como relevantes para efeitos da inclusão dos contratos de crédito no âmbito dos regimes disciplinadores do crédito ao consumo só são passíveis de serem verificados em cada utilização concreta do cartão e não no contrato-quadro anterior, onde muitos destes aspectos se encontram, ainda, “em aberto”.

Porto, Novembro 2011.