A resposta do ordenamento jurídico português à contratação bancária pelo consumidor

Autor(es): Monteiro, António Pinto

Publicado por: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

URL persistente: URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/39787>

DOI: DOI:https://doi.org/10.14195/0870-4260_57-2_28

Accessed : 26-Apr-2023 13:19:08

A navegação consulta e descarregamento dos títulos inseridos nas Bibliotecas Digitais UC Digitalis, UC Pombalina e UC Impactum, pressupõem a aceitação plena e sem reservas dos Termos e Condições de Uso destas Bibliotecas Digitais, disponíveis em <https://digitalis.uc.pt/pt-pt/termos>.

Conforme exposto nos referidos Termos e Condições de Uso, o descarregamento de títulos de acesso restrito requer uma licença válida de autorização devendo o utilizador aceder ao(s) documento(s) a partir de um endereço de IP da instituição detentora da supramencionada licença.

Ao utilizador é apenas permitido o descarregamento para uso pessoal, pelo que o emprego do(s) título(s) descarregado(s) para outro fim, designadamente comercial, carece de autorização do respetivo autor ou editor da obra.

Na medida em que todas as obras da UC Digitalis se encontram protegidas pelo Código do Direito de Autor e Direitos Conexos e demais legislação aplicável, toda a cópia, parcial ou total, deste documento, nos casos em que é legalmente admitida, deverá conter ou fazer-se acompanhar por este aviso.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO

BOLETIM DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS

HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

VOLUME LVII Tomo II

2 0 1 4

Organizadores:

LUÍS PEDRO CUNHA
JOSÉ MANUEL QUELHAS
TERESA ALMEIDA

COIMBRA

A RESPOSTA DO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS À CONTRATAÇÃO BANCÁRIA PELO CONSUMIDOR *

1. Introdução

O tema que me foi proposto é muito vasto. Trata-se de saber que *resposta* dá a ordem jurídica portuguesa aos *problemas* que enfrenta o *consumidor de contratos bancários*, isto é, trata-se de conhecer as *soluções* do direito português aos *problemas* com que se debate o *consumidor* que é parte de *contratos bancários*.

A análise do tema implica ou convoca três pontos ou aspectos.

Teremos, em primeiro lugar, de saber quem é “*consumidor*”, para este efeito, se estamos a falar só do “consumidor” em sentido rigoroso, técnico-jurídico, ou se “consumidor” se identifica aqui com o *cliente* e, neste caso, com qualquer cliente ou, antes, só com o cliente que seja *pessoa singular/pessoa humana*, deixando de fora as pessoas colectivas/pessoas jurídicas.

* Texto que serviu de base à conferência de abertura do Seminário sobre “Aspectos actuales de la contratación bancaria”, organizado pelo Departamento de Direito Privado da Universidade Pública de Navarra, que decorreu em Pamplona, em 4 de Abril de 2014, e que agora se publica, com breves notas, nos Estudos em Homenagem ao Doutor Avelãs Nunes.

Em segundo lugar, teremos de apurar o que é um *contrato bancário*, como, quando e de que modo surge a relação contratual bancária e quais serão os contratos bancários a tomar em consideração, para o efeito aqui tido em vista.

Finalmente, importa responder à questão essencial que nos foi colocada, que é a de identificar os *problemas* que enfrenta o consumidor de contratos bancários e de ponderar as *soluções* em vigor.

Trata-se, como facilmente se compreende, de uma tarefa que, para ser completa, nos levaria a uma exposição longa e muito extensa. O tempo de que disponho não nos permite isso; e também não quero abusar da paciência de quem me ouve! Irei, pois, cingir-me ao essencial, procurando fornecer um retrato geral da situação na ordem jurídica portuguesa. Faço-o de acordo com os três aspectos que referi e sempre com a brevidade que o tempo exige.

2. O “consumidor” de contratos bancários

I. Começemos, então, pelo primeiro ponto: quem é “consumidor” de contratos bancários?

Portugal dispõe de uma Lei de Defesa do Consumidor (inicialmente, a Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto, hoje, a Lei n.º 24/96, de 31 de Julho), que define quem é o consumidor no n.º 1 do art. 2.º, nos seguintes termos:

“Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”.

Esta noção suscita alguns problemas e dificuldades. Desde logo, o de saber se as pessoas colectivas também são ou podem ser consumidores. A letra da lei deixa a resposta em aberto

(“*todo aquele a quem*”), embora nos pareça que, em rigor, só as pessoas singulares devem ser consideradas como “consumidores”, sem prejuízo, contudo, de o *regime jurídico* previsto para a defesa do consumidor poder *estender-se*, em certos casos, a algumas pessoas jurídicas.

Vai nesse sentido tanto o *Anteprojecto* como o *Projecto* do Código do Consumidor português, nos termos do qual

“considera-se consumidor a pessoa singular que actua para a prossecução de fins alheios ao âmbito da sua actividade profissional, através do estabelecimento de relações jurídicas com quem, pessoa singular ou colectiva, age enquanto profissional” (n.º 1 do art. 3.º do referido *Projecto*).

E logo os artigos seguintes procedem, por um lado, à “*extensão do regime*” e, por outro lado, às “*restrições*”, *beneficiando, no primeiro caso*, pessoas que não são consumidores ¹ e, no segundo caso, *retirando* esse benefícios a pessoas que, formalmente, são consumidores, mas que, num juízo material, não justificam essa protecção especial ².

¹ Artigo 4.º do mesmo *Projecto*:

“1 — As pessoas colectivas só beneficiam do regime que este Código reserva ao consumidor se provarem que não dispõem nem devem dispor de competência específica para a transacção em causa e desde que a solução se mostre de acordo com a equidade. 2 — O disposto no número anterior aplica-se também às pessoas singulares que actuem para a prossecução de fins que pertençam ao âmbito da sua actividade profissional”.

² Artigo 5.º:

“1 — O disposto neste diploma não afasta a aplicação dos princípios fundamentais acolhidos pela ordem jurídica, designadamente no tocante à proibição do abuso do direito. 2 — Em con-

Tal como está, a noção de “consumidor” da Lei de Defesa do Consumidor (a referida Lei n.º 24/96, abreviadamente LDC), em vigor, poderá suscitar dificuldades perante a noção de consumidor das várias Directivas da União Europeia, que *restringem à pessoa singular* a noção de consumidor e não o identificam só com quem *recebe* bens, serviços ou direitos, mas com quem *age ou actua* com fins alheios à sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional.

Essa a razão por que as várias leis e decretos-leis portugueses que transpõem directivas europeias tenham de consagrar, *repetidas vezes*, uma noção de consumidor *diferente* da que consta da LDC. Haja em vista, por último, bem recentemente, o Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro, que transpõe a Directiva 2011/83/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011; também este Decreto-Lei português consagra, no seu art. 3, alínea *c*), uma noção de consumidor que *não coincide* com a da LDC, mas que *respeita* a noção de consumidor prevista no n.º 1 do art. 2.º da referida Directiva 2011/83/UE.

Não adianta, pois, como explicámos logo no *Anteprojecto* do Código do Consumidor português, consagrar numa lei geral uma noção de consumidor que *não serve* para os múltiplos domínios em que a lei recorre a tal noção — mas com um sentido *diverso* — para delimitar o seu âmbito de aplicação! Se se consagra uma noção *legal* de consumidor — num código ou numa lei geral —, ela terá de servir para *todos* os casos em que se prevejam medidas que tenham como *desti-*

formidade com o disposto no número anterior, o tribunal ponderará, na situação concreta, de acordo com a equidade, se e em que medida deve ser aplicado o regime mais favorável ao consumidor, quando este, apesar de abrangido pelo art. 3.º, disponha ou deva dispor, em virtude da sua actividade e experiência profissional, de competência específica para a transacção em causa”.

natário o consumidor. Respeitando, naturalmente, a noção de consumidor no direito europeu.

II. Ultrapassada esta dificuldade, centremo-nos, então, no essencial da noção de consumidor.

Trata-se de uma noção *relacional*: de um lado temos o *profissional*, a agir *nessa qualidade*, e, do outro lado, temos alguém que *actua com fins alheios ao âmbito da sua actividade profissional*. É esta a noção *técnica*, rigorosa, de consumidor, aquela que está em conformidade com a lei.

Dito isto, é fácil verificar que há, na ordem jurídica portuguesa, muitos diplomas legais que, tendo nascido sob a “bandeira” da defesa do consumidor, *alargaram* o seu âmbito de aplicação a outros sujeitos, a todos os cidadãos, e não apenas àqueles que pudessem considerar-se “consumidores”, de acordo com a referida noção relacional.

Por outras palavras, foi a necessidade de *proteger o consumidor* que ditou várias leis, foi a *especial* necessidade de proteger o cidadão que se encontrasse na *posição* de consumidor que justificou a intervenção legislativa, mas, tomada esta decisão de intervir, o legislador *não se limitou* a estatuir medidas para protecção *do consumidor*, antes tendo levado tais medidas, por vezes, a um leque *mais alargado* de destinatários. Isto sem prejuízo, no entanto, de ter reservado para o consumidor medidas *especiais* de tutela ou de ter aplicado a este uma protecção *mais alargada*. Foi o que sucedeu, por exemplo, no domínio das cláusulas contratuais gerais, da responsabilidade do produtor e dos serviços públicos essenciais, cujo âmbito de aplicação abrange, respectivamente, o aderente, o lesado e o utente desses serviços, sem prejuízo, ainda assim, repete-se, de medidas especiais para o consumidor.

Essa a razão por que, tanto no *Anteprojecto* como no *Projecto* do Código do Consumidor português (arts. 13.º e 6.º, respectivamente), se diz expressamente, a respeito do seu *âmbito*

de aplicação, que o objectivo fundamental da defesa do consumidor, em conformidade com o imperativo constitucional correspondente (assumido logo no art. 1.º), “não obsta a que este Código abranja *outros destinatários*, desde que os preceitos em causa não limitem a sua aplicação ao *consumidor*”. Foi nossa intenção, com este preceito legal, *respeitar* o que se verifica *já hoje*, na legislação em vigor, nesses e em outros domínios ³.

III. Pois bem, dito isto, é chegado o momento de observar que também no domínio do direito bancário ocorre algo de semelhante ou de paralelo. Muitas das medidas de tutela que aí se prevêem têm como destinatários os *clientes*, “*tout court*”, ou *certa categoria de clientes* — pessoas singulares sobretudo —, ou, até, incluindo, por vezes, na espécie protegida, as pessoas jurídicas, desde que não sejam clientes institucionais, ainda que tais medidas possam ter surgido a pretexto ou por reivindicação dos movimentos de defesa do consumidor.

Por isso se afirma, nas obras da especialidade, que

“o direito bancário visa proteger o *crédito* (...). Mas a partir daí visa, *também*, a tutela dos *clientes* do banqueiro entre os quais, como segmento cada vez mais significativo, *os consumidores ou destinatários finais do circuito*” ⁴.

É certo que muitas das medidas legalmente consagradas no âmbito dos contratos bancários visam a protecção do

³ A este propósito, pode consultar-se a RLJ ano 135.º, n.º 3937, pp. 190, ss., onde fazemos uma breve apresentação do anteprojecto (*O Anteprojecto do Código do Consumidor*).

⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, 5.ª ed., com a colaboração de A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, Almedina, Coimbra, 2014, p. 315 (itálicos nossos).

consumidor *em sentido próprio*. É o que se passa, por exemplo, no domínio do *crédito ao consumo* e da *contratação a distância*; são os próprios diplomas legais que acolhem essas medidas que circunscrevem o seu âmbito de aplicação ao *consumidor*, dando a este conceito o *sentido técnico* que vimos acima, em conformidade com o correspondente teor das Directivas europeias que transpõem.

Mas há que contar com muitas outras medidas com que se depara no sector bancário, designadamente no campo da contratação, que visam — ou visam também — finalidades de *tutela dos destinatários*, sem os identificar, contudo, com os consumidores, mesmo que o legislador ou a doutrina as justifiquem com considerações gerais de protecção do consumidor.

Ainda que fora do âmbito dos contratos bancários, importa referir, a este propósito, desde logo, as *regras institucionais*, uma vez que os poderes de controlo, regulação e supervisão das instituições de crédito, visando directamente, em nome do interesse público, o funcionamento regular, estável, são e prudente do sistema bancário, visam também, ao mesmo tempo ou, pelo menos, indirectamente, a protecção dos depositantes e do sistema, dos “consumidores” de serviços bancários ⁵.

Uma referência especial, na mesma linha, deve fazer-se ao *Fundo de Garantia de Depósitos* (art. 154.º e ss. do RGICSF ⁶), que tem por objecto, justamente, garantir, até determinados

⁵ Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, pp. 315-316, e JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 321, ss.

⁶ Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, com muitas alterações posteriores e, por último, pelos Decretos-Lei n.º 18/2013, de 6 de Fevereiro, e n.º 63-A/2013, de 10 de Maio.

montantes, o reembolso de depósitos constituídos em instituições de crédito que nele participam.

Medida semelhante foi consagrada pelo *Sistema de Indemnização aos Investidores*, pelo Decreto-Lei n.º 222/99, de 22 de Junho, que transpõe a Directiva 97/9/CE, de 3 de Março. Mas é claro que sempre se poderá questionar se o investidor deve considerar-se também como consumidor, ainda que num conceito alargado.

Em suma, para concluir este primeiro ponto, tomaremos em consideração não só as — ou algumas das — medidas destinadas à defesa do consumidor em sentido próprio, como também outro tipo de medidas que, sem deixarem de proteger igualmente o consumidor, *alargam o seu âmbito de aplicação subjectivo a outros sujeitos da relação contratual bancária*. Protegido será o *cliente*, em alguns casos, seja ele “consumidor” em sentido técnico ou não — *maxime* o cliente pessoa singular —, e até, por vezes, certas pessoas jurídicas.

Dito isto, passemos ao segundo ponto da nossa abordagem temática.

3. O contrato bancário

I. Um primeiro problema que aqui se coloca, muito debatido e com forte implantação na doutrina germânica, é o de saber *como qualificar dogmaticamente* a relação do cliente com o banco.

Entre este e o cliente estabelece-se, via de regra ⁷, um relacionamento duradouro, no decurso do qual se vão prati-

⁷ A situação é diferente, como é óbvio, em várias outras situações, como, por ex., quando alguém se dirige a um banco, de que não é cliente, para adquirir ou vender divisas ou para obter o pagamento de um cheque sacado sobre esse banco.

cando vários actos (abertura de conta, emissão de cheques, de cartões bancários, depósitos, transferências, pagamentos, empréstimos, etc). Trata-se daquilo a que podemos chamar de *relação bancária geral*, que é uma relação complexa, no seio da qual se estabelecem entre as partes direitos e deveres de várias ordem, assentes numa relação de confiança e no princípio da boa fé, relação duradoura e na qual pontificam, entre outros, deveres de colaboração e de lealdade mútua, de protecção dos interesses do cliente, de prevenção, de diligência e de cuidado. *Mas como surge esta relação? E como se qualifica ela? Relação legal ou contratual?* ⁸

Uma primeira posição é a de quem entende que a relação bancária é constituída pelos *vários negócios* que se vão celebrando entre as partes, cada um deles *autónomo* em relação aos demais.

Uma segunda posição encara a relação bancária como uma “*relação obrigacional legal sem dever de prestação primário*”, afastando-se da doutrina do “*contrato bancário geral*” e recorrendo à doutrina da *responsabilidade pela confiança* ⁹. Nesta linha, entende-se que não existe uma relação contratual entre o banco e o cliente, antes uma simples relação de confiança a partir do “contacto negocial” vertido na “relação de negócios” que se estabelece entre ambos, sendo os deveres daí resultantes meros deveres legais. Essa relação de confiança

⁸ Sobre esta questão, entre nós, pode ver-se, por exemplo, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, pp. 253, ss., 284, ss., e 532, ss., JOÃO CALVÃO DA SILVA, *op. cit.*, pp. 331, ss., JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 478, ss., ALMENO DE SÁ, *Direito Bancário*, Coimbra Editora, 2008, pp. 9, ss., e MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 108, ss., e 148, ss.

⁹ Cfr. Claus-Wilhelm CANARIS, *Bankvertragsrecht*, 1, 3.^a ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1988, n.º 12 e ss.

implica que as partes fiquem adstritas a especiais deveres de cuidado e de protecção, cuja violação, a ocorrer, fará surgir uma *responsabilidade pela confiança*, que não se identificaria nem com a responsabilidade contratual nem com a responsabilidade extracontratual. Seria uma “terceira via” (*dritte Spur*), como foi catalogada.

Finalmente, uma terceira posição (tradicional, na Alemanha, mas aí combatida pela doutrina da confiança, que acabamos de referir) vê na relação entre o banco e o cliente uma relação contratual, que assenta num contrato, o “*contrato bancário geral*”.

Independentemente da *designação* mais adequada para exprimir esta *relação contratual* que se estabelece entre o banco e o cliente (se “contrato bancário geral”, se simplesmente “contrato bancário”), entendemos que a relação entre ambos é efectivamente uma *relação contratual*, que podemos chamar de *relação contratual bancária*. Como dissemos antes, é uma relação obrigacional complexa, duradoura, no seio da qual se estabelecem entre as partes direitos e deveres de vária ordem.

II. Dito isto, importa agora precisar alguns aspectos.

Em primeiro lugar, há que identificar o “acto nuclear” ou “negócio bancário nuclear” das relações entre o banco e o cliente, aquele que *inicia*, via de regra, a relação bancária, e a *regula* em certos termos. Está nessas condições o *contrato de conta* ou *contrato de abertura de conta*.

Este contrato assenta basicamente nas *condições gerais do banco* — ou, na terminologia adoptada em Portugal, assenta nas *cláusulas contratuais gerais do banco* — e, em menor medida, nos *usos bancários*.

Trata-se de um *contrato-quadro* (“contrat-cadre”, “Rahmenvertrag”, “contrato marco”), que surge como um “con-

trato de contratos”¹⁰, isto é, como um contrato em que as partes definem, logo de início, os termos da relação comercial e, designadamente, dos contratos que poderão vir a celebrar no futuro. Contratos esses, todavia, relativamente aos quais permanece a liberdade de contratar, não assumindo as partes nenhum vínculo prévio que suprima essa liberdade.

O contrato de conta é, assim, o “*contrato matriz*”, aquele que estabelece o *quadro geral da disciplina* dos futuros negócios entre as partes, sejam eles de depósito, de emissão de cheque, de cartões bancários, de crédito ao consumo, etc. Trata-se de um contrato legalmente *atípico* — mas dotado de uma evidente *tipicidade social* —, cuja conclusão traz associados outros contratos, com carácter necessário (por ex., a conta-corrente bancária), usual (por ex., depósito bancário) e eventual (por ex., convenção de cheque e emissão de cartões bancários).

III. Tendo em consideração a importância que assume a conta, pergunta-se: haverá um *direito à conta*? Isto é, poderá um qualquer cidadão *obrigar* um banco a *abrir uma conta*?

A pergunta faz todo o sentido e tem implicações com o tema desta intervenção, visto que proporcionar a todos os cidadãos *ter uma conta* é lutar também pela *protecção do consumidor*¹¹.

¹⁰ Cfr. MARIA RAQUEL GUIMARÃES, *O contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento electrónicos*, Coimbra Editora, 2011, p. 363 (expressão utilizada por LACRUZ BERDEJO e outros), bem como o nosso *Contratos de distribuição comercial*, Almedina, Coimbra, 2001 (3.^a reimp., 2009), p. 110 (n.º 25).

¹¹ É claro que o termo “consumidor” não é tomado aqui no seu sentido técnico-jurídico, atrás analisado, mas, antes, num sentido lato, identificando-o com o cidadão, com qualquer pessoa singular/pessoa humana.

Na verdade, ser cliente de um banco, *ter uma conta*, faz parte da vida de qualquer cidadão, seja para receber o seu vencimento, seja para usufruir das vantagens da utilização de cartões bancários. Compreende-se, assim, para protecção do “consumidor”, que o Estado possa *impor* a um banco, em determinados termos, a *abertura de uma conta*, com disponibilização de determinados serviços.

Mas essa imposição choca com o direito dos bancos de escolher os seus clientes, com base nos princípios da *liberdade contratual*, da *concorrência* e da *confiança* em que assenta a relação bancária.

Ainda assim, a possibilidade de acesso do cidadão a serviços bancários que só o “ter conta” disponibiliza é vista como de *interesse geral*, como “*serviço público*”, o que reclama dos bancos, pela utilidade social que se lhes reconhece e exige, uma outra atitude, que permita aos “excluídos” pelas regras de mercado o *acesso a serviços bancários básicos e fundamentais* ¹².

O legislador português consagrou uma medida de certo modo conciliadora, tendo instituído um *sistema de acesso aos serviços mínimos bancários* (Decreto-Lei n.º 27-C/2000, de 10 de Março, na redacção que lhe veio a dar a Lei n.º 19/2011, de 20 de Maio), que não é impositivo, dependendo da *adesão voluntária* das instituições de crédito, através da celebração de protocolos entre estas, o Banco de Portugal e “o membro do Governo responsável pela área da defesa do consumidor” (art. 7.º).

Na linha do que dissemos atrás, no sentido de que uma medida destas enquadra-se numa orientação de política-geral de *defesa do consumidor* (ainda que tomado este termo em sentido impróprio, identificando-o com qualquer cidadão,

¹² Cfr. especialmente CALVÃO DA SILVA, *op. e loc. cit.*, e JANUÁRIO GOMES, *op. e loc. cit.*

desde que — e só quando — pessoa singular: assim, logo o art. 1.º, n.º 1), repare-se que quem intervém, por parte do Governo, na celebração dos ditos protocolos é o membro “*responsável pela área da defesa do consumidor*”.

O “grande alcance social” desta medida é devidamente realçado no Preâmbulo do referido diploma legal:

“A indisponibilidade de certos serviços financeiros e bancários, além de óbice ao rápido acesso ou mesmo entrave à obtenção de bens e serviços, muitas vezes de carácter essencial, é susceptível de consubstanciar factor de exclusão ou estigmatização social”.

Por outro lado, acrescenta-se, verifica-se que

“as actuais regras de mercado neste sector tornam inacessível a alguns particulares os referidos serviços financeiros e bancários, pelo que é pertinente a intervenção do Estado na criação de condições que garantam, a esses cidadãos, a possibilidade de utilização dos mesmos serviços”.

Foi assim consagrado na ordem jurídica portuguesa o “*direito à conta*”, em determinados termos, dependendo, como dissemos, da *adesão voluntária* das instituições de crédito.

Estas disponibilizam às *pessoas singulares* que o solicitem, mediante celebração de *contrato de abertura de conta*, o acesso aos seguintes *serviços mínimos bancários* (arts. 1.º e 2.º): constituição, manutenção, gestão e titularidade de conta de depósito à ordem; titularidade de cartão de débito; acesso à movimentação da conta através de caixas automáticas, serviço de *home-banking* e balcões da instituição de crédito; acesso às operações que se consubstanciem em depósitos, levantamentos, pagamentos de bens e serviços, débitos directos e transferências interbancárias nacionais; e disponibilização de extractos trimestrais, em papel se solicitado, discriminativos dos movimen-

tos da conta nesse período ou disponibilização de caderneta para o mesmo efeito.

Cada pessoa tem direito a *uma única conta*, devendo o candidato à conta assinar uma declaração de onde conste que *não é titular* de outra conta bancária e autorize o banco a confirmar que *não existem* cartões de crédito e de débito a seu favor.

Daí que as instituições de crédito possam *resolver* o contrato se o seu titular possuir, durante a vigência do mesmo, uma outra conta bancária. Assim como podem proceder ao *cancelamento* da conta, *denunciando* o contrato, decorrido que esteja pelo menos um ano após a sua abertura se, nos seis meses anteriores à denúncia, a conta apresentar um saldo médio anual inferior a 5% da remuneração mínima garantida e não tiverem sido realizadas quaisquer operações bancárias nesse mesmo período de tempo.

Dito isto, passamos a analisar o último ponto da nossa intervenção, relativo aos problemas que enfrenta o consumidor de contratos bancários e de ponderar as soluções em vigor. Evidentemente que algumas dessas soluções foram já adiantadas, como a do “direito à conta” e das medidas de protecção de depositantes e investidores não institucionais. Mas vejamos agora quais são as soluções que mais de perto ou mais directamente visam a protecção do consumidor de contratos bancários.

4. Protecção do “consumidor” de contratos bancários

I. Importa esclarecer, em primeiro lugar, que um contrato bancário pressupõe, à partida, obviamente, que uma das partes seja um *banco* (ou uma instituição de crédito). Mas é claro que nem todos os contratos celebrados pelos bancos assumem a natureza de contratos bancários. É necessário que

se trate, em rigor, de uma *operação de banco*, isto é, que o contrato esteja ligado à *especificidade da actividade bancária*.

Como vimos atrás, o modo típico de celebração de contratos bancários é através de *condições ou cláusulas contratuais gerais*. É o que se passa, desde logo, com o contrato de abertura de conta; mas é o que ocorre, igualmente, na generalidade dos contratos bancários, que são *contratos de adesão* formados com base nas condições negociais gerais do banco.

As vantagens de *racionalização, celeridade e eficácia* que este modo de contratar proporciona, aliadas à *integração* dos muitos aspectos *lacunosos*, por ausência ou insuficiência da regulamentação legal, num domínio muito técnico e em constante mutação, tudo isso explica que os contratos bancários constituam um dos *sectores de eleição* da celebração de contratos através de condições ou cláusulas contratuais gerais previamente redigidas pelo banco (ou pela associação respectiva), a que a contraparte se limita a aderir.

As características de que se rodeia este modo de vinculação negocial tornam-no perigoso para o aderente, “maxime” quando ele é mero consumidor. Isto porque as cláusulas são *prévia e unilateralmente* redigidas, *sem negociação*. É natural, assim, por um lado, que o aderente *desconheça* as cláusulas do contrato que vai celebrar e, por outro lado, que quem *predetermina* (o banco) as cláusulas acautele devidamente — ou, até, *abusivamente* — os seus interesses, em prejuízo do consumidor.

Há, portanto, problemas para o consumidor logo no plano do *consentimento*, por correr o sério risco de aderir — e, portanto — aceitar cláusulas que *desconhece*. Mais grave ainda, a ausência de negociações relativamente às cláusulas predispostas pelo banco faz temer, como dissemos, que haja *cláusulas abusivas*, pelo que se impõe um juízo sobre o próprio *conteúdo* do contrato. Finalmente, para vencer a *inércia* do consumidor, que raramente arriscará envolver-se num litígio contra um contraente tão poderoso, assim como para *adequar a sanção* à

índole deste modo de contratar, impõe-se tomar medidas também no *plano processual*.

A ordem jurídica portuguesa dispõe, já desde 1985, de um importante diploma legal — o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, modificado em 1995 e, de novo, em 1999 (Decretos-Leis n.º 220/95, de 31 de Agosto, e n.º 249/99, de 7 de Julho, respectivamente) ¹³ — que não restringe o seu âmbito de aplicação ao consumidor, constituindo, antes, um modo de controlar esta *técnica contratual*, em si mesma, seja qual for a qualidade do aderente. De todo o modo, a lei *intensifica* a sua protecção, *alargando-a*, quando a contraparte da empresa — neste caso, do banco — for um *consumidor*.

As soluções que a lei consagra são, muito em síntese, as seguintes ¹⁴.

Em primeiro lugar, para combater o risco de o consumidor se comprometer desconhecendo as cláusulas da empresa, a lei obriga-a a comunicá-las previamente e na íntegra ao aderente, assim como a obriga a prestar as informações adequadas. O *ónus da prova* de que estes *deveres de comunicação* e

¹³ Não mencionamos o Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro, porque este diploma legal teve por único objectivo o de converter em euros a referência a escudos (pese embora os lapsos em que o legislador incorreu: pode ver-se, a propósito, o nosso *Cláusulas contratuais gerais: da desatenção do legislador de 2001 à indispensável interpretação correctiva da lei*, in “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Heinrich Ewald Hörster”, Livraria Almedina, Coimbra, 2012, pp. 141, ss.).

¹⁴ Pode ver-se ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, com indicações bibliográficas, *O novo regime jurídico dos contratos de adesão/Cláusulas contratuais gerais*, in “Revista da Ordem dos Advogados” (ROA), ano 62, Lisboa, 2002; Idem, *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, in ROA, ano 46, Lisboa, 1986, pp. 733, ss.; Idem, *El problema de las condiciones generales de los contratos y la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores*, in “Revista de Derecho Mercantil”, RDM, n.º 219, Madrid, 1996, pp. 79, ss.

de *informação* foram cumpridos compete à empresa, neste caso, ao banco. E o não cumprimento desses deveres tem como consequência que as cláusulas *não farão parte do contrato*, consideram-se dele *excluídas* (cfr. arts. 5.º, 6.º e 8.º).

Perante a dificuldade que se depara aos bancos de virem a provar terem tomado as medidas adequadas e idóneas para que o aderente conheça e compreenda o sentido e o alcance das cláusulas do contrato a que se submete, é prática corrente entregarem os bancos uma *declaração*, que os clientes assinam, onde se afirma terem aqueles cumprido os deveres de informação a que estão adstritos, ao mesmo tempo que os clientes declaram conhecer e compreender o sentido e o alcance do contrato que subscrevem, os riscos a que se submetem, etc.

Qual o *valor* deste tipo de declarações?

A nosso ver, o seu valor não é absoluto. Uma declaração dessas, por si só, pode não chegar como meio de prova de que os deveres de informação a que o banco está adstrito foram adequadamente cumpridos. Mas também não pode ficar-se indiferente a ela, como se não existisse. Temos entendido, a este respeito, que essa declaração *inverte*, em princípio, o *ônus da prova*: terá de ser o cliente, que assina uma declaração a dizer que lhe foram prestadas todas as informações de que necessitava, que conhece e compreende o sentido do contrato que celebrou e que está consciente dos riscos que corre, *terá de ser o cliente*, dizíamos, que assina uma declaração deste teor, *a ter de vir a provar o contrário do que afirma nessa declaração*.

É o princípio da *auto-responsabilidade* que aconselha esta solução. Só não seria assim se tal declaração fosse inválida por algum motivo. Mas continuaria a recair sobre o cliente o *ônus da respectiva prova* em sede de anulação da mesma.

É claro, no entanto, para concluir, que se deve ser *prudente* nesta matéria, devendo ser-se especialmente cauteloso se, por exemplo, o declarante afirma ter conhecido e compreendido

perfeitamente expressões de elevada sofisticação e rigor técnico, que pressupõem, além do mais, uma importante formação económico-financeira, quando a formação dele não passou da instrução primária... A não ser, porventura, que o declarante tenha larga experiência e/ou se tenha feito acompanhar de alguém com essa formação e que o tenha esclarecido devidamente. É sempre indispensável, pois, uma particular atenção pelo *caso concreto*.

Se os deveres de comunicação e de informação tiverem sido cumpridos e, portanto, as cláusulas fizerem parte do conteúdo do contrato, há um segundo nível de controlo, desta vez, um *controlo de fundo*, destinado a fiscalizar directamente o conteúdo das próprias cláusulas a fim de *proibir as que forem abusivas*.

Para o efeito, a lei enumera longas listas de cláusulas que proíbe de *modo absoluto*, ao lado de outras que envolvem *proibições relativas*, deixando ainda para o princípio da *boa fé* a fiscalização de outras cláusulas que possam justificar, a esta luz, a respectiva proibição, apesar de não constarem daquelas listas, as quais consagram proibições meramente *exemplificativas* e não exaustivas de cláusulas abusivas.

Acrescente-se que as proibições se aplicam tanto nas relações entre empresários ou entidades equiparadas como nas relações com consumidores. Mas neste último caso o elenco de proibições é *mais vasto*, evidenciando a lei uma *preocupação especial* em controlar o contrato quando a contraparte for um *consumidor*, em ordem à protecção deste (cfr. arts. 15.º a 23.º).

A sanção que fere as cláusulas proibidas é a *nulidade*, podendo o aderente optar, em princípio, pela manutenção do contrato na parte restante (arts. 12.º a 14.º).

Finalmente, para superar a *inércia* do consumidor e a fim de *adequar* a solução à especificidade deste modo de contratar, a lei consagrou uma importante medida processual, a chamada *acção inibitória* (art. 24.º e ss).

Por um lado, confere-se *legitimidade activa* a várias entidades, como associações de defesa do consumidor, associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos e ao Ministério Público para intentar a acção inibitória. Por outro lado, atribui-se à sentença que venha a proibir a utilização de cláusulas contratuais gerais *eficácia “erga omnes”*, ainda que só do lado activo, permitindo-se a qualquer pessoa que seja parte num contrato com a empresa condenada na acção inibitória a invocação da sentença. Com isto obter-se-á de imediato a declaração de *nulidade* das cláusulas proibidas na referida sentença e faz-se incorrer a empresa numa *sanção pecuniária compulsória* (semelhante à “astreinte” francesa).

Trata-se, em suma, de um *controlo preventivo*, destinado a impedir que a empresa venha a utilizar cláusulas contratuais gerais proibidas por lei.

Numa palavra final, estamos perante um conjunto de medidas de inegável importância e que conhece já hoje uma rica e abundante jurisprudência. O *consumidor de contratos bancários* goza, assim, de importantes medidas de protecção, ainda que, por força da Directiva 93/13/CEE, a lei tenha isentado certos serviços financeiros de algumas das proibições consagradas no art. 22.º (cfr. os n.ºs 2 e 3 deste artigo). Mas o grosso das proibições específicas relativas a cláusulas contratuais gerais *aplica-se às condições utilizadas pelos bancos* no seu relacionamento contratual com os consumidores. Trata-se, pois, como é geralmente reconhecido, “de um aspecto fulcral na tutela do consumidor de produtos financeiros”¹⁵.

II. Neste contexto, ainda a propósito do *modo de formação do contrato*, é oportuno recordar que alguns dos contratos bancários poderão ser celebrados através de *meios de comuni-*

¹⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *op. e loc. cit.*

cação a distância. Há, assim, que ter em conta as medidas que, nessa sede, têm sido tomadas para salvaguardar os interesses legítimos dos consumidores.

Inicialmente, esta matéria foi regulada pelo Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de Abril, que transpôs a Directiva 85/577/CEE, do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais. Entretanto, surgiu a Directiva 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, que levou à publicação do Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril, que a transpôs, tendo consagrado não só as regras aplicáveis aos contratos celebrados a distância e aos contratos celebrados no domicílio, como também considerou ilegais determinadas formas de venda de bens ou de prestação de serviços assentes em processos de aliciamento enganosos. Este diploma legal acaba de ser revogado pelo recente Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro, que reformula as regras aplicáveis aos contratos à distância e aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial e transpõe a Directiva 2011/83/EU, do Parlamento Europeu do Conselho, de 25 de Outubro de 2011 (ainda que só apenas neste domínio, não tocando nas matérias abrangidas pelas Directivas 93/13/CEE e 1999/44/CE, que a Directiva de 2011 alterou).

Numa brevíssima síntese sobre as medidas previstas no Decreto-Lei n.º 24/2014, começamos por salientar que se trata de um diploma que visa proteger o *consumidor*, no sentido técnico-jurídico que o direito europeu vem atribuindo a este conceito e de que já acima demos conta (cfr. arts. 2.º, n.º 1, e 3.º, alínea c).

No regime jurídico consagrado avulta o extenso e meticoloso *dever de informação pré-contratual* a cargo do fornecedor de bens ou prestador de serviços (art. 4.º), assim como os *requisitos de forma* a cumprir por este (art. 5.º).

O *direito de arrependimento* é atribuído ao consumidor através de um designado “*direito de livre resolução do contrato*” (arts. 10.º a 17.º), no prazo de 14 dias, que o consumidor exercerá “*ad nutum*” ou “*ad libitum*”.

Finalmente, uma simples alusão ao pagamento por cartões de crédito ou de débito, determinando a lei que se houver utilização fraudulenta do cartão pode o consumidor solicitar a *anulação* do pagamento e a consequente *restituição* dos montantes debitados (art. 18.º, n.º 1).

Note-se, porém, que à semelhança do que já sucedia com o anterior Decreto-Lei n.º 143/2001, também agora o actual Decreto-Lei n.º 24/2014 *exclui* do seu âmbito de aplicação, entre várias outras situações, os “*contratos relativos a serviços financeiros*” (al. a) do n.º 2 do art. 2.º). Daí que estes serviços continuem a gozar do *regime específico* que foi consagrado pelo Decreto-Lei n.º 95/2006 (com a alteração que foi introduzida ao art. 2.º, al. d), pelo art. 5.º do Decreto-Lei n.º 242/2012, de 7 de Novembro), que transpôs a Directiva 2002/65/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro, relativa, precisamente, à *comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores*.

Trata-se, também aqui, de um diploma legal que visa proteger o *consumidor*, de acordo com a noção técnico-jurídica do direito europeu (arts. 1.º e 2.º, alínea e), não lhe sendo lícito *renunciar* aos direitos que a lei lhe confere (art. 5.º).

Entre as medidas previstas, destacamos a *proibição de serviços financeiros não solicitados* (art. 7.º); a necessidade de *consentimento prévio* do consumidor para o envio de comunicações não solicitadas ou, em certos casos, a *não oposição do consumidor* (art. 8.º); sendo o consumidor português, a utilização necessária da *língua portuguesa*, excepto se ele aceitar a utilização de outro idioma (art. 9.º); e a cuidadosa

observância de uma *informação pré-contratual* pormenorizada, relativa, designadamente, ao prestador de serviços, ao serviço financeiro, ao contrato e aos mecanismos de protecção (arts. 11.º-18.º).

Destaque, ainda, merece o chamado “*direito de livre resolução do contrato*”, extensamente regulado nos arts. 19.º a 25.º, assim como a *fiscalização* do cumprimento da lei pelas entidades competentes (arts. 26.º-28.º), podendo os litígios ser submetidos aos *meios extrajudiciais de resolução de litígios* que venham a ser criados (art. 29.º).

III. Um outro sector essencial da defesa do consumidor de serviços financeiros é o da concessão de *crédito ao consumo*.

O crédito desempenha um papel fundamental na economia de qualquer país; no tocante aos consumidores, a concessão de crédito permite-lhes ter acesso a bens e serviços a que, de outro modo, dificilmente acederiam. Mas o reverso da medalha é perigoso, pois a concessão de crédito irresponsável cria um mundo ilusório de facilidades, levando o consumidor a *endividar-se* em excesso, para lá do que lhe permitem os seus rendimentos — a *sobreendividar-se* —, com problemas familiares e sociais quantas vezes terríveis e com repercussões negativas para a própria vida económica e financeira do país. Daí a preocupação do legislador, designadamente do legislador europeu, em tomar medidas de vária ordem, desde logo, de ordem preventiva, para *disciplinar* a concessão de crédito a consumidores.

Em Portugal, este contrato está hoje regulado pelo Decreto-Lei n.º 133/2009 (LCC), de 2 de Junho, que transpõe a Directiva 2008/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril. Antes deste, o Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de Setembro, agora revogado, transpusera já as Directivas

87/102/CEE, de 22 de Dezembro, e 90/88/CEE, de 22 de Fevereiro ¹⁶.

Numa brevíssima referência ao regime em vigor, começamos por salientar ser este um diploma cujo âmbito de aplicação se restringe *ao consumidor* (art. 1.º, n.º 2), que a lei define, na esteira da Directiva, como a pessoa singular que actua com objectivos alheios à sua actividade comercial ou profissional (art. 4.º, alínea *a*)), tratando-se, também aqui, portanto, do consumidor em sentido próprio, técnico-jurídico. Ainda no tocante a definições, importa referir que a lei define o contrato de crédito como o contrato pelo qual um credor concede ou promete conceder a um consumidor um crédito sob a forma de diferimento de pagamento, mútuo, utilização de cartão de crédito ou qualquer outro acordo de financiamento semelhante (al. *c*) do mesmo art. 4.º). Não tendo o credor de ser necessariamente um banco, é sabido, no entanto, que a grande maioria do crédito aos consumidores é concedido por instituições de crédito.

Com a preocupação assumida de defender o consumidor, são adoptadas várias medidas, a que lei confere natureza *imperativa*, não podendo o consumidor renunciar aos direitos concedidos, sendo *nula* qualquer convenção em contrário. Assim como a lei fere de nulidade as situações em *fraude à lei* (arts. 26.º e 27.º).

¹⁶ Cfr. PAULO DUARTE, *A posição jurídica do consumidor na compra e venda financiada: Confronto entre o Regime em vigor (RJCC) e o Anteprojecto do Código do Consumidor (AntpCCONS.)*, in “Estudos de Direito do Consumidor”, Centro de Direito do Consumo, Director António Pinto Monteiro, n.º 7, Coimbra, 2005, pp. 379 e ss., e FERNANDO GRAVATO MORAIS, *Contratos de crédito ao consumo*, Livraria Almedina, Coimbra, 2007, Idem, *União de contratos de crédito e de venda para consumo: situação actual e novos rumos*, nos mesmos “Estudos”, pp. 279 e ss.

Em síntese, de entre essas medidas destacamos, na fase pré-contratual, os extensos *deveres de informação* pré-contratuais (arts. 6.º e 8.º); a grelha de *menções obrigatórias* às mensagens publicitárias que visam promover os contratos de concessão de crédito (art. 5.º); o *dever de assistência ao consumidor*, “por forma a colocá-lo em posição que lhe permita avaliar se o contrato de crédito proposto se adapta às suas necessidades e à sua situação financeira” (art. 7.º, tal como, hoje, também o n.º 2 do art. 77.º do RGICSF); e o *dever de avaliação da solvabilidade do consumidor* (“Responsible Lending”), “com base em informações que para tal sejam consideradas suficientes, se for caso disso obtidas junto do consumidor que solicita o crédito e, se necessário, através da consulta a bases de dados de responsabilidades de crédito (...)” (art. 10.º do mesmo Decreto-Lei, mas com a redacção que lhe foi introduzida pelo art. 88.º do Decreto-Lei n.º 72-A/2010, de 18 de Junho).

Na fase da conclusão do contrato, destacamos a *exigência de forma escrita* (o que constitui um desvio ao princípio geral da liberdade de forma consagrado no art. 219.º do C.C., mas vai de encontro a um certo “renascimento da forma”, nos contratos de consumo, para protecção do consumidor), assim como a obrigatoria inclusão no contrato de vários elementos, em ordem a fornecer-lhe informação plena sobre o contrato e sobre o esforço e o custo do crédito, mormente a TAEG: Taxa Anual de Encargos Efectiva Global (arts. 12.º e 13.º).

Relativamente ao conteúdo do contrato, merece especial referência o controlo efectuado através da imposição de *limites* à TAEG, a qual determinará que o contrato seja tido como *usurário* se exceder em um quarto, no momento da sua celebração, a TAEG média praticada pelas instituições de crédito no trimestre anterior, para cada tipo de contrato de crédito ao consumo; e ainda que não exceda esse limite, é igualmente tido como usurário o contrato de crédito cuja TAEG, no momento da celebração do contrato, “ultrapasse em 50%

a TAEG média dos contratos de crédito aos consumidores celebrados no trimestre anterior” (art. 28.º, n.ºs 1 e 2, na redacção que lhe foi conferida pelo art. 2.º do Decreto-Lei n.º 42-A/2013, de 28 de Março).

Um lugar de destaque deve reservar-se para o chamado “*direito de livre revogação do contrato*” (art. (17.º), expressão do *direito de arrependimento* que vai fazendo curso nos contratos de consumo, num *desvio* evidente ao tradicional princípio de que *pacta sunt servanda*, dispondo o consumidor de um prazo de 14 dias para se desvincular, sem necessidade de indicar qualquer motivo.

Também a *coligação* entre o contrato de crédito e os contratos que têm por objecto os bens ou serviços (compra e venda ou prestação de serviço) cuja aquisição é financiada conduz a soluções que *afastam* os efeitos “*segregacionistas*” que resultariam da aplicação estreme do princípio da *relatividade* dos contratos. A este respeito, o art. 18.º determina que a invalidade ou a ineficácia do contrato de crédito coligado repercute-se, na mesma medida, no contrato de compra e venda e, vice-versa, que a invalidade ou a revogação deste se repercute, na mesma medida, no contrato de crédito coligado. A lei prevê, ainda, a repercussão do incumprimento, pelo profissional, do contrato de aquisição no contrato de crédito.

Finalmente, no próprio plano do *incumprimento* do contrato de crédito a lei consagrou especiais medidas de tutela do consumidor. Assim, segundo o art. 20.º, a invocação, pelo credor, da *perda do benefício do prazo* e a própria *resolução* do contrato dependem de um especial *grau de gravidade* do incumprimento pelo consumidor: por um lado, falta de pagamento de duas prestações sucessivas que exceda 10% do montante total do crédito e, por outro lado, que o credor haja concedido ao consumidor, sem sucesso, um prazo suplementar mínimo de 15 dias para proceder ao pagamento das prestações em atraso, acrescidas da eventual indemnização devida, com a

expressa advertência dos efeitos da perda do benefício do prazo ou da resolução do contrato.

IV. A este respeito, para *prevenir e regular* o incumprimento do contrato de crédito por parte do consumidor, consagrou-se em Portugal, em 2012, pelo Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de Outubro, um conjunto de princípios e regras a observar pelas instituições de crédito “*no acompanhamento e gestão de situações de risco de incumprimento*”, por um lado, e “*na regularização extrajudicial das situações de incumprimento das obrigações de reembolso do capital ou de pagamento de juros remuneratórios por parte dos clientes bancários*”, por outro lado, tendo-se ainda criado “*uma rede de apoio a clientes bancários no âmbito da prevenção do incumprimento e da regularização extrajudicial das situações de incumprimento de contratos de crédito*” (art. 1.º). Trata-se de um diploma legal que se aplica *apenas a consumidores* em sentido técnico, uma vez que o legislador remete (no art. 3.º, al. a)) a definição de “cliente bancário” para a noção de *consumidor* da LDC.

A *razão de ser* deste conjunto de medidas vem explicada no próprio preâmbulo do Decreto-Lei n.º 227/2012, destacando-se a preocupação pela “*concessão responsável de crédito*” e o objectivo de

“estabelecer um conjunto de medidas que (...) promovam a prevenção do incumprimento e, bem assim, a regularização das situações de incumprimento de contratos celebrados com consumidores que se revelem incapazes de cumprir os compromissos financeiros assumidos perante instituições de crédito por factos de natureza diversa, em especial o desemprego e a quebra anómala dos rendimentos auferidos em conexão com as actuais dificuldades económicas”.

Para o efeito, impõe-se ao banco o “dever de acompanhamento da execução dos contratos de crédito” (art. 9.º),

tendo em vista, sobretudo, a detecção de “*indícios de degradação da capacidade financeira do cliente*”, e o dever de “*avaliação e de apresentação de propostas*” (art.10.º), determinando o legislador, no art. 11.º, n.º 1, que

“as instituições de crédito estão obrigadas a elaborar e a implementar um *Plano de Ação para o Risco de Incumprimento (PARI)*, que descreva detalhadamente os procedimentos e as medidas adotados para o acompanhamento da execução dos contratos de crédito e a gestão de situações de risco de incumprimento”.

Nos termos do n.º 2 do art. 11.º, o PARI deve especificar:

- a) Os procedimentos adotados para o acompanhamento permanente e sistemático da execução dos contratos de crédito;
- b) Os factos que, no âmbito dos procedimentos aludidos na alínea anterior, são considerados como indícios da degradação da capacidade financeira do cliente bancário para cumprir as obrigações decorrentes do contrato de crédito;
- c) Os procedimentos desenvolvidos para a recolha, o tratamento e a análise da informação referente a clientes bancários que estejam em risco efetivo de incumprimento;
- d) Os procedimentos implementados para o contacto com os clientes bancários em risco efetivo de incumprimento, incluindo, designadamente o prazo para a realização do primeiro contacto após a detecção de um dos factos a que se alude na alínea b), o qual não pode exceder 10 dias;
- e) As soluções suscetíveis de serem propostas aos clientes bancários em risco efetivo de incumprimento;
- f) As estruturas responsáveis pelo desenvolvimento dos procedimentos e ações previstas no PARI, indicando, com detalhe, as respetivas competências e descrevendo os mecanismos previstos para a sua articulação com outras estruturas ou entidades potencialmente envolvidas nesses procedimentos e ações;

- g) Os planos de formação dos trabalhadores a quem sejam atribuídas tarefas no âmbito do PARI;
- h) Os prestadores de serviços de gestão do incumprimento responsáveis pelo desenvolvimento de procedimentos e ações previstos no PARI, caso existam, detalhando os serviços contratados e os mecanismos previstos para a sua articulação com as estruturas ou com outras entidade potencialmente envolvidas nesses procedimentos e ações.”

Por outro lado, nos termos do art. 12.º, “*as instituições de crédito promovem as diligências necessárias à implementação do Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento (PERSI) relativamente a clientes bancários que se encontrem em mora no cumprimento de obrigações decorrentes de contratos de crédito*”.

O PERSI compreende 3 fases: a “*fase inicial*”, correspondente ao desencadeamento do procedimento, que, em algumas hipóteses, é obrigatório para o banco (art. 14.º); a “*fase de avaliação e proposta*” (art. 15.º), em que o banco, uma vez analisada a situação financeira do cliente, deve apresentar-lhe “uma ou mais propostas de regularização”; e uma fase eventual de “*negociação*” (art. 16.º), que se abre quando o cliente recuse as propostas do banco.

A respeito dos efeitos da “pendência” do PERSI, estabelece o n.º 1 do art. 18.º que,

“no período compreendido entre a data de integração do cliente bancário no PERSI e a extinção deste procedimento, a instituição de crédito está impedida de:

- a) Resolver o contrato de crédito com fundamento em incumprimento;
- b) Intentar ações judiciais tendo em vista a satisfação do seu crédito;

- c) Ceder a terceiro uma parte ou a totalidade do crédito; ou
- d) Transmitir a terceiro a sua posição contratual”.

Trata-se, como se vê, de uma iniciativa bem intencionada, num ambiente de forte crise económica e financeira e de acentuado desemprego, com o consequente aumento do incumprimento dos contratos de crédito pelos consumidores. Daí a necessidade de um acompanhamento mais próximo pelas instituições de crédito, tanto para *prevenir* situações de incumprimento (PARI) como, num segundo momento, para *regularizar* tais situações (PERSI), designadamente através de um acordo ou de propostas adequadas à situação financeira, objectivos e necessidades do consumidor. E com a preocupação de tornar *eficaz* tal conjunto de medidas, a lei prevê a criação de uma *rede* que apoie os consumidores em dificuldades financeiras.

V. Ainda no tocante a situações de incumprimento do contrato de crédito, merece uma referência especial o “regime extraordinário de protecção dos devedores de crédito à habitação que se encontrem em situação económica muito difícil”, previsto na Lei n.º 58/2012, de 9 de Novembro. Trata-se de um regime *extraordinário*, como se disse, que vigorará até 31 de Outubro de 2015, mas que poderá ser prorrogado, após avaliação dos resultados da sua aplicação (art. 38.º).

Este regime aplica-se

“às situações de incumprimento de contratos de mútuo celebrados no âmbito do sistema de concessão de crédito à habitação destinado à aquisição, construção ou realização de obras de conservação e de beneficiação de habitação própria permanente de agregados familiares que se encontrem em situação económica muito difícil e apenas quando o imóvel em causa seja a única habitação do agregado

familiar e tenha sido objeto de contrato de mútuo com hipoteca” (art. 2.º).

Uma vez requerido, pelo mutuário à instituição de crédito, nos termos que a lei prevê, o acesso ao regime em causa, fica a instituição de crédito mutuante “*impedida de promover a execução da hipoteca* que constitui garantia do crédito à habitação até que cesse a aplicação das medidas de protecção previstas na presente lei” (art. 9.º).

O legislador prevê três tipos de medidas: (i) “*plano de reestruturação da dívida*” (art. 10.º), que pode envolver a fixação de período de carência, a prorrogação do prazo de amortização do empréstimo, a redução do *spread* ou a concessão de um empréstimo adicional; (ii) “*medidas complementares*” (art. 19.º) ao plano de reestruturação, quando este se mostre inviável ou não seja cumprido pelo devedor; (iii) “*medidas substitutivas da execução hipotecária*” (art. 20.º), designadamente, dação em cumprimento do imóvel hipotecado, alienação a um Fundo de Investimento Imobiliário para Arrendamento Habitacional e “permuta por habitação de valor inferior” (art. 21.º).

Em ordem a facilitar a aplicação destas medidas, determina a lei que as instituições de crédito devem disponibilizar aos clientes bancários *informação simples e clara* sobre este regime de protecção (art. 33.º) ¹⁷.

¹⁷ Muito debatida e comentada na comunicação social portuguesa foi uma Sentença do Tribunal de Portalegre de 4 de Janeiro de 2012, numa situação em que estava em causa a venda judicial de um imóvel hipotecado a favor de um banco por força de uma dívida de um crédito de habitação. O produto da venda do imóvel foi insuficiente para pagar essa dívida, tendo ficado assim ainda em dívida um montante considerável. O imóvel, nessa venda judicial, fora adjudicado ao credor hipotecário por 70% do valor patrimonial, tendo sido a proposta do banco a única oferecida na diligência respectiva. O Tribunal decidiu que a manutenção da obrigação de pagamento da dívida para além do valor da adjudicação configuraria uma situa-

VI. Neste contexto e a este propósito, debate-se actualmente em Portugal o problema da *penhora e venda*, pelo *Fisco*, de imóveis destinados a *habitação própria e permanente*, quando os seus proprietários se encontrem em situação de *desemprego* ou de *insuficiência económica*.

Beneficiando os bancos de uma *hipoteca* sobre tais imóveis, e colocando o *Fisco* as casas à venda *por uma fracção do seu valor*, o montante obtido com a venda da casa penhorada nem sempre chega para saldar a hipoteca nem para fazer face à dívida que o contribuinte tem ao *Fisco*. O que acaba por implicar que o *Fisco* “*ande a trabalhar para os bancos*”, acusam os críticos que desejam alterar esta situação, pois a *hipoteca* de que os bancos beneficiam concede-lhes *prioridade* na venda da casa penhorada, não chegando sequer, muitas vezes, para saldar a hipoteca ¹⁸.

É que o “regime extraordinário de protecção dos devedores de crédito à habitação”, previsto na Lei n.º 58/2012 (de que

ção de *abuso do direito*, assim como constituiria, designadamente, uma situação de *enriquecimento sem causa*. Mas parece ser um caso isolado na jurisprudência portuguesa. Na doutrina, comentando criticamente esta sentença, cfr. MAFALDA MIRANDA BARBOSA e DIOGO DUARTE CAMPOS, *A Decisão do Tribunal de Portalegre, 4 de Janeiro de 2012, Breve Anotação*, in “Boletim da Faculdade de Direito”, ano 88, Coimbra, 2012, pp. 379, ss.; e ISABEL MENÉRES CAMPOS, *Comentário à (muito falada) sentença do Tribunal Judicial de Portalegre de 4 de Janeiro de 2012*, in “Cadernos de Direito Privado”, n.º 38, Braga, 2012, pp. 3 e ss.

¹⁸ Segundo o “Diário Económico” de 28 de Fevereiro de 2014, só em 2012 e 2013 o *Fisco* executou e vendeu 55.984 imóveis. E acrescenta que, de acordo com os dados a que teve acesso, o *Fisco* apenas conseguiu arrecadar 15,9% das dívidas que avançaram para a fase de cobrança coerciva (apesar de neste valor estarem incluídos todos os bens penhorados e não apenas os imóveis). Ainda segundo o mesmo “Diário Económico”, embora a lei exija que “o valor base de licitação seja fixado em 85% do valor patrimonial dos imóveis, o Estado coloca-os à venda geralmente por 30% a 50% do mesmo, chegando em alguns casos a 70%”.

falámos no ponto anterior), foi criado, sim, para proteger a habitação de famílias “em situação económica muito difícil”, *mas apenas quando o credor é o banco*. Sendo o credor o Estado, porém, essa protecção especial *não existe*, sendo irrelevante, para efeitos da penhora, que o imóvel em causa seja a única habitação própria e permanente do agregado familiar. O que choca ainda mais quando o Estado penhora habitações por dívidas de *reduzido montante* e nos lembramos do preceito constitucional que consagra o “*direito à habitação*” e incumbe o Estado de o assegurar (art. 65.º da Constituição da República Portuguesa)!

5. Conclusão

Eis, assim, para concluir, num balanço geral sobre “*a resposta do ordenamento jurídico português à contratação bancária pelo consumidor*”, que esse balanço é *positivo*, no que ele significa de tomada de consciência, pelas instâncias competentes, da necessidade de *proteger o consumidor*.

Essa preocupação justifica as várias medidas que vêm sendo tomadas, num domínio em que ainda prevalece a *liberdade contratual*, manifestação mais relevante do *princípio da autonomia privada*, princípio que domina a área contratual.

Mas as *restrições* a este princípio vêm crescendo, na linha da realização de outros valores igualmente importantes, como o da *boa fé* em sentido objectivo, o da tutela da *confiança*, o da realização da *justiça material*, o da *solidariedade* e o da tutela da parte *débil* da relação contratual.

A *protecção do consumidor* vem na linha destas preocupações, procurando fazer face e corrigir *desequilíbrios* de vária ordem, particularmente graves na sociedade de consumo.

Nesta linha, as medidas que vêm sendo tomadas no campo da *informação* do consumidor são importantes, constituem um primeiro passo para a defesa deste, no que isso pode significar de *esclarecimento* do consumidor, desde que *claras, adequadas e propor-*

cionais (pois uma informação em excesso pode constituir uma violação, pela empresa, do próprio dever de informar!).

Mas tais medidas são, por si só, manifestamente *insuficientes*, devendo o legislador intervir no próprio *conteúdo contratual*, fiscalizando-o e *proibindo cláusulas e práticas abusivas*.

No domínio dos contratos de crédito haverá que contar, entretanto, com a recente Directiva 2014/17/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de Fevereiro de 2014, relativa, precisamente, aos contratos de crédito aos consumidores para imóveis de habitação e que altera as Directivas 2008/48/CE e 2013/36/UE e o Regulamento (UE) n.º 1093/2010.

Finalmente, e porque é mais importante a *law in action* do que a *law in the books*, é fundamental que a protecção do consumidor não se reduza à intervenção judicial, havendo que promover *meios alternativos de resolução de litígios*, como a *conciliação*, a *mediação* e a *arbitragem*.

Nesta linha, foi introduzida no ordenamento jurídico português, em 2009, pelo Decreto-Lei n.º 144/2009, de 17 de Junho, a figura do *Mediador do Crédito*, visando a defesa e promoção dos direitos, garantias e interesses legítimos de quaisquer pessoas ou entidades que sejam parte em relações de crédito, designadamente no domínio do crédito à habitação, bem como contribuir para melhorar o acesso ao crédito junto do sistema financeiro. Funciona junto do Banco de Portugal, mas com imparcialidade e independência, competindo-lhe, designadamente, emitir pareceres ou dirigir as recomendações que considere adequadas sobre a matéria. Cremos que se trata de um campo a desenvolver.

Para além disso, é imprescindível que as autoridades de tutela competentes exerçam uma *fiscalização preventiva* séria e eficaz, quer a Direcção-Geral do Consumidor, quer, no sector bancário, as várias entidades com poderes para o efeito, como o Banco de Portugal e a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários.

Resumo: O presente texto visa identificar os problemas com que se debate o consumidor de contratos bancários e conhecer as soluções consagradas no direito português. Começa-se por debater a noção legal de “consumidor” e por analisar o “contrato bancário” e vários aspectos com ele relacionados (como o direito à conta). Percorre-se, de seguida, o regime jurídico das CCG, dos contratos a distância e do crédito ao consumo, concluindo-se com a apresentação das recentes medidas previstas no “Plano de Acção para o Risco de Incumprimento” (PARI) e no “Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento” (PERSI), bem como no “Regime extraordinário de protecção dos devedores de crédito à habitação que se encontrem em situação económica muito difícil”.

Palavras-chave: contrato bancário; consumidor; cláusulas contratuais gerais; contratos a distância; crédito ao consumo; crédito à habitação.

The approach of the Portuguese legal system to consumer banking contracts

Abstract: This text aims to identify the problems with which the consumer is faced as a party to banking contracts, and to present the solutions offered under Portuguese law. We begin by debating the legal concept of “consumer”, as well as by analysing the “banking contract” and various aspects related to it (such as the right to an account). Next, we will proceed through the legal regulation of standard form contracts, distance contracts, and consumer credit, all the way to the recent legal measures set forth by the Action Plan for the Risk of Non-performance (“Plano de Acção para o Risco de Incumprimento”) and the Extrajudicial Procedure for the Regularization of Non-performance (“Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento”), as well as the Special Regulation to the Protection of Housing Credit Debtors in Dire Economic Situation (“Regime Extraordinário de Protecção dos Devedores de Crédito à Habitação que se Encontrem em Situação Económica muito Difícil”).

Keywords: banking contracts; consumer; standard form contracts; distance contracts; consumer credit; housing credit.

António Pinto Monteiro

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra