

A OPERAÇÃO DE LEVANTAMENTO AUTOMÁTICO DE NUMERÁRIO

Pelo Dr. Luís Miguel Monteiro

NOTA: Além das abreviaturas cujo sentido é explicado no próprio texto, são ainda utilizadas as seguintes:

BMJ	— Boletim do Ministério da Justiça
C. CIV.	— Código Civil
C. COM.	— Código Comercial
CPC	— Código de Processo Civil
DL	— Decreto-Lei
DR	— Diário da República

INTRODUÇÃO

§1. Noção prévia de levantamento automático. §2. Descrição da operação. Os processos técnicos utilizados. §3. Levantamento automático, ATM e cartão de débito.

§1. Numa primeira noção, o Levantamento Automático surge como a operação que possibilita a retirada de numerário de determinados aparelhos electrónicos, através da execução de programa computadorizado pré-estabelecido.

§2. A análise da operação pressupõe o conhecimento, ainda que sumário, do material e processos técnicos utilizados ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Processos que permitem, de resto, outras aplicações para além do levantamento de dinheiro, objecto deste estudo. Importa, por isso, não confundir a função (o

O levantamento de numerário faz-se em terminais automáticos, conhecidos pelas siglas ATM e CD ⁽²⁾. Trata-se de dispositivos electromecânicos que permitem ao utilizador habilitado efectuar determinadas operações sobre a sua conta bancária, sem suporte documental nem intermediação necessária de outra pessoa, v.g., o empregado bancário. A diferença entre estes aparelhos reside na respectiva capacidade operativa: enquanto do CD apenas se retiram notas e, em certos casos, moedas, a ATM possibilita uma gama mais vasta de serviços, como depósito de numerário e valores, transferências bancárias, consulta de movimentos, pagamento de serviços, requisição de livros de cheques, etc.

O acesso ao programa computadorizado e, conseqüentemente, à sua função de transferência de fundos, faz-se através do concurso de dois elementos:

- um cartão de plástico, em cuja face estão impressos dados personalizadores do cartão, designadamente os relativos à instituição que o emite, ao seu titular e à conta de depósito à ordem deste. Na superfície plástica insere-se uma banda magnética onde estão gravados os dados de leitura automática ⁽³⁾;
- um número de identificação pessoal do titular (PIN ⁽⁴⁾), que fecha o circuito identificativo do utilizador.

Introduzido o cartão e digitado o PIN, o aparelho procede à transferência da quantia e, simultaneamente, à emissão de documento contendo o registo da operação.

levantamento) com o aparelho (caixa automático), o cartão (de débito) ou o sistema (entre nós, a rede Multibanco) que a possibilitam.

⁽²⁾ Abreviaturas das expressões em língua inglesa *Automated Teller Machine* e *Cash Dispenser*. Neste trabalho serão sempre utilizadas estas abreviaturas ou a expressão "caixa automático", generalizada entre nós.

⁽³⁾ Esta banda contém três pistas, cada qual com capacidade operativa e funções distintas. A evolução tecnológica aponta para a substituição da tarja magnética pelo sistema de *micro-chip* ou circuito integrado, cuja elevada memória permite versatilizar as funções do cartão, tornando-o base de dados pessoais, chave electrónica, forma de obtenção e pagamento dos mais diversos bens e serviços, etc. Um sistema baseado nesta tecnologia — a do cartão inteligente ou *smart card* — encontra-se já difundido em França.

⁽⁴⁾ Abreviatura da expressão em língua inglesa *Personal Identification Number*.

O equipamento pode encontrar-se ligado a uma unidade central de processamento de dados por um canal de comunicação. Neste caso, o modo de funcionamento diz-se *on-line* (“em linha”), o que confere maior segurança ao sistema — todas as operações são autorizadas — permitindo ainda a realização de maior número de procedimentos (consulta de saldos e movimentos, transferências imediatas, etc.).

Se o sistema funciona *off line* (“fora de linha”), o equipamento executa as operações apenas com a informação existente no cartão. Só é imediatamente exequível a função de levantamento ⁽⁵⁾; todas as outras são apenas formas de transmissão de informação pelo utente, só mais tarde recolhida pelo banco e tratada de forma tradicional.

No que diz respeito ao objecto do presente estudo, *off* e *on-line* distinguem-se na medida em que, neste, o computador procede à leitura do saldo do depósito à ordem e ao débito neste do valor do levantamento efectuado, enquanto em *off-line*, o utilizador beneficia de um “plafond” facultado pelo próprio cartão.

§3. Como resulta desta referência, o levantamento automático não se confunde com os aparelhos e processos que o tornam possível. Na realidade, embora seja usual identificar ATM com cartão de plástico (ou de débito) e ambos com a retirada de numerário, trata-se de realidades diversas, que cumpre distinguir com clareza:

- Levantamento automático e ATM ou CD: aquele é uma operação; estes são os meios mecânicos que permitem a sua realização. De resto, as ATMs (mas não as CDs) estão programadas para a realização de outras operações para além do simples levantamento.
- Levantamento automático e cartão de débito: este é o meio de acesso ao sistema que permitirá ao utilizador realizar aquela operação. No entanto, o cartão tem outras

⁽⁵⁾ Exequível na medida em que o numerário é imediatamente posto à disposição do utilizador; no entanto, o lançamento da operação a débito na conta bancária do titular também só acontece em momento posterior.

aplicações, como o pagamento automático de bens ou serviços ⁽⁶⁾, o que, aliás, corresponde à sua função original ⁽⁷⁾.

PRIMEIRA PARTE

CONTEXTO SISTEMÁTICO

CAPÍTULO PRIMEIRO

O SISTEMA DE TRANSFERÊNCIA ELECTRÓNICA DE FUNDOS

§1. Sentidos possíveis da designação EFTS.
§2. EFTS: delimitação do sentido utilizado.
§3. Outras expressões utilizadas para descrever a realidade de transferência de fundos. Recusa do seu emprego. §4. As operações EFT. §5. Caracterização do serviço de levantamento automático.

§1. A referência feita à operação de levantamento automático e aos mecanismos e processos que a tornam possível, permite destacar, como característica identificadora, a utilização de tecnologia electrónica. Na verdade, o que distingue a operação é o facto de nela se utilizar um extenso e complexo conjunto de meios técnicos, electrónicos e automatizados, que permite a realização, com vantagem acrescida, de operações anteriormente dependentes de constante intervenção humana e da utilização de papel. Esta característica permite incluí-la num conjunto mais vasto de serviços e procedimentos vulgarmente designados por

⁽⁶⁾ É o sistema *Point-Of-Sale*: v. *infra*, p. 17.

⁽⁷⁾ O cartão de débito clássico permitia apenas a aquisição de bens e serviços por processo idêntico ao utilizado nos cartões de crédito, residindo a diferença no imediato débito (manual) do valor da aquisição na conta de depósito à ordem do adquirente. Só mais tarde este tipo de cartão permitirá a obtenção de numerário em terminais próprios: A. Lopes Aguiar, *O Dinheiro de Plástico*, Lisboa, 1990, pp. 22 e 23.

Sistema de Transferência Electrónica de Fundos (EFTS ou, simplesmente, EFT) ⁽⁸⁾.

Entendido em sentido amplo, o EFTS “é uma transferência de fundos em que um ou mais passos do processo, anteriormente efectuados através de técnicas com suporte de papel, são actualmente feitos com recurso a técnicas electrónicas” ⁽⁹⁾. Como é unanimemente reconhecido, a amplitude desta definição anula a sua operacionalidade como instrumento de análise jurídica do fenómeno.

Assim, é comum adoptar-se a definição dada pelo legislador norte-americano: “qualquer transferência de fundos, distinta de transacção originada por cheque, letra de câmbio ou similar meio baseado no papel, que seja iniciada através de terminal electrónico, telefone, computador ou fita magnética, com o objectivo de ordenar, instruir ou autorizar uma instituição financeira a creditar ou a debitar uma conta” ⁽¹⁰⁾. O critério adoptado exige que os meios electrónicos sejam utilizados logo no momento inicial da transferência de fundos, excluindo as operações que, embora impliquem a utilização de meios electrónicos de comunicação e processamento, sejam iniciadas com um qualquer instrumento baseado no papel ⁽¹¹⁾.

§2. A EFT surge, por vezes, identificada com as expressões “serviços bancários electrónicos”, “serviços telemáticos financeiros para empresas”, “telemática ⁽¹²⁾ financeira” e “*Electronic*

⁽⁸⁾ Abreviatura da expressão *Electronic Funds Transfer System*.

⁽⁹⁾ Definição dada pelo Projecto de Guia Jurídico sobre Transferência Electrónica de Fundos, produzido no âmbito da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, *apud* João Nabais, *Transferências Electrónicas de Fundos: Problemas Jurídicos*, Revista da Banca, n.º 2 (Abril-Junho, 1987), p. 73.

⁽¹⁰⁾ *Electronic Funds Transfer Act*, de Novembro de 1978, diploma integrado no *Consumer Credit Protection Act*. Para outras definições de EFTS, v. J. António Velozo, “Electronic Banking”: Uma introdução ao EFTS, *Scientia Iuridica*, tomo XXXVI, 1987, p. 77 e ss.

⁽¹¹⁾ J. A. Velozo, estudo cit., p. 78. Aplicado aos bancos, este critério equivale a dizer que a ordem de pagamento do ou para o banco tem de ser transmitida electronicamente: cfr. Massimo Donani, *Problemi giuridici del trasferimento elettronico dei fondi*, *Contratto e Impresa*, 1988, n.º 2, p. 560.

⁽¹²⁾ Expressão francesa, de uso generalizado entre nós, significando transferência por telecomunicação ou tele-transferência.

Banking". As expressões não são, porém, rigorosamente idênticas, pois o EFTS tem um âmbito de aplicação mais lato que a actividade financeira e/ou bancária, permitindo que muitas empresas de comércio e serviços ponham à disposição do público serviços e procedimentos EFT⁽¹³⁾.

Porque este trabalho tem como objecto os levantamentos automáticos e nestes intervém necessariamente um banco, adoptar-se-á um sentido duplamente restrito de EFTS: o sentido do *Electronic Funds Transfer Act* limitado ao contexto típico da actividade bancária e das instituições financeiras.

§3. É ainda usual assimilar EFT à expressão "dinheiro de plástico". Esta é a forma corrente de designar a utilização de cartões substitutivos do numerário tradicional (notas e moedas). Estes cartões (de crédito, pagamento, viagem e recreio, garantia) são hoje elemento essencial dos sistemas electrónicos de transferência de fundos, mas não só constituem apenas um dos seus instrumentos, como as funções de alguns deles não exigem um procedimento EFT.

§4. No sentido assinalado, são identificáveis, para além das operações com ATMs, os seguintes procedimentos EFT⁽¹⁴⁾:

- Retenção de cheques: tradução da expressão em língua inglesa *check truncation*, que designa o processo pelo qual o cheque⁽¹⁵⁾ é retido num dos pontos do seu circuito de processamento (em regra, o banco onde é apresentado a cobrança), passando a partir daí a circular apenas a informação que o título contém⁽¹⁶⁾.

(13) Gerando fenómenos curiosos, como é exemplo a actual tendência para a desregulamentação e dissipação de fronteiras da actividade bancária nos EUA. Para uma perspectiva da situação europeia, v. T. Norrington, *Le opportunità di crescita offerte dal retail banking*, *Bancaria*, 1991, n.º 1 (Jan.), p. 81 e ss.

(14) J. A. Velozo, est. cit., p. 80, com adaptações.

(15) O sistema é aplicável a outros títulos de crédito, levando inclusive à criação de figuras que permitem ultrapassar o problema da cartularidade do título, como a *lettre de change relevé* francesa.

(16) Sobre esta operação, v. M. Donadi, *Problemi Giuridici cit.*, p. 564 e ss. e Salvatore Maccarone, *Elettronica e Titoli di Credito Bancari*, in *Le Operazione Della Banca Tra Norme e Prassi*, Milão, 1988, p. 377 e ss.

- Câmaras de compensação automática ou electrónica: conhecidas pela sigla ACH (do original inglês *Automated Clearing Houses*), operam a centralização das operações entre várias instituições (de crédito ou não), procedendo à compensação dos créditos e débitos e apurando os correspondentes saldos. O sistema tem ainda capacidade para proceder automaticamente a pagamentos periódicos, executando as chamadas transferências pré-autorizadas (salários, fornecedores, etc.).
- Transferências por telecomunicação: estabelecem ligação, para transferência de fundos e informação, entre as instituições financeiras, quer no âmbito nacional quer internacional. Existem diversas redes de transmissão interbancária, a nível internacional — como a *SWIFT*— e nacional, v.g., *BACS* (britânica), *FEDWIRE*, *BANKWIRE* e *CHIPS* (norte-americanas), *SAGITTAIRE* (francesa) ⁽¹⁷⁾.
- Garantia e reforço do cheque: o banco fornece ao cliente um cartão legível pelo computador que este entregará juntamente com o cheque quando pretenda fazer qualquer aquisição. Introduzido o cartão no computador, é possível ler o saldo da conta. No sistema de garantia do cheque, o banco compromete-se a pagar ao comerciante ainda que o cheque não tenha provisão no momento em que for apresentado a pagamento (a conta bancária não fica imobilizada). No reforço do cheque, não há obrigação de pagamento por parte do banco; é o comerciante que, conhecedor do saldo da conta, pondera o risco da aceitação ou não do cheque ⁽¹⁸⁾.
- Serviços bancários ao domicílio (*home ou office banking*): instalação de meios tecnológicos no domicílio dos clientes ou na sede das empresas que permitem a realiza-

⁽¹⁷⁾ Sobre este procedimento EFT e, em particular, sobre os sistemas americanos, v. Hal S. Scott, *Sur Les Transferts Interbancaires Par Téléransmission aux États-Unis*, *Revue International de Droit Comparé*, ano 37.º (1985), n.º 49, p. 967 e ss., maxime, pp. 969 a 972.

⁽¹⁸⁾ Não confundir com o cartão-garantia, que assegura a boa cobrança do cheque: v. *infra*, p. 17.

ção, por estes, de um conjunto de operações bancárias potencialmente tão extenso como o proporcionado pelas agências bancárias (acesso aos depósitos a prazo e à ordem; transferências; informações sobre saldos e movimentos; ordens de compra e venda de títulos, etc.). O sistema em lançamento em Portugal denomina-se *MULTITEL*.

- Pagamento automático (POS) ⁽¹⁹⁾: forma de pagamento no local de compra do bem, sem recurso a dinheiro ou a cheque, através de terminais automáticos que procedem ao débito e crédito simultâneos do valor da compra nas contas do cliente e do vendedor.

Como resulta desta breve referência, alguns destes procedimentos constituem inovações permitidas pelas novas tecnologias, enquanto outros são meros aperfeiçoamentos de operações antigas.

§5. Enquanto procedimento EFT, a operação de levantamento automático é caracterizável segundo diversos critérios ⁽²⁰⁾.

Assim, é uma operação de consumidor (*consumer-related*), já que este surge directamente envolvido na transferência como iniciador da transacção e destinatário dos fundos transferidos. São também operações de consumidor o POS, o *home banking* e a garantia ou reforço do cheque que, nesta perspectiva, se distinguem daqueles procedimentos — ditos de EFTS institucional (ou *non consumer-related*) — em que o consumidor ou não está directamente envolvido na transferência ou não controla a sua efectiva realização (de que são exemplo a retenção de cheques, a transferência por telecomunicações e as câmaras de compensação automatizadas).

Neste âmbito, o levantamento automático surge ainda como procedimento de consumidor activo e passivo, pois este participa

⁽¹⁹⁾ Abreviatura de "Point-Of-Sale", isto é, (terminal) em ponto de venda. A operação é analisada mais pormenorizadamente *infra*, p. 17.

⁽²⁰⁾ Aplicam-se os critérios expostos em J. A. Velozo, est. cit., p. 81 e ss.

directamente nas operações inicial e final: é ele que dá início à transferência e, no termo desta, os fundos estão já à sua disposição. Distingue-se, assim, da EFT de consumidor passivo, em que a transferência é da iniciativa da instituição bancária e termina na esfera de disposição do consumidor (v.g. na sua conta) e da EFT de consumidor activo, onde a transferência se faz por sua iniciativa, mas termina na instituição financeira, sem que os fundos fiquem logo à disposição de outro consumidor.

É uma EFT de retalho, já que se traduz numa transacção individual envolvendo directamente consumidores determinados. Contrapõe-se à EFT “agregada”, que descreve o processamento de transferências agregadas, em regra por conjuntos de enormes valores financeiros. É, pois, um instrumento microfinanceiro.

Noutro plano, o levantamento automático surge como EFT vertical, pois é uma transferência de fundos entre consumidor e instituição financeira. Contrapõe-se à EFT horizontal, que se processa entre consumidores, ainda que por intermédio das instituições financeiras (de que é exemplo o serviço *Point-of-Sale*).

É, ainda, uma EFT imediata, pois com a conclusão do procedimento os fundos transferidos ficam à disposição do destinatário, o que não acontece com a EFT diferida, em que a disponibilidade dos fundos depende de operações complementares, electrónicas ou convencionais.

Por último, surge como EFT autónoma ou auto-suficiente, por produzir os efeitos visados com a transacção (isto é, disponibilizar os fundos) sem necessidade de combinação com operações de tipo convencional ou procedimentos de transferência baseados no papel. Ao contrário, a EFT dependente ou subsidiária só opera em associação com operações convencionais.

CAPÍTULO SEGUNDO

FIGURAS AFINS DA OPERAÇÃO
DE LEVANTAMENTO AUTOMÁTICO

§1. Razão de ordem. §2. A operação efectuada por cartão de crédito. §3. A utilização do cartão de pré-pagamento. §4. A função do cartão de garantia. §5. O cartão de desconto. §6. O serviço *Point-of-Sale*. §7. Pagamento automático de serviços.

§1. O objecto do presente estudo apresenta semelhanças com diversas figuras, semelhanças acentuadas pela constante evolução tecnológica que permite a realização, com o mesmo equipamento, de crescente número de operações ⁽²¹⁾.

§2. Cumpre desde logo distinguir o levantamento automático da operação efectuada através de cartão de crédito. Esta consiste na aquisição de bens ou serviços com possibilidade de pagamento diferido ou rateado ⁽²²⁾. O cartão de crédito pode ser emitido por instituição bancária para uso dos seus clientes (o cartão diz-se trilateral ou bancário), pelo fornecedor dos bens ou serviços que o titular há-de adquirir com o cartão (que toma o nome de bilateral ou impróprio) ⁽²³⁾ ou por entidade financeira ou para-bancária (cartão clássico ou próprio) ⁽²⁴⁾.

⁽²¹⁾ Sobre as figuras afins descritas no texto, v., em geral, A. Lopes Aguiar, *ob. cit.*, p. 19 e ss.

⁽²²⁾ A doutrina discute se esta possibilidade permite qualificar o cartão como instrumento de crédito, questão que ganha nova actualidade face às medidas disciplinadoras do crédito ao consumo. A título de exemplo, refira-se que a Directiva da CEE sobre a matéria (n.º 87/102, de 22.12.86) excluiu o cartão de crédito do seu âmbito de aplicação (cfr. art. 6.º). A questão ultrapassa o âmbito deste trabalho, pelo que a referência a "crédito" não constitui tomada de posição sobre o assunto, mas apenas comodidade descritiva. Sobre o assunto, v. S. Maccarone, *Le carte di pagamento nell'ordinamento giuridico italiano*, *Bancaria*, 1991, n.º 1 (Jan.), p. 5 e ss. e Amaral Ramos, *Relatório apresentado na cadeira de Direito Comercial do Mestrado em Ciências Jurídicas*, Lisboa, s.d. (não publicado), p. 9 e ss.

⁽²³⁾ Como os cartões Avis ou Shell, em Portugal.

⁽²⁴⁾ Como eram, originalmente, o American Express e o Diner's.

As diferenças entre as operações situam-se em planos diversos:

- no levantamento automático, existe necessária conexão entre a operação efectuada e o depósito à ordem subjacente, pois, por via de uma ordem transmitida electronicamente, aquela conta é debitada (i)mediatamente ⁽²⁵⁾ pelo valor da transacção. Já com o cartão de crédito não se exige essa conexão, até porque a entidade emitente do cartão pode não ser um banco;
- no levantamento automático, os fundos são imediatamente colocados à disposição do utente, enquanto a utilização do cartão de crédito dá lugar à dilação no pagamento dos bens ou serviços com ele adquiridos;
- o levantamento automático é um procedimento EFT, ou seja, a transferência de fundos envolve, desde o início, o emprego de meios informáticos, ao contrário da utilização do cartão de crédito; aqui, o cliente apresenta o cartão para ser conferida a assinatura e emitida mecanicamente a factura que deve assinar. É, tipicamente, um procedimento com suporte de papel (*paper-based*);
- o levantamento automático utiliza um mecanismo de segurança que se baseia no PIN, que não existe na utilização do cartão de crédito, onde a legitimidade do utilizador é conferida pela sua assinatura.

Nesta distinção, há, no entanto, factores que introduzem certa perturbação.

Em primeiro lugar, determinados cartões de crédito permitem a obtenção de dinheiro em terminais automáticos, para o que é atribuído um PIN ao respectivo titular.

Esta faculdade pode apresentar-se sob duas configurações distintas:

- a operação é desencadeada sem ligação com a conta do titular (permitindo-se o levantamento de quantia fixa, independentemente do saldo de qualquer depósito em

(25) Tudo depende do sistema funcionar *on* ou *off-line*: cfr. *supra*, p. 4.

valores ou numerário, que pode não existir ou não ser lido pelo sistema), em ATMs ou CDs especialmente criados para o efeito (é o que acontece com o sistema implantado pela *AMERICAN EXPRESS*, não conhecido em Portugal). Existe, ainda aqui, concessão de crédito, agora sob a forma de numerário, estando-se ainda no âmbito da função genérica do cartão de crédito ⁽²⁶⁾;

- o montante do levantamento é debitado no depósito à ordem do titular do cartão, tudo se passando como se de cartão de débito se tratasse. Nesta circunstância, o que se verifica é a acumulação, no mesmo suporte material (cartão de plástico), de funções de natureza diferente — débito e crédito — dando origem aos chamados “cartões polivalentes” ou “cartões de pagamento” (que podem também garantir cheques, accionar videotexto, etc.) ⁽²⁷⁾.

O “cartão polivalente” não é juridicamente distinto dos demais, apesar da pluralidade de funções que executa; estas devem é ser analisadas separadamente. Por isso (como, de resto, constitui orientação deste estudo), o interesse não reside na análise do cartão ou do aparelho que o lê, mas antes nas operações ou procedimentos que deles podem ser obtidos. De igual modo, é irrelevante qualificar o cartão como de débito ou de crédito; o que importa é a qualificação da operação.

O segundo elemento perturbador da distinção esboçada resulta de aspectos técnicos do sistema, concretamente do facto de este funcionar em *on* ou *off-line* ⁽²⁸⁾. Se, por qualquer motivo (v.g., dificuldades de comunicação), os terminais ATM/CD se encontram em *off-line*, é possível proceder a levantamento (em

⁽²⁶⁾ A situação é, de resto, designada por “crédito de emergência”, visando solucionar situações de falta momentânea de liquidez.

⁽²⁷⁾ Em Portugal, o desenvolvimento dos “cartões polivalentes” constituiu uma forma de ultrapassar a limitação legal de emissão de cartões de crédito, consignada em exclusivo à “UNICRE — CARTÃO INTERNACIONAL DE CRÉDITO, S.A.” pelo Despacho Normativo de 30.03.84 (DR de 17.04.84, II.ª Série), entretanto revogado pelo n.º 3 do Despacho Normativo de 22.05.88 (DR de 15.06.84, II.ª Série).

⁽²⁸⁾ V. *supra*, p. 4. O sistema *off-line* foi, aliás, o primeiro a surgir, razão por que é predominante nalguns dos países pioneiros na instalação de ATMs.

montante variável consoante o tipo de cartão), ainda que não exista provisão suficiente, pois o equipamento não lê o saldo da conta.

A semelhança da hipótese configurada com a concessão de crédito é grande ⁽²⁹⁾. Contudo, não se está aqui perante função específica dos cartões de crédito, o que atenuaria a distinção traçada, mas apenas em face de procedimento destinado a garantir o bom funcionamento do sistema. Ou seja, para que o sistema funcione apesar de determinadas vicissitudes, são garantidos pagamentos até certo montante, embora se ignore a existência de saldo disponível para a operação ⁽³⁰⁾. Conclusão que se impõe face à constatação de que, na generalidade dos países ⁽³¹⁾, o utilizador só está autorizado a proceder a levantamentos para os quais haja provisão no seu depósito à ordem, o que, a não ser respeitado, consubstancia comportamento ilícito do utilizador. Logo, o funcionamento em sistema “*off-line*” não constitui concessão anómala de crédito, mas apenas presunção que o utente adoptou comportamento conforme à norma.

Acresce ainda que, a ocorrer um levantamento a descoberto, a reposição dos fundos necessários à regularização do saldo da conta deve ser imediata, não se prevendo qualquer diferimento no prazo de pagamento.

Por último, também aqui o levantamento automático incide sobre o depósito bancário e não sobre um *plafond* de crédito concedido (i. é, tudo se passa como se o utilizador estivesse a proceder ao levantamento de somas depositadas, com a particularidade de haver uma repercussão diferida, não imediata, do movimento efectuado sobre a conta bancária) ⁽³²⁾.

⁽²⁹⁾ Defende este enquadramento jurídico da situação, S. Macarrone, *apud* Gianluca Brancadoro, Osservazioni sul Servizio «Bancomat», Banca, Borsa e Titoli di Credito, ano XLIX (1986), Nov.-Dez, p. 674.

⁽³⁰⁾ Assim, G. Brancadoro, est. cit., p. 674, Massimo Donadi, Bancomat, Contratto e Impresa, 1988, n.º 2, p. 638 e Michel Vasseur, Le paiement électronique. Aspects Juridiques, *Juris-Classeur Periodique*, 1985, I, 3206, n.º 19.

⁽³¹⁾ Sobre o sistema vigente em Portugal, v. o que se diz *infra*, p. 29.

⁽³²⁾ A questão possui igualmente relevância no pagamento automático (POS), não exactamente na situação atrás referida — pois o pagamento POS só é consentido se o sistema estiver *on-line* — mas porque há certo tipo de despesas, cujo pagamento por cartão prescinde da conexão directa com a conta do titular (ex: pagamento de portagem em auto-estrada: não há consulta do saldo nem débito imediato da conta).

§3. O segundo procedimento a apresentar semelhanças com o levantamento automático é executado pelo “cartão de pré-pagamento” ou “cartão pré-pago”. As afinidades limitam-se, uma vez mais, ao meio empregue (o cartão), pois a utilização deste não consubstancia qualquer pagamento, a que já se procedeu no momento da aquisição do cartão, altura em que é pago, antecipadamente, o serviço que vai ser obtido. O cartão limita-se a representar um certo número de unidades monetárias, que são utilizadas para pagar um certo serviço ⁽³³⁾.

§4. A operação efectuada pelo cartão-garantia distingue-se do levantamento automático, pois aquela tem como única função garantir a boa cobrança do cheque ⁽³⁴⁾.

§5. O cartão de desconto limita-se a conferir uma diminuição do preço de certos produtos adquiridos ou serviços prestados, pagos através de qualquer outro meio (numerário, cheque, cartão de crédito, etc.).

§6. O pagamento automático (POS) é a operação EFT que permite o pagamento de bens ou serviços no próprio local onde são adquiridos ou prestados, sem utilização de dinheiro ou cheque, através do simultâneo crédito da conta do vendedor e débito da conta do comprador ⁽³⁵⁾. Está-se perante uma relação trilateral ⁽³⁶⁾, estabelecida entre banco, titular do cartão e vendedor.

O sistema, que opera com o mesmo cartão que permite o levantamento automático, exige a instalação, no estabelecimento comercial, de terminal específico ligado à rede bancária, tudo se

⁽³³⁾ Entre nós o exemplo típico é fornecido pelo Credifone dos CTT.

⁽³⁴⁾ É, actualmente, uma das funções asseguradas pelo sistema *Eurocheque*.

⁽³⁵⁾ Data de Fevereiro de 1987 a instalação, experimental, dos primeiros terminais em supermercados e bombas de gasolina. No final de 1990, existiam em todo o país 2763 terminais de POS.

⁽³⁶⁾ Será quadrilateral se as contas bancárias a creditar e a debitar pertencerem a bancos diferentes.

processando à semelhança da obtenção de numerário em ATM⁽³⁷⁾.

O enquadramento jurídico da operação POS suscita algumas dificuldades. É possível reconduzi-la aos quadros da transferência de fundos, com a especialidade introduzida pelo diferente modo de execução⁽³⁸⁾. Outros consideram estar-se perante contrato de mandato⁽³⁹⁾, celebrado entre utilizador e banco, nos termos do qual este procede ao pagamento em nome e por conta daquele, creditando a conta do vendedor. De acordo com esta doutrina, se um banco intermediário intervém no circuito (o que acontecerá sempre que comprador e vendedor possuam depósitos à ordem em bancos diferentes), fá-lo na qualidade de mandatário substituto do primeiro banco⁽⁴⁰⁾.

Outras explicações são tentadas, como a cessão de créditos e a assunção singular de dívidas. Entre a doutrina italiana, que toma como referência o modo de funcionamento em *off-line*, parece maioritária⁽⁴¹⁾ a qualificação do pagamento automático como forma de delegação (C. Civ. Italiano, art. 1268.º), traduzida na substituição do adquirente pelo banco no pagamento, sem numerário mas imediatamente liberatório, do preço devido⁽⁴²⁾.

(37) Em Portugal o sistema funciona da seguinte forma: o terminal instalado na loja ("Pinpad"), accionado pela introdução do cartão e digitação do PIN, transmite os dados da operação ao computador da SIBS, através da rede TELEPAC. Este computador autoriza a operação ou, não dispondo de dados para tal, contacta o computador do banco onde está sediada a conta do cliente para saber se esta tem saldo suficiente. Obtida a resposta, a autorização é transmitida ao terminal instalado na loja. No final da operação, o computador da SIBS envia uma mensagem ao computador do banco do comerciante para crédito da sua conta.

(38) Defendem-no Vasseur, Roger e Nuvolone, *cits.* por S. Maccarone, *I Trasferimenti Electronici di Fondi nel Diritto Italiano*, in *Le Operazione Della Banca cit.*, pp. 361 e 362.

(39) O que supõe a qualificação do pagamento como acto jurídico (C. Civ., art. 1157.º).

(40) B. Amory — X. Thunis, *Authentification de l'origine et du contenu des transactions sans papier et questions de responsabilité en Droit Continental*, Banca, Borsa e Titoli di Credito, ano L (1987), Nov.-Dez., p. 714.

(41) V., por todos, S. Maccarone, *Le carte di pagamento cit.*, p. 9 e ss.

(42) Sobre a figura da delegação e a sua correspondência no Direito Português, v. Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, 2.º vol., Lisboa, 1990 (reimpressão), p. 111 e ss.

§7. Conjugando características de POS e de levantamento automático, surge a operação de pagamento de serviços, uma das últimas inovações do sistema ⁽⁴³⁾. Através de ATM, o utilizador pode liquidar as prestações devidas às entidades aderentes ⁽⁴⁴⁾, debitando a sua conta e creditando, pelo mesmo valor, a conta do credor.

Ao enquadramento jurídico da operação aplica-se o referido a propósito da operação POS.

SEGUNDA PARTE

A OPERAÇÃO DE LEVANTAMENTO AUTOMÁTICO DE NUMERÁRIO

CAPÍTULO PRIMEIRO

O LEVANTAMENTO AUTOMÁTICO EM PORTUGAL

§1. A operação de levantamento automático em Portugal: sistemas e implantação.

§1. ⁽⁴⁵⁾ A primeira rede nacional a permitir a operação de levantamento automático foi criada pelo Montepio Geral em finais de 1985, recebendo a designação de “Chave 24”.

⁽⁴³⁾ Implantado em Portugal em Fevereiro de 1989, o sistema representava, no final de 1990, 3% do valor total dos movimentos ATM, tendo sido efectuados 1,244 milhões de operações (Semanário “Expresso”, edição de 04.05.91). A sua rápida expansão explica-se pelas vantagens que oferece a todos os intervenientes: para as empresas, diversificação da rede de postos de atendimento, com investimento mínimo; para os consumidores, maior facilidade e comodidade no pagamento; para os bancos, manutenção de liquidez no interior do sistema bancário, o que, de resto, permite recuperar rapidamente o investimento feito.

⁽⁴⁴⁾ Entre nós, é possível efectuar pagamentos, por ex., aos TLP, à EDP, a determinadas companhias seguradoras, a algumas Autarquias Locais. Aderiram ao sistema diversos serviços do Ministério da Justiça, permitindo, por ex., o pagamento automático de custas judiciais.

⁽⁴⁵⁾ Sobre a matéria, A. Lopes Aguiar, ob. cit., p. 58 e ss.; Semanário “Expresso”, edições de 04.05.91 e 31.08.91; SIBS, Novos Serviços e Operações, Lisboa, 1989, p. 14 e ss.. Uma descrição detalhada da implantação do EFTS nos Estados membros da OCDE é dada por obra desta organização, intitulada Les Transferts de Fonds Electroniques — Les Cartes de Paiement et Le Consomateur, Paris, 1989.

Entretanto, em Outubro de 1983, nove bancos ⁽⁴⁶⁾ constituem uma sociedade que adopta a firma “SIBS — Sociedade Interbancária de Serviços, S.A.”, cujo objecto compreende a criação e gestão de um sistema nacional de caixas automáticos, para além de outros serviços e estruturas (v. g., a concepção de sistema de compensação electrónica interbancária). Esta rede começou a funcionar em finais de 1985, adoptando o nome comercial de “Multibanco”, designação que, ao generalizar-se, acabou por identificar todo o equipamento utilizado (cartão, ATM, etc.).

Originalmente, foram instalados em todo o país 71 ATMs; no final de 1990, eram 831, permitindo a realização, só nesse ano, de 43.337 milhões de operações. Em 1988, o valor das transacções efectuadas nos ATMs atingiu o montante de 151 milhões de contos.

O sistema, a que aderiram novos bancos entretanto surgidos, passou a aceitar cartões estrangeiros (*Eurocard, Nexus, 4B, Visa*), permitindo efectuar levantamentos em moeda portuguesa com débito do correspondente valor expresso na moeda local, na conta do titular do cartão.

⁽⁴⁶⁾ Banco Espírito Santo e Comercial de Lisboa, Banco Pinto & Sotto Mayor, Banco Nacional Ultramarino, Banco Borges e Irmão, Banco Fonsecas & Burnay, Crédito Predial Português, Caixa Geral de Depósitos, Lloyds Bank e Crédit Franco Portugais.

CAPÍTULO SEGUNDO

DISCIPLINA JURÍDICA DA OPERAÇÃO
DE LEVANTAMENTO AUTOMÁTICO

§1. A disciplina da operação no Direito Comparado. §2. A regulamentação comunitária. §3. Disciplina legal da operação em Portugal. §4. A auto-regulamentação de interesses: o Código de Conduta relativo aos sistemas de pagamento através de cartões. §5. A auto-regulamentação de interesses (cont.): propostas contratuais utilizadas pelas instituições bancárias. §6. A gestão do sistema de levantamento automático.

§1. A relativa novidade da operação de levantamento automático e, em geral, dos procedimentos EFT, justifica o vazio legislativo a que se assiste na generalidade dos países (casos do Canadá, Espanha, Finlândia, Grécia e Japão). Noutros Estados, não existindo regulamentação legal específica, são aplicáveis diplomas relativos à defesa do consumidor (casos da Suécia, Holanda e espaço jurídico da antiga República Federal Alemã⁽⁴⁷⁾) ou à protecção da privacidade face à informática (v. g., lei britânica de 1984). Em França, o art. 22.º da Lei n.º 85/695, de 11.07.85, estabelece a irrevocabilidade da ordem de pagamento dada através de carta de pagamento. Em Itália, o art. 4.º do DL n.º 2 de 04.01.91 sanciona o uso fraudulento dos cartões de crédito ou de pagamento.

Especificamente aplicáveis às operações EFT, conhecem-se apenas dois diplomas⁽⁴⁸⁾: a lei dinamarquesa sobre sistemas electrónicos de transferência de fundos, de 06.06.84, e o *Electronic Funds Transfer Act* norte-americano, de 10.11.78, regulamentado pela *Regulation E* do Conselho de Governadores do *Federal Reserve System*, de 16.04.85.

(47) A informação relativa ao Direito Comparado reporta-se à situação vigente em 1989. Ignora-se se a lei alemã ocidental sobre cláusulas contratuais gerais se aplica agora a toda a Alemanha.

(48) Existe ainda uma lei norueguesa de 1976, alterada em 1986, mas que é apenas aplicável às operações de pagamento com cartão de crédito.

O diploma dinamarquês contém disposições visando a protecção do consumidor, concretamente as que asseguram a clareza do contrato de adesão ao sistema, o carácter voluntário da utilização de todos os procedimentos e a reserva das informações pessoais. Estatui-se a responsabilidade do utente pela utilização abusiva ou indevida do sistema e a do emitente pelas perdas devidas ao seu funcionamento defeituoso.

Nos Estados Unidos da América, as normas vigentes regulam a elaboração das propostas contratuais que oferecem serviços EFT, o regime das transferências pré-autorizadas, a correcção dos erros e a repartição da responsabilidade ⁽⁴⁹⁾.

Já no plano da auto-regulamentação das relações jurídicas emergentes dos procedimentos EFT, cumpre referir que Austrália e Nova Zelândia adoptaram códigos de conduta disciplinadores das relações entre intervenientes no sistema de transferência electrónica de fundos ⁽⁵⁰⁾.

§2. A nível internacional foi já referido ⁽⁵¹⁾ o “Projecto de Guia Jurídico sobre as Transferências Electrónicas de Fundos”, elaborado em 1987 pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI).

No âmbito das Comunidades Europeias, duas recomendações da Comissão têm por objecto as operações EFT ⁽⁵²⁾:

- Recomendação n.º 87/598/CEE, de 08.12.87 (Jornal Oficial n.º L.365/72, de 24.12.87), relativa a um Código europeu de boa conduta em matéria de pagamento electrónico (relações entre instituições financeiras, comerciantes-prestadores de serviços e consumidores);

⁽⁴⁹⁾ Uma análise desenvolvida desta lei americana é feita em S. SCOTT, est. cit., p. 974 e ss.

⁽⁵⁰⁾ O documento australiano, de Setembro de 1986, intitula-se *The Recommended Procedures to Govern the Relationship between the Users and Providers of EFT Systems*.

⁽⁵¹⁾ *Supra*, p. 8, n. 9.

⁽⁵²⁾ Com implicações na matéria, ainda a Directiva n.º 87/102/CEE, de 22.12.86, sobre crédito ao consumo, a Decisão da Comissão de 19.12.88, sobre o sistema Eurocheque e a Segunda Directiva de Coordenação Bancária, de 15.12.89.

- Recomendação n.º 88/590/CEE, de 17.11.88 (Jornal Oficial n.º L.317/57, de 24.11.88), relativa aos sistemas de pagamento e, em particular, às relações entre titulares e emitentes de cartões.

A primeira destas Recomendações sugere a adopção, nas relações que tenham por objecto um pagamento electrónico ⁽⁵³⁾, de condições relativas ao contrato a celebrar, ao equipamento utilizado, à protecção dos dados transmitidos e ao acesso ao sistema.

A Recomendação de 1988 contém regulamentação pormenorizada das relações entre os participantes num sistema de pagamento, preconizando soluções em matéria de forma e conteúdo obrigatório do contrato, sua modificação e extinção, direitos e deveres das partes, regime de prova e repartição de responsabilidade.

Recentemente, a Comissão Europeia elaborou um “Documento de discussão sobre a efectuação de pagamentos no Mercado Único”, conhecido como o “Livro verde da Comissão das Comunidades sobre sistemas de pagamento”. O texto analisa diversos problemas relativos a quatro meios de pagamento, entre os quais as transacções electrónicas através de cartão, propondo a constituição de um “grupo de coordenação sobre sistemas de pagamento”.

§3. Em Portugal não se regista disciplina legal específica sobre o tema em análise. De referir, por isso, alguns diplomas que, a propósito de diversas matérias, apresentam incidências sobre os sistemas electrónicos de transferência de fundos:

- Códigos Comercial, de Processo Civil e Civil.
- Lei n.º 446/85, de 25.10: estabelece o regime jurídico das “cláusulas contratuais gerais”, genericamente aplicável aos contratos que disciplinam o acesso aos sistemas EFT.
- Portaria 761/86, de 24.12: disciplina a aquisição de moeda estrangeira para custear despesas turísticas, per-

⁽⁵³⁾ Para efeitos desta Recomendação, pagamento electrónico é “qualquer operação de pagamento efectuada por intermédio de um cartão com pista magnética ou que inclua um microprocessador, através de um equipamento terminal de pagamento electrónico (TPE) ou de um terminal ponto de venda (TPV)” (Recomendação, III, n.º 1).

mitindo a utilização no estrangeiro de cartões bancários para pagamento de despesas (n.º 5) e isentando do limite fixado para aquisição de moeda estrangeira as importâncias pagas com esses cartões (n.º 6).

- Portaria 243-B/89, de 28.03: revoga a anterior, permitindo os pagamentos no estrangeiro mediante saques sobre contas bancárias domiciliadas em Portugal, desde que feitos através de cartões de débito (n.ºs 8 e 9).
- Lei n.º 10/91, de 29.04, sobre protecção de dados pessoais face à informática [maxime, art. 11.º/1, al. b)].

§4. Assim, em Portugal como na quase totalidade dos Estados, a disciplina jurídica específica dos procedimentos EFT terá que buscar-se na auto-regulamentação de interesses a que procedem os intervenientes no sistema, avultando, consequentemente, a acção das instituições bancárias.

Nesta medida, assume especial importância o “Código de Conduta dos Bancos Europeus Relativo aos Sistemas de Pagamento Através de Cartões”, documento que corporiza a reacção dos bancos europeus (⁵⁴) à já referida Recomendação da CEE de 17.11.88 (⁵⁵).

Este “Código de Conduta”, veiculado em Portugal pela Associação Portuguesa de Bancos, disciplina os contratos celebrados pelas instituições bancárias filiadas nesta associação que tenham por objecto a atribuição de cartões para pagamentos bancários (a crédito e a débito) (⁵⁶), pretendendo-se de aplicação imediata.

(⁵⁴) Foi elaborado pelas Associações Europeias do Sector Bancário (AESB), que agrupam a Associação dos Bancos Cooperativos das Comunidades Europeias, a Federação Bancária da Comunidade Europeia e o Grupo dos Bancos Europeus de Poupança.

(⁵⁵) Reacção “provocada”, pois a Comissão fixou o prazo de um ano para os bancos acatarem voluntariamente os princípios daquela Recomendação, sob pena da sua transformação em Directiva.

(⁵⁶) São expressamente excluídos os cartões cuja função é garantir pagamentos efectuados por meio de cheque (Código, n.º 3). Por outro lado, estão também fora do âmbito deste Código de Conduta as transferências electrónicas entre bancos de “fundos por grosso” e as operações realizadas pelos particulares por sua conta (por exemplo, a partir do domicílio), que a Recomendação da CEE abrangia.

O documento impõe a adopção da forma escrita para o contrato de emissão e utilização do cartão (§1.), que deve ser redigido na ou nas línguas oficiais do Estado onde o cartão é emitido (§2.). É permitida a modificação do contrato por iniciativa do emitente desde que previamente notificada ao utilizador, a quem é reconhecida, em contrapartida, a faculdade de rescisão do acordo (§5.).

O texto do contrato deve dar a conhecer as bases de cálculo de todas as despesas (mas não o seu montante, a cada momento: cfr. §3.), bem como o período de tempo em que, normalmente, serão realizadas as operações de débito e crédito (§4.).

As principais obrigações do utilizador, de discriminação obrigatória no contrato, são (§6.):

- tomar as medidas adequadas à garantia da segurança do cartão e dos meios que permitem a sua utilização;
- não proceder ao registo do PIN sob forma ou em local acessível a terceiros;
- notificar o emitente, no mais curto período, da perda, furto ou extravio do cartão, da realização de transacção não autorizada ou de erro ou irregularidade na gestão da sua conta;
- não revogar as instruções dadas através do cartão.

Entre as obrigações do emitente contam-se:

- sigilo quanto à comunicação do PIN (§7.);
- manutenção, durante período de tempo razoável, dos registos necessários à identificação das operações efectuadas (§9.);
- emissão de documento com o registo escrito de cada operação efectuada, imediatamente após esta ou em período de tempo razoável (§10.);
- organização de serviço receptor de notificações da perda, furto ou reprodução do cartão, funcionando 24 horas por dia [§6./d)];
- adopção de medidas que impeçam qualquer utilização do cartão após a notificação da sua perda, furto ou reprodução (§14.).

O Código disciplina também a importante matéria da responsabilidade contratual. Neste domínio, importa distinguir os prejuízos resultantes de deficiência no equipamento autorizado para a utilização do cartão, dos ocasionados por perda, furto ou reprodução do cartão.

Os primeiros são da responsabilidade do emissor ⁽⁵⁷⁾, salvo se a falha técnica no sistema de pagamento tiver sido comunicada ao utilizador através de informação escrita no visor do aparelho ou tornada óbvia por qualquer forma (§13.).

Quanto à responsabilidade pelos danos emergentes da perda, extravio ou reprodução do cartão, assume especial importância a notificação desse facto ao emissor, já que o titular só é responsável pelos prejuízos ocorridos até ao momento dessa comunicação. Acresce que tal responsabilidade é limitada ao montante máximo de 150 ECU, salvo quando o utilizador tenha agido de modo fraudulento, deliberadamente ou com extrema negligência ou tenha permitido a outrém o conhecimento do PIN, caso em que o limite não se aplica (§12.) ⁽⁵⁸⁾. Após a comunicação, a responsabilidade fica a pertencer ao emissor, excepto nas situações em que haja fraude, extrema negligência ou acto deliberado do titular (§11.).

O texto examinado contém ainda uma norma de Direito Probatório, estatuinto que, perante a alegação do titular de que o seu cartão ou PIN não realizaram qualquer transacção ou de que esta foi incorrectamente executada, cabe ao emissor o ónus da respectiva prova, que pode cumprir através da apresentação dos registos internos do banco (§15.).

§5. O nível seguinte de regulamentação das relações jurídicas geradas pelo levantamento de numerário em máquina ATM/CD resulta dos contratos firmados entre instituições bancárias e utilizadores do sistema. Estando-se perante contratos de

⁽⁵⁷⁾ Esta responsabilidade abrange apenas os “prejuízos directos”, que correspondem ao “valor do capital debitado na conta do titular e todos os juros sobre ele devidos” (Código, §13).

⁽⁵⁸⁾ Residem aqui as principais diferenças entre este Código e as propostas contractuais geralmente utilizadas pelos bancos, pois nestas o titular é responsável por *todas* as transacções efectuadas até às 24 horas do primeiro dia útil seguinte ao da comunicação, havendo casos em que essa responsabilidade se prolonga até aos dois dias úteis.

adesão ⁽⁵⁹⁾, cumpre analisar o conteúdo das propostas contratuais correntemente utilizadas pela banca portuguesa ⁽⁶⁰⁾.

Nestas, reconhece-se ao banco o direito de propriedade sobre o cartão, reservando-se apenas o seu uso ao respectivo titular.

O cartão, que tem prazo de validade, deve ser devolvido em caso de renúncia pelo titular, sua substituição ou incorrecta utilização e cancelamento do seu uso por decisão unilateral do Banco.

O cartão é de uso pessoal, não sendo permitida a sua utilização por quaisquer terceiros, ainda que autorizada. Se esta proibição for infringida, presume-se que a utilização é feita sob responsabilidade do titular ⁽⁶¹⁾.

Não são permitidos levantamentos a descoberto, que, no entanto, a verificarem-se, obrigam o titular à imediata regularização do saldo negativo gerado e dão ao banco o direito a cobrar os respectivos juros.

Por seu turno, o contrato é denunciável ⁽⁶²⁾ por qualquer das partes, sem necessidade de pré-aviso.

§6. Na pesquisa do regime jurídico da operação de levantamento automático, cumpre analisar por último as actuações concretas das entidades que gerem o sistema.

Neste plano, salienta-se a situação de inoperacionalidade em que ficam todos os cartões roubados, perdidos, extraviados ou indevidamente usados ⁽⁶³⁾. A situação, conhecida como “lista

⁽⁵⁹⁾ Isto é, contrato em que um dos contraentes — no caso o utilizador — não tem a menor participação na elaboração das cláusulas da convenção, que surgem assim como “cláusulas contratuais gerais elaboradas de antemão, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitam, respectivamente, a subscrever ou a aceitar” (DL 446/85, de 25.10, art. 19.º).

⁽⁶⁰⁾ Como o Código de Conduta tem pretensão de aplicação absoluta, só serão referidas as cláusulas inovadoras relativamente àquele Código, até porque as propostas contratuais compulsadas são-lhe anteriores.

⁽⁶¹⁾ Algumas propostas falam em responsabilidade do titular pelo risco da utilização do cartão por terceiros.

⁽⁶²⁾ A faculdade de extinção do contrato surge revestida das características de liberdade, discricionariedade, irretroactividade e unilateralidade: cfr. Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações cit.*, p. 166.

⁽⁶³⁾ Por exemplo, reiteração de levantamentos a descoberto, utilização do cartão após a sua caducidade ou denúncia do contrato pelo banco.

negra”, dá origem à automática captura do cartão em caso de tentativa de utilização em ATM/CD, após o que será devolvido ao titular ou destruído, conforme as situações. Por razões de segurança, a captura automática é também desencadeada em situações diferentes, como as de *time out* (o utilizador não retira o cartão em tempo razoável), erro na digitação do PIN, avaria do equipamento, etc.

Por outro lado, o acordo entre os bancos aderentes ao sistema permite ao titular do cartão efectuar levantamentos em qualquer ATM, ainda que instalado em banco diferente daquele em que está sediada a sua conta de depósito à ordem. Como o dinheiro depositado no ATM de cada balcão é da propriedade do banco respectivo, cada banco é creditado pelos levantamentos feitos nos aparelhos instalados nos seus balcões e é debitado pelos pagamentos feitos em ATMs instalados em outros bancos, no uso de cartões por si emitidos. A diferença entre débitos e créditos é regularizada através da câmara de compensação de Lisboa.

CAPÍTULO TERCEIRO

NATUREZA JURÍDICA DA OPERAÇÃO DE LEVANTAMENTO AUTOMÁTICO

§1. Razão de ordem. §2. O contrato de utilização. §3. A operação de levantamento. Princípios subjacentes. §4. A operação de levantamento (cont.). A relação emite-nte-utilizador. §5. A operação de levantamento (concl.). A relação banco pagador-utilizador. §6. A relação interbancária. §7. Natureza jurídica dos meios utilizados na operação. §8. Natureza jurídica dos meios utilizados na operação (cont.). O cartão como meio de pagamento. §9. Natureza jurídica dos meios utilizados na operação (cont.). O cartão como documento de legitimação. §10. Natureza jurídica dos meios utilizados na operação (concl.). O PIN.

§1. A análise jurídica da operação de levantamento automático implica a decomposição do feixe de relações estabelecidas entre os diversos intervenientes desta operação EFT.

Assim, para além do contrato celebrado entre banco e cliente permitindo o acesso aos meios de execução do procedimento em análise, importa destacar as relações estabelecidas entre o utilizador e os diversos bancos e a própria relação interbancária ⁽⁶⁴⁾ gerada pela operação de levantamento.

A completa apreensão do fenómeno só se alcança, por fim, com o estudo dos meios e instrumentos utilizados.

§2. O contrato celebrado entre banco emitente do cartão e o seu cliente — contrato de “utilização” — é acessório das relações contratuais de depósito ou abertura de crédito em conta corrente que unem os mesmos sujeitos. Esta acessoriedade revela-se não apenas pela função do próprio contrato, mas também pelo seu destino, dependente das vicissitudes daqueles tipos contratuais (por exemplo, o cancelamento do depósito à ordem importará a caducidade do contrato de utilização).

Como foi referido ⁽⁶⁵⁾, o contrato não transmite a propriedade do cartão, mas apenas a faculdade do seu uso, de que beneficia o “utilizador” ou “titular”. Importa, por isso, qualificar este direito do utilizador sobre o cartão, designadamente tomando posição quanto à sua natureza real ou obrigacional.

Trata-se de direito sobre o cartão, isto é, sobre uma coisa corpórea ⁽⁶⁶⁾. Este direito permite a afectação exclusiva da coisa aos interesses do seu titular, durante a vigência do contrato. O utilizador pode servir-se dos meios facultados pelo Direito para a reaver, o que permite afirmar que aquela afectação se mantém onde quer que a coisa se encontre e quaisquer que sejam as vicissitudes que sofra, colocando-a sempre à disposição do titular. Deste modo, parecem estar presentes a sequela e a inerência, características do direito real ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁴⁾ Esta relação passa, em Portugal, pela intervenção da SIBS, cujas relações com os diversos bancos são explicáveis à luz das soluções societárias habituais.

⁽⁶⁵⁾ *Supra*, p. 29. Esta solução parece ter ficado a dever-se à necessidade de reconhecer ao banco o direito à restituição do cartão.

⁽⁶⁶⁾ *Ver-se-á (infra*, pp. 38 e 39) que o documento não incorpora, em si, qualquer outro direito, designadamente o direito a uma prestação.

⁽⁶⁷⁾ *Cfr.* Menezes Cordeiro, *Direitos Reais, Ciência e Técnica Fiscal*, n.ºs 235/237 (Jul.-Set.), 1978, p. 258 e ss.

Aceitando esta qualificação, importa ir mais longe, pois o princípio da tipicidade (C. Civ., art. 1306.º/1) impõe a recondução da figura a algum dos direitos reais criados pelo legislador:

- é um direito de gozo, por permitir retirar da coisa as utilidades que esta pode produzir;
- é um direito limitado, na medida em que é vedado ao utilizador alterar a substância do cartão e, sobretudo, da tarja magnética que ele incorpora;
- trata-se de direito sobre a totalidade do gozo, já que confere ao titular a sistemática e contínua possibilidade de fruição do bem, nos limites da disponibilidade diária e mensal atribuída ao cartão e do saldo da conta corrente que lhe está subjacente;
- é um direito temporário, que, no limite, caducará com a morte do seu titular, já que a utilização do cartão é pessoal.

Desta descrição do direito do utilizador sobre o cartão, acaba por constatar-se a presença das características principais do usufruto (cfr. C. Civ., arts. 1439.º e 1443.º).

Contra esta qualificação, poderá invocar-se, é certo, o facto do cartão (sobretudo, o tipo de cartão) ser atribuído em função da pessoa do utilizador, das suas características pessoais. Acresce que, como se disse, o contrato de utilização do cartão é acessório de direitos de carácter marcadamente obrigacional (v.g., abertura de crédito, depósito).

Qualquer que seja a posição tomada sobre a natureza do direito do utilizador sobre o cartão, parece correcto afirmar que o contrato que o gera, envolve, para ambas as partes, outros direitos e obrigações, co-naturais à sempre presente conexão com o contrato de depósito ou abertura de crédito.

Noutro plano, o contrato em análise é um contrato de forma vinculada, na medida em que o direito do credor (direito ao uso do cartão e, através deste, à obtenção de numerário) só pode ser exercido através de determinado procedimento.

§3. O negócio em análise tem como momento mais relevante não a sua fase constitutiva, mas a sua execução. Isto significa que o interesse do credor-utilizador não se realiza com a atribuição do cartão de plástico, mas apenas com a realização da operação que este possibilita.

A operação de levantamento automático é disciplinada por determinados princípios, entre os quais se destacam os da confiança, da não ingerência e da auto-satisfação ⁽⁶⁸⁾. De acordo com o primeiro destes princípios, o banco não está obrigado a verificar a veracidade ou a plausibilidade das mensagens electrónicas recebidas; em suma, aceita como legítimas as mensagens que lhe são enviadas através do procedimento previsto, constituindo o seu único dever verificar a correcção do procedimento de transmissão acordado com o cliente.

O princípio da não ingerência proíbe o banco de corrigir as mensagens incorrectamente transmitidas pelo utilizador, mesmo conhecendo a impossibilidade do seu cumprimento. Neste domínio, o único dever do banco é o de informar o cliente da anomalia verificada, esperando uma correcção que tem de ser sempre da iniciativa deste.

Por último, o princípio da auto-suficiência confere, aos registos bancários, força probatória das operações realizadas ⁽⁶⁹⁾.

§4. Na execução do contrato de utilização, o titular do cartão profere uma ordem de pagamento, com o efeito de um débito sobre a conta-corrente que, por força do contrato de depósito bancário ou abertura de crédito, mantém com o banco. Aqui não existe qualquer especialidade relativamente a outras formas de utilização e lançamento em conta corrente, como o saque de cheque à ordem do próprio sacador. Na verdade, as partes de um contrato de conta-corrente são livres de convencionar as mais diversas formas de utilização dos respectivos créditos ⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁸⁾ Y. Pouillet — B. Amory, Les relations contractuelles banques-entreprises entourant la mise à disposition de services télématiques bancaires, Banca, Borsa e Titoli di Credito, ano LI (1988), Maio-Jun., p. 370.

⁽⁶⁹⁾ Este valor probatório resulta expressamente do Código de Conduta europeu (cfr. *supra*, p. 29).

⁽⁷⁰⁾ M. Donadi, Bancomat cit., p. 635. No mesmo sentido, Vasseur, est. cit., n.º 7, nota 2.

§5. Como foi já referido, o funcionamento em rede dos aparelhos ATM/CD permite ao utente proceder ao levantamento automático de numerário em qualquer aparelho, mesmo que este (e o dinheiro que ele contém) não pertença ao banco titular do depósito à ordem onde irão ser debitados os movimentos.

Esta possibilidade suscita a questão da natureza jurídica da relação estabelecida entre utilizador e banco pagador.

É possível reconhecer natureza contratual ao procedimento, atribuindo o significado de proposta e aceitação a formas de actuação estranhas aos esquemas contratuais habituais ⁽⁷¹⁾. O utilizador e o banco proprietário da ATM celebrariam, em cada operação, um “contrato automático”, isto é, um contrato através do computador ⁽⁷²⁾. Saliente-se que, neste caso, a relação não se estabelece com o aparelho, mas com quem o programou, cuja vontade contratual é transmitida sempre que o programa é accionado.

No entanto, não se afigura correcto este enquadramento da situação. O utilizador não se dirige ao banco proprietário do ATM para a obtenção de uma prestação; ele dirige-se ao próprio aparelho, sabendo que tal comportamento tem o significado de um levantamento directo junto do banco depositário, emite de cartão ⁽⁷³⁾.

São, pois, mais exactas as explicações que negam significado contratual à relação subjacente ao levantamento automático, valorando-a apenas enquanto momento de execução do contrato celebrado entre banco emitente e utilizador. O núcleo da operação está centrado no contrato entre banco emitente do cartão e o seu cliente, surgindo a outra instituição bancária como auxiliar da primeiro no cumprimento daquele contrato de utilização.

Saliente-se que esta valoração tem importantes reflexos ao nível da disciplina jurídica de todas as relações geradas pela operação em análise e, designadamente, em sede de responsabilidade

⁽⁷¹⁾ G. Brancadoro, est. cit., p. 667 e ss.

⁽⁷²⁾ Sobre a figura, Menezes Cordeiro, Teoria Geral do Direito Civil, 1.º vol., Lisboa, 1987/88, p. 619 e ss.

⁽⁷³⁾ S. Maccarone, I Trasferimenti Elettronici cit., p. 363. M. Donadi (Bancomat cit., p. 635 e ss.) nega igualmente a existência de relação contratual entre banco-pagador e cliente.

civil. A opção defendida implica que apenas o banco emitente do cartão possa ser responsabilizado por prejuízos sofridos pelo utilizador, mesmo que estes resultem de avaria de ATM que lhe não pertence ⁽⁷⁴⁾.

§6. Do concluído no número anterior, decorre a importância que assume a relação interbancária subjacente. Na verdade, torna-se necessário saber que relação entre instituições bancárias titula a intervenção de banco estranho ao contrato de utilização como executante de ordem de pagamento proferida no âmbito deste contrato ⁽⁷⁵⁾.

As explicações mais frequentes reconduzem a situação aos quadros próprios do mandato ⁽⁷⁶⁾ ou do pagamento por terceiro (C. Civ., art. 767.º/1) ⁽⁷⁷⁾.

Não se está, no entanto, perante qualquer destas figuras. A actividade do banco proprietário do ATM onde o utilizador procede ao levantamento, não assume a natureza de pagamento: o banco não actua com *animus solvendi*, não pretendendo o efeito jurídico de extinção da obrigação. Não cumpre em vez do outro banco; não se vincula a pagar em substituição deste. Apenas actua de modo a manter o aparelho em funcionamento, provendo-o de numerário suficiente à realização das operações ⁽⁷⁸⁾.

Esta realidade é particularmente evidente no funcionamento em *off-line*: neste caso, o banco proprietário da ATM paga independentemente do saldo da conta e dos possíveis levantamentos a descoberto, demonstrando que o seu dever se esgota na criação de condições para o funcionamento do ATM, quando correctamente solicitada pelo utilizador.

A actividade do banco é, pois, de mero facto, sem conteúdo externo juridicamente relevante, correspondendo ao cumprimento

⁽⁷⁴⁾ Estando-se perante responsabilidade contratual por facto de terceiro: cfr. Romano Martinez, *O Subcontrato*, Coimbra, 1989, p. 137 e ss.

⁽⁷⁵⁾ Entre nós, esta relação assume, do ponto de vista funcional, o carácter de cumprimento de uma obrigação societária, resultante da referida intervenção da SIBS na gestão do sistema. No entanto, a dúvida sobre a sua natureza estrutural permanece.

⁽⁷⁶⁾ G. Brancadoro, est. cit., p. 671.

⁽⁷⁷⁾ Di Blasi, apud S. Maccarone, *I Trasferimenti Elettronici* cit., p. 362.

⁽⁷⁸⁾ Assim, S. Maccarone, *idem*, pp. 361 a 364 e M. Donadi, *Bancomat* cit., p. 635 e ss.

de uma obrigação de colaboração recíproca entre os diversos bancos, cujo objecto é, apenas, o fornecimento de notas ao aparelho ATM. Aquela colaboração é, em momento posterior, assistida por um mecanismo de compensação interbancária.

§7. A compreensão da natureza jurídica da operação de levantamento automático implica a análise dos instrumentos através dos quais se realiza a operação, concretamente, o cartão e o PIN.

Cumprе salientar, desde logo, que a determinação da natureza jurídica do cartão ou do número de identificação pessoal não pode alhear-se das múltiplas funções que ambos executam, limitando-se ao estudo de uma só operação. Ao contrário, a natureza destes instrumentos é resultado do conjunto de procedimentos que efectuam, em termos de se poder afirmar que a mesma se altera em função da sua maior ou menor capacidade operativa.

§8. No que diz respeito ao cartão de plástico ou de débito, é corrente incluí-lo no elenco dos meios de pagamento, por se tratar de realidade a que a lei ou a prática corrente atribuem a faculdade de extinguir dívidas.

Esta qualificação depende, no entanto, da função desempenhada pelo cartão. Uma análise circunscrita à função de levantamento automático de numerário não permite qualificá-lo dessa forma, por, nesse caso, nenhum crédito ser satisfeito. Nesta hipótese, o cartão funciona como instrumento de pagamento, permitindo movimentar a moeda escritural em que se traduz o saldo do depósito à ordem, sendo o numerário obtido através do débito correspondente na conta bancária⁽⁷⁹⁾.

Já enquanto forma de pagamento automático (isto é, permitindo realizar a operação POS), o cartão pode ser visto como meio de pagamento substitutivo do dinheiro, pois permite saldar o preço do produto adquirido⁽⁸⁰⁾. No entanto, esta qualificação só é válida para o funcionamento *on-line*, pois, com o sistema em

⁽⁷⁹⁾ Lopes Aguiar, ob. cit., p. 13.

⁽⁸⁰⁾ M. Vasseur, est. cit., n.ºs 6 e 7.

off, o cartão será mero veículo de transmissão de ordens de pagamento, tendo o banco como destinatário ⁽⁸¹⁾.

§9. Noutro plano, doutrina há que caracteriza o cartão como título de crédito. Esta tese, que se adequa melhor às características do funcionamento *off-line* (sendo também empregue para caracterizar o cartão de crédito), considera que o cartão incorpora uma obrigação de tipo cartular do emitente do cartão face a terceiros e ao seu titular, resultante da faculdade de este último vincular o emitente a proceder a pagamentos a terceiros e a si próprio. Em reforço desta tese surgiria também a faculdade de o emitente poder exigir a restituição do cartão-título.

A apreciação desta doutrina deve fazer-se pelo confronto com os requisitos característicos dos títulos de crédito, ou seja, a literalidade, a incorporação e a autonomia ⁽⁸²⁾.

A literalidade significa que é o teor literal do título a exclusiva forma de determinação do direito respectivo, no que diz respeito à sua existência, conteúdo e modalidades. Ora, não só o cartão de débito não funciona isoladamente, necessitando do PIN para poder desempenhar a sua função ⁽⁸³⁾, como o conteúdo do direito do utilizador é definido, primacialmente, pelo saldo da respectiva conta corrente; é este que determina a extensão das operações efectuadas através do cartão.

A análise da figura do cartão de débito não revela, igualmente, a característica de imanência do direito no documento geralmente designada por incorporação. Na verdade, enquanto no título de crédito é a posse do documento que habilita o exercício do direito, não sendo possível conceber o direito sem o título nem o título sem o direito, já o direito à percepção das quantias que constituem o montante do depósito à ordem ou o valor da abertura de crédito (isto é, o saldo da conta corrente) é independente da posse do cartão e existe sem ele; aqui, o documento é apenas

⁽⁸¹⁾ M. Vasseur, *idem*, *ib.*; M. Donadi, *Problemi Giuridici cit.*, p. 562.

⁽⁸²⁾ Por todos, Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, vol. III — Letra de Câmbio, Coimbra, 1975, p. 4 e ss.

⁽⁸³⁾ A objecção seria ultrapassável se se atribuisse ao número de identificação pessoal o valor de assinatura: v. *infra*, p. 40.

uma das formas de exercer o direito, tornando disponíveis as importâncias referidas.

Por último, a expressa caracterização do cartão como pessoal e intransmissível elucida sobre a vontade das partes de excluírem a circulação e transmissão do documento. Não faz sentido falar, assim, em autonomia da posse actual face a anteriores titularidades.

Afastada a caracterização como título de crédito, cumpre avançar na averiguação da natureza do cartão de débito. Outras explicações são propostas, como a de tratar-se de documento probatório⁽⁸⁴⁾ ou de documento representativo dos fundos postos à disposição do titular pelo banco emitente⁽⁸⁵⁾.

Parece, no entanto, mais correcto atribuir ao cartão a natureza de documento de legitimação⁽⁸⁶⁾, na medida em que permite identificar o credor da prestação, “dispensando quaisquer outros comprovativos da existência do direito, quer para quem o exerce quer para efeitos de pagamento liberatório”⁽⁸⁷⁾. A esta qualificação não obsta o facto do cartão, por si só, não ser suficiente para legitimar o exercício do direito — o que só acontece se conjugado com o número de identificação pessoal — pois para os documentos de legitimação não valem os princípios próprios dos títulos de crédito, *maxime*, o da literalidade. Assim, nada impede que a legitimação se faça com o auxílio de elementos estranhos ao documento, mas funcionalmente ligados a este.

A legitimação pode ser nominal, o que acontece quando o devedor tem de verificar a coincidência entre o titular do direito à prestação e o sujeito identificado no título; porém, nos cartões de

⁽⁸⁴⁾ Provando a relação jurídica entre banco emitente e utilizador. G. Brancadoro (est. cit., pp. 669 e 670) coloca a hipótese, mas afasta-a em seguida pelo facto de se estar perante serviço mecanizado.

⁽⁸⁵⁾ É a tese de Nuvolone, citado por S. Maccarone, I *Trasferimenti Elettronici* cit., pp. 358 e 359 e M. Donadi, *Bancomat* cit., p. 635 e ss.

⁽⁸⁶⁾ É a tese dominante entre a doutrina italiana: cfr. S. Maccarone, *idem.*, p. 359; M. Donadi, *Bancomat* cit., p. 639 e *Problemi Giuridici* cit., p. 570; G. Brancadoro, est. cit., pp. 669 e 670.

⁽⁸⁷⁾ Pereira de Almeida, *Direito Comercial*, 3.º vol. — Títulos de Crédito, Lisboa, 1988, p. 18.

débito, a legitimação é real ⁽⁸⁸⁾, pois a detenção é requisito necessário e suficiente ⁽⁸⁹⁾ para legitimar a exigência da prestação.

Os documentos de legitimação constituem, por norma, pressuposto dos chamados “serviços de massas”, isto é, serviços prestados a grande número de pessoas, exigindo por isso a realização de vasto número de operações de idêntico conteúdo em curto período de tempo. Assim, são escolhidos determinados instrumentos idóneos a consentir o exercício dos direitos emergentes do contrato, sem necessidade de se estabelecer, a cada momento, com os meios de prova normais, quem está legitimado a exigir a prestação.

§10. Na indagação sobre a natureza jurídica dos elementos componentes da operação de levantamento automático importa, por último, apreciar a essência do número de identificação pessoal ou PIN.

Assimilar o PIN à assinatura do titular do cartão é hipótese aliciante, mas deve ser posta claramente de parte enquanto proposta de explicação da natureza do código de acesso ao sistema automático ⁽⁹⁰⁾.

A assinatura de um documento cumpre a dupla função de identificar o seu autor e demonstrar a vontade deste se apropriar do conteúdo daquele. Ora, o número de identificação pessoal não realiza qualquer destas tarefas; o facto de ser utilizado não permite saber quem efectuou determinada transferência ⁽⁹¹⁾ e nada revela sobre a sua adesão ao conteúdo da mensagem emitida. A digitação do PIN não revela a identidade do indivíduo, mas apenas o facto de se tratar de alguém habilitado a beneficiar da prestação.

⁽⁸⁸⁾ Neste sentido, os AA. e estudos referidos na nota 86.

⁽⁸⁹⁾ Um factor de perturbação resulta da exigência do PIN, o que é, contudo, ultrapassável se este for entendido como procedimento de segurança: v. p. seguinte.

⁽⁹⁰⁾ Recusam a natureza de assinatura ao PIN S. Maccarone (*I Trasferimenti Elettronici cit.*, p. 352 e ss.), M. Donadi (*Bancomat cit.*, p. 635 e ss.), M. Vasseur (*est. cit.*, n.º 30), e Y. Pouillet — B. Amory (*est. cit.*, p. 376).

⁽⁹¹⁾ Parece claro que, quando ocorre a falsificação da assinatura, é uma outra assinatura que é produzida, enquanto que o PIN é sempre o mesmo, quer seja digitado pelo titular do cartão quer por terceiro.

Deve, por isso, ser recusada a ideia de “assinatura electrónica”, sem prejuízo da evolução tecnológica vir permitir o surgimento de técnicas de identificação dotadas da eficácia actualmente reconhecida à assinatura manuscrita ⁽⁹²⁾.

A função do PIN é permitir o acesso ao sistema a quem esteja contratualmente habilitado a fazê-lo. Sendo o levantamento automático um procedimento estritamente pessoal, a digitação do PIN corresponde à identificação — válida *inter partes* para os efeitos acordados — da pessoa que surge a realizar a operação. Por outras palavras, a marcação do código pessoal de acesso é um procedimento de autenticação do acto, que, para o efeito de cumprimento da obrigação, gera a coincidência entre o indivíduo que materialmente executa a operação (autor real) e aquele que surge como seu responsável (autor aparente) ⁽⁹³⁾.

Esta autenticação não pode, no entanto, deixar de ser meramente presuntiva; isto é, a digitação do PIN desencadeia apenas a presunção *juris tantum* da genuinidade do acto, da sua imputação a certo indivíduo, ilidível mediante prova em contrário nos termos gerais.

Para explicar a possibilidade de alguém se obrigar sem o uso da própria assinatura, como acontece no levantamento automático, a doutrina italiana ⁽⁹⁴⁾ tem proposto a aplicação analógica da disciplina jurídica do telegrama, contida no art. 2705.º do C. Civ. Italiano, onde se estatui que “o telegrama tem a eficácia probatória do documento particular se o original depositado no expedidor se encontra subscrito pela pessoa em nome de quem é expedido”. A semelhança com o nosso Direito Positivo (cfr. C. Civ., art. 379.º; C. Com., art. 97.º ⁽⁹⁵⁾) permite considerar possível transpor a solução.

⁽⁹²⁾ A investigação actual desenvolve-se em três áreas distintas: o nome ou número de acesso, a criptografia e o reconhecimento de características físicas. Sobre a matéria, v. B. Amory — X. Thunis, est. cit., p. 691 e ss.

⁽⁹³⁾ Aplica-se o conceito lato de autenticidade exposto em J. Lebre de Freitas, *A Falsidade no Direito Probatório*, Coimbra, 1984, pp. 21 e 22.

⁽⁹⁴⁾ M. Donadi, *Problemi Giuridici cit.*, p. 561.

⁽⁹⁵⁾ V., no entanto, a posição de Oliveira Ascensão (*Direito Comercial*, vol. I — parte geral, Lisboa, 1986/87, pp. 542 a 545), que considera a disposição do Código Comercial revogada pela entrada em vigor do Código Civil.

No entanto, resulta da lei que a força probatória dos telegramas decorre da assinatura dos respectivos originais (C. Civ., art. 379.º; C. Com., art. 97.º/§ 1.º) ⁽⁹⁶⁾, o que nunca acontece na operação analisada, recusada que foi ao PIN a natureza de assinatura. Logo, a eficácia probatória do PIN, no sentido assinalado, resulta não da lei, mas de estipulação das partes, válida no nosso ordenamento jurídico (C. Civ., art. 345.º).

Conclui-se, assim, que o PIN é uma forma, contratualmente gizada, de presumir a autenticidade de um facto.

CAPÍTULO QUARTO

RESPONSABILIDADE PELOS DANOS EMERGENTES DA UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE LEVANTAMENTO AUTOMÁTICO

§1. Razão de ordem. §2. Responsabilidade do utilizador. §3. Responsabilidade bancária. §4. Responsabilidade pelo risco.

§1. O enquadramento jurídico das relações geradas e dos instrumentos utilizados na operação de levantamento automático permite conhecer as normas legais que, conjugadas com as cláusulas contratuais acordadas, constituem o regime jurídico da operação, objecto do presente estudo.

No contexto das relações entre os diversos intervenientes, problemas haverá que — pela importância que assumem e pela frequência com que, certamente, ocorrem — exigem do jurista particular esforço de reflexão. Neste capítulo abordar-se-ão as questões relativas à responsabilidade pelos prejuízos verificados e, no próximo capítulo, serão estudados os problemas inerentes à prova das operações realizadas.

§2. O utilizador é responsável, nos termos gerais, pelos prejuízos a que der causa através de actuação dolosa ou culposa.

⁽⁹⁶⁾ A segunda hipótese prevista no Código Comercial [“(...) aqueles que se provar haverem sido expedidos ou mandados expedir pela pessoa designada como expedidor (...)”] não está, evidentemente, em causa, pois nesse caso nenhum problema se coloca: está determinado o autor da operação de levantamento.

Assim, são-lhe imputáveis os danos decorrentes da “utilização abusiva”, isto é, da execução de procedimento automático para o qual não dispõe de fundos suficientes (C. Civ., art. 798.º) ⁽⁹⁷⁾. Neste caso, o respectivo ressarcimento implicará o pagamento de juros sobre a quantia indevidamente levantada (C. Civ., art. 806.º) ⁽⁹⁸⁾.

São ainda da responsabilidade do utilizador os prejuízos originados por fraude na utilização do sistema, praticada pelo próprio titular do cartão (v.g., utilização do sistema após comunicação da perda ou furto do cartão) ou por terceiro em resultado de violação, por aquele, das suas obrigações contratuais (cedência do cartão, negligência na conservação do cartão e do PIN, não comunicação da perda ou furto do cartão, etc.). No entanto, também nesta situação haverá que ponderar da eventual negligência do banco. Assim, mesmo que não tenha decorrido ainda o prazo contratualmente fixado durante o qual o banco não responde pelos levantamentos efectuados em resultado da perda ou furto do cartão ⁽⁹⁹⁾, a prova de que a operação poderia ter sido evitada se tivesse havido diligência na inclusão do cartão em “lista negra” é suficiente para responsabilizar a instituição bancária.

§3. De resto, o banco ⁽¹⁰⁰⁾ responderá por todos os prejuízos originados pela violação dos seus deveres de organização,

⁽⁹⁷⁾ A doutrina inclina-se para a irrelevância penal deste comportamento, por não se preencherem as previsões típicas dos crimes de furto, abuso de confiança ou burla (cfr. Amável Raposo, Alguns aspectos jurídicos dos pagamentos através das caixas automáticas: responsabilidade civil e prova, BMJ, 377.º (1988), pp. 10 e 11, nota 6; Marques Borges, Cheques, Traveller's Cheques e Cartões de Crédito, Lisboa, s.d., p. 31), a que acresce a dificuldade de determinação do estado subjectivo do utilizador no momento do levantamento (G. Brancadoro, est. cit., p. 674). A questão terá de ser resolvida por via legislativa, como aconteceu em França (Lei n.º 19/88, de 05.01.88, sobre crime informático).

⁽⁹⁸⁾ Regra geral, os contratos de utilização prevêm o cálculo dos juros à taxa máxima para as operações activas, cláusula válida face ao disposto no art. 806.º/2 do C. Civ.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. *supra*, p. 28.

⁽¹⁰⁰⁾ Entre nós, esta responsabilidade limitar-se-á ao plano das relações banco-cliente, assumindo a SIBS, em última instância, a responsabilidade por todos os prejuízos decorrentes de falhas técnicas no sistema, como resulta da convenção celebrada entre os aderentes ao sistema: v. João Nabais, est. cit., p. 83.

gestão e segurança do sistema de levantamento, em todas as suas fases — acesso ao sistema, recolha, registo, tratamento e conservação dos dados e entrega dos valores (C. Civ., art. 798) ⁽¹⁰¹⁾.

§4. A dúvida reside em saber quem responde pelos prejuízos que não decorram de qualquer actuação culposa de utilizador ou instituição bancária (avarias do sistema informático, atrasos nas transacções, falta de energia eléctrica, etc.). No fundo, equívale a perguntar quem suporta o risco de funcionamento do sistema.

O banco é proprietário das quantias depositadas ou postas à disposição em cumprimento do contrato de concessão de crédito (C. Civ., arts. 1205.º, 1206.º e 1144.º). Logo, qualquer perda ou extravio de numerário ocorrido no âmbito do sistema EFT, porque significa o perecimento de coisas propriedade do banco, desencadeia a responsabilidade da instituição bancária. Como se sabe, nos contratos que importem a transferência do domínio sobre coisas (caso do depósito irregular), o risco do perecimento destas corre por conta do adquirente (C. Civ., art. 796.º) ⁽¹⁰²⁾. A responsabilidade do banco é, de resto, expressamente reconhecida pelo Código de Conduta ⁽¹⁰³⁾.

Assim, a hipótese — corrente — de normal execução do procedimento sem que, no final, o aparelho expulse o numerário, não desonera o banco do cumprimento da sua obrigação contratual (C. Civ., arts. 1142.º e 540.º). No entanto, aqui como por toda a área da responsabilidade emergente da utilização de sistemas de transferência electrónica de fundos, o cerne do problema transpõe as fronteiras do cumprimento contratual e do dever de ressarcimento para se centrar num problema de prova da operação efectuada.

Esta responsabilidade do banco não abrange os danos resultantes da impossibilidade não culposa de realização do procedimento (o ATM encontra-se “fora de serviço” ou não cumpre a operação requerida), em virtude de ausência de norma legal

⁽¹⁰¹⁾ Amável Raposo, est. cit., pp. 18 e 19.

⁽¹⁰²⁾ Amável Raposo, idem, ib.

⁽¹⁰³⁾ *Supra*, p. 28.

expressa a prevê-la (C. Civ., art. 483.º/2). Nesta hipótese, o prejuízo é assumido por quem o sofreu.

De igual modo, as intervenções de terceiros que não provoquem anomalias no funcionamento do sistema de levantamento automático (roubo do cartão e extorsão do PIN, roubo da quantia durante a operação, etc.) não constituem o banco no dever de indemnizar os prejuízos ocorridos, não só por — uma vez mais — se tratar de risco que nenhuma norma legal atribui ao banco, como porque este actua no cumprimento do seu dever contratual, já que a operação surge dotada das características que a permitem atribuir ao utilizador habilitado. Aqui, parece que o Código de Conduta vai mais longe que a lei, ao limitar o montante da responsabilidade do utilizador. No entanto, cumpre não esquecer que o banco está obrigado a tornar inoperacional o cartão, pelo que, não o fazendo, se torna responsável pelos danos causados, entrando-se no âmbito da sua responsabilidade subjectiva.

Pode concluir-se que, de modo geral, o Código de Conduta constitui uma forma equilibrada de repartição da responsabilidade entre os diversos intervenientes na operação de levantamento automático.

CAPÍTULO QUINTO

PROVA DAS OPERAÇÕES EFECTUADAS

- §1. Razão de ordem. §2. Meios de prova.
§3. Ónus da prova.

§1. Do que ficou dito a propósito da matéria da responsabilidade, induz-se a extrema importância das questões relativas à prova da operação de levantamento automático. Saliente-se que a actividade probatória, além de fixar a ocorrência da operação, permitirá imputar eventual anomalia a um dos intervenientes, apurando desta forma quem assume a responsabilidade dos prejuízos daí resultantes.

O procedimento que constitui o objecto deste trabalho coloca problemas probatórios específicos, em virtude da desmaterialização das operações que lhe é inerente e da circunstância dos

factos serem registados em instrumento diferente do papel, suscitando deste modo a necessidade de revisão de alguns conceitos tradicionalmente utilizados na matéria. Acresce que os suportes materiais onde se inscreve a informação (bandas magnéticas, disquettes, computadores) são exclusivamente detidos por um dos intervenientes, que detém a possibilidade técnica de alterar a informação sem deixar vestígios da própria alteração.

A questão da prova será analisada em dois níveis: o dos meios de prova admissíveis e o do ónus da prova.

§2. No ordenamento jurídico português, a regra é da admissibilidade de qualquer meio de prova idóneo a demonstrar a realidade de um facto, desde que obtido e produzido de forma lícita (C. Civ., art. 341.º; CPC, art. 515.º). Os meios de prova são, regra geral, livremente apreciados pelo julgador (C. Civ., arts. 358.º/3 e 4, 361.º, 366.º, 389.º, 391.º e 396.º; CPC, art. 655.º/1).

Parece seguro que os instrumentos onde são registadas as informações computadorizadas podem ser incluídos na categoria das reproduções mecânicas (C. Civ., art. 368.º) ⁽¹⁰⁴⁾. A sua eficácia probatória tem, no entanto, de ser apreciada face ao caso concreto, de forma a determinar com exactidão os factos cuja realidade estes meios se mostram idóneos a representar ⁽¹⁰⁵⁾.

Importa, no entanto, ir mais longe nesta indagação.

Nos procedimentos que utilizam a electrónica, a palavra escrita é substituída por impulsos eléctricos, armazenados na memória do aparelho. O conjunto desses impulsos constituirá um documento? Transpondo o problema para o âmbito do presente estudo, quando executa os actos que formam a operação de levantamento automático, o utilizador estará a elaborar um documento?

⁽¹⁰⁴⁾ Interpretado actualisticamente, como propõem alguns: v. Amável Raposo, est. cit., p. 22.

⁽¹⁰⁵⁾ Amável Raposo, *idem*, p. 23. O A. considera, correctamente, que o registo computadorizado ou o recibo entregue pelo aparelho não são idóneos a representar a entrega de dinheiro, propondo uma leitura restritiva do art. 368.º do C. Civ.

Para o Direito Privado português, documento é “qualquer objecto elaborado pelo homem com o fim de reproduzir ou representar uma pessoa, coisa ou facto” (C. Civ., art. 362.º). Esta definição abarca seguramente as mensagens electrónicas inscritas em suportes magnéticos, cuja estrutura representativa não é prejudicada pelo facto de apenas poderem ser lidas através de aparelhos específicos (os computadores) (106).

É discutível que esses “documentos electrónicos” possam ser qualificados como documentos escritos (107). As dificuldades resultam do facto de o sinal electrónico não poder ser lido directamente, não possuindo o carácter de linguagem convencional subjacente à noção de escrita (108),

O que parece indubitável é a insusceptibilidade de caracterização desse documento como particular. Este exige, como requisito essencial, uma autenticidade firmada através da assinatura do seu autor (C. Civ., art. 373.º/1), o que não acontece com os documentos electrónicos e, concretamente, com o documento gerado durante a operação de levantamento automático. Logo, ainda que lhe seja reconhecida a qualidade de documento escrito, tratar-se-á de documento não assinado (109), admissível enquanto meio de prova face à inexigência de forma para a declaração negocial subjacente (110) (C. Civ., art. 364.º/1), cuja força probatória é livremente apreciada pelo Tribunal (CPC, art. 655.º).

(106) Assim, Ettore Giannantonio, *Il valore giuridico del documento elettronico*, Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni, ano LXXXIV (1986), n.ºs 9-12, p. 262 e ss. e Lebre de Freitas, *ob. cit.*, p. 106 e ss.

(107) Sobre o estado da questão em Itália, v. o resumo de G. Brancadoro, *est. cit.*, p. 675.

(108) Cfr. E. Giannantonio, *est. cit.*, p. 273 e ss., que define a escrita como a actividade de traçar sobre uma superfície sinais convencionais, exprimindo ideias de forma a poderem ser lidas, o que supõe a utilização de linguagem destinada à comunicação. O A. defende a qualificação do documento electrónico como documento escrito, argumentando que a realidade magnética que o forma (*o bit*) é uma realidade material, ainda que não directamente apreensível pelo homem.

(109) Assim, E. Giannantonio, *idem*, p. 277.

(110) O que já não acontece noutras operações EFT, como o depósito automático, que, tratando-se de depósito irregular (C. Civ., art. 1205.º) a que se aplicam as regras do mútuo (C. Civ., art. 1206.º), só pode ser provado por documento escrito ou confissão da contraparte (DL 32.756, de 29.04.43; C. Civ., art. 364.º). Sobre o problema, Amável Raposo, *est. cit.*, pp. 23 a 25.

O mesmo se diga do recibo emitido pela máquina durante a operação de levantamento: é um documento escrito ao qual falta o requisito da assinatura, não tendo portanto especial força probatória.

Saliente-se, no entanto, que são em princípio válidas as cláusulas contratuais relativas a matéria probatória (C. Civ., art. 345), sempre submetidas, no entanto, ao “crivo” do DL 446/85.

§3. À repartição do ónus da prova aplicam-se as regras constantes do Código Civil (art. 342.º e ss.).

Assim, na operação de levantamento automático, caberia ao utilizador provar que deu ao aparelho uma ordem, com determinado conteúdo. No entanto, viu-se já ⁽¹¹¹⁾ que o Código de Conduta atribui ao Banco o ónus de provar a correcção do procedimento, em face da alegação do titular de que não teria havido qualquer transacção ou de que esta teria sido incorrectamente executada pela ATM. Esta estipulação afigura-se válida face à *ratio* da norma do art. 21.º/e) do DL 446/85, de 25.10.

CONCLUSÕES

I. O levantamento automático de numerário permite ao utilizador habilitado movimentar a débito a sua conta de depósito à ordem, sem intermediação de terceiros ou de instrumentos baseados no papel.

II. O levantamento automático é uma transferência electrónica de fundos, pois as instruções que o tornam possível são transmitidas, desde o início do procedimento, através de meios electrónicos.

III. A operação de levantamento automático realiza imediatamente o fim pretendido pelo utilizador, que controla o decurso de toda a operação.

⁽¹¹¹⁾ *Supra*, p. 29.

IV. O levantamento automático coloca o utilizador em relação directa com o banco, sem necessidade de recurso a operações de tipo convencional.

V. A operação de levantamento automático está directamente conexcionada com o depósito à ordem do utilizador, sendo estranha à figura da concessão de crédito.

VI. Em Portugal, o levantamento automático de numerário é disciplinado, especificamente, pelo “Código de Conduta dos Bancos Europeus relativo aos Sistemas de Pagamento através de Cartões” e pelos contratos celebrados entre instituições bancárias e seus clientes.

VII. Para poder beneficiar do sistema de levantamento automático, o utilizador celebra um contrato com a instituição bancária, através do qual é transmitido um direito real sobre o cartão, mas não a sua propriedade.

VIII. Ao proceder a levantamentos de numerário em ATM pertencente a outra instituição bancária, o utilizador não estabelece com esta qualquer relação contratual.

IX. Ao proceder a pagamentos através de ATMs a utilizadores que não são seus clientes, o banco actua no cumprimento de um dever de colaboração inter-bancária, cujo objecto é o fornecimento de notas ao aparelho ATM.

X. O cartão de plástico, no contexto da operação de levantamento automático, é um instrumento de pagamento.

XI. O cartão de plástico não é título de crédito, mas documento de legitimação, na medida em que permite a identificação do titular habilitado sem necessidade de comprovar a existência do direito ao levantamento através de outros meios de prova.

XII. Essa legitimação é real, pois a detenção do cartão é requisito necessário da exigibilidade da prestação.

XIII. O PIN não é uma assinatura, mas um procedimento a que, por convenção, as partes atribuem o valor de uma autentificação do acto de levantamento automático.

XIV. À operação de levantamento aplicam-se as regras gerais da responsabilidade civil e, concretamente, da responsabilidade contratual.

XV. Em virtude da sua natureza, esta operação reparte o risco pelas partes intervenientes, assumindo o banco o risco do perecimento do numerário de que é depositário.

XVI. O conjunto dos impulsos electrónicos constitui um documento que, sendo escrito, não é particular, pelo que não possui a força probatória reconhecida por lei a estes documentos.

XVII. A operação aplicam-se as regras gerais de repartição do ónus da prova.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, ADELINO LOPES

O dinheiro de plástico (cartões de crédito e de débito; novos meios de pagamento; legislação), Lisboa, 1990.

ALMEIDA, ANTÓNIO PEREIRA DE

Direito Comercial, 3.º vol. — Títulos de Crédito, Lisboa, 1988.

AMORY, BERNARD — THUNIS, XAVIER

Authentification de l'origine et du contenu des transactions sans papier et questions de responsabilité en Droit Continental, Banca, Borsa e Titoli di Credito, ano L (1987), Nov.-Dez.

AMORY, BERNARD

Vide POULLET, YVES.

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA

Direito Comercial, vol. I — Parte Geral, Lisboa, 1986/87.

BORGES, JOSÉ MARQUES

Cheques, Traveller's Cheques e Cartões de Crédito, Lisboa, s.d.

BRANCADORO, GIANLUCA

Osservazioni sul Servizio «Bancomat», Banca, Borsa e Titoli di Credito, ano XLIX (1986), Nov.-Dez.

CARBONI, GAETANO

Alla conquista del potenziale delle plastic card in Italia, Bancaria, 1989, n.º 9 (Set.).

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES

Direitos Reais, Ciência e Técnica Fiscal, 1978, n.ºs 232-234 (abril-junho) e 235-237 (julho-setembro).

Concessão de crédito e responsabilidade bancária, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 357 (1987)

Teoria Geral do Direito Civil, 1.º vol., Lisboa, 1987/88.

Direito das Obrigações, 2 vols., Lisboa, 1990 (reimpressão).

CORREIA, ANTÓNIO FERRER

Lições de Direito Comercial, vol. III — Letra de Câmbio, Coimbra, 1975.

DONADI, MASSIMO

Problemi giuridici del trasferimento elettronico dei fondi, Contratto e Impresa, 1988, n.º 2.

Bancomat, Contratto e Impresa, 1988, n.º 2.

FALZETTI, CARLO ALBERTO

L'innovazione diretta e indotta del interbancario telematico, *Bancaria*, 1990, n.º 2 (Fev.).

FREITAS, JOSÉ LEBRE DE

A Falsidade no Direito Probatório, Coimbra, 1984.

GIANNANTONIO, ETTORE

Il valore giuridico del documento elettronico, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, ano LXXXIV (1986), n.ºs 9-12.

MACCARONE, SALVATORE

Le Operazione Della Banca Tra Norme e Prassi, Milão, 1988.

Le carte di pagamento nell'ordinamento giuridico italiano, *Bancaria*, 1991, n.º 1 (Jan.).

MARTINEZ, PEDRO ROMANO

O Subcontrato, Coimbra, 1989.

NABAIS, JOÃO

Transferências Electrónicas de Fundos: Problemas Jurídicos, *Revista da Banca*, n.º 2 (Abril-Junho, 1987).

NORRINGTON, HUMPHREY T.

Le opportunità di crescita offerte dal retail banking, *Bancaria*, 1991, n.º 1 (Jan.).

OCDE

Les Transferts de Fonds Electroniques — Les Cartes de Paiement et Le Consomateur, Paris, 1989.

PANSINI, SILVIA

Riflessioni sulla carta di credito: in margine a un libro svizzero, *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, ano LI (1988), Nov.-Dez.

PETTITI, PRISCILLA

In tema di carte di credito: profilo giuridico del pagamento sostitutivo, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, ano LXXXVI (1988), n.ºs 9-12.

POULLET, YVES — AMORY, BERNARD

Les relations contractuelles banques-entreprises entourant la mise à disposition de services télématiques bancaires, *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, ano LI (1988), Maio-Jun.

PRADEL, JEAN

Les infractions relatives à l'informatique, *Revue International de Droit Comparé*, ano 42.º (1990), n.º 2.

RAMOS, ANTÓNIO AMARAL

Relatório apresentado na cadeira de Direito Comercial do Mestrado em Ciências Jurídicas, Lisboa, s.d. (não publicado).

RAPOSO, AMÁVEL

Alguns aspectos jurídicos dos pagamentos através das caixas automáticas: responsabilidade civil e prova, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 377.º (1988).

SCOTT, HALL S.

Sur Les Transferts Interbancaires Par Télétransmission aux États-Unis, *Revue International de Droit Comparé*, ano 37.º (1985), n.º 49.

SEMANÁRIO "EXPRESSO"

Edição de 04.05.91.

Edição de 31.08.91.

SIBS

Novos Serviços e Operações, Lisboa, 1989.

THUNIS, XAVIER**VASSEUR, MICHEL**

Le paiement électronique. Aspects Juridiques, *Juris-Classeur Periodique*, 1985, I, 3206.

VELOZO, JOSÉ ANTÓNIO

"Electronic Banking": Uma introdução ao EFTS, *Scientia Iuridica*, tomo XXXVI, 1987.