



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Maria Teresa Resende Neiva Martins da Silva

**RESPONSABILIDADE DOS BANCOS
EM CASOS DE PHISHING E PHARMING**

**Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito, na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas, orientada pela Professora
Doutora Mafalda Miranda Barbosa e apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra.**

Outubro 2021



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE D
COIMBRA

A RESPONSABILIDADE DOS BANCOS EM CASOS DE PHISHING E PHARMING

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas, com Menção em Direito Civil, sob a orientação da Professora Doutora Mafalda Miranda Barbosa.

Maria Teresa Resende Neiva Martins da Silva
Coimbra, Outubro 2021

“I believe that banking institutions are more dangerous to our liberties than standing armies”

(Thomas Jefferson)

À minha mãe, ao Amadeu,
às minhas avós, à minha família,
ao meu namorado e
aos meus amigos,
pelo apoio, amor e carinho,

Obrigada!

À Senhora Professora Doutora Mafalda Mi-
randa Barbosa,
por toda a ajuda e motivação,

Obrigada!

A presente dissertação não foi redigida de acordo com o Acordo Ortográfico de 1990, com exceção das citações por ele abrangidas

Índice

SIGLAS E ABREVIATURAS.....	7
RESUMO	8
ABSTRACT	9
INTRODUÇÃO	10
I. NOTAS INTRODUTÓRIAS.....	13
1. FORMULAÇÃO DO PROBLEMA.....	13
2. A IMPORTÂNCIA TEÓRICA PRÁTICA DO PROBLEMA	14
2.1. A IMPORTÂNCIA DOS BANCOS NO NOSSO QUOTIDIANO.....	14
2.2. A IMPORTÂNCIA DOS SISTEMAS DE PAGAMENTO	15
3. A RELAÇÃO BANCO-CLIENTE	22
3.1. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO	22
3.2. O CONTRATO BANCÁRIO GERAL	27
3.3. A RELAÇÃO OBRIGACIONAL SEM DEVERES PRIMÁRIOS DE PRESTAÇÃO.....	28
3.4. A RELAÇÃO BANCÁRIA EM PORTUGAL	29
3.5. O CONTRATO DE <i>HOMEBANKING</i>	36
3.6. O CONTEÚDO DA RELAÇÃO CONTRACTUAL	39
3.6.1. DEVERES DO UTILIZADOR DO SERVIÇO	39
3.6.2. DEVERES DO PRESTADOR DO SERVIÇO.....	40
II. A NOVA DISCIPLINA DOS SERVIÇOS DE PAGAMENTO	43
4. O REGIME ANTERIOR E OS PROBLEMAS QUE SUCITAVA	43
5. O NOVO REGIME E OS SEUS CONTORNOS	44
5.1. A FRAUDE ATRAVÉS DA UTILIZAÇÃO DESTES SISTEMAS	44
5.2. O PROBLEMA DO <i>PHISHING</i>	45
5.3. O PROBLEMA DO <i>PHARMING</i>	47
5.4. A TERCEIRA MODALIDADE DE FRAUDE INFORMÁTICA	48
5.5. A MUDANÇA DE PARADIGMA	50
5.6. A REPARTIÇÃO DE PREJUÍZOS E RESPONSABILIDADE CIVIL	51
III. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO BANCO	61

6.	OS PRESSUPOSTOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL	61
7.	A RESPONSABILIDADE CIVIL DO BANCO	71
8.	A POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO POR DANOS NÃO PATRIMONIAIS	75
9.	O BANCO E O DEVER DE INFORMAÇÃO	78
	CONCLUSÃO	82
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	85
	REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS:.....	87
	WEBGRAFIA:.....	88

Siglas e Abreviaturas

Ac. - Acórdão

Art. – Artigo

BGH - Bundesgerichtshof

CC - Código Civil

Cfr. - Confrontar

Cit. - Citado

DL - Decreto-lei

DPS – Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho Relativa aos Serviços de Pagamentos

DSP 2- Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho Relativa aos Serviços de Pagamentos 2

EM – Estado-membro

Pág. – Página

PSP – Prestador de Serviço de Pagamento

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

TRE - Tribunal da Relação de Évora

TRG - Tribunal da Relação de Guimarães

TRL - Tribunal da Relação de Lisboa

TRP - Tribunal da Relação do Porto

Resumo

Esta dissertação versa sobre a responsabilidade dos Bancos em situações de *Phishing* e de *Pharming*. Desta forma, numa primeira fase será analisada a relação bancária, com especial enfoque no contrato de *homebanking*. Posteriormente e já no âmbito do comércio eletrónico e da utilização dos serviços oferecidos pelo *homebanking*, será realizada uma análise da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho Relativa aos Serviços de Pagamentos 2, transposta pelo Decreto-Lei nº 91/2018 e do novo paradigma em seio de responsabilidade bancária que surgiu com este diploma.

A questão primordial é a de saber se o banco pode ou não ser responsabilizado pelo prejuízo, muitas vezes avultado sofrido pelo seu cliente; veja-se que, e tal como a Doutora Mafalda Miranda Barbosa aponta, há uma grande dificuldade em responsabilizar o terceiro em relação ao lesante, dificuldades estas que vão para além das normais uma vez que o lesante se pode esconder no mundo da *web* e até estar num estado completamente diferente daquele onde o lesado se encontra e ainda em que tipo de responsabilidade se enquadra uma situação destas – se contratual ou extra-contratual.

Palavras-chave: responsabilidade bancária; bancos; phishing; pharming

Abstract

This dissertation studies the liability of Banks in Phishing and Pharming situations. In a first phase, the banking relationship will be analyzed, with a special focus in the homebanking contract. In a second phase, and in the context of electronic commerce and the use of services offered by the bank, the Directive of the European Parliament and the Council on Payment Services 2 (which was transposed by Decree-Law No. 91/2018) will be analyzed, considering that this Directive results in a new paradigm in bank responsibility.

The main question is whether the bank can be held responsible for the loss, often considerable, suffered by its customer. It should be noted that, as Mafalda Miranda Barbosa points out, there is great difficulty in holding the third party responsible for the loss, and that these difficulties go beyond the normal ones since the third party can hide in the world of the web and even be in a completely different Member-State from the one in which the injured party is. This dissertation will also study what kind of responsibility such situation fits into - whether contractual or non-contractual.

Keywords: bank responsibility; banks; phishing; Pharming

Introdução

Difícilmente, tendo em conta o nosso quotidiano, se imagina a vida sem o recurso à *internet*. É natural recorremos ao telemóvel ou ao computador para procurar uma informação, uma pessoa ou até mesmo um bem ou um serviço.

Todos os dias, milhões de pessoas “entram” *on-line* e através da *internet* vivem a sua vida sem ter que comunicar fisicamente com outras pessoas e sem ter que sair das suas casas. A *internet* envolve e satisfaz, praticamente, todas as necessidades do ser humano, cada vez mais preguiçoso não só do ponto de vista físico como também do mental e social.

As gerações mais recentes, como a Y e a Z, não se lembram de como funcionava a vida antes da “*era internet*” e, mais preocupante, não se lembram de que há mais vida para além dela. Não querendo, nem sendo objetivo desta dissertação, caminhar para um paternalismo extremo o certo é que se as vantagens que a *internet* envolve são inúmeras e o surgimento e evolução daquela deve ser apreciado e enaltecido, o mesmo não se pode dizer em relação ao desenvolvimento social pós-*internet*.

Por vivermos numa sociedade cada vez mais global e por haver uma grande mobilidade de pessoas entre os diversos países aumenta a necessidade de estar ligado e de, através de “um clique”, aceder a uma realidade virtual.

Ora, é exatamente como consequência desta circunstância, bem como do imediatismo dos desejos, que igualmente se verifica, que o número de utilizadores de comércio eletrónico ou *e-commerce*¹ aumenta exponencialmente todos os dias.

É neste contexto que os Bancos - com o intuito de responderem a esta necessidade e de assim continuarem a satisfazer os seus clientes - criam um mecanismo próprio para que cada pessoa, e só ela, possa ter acesso à sua conta, a qualquer hora

¹ O comércio eletrónico traduz-se nas compras que fazemos através de plataformas *on-line*, isto é, nas compras feitas por meio da *internet*. Esta forma de comércio tem um grande número de utilizadores, atualmente, e tem sofrido uma grande evolução e inovação desde que surgiu na década de 60, muito embora a primeira compra *on-line* só tenha tido lugar em 1994.

O comércio eletrónico revolucionou o mundo negocial; destarte, os utilizadores, com recurso a esta forma negocial, têm acesso a diferentes bens sem a obrigatoriedade de horário. A par disso, os vendedores têm oportunidade de reduzir bastante os seus custos uma vez que não precisam de um espaço de atendimento físico ao cliente – há lojas que apenas se encontram na *internet*, não existindo uma loja no sentido tradicional, como é o caso da Farfetch -, com o qual se pode relacionar apenas por meio da plataforma.

e em qualquer local, e possa realizar qualquer atividade bancária normal sem que ter de se dirigir a um balcão do Banco ou a uma máquina ATM.

Esta resposta, embora muitíssimo importante, não deixou de suscitar problemas e de deixar muitos cétricos em relação ao seu funcionamento e à segurança que oferecia. Afinal, passávamos de um sistema físico, em que só se poderia aceder a uma conta bancária se nos deslocássemos a um balcão e com a ajuda de um trabalhador, ou, mais tarde, através de um cartão, associado a uma respetiva palavra-chave, para um sistema desmaterializado, em que aquele acesso pode ser feito por meio de um qualquer dispositivo móvel. Repare-se, aliás, que, nos dias que correm, cada de nós está munido de diversos mecanismos através quais pode realizar movimentos bancários.

É perante esta realidade e em face deste novo paradigma que surge a figura do *Homebanking* de uma forma natural. Compreende-se facilmente porquê. Como é regra, a evolução do Direito pode ocorrer por via da evolução social: o aparecimento de novos problemas, aos quais se tem de dar resposta, opera-se a abertura do sistema, que por eles é desafiado. Assim também neste domínio: a insegurança das pessoas e a desconfiança nos novos meios de pagamento determinavam que as pessoas não os utilizassem. A sua dinamização teria, assim, de passar pela adoção de regras protetoras para os clientes bancários.

O contrato de *Homebanking*, hoje socialmente típico e comum, ao ponto de surgir quase como uma decorrência – embora não jurídica – do contrato de abertura de conta, como veremos *infra*, uma vez que grande parte das pessoas que se dirigem a um Balcão com o intuito de abrir uma conta pretendem acedê-la por esta via, subscrevendo o serviço, surge num momento de viragem, em que pouca regulação desta matéria existia. Foi precisamente por esse motivo que se tornou urgente a intervenção do legislador.

Todavia, paralelamente ao desenvolvimento das transações financeiras por meio eletrónico, emergiram novas formas de fraude, como o *phishing* e o *pharming*, que analisaremos mais tarde.

Desta forma e com consciência da importância que o binómio Banco e *internet* envolve, esta dissertação procura aprofundar os conceitos-chaves, por só assim ser possível concretizar a intenção do legislador com a Diretiva 2015/2366 do

Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2015 relativa aos serviços de pagamento no mercado interno.

Aliás, em relação a esta, será feita uma análise crítica por, como se verá infra, muitas vezes ser demasiado gravosa para os Bancos e paternalista em excesso para os utilizadores da mesma – como se percebe, diga-se de passagem, pelas decisões dos tribunais portugueses.

Posto isto, a minha dissertação irá abordar três grandes tópicos: a responsabilidade do Banco, de modo a enquadrar esta problemática na responsabilidade objetiva ou contratual pelo risco, a legislação que regula esta matéria, concretizando-se conceitos que muitas vezes se confundem, e por fim uma breve abordagem à forma como a referida legislação é aplicada.

I. Notas Introdutórias

1. Formulação do Problema

A fraude, tal como é tradicionalmente perspetivada, pode entender-se como um esquema enganoso criado com a intenção de obter ganhos pessoais, prejudicando com isso um terceiro. Podemos falar de fraude em diversos campos; o próprio Código Penal, em rigor, tipifica diversas formas da mesma, desde fraude eleitoral a fraude sexual – o que demonstra a amplitude do conceito aqui em causa. Não obstante a abrangência, importa distingui-lo de outro comportamento ilícito, também tipificado no nosso ordenamento jurídico, a burla. O Código Penal, no artigo 217º, define-a como o comportamento de alguém que com a “*intenção de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo, por meio de erro ou engano sobre factos que astuciosamente provocou, determinar outrem à prática de atos que lhe causem, ou causem a outra pessoa, prejuízo patrimonial*”. Posto isto, é de concluir que tanto o *phishing* como o *pharming* – como veremos *infra* - se enquadram nesta conceção tradicional de burla, ainda que numa vertente mais moderna por se concretizar no “mundo virtual”.

Tal como suprarreferido, com a crescente utilização da *internet*, houve um aumento exponencial deste tipo de criminalidade, o que coloca em causa a confiança das pessoas em todo o serviço bancário, que se questionam se o serviço prestado é ou não de confiança e, em última análise, se o seu dinheiro está seguro de ataques cibernéticos. A Cibersegurança é de tal forma premente no nosso quotidiano que, em 2008, houve propostas no sentido da criação de um Ministério do Cibercrime e Cibersegurança no Reino Unido, o que demonstra a necessidade crescente da regulação desta matéria de modo a proteger não só os utilizadores do serviço Bancário como os próprios Bancos.

Desta feita, e não obstante estes conceitos já não serem totalmente desconhecidos para uma larga maioria de pessoas², verifica-se uma grande confusão na

² Aliás, nos dias que correm é difícil encontrar quem não tenha recebido um *e-mail* ou uma mensagem como se do banco se tratasse, cujo único objetivo era obter dados da conta pessoal do recetor da mensagem.

concretização dos mesmos, não em termos teóricos, mas no âmbito da aplicação jurisprudencial destes.

Os nossos Tribunais estão inundados com questões relacionadas com *phishing* e *pharming*, sendo que muitas das vezes não há a preocupação de concretizar qual dos tipos de ataque se verificou no caso concreto em apreço. Uma das situações que pode contribuir para esta “despreocupação” prende-se como facto de o regime apresentar mesma solução para as duas situações – o que por si só levanta, a meu ver, várias questões que iremos abordar mais tarde mas que passam pela diferença de sofisticação dos ataques. Assim sendo, a distinção destas duas práticas é imperativa para uma correta aplicação da justiça, bem como para a avaliação do grau de contribuição que o lesado possa ter tido no dano a si causado. Aliás, aquando da distinção das situações aqui em análise, facilmente se compreende que entre os dois mecanismos existe um grau de sofisticação muito diferente e, portanto, a culpabilidade do lesado deve ser aferida na situação concreta.

Desta feita, parece-me que deve haver uma maior adequação dos Tribunais a esta realidade, de forma que todos os interessados tenham os seus interesses tutelados, desde os Clientes do Banco ao próprio Banco, que muitas vezes é demasiado penalizado.

2. A importância teórica prática do problema

2.1. A importância dos Bancos no nosso quotidiano

As instituições bancárias ocupam um lugar de extrema importância na sociedade quotidiana. Um sistema financeiro eficiente é essencial para o crescimento sustentado da economia e, conseqüentemente, gerar riqueza.

Este tipo de instituições apareceu praticamente em simultâneo com a moeda e resultam da necessidade de existir um local onde as pessoas pudessem guardar a sua moeda e, por outro lado, que na falta da mesma lhe emprestassem determinados montantes. A denominação Banco surge na época do Renascimento pela mão dos banqueiros judeus de Florença e designava a mesa onde eram trocadas as moedas, porém é só em 1406 que surge o primeiro Banco, propriamente dito, em Génova.

A verdade é que, atualmente, os Bancos são instituição centrais na nossa vida, sendo impensável equacionar uma realidade em que estes não existam. É cada vez

mais raro encontrar um individuo que não tenha uma conta bancária ou que compre uma casa, por exemplo, sem recorrer a uma instituição deste tipo de modo a assegurar o financiamento necessário para a sua compra. Não obstante já não se pensar nestas instituições completamente seguras atendendo aos colapsos recentes de instituições bancárias, não deixa de ser verdade que “são um mal necessário”, não existindo uma solução melhor para desempenhar os vários serviços que estas instituições oferecem.

Atendendo a estas características e à importância deste tipo de instituições no nosso quotidiano houve uma crescente necessidade de regular o funcionamento dos mesmos, note-se que atualmente já não existe entre nós a ideia, devido às recentes crises económicas, de que os Bancos são instituições 100% seguras e que os valores ali depositados serão devolvidos. Compreende-se, conseqüentemente, a necessidade de regular a relação que se estabelece entre a instituição bancária e os seus clientes desde o primeiro momento.

Por outro lado, é claro que a constante evolução tecnológica e com as alterações no modo como consumimos influenciou o modo como os Bancos funcionam e a se relacionam com os seus Clientes, cada vez mais exigentes.

Se num momento inicial a relação Banco-Cliente era uma relação formal e que dependia de horários fixos e inflexíveis, tem-se vindo a observar uma evolução no sentido de tornar esta relação mais próxima. Num primeiro momento através das máquinas multibanco, que configuraram uma grande evolução ao permitir a qualquer pessoa realizar operações bancárias sem depender de um interveniente.

Atualmente, a maioria dos Bancos oferece aos Clientes uma aplicação de telemóvel e um *site*, que lhes permite realizar praticamente todas as operações bancárias em tempo real. A par desta realidade, surgiu um terceiro interveniente nesta relação, um *Third Party Service Provider*, isto é, um operador *online* autorizado utilizado para as operações de pagamento feitas através da *internet*, que, no fundo, permite ao operador realizar uma transação bancária sem que tenha que colocar os seus dados no *site* onde pretende comprar.

2.2. A importância dos sistemas de pagamento

Aqui chegados parece relevante abordar os serviços de pagamento, os riscos associados à sua utilização e a forma como a legislação atual, que regula esta matéria, estabelece a relação existente entre o utilizador dos serviços de pagamento e os prestadores desse serviço. Entre nós, houve a opção por parte do legislador nacional de, em relação ao conceito de serviços de pagamento, seguir a noção oferecida pelo legislador europeu. Assim, elenca uma série de atividades consideradas serviços de pagamento e, posteriormente, uma lista negativa onde enumera aquelas que não poderão ser consideradas como tal.

Nos termos legais, são serviços de pagamento as seguintes atividades: a) serviços que permitam depositar numerário numa conta de pagamento, bem como todas as operações necessárias para a gestão dessa conta; b) serviços que permitam levantar numerário de uma conta de pagamento, bem como todas as operações necessárias para a gestão dessa conta; c) execução de operações de pagamento, incluindo a transferência de fundos depositados numa conta de pagamento aberta junto do prestador de serviços de pagamento do utilizador ou de outro prestador de serviços de pagamento - tais como a execução de débitos diretos, incluindo de carácter pontual, a execução de operações de pagamento através de um cartão de pagamento ou de um dispositivo semelhante e a execução de transferências a crédito, incluindo ordens de domiciliação; d) execução de operações de pagamento no âmbito das quais os fundos são cobertos por uma linha de crédito concedida a um utilizador de serviços de pagamento – como a execução de débitos diretos, incluindo os de carácter pontual, a execução de operações de pagamento através de um cartão de pagamento ou de um dispositivo semelhante e a execução de transferências a crédito incluindo ordens de domiciliação; e) emissão de instrumentos de pagamento ou aquisição de operações de pagamento; f) envio de fundos; g) serviços de iniciação de pagamento³; h) serviços sobre informação sobre contas⁴. De forma sumária é possível, da lista elencada, dizer que são serviços de pagamento aqueles que permitam a gestão de uma conta por parte do utilizador, que permitam ao mesmo que este

³ Um serviço de iniciação de pagamento, também se encontra legalmente definido como, um serviço que inicia uma ordem de pagamento a pedido do utilizador do serviço de pagamento relativamente a uma conta de pagamento detida noutro prestador de serviços de pagamento.

⁴ Por sua vez, este tipo de serviço traduz-se num serviço em linha para prestação de informações consolidadas sobre uma ou mais contas de pagamento detidas pelo utilizador de serviços de pagamento junto de outro ou outros prestadores de serviços de pagamento;

mobilize fundos dessa conta por meio de depósitos e levantamentos, em relação aos dois primeiros aplicar-se-á o conceito em crime mesmo que se trate de movimentos realizados através de numerários ou transferências e envio de fundos entre contas. Existem situações, ainda que residuais, em que os serviços de pagamentos não envolvem obrigatoriamente uma conta de pagamento.

No entanto, para definição do conceito de serviço de pagamento não basta a análise da lista positiva, uma vez que o legislador apresenta igualmente uma lista de situações que não se enquadram no âmbito dos serviços de pagamento, o que ajudará a atingir o conceito que se pretende. A lista de exclusões acaba por ser bastante mais extensa que a lista anterior pelo qual não se irá mencionar uma a uma quais as operações excluídas, mas sim agrupá-las de modo que se compreenda que tipo de operação não pertence ao âmbito dos serviços de pagamento. Desta forma, é de esclarecer que não são se enquadram operações realizadas exclusivamente em numerário, como resulta das alíneas a), c), d), e) e f) do artigo do 3º da DSP II – estas alíneas excluem liminarmente operações que apenas envolvam numerário, ainda que seja possível a troca, tratamento e entrega do mesmo, uma vez que não existe recurso a uma a uma conta de pagamento; neste seguimento, são excluídas também operações realizadas por meio de cheques, letras e outros instrumentos semelhantes. O mesmo artigo, nas alíneas h) e i), exclui ainda operações de pagamento relativas a serviços ligados a valores mobiliários. Não se incluem neste enquadramento operações de pagamento realizadas no âmbito de uma relação empresarial de grupo, como resulta das alíneas m) e n). Por último, as alíneas que não foram possíveis esquematizar: a alínea b)⁵, j)⁶, k)⁷ e l)⁸.

⁵ Artigo 3º/1/b): “às operações de pagamento do ordenante para o beneficiário através de um agente comercial autorizado por contrato a negociar ou a concluir a venda ou a aquisição de bens ou serviços exclusivamente em nome do ordenante ou exclusivamente em nome do beneficiário”.

⁶ Artigo 3º/1/j): “aos serviços prestados por prestadores de serviços técnicos, que apoiam a prestação de serviços de pagamento sem nunca entrarem na posse dos fundos a transferir, incluindo o processamento e o armazenamento de dados, os serviços de proteção da confiança e da privacidade, a autenticação de dados e entidades, o fornecimento de redes de tecnologias da informação e comunicação, e o fornecimento e manutenção de terminais e dispositivos utilizados para serviços de pagamento, com exceção dos serviços de iniciação de pagamentos e dos serviços de informação sobre contas”;

⁷ A alínea k) do artigo em causa exclui serviços baseados em instrumentos de pagamento específicos cuja utilização é muito limitada.

⁸ O artigo 3º/1/l) refere-se a operações de pagamento cujo fornecedor de rede ou serviço de comunicação permite ao utilizador realizar algumas operações, como a aquisição de conteúdos digitais e

De tudo o exposto resulta a importância primordial dos serviços de pagamento no nosso quotidiano, uma vez que, a sua falência implicaria consequências devastadoras para a economia. Recorrendo às palavras de FRANCISCO MENDES CORREIA “*uma falha sistémica num sistema de pagamentos de um determinado país poderá (entre outras consequências) impossibilitar os pagamentos com recurso a saldos em contas bancárias: ficariam paralisadas todas as transações que habitualmente se realizam através de cartões, todos os levantamentos de dinheiro e todos os débitos diretos*”⁹. Imaginar que, de um momento para o outro, cada um de nós passaria a estar limitado ao montante que dispunha de forma física, parece, poder ser comparado, ao apocalipse. A utilização de dinheiro é cada vez mais escassa, especialmente se estivermos a tratar de valores elevados, cuja transação depende, a maioria das vezes, dos serviços de pagamento.

Finda esta nota introdutória, importa considerar o perigo ou riscos dos serviços de pagamento, riscos estes que, embora inerentes ao próprio serviço fornecido, não são exclusivos do mesmo, isto é, o participante do serviço de pagamento pode contribuir para a verificação dos mesmos. Daqui resulta que, não é por serem considerados riscos do serviço de pagamento que se desonera de forma absoluta o participante¹⁰. Não é líquida ou simples a enunciação dos riscos associados aos serviços de pagamentos, é, porém, possível enumerá-los em três grupos principais. Na esteira do Autor mencionado, temos o risco relacionado com a economia e financiamentos, os riscos legais e os riscos de operacionais.

O sistema de pagamentos não deve ser perspetivado como algo estanque, muito pelo contrário, deve ser tido como algo circular, onde tudo se relaciona e os participantes do mesmo dependem de mais do que de si mesmos. Sobre esta temática importa invocar alguns conceitos presente da Diretiva 98/26/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de Maio de 1998, relativa ao carácter definitivo da liquidação nos sistemas de pagamento e de liquidação de valores mobiliários.

de serviço de voz, desde que o valor não ascenda os 50 euros e que o valor acumulado das operações de pagamento mensal não ultrapasse os 300 euros ou caso seja um assinante o valor acumulado das operações de pagamento não seja superior a 300 euros mensais.

⁹ Mendes Correia, Francisco; Revista de Direito Comercial; 2011; O governo dos sistemas de pagamentos; página 599 e seguintes.

¹⁰ Neste sentido, “*a verificação de qualquer um dos riscos assinalados pode resultar do incumprimento de uma obrigação assumida no âmbito do sistema de pagamentos por parte de um participante*” in *ibidem*

Assim, deve entender-se como sistema de pagamento nos termos do artigo 1º alínea a) do diploma *supra* conjugado com o artigo 2º do mesmo diploma qualquer sistema regulado pela legislação de um Estado-Membro, que realize operações em qualquer moeda, em ecus ou em várias moedas que o sistema converta em si. Por outro lado, a mesma legislação explana que um sistema é um acordo formal celebrado entre três ou mais participantes¹¹ regulado pela legislação de um dos Estados-Membro, cuja escolha recai sobre os participantes, sendo que esta apenas poderá recair sobre um Estado-Membro em que um dos participantes tenha a sua sede e designado, sem prejuízo de outras condições mais rigorosas de aplicação geral previstas na legislação nacional, como sistema e notificado à Comissão pelo Estado-Membro cuja legislação é aplicável, depois de esse Estado-membro se ter certificado da adequação das regras do sistema.

Com isto em mente cumpre uma breve abordagem dos riscos financeiros associados a este tipo de serviços.

Destarte, o primeiro grupo a tratar será o grupo de risco financeiro, sendo que no âmbito deste existe o risco de liquidez que se prende com situações em que um dos participantes do sistema de pagamentos não dispõe, aquando do fim do prazo da obrigação, de fundos suficientes para cumprir aquilo a que se obrigou em momento anterior, isto não implica um incumprimento por parte do participantes do serviço, ou pelo menos, não é aquilo que se considera num primeiro momento, mas sim uma situação de mora, o que implica que a obrigação irá ser cumprida. Sucede que, por ser um sistema circular, o incumprimento por parte de um dos participantes do mesmo poderá prejudicar um terceiro, que à partida, seria completamente estranho a esta relação, uma vez que estes em situações normais utilizariam a liquidez recebida para satisfazer as suas próprias obrigações. Ora, a par desta problemática,

¹¹ Nos termos da alínea f) do artigo 2º da Diretiva *supra* serão participantes uma instituição, uma contraparte central – isto é, uma entidade intermediária entre as instituições de um sistema e que atua como contraparte exclusiva dessas instituições no que respeita às suas ordens de transferências -, um agente de liquidação ou uma câmara de compensação, que se traduz numa entidade responsável do cálculo das posições das instituições e/ou contrapartes centrais para efeitos de liquidação. Por sua vez, os agentes de liquidação são, como resulta da mesma norma legal, entidades que asseguram, às instituições e/ou à contraparte central que participam nos sistemas, contas de liquidação, através das quais são liquidadas as ordens de transferência emitidas no quadro desses sistemas e que pode, eventualmente, conceder crédito a essas instituições e/ou contrapartes centrais para efeitos de liquidação.

surge outra: a desconfiança, que não era uma realidade aquando do surgimento deste tipo de serviço, mas que como resultado das últimas crises económicas que colocaram o sistema bancário em cheque, passou a ser. Se, anteriormente, numa situação como a *supra* descrita havia a possibilidade de o participantes obter um crédito de curto prazo junto de um outro participantes ou participante do serviço de pagamento, nos dias que correm, especialmente após a crise financeira de 2007, essa solução “*veio revelar as fragilidades de mecanismos de interação voluntária entre os participantes como única ferramenta de gestão de risco de liquidez*”¹², isto porque, cada vez mais existem menos participantes dispostos a conceder um crédito deste género. É claro que, este facto, obrigou a que o sistema se reinventasse e solucionasse esta problemática. Desta feita, passou a aplicar-se de forma mais flexível a regra *first in first out*, de acordo com a qual cada pagamento seria processado de forma individual aquando da introdução do mesmo no sistema. Com o tempo, percebeu-se que esta solução poderia não ser a mais eficiente devido ao aumento de número de pagamentos que acabavam por ser colocados em lista de espera. Assim, com o intuito de otimizar o sistema passou a adotar-se uma posição híbrida, que FRANCISCO MENDES CORREIA explica como, “*em princípio, os pagamentos são liquidados individualmente, pelo bruto, mas em circunstâncias especiais podem ser compensados, e liquidados pela posição liquidada daí decorrente*”¹³. Por outro lado, em oposição e esta situação em que o que existe é a mora do devedor, há situações em que há o incumprimento definitivo da obrigação por o participante do serviço não ter capital para o cumprimento da obrigação, nesse tipo de casos estamos perante uma situação de risco de crédito, que também importa abordar ainda que sucintamente. Em relação a este aspeto importa esclarecer que o risco de crédito dos participantes depende do momento em que se materializa, o Professor da Escola Lisboeta explica que quando os problemas de créditos da parte contrária são detetados antes da liquidação do pagamento, a lesão que se verifica é, de certa forma menos onerosa, uma vez que esta se prende tão somente com o custo de substituição da transação abortada por uma nova operação de modo a que os interesses sejam satisfeitos, a isto acrescem possíveis lucros cessantes. Por outro lado, aponta-se para

¹² Nestes termos, vide o *supra* citado artigo “O governo dos sistemas de pagamentos”.

¹³ Op.cit. *O governo dos sistemas de pagamentos*.

uma hipótese mais problemática e que envolveria mais custos: é o que acontece nos casos em que o risco de crédito apenas é verificado depois da liquidação do pagamento pelo lesado, sendo que, no tipo de situações ora identificado, o participante fica exposto, como se compreende, à perda total do montante correspondente à contraprestação.

No âmbito dos riscos legais estes podem ser explicados como a perda resultante da aplicação de uma norma ou diploma legal ou pela falta de eficácia legal de um contrato celebrado¹⁴. As operações realizadas através dos sistemas de pagamentos implicam um grande número de contratos celebrados entre os participantes, desta forma, para que cada operação se realize é celebrada uma infinidade de contratos e outros atos jurídicos relevantes que permitam a satisfação dos interesses dos participantes e utilizadores do serviço. Mais se diga, a correta contratação em que este tipo de sistema se baseia é essencial e ocupa um lugar primordial, uma vez que, *“o funcionamento do sistema e a confiança que os participantes dele depositam baseiam-se assim, em grande medida, no pressuposto de que os contratos estruturantes do sistema são eficazes nos termos acordados pelas partes e que os atos praticados durante a operação do sistema não vão ser depois de colocados em crise, nomeadamente num cenário de insolvência de um dos participantes”*¹⁵. No que toca a estes riscos, importa, em boa verdade, esclarecer que se encontram praticamente mitigados com a entrada em vigor tanto da Diretiva *supramencionada* como dos diplomas legais que a seguiram e introduziram pequenas alterações. Esta Diretiva procurou reduzir os riscos legais considerando dois aspetos distintos – a eficácia jurídica das ordens de transferência e compensações interbancárias e por meio da exigibilidade de garantias no seio do sistema de pagamento. Em relação ao primeiro aspeto, a solução presente na Diretiva prende-se com o aparecimento de uma *timeline*, que determina o exato momento a partir do qual uma ordem de pagamento não é revogável e ao mesmo tempo estabelece a oponibilidade a terceiros das ordens de transferência e das compensações interbancárias, ainda que um dos participantes entre numa situação de insolvência. O que passa a verificar-se, nos

¹⁴ O Bank for international Settlements qualifica este tipo de risco como o *“risco de uma perda causada pela aplicação inesperada de um diploma legal ou pela falta de eficácia jurídica de um contrato”* in *A glossary of terms used in payments and settlements systems*.

¹⁵ Mendes Correia, Francisco; Revista de Direito Comercial; 2011; O governo dos sistemas de pagamentos; página 605 e seguintes.

termos em vigor, é que quando uma ordem de pagamento seja considerada definitiva, nada a poderá afetar, nem a possível falência de um dos participantes. Outro aspeto a considerar, e que também salvaguarda a posição dos participantes caso haja a insolvência de um outro, é o facto de as garantias dadas através deste sistema serem oponíveis a terceiros, conforme o previsto no artigo 9º.

Os riscos operacionais, como o próprio nome indica, abrangem possíveis problemas técnicos que possam existir tanto com o sistema como com os dispositivos onde corre o sistema ou ainda de quem utiliza o sistema.

Por fim, o risco sistémico, que de certo modo pode englobar todos os mencionados, trata do risco associado à verificação de qualquer uma das situações já descritas a um dos participantes, isto porque, não se pode esquecer que o sistema funciona como um todo.

3. A Relação Banco-Cliente

3.1. Breve contextualização

Desde sempre que, quando um Cliente se dirigia a um Banco com o intuito de contratar, as partes pretendiam que entre si se estabelecesse uma relação duradoura e de confiança, com o intuito de alcançar o máximo de estabilidade possível, que beneficiava, em particular, o Cliente. Quando se estabelece uma relação deste tipo, regra geral, o indivíduo procura uma relação que perdure no tempo e que o acompanhe ao longo de vários anos. Não obstante haver situações em que uma instituição bancária tem Clientes com quem celebra apenas um contrato ou negócio jurídico, isso não é o normal nem é o Cliente mais rentável para o Banco. Assim, não se trata de um negócio jurídico único, nem uma relação que termina com a execução de um contrato. Muito pelo contrário, neste tipo de relação o que se pretende é a extensão da mesma pelo maior lapso temporal possível. Nas palavras de MENEZES CORDEIRO, este tipo de relação caracteriza-se por ser “*de natureza complexa, mutável mas sempre presente*”¹⁶ - sendo estes os três pilares chave da relação

¹⁶ Menezes Cordeiro, António; Direito Bancário; 5ª Edição revista e atualizada; 2014; Coimbra; Edições Almedina; pág. 255

em apreço. Esta é a realidade que se verifica desde o surgimento dos Banco tal e qual como os pensamos hoje em dia, numa instituição com a qual o Cliente vai celebrar inúmeros negócios, que, com o tempo, cada vez mais complexos serão. Destarte, devido a não ser um negócio jurídico individual ou único, mas sim uma relação complexa, que mobiliza inúmeros negócios a celebrar entre as partes¹⁷, não foi fácil nem na doutrina nem na jurisprudência enquadrar e determinar o tipo de relação que se iniciava entre as partes.

Assim, a par do surgimento destes contratos, cada vez mais frequentes, surgiram as primeiras teorias com o intuito de categorizar este tipo de relação a nível contratual, com particular destaque na doutrina alemã.

A primeira posição surge pela observação, no século XIX, de contratos que se mantinham ao longo do tempo, como é caso do contrato entre comerciantes. O que aqui estava em causa eram relações de negócios que se prolongavam no tempo, que se efetivavam através negócios diversos ao invés de se celebrar um único negócio isolado.

Contudo, a doutrina aqui em apreço - a doutrina da relação de negócios - foi alvo de diversas críticas pela falta de concretização jurídica das mesmas, pelo que Autores, como LABAND, REISER e TASCHE tentaram encontrar soluções o que aqui se discutia. É neste sentido que os Autores consideram que o que estava em causa, nesta situação, seria nada mais que um contrato tácito celebrado entre as partes e com base na boa-fé contratual das partes. A este facto, acresceram ainda diversas críticas sendo que a principal passava pelo facto de não ser possível estabelecer se as partes pretendiam ou não ter entre elas um vínculo formal ou se, por outro lado, ainda que optassem por celebrar diversos contratos singulares preferiam a liberdade associada há ausência de um vínculo contratual, podendo optar por outro parceiro de negócios no futuro ou alterar a forma de negociar com o mesmo parceiro. Desta feita e por lhe serem apontadas tantas críticas, as quais permaneceram sem resposta, esta posição acabou por perder relevo com o passar do tempo, tendo sido substituída por uma posição que passa pela *culpa in contrahendo* e a tutela de confiança.

¹⁷ No âmbito da relação bancária, entre o Cliente do Banco e a instituição são celebrados diversos contratos, tais como o de abertura de conta, o depósito bancário, a concessão de créditos, etc.

É, contudo, a Escola Germânica que, no século XX, apresenta a primeira explicação unitária para o tipo de relação que se estabelecia entre o Cliente e o Banco, procurando dessa forma, como explica FRANCISCO MENDES CORREIA, “*reconduzir a uma unidade a multiplicidade e repetição no tempo de atos jurídicos bancários que até então apenas se conseguiam enquadrar individualmente*”¹⁸, é, com esta premissa, que surge a doutrina do contrato bancário geral.

Esta teoria assemelhou-se, num primeiro momento, à forma como agora vemos esta relação, através de um contrato-quadro. Os Autores consideravam que o Banco e o Cliente contratavam por meio de um contrato unitário próprio - sendo que este contrato nada mais era que um conjunto de cláusulas contratuais gerais que o cliente apenas aceitava, surgindo assim o vínculo entre as partes. Esta conceção permitia não só a explicação e concretização da relação complexa que gerava entre as partes como para demonstrar a aplicação prática das cláusulas contratuais gerais, numa altura em que estas surgiam¹⁹; já nesta altura se compreendia que a relação tinha como pilar mais importante a confiança entre as partes, isto porque era impossível que a relação se mantivesse ao longo tempo sem que o Banco cumprisse tudo aquilo a que se obrigou a nível tanto a nível financeiro como no âmbito da confidencialidade que era devida ao cliente, de modo a assegurar os melhores interesses destes. Ora, se a nível da relação Cliente-Banco se tinha encontrado um enquadramento jurídico que satisfizesse, o mesmo não poderia ser dito entre o binómio “contrato base” e contratos posteriores entre as partes celebrados, pelo que a tónica passou para esta questão. Aliás, nunca se alcançou consenso, surgindo interpretações mais ou menos moderadas a cerca da mesma, que passavam por não considerar os contratos singulares verdadeiros contratos, mas sim meras instruções, numa versão mais radical, ou que o contrato bancário geral apenas gerava uma série de deveres para o Banco, que depois se concretizavam com os contratos singulares. Por outro lado, sempre foi claro que o Banco não estava obrigado a celebrar qualquer contrato futuro com o Cliente e que poderia recusar se estes não se enquadrassem com os interesses do mesmo.

¹⁸ Mendes Correia, Francisco; *Moeda Bancária e Cumprimento*; 2018; Lisboa; Edições Almedina; página 593 e seguintes.

¹⁹ Ainda nos dias que correm o contrato celebrado entre os clientes e os Bancos estão repletos de cláusulas deste tipo, não existindo uma personalização do mesmo consoante o Cliente mas sim a escolha do mais indicado perante o tipo do cliente bem como o que o mesmo pretende.

Mais tarde, no entanto, ainda no seio desta posição doutrinal o enfoque passou a estar nos deveres gerais que recaiam sobre o banqueiro e a relação de confiança mútua que se estabelecia entre as partes, aquando da celebração deste tipo de contrato. Esta doutrina não era isenta de críticas, que se fundavam maioritariamente no facto de não ser possível estabelecer se as partes de facto pretendiam estabelecer uma relação (quase) vitalícia.

Ora, por todas as questões em aberto deixadas pelas doutrinas anteriormente abordadas, começou a manifestar-se a doutrina da relação legal e de confiança, com o intuito de colmatar as dúvidas que as suas antecessoras deixaram. Ora, esta doutrina aproveitava a lógica apresentada pela doutrina do contrato bancário geral, que constata a existência de um vínculo, entre o cliente e o Banco, muito semelhante ao que existe no momento anterior à celebração do contrato e na qual se baseia a *culpa in contrahendo*. É, neste seguimento, que surgem as teorias cuja base é a relação douradora de negócios, isto é, uma relação obrigacional legal na qual não é possível, contudo, estabelecer qual o dever de prestação primário.

Uma vez demonstrado que é possível haver uma “*relação obrigacional legal sem dever de prestação primário*”²⁰ foi possível idealizar a relação bancária como uma relação obrigacional como tal, ou seja, sem um dever de prestação primário²¹ como este é por regra estabelecido. Esta posição tem tido bastante acolhimento; entre nós, esta posição é aceite por SINDE MONTEIRO, que considera que o que existe

²⁰ Menezes Cordeiro, António; Direito Bancário; 5a Edição revista e atualizada; 2014; Coimbra; Edições Almedina; pág. 261

²¹ Nas obrigações complexas, para além da prestação principal - isto é, a que define o tipo de contrato de que se trata - existe uma série de outras obrigações secundárias e/ou acessórias que permitem que o contrato seja executado na perfeição. Antunes Varela ensina que a complexidade das obrigações se reflete no vínculo obrigacional em geral e se traduz em diferentes tipos de deveres, que podem ser secundários e acessórios de conduta, que gravitam em torno, a maior parte das vezes, do dever principal de prestar e do direito à prestação do credor. Assim, os deveres secundários, também designados de deveres acidentais, incluem, para além, dos deveres acessórios da prestação principal mas também os deveres relativos às prestações substitutivas ou complementares bem como os deveres compreendidos nas operações da liquidação.

Por outro lado, os deveres acessórios de conduta não dão origem a qualquer ação autónoma de cumprimento nem importam ao cumprimento da prestação principal. Isto é, não está aqui em causa um dever que diga diretamente respeito à preparação ou à realização da prestação principal, mas sim um dever essencial ao nível das relações das partes, que se devem processar nos tramites da boa fé, que se traduz numa conduta leal e honesta entre os contraentes. MENEZES LEITÃO considera que estes são “*impostos através do princípio da boa-fé, que se destinam a permitir que a execução da prestação corresponda à plena satisfação do interesse do credor e que essa execução não implique danos para qualquer das partes*”; desta feita, é fácil compreender que os deveres acessórios de conduta aqui abordados surjam com maior frequência nas relações duradouras.

verdadeiramente entre as partes é uma relação corrente de negócios. Este tipo de contratos caracteriza-se por não haver um dever primário de prestação - tal como este é tradicionalmente pensado - mas sim uma multiplicidade de vínculos obrigacionais que ligam as partes, cuja relação se baseia na confiança e responsabilidade das mesmas. Esta posição sobre a relação que se estabelece entre as partes ganha especial relevância no âmbito do dever de informação, por exemplo, que deixa de ser tido como uma prestação acessória da principal. Todavia, importa esclarecer que esta forma de enquadrar esta relação não é maioritária em Portugal, como veremos, e o Autor é perentório: no que diz respeito às relações Banco/Cliente “*a solução não deve ser diferente daquela a que se chegaria com um enquadramento técnico diferente: a de um ‘contrato bancário geral’, que, como contrato-quadro, estabeleceria as bases da relação jurídica duradoura entre as partes*”²².

Na Alemanha, ainda hoje existem inúmeras discussões sobre a relação que se estabelece entre o Banco e o Cliente. Importa, por isso, abordar uma posição do Bundesgerichtshof²³ proferida no âmbito de um processo em que eram partes um Banco e o seu Cliente – os contornos do caso em si não relevam para esta dissertação, mas os argumentos apresentados sim, uma vez que o BGH fez um enquadramento importante das relações entre os Bancos e os Clientes. O Tribunal alemão pronunciou-se no sentido de haver vários argumentos que afastam a aplicabilidade da doutrina da relação bancária geral, pensada como um contrato-quadro, independente dos demais, que servia de base à relação estabelecida e do qual resultavam os deveres acessórios de proteção e conduta. Assim, considerou que a relação longa que existe entre as partes, resulta da soma dos diferentes contratos celebrado, sendo que estes não perdem a sua individualidade nem formam sem mais um contrato autónomo. A isto acresce que, as cláusulas contratuais gerais que possam existir e que sejam aceites na celebração de um contrato individual, ainda que possam constar em contratos celebrados posteriormente, não podem ser consideradas autónomas, nem dar origem a um contrato individualizado. Se tal acontecesse, o contrato celebrado entre o Banco e o seu Cliente careceria de conteúdo vinculativo e, com relativa facilidade, era reconduzido a um contrato individual, até porque, como é

²² Sinde Monteiro, Jorge; Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações; 1ª Edição; 1989; Editora Almedina; pág. 530

²³ Doravante designado por BGH.

bom de ver, esse contrato carecia tanto de deveres primários como de deveres secundários de proteção que tanto se arrogam no âmbito desta relação. Ora, é com base nesta argumentação que a 24 de setembro de 2002, o BGH se pronunciou no sentido de o contrato bancário geral ser supérfluo, adotando a posição segundo a qual a relação bancária que se estabelece deve ser considerada uma relação obrigacional sem deveres primários de proteção.

3.2. O contrato bancário geral

A doutrina do contrato bancário geral tem entre nós uma grande expressão e procura enquadrar a relação bancária numa relação contratual única²⁴, que vai mais além do que o contrato que se estabelece no momento e que se pretende que perdure no tempo. Esta doutrina baseia-se na premissa que quando um sujeito entra numa relação deste tipo pretende que a mesma se perdure e que a mesma transcenda os negócios individualmente celebrados. Assim, o que acontece é que a relação se estabelece um contrato base, que se configura como um contrato-quadro, sem que isso impeça que se celebrem contratos individuais e que estes influenciem o contrato-quadro e vice-versa. No fundo, trata-se de uma regulação antecipada que se refletirá nos contratos posteriormente celebrados entre as mesmas partes. Não obstante a recusa pelo BGH desta posição em 2002, a mesma continua a ter muitos apoiantes que a consideram a melhor forma de enquadrar a relação bancária que se estabelece. Um dos primordiais argumentos para tal aceitação prende-se com o facto de partindo desta premissa e corretamente equacionada a questão então é possível verificar que *“os interesses e as expectativas do cliente típico de vão muito além do objeto de qualquer contrato individual: o cliente pretende que o banco observe o segredo bancário, tome em consideração os seus interesses em negociações e contratos futuros, e não lhe recuse o acesso a prestações bancárias de massa, sem motivo justificado. O banco não só conhece estas expectativas do cliente como pretende ir ao seu encontro, uma vez que também tem interesse em estabelecer uma relação duradoura, e atrair clientes para novos negócios bancários”*²⁵.

²⁴ Repare-se também que, para além, de todos os argumentos enunciados, a aceitação da presente doutrina permitiria ao direito bancário algo que até agora não foi possível: um diploma legal único para regular a presente matéria.

²⁵ Op. cit. Moeda Bancária e Cumprimento; pág. 601.

No fundo, nos termos perçecionados pela presente doutrina é possível estabelecer-se uma relação para o futuro, isto é, ainda que num primeiro momento entre as partes só exista um contrato, tal não obsta a que no futuro se realizem mais e diferentes – deixando-se, portanto, a partida, essa porta aberta.

Esta posição não é, contudo, isenta de críticas, tal como vimos *supra*, sendo a principal o facto de, neste caso em concreto, se estar a desvirtuar as consequências jurídicas dos contratos tais como são tipicamente pensadas, isto porque, se em regra as consequências jurídicas dos contratos decorrem diretamente da vontade das partes e neste caso tal não se verificaria, por os Clientes do Banco se vincularem a algo que vai para além da sua vontade no momento. Certo é que os adeptos da presente posição contra-argumentam no sentido de aquela ser a real vontade das partes, por tal resultar da experiência comum e da vida quotidiana. Ainda no âmbito da vontade das partes, os Autores que defendem a posição contrária a esta entendem que não é possível, através de um negócio jurídico, deduzir-se que aquele Cliente vai querer contratar mais com determinado Banco, uma vez que tal não pode resultar de mera interpretação do primeiro contrato celebrado. Outra crítica apontada a esta posição é que não explica a existência de deveres acessórios de conduta tanto pré como pós contratuais; ora, esta crítica é também ela relativamente fácil de afastar porquanto a expectativa do Cliente do Banco é precisamente que estes deveres se verifiquem, pelo que o Banco cumpre os mesmos de modo a satisfazer os interesses do seu Cliente.

3.3. A relação obrigacional sem deveres primários de prestação

Esta posição embora contrária à anterior parte da mesma premissa de aquela, ou seja, que o Cliente pretende que se crie uma relação entre ambos longa e de confiança. A divergência entre as duas surge, contudo, em relação ao enquadramento dessa mesma posição. Assim, os Autor que defendem esta posição tal como CANARIS considera que, exatamente, por existir uma relação duradoura entre as partes, o Banco pode influenciar o Cliente e que, por outro lado, pode afetar seriamente os seus interesses. Destarte, tendo em consideração as características base da relação que nasce entre as partes, é necessário reconduzi-la a uma relação de confiança,

relação essa que em países como a Alemanha se prevê tanto na lei como na jurisprudência. Para este Autor e outros que se posicionam como ele, a responsabilidade resultante da violação dos deveres acessórios que surgem com a relação bancária nada mais é que uma responsabilidade pela confiança, que só pode ser equacionada pela relação existente entre as partes.

Esta posição centra-se no facto de a relação poder configurar um contacto jurídico-negocial repetido e apto a manipulações ou abusos de influência pela que há uma emergência de deveres acessórios de conduta e proteção que caso e quando violados geram uma responsabilidade pela confiança. Na falta de melhores palavras para sintetizar recorro às de FRANCISCO MENDES CORREIA que explica que “*assim sendo, a relação entre o banco e cliente é uma relação obrigacional sem dever primário de prestar, mas com deveres acessórios, de intensidade e extensão, que lhes é concedida pela caracterização da relação bancária como relação de confiança*”²⁶.

3.4. A relação bancária em Portugal

Feita esta breve contextualização das diferentes formas como esta relação foi equacionada, resta agora abordar a relação Banco-cliente tal como ela existe no nosso quotidiano. É, aliás, de recordar que o Direito não é uma área estanque, mas sim algo que está em constante evolução e mudança. Neste sentido, ensina BAPTISTA MACHADO que “*o Direito, a ordem jurídica, constitui uma parte integrante - e necessariamente complementar - da ordem social global. Participa, portanto, da ordem social global e é co-constitutiva dela*”²⁷.

A relação bancária entre o cliente e o Banco com que este pretende contratar inicia-se, geralmente, com o ato da abertura de conta. Assim e como explica MENEZES CORDEIRO “*a relação bancária não se extingue pelo cumprimento: antes se vai reforçando, ele. Uma vez concluída, ela subsiste indefinidamente. Podemos até adiantar que ela é tendencialmente perpétua: as pessoas acabam por conservar,*

²⁶ Vide. A moeda bancária e cumprimento; pág. 607.

²⁷ Cfr. Baptista Machado, J., Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador; 5ª Reimpressão; 1991; Editora Almedina; pág.12

ao longo da sua vida, o primeiro banqueiro de que se tornaram clientes”²⁸. Não podemos, aliás, esquecer que a relação que neste momento se estabelece é uma relação cujo pilar essencial é a confiança que o cliente deposita no Banco, confiança de que este será, entre muitas coisas, o lugar mais seguro para ter as “suas poupanças” guardadas e protegidas²⁹. A par disto e por estarmos perante uma relação pessoalíssima, com o decurso do tempo e intensificar da relação, o Banco, na pessoa do gestor de conta ou bancário que diretamente trabalha com o Cliente, começa a conhecê-lo e a poder com isso oferecer-lhe um serviço cada vez mais pessoal e individual, de modo a satisfazer todas as suas necessidades³⁰.

No momento da abertura de conta³¹ inicia-se, como referido, a relação entre as partes que decidem contratar; desta forma, importa saber que tipo de contrato se estabelece nesta circunstância. Assim, a par do contrato de abertura de conta que é o que inicia esta relação, surge um outro com o depósito³² que o cliente faz. Normalmente, a primeira ação que o cliente realiza após a celebração do contrato que o vincula aquele Banco é o depósito de uma quantia monetária³³ – mas não

²⁸ Menezes Cordeiro, António; Direito Bancário; 5a Edição revista e atualizada; 2014; Coimbra; Edições Almedina; pág. 282

²⁹ É certo que, por vezes, os Bancos entram em colapso e os clientes perdem montantes muito avultados de dinheiro, mas é igualmente verdade que os Bancos acabam por ser o sítio que mais segurança oferecem.

³⁰ Neste sentido, MENEZES CORDEIRO considera que “o alongamento de uma relação bancária duradora vai, no limite, forçar uma deslocação da situação do campo patrimonial para o pessoal” (in Menezes Cordeiro, António; Direito Bancário; 5a Edição revista e atualizada; 2014; Coimbra; Edições Almedina; pág. 282). O mesmo entendimento é partilhado por CALVÃO DA SILVA ao considerar que se se pretende uma relação “estável e duradora em que as operações bancárias individuais se sucedem, inscritas ou anotadas e contabilizadas a crédito e a débito recíprocos das partes, temos uma relação de clientela, uma relação contínua de negócios entre a instituição bancária e o cliente. Relação de clientela essa que configura uma relação obrigacional complexa e duradora, assente em estreita confiança pessoal entre partes (*uberrima fides*)” in Anotação ao Ac. do STJ 18/12/2013, disponível na RLJ n.º 3991.

³¹ A abertura de conta acontece com a aceitação de determinadas cláusulas que são impostas pelo Banco ao cliente; estas normalmente versam aspetos como a abertura, movimentação, conservação e encerramento da conta. Assim, o designado contrato de abertura de conta é, em traços gerais, geral, distinguindo-se apenas se for para um particular ou para uma empresa. Este contrato – que nada mais é que um contrato de adesão – é aceite pelo cliente, que fica obrigado aquelas cláusulas e, em caso de omissão, ao direito bancário (tanto ao usos como à legislação vigente).

³² Esta é a figura mais tradicional e antiga deste tipo de relação. Os bancos surgem precisamente com o intuito de guardar e proteger, oferecendo uma segurança que o Homem comum não poderia, os bens dos seus Clientes, recebendo por isso uma quantia e passando o risco a correr por si.

³³ Este é o depósito mais usual e aquele que releva para a problemática aqui tratada, sendo por isso o que será abordado com mais cuidado. Para já, importa referir que quando o cliente deposita uma determinada quantia monetária no Banco, este fica obrigado a devolvê-la quando for exigido pelo cliente, nas condições que estes acordarem.

obrigatoriamente³⁴. O cliente pode não realizar um depósito bancário de dinheiro, mas um depósito em cofre de segurança – nesta situação, o Banco fica obrigado a guardar o objeto que o cliente pretenda num cofre no estabelecimento bancário, mediante o pagamento de uma quantia (quase como se se tratasse de um arrendamento do cofre) -, pode, por outro lado, depositar títulos, entregando valores mobiliários ao banco, que os deverá restituir quando pedido, neste tipo de situações, recai sobre o Banco uma obrigação de administrar os referidos títulos (não obstante, estarmos perante um claro depósito recai sobre o Banco esta obrigação característica do mútuo).

Isto posto, analisemos o que acontece quando há o depósito de uma quantia monetária no banco. O depósito está previsto no artigo 1185º do Código Civil e caracteriza-se por três aspetos: a entrega de uma coisa, a obrigação de a guardar e a de a restituir³⁵. Assim, a obrigação principal que recai no depositário é a guarda do bem que lhe é depositado, o que não acontece necessariamente no depósito bancário, em particular, no caso de o bem depositado ser dinheiro, situação em que o depositário pode utilizar o bem³⁶ (tal como sucede do depósito bancário): o que leva a questionar se estamos ou não perante um verdadeiro depósito, uma vez que o Banco pode fazer o uso do dinheiro depositado pelo seu cliente, recaindo sobre ele apenas a obrigação de o restituir quando exigido.

Atualmente, como suprarreferido, o bem usualmente depositado no âmbito desta relação é dinheiro, isto é, um bem, tradicionalmente tido como, fungível^{37,38}.

³⁴ Neste sentido, cfr. Lacerda Barata, Carlos; Contrato de Depósito Bancário, nos *Estudos em Honra do Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Volume II; 2002; Editora Almedina; pág. 7 e seguintes.

³⁵ Neste sentido, LACERDA BARATA considera que “o depósito é um contrato restitutivo: a coisa é entregue ao depositário, para que seja guardada e, posteriormente, restituída” (ibidem, pág.32).

³⁶ É certo que é possível que as partes, num depósito, acordem que o depositário pode fazer uso da coisa, como resulta do artigo 1189º do CC; mas tal não figura como regra.

MENEZES CORDEIRO, por sua vez, considera que é precisamente o facto de o bem poder ser usado pelo depositário que demarca este tipo de depósito e o distingue do depósito regular.

³⁷ ANTUNES VARELA explica que o “conceito de fungibilidade das coisas, dado no artigo 207º: se a coisa for determinada apenas pelo seu género, quantidade e qualidade, como neste preceito se diz, as coisas concretas com que o devedor se dispunha a cumprir podem ser substituídas por outras do mesmo género e qualidade na mesma quantidade” (in Antunes Varela, João de Matos; 2000; Das Obrigações em Geral; 10ª Edição; Almedina; Volume I; pág. 98). Temos então que o que caracteriza a fungibilidade é possibilidade de o bem ser substituído por outro, sem que isso altere a relação jurídica.

³⁸ Note-se que as partes têm a possibilidade de tratar como infungível algo caracteristicamente fungível, tal como é o dinheiro. Neste sentido, cfr. Pires de Lima, Fernando Andrade e Antunes Varela, João de Matos; Código Civil Anotado; 1968; Coimbra Editora; Volume II; pág. 540.

No CC Anotado, ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA explicam que “*no depósito, quando regularmente constituído, o depositário deve guardar e restituir eadem res, móvel ou imóvel, que lhe foi entregue, mesmo que se trate de coisas fungíveis ou consumíveis. Devendo a restituição ser feita não in natura, mas apenas em género, qualidade ou quantidade (cfr. art. 207º), o depósito diz-se irregular*”³⁹. Destarte, a doutrina maioritária, acompanhada pela jurisprudência, concordam ao classificar como um depósito bancário, o que configura uma forma de depósito irregular⁴⁰. A natureza do depósito irregular não é consensual entre nós: discute-se se estamos perante um depósito, um mútuo⁴¹ ou, por outro lado, se o que existe é uma figura *suis generis*, que consagra elementos tanto do depósito como do mútuo. GALVÃO TELLES expõe que a natureza do depósito irregular não tem que ser decidida pelo legislador, tal como não foi, assim “*o projeto, adotando a denominação corrente de depósito irregular, e sem tomar posição no debate sobre a sua fisionomia jurídica, limita-se a definir os seus efeitos e a mandar aplicar-lhe em princípio as disposições do mútuo. Esta remissão não significa a atribuição da natureza do mútuo, mas extensão do seu regime, que se justifica por motivos de ordem prática e económica, atendendo a que no depósito irregular como no mútuo se faz a entrega de objetos fungíveis, com translação do domínio e conseqüente obrigação de restituições genéricas*”⁴².

MENEZES CORDEIRO, por sua vez, considera que o não obstante o depósito irregular não se tratar de um verdadeiro depósito por não se lhe aplicarem as regras típicas do mesmo, como o dever de custódia; contudo, a par disto, considera que, por este ser celebrado com os interesses do depositante em vista, não se confunde com o mútuo, que por sua vez é celebrado no interesse do mutuário, que irá aproveitar o bem, cabendo ao mutuante apenas os juros. Assim, o Professor discorre no sentido de que o depósito irregular nada mais é que um “*contrato misto, com*

³⁹ Pires de Lima, Fernando Andrade e Antunes Varela, João de Matos; Código Civil Anotado; 1968; Coimbra Editora; Volume II; pág. 540

⁴⁰ Em sentido oposto, surge a orientação que considera o depósito bancário a um contrato de mútuo.

⁴¹ Este tipo de contrato encontra-se previsto no artigo 1142º do CC, sendo por tanto um contrato típico, que consagra que “uma das partes empresta à outra dinheiro ou outra coisa fungível, ficando a segunda obrigada a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade”. Este contrato pode ou não ser oneroso, nos termos do artigo 1145º do CC.

⁴² Galvão Telles; Contratos Cíveis; pág. 76 *apud* Pires de Lima, Fernando Andrade e Antunes Varela, João de Matos; Código Civil Anotado; 1968; Coimbra Editora; Volume II; pág. 540

*elementos do depósito e do mútuo e que, por estar há muito nominado e autonomizado, podemos apresentar como um tipo próprio: precisamente o depósito irregular*⁴³. A verdade é que o depósito dito regular e o irregular são bastante diferentes, incorrendo os contraentes em obrigações diferentes; aliás, a obrigação típica do depósito está mitigada no depósito irregular, onde o dever de guarda da coisa praticamente não existe. Acresce o facto de o segundo ser um contrato translativo do domínio da coisa⁴⁴. Daqui resulta a proximidade entre este contrato e o mútuo. Outro fator de grande relevo para nós e que importa ressaltar é o facto de, tal como MENEZES CORDEIRO evidencia, o risco passar a correr pelo Banco, que adquire a titularidade do bem, e assim o que possa acontecer na conta do cliente, desde que não resulte de culpa sua, é responsabilidade do Banco.

O CC português apresenta um conceito de depósito irregular que peca por escassez, uma rápida leitura dos artigos 1205º e 1206º comprova esta crítica⁴⁵: o legislador define este modo de contratar como um depósito que tem por objeto coisas fungíveis e ao qual se aplicam as regras do mútuo, dentro do possível. Antes de mais, não resulta de todo, das normas que regulam o depósito regular a necessidade do bem ser infungível, como o artigo 1205º que fazer parecer. Assim, não colhe a posição de que o depósito é ou não irregular consoante a (in)fungibilidade do bem. Parece, portanto, mais correta a posição defendida por MENEZES CORDEIRO que vai no sentido de ser precisamente a possibilidade de o depositário usufruir do bem, enquanto este está na sua posse. No ordenamento italiano⁴⁶, o depósito irregular encontra-se previsto de forma muito mais esclarecedora e completa, determinando que se trata de um depósito irregular aquele que tenha como objeto uma quantia em dinheiro ou outro bem fungível que o depositário possa utilizar, sendo que adquire a propriedade do bem em causa, ficando obrigado a restituir um bem da mesma

⁴³ Vide Menezes Cordeiro, António; Direito Bancário; 5a Edição revista e atualizada; 2014; Coimbra; Edições Almedina; pág. 608

⁴⁴ Cfr. Pires de Lima, Fernando Andrade e Antunes Varela, João de Matos; Código Civil Anotado; pág. 541

⁴⁵ Cfr. Menezes Cordeiro, António; Direito Bancário; 5a Edição revista e atualizada; 2014; Coimbra; Edições Almedina; pág. 28

⁴⁶ O artigo 1782º do Código Civil italiano prevê “*se il deposito ha per oggetto una quantita' di danaro o di altre cose fungibili, con facolta' per il depositario di servirsene, questi ne acquista la proprieta' ed e' tenuto a restituirne altrettante della stessa specie e qualita'*”.

espécie e na mesma quantidade. Ora, considerando este conceito, que parece o mais correto, de depósito irregular é mais fácil enquadrar o depósito bancário neste tipo.

O depósito bancário pecuniário *per si* caracteriza-se, portanto, por haver o depósito de uma quantia de dinheiro e com este a transferência de propriedade do mesmo, ficando o Banco, por sua vez, obrigado a restituir a mesma quantia, quando lhe for exigida⁴⁷. Vejamos que o Banco pode fazer uso da forma que entender, não perdendo, todavia, o cliente a disponibilidade do bem⁴⁸.

De tudo o exposto resulta que, quando um cliente se dirige a um Banco com o intuito de com este contratar, há num primeiro momento a celebração de um contrato de abertura de conta – que se concretiza com a assinatura de um formulário geral e sem qualquer tipo de personalização, na grande maioria das vezes - e um depósito bancário, que nada mais é que uma forma de depósito irregular⁴⁹. Aliás, por não ser possível a abertura de conta sem que haja o depósito de fundos, é possível afirmar que estamos perante um binómio inseparável, e que um não subsiste sem o outro.

Acerca do contrato de abertura de conta, importa ainda esclarecer que este se caracteriza por ser um contrato-quadro, isto é, uma estrutura contratual da qual podem resultar diferentes contratos; estamos aqui perante um contrato base que liga o Banco e o cliente mas que pressupõe a celebração de novos contratos, de novas declarações negociais (que se traduzem em operações de pagamento), sendo que este contrato não se pode confundir com os restantes e posteriores contratos celebrados entre as partes. O STJ no Ac. de 18 de dezembro de 2013⁵⁰ pronunciou-se no sentido de não se tratar de uma multiplicidade de relações contratuais autónomas e independentes umas das outras, mas sim “*um complexo de negocial interligado, configurando uma união de contratos, o qual tem por base aquele convénio principal e que vai ter a sua existência e razão de ser no mesmo*”. No mesmo sentido, o Aviso n.º11/2005, de 21/07 do Banco de Portugal afirma que “*a abertura de conta de depósito bancário constitui uma operação bancária central pela qual se inicia,*

⁴⁷ A par destas, as partes podem estipular outras cláusulas que considerem relevantes para a relação contratual, não podemos esquecer que estamos no âmbito da liberdade contratual.

⁴⁸ Estamos a tratar de contas à ordem; repare-se que nos depósitos a prazo, o cliente perde a disponibilidade do bem pelo lapso temporal contratado.

⁴⁹ Cfr. Menezes Cordeiro; Manual de Direito Bancário, cit., pág. 614

⁵⁰ Disponível para consulta em www.dgsi.pt

*com frequência, uma relação de negócio duradoura entre o cliente e a instituição de crédito, a qual requer um conhecimento, tanto quanto possível, completo, seguro e permanentemente atualizado dos elementos identificadores do cliente, dos seus eventuais representantes e de quem movimenta a conta*⁵¹.

O contrato de abertura de conta celebrado é, desta feita, um contrato-quadro, um contrato que existe e subsiste mesmo que não se celebrem contratos posteriores, os contratos a celebrar seguidamente são distintos e autónomos do primeiro; nas palavras de MARIA RAQUEL GUIMARÃES, os contratos “*nascem em execução ou em aplicação do contrato-quadro e mantêm com ele uma relação de filiação, de dependência e funcional*”⁵².

Em suma, o contrato de abertura de conta é por um lado um contrato-quadro, ou seja, num motor para impulsionar a contratação futura entre as partes e, por outro, um contrato de adesão, composto por diversas cláusulas contratuais gerais, que regulam os posteriores atos de execução que, por sua vez, concretizam a relação bancária.

Em posição antagónica às que acabamos de descrever temos, como já se referiu, a de SINDE MONTEIRO que, por sua vez, reconduz a relação que se estabelece entre a entidade bancária e o seu Cliente é uma relação sem deveres de prestação, na esteira do que é defendido em grande medida na doutrina alemã, de acordo com a qual é possível haver uma situação de responsabilidade pela violação de um dever de conduta no âmbito de uma relação na qual não possível delimitar o dever principal de prestação. Assim, um dos exemplos primordiais deste tipo de relação é a relação que se estabelece entre um Banco e um Cliente – caso em que existe uma ligação corrente de negócios, a qual se prevê duradoura e permanente -, onde há disponibilidade para a celebração de novos negócios. É precisamente por existir essa disponibilidade para a celebração de negócios novos que se geram deveres de conduta, no âmbito dessa relação, como de lealdade e de proteção. O Autor explica a proteção que existe neste tipo de situações com um paralelismo à proteção que existe nas situações de culpa *in contrahendo*, uma vez que o que está em causa é,

⁵¹ Disponível para consulta em <https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/cartas-circulares/11-2005a-c.pdf>

⁵² Guimarães, Maria Raquel; O Contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento eletrónicos; 1º Edição; 2011; Coimbra; Coimbra Editora; pág. 63.

principalmente, proteção do comércio jurídico, isto porque, ao contrário do que aparenta à primeira vista, não é a confiança por si só que justifica os deveres de cuidado mas, por outro lado, os negócios jurídicos estão dependentes da proteção da confiança. SINDE MONTEIRO explica, deste modo, que a proteção do Cliente do Banco vai muito para além do contrato que estabelece entre as partes, porquanto o Cliente exatamente por ter essa característica pode responsabilizar o Banco por qualquer informação que lhe seja prestada erradamente, mesmo que aparentemente não esteja relacionada com o contratado entre as partes.

3.5. O contrato de *homebanking*

As pessoas estão cada vez mais dependentes dos seus dispositivos eletrónicos e mais comodistas, pretendendo ter acesso a tudo através da internet. Num mundo em constante evolução tecnológica, foram vários os negócios que tiveram que se modernizar de modo a responder as expectativas dos seus clientes⁵³, é neste sentido que surge a figura do *homebanking*, com a pretensão de tornar a relação Banco-cliente mais imediata. A figura do *homebanking* aparece, portanto, na tentativa de aproximar as duas partes aqui em causa.

O *homebanking* ou a banca eletrónica nada mais é que uma agência bancária virtual, que permite que os clientes do Banco realizem uma série de operações bancárias, que anteriormente só poderiam ser feitas ou através de uma deslocação ao balcão ou agência bancária ou das conhecidas máquinas ATM, através do seu dispositivo móvel em qualquer lugar onde se encontrem, bastando para isso que se liguem à *internet*.

Isto posto, importa compreender como é que a figura do *homebanking* se coaduna com a relação estabelecida entre o Banco e o cliente. Note-se, todavia, que se o depósito bancário tem na sua génese a transferência de propriedade do dinheiro

⁵³ Se isto era um dado adquirido antes da situação que atualmente vivemos – uma pandemia, que levou a um confinamento e, conseqüentemente, o encerramento de vários negócios, não só em Portugal como em todo o mundo – mais evidenciado está. Para continuar a faturar, os negócios, até os mais tradicionais, tiveram a necessidade de se reinventar, o que passou muito pelo *online*, de modo a manter-se presente no mercado.

depositado – cuja propriedade se transfere do Cliente para o Banco, como já vimos – no caso do contrato de *homebanking* tal não acontece⁵⁴.

Para que o cliente possa utilizar este serviço, as partes têm que celebrar um novo contrato, que pode ser celebrado no mesmo momento em que há a celebração do contrato de abertura de conta ou durante a execução do mesmo. No fundo, o contrato *homebanking* é um contrato independente e autónomo do primeiro celebrado, ainda que as partes que o celebram sejam as mesmas.

O contrato *homebanking* – caracterizado por MENEZES CORDEIRO como um contrato atípico da perspectiva jurídica e típico do ponto de vista social⁵⁵ - é também ele um contrato-quadro. O exposto resulta da própria DSP2 que apresenta a seguinte definição de contrato-quadro “*um contrato de serviços de pagamento que rege a execução futura de operações de pagamento individuais e sucessivas e que pode enunciar as obrigações e condições para a abertura de uma conta de pagamento*”^{56,57,58} em consonância com o artigo 50º e seguintes do mesmo diploma legal.

Ora, não existindo grandes dúvidas em relação à natureza do contrato em análise, importa pôr a tónica na forma como este é executado.

O primeiro aspeto de especial relevância prende-se com o facto de este ser um serviço oferecido pelo Banco ao cliente, pelo que é ao Banco que cabe assegurar que este é o mais seguro possível de forma que o cliente sinta que o pode utilizar com total segurança e confiança que um serviço bancário obriga. Assim o Banco, através de uma plataforma *online* – tal como uma aplicação ou um sítio na internet -, permite ao cliente que este aceda à sua conta e realize diversas operações. Para o acesso ao banco virtual, o cliente recebe um código de acesso pessoal e intransmissível associado a um nome de utilizador que permite o acesso à conta; esta combinação será o mais aleatória possível e para as diferentes ordens de pagamento

⁵⁴ Guimarães, Maria Raquel in “*As operações fraudulentas de homebanking na jurisprudência recente*”

⁵⁵ Em conformidade, CALVÃO DA SILVA, em anotação ao Ac. de do STJ de 18/08/2013.

⁵⁶ Artigo 4º, alínea 22 do DSP2.

⁵⁷ No mesmo sentido vide o comentário de MARIA RAQUEL GUIMARÃES ao Ac. do TRG de 23/10/2012 ‘*Sempre que o utilizador de um serviço de banca eletrónica emite uma ordem de pagamento – um mandato de pagamento- a favor de um terceiro, é celebrado um novo contrato de execução ou de aplicação do contrato base anterior e que se rege pelo programa contratual definido, num primeiro momento, no contrato-quadro*’ in Cadernos do Direito Privado n.º 41.

⁵⁸ Para CALVÃO DA SILVA é, também, claro que estamos perante um contrato-quadro que possibilita e facilita a realização de operações futuras que o cliente do Banco possa querer realizar.

deverá apresentar diferentes combinações. Desta feita, cada operação será autorizada com um código diferente resultado de combinações aleatórias cuja base é o cartão matriz, composto por números sem qualquer ordem. Assim, garante-se que o Cliente do Banco não escolhe uma palavra-passe dita fraca, como acontece tradicionalmente – em regra, aquando da escolha de uma palavra-passe tende-se a escolher uma que seja facilmente memorizada, ora o que acontece é que estas acabam por ser facilmente descobertas, por se tratar de datas importantes, nomes, etc. -, dificultando assim o acesso fraudulento à conta. Ao utilizar este mecanismo o Banco assegura uma maior segurança aos seus clientes.

A própria DSP2 enaltece a importância da segurança nesta matéria e a essencialidade da mesma para que o cliente recorra a este serviço de forma plena e “sem medos”. Tal como aconteceu quando surgiram os cartões bancários que permitiam o acesso à conta através das máquinas ATM, também agora é necessário garantir aos clientes que o serviço pelo Banco fornecido é o mais seguro possível. Assim, no ponto 69 do preâmbulo do diploma mencionado é claro ao considerar “*a obrigação de preservar a segurança das credenciais de segurança personalizadas é da maior importância para proteger os fundos do utilizador de serviços de pagamento e para limitar os riscos de fraude e de acesso não autorizado à conta de pagamento*” e, em simultâneo, enaltece a necessidade de ser um sistema simples e que a qualquer pessoa possa aceder de forma (quase) intuitiva para que se tire o maior partido possível do processo. Daqui é possível retirar a importância do cartão matriz e a necessidade de não divulgar o seu conteúdo sob pena de terceiros poderem interferir na relação Cliente-Banco.

Para além destes aspetos, resulta também tanto do contrato de *homebanking* como da DSP2 uma série de outros deveres que recaem sobre ambas as partes e que procuram que o serviço seja prestado da melhor forma possível. Veja-se que mesmo sendo um serviço oferecido pelo Banco, se o Cliente não o usar com o devido zelo e cuidado, por mais seguro que este seja pode ser facilmente violado. É precisamente com o intuito de garantir o bom funcionamento do serviço e, acima de tudo,

que há confiança no serviço bancário que surge a DSP2⁵⁹, que regula os deveres tanto do Banco ao fornecer aquele serviço como do cliente ao aceitá-lo.

3.6. O conteúdo da relação contractual

3.6.1. Deveres do utilizador do serviço

Tal como acontece em todas as relações contratuais, recaem sobre ambas as partes diferentes obrigações que deverão ser pontualmente cumpridas de modo que ambas as partes retirem da relação o melhor que esta tem para oferecer. Assim, não podemos ignorar que mesmo a pessoa mais diligente pode sofrer um ataque como os descritos, uma vez que se estes se estão a tornar mais sofisticados e aliciantes, sendo cada vez mais provável que as pessoas acreditem e disponibilizem os seus dados bancários a terceiros. Pelo que, recaem sobre o Cliente alguns deveres – igualmente consagrados no diploma legal supramencionado, no artigo 69º - que deve cumprir, sob pena de, em caso de algum dos ataques a ser tratados ocorrer, não ser totalmente ressarcido ou compensado, como se verá *infra*.

Por seu turno, o Cliente, ao aceitar o dito serviço, compromete-se a manter em segredo os seus códigos de acesso, não os partilhando nem os fornecendo a terceiros - a não divulgação das coordenadas do cartão matriz é essencial porque são essas que permitem o acesso e a autenticação das operações de pagamento e, conseqüentemente, a mobilização dos fundos na conta do Cliente.

A par deste dever de confidencialidade, encontra-se consagrado um dever de comunicação. Assim, no caso de perda, furto ou se o Cliente tomar conhecimento da utilização abusiva dos seus códigos, deve, de forma imediata, a não ser que tenha qualquer impedimento legítimo, informar o prestador do serviço.

Ambos os deveres supramencionados, decorrem da natureza do serviço contratado; isto porque tal como qualquer outra informação bancária esta deve ser salvaguardada de modo que ninguém se apodere da mesma e a utilize incorretamente, bem como em caso de perda a comunicação ao Banco é essencial para minimizar os prejuízos que a parte pode sofrer.

⁵⁹ Um olhar breve e rápido sobre o diploma em causa mostra que houve uma preocupação por parte do legislador em proteger os Clientes das instituições bancárias, regulando a repartição de riscos em caso de fraude.

Já numa fase contratual diferente, importa esclarecer que para que a ordem de pagamento seja executada, o Ordenante (isto é, o Cliente) tem que dar o seu consentimento, que pode posteriormente revogar, até à receção deste pelo prestador do serviço, vulgo o Banco.

3.6.2. Deveres do prestador do serviço

Importa, por outro lado, analisar os deveres – previstos no artigo 70º da DSP2 – da instituição bancária em relação ao Cliente, deveres esses que têm especial importância por se estar perante uma relação de confiança, que se pretende duradoura e complexa “assente em estreita confiança pessoal entre as partes”, e por outro lado, por a contratação ser feita através, a maior parte das vezes, de cláusulas contratuais gerais.

No momento em que as partes acordam pela utilização deste serviço, o Banco tem o dever, legalmente consagrado na DSP2, de informar o cliente da necessidade de manter a confidencialidade dos dados, de forma que o utilizador do serviço possa fazer uma utilização correta do mesmo e que esteja ciente dos riscos que este acarreta. A par deste, aquando da contratação feita pelas partes surge uma série de deveres que têm que ser cumpridos com o máximo profissionalismo e de acordo com padrões de ética impostos, de modo que o contrato seja executado nas melhores condições possíveis.

CALVÃO DA SILVA entende que ao prestador de serviços bancários “*cabe, pois, por lei assegurar a qualidade e segurança do sistema que permita movimentar a conta apenas a quem tem legitimidade, depositando, levantando ou transferindo fundos*”, sendo necessária uma política “conhece o teu cliente” que se traduz em deveres de proteção, em deveres de proteção das legítimas expectativas do cliente em consonância com os deveres de boa fé; para além de terem que cumprir deveres de lealdade, diligência e cuidado.

Na altura em que o contrato de homebanking é celebrado, o Banco fornece ao seu Cliente um cartão matriz com coordenadas seguras e personalizadas para o cliente, sendo este o mecanismo que permite autorizar as diferentes ordens de pagamento que o cliente pode realizar; é através de uma determinada chave pedida pelo Banco, por norma, no final da operação, que é dada a autorização para proceder à

ordem de pagamento. É fácil compreender a importância primordial que o cartão matriz comporta nesta relação, pelo que o Banco na altura em que o atribui ao cliente deve informá-lo acerca deste facto, bem como de que o mesmo é pessoal e intransmissível. Ainda que tal informação possa, à primeira vista, parecer irrelevante de tão óbvia, é obrigação do Banco informar o Cliente de todos estes aspetos e de modo que o cada Cliente a compreenda – está-se perante uma situação em que a informação tem que ser adequada a quem a recebe -, prestando assim todo o tipo de informações por mais básicas que sejam.

Outra informação e esclarecimento que tem que ser prestado é, precisamente, sobre o risco de fraude que este serviço acarreta. Por mais seguro que o *site* ou aplicação do Banco seja, existem sempre riscos de fraude associados, pelo que o Cliente tem, no momento da aceitação do contrato em análise, de estar ciente de que a fraude eletrónica existe e de que quando utiliza este mecanismo tem que estar atento a qualquer anormalidade que possa surgir, isto porque, ainda que seja obrigação do Banco fornecer um serviço seguro e personalizado, com um elevado nível de encriptação, é dever do cliente proceder com a máxima diligência possível. Uma vez que estes riscos são de conhecimento geral, é permitido aos Bancos que monitorizem as operações realizadas pelo cliente, como decorrência do dever de proteção, bloqueando-os no caso de suspeita fundada de que se trata de uma operação fraudulenta⁶⁰.

Jurisprudencialmente, já houve decisões no sentido de que o direito de informação do Banco ficaria preenchido se este publicasse no seu *site* os diferentes métodos de fraude informática⁶¹; contudo tal entendimento não parece adequado, isto porque, é dever do Banco prestar as informações do modo mais pessoal possível, prestando-as de forma a que quem as recebe as entenda e compreenda, pelo que uma informação geral e, para proteção do próprio Banco, com termos complexos

⁶⁰ O mesmo se verifica no caso de o cartão ser 'clonado'; o Banco ao aperceber-se de movimentos estranhos e pouco usuais realizados na conta do cliente entra em contato com o mesmo de forma a perceber se é ou não o titular da conta a realizar os referidos movimentos.

⁶¹ Neste sentido, vide Ac. de 25 de Novembro de 2013 do Tribunal da Relação de Guimarães: '*a entidade bancária cumpre o seu dever de proteção e informação colocando no seu site toda a informação disponível sobre segurança, que os utentes têm o dever de consultar, para se prevenirem de fraudes*'.

de difícil apreensão não esvazia o sentido material do dever em causa mas meramente o formal.

Destarte, este serviço é implica uma série de deveres que devem ser pontualmente cumpridos por ambas as partes, sendo que só desta maneira é possível aproveitar e beneficiar do mesmo.

A par destes, ao fornecer este serviço é necessário que o Banco forneça uma linha de comunicação gratuita e aberta que permita que o Cliente o informe de algum problema que possa estar relacionado com os seus códigos de acesso ou a utilização do serviço.

Como se compreende o dever de informação ocupa, no seio desta relação, um lugar primordial – devendo o Banco cumpri-lo escrupulosamente sob pena de ser responsabilizado na totalidade do valor do ataque, tal como resulta do segundo parágrafo do número 1 do artigo 71º da DSP2, nos termos do qual, o prazo para a comunicação do ataque informático previstos no parágrafo 1º não se aplicam “*caso o prestador de serviços de pagamento não tenha prestado ou disponibilizado as informações sobre essa operação de pagamento nos termos do título III*”. O título mencionado versa sobre a “transparência das condições e dos requisitos de informação aplicáveis aos serviços de pagamento”, aplicando-se as suas disposições tanto a operações de pagamento de carácter isolado como às realizadas no âmbito de contratos-quadro, nos termos do artigo 38º da Diretiva em causa, sendo sobre esses últimos que nos iremos debruçar.

Assim, o artigo 51º do diploma legal em causa impõe, desde logo, à entidade fornecedora do serviço contratado ou a contratar que esta preste todas as informações necessárias para a correta utilização do serviço de modo claro e compreensível e obriga que a comunicação não seja apenas oral mas também que esteja presente em suporte físico. No fundo, o legislador impõe que o contrato celebrado entre as partes para a utilização do serviço de *homebanking* seja escrito, constando nele todas as informações consideradas essenciais elencadas no artigo 52º, em particular no número 2 da DSP2.

II. A nova disciplina dos serviços de pagamento

4. O regime anterior e os problemas que suscitava

A mudança de paradigma em relação a esta matéria dá-se com a regulação europeia sobre os serviços de pagamento, especialmente com a entrada em vigor do Regulamento (UE) n.º 260/2012, que procurou solucionar a falta de homogenia, com especial atenção à realidade europeia, que existia em relação aos serviços de pagamento até então.

Sucedia que existia uma barreira ao funcionamento adequado do mercado europeu integrado⁶² devido a existirem grandes diferenças entre os regimes aplicáveis aos serviços de pagamento, ainda que se tratasse de um mercado integrado e cujos pagamentos eram, numa grande maioria, realizados na mesma. Por outro lado, verificava-se que, para além da diferença de regimes, existiam diferenças entre os requisitos técnicos e operativos de processamento de pagamentos. Ora, tais diferenças geravam um problema à Comissão Europeia, que via, desse modo, posta em causa a criação de um mercado de serviços de pagamento, que eliminaria (quase) na totalidade as diferenças entre as operações realizadas envolvendo entidades de só um país de um EM ou operações que envolvessem diferentes EM.

Desta feita, a DSP surge de modo a igualar e regulamentar os regimes aplicáveis à prestação de serviços de pagamentos. Todavia, esta evolução legislativa não era suficiente uma vez que cada EM disponha dos seus PSP, que realizavam as suas operações de modo individual e que, não obstante, os esforços não adotavam os mesmos procedimentos técnicos que PSP estabelecidos noutros EM. Assim, houve a necessidade por parte do regulador europeu de regular a presente matéria de modo que, dentro da União Europeia, os PSP optassem por procedimentos semelhantes. O Regulamento ora em causa versa, precisamente, sobre as operações de pagamento em que as partes se encontram em EM diferentes ou naquelas em que existe somente um PSP, cuja sede seja na União Europeia. Tal como explica MENDES CORREIA *“as regras do Regulamento aplicam-se indistintamente às operações de pagamento que envolvam dois PSP (e que se processam tendencialmente através*

⁶² Em concordância, vide. Mendes Correia, Francisco; *“Casados de espetar: o Regulamento (UE) n.º 260/2012 e os requisitos técnicos e de negócio nos serviços de pagamento*

de um sistema de pagamentos) e às operações de pagamento que envolvam apenas um único prestador de serviços de pagamento (operações “on-us”), desde que correspondam a transferências a crédito ou a débitos directos de retalho, em euros e o PSP esteja situado no território da União”^{63,64}.

5. O novo regime e os seus contornos

5.1. A fraude através da utilização destes sistemas

Aqui chegados é de referir que a criminalidade acompanhou a mudança para o digital e, conseqüentemente, este serviço pode ser violado por terceiros. Aliás, é de referir que um estudo realizado no segundo trimestre do presente ano pela Kaspersky⁶⁵ aponta Portugal como o “segundo país com a maior percentagem de utilizadores atacados por phishers (13,51% do total de utilizadores)”⁶⁶.

Tradicionalmente distinguimos duas formas de fraude neste âmbito: o *phishing* e o *pharming*, sendo que nestas duas vertentes um terceiro, por norma designado por *hacker*, tem acesso as coordenadas ou códigos de acesso do cliente do Banco e usa a plataforma do Banco, cuja responsabilidade pela segurança é do Banco, para movimentar fundos do utilizador do serviço. Outra situação completamente diferente e que é de máxima importância distinguir, por ser juridicamente distinta e, conseqüentemente, dever ser abordada de um modo diverso, uma vez que existem diferenças em relação à atribuição de responsabilidade e repartição do risco, que se caracteriza por as ordens para proceder às operações bancárias serem dadas através de um serviço de *e-mail* e ser precisamente esse o servidor a ser corrompido, possibilitando desse modo que o (dito) *hacker* dê ordens de pagamento fazendo-se passar pelo cliente do Banco.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Note-se que no caso das operações “on-us” por apenas envolverem apenas um PSP não se verifica a necessidade de se recorrer a um sistema de pagamento tal e qual como este é concebido, isto é, para efetuar o processamento da operação de pagamento, sendo possível realizar-se as operações de crédito e débito, sem incluir um terceiro.

⁶⁵ A Kaspersky trata-se de uma empresa cujo fim é a produção de softwares de segurança para a Internet, distribui soluções para segurança da informação contra vírus, *hackers*, *spam*, *trojans* e *spywares*

⁶⁶ Informação retirada de <https://www.diarioeconomico.co.mz/mundo/portugal/kaspersky-coloca-portugal-entre-os-paises-com-maior-percentagem-de-ataques-por-phishing/>

Antes de mais, importa dizer que a distinção dos conceitos supra muitas vezes não é fácil e falha nos nossos tribunais; ora, muito embora, o diploma legal que regula esta matéria apresente a mesma solução quer se trate de uma situação de *phishing* ou de *pharming*, para aferir a responsabilidade ou possível negligência do utilizador na utilização do serviço a concretização dos conceitos é primordial, como veremos.

5.2. O problema do *phishing*

Este modo de fraude é o menos sofisticado e mais antigo, sendo considerado a prática mais flexível⁶⁷ de cibercrime por poder ocorrer em diversas plataformas, que não obrigatoriamente a do Banco, embora este seja o modo mais comum.

A prática de *phishing* caracteriza-se pelo envio de e-mail⁶⁸ de um servidor semelhante ao do Banco – por vezes, varia apenas uma letra, o que dificulta a perceção do que se está a passar – para o utilizador do serviço de *homebanking*; este e-mail procura ser o mais parecido possível com os que são de facto enviados pelo Banco aos seus clientes. No corpo do e-mail, juntamente com um conjunto de informações genéricas e com uma ligação para um *site* fraudulento, em tudo igual ao *site* original do Banco. É neste momento que o ataque se materializa sendo que ao colocar as informações pedidas neste *site*, como coordenadas do cartão matriz, número de identificação ou de telemóvel, os hackers ganham forma de aceder à conta do Cliente do banco e, conseqüentemente, realizar variados movimentos.

Do explanado resulta que o ataque de *phishing* acontece em dois momentos distintos: um primeiro momento que se prende com o envio de um e-mail com uma hiperligação, sendo que se o recetor do *e-mail* não carregar na ligação indicada não originará qualquer tipo de questão maior, e, num segundo momento, caso e só no caso de carregar na ligação *suprarreferida*, o reencaminhamento da pessoa a quem o *e-mail* foi endereçado para o *site* idêntico ao original. Desta forma, podemos

⁶⁷Os ataques de *phishing* são de tal modo flexíveis e abrangentes que, atualmente, acontecem através de mensagens de telemóvel ou até mesmo notificações em redes sociais. Destarte, apesar de a forma de transmissão da mensagem ser diferente da “tradicional” isso não obsta a que o fim seja obtido, acabando o utilizador por descarregar um vírus que permita ao *hacker* obter os dados pretendidos.

⁶⁸Esta técnica está diretamente relacionada com o conhecido SPAM, isto é, o envio de mensagens não solicitadas enviadas em massa com igual conteúdo para a generalidade dos recetores. Informação retirada do site: www.anacom.pt/render.jsp?categoryId=346972.

concluir que a característica distintiva das duas técnicas de cibercrime é precisamente o envio de um e-mail para o Cliente do Banco e aceitação do mesmo como verdadeiro ao clicar na ligação que ali surge⁶⁹.

Verificam-se, todavia, outras formas de *phishing*, que não o bancário aqui retratado. Atendendo ao contexto atual e há crescente utilização do comércio *online*, existe a manipulação desse serviço pelos *hackers*. Desta feita, enviam um *e-mail* para o utilizador de um serviço, com o aspeto gráfico de uma superfície comercial, loja ou agência de viagem, com uma mensagem fraudulenta com uma hiperligação que originará o resultado já mencionado.

Outra nota que parece relevar prende-se com o facto de os telemóveis, na sua generalidade, permitirem o acesso direto à *internet* pelo que as comunicações fraudulentas, tipicamente realizadas através do serviço de *e-mail*, poderem também ser realizadas por meio de mensagens rápidas, vulgo, SMS.

Importa referir que, caso o Banco tome conhecimento de que estão a ser enviados este tipo de *e-mails*, deve notificar os utilizadores do serviço de forma que estes atuem de forma mais diligente do que normalmente fazem⁷⁰. Assim, o Banco deve alertar os utilizadores do serviço para atentarem no servidor de onde o *e-mail* é enviado de modo a compreender se é de facto enviado do servidor oficial do banco, uma vez que esta é a única característica distintiva do *e-mail* original do fraudulento. Ora, como veremos *infra*, nesta matéria o dever de informação do Banco ocupa um papel de máxima importância, pois a melhor forma de evitar que este tipo de ataques vingue é, exatamente, através da “educação” dos utilizadores do serviço de *Homebanking*.

⁶⁹ Neste sentido, Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de julho de 2018: ‘*O phishing é uma atividade fraudulenta que se inicia com o envio de um e-mail que parece proveniente de outra entidade (nomeadamente bancária) e no qual é sugerido, sob pretextos vários, que o destinatário aceda à página Web (site) do suposto remetente através de uma hiperligação (link) contida no e-mail; depois de agir da solicitada forma, o destinatário do e-mail entra numa página falsa, provavelmente de aspeto parecido ao da entidade pela qual o autor do phishing se faz passar, e introduz os dados necessários para a entrada (login), como o seu nome de utilizador (username) e a palavra-passe, entre outros. As credenciais do destinatário do e-mail serão depois utilizadas pelo phisher para entrar no verdadeiro site da entidade (bancária ou outra) como se fosse o legítimo titular das credenciais, com vista à execução de ações ilícitas, nomeadamente apropriação de fundos alheios.*’

⁷⁰ É muito frequente no *site* dos Bancos estar presente um aviso de que circulam mensagens fraudulentas. Algumas instituições bancárias optam por uma comunicação mais direta com o utilizador do serviço, por exemplo através do envio de uma mensagem privada.

5.3. O problema do *pharming*

Situação distinta daquela que se acaba de retratar é o *pharming*. Esta técnica é muito mais perigosa, por ser mais sofisticada e, ao mesmo tempo, impercetível para o utilizador do serviço. Isto porque, nesta situação, o que acontece é que o *hacker* interfere com o próprio servidor do Banco através de um programa oculto por si instalado no computador do utilizador do serviço de *homebanking*.

Numa situação de *pharming* o que acontece é que o *hacker* difunde um vírus informático - a instalação deste vírus é feita muitas vezes pelo envio de um e-mail, com uma aparência inofensiva e que a maior parte das vezes é automaticamente enviado para a pasta do SPAM, de tal modo que o titular da conta de e-mail, nem tem conhecimento do mesmo – ou de ficheiros ocultos que se instalam automaticamente, sem que seja necessário o conhecimento ou consentimento do dono no computador. Após a sua instalação os arquivos do sistema, como os “favoritos” e o registo de *cookies*, são alterados de tal forma que quando o dono do computador digita o *site* do Banco a que pretende aceder é automaticamente reencaminhado para um *site* fraudulento visualmente igual ao do Banco – como se pode verificar, este segundo momento deste ataque, é semelhante ao que se verifica nas situações de *phishing*^{71,72}. Uma vez, na página do Banco, ou a acreditar que se encontra nela, o utilizador do serviço realiza as operações pretendidas e com isso permite que o *hacker* tenha conhecimento de todos os seus dados confidenciais.

Outra forma de ação dos *hackers* que entra no domínio do *pharming* que se caracteriza pela alteração de uma letra do *site* do banco de tal forma que o cliente clica no link errado convencido que se está a dirigir à página correta do Banco. No *site* alterado encontra-se uma página igual à do Banco o que dá a impressão de segurança ao cliente que fornece, desconhecendo os seus dados aos *hackers*.

⁷¹ Neste sentido, Verdalho, Pedro; “Phishing e outras formas de defraudação nas redes de comunicação”, em: Direito da sociedade da informação / Alberto de Sá e Mello... [et al.]; Coimbra; Coimbra Editora; 1999-2006.; Vol. 8

⁷² Vide. Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de Julho de 2018: ‘*No pharming o utilizador de internet é conduzido a uma página falsa na sequência (quase sempre) da instalação no seu computador de um programa malicioso destinado a redirecionar nomes de domínio (endereços de sites) por si pesquisados para sites fraudulentos. Para conseguir instalar nos computadores alheios esse programa viral, o pharmer envia e-mail de spam que o atingido abre e na sequência do qual toma uma determinada ação, nomeadamente clicando nalgum link do mesmo*’.

Como se pode por ver em ambos os processos o Cliente do banco é direcionado para um *site* que não o do Banco, com a intenção de obter os dados de acesso à conta e com isso realizar diferentes movimentos; aliás, ambos os processos partilham a última fase. Contudo, o segundo mecanismo exposto é bastante mais complexo e sofisticado do que o supra tratado pelo que a sua deteção pelo Cliente do banco é bastante mais complicada, uma vez que a vítima do ataque não faz nada que possa contribuir para a sua verificação, sendo apenas encaminhado através do programa previamente instalado no dispositivo, enquanto no primeiro é preciso a ‘cooperação’ do utilizador do serviço, no sentido de que é necessário que ele carregue no *link* que lhe foi enviado.

Isto posto, importa apontar que, em sentido oposto daquele que estamos aqui a discutir, há quem entenda que em casos como os descritos, o Banco não pode de todo ser responsabilizado, uma vez que cumpre com tudo aquilo com que se obrigou no momento da subscrição do serviço. Esta tese funda-se no facto de o serviço oferecido pelo Banco se manter inviolado e seguro, ao que acresce o facto de ser o utilizador do serviço quem, ainda que não conscientemente, fornece os dados a um terceiro que o utiliza para a realização das operações de pagamento. CALVÃO DA SILVA, contudo, considera que “*sobre o prestador do servidor recai, pois, a responsabilidade pela pontual execução da operação ordenada ou autorizada, em termos do resultado, no que vai incluída a responsabilidade pelo facto próprio, por facto de outrem por si escolhido na cadeia de operação, por falhas operacionais e por pirataria do cibercrime*”⁷³.

5.4. A terceira modalidade de fraude informática

A estas duas formas de fraude informática junta-se uma terceira que importa distinguir, quanto mais não seja por o seu enquadramento legal ser (ou, pelo menos, dever ser) diferente das anteriores e por, por vezes, suscitar dúvidas nos tribunais portugueses.

⁷³ Calvão da Silva, João; Revista de Legislação e de Jurisprudência, nº3991, 2015; “Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Dezembro de 2013 – Anotação”

O que acontece nestas situações é que o Banco e o Cliente, que adere ou não ao serviço de *homebanking*, acordam pela possibilidade de este dar instruções para a realização de operações bancárias através de uma comunicação via *e-mail*.

Este tipo de fraude traduz-se num terceiro se interferir nas comunicações, por exemplo “pirateando” o serviço de e-mail e enviando e-mails a ordenar operações falsas e desta forma tirar partido do dinheiro.

Uma anotação importante a fazer prende-se, desde logo, com a segurança do serviço. Quando as partes acordam por este modo de comunicar tem que ter em consideração que não oferece a mesma segurança que a plataforma do Banco, desde logo porque enquanto que há uma aleatoriedade adjacente à autorização de diferentes operações de pagamento, relacionada com a utilização do cartão matriz, que faz com que seja necessário obter não só a palavra-passe que permite o acesso à conta mas também todas as coordenadas do cartão para que possa realizar as operações pretendidas, que não acontece quando está em causa o envio de um e-mail. A isto acresce o facto de a palavra-passe do e-mail ser escolhida pelo utilizador do serviço, estudos recentes mostram que por ser um dado que é necessário ser decorado as pessoas têm tendência a escolher dados pessoais⁷⁴ – como datas ou o nome do animal de estimação – e de repetir a mesma palavra-passe e e-mail nas diferentes contas que tem nos diferentes *sites*. Estes dois fatores conjugados acabam por deixar a “porta entreaberta” a ataques cibernéticos.

Ainda neste âmbito, há que alertar para a possibilidade de um terceiro criar um endereço de *e-mail* de tal modo semelhante ao do ordenante que o funcionário do Banco por não se aperceber acabe por proceder à operação ordenada. Esta situação não se pode confundir com nenhuma das anteriores por depender em último caso de um erro humano, realizado por pessoa diferente da titular da conta.

Como facilmente se compreende a situação aqui em causa é completamente diferente das anteriormente expostas por não se tratar de um serviço oferecido pelo Banco ao Cliente pelo que é de questionar a responsabilidade que o mesmo possa ter no caso de um terceiro interferir nestas comunicações e, mais relevante que isso,

⁷⁴ Dados retirados de um estudo realizado pelo Centro Nacional de Cibersegurança, noticiado pelo *The Guardian*. Disponível em <https://www.theguardian.com/technology/2019/apr/21/cybercrime-hacking-internet-account-passwords>

é de questionar a aplicabilidade do diploma DSP2 nestes casos, em que não esta de todo em causa uma “falha” no sistema oferecido pelo Banco, nem sequer o envio de uma comunicação feita pelo mesmo.

Na situação agora equacionada (salvo na da criação de novo endereço de correio eletrónico) a tónica deve ser colocada no servidor de *e-mail*, por ser este o que sofre o ataque pelo terceiro. A reflexão que deixo vai exatamente nesse sentido, se aquando de uma alteração na legislação existente não se deverá tutelar a situação em juízo. E, enquanto a mesma não acontece, alertar-se os Tribunais para esta realidade, também presente de forma a evitar erros na aplicação do Direito. Não se pode esquecer que o Direito está em constante evolução e se adapta ao que acontece no quotidiano, parece que nesta situação existe uma “brecha” que merece tutela por desproteger determinadas vítimas de possíveis ataques. Ao que acresce o facto de os Bancos acabarem por serem penalizados e responsabilizados por estas situações sem que para ela tenham contribuído de algum modo, por o sistema atacado não ser fornecido por ele. Parece, portanto, que neste tipo de situações não se deverá mobilizar a DSP II mas sim o regime geral de responsabilidade e repartição de risco, que será analisado *infra*.

5.5. A mudança de paradigma

Atualmente, este tipo de matérias encontra-se regulada de forma (mais ou menos exaustiva) pelo legislador europeu através da Diretiva de Serviços de Pagamento 2, devidamente transposta para o nosso ordenamento jurídico pelo Decreto-Lei n.º 91/2018, que aprovou o novo Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e da Moeda Eletrónica, derogando o anterior regime. Não obstante, esta matéria já ter sido regulada por uma anterior Diretiva, também ela trasposta para o nosso ordenamento jurídico⁷⁵.

Destarte, trataremos a atualmente em vigor, por tal ser mais pertinente e iremos abordar de forma sucinta o regime revogado, focando-nos mais nas diferenças entre ambas. Em primeiro lugar, é de esclarecer que tiveram um papel essencial,

⁷⁵ Com o intuito de solucionar as questões suscitadas neste âmbito surgiu a primeira Diretiva de Serviços de Pagamentos, trasposta para o nosso ordenamento pelo Decreto-Lei n.º 317/2009, de 30 de outubro e designada como Regime de Serviços de Pagamento.

uma vez que, como já se compreendeu, esta problemática ultrapassa fronteiras e envolve muitas vezes diferentes ordenamentos jurídicos, não só por o agente que pratica a fraude se poder encontrar em qualquer lugar do mundo como por o sistema bancário ser um sistema global, existindo Bancos provenientes de outros Estados Membros da União Europeia com exercício em Portugal e vice-versa.

A isto soma-se o facto de ser necessária uma solução igualitária no seio europeu de modo a não haver a migração do utilizador bancário para Bancos do Estado que oferecessem uma solução mais rentável ou proveitosa. Desta feita, foi necessária a intervenção do legislador europeu para a uniformização do regime da responsabilidade por perdas resultantes da fraude informática, máxime no caso do *phishing* e do *pharming*, as mais recorrentes nos nosso Tribunais e as tidas em conta no momento da criação do regime.

Posto isto, há que esclarecer que o regulamento em questão assumiu um papel primordial na estipulação das obrigações decorrentes utilização do serviço *homebanking*, esclarecendo sobre esta temática a necessidade do Banco, na pessoa de um colaborador, explicar devidamente o que o serviço implica e o modo como se processa a utilização do mesmo e em relação à repartição das perdas resultantes de um ataque deste tipo, impondo um limite máximo pelo qual o lesado pode ser responsabilizado, em situações para as quais não contribuiu para a apropriação abusiva do instrumento de pagamento. Por outro lado, reconhece a possibilidade de a instituição bancária ser desonerada de qualquer responsabilidade por o lesado ter contribuído com culpa (dependendo do grau de censura que seja feito à atuação do mesmo) para a verificação do dano sofrido na sua esfera.

Finalmente, uma palavra para o papel desempenhado pela referida legislação na distribuição do ónus da prova, que se mantém na legislação ora em vigor, que clarifica que recai sobre a instituição bancária demonstrar que não a operação bancária foi autenticada e que o serviço oferecido pelo Banco não falhou nem teve qualquer tipo de problema técnico, desonerando o lesado de qualquer tipo de prova em relação ao sistema informático do Banco.

5.6. A repartição de prejuízos e responsabilidade civil

Note-se que com a globalização e a maior utilização dos meios eletrônicos surgiram novos problemas a que o Direito procurou dar solução, procedendo-se, conseqüentemente, a uma revisão do enquadramento jurídico europeu nesta matéria. Assim, este regime para além de ter um papel de máxima importância na concretização de conceitos e na tentativa de uniformizar os montantes a pagar a lesados deste tipo de ataque, tem em consideração dois aspetos relevantes para a atribuição da indemnização a ser paga pelo Banco, bem como o modo como tal deve ser feito. Não se pode olvidar que quem fica impossibilitado de movimentar o dinheiro por este ter sido desviado é vítima de um ataque e que, numa grande maioria das vezes, sem contribuir para tal facto fica impedida de movimentar dinheiro que é seu e que muitas vezes tem urgência na disponibilidade do mesmo. No fundo, o que não se pode esquecer e a presente legislação não esquece é que se trata de um ataque do qual resultam vítimas que, em tempo recorde, têm de ser ressarcidas do valor que perderam, sob pena de haver o colapso do sistema bancário, por os utilizadores desacreditarem o sistema e, como consequência, optarem por outros sistemas, que ofereçam uma maior proteção, segurança e eficácia.

Desta feita, de modo a aferir o *quantum* indemnizatório a ser pago pela instituição bancária ao utilizador do serviço, a DSP2 analisa dois aspetos diferentes em simultâneo: o cumprimento dos deveres de conduta impostos no momento da adesão ao serviço, por ambas as partes – neste campo tem especial importância o dever de informação imposto ao Banco – e, por outro lado, o grau de censura do comportamento do utilizador do serviço, isto é, até que ponto é que a atuação do utilizador contribuiu para o resultado verificado⁷⁶.

De mencionar que a Diretiva em causa parte do pressuposto de que o indivíduo utilizador do serviço de *Homebanking* é vítima, pelo que deverá ser ressarcido o mais celeremente possível pelos danos sofridos na sua esfera patrimonial. É, precisamente, por esse motivo que o artigo 73º número 1 da mesma prevê que haja o

⁷⁶ Em relação a este ponto considero que é um erro a solução ser a mesma caso se trate de uma situação de *phishing* ou de *pharming*, uma vez que tal já vimos *supra* os dois tipos de ataque são diferentes e o *pharming* pelas suas características é muito mais difícil de ser detetado por um utilizador comum, não se pode esquecer que o grau de culpa é sempre aferido com base no Homem médio.

reembolso imediato^{77,78} do ordenante da operação realizada e não autorizada – deste preceito pode retirar-se a intencionalidade lógica de colocar o utilizador na mesma posição em que ele estaria caso o ataque não tivesse ocorrido antes de existir qualquer decisão ou apurar de eventuais responsabilidades existentes. Desta feita, estamos aqui perante uma cláusula *solve et repte*, que implica que a instituição bancária pague e só depois discuta responsabilidade⁷⁹. É claro, e não ignoramos, que existe uma natural disparidade entre as partes neste tipo de relação contratual que não podia ser ignorado pelo legislador – de um lado existe um particular que fica privado de um montante e do outro uma grande instituição bancária que se obrigou a ressarcir o valor depositado quando solicitado.

Não descuramos, por outro lado, que o mesmo legislador impõe limites, nos termos do artigo 71º, à possibilidade de o utilizador do serviço ser ressarcido, contudo da análise atenta dos mesmos resulta que as referidas limitações muito embora se encontrem previstas na prática dificilmente desoneram a instituição bancária. O *supramencionado* artigo impõe ao utilizador do serviço oferecido que este comunique “*ao prestador de serviços de pagamento sem demora indevida, logo que delas tiver tomado conhecimento, as operações desse tipo que deem origem a uma reclamação, nomeadamente ao abrigo do artigo 89º, e dentro de um prazo nunca superior a 13 meses a contar da data do débito*”. Ora, só um utilizador muito descuidado e despreocupado é que só repararia que foi vítima de um ataque destes findo um prazo como o previsto.

Outra norma que demonstra a intencionalidade do legislador de tentar equilibrar a força das partes é o artigo 72º, nos termos do qual se impõe que seja o prestador dos serviços de pagamento a provar que cumpriu com tudo aquilo contratado, isto é, que a operação de pagamento foi autenticada, registada e contabilizada, tendo, por outro lado, que demonstrar que o serviço não foi afetado por qualquer tipo de avaria técnica ou por deficiências do próprio serviço. Daqui decorre que

⁷⁷ Após a perceção de que houve o ataque, a entidade bancária deve até ao dia útil seguinte proceder à restituição do montante.

⁷⁸ Importa referir que a DSP2 prevê a possibilidade de não se proceder de forma imediata ao reembolso quando o prestador do serviço comunique ao Banco de Portugal, de forma fundamentada, a existência de suspeitas de uma situação de fraude.

⁷⁹ MAFALDA MIRANDA BARBOSA considera que mais que uma cláusula deste tipo se está perante uma situação vinculada e estritamente relacionada com a presunção de incumprimento que rege a responsabilidade contratual.

recai sobre o Banco a prova de que, entre outras situações, os códigos de segurança foram utilizados devidamente e que a operação foi autenticada, o que usualmente num ataque destes ocorre, uma vez que os *hackers* têm acesso aos mesmos, destarte o simples registo de que a operação foi autenticada não pode servir para provar de que a ordem foi dada por quem de direito.

A determinação legal, por meio desta norma, da distribuição do ónus desta prova parece-nos de máxima relevância numa situação como a *sub judice* por ser de extrema dificuldade apurar aquilo que ocorre no mundo informático⁸⁰. Ao que acresce o facto de o “*utilizador não poder ser colocado na necessidade de fazer prova sobre o funcionamento do complexo sistema informático do Banco, sistema este que não domina*”^{81,82}. Esta posição legal compreende-se com a relativa facilidade atendendo a este argumento e, mais ainda, se relembramos as palavras de CALVÃO DA SILVA já mencionadas e que vão no sentido de ser sobre o Banco que recai o ónus de proteger devidamente os montantes ali depositados. Não faria sentido, isto posto, posição diferente da existente a nível do ónus da prova de que a operação foi devidamente autorizada e realizada. Coisa diferente é, como veremos de seguida, o ónus probatório da conduta tida pelo ordenante da operação, isto é, se agiu com negligência ou até dolo, ónus esse que também recai sobre a entidade bancária, o que levanta dúvidas sobre a justeza da opção legislativa.

Importa, agora, abordar um importante tópico e que tem grande influência sobre a presente matéria: a contribuição do lesado para o dano que se verificou na sua esfera patrimonial, isto é, a culpa do lesado. Sobre isto dispõe o artigo 73º da DSP2 que, caso se verifique uma operação de pagamento não autorizada, o

⁸⁰ Neste sentido, CAROLINA FRANÇA BARREIRA considera que “*no âmbito das transferências eletrónicas de fundos, onde é difícil haver certezas sobre o ocorrido “por detrás” da via informática, as regras do ónus da prova assumem uma importância fulcral*” in Homebanking: A Repartição dos prejuízos decorrentes de fraude informática; Revista Eletrónica de Direito – n.º 3; Maio de 2015.

⁸¹ Ibidem.

⁸² Em consonância, vide. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa proferido no Processo n.º 9821/11.8T2SNT.L1-1, cujo relator é Manuel Marques que explica que “*a lei faz assim recair sobre o banco o ónus de prova de que as operações de pagamento não foram afetadas por avarias técnicas ou por quaisquer outras deficiências, não bastando o registo da operação para, por si só, provar que a operação foi autorizada pelo ordenante que este último agiu de forma fraudulenta ou que não cumpriu, deliberadamente ou por negligência grave, uma ou mais das suas obrigações decorrentes do artigo 67.º. E isto é assim pela simples razão de que o utilizador não podia ser colocado na necessidade de fazer prova sobre o funcionamento de um sistema informático complexo da entidade bancária e que não domina*”.

prestador do serviço deve proceder ao reembolso do montante ordenado nessa operação, somente excluindo esta obrigatoriedade quando *“tiver motivos razoáveis para suspeitar de fraude e comunicar por escrito esses motivos à autoridade nacional relevante”* e segue o artigo seguinte com a imposição de um montante máximo a suportar pelo ordenante da operação em algumas situações em que o mesmo tenha de alguma forma contribuído para a verificação do dano. Antes demais, referir que no regime hoje em vigor entre nós o limite máximo que o ordenante é obrigado a suportar é de € 50,00, menos € 100,00 do que o anterior regime estabelecia, uma situação destas acontece quando a operação de pagamento não autorizada resulta da utilização de um instrumento de pagamento perdido ou furtado ou da apropriação abusiva de um instrumento de pagamento, salvo se a perda, furto ou apropriação não pudesse ser detetada pelo utilizador do serviço (a não ser que o ordenante tenha atuado de modo fraudulento) ou se a perda tiver sido causada por comportamentos de um colaborador da instituição bancária. Não podemos deixar de considerar que este montante é irrisório numa matéria como a presente em que, por regra, os valores atingem montantes extremamente elevados.

Nos termos do mesmo artigo o legislador europeu prevê que o ordenante suporte *“todas as perdas relativas a operações de pagamento não autorizadas se nelas tiver incorrido devido a atuação fraudulenta ou ao incumprimento com dolo ou por negligência grosseira de uma ou mais obrigações previstas no artigo 69º. Nestes casos, não se aplica o montante máximo a que se refere primeiro parágrafo”*. Deste preceito normativo resulta que a instituição bancária, enquanto prestadora do serviço, só é desonerada da obrigação de ressarcir o ordenante do montante perdido caso se demonstre que este atuou com dolo, negligência grosseira ou fraude. Ora, a nosso ver, é precisamente nesse ponto que o regime em vigor merece algumas críticas. Desde logo, pela dificuldade probatória que recai sobre a instituição bancária que terá de demonstrar que o lesado atuou de forma negligente ou dolosa e, consequentemente, contribuiu para aquele resultado.

Destarte, o número 2 do artigo 72º da DSP2 prevê que *“caso um utilizador de serviços de pagamento negue ter autorizado uma operação de pagamento executada, a utilização do instrumento de pagamento registada pelo prestador de serviços de pagamento, incluindo o prestador do serviço de iniciação do pagamento, se*

for caso disso, não é necessariamente suficiente, por si só, para provar que a operação de pagamento foi autorizada pelo ordenante ou que este último agiu de forma fraudulenta ou não cumpriu, com dolo ou por negligência grosseira, uma ou mais obrigações decorrentes do artigo 69º. O prestador de serviços de pagamento, incluindo, se for caso disso, o prestador do serviço de iniciação do pagamento, apresenta elementos que demonstrem a existência de fraude ou de negligência grosseira da parte do utilizador de serviços de pagamento”. A mesma legislação, no ponto inicial número 72, esclarece que para avaliar a eventual negligência ou a negligência grosseira do utilizador do serviço o julgador deve avaliar todas as circunstâncias circundantes ao ataque, bem como que “os elementos de prova e o grau da alegada negligência deverão ser avaliados nos termos do direito nacional. Todavia, embora o conceito de negligência implique uma violação do dever de diligência, a negligência grosseira deverá significar mais do que mera negligência, envolvendo uma conduta que revela um grau significativo de imprudência; por exemplo, conservar as credenciais utilizadas para autorizar uma operação de pagamento juntamente com o instrumento de pagamento, num formato que seja aberto e facilmente detetável por terceiros”.

Impõe-se, portanto, abordar o conceito de culpa no ordenamento jurídico português., uma vez que o legislador europeu remete a concretização de alguns conceitos, como é o caso da negligência grosseira para o direito interno do país que transpõe a Diretiva aqui em causa.

Assim, temos, entre nós, que a culpa é, do ponto de vista jurídico, o juízo de censura ou de reprovação realizado pelo direito ao modo de atuação do agente - desta feita, a atuação do lesante será reprovável quando este, perante o caso concreto, “*não só devia, como podia ter agido de outro modo*”⁸³. Importa ainda referir que a culpa é aferida em abstrato e é aferida em comparação com a conduta do homem médio na mesma situação, serve, portanto, de bitola para apurar o grau de culpa o “bom pai de família”.

Como se sabe a culpa, dependendo da censura que é possível fazer ao comportamento (tanto do agente como do lesado), pode ter diferentes graus, sendo a primeira

⁸³ Antunes Varela, João de Matos; 2000; Das Obrigações em Geral; 10ª Edição; Almedina; Volume II; pág. 97.

distinção realizada entre o dolo e a negligência – havendo, ainda, uma hierarquia estabelecida dentro de cada um dos casos. Embora não exista coincidência total entre os conceitos no âmbito do direito penal e do direito civil, é possível das noções oferecidas por ambos estabelecer então as diferenças entre os conceitos.

O dolo assume a forma mais grave de culpa e, nas palavras de Antunes Varela, trata-se de situações em que a “*conduta do agente, pela mais estreita identificação estabelecida entre a vontade deste e o facto, se torna mais censurável*”⁸⁴. Dentro do abrangente conceito de dolo podemos ainda distinguir entre o dolo direto, o dolo necessário e dolo eventual. O dolo direto é o mais censurável uma vez que o agente tem consciência de que a sua conduta pode ter determinado efeito mas não só não se importa como pretende que aquele efeito se verifique, não obstante estar consciente de que a conduta que está a ter é ilícita. Este tipo de situações como se compreende merece um maior grau de censura por haver um claro desrespeito pelo sistema jurídico e o que ele representa. Por outro lado, o dolo necessário embora distinto do agora definido é em termos de censura equiparado a este porquanto nos casos de dolo necessário o agente pretende um determinado resultado e não obstante prever que para que esse se efetive pode provocar um determinado efeito e não se preocupa com o mesmo. No fundo, o que os Autores defendem é que para existir dolo é necessária a presença de um elemento intelectual que tem que se verificar, isto é, o agente tem que ter conhecimento e consciência das circunstâncias envolvidas do caso e que integram a violação da norma ou do direito ora em causa. É precisamente o elemento intelectual que distingue o dolo da negligência ou mera culpa.

Importa agora abordar a negligência uma vez que é a situação mais frequente nos casos aqui tratados e que pode influenciar em grande medida a responsabilidade do Banco como já vimos *supra*.

Nos casos de negligência, a conduta do agente é censurável por este não atuar com a diligência que lhe seria exigível. Desta forma, também no âmbito da negligência, tal como acontece no dolo, é possível escalonar o “tipo de negligência” de acordo com o grau de censura que é possível fazer. Destarte, é possível distinguir

⁸⁴ Cf. Antunes Varela, João de Matos; 2000; Das Obrigações em Geral; 10ª Edição; Almedina; Volume I; pág. 569.

entre negligência consciente e inconsciente, a primeira acontece quando o agente prevê a produção de um determinado facto ou efeito como possível mas por levianidade ou desleixo acredita que o mesmo não se irá verificar e por isso não toma os cuidados necessários para evitar essa verificação; por outro lado, a negligência inconsciente é a mais frequente no nosso quotidiano e trata-se de situações em que “o agente não chega sequer, por imprevidência, descuido, imperícia ou ineptidão, a conceber a possibilidade de o facto se verificar, podendo e devendo prevê-lo e evitar a sua verificação, se usasse a negligência devida”⁸⁵.

Isto posto, é necessário tratar o conceito de negligência grosseira no seio do direito português, por ser este o tratado no ponto da Diretiva *suprarreferido*. Ora, o conceito de negligência grosseira, como já se viu, deverá implicar mais do que uma conduta meramente negligente; o que está em causa em situações de negligência grosseira é uma conduta com grau significativo de imprudência e cuidado⁸⁶.

Reavivados estes conceitos essenciais para a situação aqui em apreço, parece relevante tentar enquadrar, em primeiro lugar, o que seria uma situação de negligência grosseira e o modo como o utilizador pode contribuir em grande medida para o dano por si sofrido.

O utilizador deste tipo de serviço é, num primeiro momento⁸⁷, alertado de forma eficiente para os riscos associados ao mesmo e para a forma como o serviço funciona⁸⁸, assim deve atuar conforme as indicações que lhe foram dadas sob pena de uma situação como as que aqui estudamos possa acontecer, máxime uma situação de *phishing* porquanto depender diretamente da contribuição do utilizador do serviço para se efetivar como já vimos no ponto dedicado ao estudo dessa matéria.

Assim, questiona-se se não se enquadra numa situação de negligência grosseira, por exemplo, aquela em que o utilizador do serviço fornece todas as posições do cartão matriz, por exemplo, ainda que numa página de *internet* graficamente

⁸⁵ Cf. Antunes Varela, João de Matos; 2000; Das Obrigações em Geral; 10ª Edição; Almedina; Volume I; pág. 573.

⁸⁶ Um exemplo paradigmático de uma situação destas é guardar o cartão matriz na carteira com o cartão bancário ou numa fotografia no telemóvel. Pode ainda traduzir-se numa situação em que o utilizador do serviço partilha por mensagem os dados para a utilização do serviço.

⁸⁷ Considerando que o Banco cumpre exemplarmente o dever de informação que sobre si recai e cumpre as suas obrigações devidamente.

⁸⁸ Por exemplo, será alertado desde logo para o facto de a aplicação ou o *site* nunca exigirem todas as posições do cartão matriz ou a instituição bancária nunca pedir através de mensagens os dados de acesso à conta.

semelhante à do Banco, à qual o utilizador do serviço acedeu através de uma hiperligação presente num *e-mail*, igualmente semelhante aos que o utilizador habitualmente recebe. Parece-nos que sim. Não obstante a similaridade que existe entre uma página e outra, o utilizador acede à referida página através de um *e-mail*, o que desde logo é de questionar, porquanto o utilizador é advertido, no momento de subscrição do serviço, para a possibilidade de ocorrer uma situação como a descrita. Mais se diga, é também advertido para o facto de não serem exigidas todas as posições do cartão. Assim, ainda que se trate de um utilizador inexperiente ou com poucos conhecimentos informáticos tal não pode obstar à sua responsabilização perante o Banco, considerando que esta instituição forneceu devidamente as informações necessárias para que o utilizador do serviço o utilizasse de forma correta e segura. Não se pode esquecer que, tal como já referido, a culpa é aferida em abstrato e deve ser analisada com base na conduta que teria o homem normal, medianamente sagaz, prudente, avisado e cuidadoso, ou seja, não releva o utilizador do serviço a falta de conhecimentos informáticos que este possa ter ou o comportamento que costuma ter. O juízo de culpa a ser feito terá sempre por base o comportamento do homem médio colocado naquela situação. Isto posto, parece possível estabelecer que em situações de *phishing* é muito usual a contribuição do utilizador do serviço, vulgo, lesado para a verificação dos danos que sofre.

A importância do parágrafo *supra* é essencialmente prática, uma vez que, nos termos do artigo 74º, a mera atuação com negligência grosseira por parte do ordenante é suficiente para que este suporte todas as perdas relativas às operações realizadas, sem que se aplique o montante máximo de € 50,00. Daqui resulta, a intenção do legislador de garantir que o serviço é utilizado de forma correta e cuidada, sem que houvesse a exploração do mesmo, através de manipulações do sistema. Até porque, em bom rigor, o mesmo prevê a mesma solução caso o utilizador do serviço atue de modo fraudulento ou caso incumpra as suas obrigações com dolo.

Outro apontamento que não se pode deixar de fazer tem que ver com o ónus da prova da atuação por parte do utilizador do serviço recair sobre a instituição bancária, que terá, em traços gerais, que demonstrar que o seu Cliente não cumpriu devidamente aquilo a que se obrigou. Compreende-se a necessidade de repartir o ónus da prova no âmbito de ações como a presente, mas questiona-se se não deveria

ser o utilizador do serviço a demonstrar que cumpriu com tudo aquilo com que se obrigou tal e qual como acontece com a instituição bancária em relação à demonstração de que o serviço que oferece funcionou devidamente.

Por outro lado, como é fácil de ver a simplicidade de raciocínio não se pode aplicar aos casos em que o utilizador do serviço sofre um ataque de *pharming*, casos em que o utilizador em nada contribui para o ataque, como já vimos. Assim, numa situação de *pharming*, ao contrário daquela que se acabou de descrever, raramente a conduta do utilizador do serviço contribui ou culmina no dano por si sofrido. Pelo que a desresponsabilização (total) do Banco implicará um esforço probatório muito mais complexo.

Posto isto, parece-nos que a opção legislativa de tratar como igual uma e outra situação não é a mais acertada. Desde logo pelo grau de sofisticação de um e de outro ataque ser muito diferente, ao que acresce o facto de um tipo de ataque, para que este seja possível, ser necessária a atuação do utilizador do serviço, enquanto, o outro acontece sem que haja qualquer tipo de intervenção. Para além disto, não se pode esquecer que o grau de atenção e cuidado exigido para que o utilizador do serviço se aperceba de um e de outro ataque também é manifestamente distinto, uma vez que nas situações de *pharming*, ainda que seja numa das situações em que o utilizador é reencaminhado para uma página que não a do Banco, tal resulta da alteração do endereço do *site*, que maior parte das vezes é tão similar ao original que dificilmente o utilizador mais atento conseguiria detetar.

Outro fator de grande importância no âmbito da repartição de prejuízos prende-se com o momento da comunicação do ataque. Como vimos no ponto 3.6.1, recai sobre o Cliente do Banco a obrigação de informar o prestador do serviço de forma imediata ou, pelo menos, sem demora indevida quando ocorra um ataque como os aqui tratados bem como caso haja uma situação de furto ou perda dos instrumentos de pagamento. A importância da comunicação surge no artigo 74º, número 3 da DSP2, porquanto a mesma prevê que “*ordenante não suporta quaisquer consequências financeiras resultantes da utilização de um instrumento de pagamento perdido, furtado ou abusivamente apropriado após ter procedido à comunicação a que se refere o artigo 69º, nº 1, alínea b), salvo se tiver atuado fraudulentamente*”. Assim, a comunicação eficaz de uma situação deste tipo pode implicar

a desresponsabilização do utilizador do serviço. É possível estabelecer, dessa forma, dois momentos distintos, como explica MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “o período posterior à comunicação que o utilizador do cartão faça ao banco, em que este assumiria todo o risco, e o período anterior, em relação ao qual teríamos de analisar o eventual incumprimento de obrigações de segurança de utilização daquele mesmo cartão por parte do cliente dos serviços”⁸⁹.

III. A responsabilidade civil do Banco

6. Os pressupostos de responsabilidade civil

A problemática da responsabilidade neste tipo de situações pode ser tratada de duas perspetivas diferentes. Assim, nas palavras de MAFALDA MIRANDA BARBOSA “em primeiro lugar, poder-se-á questionar da eventual responsabilidade civil do terceiro, já que o titular da conta de pagamento sofre inequivocamente prejuízos, que podem até ser avultados; em segundo lugar, poder-se-á tentar olhar para o problema do ponto de vista das relações internas entre a instituição financeira e o utilizador dos cartões ou outros serviços de pagamento”⁹⁰ contudo a análise da primeira questão enunciada levará a concluir que não é possível prescindir da segunda problemática de responsabilidade apontada. Se, por um lado, não se pode esquecer que o responsável pelo prejuízo causado na esfera do titular da conta bancária é um terceiro (o *hacker*), por outro, é preciso estar ciente da dificuldade que é a responsabilização do mesmo.

O *hacker* é alguém com conhecimentos profundos de informática que acede a computadores ou outros dispositivos com acesso à *internet* através da violação das medidas de segurança instaladas. Ora, uma vez que estamos no plano virtual nada impede que o *hacker* esteja noutra lugar qualquer do mundo a praticar estes atos. Enquanto na burla, dita tradicional, há um contato direto entre o agente e o lesado, o que de alguma forma acaba por facilitar que o primeiro seja identificado,

⁸⁹ Conf. “Do sentido da Responsabilidade aos Sentidos da Responsabilidade: da Role Responsibility à Liability; a Responsabilidade Contratual e a Responsabilidade Patrimonial”, pág. 34

⁹⁰ Miranda Barbosa, Mafalda; Revista de Direito Comercial; *Serviços de pagamentos, repartição do risco e responsabilidade civil – algumas reflexões a propósito da nova diretiva dos serviços de pagamentos (DSP2)*; página 1 e seguintes.

no tipo de situações aqui abordadas não há qualquer tipo de contato ou ligação, a não ser um *e-mail*, por exemplo, enviado para dezenas de pessoas.

Desta feita, importa, neste momento, analisar a responsabilidade que poderá ser inculcada à instituição bancária, numa destas situações e o modo como este poderá ser responsabilizado face ao utilizador do serviço. Como bem sabemos a doutrina tradicional portuguesa distingue a responsabilidade civil contratual da extracontratual, sendo esta figura, aquela que assume um papel primordial na criação de vínculos obrigacionais entre as partes. Assim, é possível que a responsabilidade civil resulte da falta de cumprimento de obrigações resultantes de um contrato celebrado entre partes, de negócio unilaterais ou da própria lei – estando-se, nesse caso, perante uma situação de responsabilidade civil contratual⁹¹ – ou, por outro lado, a mesma pode resultar da violação de direitos absolutos ou da prática de determinados atos que, não obstante a sua licitude, provocam prejuízos a terceiros. Esta última situação será a designada por responsabilidade civil extracontratual. Consideradas as duas vertentes de responsabilidade civil importa falar nos pressupostos cujo preenchimento necessário para se estar perante uma situação de responsabilidade. O artigo 483º do CC estabelece os diferentes pressupostos delituais, cuja verificação é necessária para haver a responsabilização do Banco em relação ao seu Cliente: facto voluntário, ilicitude, culpa⁹², causalidade e dano, sendo que o ónus da prova da existência dos mesmos recai sobre o credor da obrigação que não foi cumprida ou deficientemente cumprida – com exceção da culpa, uma vez que, a presunção presente no artigo 799º do CC inverte o ónus probatório.

No âmbito desta dissertação a responsabilidade contratual irá ocupar um lugar primordial, por ser a que esta em causa na presente problemática, uma vez que, como já vimos é entre o Banco e o utilizador do serviço existe uma relação contratual.

⁹¹ De ressaltar o facto de a expressão responsabilidade civil contratual não ser rigorosa, uma vez que engloba mais do que as situações de responsabilidade decorrentes de contratos, como referi. Contudo, embora tenha havido a tentativa de renomear este tipo de responsabilidade estas nunca colheram grande aceitação porquanto também não conseguiam incluir num só conceito as três situações originadoras deste tipo de responsabilidade.

⁹² Caso, se considere, que estamos perante uma situação de responsabilidade civil contratual presumir-se-á, nos termos do artigo 799º do CC.

Não obstante, deixa-se uma pequena consideração sobre a possibilidade de haver uma situação de responsabilidade por outra via que não a contratual. Veja-se, o Cliente do Banco tem em relação a este um direito de crédito, isto é, o direito a ser restituído do valor depositado sempre que o solicite, não há, conseqüentemente, a violação de um direito absoluto, caso não haja a restituição exigida. MAFALDA MIRANDA BARBOSA aponta, todavia, para a possibilidade de haver a responsabilização do Banco pela sua segunda modalidade de ilicitude, uma vez que o Código Penal prevê o crime de abuso de cartão de garantia ou de crédito, no artigo 225º, e o de burla informática, no artigo 221º, o que torna inquestionável que os interesses patrimoniais do Cliente do Banco se encontram tutelados. Desta forma, podemos concluir que os Clientes do Banco se encontram protegidos ao abrigo do artigo 483º do CC, por meio da mobilização do artigo 221º do CP, ou seja, por esta via seria possível a responsabilização do Banco também por meio da responsabilidade extracontratual, através da segunda modalidade de ilicitude. Não se pode olvidar que caso se pretenda mobilizar esta vertente de responsabilidade civil é necessário que demonstrar que o Banco, no cumprimento e execução do contrato, atuou com culpa (ainda que na forma de negligência)⁹³.

Posto isto, importa assim abordar a responsabilidade contratual tal e qual como esta é perspectivada no nosso ordenamento jurídico no presente momento, atendendo à evolução que tem acontecido em relação à mesma, tanto na doutrina como na jurisprudência. Importa tecer algumas notas sobre responsabilidade civil contratual e os seus pressupostos, isto porque, atualmente, se discute se a presunção de culpa expressamente prevista no artigo 799º do CC se aplica ou não a outros requisitos cuja verificação é essencial.

A doutrina tradicional e abraçada na nossa Escola considera que, no artigo 799º do Código Civil, o legislador pretendeu consagrar a regra de que o credor tem que alegar e provar o direito de crédito em relação ao devedor e o não cumprimento da prestação decorrente do mesmo ou, no caso de se tratar de uma situação de cumprimento defeituoso, a prova do defeito que resulta no direito de ser indemnizado - regra esta que está também presente em diversos Códigos homólogos ao nosso.

⁹³ O que poderá ser uma realidade se, a título de exemplo, o Banco incumprir os deveres de informação.

Decorre do exposto que é ao devedor que cabe a prova de que a não realização da prestação ou a realização defeituosa da mesma não lhe é imputável, isto é, o devedor tem que provar não só que a prestação se tornou impossível, mas também que esta impossibilidade não lhe é imputável, só se realizar esta prova é que afasta a pretensão indemnizatória do credor.

A decisão do legislador em relação ao ónus da prova da culpa é compreensível se se pensar no quotidiano e nas situações que nos rodeiam. A *ratio* desta norma prende-se com a questão de ser muito mais fácil para o devedor provar que a prestação da obrigação é impossível por um facto que não lhe é imputável do que ao credor fazê-lo; a isto acresce, nas palavras de VAZ SERRA, que o credor ao provar o direito de crédito que resulta na prestação em falta “*demonstra, aquilo que normalmente, dá lugar à obrigação do devedor, não tendo que provar a ausência de circunstâncias anormais ou excepcionais, que excluam essa obrigação: se tivesse que fazer tal prova, impor-se-lhe-ia um ónus excessivo, que não poderia muitas vezes fazer*”⁹⁴. ANTUNES VARELA considera, ainda, que esta solução mostra que o legislador não se alheou ao facto de se tratar do campo contratual, em que há, em regra, uma relação de confiança estabelecida entre as partes que optaram por contratar uma com a outra e, portanto, quando está em causa o incumprimento contratual, há a violação de um dever “*concretizado, individualizado ou personalizado*”⁹⁵ e por isso faz todo o sentido que o ónus da prova das razões que levaram ao não cumprimento daquilo a que se obrigou recaia sobre o devedor. A isto acresce que esta prova é do interesse do mesmo - para se libertar da obrigação de indemnizar o credor, isto é, o lesado - e, conseqüentemente, é não só normal como prudente que este se muna de meios probatórios que o exonerem das conseqüências resultantes do não cumprimento da prestação contratual. Recorde-se que se esta prova falhar então terá o devedor que indemnizar o credor, de modo a colocá-lo na posição em que estaria se a prestação fosse cumprida.

⁹⁴ Vaz Serra, Adriano; “*Encargo da prova em matéria de impossibilidade ou de cumprimento imperfeito e da sua imputabilidade a uma das partes*”; Boletim do Ministério da Justiça (BMJ), nº 47, pág. 99

⁹⁵ Antunes Varela, João de Matos; 2000; Das Obrigações em Geral; 10ª Edição; Almedina; Volume II; pág. 101.

Tal como se compreende do que acaba de ser exposto, na perspetiva tradicional, o credor deve provar todos os factos constitutivos - ou seja, todos os requisitos *supramencionados* de responsabilidade civil contratual - do seu direito a ser indemnizado, à exceção da culpa, cujo ónus da prova se inverte por força da presunção presente no artigo 799º, número 1 do CC.

MENEZES CORDEIRO, todavia, interpreta o artigo 799º de um modo diferente, considerando que o que está consagrado é, mais do que uma presunção de culpa, uma presunção de culpa-ilicitude⁹⁶ pois “*não é possível presumir a censura se não se presumir, igualmente a violação de uma regra jurídica*”⁹⁷.

Importa, chegado a este ponto, uma análise das duas posições, uma vez que ambas, embora contrárias, têm adeptos e são fundamento de decisões judiciais.

ANTUNES VARELA considera que estamos perante uma presunção de culpa e que recai sobre o devedor afastá-la provando que o não cumprimento do contrato não lhe é imputável; para este Autor, o credor tem que provar o direito creditório que está na base da sua relação com o devedor e que houve ilicitude no não cumprimento do contrato ou, no caso de estarmos perante o cumprimento defeituoso do contrato, que o defeito verificado justifica a sua intenção de ser indemnizado pelo devedor.

O ónus da prova da ilicitude encontra-se, por conseguinte, na esfera do credor, mas é certo que, regra geral e por princípio, há uma situação de ilicitude – porquanto se não há o cumprimento da obrigação há uma desconformidade entre a conduta devida e a tida -, sendo que o devedor apenas a poderá afastar se mostrar que o incumprimento ou o cumprimento defeituoso foi lícito por resultar do exercício de um direito, como no caso da exceção de não cumprimento, ou do cumprimento de um dever.

Deste modo, caso o credor prove o incumprimento da prestação ou o seu cumprimento defeituoso, é feita prova da ilicitude pois verifica-se uma desconformidade entre o que as partes acordaram e o que se verificou e o devedor apenas poderá afastá-la nas situações descritas supra. Contudo, não se fala aqui numa presunção

⁹⁶ No seio contratual a ilicitude traduz-se na desconformidade entre a conduta que era devida, isto é, a prestação devida e o comportamento do contraente.

⁹⁷ Menezes Cordeiro, António; 2018; Estudos de Direito Bancário I; Edição única; Almedina; *Responsabilidade bancária, deveres acessórios e nexos de causalidade*; pág. 9.

de ilicitude e nem na consequente inversão do ónus da prova da mesma, pois, numa primeira fase, é ao credor que cabe a prova do não cumprimento do contrato ou do seu cumprimento defeituoso, estando na esfera do devedor fazer contraprova dos factos alegados pelo credor, de modo a provar que ainda que tenha havido uma situação de não cumprimento ou o cumprimento defeituoso esta foi lícita.

No entanto, para o Professor de Lisboa, apesar do legislador, nos artigos 798º e 799º CC, usar a palavra “culpa”, considera que mais do que a culpa este pretendia que se presumisse a ilicitude; isto porque, na óptica deste Autor, estamos perante uma interseção do conceito francês de *faute* no nosso ordenamento jurídico.

Enquanto no nosso ordenamento os conceitos culpa e ilicitude não se confundem, o mesmo não acontece no Direito Francês que recorre ao conceito de *faute* que se pode traduzir num misto entre a ilicitude e a culpa e, portanto, quando se presume uma consequentemente presume-se a outra; assim, na ótica de MENEZES CORDEIRO, quando este artigo fala numa presunção de culpa fala também numa presunção de ilicitude.

Este Autor mobiliza um argumento histórico para justificar a sua perspetiva: repare-se que no século XIX havia uma maior proximidade entre o direito português e o direito francês, daí que o nosso legislador tenha neste preceito usado a expressão ‘culpa’ com o intuito de *faute*. Até porque, só no século XX é que pela mão de GUILHERME MOREIRA, se demonstrou a diferença entre os conceitos de culpa e ilicitude e apenas no âmbito da responsabilidade civil extracontratual. Daqui resulta, para MENEZES CORDEIRO, que o nosso sistema é um sistema híbrido, que acolheu tanto a posição francesa que não distingue a culpa e a ilicitude como a doutrina germânica que as distingue de forma clara; nas palavras do Professor da Escola lisboeta “na responsabilidade obrigacional, mantém-se o esquema francês da *faute*: ‘culpa’, nos artigos 798º e 799º, envolve a ilicitude e a culpa”, enquanto na responsabilidade extracontratual “acolheu-se o alemão: temos, no artigo 483º/1, claramente contrapostas a ilicitude e a culpa”⁹⁸.

O Autor considera que quando se fala numa presunção de culpa tem que se falar numa presunção de ilicitude, uma vez que, quando há uma falha no

⁹⁸ Menezes Cordeiro, António; 2018; Estudos de Direito Bancário I; Edição única; Almedina; *Responsabilidade bancária, deveres acessórios e nexos de causalidade*; pág. 26.

cumprimento do contrato então há a violação do artigo 406º número 1 do Código Civil, que consagra o princípio da pontualidade, que se traduz na necessidade e obrigatoriedade de os contratos devem ser pontualmente cumpridos.

Desta feita, quando se verifica uma situação de não cumprimento, cuja prova recai sobre o credor, a partir do momento em que essa prova é produzida e, consequentemente, se presume a culpa, nos termos do artigo 799º, 1, então a ilicitude também será presumida, isto porque e usando as palavras do Autor, “*não há culpa sem ilicitude*”⁹⁹, podendo o devedor afastar esta presunção se provar que a falha no cumprimento foi lícita, provando que se verificou uma das causas de exclusão da ilicitude.

Veja-se, no entanto, que na prática o que acontece é muito semelhante, não obstante as claras diferenças teóricas.

De acordo com a posição tradicional, ainda que não se presuma a ilicitude a verdade é que este requisito da responsabilidade contratual se preenche (quase automaticamente) com o incumprimento do contrato, podendo apenas ser afastado se o devedor mostrar que o não cumprimento do mesmo foi lícito; por outro lado, seguindo a posição de MENEZES CORDEIRO, ainda que não haja a dissociação da culpa e da ilicitude, cabe ao credor a prova da existência de um direito de crédito em relação ao devedor a par do incumprimento do mesmo e da existência de um dano na sua esfera jurídica, assim este aproveitará da presunção de culpa e consequente presunção de ilicitude, que, por força das regras relativas ao ónus da prova presentes no nosso ordenamento jurídico, passam a pertencer à esfera do devedor, a quem cabe afastar¹⁰⁰.

⁹⁹ Menezes Cordeiro, António; 2018; Estudos de Direito Bancário I; Edição única; Almedina; *Responsabilidade bancária, deveres acessórios e nexos de causalidade*; pág. 37.

¹⁰⁰ A título de exemplo: Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 12 de Fevereiro de 2019: “*na presença de um acordo entre o banqueiro e o seu cliente a «falta do resultado normativamente prefigurado implica presunções de culpa, de ilicitude e de causalidade» (cf. Menezes Cordeiro, Direito Bancário, ob. cit., p. 432). Assim, numa situação de tipo obrigacional, a mera falta de informação do beneficiário responsabiliza, automaticamente, o obrigado.*”

Ainda dentro deste raciocínio lógico, entende MENEZES CORDEIRO que do mesmo preceito legal se pode presumir a causalidade^{101,102} - um dos factos constitutivos do direito de indemnização do credor e que, conseqüentemente, deveria ser por si provado.

Neste prisma, o Autor considera que o número 1 do artigo 799º do CC abarca também uma presunção da causalidade em relação à prestação principal¹⁰³ a que as partes se tenham obrigado. O que importa indagar é, então, se será possível falar-se neste sentido de uma presunção de causalidade ao abrigo do artigo 799º.

Na ótica de MENEZES CORDEIRO “*ocorrendo um inadimplemento contratual, o devedor é (logo) responsável pelo valor da prestação principal frustrada. Não há margem para mais discussão: o dever de indemnizar é, pelo menos, decalcado do de prestar*”¹⁰⁴, assim o Autor considera que o montante da indemnização deve ser o mesmo do da prestação que não se cumpriu. Em relação a este aspeto importa referir que uma grande parte da doutrina, onde se insere ANTUNES VARELA¹⁰⁵,

¹⁰¹ O legislador consagrou, no artigo 563º do Código Civil, que a obrigação de indemnizar só se verifica em relação aos danos que o credor não teria sofrido se não existisse a falta de cumprimento por parte do devedor. O nexó de causalidade trata-se, assim, de uma relação que tem que se estabelecer entre o facto e o resultado, isto é, uma conexão causa-efeito, que permite concluir que aquele dano na esfera do credor é consequência da falta da prestação ou da prestação defeituosa realizada pelo devedor.

¹⁰² Ao contrário do que se disse em relação à presunção da ilicitude que, em termos processuais, teria poucos efeitos práticos o mesmo não se pode dizer em relação à presunção de causalidade que altera, em grande medida, o panorama processual.

¹⁰³ A prestação principal é a que define o tipo ou o módulo da relação. Por exemplo, no caso de um contrato de compra e venda, a prestação principal é a entrega da coisa ao comprador e a entrega do preço por parte deste. Por outro lado, existem os deveres acessórios de conduta, que embora não originem uma ação autónoma de cumprimento ou não estejam diretamente relacionadas com a prestação principal, são essenciais para que a relação obrigacional se desenrole na perfeição. No exemplo do contrato de compra e venda, um dever acessório de conduta é o dever do vendedor cuidar do bem enquanto o tem em seu poder, apesar de já o ter vendido.

Ainda que os deveres acessórios de conduta estejam dispersos por todo o Código Civil é líquido que se encontram genericamente consagrados no artigo 762º, 2 do diploma supramencionado onde o legislador impõe que as partes atuem de acordo com os trâmites da boa-fé, tanto no cumprimento da obrigação como no exercício do dever correspondente.

¹⁰⁴ Menezes Cordeiro, António; 2018; Estudos de Direito Bancário I; Edição única; Almedina; *Responsabilidade bancária, deveres acessórios e nexó de causalidade*; pág. 37.

¹⁰⁵ Tradicionalmente, a doutrina tendia a não aceitar a aplicação do artigo 494º do CC em casos de responsabilidade contratual, considerando que este artigo era apenas aplicado a casos de responsabilidade extracontratual, pelo que só nessas situações é que se previa que houvesse a redução, de forma equitativa, do montante indemnizatório, em determinadas circunstâncias. Contudo, atualmente, a exclusão da aplicação deste artigo nos casos de responsabilidade civil tem sido discutida. Na ótica de Paulo Mota Pinto, o artigo em análise consagra um princípio geral que também se tem aplicação no caso de indemnizações por não cumprimento. Desta forma, Mota Pinto discorre no sentido de não haver uma razão para a ‘*exclusão, limiar, genérica, da sua aplicação em qualquer*

considera que “*não se admite que a indemnização fique aquém do montante do dano sofrido pelo credor, atentas as expectativas criadas pela constituição do vínculo contratual*”¹⁰⁶ - ainda que não fale aqui na existência de uma presunção ou do ‘decalque do dever de prestar’ a verdade é que ANTUNES VARELA também considera que deve haver uma correspondência entre o valor da prestação frustrada e o *quantum* indemnizatório.

Note-se que atualmente, a problemática da causalidade já não é estudada e abordada nos mesmos moldes que era, sendo agora perspectiva de uma forma binária, ou seja, em duas vertentes diferentes. O estudo da causalidade devido à sua densidade carece de um estudo mais aprofundado, o que não será possível, até porque extrapola o âmbito do presente estudo. Desta feita, deixarei apenas algumas notas gerais sobre o estudo da mesma¹⁰⁷.

Assim, atualmente, a causalidade abarca mais do que a simples fundamentação da responsabilidade, isto é, a demonstração do nexó entre a conduta pelo lesante e o dano verificado na esfera do lesado. Posto isto, atualmente falamos tanto da causalidade fundamentadora e a causalidade preenchedora da responsabilidade. Enquanto a primeira, se prende com a fundamentação da responsabilidade, a que é necessária demonstrar para que se esteja perante uma situação de responsabilidade civil e cujo conceito é semelhante aquele que se atribui tipicamente à causalidade e, por outro lado, a causalidade preenchedora intimamente relacionada com o *quantum* indemnizatório a pagar. Parece pelas palavras de MENEZES CORDEIRO que quando este fala numa presunção de causalidade - que se prende com a determinação do valor devido a título indemnizatório pelo não cumprimento da prestação

caso, particularmente, num sistema, como o nosso, que não conhece outras limitações, como a resultante da imprevisibilidade do dano’. A aplicação deste artigo não deve ser feita de uma forma tão simples e leviana como é no seio da responsabilidade extracontratual, todavia há o entendimento que deve ser feita de um modo ponderado e atendendo às circunstâncias do caso uma vez que os legítimos interesses do credor não podem nunca ficar frustrados pela aplicação do artigo em discussão.

¹⁰⁶ Antunes Varela, João de Matos; 2000; Das Obrigações em Geral; 10ª Edição; Almedina; Volume II; pág. 106.

¹⁰⁷ Esta matéria encontra-se amplamente estudada, entre outros, por Mafalda Miranda Barbosa no artigo “*Haftungsbegründende Kausalität e haftungsausfüllende Kausalität /Causalidade fundamentadora e causalidade preenchedora da responsabilidade*”, publicado na Revista de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto, bem como na sua obra “Do nexó de causalidade ao nexó de imputação: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual” e por Paulo Mota Pinto na sua Tese de Doutoramento “*Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*”.

devida - está aqui em causa uma presunção da causalidade preenchedora da responsabilidade, mas antes de ser abordada esta temática é necessário que se produza prova de que o efeito lesivo na esfera do credor é resultado do comportamento que o agente adotou - assim, ainda que se possa aceitar esta presunção parece que não pode ser formulada desta forma¹⁰⁸.

A função primordial da indemnização é, portanto, a compensação dos prejuízos causados. No entanto, é de recusar uma ideia de que pode haver a determinação automática¹⁰⁹ do montante indemnizatório, no âmbito da responsabilidade contratual; aliás, há diferentes evidências legislativas que permitem concluir que o legislador não pretendia que tal fosse feito e que “*contrariam a aplicação de uma pura ‘mecânica causal’ para o ‘preenchimento da responsabilidade’*”¹¹⁰; antes demais porque pode haver a diminuição do montante a pagar pelo devedor ao credor, através da aplicação do mencionado artigo 494º do CC ou, por outro lado, e como apresenta PAULO MOTA PINTO, por poder existir a delimitação do valor da indemnização por via da aplicação da formulação da causalidade do escopo de proteção da norma violada.

Não podemos esquecer que se considerarmos que em causa está uma presunção há a inversão do ónus probatório¹¹¹ e este passa a pertencer à esfera do devedor, a quem cabe a prova de que não qualquer relação entre o seu comportamento e o evento lesivo que se verificou na esfera jurídica do lesado.

De acordo com o entendimento tradicional, a prova do nexo de causalidade recai sobre o lesado (isto é, o credor) que tem que produzir prova de que o comportamento do lesante teve como consequência um efeito lesivo na sua esfera jurídica e que o efeito em causa originou um dano, que deve ser compensado, através de

¹⁰⁸ Neste sentido, Paulo Mota Pinto in Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo

¹⁰⁹ Como resulta da presunção apresentada por Menezes Cordeiro.

¹¹⁰ Mota Pinto, Paulo; 2008; Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo; Edição; Coimbra Editora; Volume II; pág. 964.

¹¹¹ Parece relevante uma rápida análise do artigo 349º do Código Civil versa sobre esta matéria das presunções, consagrando que estas são ‘*as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido*’; da interpretação deste artigo em conjunto com o artigo 351º resulta que, entre nós, existem presunções legais e judiciais, sendo que, nas palavras de Baptista Machado, ‘*as primeiras são estabelecidas pela lei. As segundas são as chamadas presunções naturais, simples, de facto ou de experiência. Estas últimas só são admitidas nos casos e termos em que é admitida a prova testemunhal e podem, como esta, ser infirmadas por simples contraprova ou seja, por provas que, abalando a convicção do juiz criem no espírito deste um estado de incerteza acerca do facto que importa provar (ao passo que as presunções legais só podem ser ilididas - quando o possam ser - através da prova em contrário, conforme diz o art. 350º, 2)'*.

uma indemnização. É certo que cabe ao devedor produzir contra-prova de forma a “afastar a relação de causalidade que parecia envolvê-lo, provando-se a existência de uma causa estranha que não lhe é imputável”¹¹².

É fácil compreender o porquê de o ónus da prova da causalidade pertencer à esfera do credor, uma vez que está em melhor posição de provar que a falha contratual culposa do agente é condição sem a qual o dano produzido na sua esfera jurídica não teria surgido e que este resultado era provável, devido à conduta do agente.

Tal como suprarreferido, se se compreender que o artigo 799º envolve uma presunção de causalidade em relação à prestação inicial, então bastaria que o credor alegasse o direito creditório bem como o incumprimento contratual ou o cumprimento defeituoso, pertencendo o ónus da prova dos restantes factos constitutivos da pretensão indemnizatória do credor ao devedor por força da inversão consagrada no artigo 344º; conseqüentemente, o devedor pode afastar a causalidade que se presume, provando fatores externos que não lhe podem ser imputados. Tudo isto em relação à prestação principal, uma vez que de acordo com o prisma de MENEZES CORDEIRO só se pode aplicar tal presunção em relação a estas.

No que diz respeito às prestações acessórias, que, como supradito, decorrem, em regra, do princípio da boa-fé, o mesmo não acontece, não sendo possível presumir a causalidade. Em relação a estas irá acontecer o mesmo que a doutrina tradicional entende que acontece no caso da prestação principal. O credor por ter a pretensão indemnizatória tem que provar o nexo de causalidade, havendo a necessidade de averiguar se há uma relação de causalidade entre o facto e o dano.

7. A responsabilidade civil do Banco

Independentemente de já termos analisado a solução legalmente prevista para solucionar este tipo de questão, parece relevante deixar uma nota sobre a responsabilidade da instituição bancária.

¹¹² Antunes Varela, João de Matos; 2000; Das Obrigações em Geral; 10ª Edição; Almedina; Volume I; pág. 880.

HART, entre outros, refletiu sobre o sentido da responsabilidade e as diferentes modalidades que esta poderia assumir. O Autor aponta três, entre outras, modalidades que esta pode assumir: *role responsibility*, *causal responsibility* e *liability responsibility*¹¹³. Em relação à primeira, esta trata a responsabilidade de uma determinada pessoa por ocupar um determinado cargo ou posição, que, por esse simples facto, tem determinados deveres especiais e, também como resultado dessa posição, pode ser responsabilizado em algumas situações. Noutro sentido a *causal responsibility*, que trata a responsabilização de uma determinada pessoa que é identificada como causador de um certo ato, ato esse que pode ser causada por coisas, animais ou fatores transcendentais ao ser humano. Já a *liability responsibility*, nas palavras de MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “*implica já uma tomada de posição acerca do mérito da conduta, afastando-se do mecanismo característico da visão de responsabilidade causal, a qual olha para a responsabilidade como o simples desencadear de um efeito na realidade, já que a pessoa, neste sentido da liability, pode vir a ser responsável pelos atos praticados pelos terceiros*”¹¹⁴. Partindo destes conceitos que, a grande parte das vezes, não podem ser considerados de forma estanque, por se interligarem e estarem associados, é necessário relacionar estes conceitos com os conceitos tradicionalmente utilizados aquando da discussão de responsabilidade.

Não obstante partir da enunciação de conceitos apresentada por HART, a Professora da Escola de Coimbra vai mais longe no que concerne ao preenchimento do conceito da *role responsibility*. Isto porque, não é possível pensar na *liability responsibility*, que se traduz na responsabilidade perante o outro, sem se equacionar a responsabilidade pelo outro, isto é, a *role responsibility*. Mais se diga, não é se pode referir ou defender que a responsabilidade pelo outro resulta apenas de um estatuto ou cargo ocupado por quem seria de responsabilizar, mas que este tipo de responsabilidade vai mais além - e é, precisamente, este o ponto essencial para nós - e que resulta do facto de se tratar de uma pessoa, de um indivíduo, que por o ser,

¹¹³ Miranda Barbosa, Mafalda; *Do sentido da responsabilidade aos sentidos da responsabilidade: da role responsibility à liability; a responsabilidade contratual e a responsabilidade patrimonial*

¹¹⁴ Op. cit. página 15.

assume deveres especiais de precaução perante o próximo¹¹⁵. Posto isto, a Autora explica que “na concretização do que é a sua *role responsibility*, não a preenchendo, apenas, com obrigações decorrentes de um acordo contratual ou de um estatuto especial. Isso implica uma consideração acerca do sentido da responsabilidade, a convocar afinal, o problema da fundamentação do direito e da sua realização em concreto. É esse sentido – descoberto com apelo ético-axiológico – que nos permitirá descobrir os sentidos da responsabilidade, ou seja, a articulação entre a *role responsibility* e a *liability*, com importantes consequências do ponto de vista dogmático”¹¹⁶.

Ora, são estas notas que demonstram a importância e a relevância do ser humano e da vida em comunidade norteadas pelo facto de o Direito não poder só um conjunto de normas alheio ao que o rodeia, mas também um regulador da vida em comunidade. Até porque, não se pode esquecer que, a pessoa enquanto tal o é por não ser indiferente às circunstâncias que o envolvem e ao outro, é precisamente por isto que o se compreende com relativa facilidade que o nosso ordenamento jurídico para além de normas reguladoras surja presente notas de precaução e/ou prevenção pelo próximo. É neste sentido e com isto em mente que se pode conduzir a responsabilidade à assunção de determinados deveres que pretendem garantir as condições de vida das pessoas como um todo e evitar a consumação do dano na esfera de terceiros. É precisamente, neste âmbito, que a *role responsibility* enquanto responsabilidade pelo outro ganha forma, por enfatizar a possibilidade de haver uma situação de responsabilidade decorrente da pessoa ser centro do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, por sermos ser de contacto e de vivermos numa relação de cuidado pelo outro, em determinadas situações, surgem, por essa via, determinados deveres de tráfego.

Por outro lado, importa abordar a responsabilidade contratual no sentido da *liability* porquanto se enquadrar no âmbito da responsabilidade aqui tratada. Neste

¹¹⁵ Não é possível equacionar-se o indivíduo sem que este seja considerado um ser de contacto e que vive rodeado de diferentes sujeitos. Assim, ainda que cada um mantenha a sua individualidade e liberdade é imperativo considerar a sua existência como um todo e como um indivíduo que vive numa sociedade.

¹¹⁶ Miranda Barbosa, Mafalda; *Do sentido da responsabilidade aos sentidos da responsabilidade: da *role responsibility* à *liability*; a responsabilidade contratual e a responsabilidade patrimonial*; pág. 17

caso, uma vez na esfera contratual, não estamos perante a liberdade do sujeito enquanto tal mas sim a sua liberdade enquanto parte contratual¹¹⁷.

Considerando a explicação dada sobre o conceito de *liability responsibility supra*, importa compreender como é que a mesma se coaduna com a liberdade do sujeito perspectivado como contraente. Assim, a responsabilização do mesmo resultará do princípio da boa-fé, uma vez que é dele que resultam as normas de conduta que as partes têm de seguir e respeitar no decurso da relação contratual, aliás ainda na fase pré-contratual¹¹⁸, decorrem tanto desse princípio como da confiança^{119,120} existente entre as partes – que é demonstrada através do elo que optam por estabelecer no momento em que decidem contratar. Decorre do exposto que, por um lado, existe a *role responsibility*, cuja amplitude decorre da vontade das partes e da forma como estas regulam a sua relação e, por outro, a *liability responsibility*, protege o credor e os seus interesses de outra forma, por meio da tutela da confiança, que existe entre as partes, procurando desse modo satisfazer o interesse do credor, que sofre na sua esfera jurídica um dano, resultante da conduta da parte com quem decidiu contratar¹²¹. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, neste sentido, entende que “a responsabilidade contratual deve ser entendida, então, como uma forma de modificação objetiva da relação negocial previamente firmada, assumindo as vestes da *liability*”¹²².

¹¹⁷ Intimamente relacionado com a autonomia privada e com o disposto no artigo 405º do CC relativo à liberdade contratual das partes, que têm total liberdade para definir com quem querem contratar e os moldes desse contrato.

¹¹⁸ Está imposição de conduta resulta expressamente do artigo 227º do CC, que impõe às partes que atuem de acordo com o princípio da boa-fé não só na execução do contrato, como também nas negociações contudentes ao mesmo e após o mesmo a execução do contrato. A violação deste princípio implica a responsabilização do contraente, que deverá compensar a outra parte pelos danos que sofra como resultado das suas ações.

¹¹⁹ Neste aspeto importa deixar uma nota relativa à obra de Carneiro da Frada, que estudou a Teoria da Confiança e o modo como esta está relacionada com a Responsabilidade Civil.

¹²⁰ Confiança é, do ponto de vista jurídico, um conceito indeterminado e cuja determinação não é fácil. CARNEIRO DA FRADA explica que a dificuldade de preencher este conceito está relacionada com o facto de a mesma ser utilizada com inúmeros significados, o que dificulta a concretização da expressão no campo legal. Contudo, não obstante a dificuldade em determinar o que é a confiança e a forma como esta releva no campo contratual, não é possível equacionar-se uma sociedade sem que esta ocupasse um lugar basilar e sem que a violação da mesma, especialmente no âmbito contratual, não fosse tutelada.

¹²¹ Miranda Barbosa, Mafalda; *Do sentido da responsabilidade aos sentidos da responsabilidade: da role responsibility à liability; a responsabilidade contratual e a responsabilidade patrimonial*; pág. 31

¹²² Ibidem.

No seio da DSP2, temos a responsabilização do Banco ou instituição financeira presente em diversos sentidos, sendo possível decalcar neste caso a *role responsibility*, uma vez que o Banco pela posição que ocupa pode ser responsabilizado, até um certo ponto, onde ganha especial enfoque a comunicação ao Banco do momento do ataque, por, como resultado da repartição de riscos, ser esse o momento chave para a desresponsabilização do Banco. Mais se diga, é possível também no seio desta relação observar a *liability responsibility*, uma vez que, os deveres de conduta das partes e a atuação consoante o princípio da boa-fé ocupa, nesta relação, um lugar de destaque para que a mesma corra o melhor possível.

Desta forma, quando está em causa uma situação de *phishing* e/ou *pharming*, a repartição de risco relaciona-se diretamente com a *liability responsibility*, por esta se prender com a tomada de posição sobre o mérito da conduta do agente, por se considerar a responsabilidade como o desencadeador de determinados efeitos na vida, de tal modo que pode ser responsabilizado por ações de terceiros, como acontece *in casu*, uma vez que o Banco ou a instituição financeira, podem ser responsabilizados pelos danos causados por um terceiro, completamente externo à relação jurídica celebrada entre si e os seus Clientes, por a sua conduta merecer censura.

8. A possibilidade de compensação por danos não patrimoniais

Não obstante a questão tratada se colocar no seio contratual e de haver autores como ANTUNES VARELA que consideram que neste campo “*de algum modo se compreende também que ele possa exigir indemnização pelos danos morais que haja suportado com a falta de cumprimento*”¹²³ uma vez que a aceitação da mesma poderia pôr em causa a “*certeza e segurança do comércio jurídico*”¹²⁴ e, consequentemente, causar um aumento das pretensões indemnizatórias de indivíduos, que com este escudo manipulam o sistema, exagerando incómodos e preocupações¹²⁵. Todavia, a posição maioritária, tanto doutrinal como jurisprudencial, atualmente, admite compensação por danos não patrimoniais no âmbito de relações contratuais.

¹²³ Antunes Varela, João de Matos; 2000; Das Obrigações em Geral; 10ª Edição; Almedina; Volume II; pág. 106.

¹²⁴ Ibidem; pág. 106.

¹²⁵ Neste sentido, vide. Antunes Varela, João de Matos; Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de maio de 1985 na RLJ.

Não se trata aqui de uma verdadeira indemnização, uma vez que não se pretende colocar o lesado na posição em que ele estaria se tal não tivesse sofrido aquele dano na sua esfera patrimonial, o que se pretende é de alguma forma confortá-lo ou colocá-lo numa melhor posição.

PINTO MONTEIRO considera que o artigo 496º do CC não se aplica somente a casos de responsabilidade extracontratual, explicando que se está perante um princípio de alcance geral que pela sua razão de ser pode ser aplicado de forma analógica às situações de responsabilidade contratual e que, conseqüentemente, se pode falar na compensação por danos não patrimoniais neste campo. O Autor apresenta vários argumentos neste sentido; note-se, primeiramente, que o legislador não proibiu a possibilidade de haver a compensação deste tipo, no âmbito tratado, a isto acresce a possibilidade de haver a lesão de um bem de personalidade, na execução do contrato, o que originaria um dano não patrimonial que por motivo algum não deveria ser indemnizado, ainda que a sua génese seja um contrato¹²⁶. Assim o Autor disserta no sentido de *“não sendo a falta de cumprimento do contrato que, por si só, impõe a indemnização dos danos não patrimoniais, essa reparação justificar-se-á, porém, designadamente, quando a especial natureza das coisas o exija, ou quando as circunstâncias que acompanharam a violação do contrato hajam contribuído decisivamente para uma grave lesão susceptível de causar, segundo a experiência da vida, danos não patrimoniais merecedores de tutela jurídica”*¹²⁷. Desta feita, é clara, no nosso ordenamento jurídico, a aceitação da existência de uma compensação por danos não patrimoniais mesmo que resulte de uma relação contratual entre as partes.

No seio do Direito Bancário a admissibilidade de compensações por danos não patrimoniais não é uma novidade. Tanto na doutrina como na jurisprudência, já se previa esta possibilidade em determinadas circunstâncias que pela natureza das coisas poderiam causar constrangimento ao Cliente do banco, como na situação

¹²⁶ Em concordância com este Autor, Mafalda Miranda Barbosa que considera que o argumento literal-sistemático não é decisório, tanto por a interpretação de tipo subjetivista-histórica dever ser rejeitada como por a falta de previsão do legislador não ser sinónimo de proibição da compensação em causa. A isto acrescenta a possibilidade de haver, no seio contratual, interesses que ultrapassem a dimensão patrimonial. Esta posição é igualmente acolhida por Mota Pinto e Vaz Serra.

¹²⁷ Pinto Monteiro, António; Cláusula Penal e Indemnização; 1ª Edição; 1990; Coimbra; Edições Almedina; pág. 25

de haver a responsabilidade do banqueiro por movimentos não autorizados pelo seu Cliente, tal como explica MENEZES CORDEIRO, sendo que já se previa a responsabilidade do banqueiro “*por inclusão de um cliente em lista de pessoas que oferecem risco, atingindo o seu bom nome e reputação*”¹²⁸. Os tribunais portugueses têm, tal como resulta do exposto, a par da indemnização¹²⁹ pelos danos patrimoniais sofridos pelo utilizador do serviço de *homebanking* oferecido pelo Banco, decidido no sentido de o utilizador lesado ser compensado pelos danos sofridos pela não possibilidade de mobilização daquele montante, ou seja, a atribuição de uma compensação pelos danos não patrimoniais¹³⁰. A Diretiva aqui em análise não trata da questão dos danos não patrimoniais, deixando em aberto a possibilidade de haver ou não espaço para a compensação dos mesmos.

A compensação por danos não patrimoniais tem como função primordial colocar o lesado pelos danos que sofreu, compensando-o pelo sofrimento causado; assim, na situação aqui em causa, esta compensação ganha particular importância quando o Banco não reembolsa de forma imediata o montante movimentado devido à operação de pagamento e o Cliente fica impossibilitado de utilizar aquele valor. A isto acrescem as situações em que, pela falta de capitais financeiros, fica impedido de cumprir obrigações a que se havia proposto, seja em relação ao Banco ou a terceiros.

A impossibilidade de movimentar um determinado montante - seja este elevado ou não - pode influenciar a vida do Cliente do banco em diversos aspetos: desde o profissional ao pessoal¹³¹. Não se pode deixar de ter em consideração que

¹²⁸ Menezes Cordeiro, António; Manual de Direito Bancário; 4ª Edição; 2012; Coimbra; Edições Almedina

¹²⁹ A indemnização aqui tratada é por regra o reembolso do montante mobilizado na operação de pagamento não autorizada ou incorretamente realizada, acrescida do valor dos juros calculados à taxa legal desde o momento em que existiu essa operação até à decisão judicial.

¹³⁰ A título de exemplo a decisão do Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Dezembro de 2013. Neste Ac. houve a confirmação da decisão da Relação em atribuir uma compensação por danos não patrimoniais ainda que o montante da mesma tenha sido reduzido.

¹³¹ No caso julgado no Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 30 de Maio de 2013, a Autora, que tinha passado um cheque num determinado valor, sofreu um ataque de phishing perdendo cerca de 10 000€, pelo que quando o cheque ia ser descontado tal não foi possível por não ter cobertura. Como resultado, o seu nome foi colocado na lista de utilizadores de risco após o seu nome ter sido comunicado ao Banco de Portugal. Consequentemente e por ter que informar os clientes de que não podia cumprir as obrigações que havia acordado, perdeu alguns dos maiores clientes resultado na diminuição abrupta de lucros e, como resultado, na perda de qualidade de vida.

a falta de meios pode pôr em causa o negócio do titular da conta, que fica impossibilitado de cumprir as suas obrigações perante os seus clientes, o que em último *ratio* pode resultar na perda destes.

Na sequência do exposto têm-se que a compensação por danos não patrimoniais nos casos *sub judice* é mais do que justa, pela influência que a impossibilidade de mobilização de fundos pode ter no quotidiano de quem é lesado e pelo sofrimento que tal pode causar, a par das perturbações emocionais que pode causar.

9. O Banco e o dever de informação

Finda esta análise sobre a responsabilidade do Banco, resta abordar um importante tópico quando se trata a responsabilidade do Banco ou de instituição financeiras e a sua relação o Cliente – o dever de informação.

Como vimos *supra*, o dever de informação do Banco e a sua concretização é essencial no âmbito da relação bancária e, muitas das vezes, a responsabilização do Banco resulta da violação deste dever.

O nosso legislador prevê, no número 2, artigo 485º do CC, a possibilidade de quem tem o dever jurídico de dar conselhos, recomendações ou informações ser responsabilizado pelos danos causados pela má prestação de conselhos, recomendações ou informações ou pela falta do mesmo. Assim, quer se esteja no âmbito de contratual ou não, a má prestação de conselhos, recomendações ou informações, quando desta resultem danos, pode originar uma situação de responsabilidade, uma vez que o legislador enquadró este tipo de situações na responsabilidade por factos ilícitos¹³².

Posto isto, importa abordar as diferentes situações em que pode existir a partilha de informações. LORENZ, tal com explica SINDE MONTEIRO, apresenta uma divisão das diferentes situações em que estas podem ser prestadas. Destarte, o Autor aponta como primeira situação aquela em que a informação é dada no cumprimento

Por outro lado, no Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 6 de novembro de 2018, por falta de meios o Autor da ação não pode pagar ao empreiteiro que está a construir em sua casa entrando em incumprimento.

¹³² Note-se, todavia, que o legislador procurou acautelar casos como este sem que, no entanto, se entrasse num extremismo tal que as pessoas tivessem medo de dar conselhos, recomendações ou informações por poderem ser responsabilizados.

de um contrato, cuja prestação principal é precisamente a de informar. Situação diferente é aquela em que a informação é prestada no seio de uma relação comercial que já existe entre as partes, mas cujo objeto da mesma não é a prestação de informações¹³³ mas que para que haja a correta execução do mesmo é necessário que tais informações sejam partilhadas entre as partes, sendo que isto pode acontecer tanto durante a execução do contrato como antes e após a mesma. A terceira situação equacionada prevê que esta partilha de informações se prende com as informações prestada no momento da preparação do contrato, seja esta dada por uma das partes ou por um terceiro.

Desta forma, importa esclarecer que se por um lado o legislador não pretendeu com este artigo responsabilizar indivíduos que, em boa-fé e sem qualquer intenção oportunista, dão informações, conselhos e/ou recomendações a terceiros, por outro lado teve a clara intenção de proteger aqueles que recebem informações erradas e, conseqüentemente, sofrem um dano na sua esfera jurídica de pessoas com responsabilidade de as dar. É precisamente está a situação dos Bancos ou instituição financeiras, na pessoa dos seus colaboradores, sobre os quais recai o *ónus* de prestar todas as informações necessárias para que os Clientes do Banco possam utilizar os serviços, entre os quais o de *homebanking*, da forma mais segura possível.

Note-se, todavia, que a relação que Cliente do Banco tem com o gestor de conta ou o trabalhador do balcão onde normalmente se dirige tem vindo a sofrer alterações, especialmente desde que houve a crise do BPN (Banco Português de Negócios, S.A.) e, mais tarde, do BES (Banco Espírito Santo, S.A.). A rutura destes Bancos, em Portugal, causou um desconforto e o aumento da desconfiança nas instituições bancárias, que até então eram vistas como instituições totalmente seguras, de tal forma que muitos dos Clientes dos Bancos confiavam e aplicavam o seu dinheiro sem fazer qualquer tipo de questão, desde que o funcionário de sua confiança do Banco dissesse que o mesmo era um investimento seguro.

Atualmente, houve uma alteração no paradigma em duas medidas: em primeiro lugar já não existe a mesma relação de confiança que existia antes e, em

¹³³ “Incluem-se aqui os casos, muito importantes na vida diária, de informações bancárias fornecidas a clientes, a pedido destes” (in Responsabilidade por Recomendações, Conselhos ou Informações).

segundo lugar, os Clientes são cada vez mais atentos e informados com a forma de aplicação do dinheiro que têm depositado no Banco.

Daqui resulta, que os Clientes dos Bancos colocam, hoje em dia, mais questões do que aquelas que colocavam e, portanto, são muito mais exigentes em relação as informações que lhe são prestadas – o que reforça a necessidade de o Banco cumprir o dever de informação que sobre si impende da melhor forma possível, sob pena de ser responsabilizado por uma falha no cumprimento deste.

Para além desta alteração importa que, no âmbito do Direito Bancário, o dever de informação tem várias vias, uma vez que, não cabe apenas ao Banco prestar informações corretas ao seu cliente é também necessário que o cliente informe, na medida do necessário o Banco com quem contrata; nas palavras de Menezes Cordeiro, o direito bancário é um direito de informações.

O mesmo Autor considera que o dever de informar pode configurar tanto um dever principal como um secundário ou um dever acessório de conduta, mobilizando um critério de inserção no vínculo.

Deste modo é necessário analisar o contrato realizado entre as partes, bem como a informação que foi prestada, de forma a compreender-se em que tipo de dever é que aquela prestação de informação se insere. É fácil entender-se que a dúvida se coloca, principalmente, entre saber se aquela informação foi dada devido a uma cláusula contratual, acordada pelas partes, falando-se assim de um dever de prestação secundário ou se por outro lado, aquela informação ou aconselhamento é uma mera decorrência do princípio da boa-fé¹³⁴ e, conseqüente, se estamos perante um dever acessório de conduta.

Daqui decorre que a classificação do dever de informar como uma prestação secundária ou um dever acessório de conduta depende do caso concreto que estamos a analisar. Enquanto o Tribunal da Relação do Porto se pronunciou no sentido de se tratar de um “*dever de conduta secundário de prestação e não um simples dever acessório, ainda que funcionalizado à prestação principal*”¹³⁵.

¹³⁴ O cliente tem que ser devidamente informado pelo seu gestor de conta, e em consonância com os seus níveis de conhecimentos na área, acerca dos movimentos ou investimentos que sejam feitos, de modo a tomar uma decisão consciente e ponderada; a questão que se coloca é a de saber se aquela informação em particular se insere no contrato realizado pelas partes ou se, pelo contrário, se trata de uma imposição da boa fé.

¹³⁵ Cf. Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 15 de Novembro de 2018.

Recordo que na ótica apresentada de Sinde Monteiro não falamos aqui de deveres principais ou acessórios, uma vez que estamos no seio de uma relação corrente de negócios - ou seja, numa relação obrigacional sem deveres de prestação primários.

Destarte como se vê, a forma como o pode ser responsabilizado numa situação de falha na prestação do dever de informação poderia ser equacionada de diferente forma se for configurada como um depósito irregular ou se for tratada como uma relação sem dever de prestação primário. Não obstante, Sinde Monteiro considera que no que diz respeito às relações Banco/Cliente *“a solução não deve ser diferente daquela a que se chegaria com um enquadramento técnico diferente: a de um “contrato bancário geral”, que, como contrato-quadro, estabeleceria as bases da relação jurídica duradoura entre as partes”*¹³⁶.

Desta feita, a responsabilização do Banco pela violação do dever de informação não deve mobilizar o previsto no número 2 artigo 485º do CC, que configura um caso especial de ilicitude por não haver qualquer dever geral de informação por parte do Banco, uma vez que esta não é a prestação primária do contrato celebrado, nem é para tal que o Banco é contratado pelo seu Cliente¹³⁷, portanto, seguindo essa linha, a violação do dever de informação por parte do Banco não pode ser inserida no previsto no artigo 485º, número 2 mas sim no número 1, não havendo, consequentemente, uma situação especial de ilicitude e, consequentemente, para que haja a responsabilidade do Banco será necessário demonstrar todos os requisitos da responsabilidade civil, com exceção da culpa, que, por estarmos no âmbito contratual se presume.

¹³⁶ Op. citado Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações, pág. 530.

¹³⁷ Neste sentido, vide Manual de Direito Bancário, página 401 e seguintes.

Conclusão

Os Bancos e outras instituições financeiras ocupam um lugar primordial na nossa sociedade e garantem, em grande medida, o bom funcionamento da economia dos países, sejam eles desenvolvidos ou não, inseridos numa economia global. Por outro lado, a evolução tecnológica a que temos assistido têm repercussões em todos os campos da vida quotidiana e, portanto, como não poderia deixar de ser, implicou a alteração no modo de funcionamento dos Bancos, que foram obrigados a adaptar-se a uma sociedade e, em especial, a uma geração habituada a viver com o *mundo nas mãos*, porquanto através dos telemóveis e/ou computadores tem acesso ao que pretendem.

Perante esta nova realidade e evolução constante e face à nova forma de contratar dos Banco, o legislador europeu foi obrigado a encontrar uma solução legal que, não só defendesse os consumidores, como também tutelasse da melhor forma possível os interesses económicos, porquanto se os utilizadores do serviço oferecido pelo Banco não se sentissem seguros e não confiassem que o seu dinheiro estaria seguro no mesmo tal poderia resultar numa rutura do sistema bancário.

Neste sentido, com objetivo de tutelar esta relação bem como de assegurar uma solução homogénea para questões deste tipo no seio da União Europeia, surgiram, após a regulamentação dos sistemas de pagamento *per si*, as Diretivas Relativas à responsabilidade das instituições financeiras bem como dos clientes em caso de se verificar uma operação não autorizada ou fraudulenta.

Sucedem que a solução apresentada não é isenta de críticas e a meu ver conta com um excesso de paternalismo do legislador europeu, que regulou do mesmo modo duas situações manifestamente distintas e cuja distinção é essencial no âmbito da responsabilidade e da repartição da mesma.

Antes demais, uma nota para a importância da conduta do lesado para a contribuição do dano na sua esfera patrimonial, uma vez que há situações em que é o próprio que concede o acesso à conta de *homebanking*. A conduta do lesado ocupa um lugar essencial nos casos aqui tratados.

Vejamos: numa situação de *phishing* o lesado contribui ativamente para que o dano se verifique na sua esfera. Mais, o agente necessita que o lesado contribua

para que o dano se efetive. Por outro lado, ainda que se diga que o utilizador é enganado pela aparência do *e-mail* e ou *site*, a verdade é que utilizador é informado desde o momento da subscrição do serviço que tal pode acontecer e o que fazer caso tal suceda, como por exemplo alertando para o facto de o banco nunca exigir todas as coordenadas, não colhe, portanto, a posição muitas vezes defendida nos nossos Tribunais, no sentido de que uma situação dessas não configura negligência grosseira, o que pode, em última instância, resultar na desresponsabilização do Banco.

Situação manifestamente diferente é, como se viu, o *pharming*, cujo grau de sofisticação é de tal modo elevado que até o utilizador mais atento, cuidadoso e diligente pode ser vítima de um ataque destes sem que tenha sequer noção daquilo que esta a acontecer.

Ora, daqui resulta que a responsabilidade do Banco numa e noutra situação deve ser avaliada de forma diferente e que os critérios a aplicar num e outro caso não podem ser os mesmos.

A isto acresce o facto de, por ser uma situação relativamente recente, não obstante a regularidade com que sucede, os conceitos ainda não são, por vezes, corretamente aplicados, o que pode originar decisões que partem de pressupostos erróneos e que, por regra, prejudicam o Banco. O que se torna mais difícil por, tratando-se de uma área em constante desenvolvimento, haver, também no que aos ataques e ao modo como eles são realizados, uma evolução (quase) diária – um exemplo disto é a terceira modalidade de fraude.

Posto isto, o que parece necessário para que a intenção legislativa seja cumprida devidamente é a avaliação da conduta do lesado, de forma a perceber se este contribuiu ou não para o dano que sofreu e mais importante avaliar a sua conduta em comparação com a conduta que o Homem médio teria, pois só assim é possível haver a correta responsabilização do Banco.

Por fim, uma nota para a divisão do ónus probatório e para a difícil prova que recai sobre o Banco ou instituição financeira sobre quem recai a obrigação de demonstrar que o seu Cliente não cumpriu com todos os deveres que resultam do contrato de *homebanking* celebrado entre as partes.

De tudo isto resulta que dificilmente o Banco consegue afastar a sua responsabilidade, não só pela dificuldade probatória que impende sobre este, como pela

forma como os Tribunais portugueses aplicam a legislação europeia, que tendencialmente, protege mais o utilizador que o Banco.

Referências Bibliográficas

ANTUNES VARELA, JOÃO DE MATOS

- Das Obrigações em Geral; 10ª Edição; 2000; Editora Almedina; Volume I
- Das Obrigações em Geral; 10ª Edição; 2000; Editora Almedina; Volume II
- Revista de Legislação e de Jurisprudência; 1990; “*Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Maio de 1985 – Anotação*”

BAPTISTA MACHADO, J.

- Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador; 5ª Reimpressão; 1991; Editora Almedina

CALVÃO DA SILVA, JOÃO

- Revista de Legislação e de Jurisprudência; 2015; “*Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Dezembro de 2013 – Anotação*”

CARNEIRO DA FRADA, MANUEL ANTÓNIO DE CASTRO PORTUGAL

- Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil; 1ª Edição; 2004; Editora Almedina

FRANÇA BARREIRA, CAROLINA

- Revista de Direito Electrónico; 2015; *Homebanking: A Repartição dos prejuízos decorrentes de fraude informática*

GUIMARÃES, MARIA RAQUEL

- Cadernos de Direito Privado; 49, Volume I; 2015; *As operações fraudulentas de homebanking na jurisprudência recente*
- O Contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento eletrónicos; 1ª Edição; 2011; Coimbra Editora

LACERDA BARATA, CARLOS

- Contrato de Depósito Bancário, nos *Estudos em Honra do Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Volume II; 2002; Editora Almedina

MENDES CORREIA, FRANCISCO

- Moeda Bancária e Cumprimento: o cumprimento das obrigações pecuniárias através de serviços de pagamento; 1ª Edição; Reimpressão; 2018; Editora Almedina;
- Revista de Direito Comercial; 2011; *As Instituições de Pagamento: novas protagonistas no Direito bancário português*;
- Revista de Direito Comercial; 2011; *O governo dos sistemas de pagamento*;
- Revista de Direito Comercial; 2013; *Cansados de esperar: o Regulamento (UE) n.º 260/2012 e os requisitos técnicos e de negócios no serviços de pagamento*

MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO

- Direito Bancário; 5ª Edição revista e atualizada; 2014; Coimbra; Edições Almedina
- Estudos de Direito Bancário: Responsabilidade bancária, deveres acessórios e nexos de causalidade I; Edição única; 2018; Almedina
- Manual de Direito Bancário; 4ª Edição; 2012; Coimbra; Edições Almedina

MIRANDA BARBOSA, MAFALDA

- Lições de Responsabilidade Civil; 1ª Edição; 2017; Cascais; Princípiã
- Responsabilidade Civil Extracontratual; 1ª Edição; 2017; Cascais; Princípiã
- Revista de Direito Comercial; *Serviços de pagamentos, repartição do risco e responsabilidade civil – algumas reflexões a propósito da nova diretiva dos serviços de pagamentos (DSP2)*;
- Revista de Direito da Responsabilidade; 2020; *Do Sentido da Responsabilidade aos Sentidos da Responsabilidade: da Role Responsibility à Liability; A Responsabilidade Contratual e a Responsabilidade Patrimonial*

PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO

- Cláusula Penal e Indemnização; 1ª Edição; 1990; Coimbra; Edições Almedina

MOTA PINTO, PAULO

- Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo; 1ª Edição; 2008; Coimbra Editora; Volume II

SINDE MONTEIRO, JORGE

- Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações; 1ª Edição; 1989; Editora Almedina

VAZ SERRA, ADRIANO

- Boletim do Ministério da Justiça (BMJ); nº 47; *Encargo da prova em matéria de impossibilidade ou de cumprimento imperfeito e da sua imputabilidade a uma das partes*

VERDELHO, PEDRO

- “*Phishing e outras formas de defraudação nas redes de comunicação*”, em: Direito da sociedade da Informação / Alberto de Sá e Mello... [et al.]. - Coimbra: Coimbra Editora, 1999-2006. - vol. 8;

Referências Jurisprudenciais:

Os diferentes Acórdãos citados podem ser consultados em www.dgsi.pt.

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 14 de dezembro 2016, Proc. n.º 1063/12.1TVLSB.L1.S1; Relator Pinto de Almeida
- 18 de dezembro de 2013, Proc. n.º 6479/09.8TBBERG.G1.S1; Relatora Ana Paula Boularot

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- 12 de julho de 2018, Proc. n.º 2256/17.0T8LSB.L1-7; Relatora Higinia Castelo

- 16 de novembro de 2018, Proc. n.º 1952/15.1T8SXL.L1-1; Relatora Ana Pessoa

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

- 15 de novembro de 2018; Proc. n.º 5780/17.1T8PRT.P1; Relator Fernanda Almeida

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES

- 25 de novembro de 2013; Proc. n.º 2869/11.4TBGMR.G1; Relator Espinheira Baltazar

Webgrafia:

- <https://ecommercemkt.com/o-que-e-o-e-commerce/>, consultado a 10 de janeiro de 2020
- <https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/cartas-circulares/11-2005a-c.pdf>, consultado a 9 de junho de 2020
- <https://www.publico.pt/2013/05/09/economia/opiniao/o-papel-dos-bancos-1593922>, consultado a 27 de agosto de 2021
- <https://www.diarioeconomico.co.mz/mundo/portugal/kaspersky-coloca-portugal-entre-os-paises-com-maior-percentagem-de-ataques-por-phishing/>, consultado a 27 de agosto de 2021