



Serviços de pagamentos, repartição do risco e responsabilidade civil – algumas reflexões a propósito da nova diretiva dos serviços de pagamentos (DSP2)

Mafalda Miranda Barbosa¹

I. Introdução

Não raras são as situações em que uma pessoa se vê confrontada com a utilização abusiva do seu cartão de débito ou de crédito, ou porque foram furtados, ou porque foram clonados, ou porque foram indevidamente utilizados por um sujeito que não era titular da conta de pagamento a que estavam associados; ou com a utilização abusiva do seu IBAN, fornecido para pagamentos que não correspondiam a dívidas do titular da referida conta; ou com o acesso não autorizado à sua conta de depósito através da introdução não autorizada e abusiva das credenciais de acesso. Em todas estas situações coloca-se o problema da tutela do cliente bancário, que pode ser perspetivado sob um duplo prisma. 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 pagamentos.

¹ Doutora em Direito. Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.



As conclusões a que chegarmos ao nível do primeiro nóculo de problematicidade levar-nos-ão a concluir pela imprescindibilidade da segunda abordagem. A questão ganha, assim, especial interesse, em face da Diretiva UE 2015/2366, do Parlamento Europeu e do Conselho (DSP2), de 25 de Novembro de 2015, que vem introduzir regras diferentes, embora dentro da mesma intencionalidade que presidia à disciplina da DSP1 (Diretiva 2007/64/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Novembro de 2007), passando a regular as operações de pagamento sempre que pelo menos um dos prestadores de serviços de pagamentos esteja situado na União Europeia, independentemente da moeda usada na operação, ao mesmo tempo que disciplina novos tipos de serviços de pagamento e define um conjunto de condições de segurança a respeitar na execução de operações de pagamento. Do mesmo modo, são alteradas as normas respeitantes à responsabilidade pela execução de tais operações de pagamento, quando não autorizadas.

A análise do diploma, em confronto com a legislação em vigor até ao momento, motivará, no entanto, mais. Em primeiro lugar, é a constatação de que a desmaterialização da realidade negocial leva ao surgimento de novos instrumentos e serviços de pagamentos, associados ao desenvolvimento do mundo digital; em segundo lugar, é a certeza de que, nas relações problemáticas que possam emergir, são vários os sujeitos intervenientes, sendo importante olhar – ainda que a breve trecho – para a posição que cada um ocupa.

Na verdade, os instrumentos normativos a que fazemos referência têm um âmbito de aplicação objetivo que ultrapassa a necessária regulamentação da utilização de cartões de débito e



cartões de crédito ou mesmo o recurso ao débito direto e ao *homebaking*². Há toda uma panóplia de novos serviços de pagamentos que se integram nesse âmbito de relevância. Aliás, a DSP2 preocupa-se em oferecer uma noção de serviço de pagamento tecnologicamente neutra, de modo a permitir o desenvolvimento de novos tipos de serviços de pagamentos, conforme resulta do seu preâmbulo, o que nos permite concluir que, apesar das muitas hipóteses de exclusão da aplicação da diretiva que a própria estabelece, ela não se confina aos tradicionais instrumentos referidos.

Contudo, a nossa análise centrar-se-á preferencialmente naqueles. O *considerandum* 67 da DSP2, nos termos do qual se reconhece que “embora a presente diretiva reconheça a relevância das instituições de pagamento, as instituições de crédito continuam a ser a principal porta de entrada para a obtenção de instrumentos de pagamento pelos consumidores”, acaba por nos oferecer o sustentáculo para esta nossa opção discursiva. Não obstante “a

² Nos termos do artigo 3º/o) da Diretiva 2007/64/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Novembro de 2017, ela não se aplica “aos serviços de retirada de numerário oferecidos por prestadores através de caixas automáticas de pagamento, que atuem em nome de um ou vários emitentes de cartões e não sejam partes no contrato-quadro com o cliente que retira dinheiro da conta de pagamento, na condição de que esses prestadores não assegurem outros serviços de pagamento enumerados no anexo”. Com a Diretiva 2015/2366, do Parlamento Europeu e do Conselho (DSP2), de 25 de Novembro de 2015, o artigo 3º/o) dispõe que ela não se aplica “aos serviços de levantamento de numerário em caixas automáticos disponibilizados por prestadores que atuem em nome de um ou vários emitentes de cartões e que não sejam partes no contrato-quadro com o cliente que efetua um levantamento de dinheiro de uma conta de pagamento, na condição de esses prestadores não efetuarem outros serviços de pagamento referidos no anexo I”.



emissão de instrumentos de pagamento baseados em cartões por um prestador de serviços de pagamento, seja ele uma instituição de crédito ou uma instituição de pagamento, além da que gere a conta do cliente, contribuir[...] para uma maior concorrência no mercado e, por conseguinte, para uma maior escolha e uma melhor oferta para os consumidores (...), o atual grau de inovação no domínio dos pagamentos poder[...] conduzir à rápida emergência de novos canais de pagamento nos próximos anos”, a verdade é que a nossa análise ficará circunscrita aos instrumentos referidos.

É, portanto, por referência a eles que iremos abordar problemas há muito tratados na nossa jurisprudência, procurando determinar a intencionalidade problemática dos mesmos e, a partir dela, encontrar critérios de solução que guiem o decidente na resolução dos diversos casos concretos.

II. A utilização não autorizada de cartões de pagamento ou o abuso do débito direto e do *homebanking* e o regime geral da responsabilidade civil do terceiro

A realidade problemática sobre a qual estamos a tentar refletir pode resultar tanto da utilização não autorizada de um cartão de débito ou de crédito, como da indicação indevida de um código de identificação de conta de pagamento (IBAN) que pertença a um sujeito diverso, como ainda do acesso não autorizado a uma conta de depósito, através das credenciais do *homebanking*³. Em

³ Poderíamos, ainda, tentar analisar as situações de utilização de outros serviços de pagamento, como a utilização de instrumentos como o *MBnet*, o recurso ao *PayPal*, entre outros. Sobre os diversos serviços de pagamentos, cf. o anexo I da DSP2.



qualquer dos casos, independentemente das especificidades que possam apresentar, há um ponto comum: em todos, um sujeito cliente de um banco ou de outra instituição financeira vê a sua conta de depósito acedida ou o seu limite de crédito utilizado, sofrendo, como tal, prejuízos.

Não é, porém, fácil responsabilizar o terceiro lesante em relação ao lesado. Para além de óbvias dificuldades práticas, que podem resultar do facto de o ato lesivo poder ser levado a cabo no mundo *web*, encontrando-se o agente num Estado diferente do do lesado, duas são as razões que podemos adiantar para explicar tal dificuldade. Em primeiro lugar, não existe um direito ao património, o que, aliado a uma modelação do sistema delitual, consagrado no artigo 483º CC, assente na bipartição iheringiana entre a ilicitude e a culpa, torna inviável – do ponto de vista da responsabilidade extracontratual – o preenchimento daquele primeiro pressuposto mencionado. O ato não é ilícito, nessa variante da primeira modalidade de ilicitude, por não existir lesão de um direito absoluto. Este dado que se percebe claramente no tocante ao acesso indevido ao crédito, cujo custo terá de ser suportado pelo titular da conta, requer, não obstante, ulteriores explicitações no que diz respeito às outras situações em que o prejuízo decorre de um débito na conta de depósito/conta de pagamento do sujeito e não propriamente no suportar dos custos associados ao crédito que não foi solicitado. De facto, poder-se-ia pensar em que medida não se aventa, aqui, uma eventual violação do direito de propriedade sobre o dinheiro, estabelecendo-se a analogia com as situações em que A furta das notas que B. Ora, a verdade é que a putativa analogia de que se fala não se pode estabelecer, pelo simples facto



de o cliente bancário não ser o proprietário do dinheiro depositado junto da instituição.

Ao falarmos de depósito bancário, estamos a falar de um “contrato mediante o qual o *tradens* aceita transferir a propriedade de um bem (fungível) para a esfera de domínio de outrem (*accipiens*) que dela pode dispor com a obrigação de a restituir sempre e quando lhe for exigida”⁴. Ao efetuar um depósito, o depositante entrega um bem fungível a outra pessoa, prescindindo da propriedade sobre ela. Não o faz, porém, com espírito de liberalidade, mas para que a outra lha restitua sempre que o exija. Por via do contrato, opera-se a substituição de um direito real por um direito de crédito; a restituição da coisa mais não equivale do que ao pagamento de uma quantia certa. Mas esse pagamento ocorre sempre que o depositante o exigir, razão pela qual Menezes Cordeiro sustenta que a pedra de toque do contrato está na disponibilidade permanente do saldo⁵. Não está aqui subjacente

⁴ Cf. Ac. STJ 10-11-2011, www.dgsi.pt. Cf., ainda, António Menezes CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2001, 518 s.; Id., *Direito bancário*, Almedina, 2014, 612 s.; Paula Ponces CAMACHO, *Do contrato de depósito bancário: natureza jurídica e alguns problemas de regime*, Almedina, Coimbra, 1998, 145 s.

⁵ Cf. António Menezes CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, 525 s. Para o autor, estamos diante de um contrato que, pese embora a sua tipicidade social, não corresponde a nenhuma figura preexistente. Veja-se, ainda, do autor *Direito bancário*, 5ª edição, Almedina, 2014, 601 s.

Sustentando que estamos diante de um depósito irregular, cf. Ac. STJ 10-11-2011. Para a doutrina e jurisprudência maioritárias, o depósito bancário é qualificado como um depósito irregular. Segundo explica Menezes Cordeiro, “o banqueiro adquire a titularidade do dinheiro que lhe é entregue, sendo o cliente um simples credor. A pedra de toque está na disponibilidade permanente de saldo. O risco do que possa suceder na conta do cliente, quando não haja culpa deste, cabe ao



uma intenção de investimento; o depositante transfere a propriedade do dinheiro para transmitir, também, o risco de

banqueiro (...); também pelo banqueiro corre o risco do aparecimento de cheques falsificados, com a assinatura muito semelhante à autêntica (...). Já nos depósitos a prazo – os depósitos de poupanças – distinguir-se-iam dos depósitos a prazo: teriam a natureza de mútuos e não de depósitos irregulares. Na verdade, aí já falta a ideia de restituição/disponibilidade”. Concordamos com a crítica que Menezes Cordeiro lança em relação a esta compreensão dos depósitos a prazo como mútuos – cf. p. 614: “é certo que os depósitos a prazo não estão totalmente disponíveis; qualquer banco admite, porém, a sua mobilização antecipada ou o seu resgate, ainda que com perda de juros para o cliente. Pois bem: nessa ocasião, um mútuo transformar-se-ia em depósito irregular? Além disso, as regras específicas que tutelam o mutuário não operam em prol do banqueiro. Os bancos também podem contrair empréstimos: não o fazem porém sob a forma de depósitos a prazo. Finalmente: o sentir social, importante para moldar tipos sociais e, ainda, figuras assentes nos usos, não trata o cliente que constitui um depósito a prazo como um mutuante: é um depositante, embora especial”. Por isso, o autor sustenta que depósito bancário é “uma figura unitária, típica, autónoma e próxima, historicamente, do depósito irregular”.

Sobre a qualificação do depósito bancário como um depósito irregular – com outras consequências ao nível do que nos interessa para resolver o nosso problema e que analisaremos *infra* – cf. J. Calvão da SILVA, “Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Dezembro de 2013 – Anotação”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº3991, 2015, 311 s.; Maria Raquel Guimarães, “As operações fraudulentas de *homebaking* na jurisprudência recente – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18.12.2013, proc. 6479/09”, *Cadernos de Direito Privado*, 49, 2015, 28 s. Em sentido diverso, cf. Vasco Lobo XAVIER/Maria Ângela SOARES, “Acórdão do STJ de 5 de Março de 1987; Depósito bancário a prazo; levantamento antecipado por um contitular. Anotação”, *Revista de Direito e Economia*, 14, 1988, 300 s.; Pestana de VASCONCELOS, “Do contrato de depósito bancário”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, VIII, 2011, 166 s.



perecimento da coisa⁶. Em troca, o depositário pode usar e fruir as verbas depositadas. Mas tem de fazê-lo em termos tais que as coloque, novamente, na disponibilidade do depositante sempre que solicitado.

A aludida transformação de um direito real num direito de crédito torna inviável a procedência da pretensão indemnizatória que possa ser deduzida contra o terceiro, com base na primeira modalidade de ilicitude. A resposta apenas seria diferente se, de algum modo, aceitássemos a eficácia externa das obrigações.

Argumentam os defensores da eficácia externa das obrigações que, da mesma forma que as pessoas têm de respeitar os direitos absolutos, devem respeitar os direitos de crédito, na medida em que estes são reconhecidos e tutelados pelo ordenamento jurídico. E entendem que a sua eficácia relativa não obsta a essa tutela aquiliana. De facto, não podemos deixar de concordar com Rita Amaral Cabral⁷ quando afirma que “os efeitos dos contratos não coincidem com os da obrigação e que a problemática relativa à eficácia do vínculo é distinta da que envolve a delimitação da obrigatoriedade, para as partes, do clausulado geral”. Uma coisa é o contrato apenas produzir efeitos entre aqueles que se quiseram vincular por ele, outra bem diferente é ele não ter de ser respeitado por esses terceiros⁸. Ou seja, como refere Rita

⁶ Esta nota é particularmente importante para o que queremos argumentar ao nível da segunda perspetiva que traremos a lume.

⁷ Rita Amaral CABRAL, “A tutela delitual do direito de crédito”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Gomes da Silva*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001, 1025 a 1053.

⁸ A primeira parte da frase refere-se ao que se convencionou designar por eficácia relativa das obrigações, de acordo com o artigo 406º/2 CC.



Amaral Cabral⁹, “a responsabilidade pela não realização da prestação é exclusiva do devedor. Mas há outras formas de desrespeito que não coincidem com o incumprimento pelo sujeito passivo”. No entanto, este argumento não é suficiente para se aceitar a eficácia externa das obrigações. Pelo contrário, temos boas razões para rejeitá-la. Em causa parecem estar interesses económicos. Se considerarmos ilícita a conduta do terceiro que lesa um direito de crédito, temos de considerar superior a posição do credor em relação à do terceiro, o que vem por em causa o equilíbrio jurídico dos interesses, que deve ser mantido numa sociedade caracterizada pela livre concorrência. A própria análise dos trabalhos preparatórios do Código Civil leva-nos a excluir do âmbito de aplicação do artigo 483º a tutela dos direitos de crédito. Afirma Vaz Serra, a propósito do artigo em análise, “os direitos de que aqui se trata são direitos absolutos”¹⁰. E continua, afirmando que “o terceiro, por facto de quem os direitos de crédito não são satisfeitos, não incorre em responsabilidade para com os respetivos credores”¹¹. Com efeito, o autor do anteprojeto do Código Civil de 1966 inspirou-se no modelo alemão de responsabilidade civil, caracterizado por uma quase tipicidade do ilícito¹². E, se é evidente

⁹ Rita Amaral CABRAL, “A tutela delitual”, 1027

¹⁰ Adriano Vaz SERRA, “Requisitos da Responsabilidade Civil”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº92, Janeiro de 1960, 37 a 136

¹¹ Vaz SERRA, “Responsabilidade de terceiros no não cumprimento de obrigações», *Boletim do Ministério da Justiça*, 85, 1959”, 345 s.

¹² Neste sentido, afirmando que não se devem sobrevalorizar as diferenças de técnicas no Código Civil português e alemão, ver Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações*, Almedina, 1989, 182 s. Recentemente também Menezes Cordeiro evidencia as semelhanças entre



que não podemos ficar presos a uma interpretação histórica de tipo subjetivista, o argumento histórico (que não se confunda com o apelo a um elemento histórico da interpretação que faça dela, ainda, um problema hermenêutico), embora não determinante, deve ser tido em conta, sobretudo se para ele converge toda uma panóplia de outros argumentos. Tentemos perceber quais são.

Temos falado da teoria da eficácia externa das obrigações como um todo. Convém, contudo, esclarecer que existem três tipos de factuais que normalmente são reconduzidas a esta problemática. A saber: o terceiro atua sobre o próprio direito de crédito – designadamente naquelas hipóteses em que o terceiro celebra com o devedor um contrato incompatível com o cumprimento do contrato pré-existente –, o terceiro atua sobre o próprio devedor, impossibilitando o cumprimento por parte deste, ou o terceiro atua sobre a coisa necessária para que o devedor possa cumprir.

Ora, o terceiro de boa-fé não poderá jamais incorrer em responsabilidade pelo facto de estipular um contrato incompatível com o já existente. De outra forma, sairia necessariamente prejudicado o tráfico negocial e a livre concorrência, que constitui um dos bastiões do estado em que vivemos. Os direitos de crédito não possuem a visibilidade social que caracterizam os direitos reais, logo, poderia acontecer que uma pessoa estivesse adstrita para com outra pela celebração de um contrato, sendo aliciada por um

o sistema aquiliano português e o sistema alemão – *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1997.

Para outras considerações, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de responsabilidade civil*, Príncípa, 2017.



terceiro a celebrar um contrato incompatível com o primeiro. Se quisermos ser fiéis à realidade, teremos de pensar que o mais provável será esse terceiro não ter sequer conhecimento da existência do crédito violado. Impor àquele que entra em negociações o ónus de se certificar da existência prévia de um outro contrato, por forma a afastar qualquer indício de conduta negligente, não só tornaria moroso o comércio jurídico, como o inviabilizaria, muitas vezes, pelo receio que o agente teria de incorrer em responsabilidade. Acresce que aquele que está vinculado ao cumprimento do contrato é o devedor, só esse sendo responsável perante o credor. Mesmo que o terceiro pudesse ser considerado cúmplice no inadimplemento – possibilidade que rejeitamos, pela consideração do fundamento do dever de indemnizar que se impõe ao devedor que incorre no não cumprimento da obrigação, qual seja o dever de satisfazer por outra via o interesse do credor, recolocando-o na situação em que estaria se o contrato tivesse sido pontualmente respeitado, dado não ser o terceiro obrigado perante aquele – a sua responsabilidade nunca seria extracontratual, mas contratual. Pensar de outro modo, contrariaria a estrutura básica da economia, baseada no mercado de livre concorrência, e conduziria a uma imutabilidade quase total, pelo menos no que tange aos contratos de execução continuada.

É claro que, com isto, não afastamos inequivocamente a eventual responsabilidade pela atuação (impeditiva do cumprimento da obrigação) sobre a pessoa do devedor ou sobre o objeto da prestação. Mas parece haver bons argumentos, ao nível do direito positivo, para negarmos a possibilidade. Tradicionalmente, invocam-se a este propósito artigos 413º e 421º CC, que conferem eficácia real aos contratos-promessa e aos pactos



de preferência. Ora, isto mostra, *a contrario*, que essa eficácia absoluta não é a regra no mundo obrigacional. Ou seja, o terceiro não está vinculado, em regra, a respeitar o contrato¹³. Também o artigo 1306º CC parece depor no mesmo sentido. Consagra o artigo, inequivocamente, o princípio da tipicidade dos direitos reais, donde resulta que toda a restrição destes, não prevista na lei, tem carácter obrigacional¹⁴. Tal princípio justifica-se por questões de segurança no tráfico jurídico. Os direitos reais, por definição, têm eficácia *erga omnes*. Logo, se fosse possível a criação de direitos reais de acordo com a vontade dos particulares, seríamos conduzidos a casos de multiplicação e indeterminação de situações reais. Admitir a eficácia externa das obrigações acabaria por violar a intencionalidade última do preceito, com a necessária quebra da unidade do sistema jurídico¹⁵. Assim sendo, parece que a interferência com o objeto do contrato não pode ser visto como um comportamento ilícito, em si mesmo, recusando-se, desta feita, a responsabilidade do terceiro pela perturbação do crédito. Mas isto não significa que não seja possível encontrar, posteriormente, critérios objetivos de imputação dessa responsabilidade ao terceiro.

Na hipótese concreta que estamos a considerar, em rigor, nem sequer poderíamos falar de uma atuação sobre o objeto da

¹³ Em sentido contrário, vide Margarida Azevedo de ALMEIDA, *A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, Coimbra, 2000, 95-99.

¹⁴ Sobre o artigo citado, cf. Pires de LIMA e Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, III, comentário ao artigo 1306º

¹⁵ Neste sentido, cf. Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, Almedina, Coimbra, 2003, 171

Em sentido contrário, Margarida Azevedo de ALMEIDA, *A responsabilidade civil do banqueiro*, 95 a 99



prestação impeditiva do seu cumprimento. Sendo o dinheiro um bem fungível e estando em causa, tão-só, a obrigação de o banco garantir a permanente disponibilidade da verba inscrita no saldo da conta de depósito, não ficaria este impossibilitado de cumprir, o que nos leva a concluir que, verdadeiramente, o problema se deve perspetivar sob a ótica da repartição do risco¹⁶ no seio da relação contratual entre a instituição financeira e o seu cliente.

Mas isso não nos impede de perscrutar caminhos de afirmação da responsabilidade do terceiro em face do utilizador da conta de pagamento.

Para tanto, haveremos de considerar a segunda modalidade de ilicitude, ou seja, a possibilidade de se alicerçar a responsabilidade na violação de disposições legais de proteção de interesses alheios. A aparente simplicidade enunciativa da segunda modalidade de ilicitude extracontratual – “violação de disposições legais de proteção de interesses alheios” – é proporcionalmente inversa ao grau de complexidade que a sua mobilização em concreto acarreta¹⁷.

¹⁶ Veremos, posteriormente, se o que está em causa é uma pura repartição do risco ou se a intencionalidade que preside a cada um dos nódulos problemáticos que podem surgir deve ser compreendida de acordo com uma ótica imputacional, que nos remete para a responsabilização de um dos sujeitos. De todo o modo, o importante, agora, é perceber que o problema deve ser compreendido no interior da relação contratual entre prestador do serviço de pagamentos (vulgo, o Banco) e o ordenante (vulgo, o cliente bancário).

¹⁷ A propósito da importância prático-normativa da consagração desta segunda modalidade de ilicitude, dicotomizando o domínio pessoal do domínio patrimonial, cf. Vaz SERRA, “Requisitos da responsabilidade civil”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº92, 94-95; Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por*



Desde logo é o alcance de *disposição legal* a ser posto em causa. Pois que, se no tempo da sua emergência, os ares do positivismo poderiam tornar líquida a resposta – no sentido da sua identificação com uma norma legal *tout court* –, hodiernamente, a recusa fundada de identificação do direito com a mera legalidade formal, o reconhecimento da índole constitutiva da tarefa judicativa e a obliteração do carácter injuntivo do cânone metodológico consagrado nos artigos iniciais do Código Civil legitimam a pergunta: interpretar-se-á ou não o segmento do artigo 483º CC no sentido de nele integrar as *normas* de raiz jurisprudencial¹⁸?

conselhos, 237 s. Mais recentemente, cf., com amplo desenvolvimento, Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, Almedina, Coimbra, 2009. Na doutrina portuguesa, acerca desta modalidade de ilicitude delitual, vide, igualmente, Antunes VARELA, *Das obrigações*, 540 s.; Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 12ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, 488 s.

¹⁸ No sentido de considerar que em causa estão apenas as leis enquanto fonte de direito definida no artigo 1º, nº2 do CC, cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 246. Admite, porém, que o conceito seja entendido em termos materiais. Assim, em causa estaria não só a lei em sentido próprio (emanada da Assembleia da República), mas todos os restantes atos legislativos e regulamentares. Essencial é que ela provenha de um órgão estadual. Sinde Monteiro, colhendo a lição germânica, apresenta os outros elementos essenciais da qualificação de uma norma como disposição legal de proteção de interesses alheios: 1) tem de proibir um determinado comportamento, acantonando-se aí a nota de ilicitude que se pretende desvelar, razão pela qual não podem ser consideradas para o efeito as normas que estabelecem nulidades de determinados atos (cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 247 e n. 225); 2) tem de visar proteger interesses alheios, isto é, tem de dirigir à tutela de uma pessoa ou círculo de pessoas, não sendo suficiente que tenha por objetivo a proteção da coletividade em geral (cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 249); 3) importa que a norma vise a proteção daquela pessoa contra



Erigida em modalidade charneira da responsabilidade, a violação de direitos absolutos assume-se como pórtico de entrada do instituto, identificando-o, as mais das vezes, por antonomásia. Seria, por isso, estranho que se invertesse a arquitetura consagrada, pela abertura desmedida da cláusula delitual, a permitir uma ampla tutela do património¹⁹, pelo que se impõe a adoção de critérios de circunscrição da relevância da violação das disposições legais de proteção de interesses alheios. Em causa terá de estar a violação de uma norma legal, isto é, proveniente de um órgão estadual, posto

aquela espécie de danos e contra aquele modo de lesão (aquele tipo de perigos) [cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 249 e n. 234.

Na doutrina estrangeira, entre outros, para a especificação do conceito de disposição legal de protecção de interesses alheios, cf. RÜMELIN, “Die Verwendung der Causalbegriffe im Straf und Civilrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 90, Heft 2, 1900, 186 s.; Robert KNÖPFLE, “Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1967, 697-702; CANARIS, *Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten*, *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983*, München, Beck, 1983, 49 s; Heinrich DÖRNER, “Zur Dogmatik der Schutzgesetzverletzung”, *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung*, 27. Jahrgang, 1987, 522 s.

¹⁹ Cf., no mesmo sentido, *inter alia*, Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 253; CANARIS, “Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten”, 49 s. Canaris mostra-se, por isso, muito restritivo na qualificação das normas que podem aceder à qualificação de disposições de protecção. Sobre o ponto, em sentido tendencialmente concordante, veja-se, entre nós, Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 253. Em sentido contrário, apresentando razões para a não circunscrição das normas de protecção às normas penais, veja-se Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de protecção*, 429. Cf., igualmente, pág. 418 (questionando se, para além da questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, as normas constitucionais podem ser utilizadas como disposições de protecção) e pág. 377 (onde se coloca o problema de saber se as normas internacionais e as normas comunitárias podem valer como tal).



que a legitimidade para edificar a referida proteção de certos interesses, ainda que não tutelados por via da atribuição ou reconhecimento de um direito subjetivo, reside no poder legislativo. Por outro lado, essa norma legal tem de proteger determinados interesses alheios, não bastando que vise a tutela de meros interesses gerais ou coletivos. Não quer isto dizer que a proteção desses interesses genéricos não possa integrar-se na teleologia da norma. Significa sim que esta deve integrar especificamente a tutela dos interesses alheios (de uma pessoa ou grupo particular de pessoas) entre os seus fins. Mais do que isso, a norma deve proteger – proibindo ou impondo um comportamento – contra um especial risco (contra um determinado dano infligido de um certo modo). Afirmar Brüggemeier que importa saber se a norma tem ou não em vista a proteção de outros. O § 823 II, tal como o 823 I, assume-se como um âmbito de proteção de um especial interesse individual. Neste contexto, a tradicional fórmula, segundo a qual se impõe que a norma proteja não só a coletividade, mas também erija a proteção de uma pessoa ou grupo de pessoas, é uma tautologia. O problema passa por saber como determinar a finalidade da norma, abrindo-se dois caminhos: a) saber se a norma também prossegue a proteção de um interesse individual; b) saber se a proteção jurídica delitual desses interesses privados se justifica. Nesta medida, a norma deve proteger especiais interesses privados (*sachlichen Schutzbereichs*), de um especial círculo de pessoas (*personellen Schutzbereichs*), contra um especial risco (o bem jurídico deve ter sido violado pelo modo contra o qual a norma



edificava a sua proteção – *modaler Schutzbereich*)²⁰. A desvelação da segunda modalidade de ilicitude depende da assimilação do âmbito de relevância concreto do caso pelo âmbito de relevância hipotético, teleologicamente compreendido, de uma norma primária ordenadora de condutas, pelo que a imputação assim vazada transpira essa dependência e apresenta um recorte específico. Na verdade, a insuficiência do resultado para justificar a reação do ordenamento faz impender sobre a conduta o peso acrescido de ancoragem da imputação que se estabelece. E, exatamente por isso, ela apresenta uma concretude – própria da proibição normativa que foi posta em causa – que não pode deixar incólumes as soluções ensaiadas aquando da mobilização do sistema à luz das especificidades do caso concreto.

Independentemente das repercussões dogmáticas que a desvelação da ilicitude por via da segunda modalidade prevista no artigo 483º CC possa apresentar, o que importa agora sublinhar é que – e contra o que é sustentado por parte da doutrina, designadamente germânica – ela vem permitir um alargamento dos bens jurídicos tutelados por via aquiliana. E com isso são os interesses patrimoniais que podem ser protegidos por esse meio, não em geral, mas no quadro da proibição de um determinado comportamento concreto.

Ora, prevendo o Código Penal um tipo legal de crime de abuso de cartão de garantia ou de crédito (artigo 225º CP) e outro de burla informática (artigo 221º CP), torna-se inequívoco que os

²⁰ Gert BÜGGERMEIER, *Haftungsrechts. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich zur Europäisierung des Privatrechts*, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 2006, 537 s



interesses patrimoniais do titular do depósito bancário ou da conta de pagamento²¹ são tutelados, por essa via, ao nível do artigo 483º CC sempre que um sujeito utilize um cartão multibanco furtado ou clonado para fazer um levantamento ou, abusando da possibilidade conferida pela posse de cartão de crédito, leve o emitente a fazer um pagamento com prejuízo para terceiro. Já as situações de utilização indevida do IBAN alheio ou de acesso indevido à conta de depósito através do sistema de *homebanking* podem ser solucionadas por via da mobilização do preceito relativo ao crime de burla.

Resolvida a questão da ilicitude, uma eventual obrigação de reparar os prejuízos ficará dependente da verificação dos restantes pressupostos delituais.

Contudo, não se ignora que, em muitas situações, pode ser impossível identificar o autor da lesão do interesse patrimonial. Razão bastante para se tornar imperiosa a análise de uma eventual responsabilidade no quadro da relação contratual que se estabelece entre o prestador do serviço de pagamento e os utilizadores de tais serviços.

²¹ Importa esclarecer um ponto: a noção de conta de pagamento – entendida como “conta, detida em nome de um ou mais utilizadores de serviços de pagamentos, utilizada para execução de operações de pagamento” – que é relevante para efeitos de análise dos problemas atinentes aos serviços de pagamentos não se confunde com a noção de conta de depósito. Na verdade, a profusão de serviços de pagamentos e de serviços de iniciação de pagamentos com que podemos ser confrontados impede a equiparação (pense-se, por exemplo, numa conta aberta no PayPal). Simplesmente, para efeitos da argumentação expendida até agora em texto a consideração da conta de depósito é tomada como referencial.



III. Os serviços de pagamentos e a relação contratual entre ordenante e prestador do serviço: entre a repartição do risco e a responsabilidade contratual

Ao falarmos de cartões de débito, crédito, de instrumentos de *homebanking* ou de débito direto, estamos a falar de serviços de pagamentos. Trata-se esta, como se percebe pela análise dos diplomas que disciplinam a matéria, de uma realidade plurifacetada. Não obstante, é possível identificar os sujeitos que estabelecem a relação subjacente à prestação de tais serviços de pagamentos.

Por meio de um contrato de serviço de pagamento isolado, o prestador do serviço de pagamento fica obrigado a executar uma operação de pagamento em face de um ordenante ou do beneficiário; através de um contrato-quadro de serviço de pagamento, o prestador do serviço é obrigado a executar operações de pagamento sucessivas para o utilizador do serviço, bem como, sempre que for apropriado, a manter em nome do utilizador uma conta de pagamento. Por seu turno, o utilizador do serviço é obrigado a pagar ao prestador o serviço um determinado montante calculado nos termos acordados²².

Quer se trate de um ato isolado, quer se trate de uma relação prolongada no tempo, alicerçada num contrato-quadro²³, o

²² Cf. § 675 c. e seguintes BGB.

²³ Cf., sobre o ponto, Maria Raquel GUIMARÃES, *O contrato quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento eletrónicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, 343 s.. O contrato quadro seria executado através da emissão de sucessivos mandatos de pagamento, por uma das vias acordadas entre as partes. Sobre o ponto, cf., igualmente, Maria Raquel GUIMARÃES, “As operações fraudulentas de *homebanking* na jurisprudência recente”, 25 s.



contrato de serviço de pagamento estrutura-se entre o prestador do serviço e o utilizador do mesmo, seja ele o ordenante, seja ele o beneficiário.

O prestador do serviço de pagamentos pode ser, de acordo com o artigo 1º/1 DSP2, uma instituição de crédito, uma instituição de moeda eletrónica, uma instituição de giro postal autorizada a prestar serviços de pagamentos, uma instituição de pagamentos, o Banco Central Europeu e os bancos centrais nacionais, quando não atuem na qualidade de autoridades monetárias ou de outras autoridades públicas, os Estados-Membros ou as respetivas autoridades regionais ou locais, quando não atuem na qualidade de autoridades públicas. Para a relação que nos interessa considerar, focamo-nos preferencialmente nas instituições de crédito²⁴.

Veja-se, ainda, J. Calvão da Silva, “Acórdão de 18 de Dezembro de 2013”, 308 s., considerando que cada ordem para uma operação de pagamento corresponde a um negócio de concretização do contrato-quadro, pelo que estaremos diante de um complexo negocial interligado, formando uma união de contratos. Consoante a explicação do autor, “o consentimento autorizante geral (vertido expressa ou tacitamente no conceito-quadro de abertura de conta corrente) é complementado pelo consentimento autorizativo específico de execução de cada ato jurídico subsequente ordenado pelo cliente”.

²⁴ Situações com uma intencionalidade problemática análoga podem apresentar-se, quando um dos sujeitos da relação não é uma instituição financeira. A este propósito, veja-se o Ac. Tribunal da Relação de Lisboa, Proc. 103841/11.3YIPRT.L1.2 (Relator Ondina Carmo Alves), onde o problema se coloca a propósito da utilização não autorizada de cartões de crédito de abastecimento de combustível, fornecidos pela sociedade comercial X, que se dedica à comercialização de gasolina, diesel, etc., a A, seu cliente, no âmbito de uma relação comercial complexa firmada entre ambos. Os cartões eram exclusivamente utilizados para abastecimento nos postos de combustível de X. Tendo sido tais cartões usados abusivamente por terceiro, considerou o Tribunal



Por seu turno, o ordenante é a pessoa singular ou coletiva que detém uma conta de pagamento e que autoriza uma ordem de pagamento a partir dessa conta ou, não existindo tal conta, emite uma ordem de pagamento, sendo o beneficiário a pessoa que é destinatária dos fundos que foram objeto de uma operação de pagamento. Quer um, quer outro são identificados como utilizadores do serviço de pagamentos.

Firmando-se uma relação contratual entre os sujeitos envolvidos, que não corresponde a uma relação trilateral, porquanto cada um dos utilizadores do serviço lançará mão de um prestador de serviço de pagamentos para satisfazer o seu interesse, não tendo de haver coincidência entre ambos, ela envolve, como qualquer contrato, uma gestão e repartição do risco²⁵.

que os cartões são propriedade de X, mas que A, cliente, é responsável pelo seu uso, sendo o código de acesso estritamente pessoal, pelo que deveria cumprir medidas de segurança relativamente àqueles, devendo comunicar de imediato o seu furto ou extravio a X. assim sendo, conclui que a “responsabilidade pela utilização fraudulenta de um cartão de crédito, por um terceiro, deverá ser repartida entre o titular do cartão e o emitente do mesmo, com base numa ideia de distribuição equitativa dos prejuízos, na medida do incumprimento dos deveres contratuais que sobre cada um impende, decorrentes do princípio geral da boa-fé”.

O mesmo critério seria mobilizado pela jurisprudência pátria, para fazer face a casos que envolvessem, na sua estrutura problemática, instituições bancárias. A legislação europeia na matéria, contudo, haveria de excluir este tipo de instrumentos de pagamento da sua disciplina, o que não quer dizer que, em concreto, não possamos lançar mão da *ratio iuris* de tais soluções para orientar o decidente na ponderação judicativa que há-de levar a cabo – cf. artigo 3º/k) DSP2. ²⁵ Sobre o ponto, cf., de modo amplo, Aa.Vv. (coord. António Pinto MONTEIRO), *O contrato na gestão do risco e da equidade*, Instituto Jurídico, 2014.



É no quadro dessa relação contratual e da repartição do risco que ela envolve que o problema deve ser, portanto, analisado, se nos quisermos cingir ao âmbito da interação entre o ordenante e o prestador do serviço.

Este apelo à repartição do risco entre os sujeitos envolvidos na relação controvertida haveria de estar na base de muitas decisões jurisprudenciais na matéria. No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Dezembro de 2013²⁶, a propósito de uma situação que envolvia o acesso não autorizado, através dos instrumentos de *homebanking*, a uma conta de depósito, o coletivo de juízes considerou que o risco de falha do sistema informático, bem como da existência de ataques cibercriminosos corre por conta dos bancos, nos termos do artigo 796º/1 CC, pelo que, não se provando que haja culpa da parte do utilizador das credenciais de acesso, é a entidade bancária quem deve suportar as perdas verificadas.

Também no Acórdão de 19 de Fevereiro de 2002 o Supremo Tribunal de Justiça mobilizou um critério análogo. O caso conta-se em poucas palavras: A era titular de um cartão *eurocheque*, que lhe foi entregue pelo Banco, para acesso a caixas automáticas e aos terminais automáticos de pagamento. O cartão foi furtado do interior de um veículo, onde se encontrava guardado dentro de uma carteira, tendo sido efetuados com ele diversos levantamentos e realizadas várias compras, debitadas na conta de A. O contrato de utilização do cartão previa que quem teria a responsabilidade pelo risco de qualquer uso indevido por terceiro era o titular daquele, mesmo não havendo culpa da sua parte, tendo considerado o STJ que as cláusulas em questão, ao alterarem completamente a regra

²⁶ Proc. 6479/09.8.TBTRG.G1.S1, Relator Ana Paula Boulart, www.dgsi.pt



contida no artigo 796º CC, deviam ser consideradas nulas. Ora, embora se sustente no aresto que o Banco não tem de suportar todo o risco, havendo que ponderar a situação de facto anterior à comunicação de extravio ou furto e o facto de o titular do cartão ter ou não tido culpa no furto do mesmo, e se considere que o cliente bancário é responsável por, em contravenção com o que lhe seria imposto pela boa-fé, não ter comunicado ao banco o furto ou tê-lo feito com demora injustificável, é o regime da repartição do risco contido no artigo 796º CC que é ainda chamado à colação para orientar o decidente no proferimento da sua decisão judicativa²⁷.

No fundo, haveria que considerar-se dois períodos temporalmente distintos²⁸: 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.

Ora, a diferenciação temporal a que se alude associada à necessária ponderação do comportamento de cada um dos sujeitos não pode ser ignorada a este propósito, pois ela é bastante para

²⁷ Cf., igualmente, a este propósito, Ac. TRL 16/4/1994 (Relator: Noronha do Nascimento); TRL 18/4/2013 (Relator: Francisco Matos)

²⁸ Neste sentido, cf. Maria Raquel GUIMARÃES, *As transferências eletrónicas de fundos e os cartões de débito*, Coimbra Editora, 2011, 217 s.; Maria Raquel GUIMARÃES, “Ainda a responsabilidade pelo uso indevido de instrumentos de pagamento eletrónicos em operações presenciais e à distância: análise do regime introduzido pelo Anexo I do DL nº317/2009, de 30 de Outubro (RSP), e das alterações que se perspetivam face à proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Julho 2013”, *I Congresso de Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2015, 123 s.; Maria Raquel GUIMARÃES, “As operações fraudulentas de *home banking* na jurisprudência recente”, 9-33.



questionarmos se estamos diante de uma pura repartição do risco, contida na disciplina do artigo 796º CC, ou se podemos abraçar uma posição imputacional que, fazendo ainda apelo ao risco, o aloque em função do comportamento de cada um dos sujeitos envolvidos. É que tal diferença projetar-se-á em sede de consequências jurídicas, pois que, se ao tratarmos da pura repartição do risco, não podemos ir mais longe do que o reembolso dos montantes desviados, ao orientarmo-nos pela ideia de imputação/responsabilidade, ficamos habilitados a ir mais além, dirimindo questões indenizatórias para lá do referido reembolso.

Importa, portanto, tomar posição nesta matéria.

Dir-se-ia, *a priori*, que o problema ultrapassa a intencionalidade problemática do artigo 796º CC. Alguns dados têm, então, de ser esclarecidos.

O preceito refere que, “nos contratos que importem a transferência do domínio sobre certa coisa ou que constituam ou transfiram um direito real sobre ela, o perecimento ou deterioração da coisa por causa não imputável ao alienante corre por conta do adquirente”. Ora, se é certo que o depósito bancário envolve a transferência da propriedade sobre o dinheiro para a instituição bancária, não é menos verdade que a relação contratual que agora se analisa – ligando-se àquele num todo complexo – não se confunde com ele. Do que se trata é, em muitos casos, de um contrato de utilização de cartão de débito/crédito ou de um contrato de utilização do serviço de *homebanking* ou, mais amplamente, de um contrato de prestação de serviços de pagamento. Há, portanto, que tecer algumas considerações sobre o ponto.



Na prática, o contrato de prestação de serviços de pagamento pode traduzir-se na inserção de cláusulas contratuais num contrato bancário de depósito. É claro que não se identifica com esse tipo contratual, não estando, portanto, em causa um contrato que envolva a transferência da propriedade sobre um bem. Mas, dada a complexidade contratual a que, também na prática, somos conduzidos, nada nos impede de pensar nos problemas de forma conjugada. De acordo com o entendimento da nossa jurisprudência superior, estaríamos aqui diante de uma união de contratos, considerando parte da doutrina que o contrato de abertura de conta funcionaria como um contrato matriz e fundador de outros contratos, entre os quais o contrato de depósito bancário e o contrato de prestação de serviços de pagamento²⁹. Assim, as

²⁹ Maria Raquel GUIMARÃES, “As operações fraudulentas de *home banking* na jurisprudência recente”, 26 s.

Sobre o ponto, cf. Calvão da SILVA, “Acórdão 18 Dezembro 2013”, 290 s., considerando que o contrato de conta bancária, com a conta de depósito à ordem, funcionando em conta corrente, deve ser visto como um contrato quadro, sendo afetados a essa conta os créditos recíprocos que perdem a sua individualidade, reunindo-se ou fundindo-se num quadro jurídico único e global”. Nas palavras do autor, “a conta corrente permite usar todo o serviço de caixa (...), não se descortinando razão para autonomizar o contrato de giro do contrato de conta corrente”, tudo se reconduzindo ao contrato de abertura de conta. Ainda de acordo com o posicionamento de Calvão da Silva, o DL n.º 27-C/2000, ao definir os serviços mínimos bancários, permite a qualificação da conta como contrato quadro, já que dela deriva o dever de o banco prestar os seguintes serviços mínimos: constituição, manutenção, gestão e titularidade da conta de depósito à ordem; titularidade do cartão de débito; acesso à conta através de caixas multibanco, serviços de homebanking, débitos diretos, levantamentos, pagamentos, transferências. No fundo, o serviço de caixa contínuo traduzir-se-ia num mandato assumido pelo banco na abertura de conta e concretizar-se-ia



vicissitudes que afetariam um dos polos da unidade negocial formada não poderiam deixar de ser compreendidas à luz da globalidade contratual. Consoante explica Pereira Coelho³⁰, “os nexos internegociais que a doutrina tradicional imputa a relevância coligativa, ou seja, aquelas conexões que permitiriam uma coligação juridicamente relevante (...) configuram, se bem virmos, conexões e consequências idênticas àquelas que se estabelecem e produzem no interior de um contrato unitário. Nexos como o de sinalgmaticidade ou o de condicionamento constituem nexos que tipicamente se desenvolvem nos quadros do círculo interno de efeitos de um contrato unitário. Por conseguinte, ocorrendo tais nexos entre efeitos negociais pertencentes a estruturas negociais aparentemente autónomas, deve entender-se que está presente, no conjunto desses negócios, um novo e unitário negócio”. Significa isto que as contingências que abranjam esta unidade devem afetá-la na sua globalidade e não apenas nas partes que as compõem. Dito de outro modo, ainda que o que esteja em causa seja o contrato de serviço de pagamentos, não é menos certo que ele só pode ser entendido, no quadro de uma relação bancária duradoura, na sua relação com a conta de depósito, porquanto pressuponha uma conta de pagamento.

Tais considerações tornam segura a conclusão segundo a qual o problema pode ser perspetivado sob a ótica do contrato de depósito bancário. No fundo, o risco que se tentaria alocar seria o

mediante futuras ordens ou instruções de giro do correntista com os fundos disponíveis na conta – cf. pág. 307.

³⁰ Francisco Pereira COELHO, “Coligação negocial e operações negociais complexas”, in *Volume Comemorativo do 75.º Tomo do Boletim da Faculdade de Direito (BFD)*, Coimbra, 2003, 250 s.



risco de acesso indevido ao depósito bancário de que é titular o cliente da instituição financeira e não o risco de impossibilidade de cumprir, por atuação de um terceiro, o contrato de serviço de pagamentos.

Simplesmente, a conformação do regime a que somos conduzidos por força dos diplomas comunitários já transpostos ou em fase de transposição leva-nos a depor no sentido contrário. O que se disciplina, aí, é a repartição do risco – numa lógica de imputação, porquanto orientada pelo âmbito dos deveres assumidos por cada um dos contraentes – no seio do contrato de serviço de pagamentos, embora com repercussões óbvias no quadro do depósito bancário, sem o qual ele não é pensável. Aliás, a introdução de regras próprias atinentes ao prestador do serviço de iniciação de pagamentos parece depor nesse sentido. Ora, assim sendo parece que o nosso problema ultrapassa a intencionalidade do artigo 796º CC.

A superação do âmbito de relevância do artigo 796º CC pelos regimes normativos aludidos – RSP e DSP2 – justifica-se, ainda, por outro motivo. Se ao nível da disciplina codicística, atenta a estrutura negocial que lhe estava subjacente, o que parece estar em causa é a ponderação de situações em que o perecimento da coisa se dá por um facto não controlável por qualquer dos contraentes, fazendo-se recair o prejuízo sobre aquele que melhor podia controlar o risco inerente à transação (sem que efetivamente o pudesse fazer), no tocante aos citados regimes, o risco que envolve o negócio é, afinal, o risco de interferência de um terceiro sujeito ou de falha do sistema informático e de comunicações, que poderia, eventualmente, ter sido evitado pela conduta de um ou algum dos contraentes. Sabendo como sabemos que o prestador do serviço está onerado



com elevados padrões de conduta, nos termos do artigo 73º RGICSF, parece que mais do que lidar juridicamente com um risco imprevisível e incontrolável se está a regular uma situação que resulta de um perigo potencial, previsível e que, até certo ponto, pode ser contornado com medidas de proteção. Significa isto, então, que o regime dos serviços de pagamentos nos conduz, afinal, para um sistema de repartição de responsabilidade assente na consideração dos âmbitos dos deveres violados.

A intencionalidade subjacente aos preceitos do RSP e da DSP2 parece, portanto, desenhar-se como imputacional. A repartição do risco objetivamente considerado só operará quando a perda concretamente verificado não possa ser imputada a um dos sujeitos da relação com base em critérios subjetivos. Enquanto ao nível do artigo 796º CC se opera uma pura repartição do risco, decorrente de um caso de força maior, considerando-se que ele deve onerar quem se encontre mais próximo desse risco; ao nível da disciplina do contrato de serviços de pagamentos, podendo-se lidar com factos fortuitos, tem-se em conta os âmbitos de proteção dos deveres que vinculam as partes para decidir acerca da referida repartição.

Zimmermann³¹ ensina-nos, recuando ao direito romano, que, se “um cavalo emprestado foi furtado por um terceiro ou foi morto por um amigo daquele a quem foi emprestado, o sujeito a quem ele foi entregue é responsável pelo dano independentemente de ter ou não tomado conta do animal o melhor possível e mesmo

³¹ Cf. Reinhard ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co. Ltd., Joanesburgo, 1992, 193 s., que aqui acompanhamos de muito perto.



que não tivesse podido prever o incidente particular. Se, ao invés, o cavalo tivesse sido levado ou lesado por inimigos invasores ou por um gang de ladrões, excluir-se-ia a responsabilidade”. Explica o autor que os eventos como os referidos em último lugar preenchem a categoria da *vis maior*. A responsabilidade implicaria o encargo por estes eventos menores (*casus minor*), ou seja tudo aquilo que não fosse atribuído à força maior, assim encarada como um limite ao ressarcimento. Em causa, estaria, portanto, aquilo que o autor designa por obrigação de *custódia*³². Trata-se de uma obrigação de guarda de um objeto no âmbito de uma relação obrigacional ou seja de uma garantia de obtenção de um certo resultado que estava contida dentro de certas obrigações. Mas não era uma garantia absoluta, porque, ultrapassados os limites do que possa ser visto como humanamente possível, entramos no campo da força maior. Adianta, ainda, Zimmermann que quem é responsável pela *custódia* é também por dolo e culpa, não respondendo pela deterioração do objeto que resulta do normal uso. Se, por negligência, aquele a quem a coisa foi entregue torna possível que um terceiro furete ou danifique o objeto, ele é responsável, mas a sua culpa não releva e seria sempre responsável nos termos da obrigação de *custódia*. Se usar o objeto para um fim diferente daquele para o qual ele foi entregue, comete um ilícito (*furtum usus*), tendo como consequência o incremento da responsabilidade, que passa a cobrir também os danos causados pela força maior³³. Não é, contudo, inteiramente certo em que medida tem de haver uma específica conexão causal entre o ato ilícito e a ocorrência da força maior. Se tivesse de haver, o sujeito não seria responsável se tivesse levado o

³² Cf. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, 194.

³³ Cf. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, 196.



cavalo a Roma (embora fosse suposto não levar) e este tivesse sido atingido por um terremoto, que também o teria atingido se o cavalo se tivesse mantido calmamente na pastagem de sua casa. Dependendo da resposta, a responsabilidade seria baseada na culpa ou na ideia de que o ilícito, uma vez cometido, acarreta a responsabilidade por todas as consequências que se lhe seguem: *versanti in re illicita omnia imputantur quae ex delicto sequuntur*.

Como veremos, ao nível da disciplina dos contratos de serviços de pagamentos vai-se mais longe. Não estamos diante de uma mera ponderação atinente à distribuição do risco no seio do contrato, porquanto para além das situações em que a responsabilidade se fundaria na *custódia*, fazendo transitar os riscos de perecimento devidos a força maior para o depositário, outras são pensadas pelo legislador, que nos fornece critérios para dar resposta ao problema de saber até que ponto o dano gerado se integra ou não na esfera de responsabilidade que foi edificada pela preterição de um determinado dever por um dos contraentes. Na verdade, só uma análise do âmbito de proteção dos deveres eventualmente preteridos³⁴ – se algum ou alguns – e o cotejo da esfera de responsabilidade com outras esferas de risco, quer se trate da esfera de risco do lesado, quer se trate da *Lebensrisiko*, é de molde a oferecer os contornos judicativos que se procuram, com consequências dogmáticas de não pequena monta, pois que, ao recortarmos este sentido imputacional, estamos habilitados a ir, em termos de sanção, para além do mero reembolso.

³⁴ Estamos aqui a considerar quer os deveres de proteção que oneram os contraentes, quer eventuais deveres de minorar o dano.



Eis, pois, a razão pela qual haveremos de, de ora em diante, mergulhar nos anunciados regimes jurídicos.

IV. O Regime do Serviço de Pagamentos e a Diretiva dos Serviços de Pagamentos 2: traçado geral

Os diversos aspetos referentes aos serviços de pagamentos constam do Regime Jurídico dos Serviços de Pagamentos e de Moeda Eletrónica (RSP), aprovado pelo DL nº317/2009, de 30 de Outubro, com as alterações introduzidas pelo DL nº242/2012, de 7 de Novembro³⁵.

Nos termos do artigo 2º/g) RSP, uma operação de pagamento traduz-se no ato, praticado pelo ordenante ou pelo beneficiário, de depositar, transferir ou levantar fundos, independentemente de quaisquer obrigações subjacentes entre o ordenante e o beneficiário, sendo o sistema de pagamentos um sistema de transferência de fundos que se rege por disposições formais e normalizadas e por regras comuns relativas ao tratamento, compensação e liquidação de operações de pagamento. Por seu turno, o artigo 4º elenca os possíveis serviços de pagamentos, quais sejam os serviços que permitam depositar numerário numa conta de pagamento, bem como todas as operações necessárias para a gestão dessa conta; os serviços que permitam levantar numerário de uma conta de pagamento, bem como todas as operações necessárias para a gestão dessa conta; a execução de operações de pagamento, incluindo a transferência de

³⁵ Sobre o ponto, cf. Menezes CORDEIRO, *Direito Bancário*, 577 s., onde podemos encontrar uma importante síntese do regime com que nos confrontamos.



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 os de carácter pontual; a execução de operações de pagamento através de um cartão de pagamento ou de um dispositivo semelhante; a execução de transferências a crédito, incluindo ordens de domiciliação; a 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, entre as quais 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; a execução de transferências a crédito, incluindo ordens de domiciliação; a emissão ou aquisição de instrumentos de pagamento; o envio de fundos; a execução de operações de pagamento em que o consentimento do ordenante para a execução da operação de pagamento é comunicado através de quaisquer dispositivos de telecomunicações, digitais ou informáticos, e o pagamento é efetuado ao operador da rede ou do sistema de telecomunicações ou informático, agindo exclusivamente como intermediário entre o utilizador do serviço de pagamento e o fornecedor dos bens e serviços.

Estas operações de pagamento podem ocorrer isoladamente ou vir enquadradas num contrato-quadro, no seio do qual têm lugar³⁶. Consoante ocorra uma ou outra situação, assim

³⁶ Explicitando que este contrato quadro “surge como uma cláusula ou várias inseridas no contrato de abertura de conta”, dando azo “a uma relação duradoura e recíproca, com direitos e deveres para ambas as partes”, cf. Menezes CORDEIRO, *Direito Bancário*, 579. Sobre o contrato-quadro, cf. o que ficou dito *supra*.



serão diferentes os deveres de informação que oneram o prestador do serviço de pagamentos³⁷. Mas, independentemente de tal especificidade, há um núcleo de regras comuns que disciplinam os direitos e os deveres das partes e especificam o regime de repartição do risco de fraude entre eles. Importa, por isso, acompanhar o disposto nos artigos 62º e seguintes do RSP.

De acordo com o artigo 65º RSP, uma operação de pagamento tem de ser autorizada, o que implica o consentimento do ordenante na sua execução. Tal consentimento deve ser prestado previamente à execução da operação, podendo sê-lo depois, se tiver sido acordado entre o ordenante e o respetivo prestador do serviço do pagamento. De todo o modo, ele deve poder ser retirado a qualquer tempo, embora nunca depois do momento de irrevogabilidade estabelecido no artigo 77º/1 RSP³⁸. O ordenante e o respetivo prestador do serviço de pagamentos podem, ainda, acordar uma limitação de despesas para as operações de pagamento executadas através de um instrumento de

³⁷ Cf. artigos 46º e ss. e 52º ss. RSP.

A este propósito, cf., *infra*, o que se dirá sobre os deveres de informação impostos pela DSP2, no âmbito da qual também serão mais intensos os deveres de informação quando exista um contrato quadro. Na verdade, consoante se esclarece no *considerandum* 57 da DSP2, “na prática, os contratos-quadro e as operações de pagamento por eles abrangidas são de longe mais comuns e importantes de um ponto de vista económico do que as operações de pagamento de carácter isolado. Se existir uma conta de pagamento ou um instrumento de pagamento específico, é necessário um contrato-quadro”, razão pela qual os requisitos de informação prévia deverão ser exaustivos, ao invés do que sucede quando a operação de pagamento é pontual, hipótese em que só as informações essenciais deverão ser prestadas.

³⁸ Veja-se, novamente, Menezes CORDEIRO, *Direito Bancário*, 582.



pagamento específico. É também possível que, mediante estipulação expressa no contrato quadro, o prestador de serviços de pagamento venha bloquear um instrumento de pagamento, quando esteja em causa a segurança do instrumento de pagamento ou haja a suspeita de utilização não autorizada ou fraudulenta desses instrumentos; bem com nas hipóteses em que há o aumento do risco de o ordenamento não poder cumprir as suas responsabilidades de pagamento, caso se trate de um instrumento de pagamento associado a uma linha de crédito. A lição extrai-se do artigo 66º/2 RSP e mostra-nos como o prestador do serviço de pagamentos está, na relação contratual firmada, onerado com determinados deveres que visam salvaguardar a incolumidade do património do utilizador.

Designadamente, e nos termos do artigo 68º/1, o prestador do serviço de pagamentos deve assegurar que os dispositivos de segurança personalizados do instrumento de pagamento só são acessíveis ao utilizador de serviços de pagamento que tenha direito a utilizar o referido instrumento, bem como impedir qualquer utilização do instrumento de pagamento logo que seja notificado pelo utilizador do serviço da perda, do roubo, da apropriação abusiva ou de qualquer utilização não autorizada daquele. Esta comunicação, que deve ser feita sem atrasos injustificados, faz parte das obrigações do ordenante, o qual se obriga, simultaneamente, a utilizar o instrumento de pagamento de acordo com as condições que regem a sua emissão e utilização, nos termos do artigo 67º RSP.

Conforme estabelece o artigo 69º/1 RSP, o utilizador do serviço de pagamento tem o direito de obter a retificação, por parte do prestador do serviço de pagamento, se, após ter tomado



conhecimento de uma operação de pagamento não autorizada ou incorretamente executada suscetível de originar uma reclamação, comunicar o facto ao respetivo prestador do serviço de pagamento sem atraso injustificado e dentro de um prazo nunca superior a 13 meses a contar da data do débito. Repare-se que incumbe ao prestador do serviço fornecer a prova de que a operação de pagamento foi autenticada, na hipótese de o utilizador do serviço negar ter fornecido tal autorização, não sendo suficiente para a mencionada prova a alegação da utilização do instrumento de pagamento pelo prestador do serviço. Do mesmo modo, tal não é bastante para provar que o ordenante não cumpriu as obrigações a que estava vinculado ou que agiu de forma fraudulenta.

Em regra, e nos termos do artigo 71º RSP, o prestador de serviços de pagamento do ordenante deve reembolsá-lo imediatamente do montante da operação de pagamento não autorizada e repor a conta de pagamento debitada na situação em que estaria se a operação de pagamento não autorizada não tivesse sido executada. Caso o reembolso não ocorra imediatamente, o utilizador do serviço tem direito ao pagamento de juros moratórios, contados dia a dia, desde a data em que o ordenante haja negado ter autorizado a operação de pagamento executada até à data do reembolso efetivo, calculados à taxa legal, acrescida de 10 pontos percentuais, podendo ainda ter direito a uma indemnização.

A responsabilidade passa, contudo, a ser do ordenante, nos termos do artigo 72º RSP, quando as operações não autorizadas resultarem da perda, de roubo ou da apropriação abusiva de instrumento de pagamento, com quebra da confidencialidade dos dispositivos de segurança personalizados imputável ao ordenante. A responsabilidade pelas perdas fica limitada ao saldo disponível na



conta de pagamento ou ao crédito a ela associada, até ao limite máximo de 150 euros. Esta limitação deixa de ter lugar, suportando o ordenante todas as perdas, se forem as operações de pagamento não autorizadas forem devidas a atuação fraudulenta ou ao incumprimento de uma das obrigações previstas no artigo 67º RSP. Em caso de grave negligência do ordenante, este suporta as perdas resultantes de operações de pagamento não autorizadas até ao limite do saldo disponível ou da linha de crédito associada à conta ou ao instrumento de pagamento, ainda que superiores a 150 euros, dependendo da natureza dos dispositivos de segurança personalizados do instrumento de pagamento e das circunstâncias da sua perda, roubo ou apropriação abusiva.

Caso o prestador de serviços de pagamento não forneça, como deve, os meios apropriados que permitam a notificação, a qualquer momento, da perda, do roubo ou da apropriação abusiva de um instrumento de pagamento, o ordenante não fica obrigado a suportar as consequências financeiras resultantes da utilização desse instrumento de pagamento, salvo nos casos em que tenha agido de modo fraudulento. O ordenante também não suporta as consequências financeiras da utilização não autorizada dos instrumentos de pagamento perdidos, roubados ou abusivamente apropriados, salvo em caso de atuação fraudulenta da sua parte.

Os artigos 73º e 74º RSP preveem ainda reembolsos devidos.

A Diretiva UE 2015/2366, do Parlamento Europeu e do Conselho (DSP2), em função da qual o quadro legal interno terá de ser alterado, prevê, igualmente, que o serviço de pagamentos possa ser feito no âmbito de um contrato-quadro ou isoladamente, fazendo resultar da diferença também diferentes deveres de



informação, consoante tínhamos assistido no quadro da legislação interna em vigor entre nós, até agora.

Mantém-se a obrigatoriedade de consentimento da execução da operação de pagamento para que a mesma se considere autorizada. Tal autorização pode ser dada pelo ordenante antes da referida operação ou, se tal for acordado entre aquele e o prestador de serviços de pagamento, depois da respetiva execução. O consentimento para executar uma operação de pagamento ou uma série de operações de pagamento é dado na forma acordada entre o ordenante e o prestador de serviços de pagamento, podendo ser, igualmente, dado através do beneficiário ou do prestador de serviços de iniciação de pagamentos. Esta última possibilidade trata-se de uma novidade introduzida pela DSP2, que poderá redundar em problemas práticos de que, *infra*, cuidaremos.

Nos termos do artigo 68º/1 DSP2, sendo utilizado um instrumento de pagamento específico para efeitos de comunicação do consentimento, o ordenante e o prestador de serviços de pagamento do ordenante podem acordar em limites de despesas para as operações de pagamento executadas através do instrumento de pagamento em questão. E, tal como também já ocorre no quadro da legislação em vigor entre nós, havendo previsão no contrato-quadro, o prestador de serviços de pagamento pode reservar-se o direito de bloquear o instrumento de pagamento por motivos objetivamente justificados relacionados com a segurança dele, com a suspeita de utilização não autorizada ou fraudulenta do mesmo ou, caso se trate de um instrumento de pagamento com uma linha de crédito, perante o aumento significativo do risco de o ordenante não poder cumprir as suas responsabilidades de pagamento.



Continuam, igualmente, a prever-se obrigações recíprocas para cada um dos sujeitos intervenientes no serviço de pagamentos. Desde logo, de acordo com o artigo 69º DSP2, o utilizador do serviço deve utilizar o instrumento de pagamento de acordo com as condições que regem a sua emissão e utilização, devendo, designadamente, adotar todas as medidas necessárias para preservar a segurança das suas credenciais de segurança personalizadas e comunicar, sem demora indevida e logo que tome conhecimento dos factos, a perda, o furto, a apropriação abusiva ou qualquer utilização não autorizada do instrumento de pagamento. No que diz respeito ao prestador do serviço, nos termos do artigo 70º, ele deve assegurar que as credenciais de segurança personalizadas só sejam acessíveis ao utilizador de serviços de pagamento habilitado a utilizar o referido instrumento, bem como as condições necessárias para que o utilizador proceda à comunicação a que atrás nos referimos.

De acordo com o artigo 72º DSP2, caso um utilizador de serviços de pagamento negue ter autorizado uma operação de pagamento executada ou alegue que a referida operação não foi corretamente executada, deve incumbir ao prestador de serviços de pagamento a prova de que a operação de pagamento foi autenticada e que não foi afetada por qualquer avaria técnica ou por outra deficiência do serviço prestado pelo prestador de serviços de pagamento. Se a operação de pagamento for iniciada através de um prestador do serviço de iniciação do pagamento, recai sobre este último o ónus de provar que, no âmbito da sua esfera de competências, a operação de pagamento foi autenticada e devidamente registada, e não foi afetada por qualquer avaria técnica ou por outra deficiência relacionada com o serviço de



pagamento pelo qual é responsável. A prova a que se alude pode não ser fácil de efetuar. Na verdade, sempre que o 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 não é necessariamente suficiente, por si só, para provar que a operação de pagamento foi autorizada pelo ordenante, que este agiu de forma fraudulenta ou que não cumpriu, com dolo ou por negligência grosseira, uma ou mais obrigações que sobre ele impendiam.

Em face de uma operação de pagamento não autorizada, o prestador de serviços de pagamento do ordenante reembolsa imediatamente o ordenante do montante dessa operação e, em todo o caso, o mais tardar até ao final do primeiro dia útil seguinte, após ter tido conhecimento da operação ou após esta lhe ter sido comunicada, exceto se o prestador de serviços de pagamento do ordenante tiver motivos razoáveis para suspeitar de fraude e comunicar por escrito esses motivos à autoridade nacional relevante, nos termos do artigo 73º/1 DSP2. Quando a operação de pagamento seja iniciada através de um prestador do serviço de iniciação do pagamento, o prestador de serviços de pagamento que gere a conta reembolsa imediatamente e, em todo o caso, o mais tardar até ao final do primeiro dia útil seguinte, o montante da operação de pagamento não autorizada, consoante dispõe o artigo 73º/2 DSP. É esse mesmo preceito que determina, ainda, que, se o prestador do serviço de iniciação de pagamento for responsável pela operação de pagamento não autorizada, ele deve indemnizar imediatamente o prestador de serviços de pagamento que gere a conta, a pedido deste, pelos danos sofridos ou pelos montantes



pagos em resultado do reembolso ao ordenante, incluindo o montante da operação de pagamento não autorizada.

Por seu turno, e nos termos do artigo 74º DSP2, o ordenante pode ser obrigado a suportar, até ao montante máximo de 50 euros, as perdas relativas às operações de pagamento não autorizadas resultantes da utilização de um instrumento de pagamento perdido ou furtado ou da apropriação abusiva de um instrumento de pagamento, exceto se a perda, o furto ou a apropriação abusiva do instrumento de pagamento não puder ser detetada pelo ordenante antes da realização de um pagamento, salvo se o ordenante tiver atuado fraudulentamente; ou se a perda tiver sido causada por atos ou omissões de um trabalhador, de um agente ou de uma sucursal do prestador de serviços de pagamento, ou de uma entidade à qual as suas atividades tenham sido externalizadas. O limite de 50 euros deixa de ter lugar, quando as operações de pagamento não autorizadas tiverem resultado de uma atuação fraudulenta ou do incumprimento com dolo ou por negligência grosseira de uma ou mais obrigações do ordenante.

Em compensação, caso o prestador de serviços de pagamento do ordenante não exija a autenticação forte do cliente, o ordenante só suporta as eventuais perdas financeiras se tiver atuado fraudulentamente, de acordo com o artigo 74º/2 DSP2. Com uma intencionalidade nitidamente imputacional, o preceito determina, igualmente, que, caso o beneficiário ou o seu prestador de serviços de pagamento não aceitem a autenticação forte do cliente, ele terá de reembolsar os prejuízos financeiros causados ao prestador de serviços de pagamento do ordenante. Não haverá, além disso, qualquer responsabilidade por parte do ordenante, quando, havendo perda, furto ou uso abusivo do instrumento de



pagamento, o prestador de serviços de pagamento não fornecer meios adequados que permitam a comunicação, a qualquer momento, do sucedido, exceto se tiver havido por atuação fraudulenta do ordenante. Esta solução, contida no artigo 74º/3 DSP2, está em sintonia com a regra segundo a qual o ordenante não suporta quaisquer consequências financeiras resultantes da utilização de um instrumento de pagamento perdido, furtado ou utilizado abusivamente após ter procedido à comunicação a que se refere o artigo 69º.

Ao admitir que a operação de pagamento possa ter lugar por iniciativa do beneficiário, através do qual a autorização necessária é dada pelo ordenante, a Diretiva dos Serviços de Pagamentos 2 sente necessidade de estabelecer regras especiais no tocante à eventual responsabilidade dos intervenientes numa situação controversa, nessas hipóteses em que a operação de pagamento é iniciada pelo beneficiário ou através dele.

Dispõe o artigo 76º DSP2 que os Estados membros, na transposição da diretiva, devem assegurar que o ordenante tenha direito ao reembolso, pelo prestador de serviços de pagamento, de uma operação de pagamento autorizada iniciada pelo beneficiário ou através deste, e que já tenha sido executada, se estiverem reunidas cumulativamente as seguintes condições: que a autorização não especifique o montante exato da operação de pagamento no momento em que foi concedida; e que o montante da operação de pagamento exceda o montante que o ordenante poderia razoavelmente esperar tendo em conta o seu perfil anterior de despesas, os termos do seu contrato-quadro e as circunstâncias específicas do caso. Recairá sobre o ordenante o ónus de provar que tais condições estão reunidas.



Nos termos do artigo 76º/3 DSP2, pode ser estabelecido no contrato-quadro entre o ordenante e o prestador de serviços de pagamento que o direito ao reembolso não tenha lugar, se o ordenante tiver dado o seu consentimento para a execução da operação de pagamento diretamente ao prestador de serviços de pagamento e se o prestador de serviços de pagamento ou o beneficiário tiverem prestado, pela forma acordada, informações sobre a futura operação de pagamento com pelo menos quatro semanas de antecedência relativamente à data de execução.

Os Estados membros devem ainda assegurar, conforme preceitua o artigo 76º/1 DSP2, que, em relação aos débitos diretos a que se refere o artigo 1º Regulamento (UE) 260/2012, o ordenante tenha um direito de reembolso incondicional, nos prazos fixados no artigo 77º DSP2.

A DSP2 prevê, ainda, uma série de regras relativas à responsabilidade dos diversos intervenientes. Nos termos do artigo 88º, se uma ordem de pagamento for executada de acordo com o identificador único, considera-se que foi executada corretamente no que diz respeito ao beneficiário especificado no identificador único. Tendo sido o identificador único fornecido pelo utilizador de serviços de pagamento e se ele estiver incorreto, o prestador de serviços de pagamento não é responsável pela não execução da operação de pagamento.

Nos termos do artigo 89º, “caso uma ordem de pagamento seja emitida diretamente pelo ordenante, a responsabilidade pela execução correta da operação de pagamento perante o ordenante cabe ao prestador de serviços de pagamento do ordenante, sem prejuízo do artigo 71º, do artigo 88º, nº 2 e 3, e do artigo 93º, salvo



se o prestador de serviços de pagamento do ordenante puder provar ao ordenante e, se for caso disso, ao prestador de serviços de pagamento do beneficiário, que o prestador de serviços de pagamento do beneficiário recebeu o montante da operação de pagamento nos termos do artigo 83º, nº 1. Nesse caso, cabe ao prestador de serviços de pagamento do beneficiário a responsabilidade perante este último pela execução correta da operação de pagamento. Caso a responsabilidade caiba ao prestador de serviços de pagamento do ordenante nos termos do primeiro parágrafo, este reembolsa ao ordenante, sem demora indevida, o montante da operação de pagamento não executada ou com falhas na execução e, se for caso disso, repõe a conta de pagamento debitada na situação em que estaria se não tivesse ocorrido a execução incorreta da operação de pagamento”. Ao invés, se a ordem de pagamento for emitida pelo beneficiário ou através dele, cabe ao prestador de serviços de pagamento do beneficiário a responsabilidade perante o beneficiário pela transmissão correta da ordem de pagamento ao prestador de serviços de pagamento do ordenante.

Dispõe, igualmente, o artigo 90º DSP2 que “caso uma ordem de pagamento seja iniciada pelo ordenante através de um prestador do serviço de iniciação do pagamento, o prestador de serviços de pagamento que gere a conta reembolsa ao ordenante, sem prejuízo do artigo 71º e do artigo 88º, nº 2 e 3, o montante da operação de pagamento não executada ou incorretamente executada e, se for caso disso, repõe a conta de pagamento debitada na situação em que estaria se não tivesse ocorrido a execução incorreta da operação de pagamento”. Nesses casos, caberá “ao prestador do serviço de iniciação do pagamento o ónus de provar que a ordem



de pagamento foi recebida pelo prestador de serviços de pagamento que gere a conta do ordenante nos termos do artigo 78º e que, no âmbito da sua esfera de competências, a operação de pagamento foi autenticada e devidamente registrada, e não foi afetada por qualquer avaria técnica ou por outra deficiência relacionada com a não execução, com a execução incorreta ou com a execução tardia da operação”. Por seu turno, “se o prestador de serviços de iniciação de pagamentos for responsável pela não execução, pela execução incorreta ou pela execução tardia da operação de pagamento, indemniza imediatamente o prestador de serviços de pagamento que gere a conta, a pedido deste, pelas perdas sofridas ou pelos montantes pagos em resultado do reembolso ao ordenante”.

Admite-se, ainda, a possibilidade de uma indemnização adicional, nos termos do direito contratual aplicável à relação que se estabelece entre o prestador do serviço de pagamento e o utilizador deste; prevê-se um direito de regresso contra um prestador de serviço de pagamento ou um intermediário, quando a responsabilidade seja assumida por um prestador do serviço de pagamentos, nos termos dos artigos 73º e 89º; e exclui-se a responsabilidade, quando exista uma circunstância anormal e imprevisível alheia à vontade da parte que invoca a aplicação dessas circunstâncias, cujas consequências não podiam ser evitadas apesar de todos os esforços desenvolvidos, ou caso o prestador de serviços de pagamento esteja vinculado por outras obrigações legais ao abrigo do direito nacional ou comunitário.



V. A responsabilidade contratual do prestador do serviço de pagamentos e a autorresponsabilidade do ordenante

O regime jurídico que é pensado para os serviços de pagamentos e eventuais fraudes que possam ocorrer no quadro de operacionalidade deles deve ser compreendido à luz da responsabilidade contratual das partes envolvidas.

Desde logo, e porque se trata de uma relação negocial, o prestador do serviço assume o reembolso imediato dos montantes das operações de pagamento que não hajam sido autorizadas, nos termos do artigo 71º/1 RSP e do artigo 73º/1 DSP2. Se a doutrina vê aqui a consagração de uma cláusula *solve et repete*, segundo a qual o banco primeiro paga e depois discute a responsabilidade entre si e o seu cliente³⁹, parece-nos que ela resulta claramente do âmbito da presunção de incumprimento que rege toda a responsabilidade não aquiliana. De facto, se o prestador do serviço tem como obrigação o dever de apenas executar ordens de pagamento autorizadas, a execução de uma ordem de pagamento não autorizada não pode deixar de se presumir culposa, nos termos do artigo 799º CC. Repare-se, aliás, que é compaginável com este entendimento a solução contida na DSP2 que permite excluir o reembolso imediato sempre que o prestador do serviço tenha fundadas suspeitas de fraude e as comunique ao Banco de Portugal, remetendo para um momento posterior a discussão de uma eventual responsabilidade.

Mesmo quando não haja qualquer culpa por parte do prestador do serviço – que poderia ilidir a presunção de que se

³⁹ Cf. Diana Beatriz Carrasco CAMPOS/Maria do Mar CARMO, *HomeBanking: consequências jurídicas*, www.governancelab.org, 23 s.



partiria -, o risco há-de correr por conta dele. Entende-se que assim seja, até porque é o prestador de serviços de pagamento quem está em melhores condições para avaliar os riscos inerentes a uma operação de pagamento, já que é quem fornece o sistema e controla os intermediários de todo o processo⁴⁰. No mais, não será fácil ilidir a referida presunção: é que a relação obrigacional que se estabelece, entendida como deve ser como uma relação obrigacional complexa, envolve mais deveres do que aqueles que se consubstanciam como meros deveres de prestação. Calvão da Silva relembra a este propósito que a relação obrigacional complexa, de confiança mútua, que se estabelece impõe ao Banco padrões de conduta profissionais e padrões éticos elevados, a determinar a imposição de deveres de proteção, em consonância com os ditames da boa-fé, nos termos do artigo 762º CC e do 73º RGICSF⁴¹.

Mas, o reembolso a que se alude é preliminar e não exclui a tomada de posição acerca da responsabilidade das partes. O risco de funcionamento deficiente do serviço de pagamentos corre por conta do banco, mas é possível que ele venha provar que a responsabilidade deve ser imputada ao ordenante⁴².

Torna-se, aí, fundamental considerar os diversos deveres que oneram os sujeitos intervenientes, ou por determinação legal, ou por força da boa-fé, perceber qual o seu âmbito, e com isso valorar a conduta do ordenante. Se o utilizador do serviço deve usar o instrumento de pagamento de acordo com as condições que

⁴⁰ Cf. J. Calvão da SILVA, “Acórdão de 18 de Dezembro de 2013”, 311 s.

⁴¹ J. Calvão da SILVA, “Acórdão de 18 de Dezembro de 2013”, 312 s.

⁴² Não se trata, por isso, de uma mera responsabilidade pela *custódia*. É que, como veremos, a intervenção do terceiro pode ser ainda imputada ao comportamento de um dos contraentes.



regem a sua emissão, devendo adotar todas as medidas necessárias para preservar a segurança das suas credenciais de segurança personalizadas, comunicando no imediato a perda, o furto ou a apropriação abusiva do referido instrumento, percebe-se que o risco de perda, furto ou uso abusivo corra por sua conta, sempre que ela se fique a dever a um comportamento negligente da sua parte ou a uma conduta fraudulenta. No fundo, e recorrendo à dogmática tradicional da responsabilidade civil, que nos permite enquadrar os problemas – à boa maneira do que parece ter sido feito no ordenamento jurídico alemão, com a introdução da disciplina dos contratos de serviços de pagamentos no BGB –, a solução seria pensável nos termos do artigo 570º CC⁴³. Mas a essa

⁴³ Cf. J. Calvão da Silva, “Acórdão de 18 de Dezembro de 2013”, 317 s., chamando à colação na mesma linha de pensamento o artigo 570º CC.

Mais complexa é a posição do civilista de, neste quadro problemático, convocar o artigo 493º/2 CC. Repare-se que o autor dialoga com o preceito no quadro de utilização fraudulenta de um sistema de *homebanking* por um terceiro que, dessa feita, consegue fazer levantamentos num elevado montante. Considera, por isso, viável que o sistema informático seja visto como uma atividade perigosa para efeitos do artigo 493º/2 CC. Simplesmente, este preceito opera no âmbito da responsabilidade extracontratual. Ora, não existe aqui qualquer violação de direitos absolutos do ordenante, razão pela qual ela deve ser afastada. Simplesmente, podemos olhar para a norma fora do entendimento tradicional que vê nela uma simples presunção de culpa. Na verdade, consoante temos vindo a ensaiar – cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Príncipia, 2013; e *Lições de Responsabilidade Civil*, Príncipia, 2017, 239 s. –, na esteira do ensinamento de Menezes Cordeiro, o artigo 493º/2 CC deverá ser interpretado no sentido da consagração de uma hipótese de responsabilidade assente na *faute*. Nessa medida, uma vez desvelada uma conduta lesiva que atente contra princípios fundamentais, como o princípio da prevenção, desvelar-se-ia o sentido



mesma solução somos conduzidos pelo regime legal previsto para o serviço de pagamentos.

Assim, a responsabilidade passa a ser do ordenante, nos termos do artigo 72º RSP, quando as operações não autorizadas resultarem da perda, de roubo ou da apropriação abusiva de instrumento de pagamento, com quebra da confidencialidade dos dispositivos de segurança personalizados, imputável ao ordenante. A responsabilidade pelas perdas fica limitada ao saldo disponível na conta de pagamento ou ao crédito a ela associada, até ao limite máximo de 150 euros. Esta limitação deixa de ter lugar, suportando o ordenante todas as perdas, se as operações de pagamento não autorizadas forem devidas a atuação fraudulenta ou ao incumprimento de uma das obrigações previstas no artigo 67º RSP. Em caso de grave negligência do ordenante, este suporta as perdas resultantes de operações de pagamento não autorizadas até ao limite do saldo disponível ou da linha de crédito associada à conta ou ao instrumento de pagamento, ainda que superiores a 150 euros, dependendo da natureza dos dispositivos de segurança personalizados do instrumento de pagamento e das circunstâncias da sua perda, roubo ou apropriação abusiva. Mas, caso o prestador de serviços de pagamento não forneça, como deve, os meios apropriados que permitam a notificação, a qualquer momento, da perda, do roubo ou da apropriação abusiva de um instrumento de pagamento, o ordenante não fica obrigado a suportar as consequências financeiras resultantes da utilização desse instrumento de pagamento, salvo nos casos em que tenha agido de

do abuso a determinar a ilicitude delitual. Não cremos, contudo, que a mobilização que Calvão da Silva faz do preceito passe por este novo entendimento do mesmo.



modo fraudulento. O ordenante também não suporta as consequências financeiras da utilização não autorizada dos instrumentos de pagamento perdidos, roubados ou abusivamente apropriados, salvo em caso de atuação fraudulenta da sua parte.

O regime legal conduz-nos a uma ponderação entre o risco e a culpa. Se a imputação ao prestador do serviço pode ocorrer por uma destas vias – ou porque incumpriu determinados deveres, agindo censuravelmente, ou porque assume o risco de funcionamento do sistema de pagamentos –, a imputação ao ordenante opera por via da culpa, conduzindo a uma diminuição ou a uma exclusão da responsabilidade preliminarmente assumida pelo primeiro.

Assim, o prestador do serviço, em regra o Banco, assume a responsabilidade, *a priori*. Havendo culpa do ordenante, quando as operações não autorizadas resultarem da perda, de roubo ou da apropriação abusiva de instrumento de pagamento, com quebra da confidencialidade dos dispositivos de segurança personalizados, imputável ao ordenante, aquele assume as perdas dentro do saldo disponível ou do limite de crédito associado à conta, até ao limite máximo de 150 euros. Havendo culpa grave, nos termos do artigo 72º/3 RSP, o ordenante vai suportar as perdas até ao limite do saldo disponível ou da linha de crédito associada à conta, pelo que, consoante explica Calvão da Silva, o Banco acaba por excluir a responsabilidade se os prejuízos não ultrapassarem aquele montante. No caso de fraude ou dolo, o artigo 72º/2 determina que se exclua totalmente a responsabilidade do Banco.

A nova diretiva acaba por consagrar soluções que, com as suas especificidades, não se afastam grandemente deste traçado.



Nos termos do artigo 74º DSP2, o ordenante pode ser obrigado a suportar, até ao montante máximo de 50 euros, as perdas relativas às operações de pagamento não autorizadas resultantes da utilização de um instrumento de pagamento perdido ou furtado ou da apropriação abusiva de um instrumento de pagamento, exceto se a perda, o furto ou a apropriação abusiva do instrumento de pagamento não puder ser detetada pelo ordenante antes da realização de um pagamento, salvo se o ordenante tiver atuado fraudulentamente; ou se a perda tiver sido causada por atos ou omissões de um trabalhador, de um agente ou de uma sucursal do prestador de serviços de pagamento, ou de uma entidade à qual as suas atividades tenham sido externalizadas. O limite de 50 euros deixa de ter lugar, quando as operações de pagamento não autorizadas tiverem resultado de uma atuação fraudulenta ou do incumprimento com dolo ou por negligência grosseira de uma ou mais obrigações do ordenante. Em compensação, caso o prestador de serviços de pagamento do ordenante não exija a autenticação forte do cliente, porque a boa-fé o determinaria em concreto, o ordenante só suporta as eventuais perdas financeiras se tiver atuado fraudulentamente, de acordo com o artigo 74º/2 DSP2. Não haverá, além disso, qualquer responsabilidade por parte do ordenante, quando, havendo perda, furto ou uso abusivo do instrumento de pagamento, o prestador de serviços de pagamento não fornecer meios adequados que permitam a comunicação, a qualquer momento, do sucedido, exceto se tiver havido por atuação fraudulenta do ordenante.

O sentido imputacional do regime é evidente.

Esta constatação comporta consequências de não pequena monta. Na verdade, sempre que a situação concreta seja



acompanhada da preterição de deveres que, resultando da lei ou da boa-fé, integrem a relação obrigacional tida como uma relação obrigacional complexa, daí resultando danos, não temos de ficar presos ao simples reembolso a que se refere expressamente a lei, podendo arbitrar-se uma indemnização que cubra todos os prejuízos. No fundo, a limitação da responsabilidade ao reembolso deve ficar circunscrita às hipóteses de ausência de incumprimento (naturalmente culposos⁴⁴) por parte do prestador do serviço.

Do mesmo modo, sempre que, apesar da assunção do risco que se reparte entre os contraentes, for possível imputar a perda a um sujeito diverso do prestador do serviço de pagamento, deve ser ponderada tal hipótese. Em causa não está, apenas, um eventual reembolso que o prestador do serviço de pagamentos poderá exigir de um terceiro, conforme decorre do regime legal a ser transposto, mas a possibilidade de o prestador do serviço demandar esse terceiro ou de ser o ordenante o fazê-lo.

O terceiro de que se fala pode ser um intermediário, como as entidades de processamento, que celebrou um contrato com o prestador do serviço; ou outro terceiro, como o prestador do serviço de iniciação de pagamento, quando a ele haja lugar.

A haver responsabilidade do primeiro, dir-se-á que ela é assimilada pelo âmbito da responsabilidade contratual.

⁴⁴ O incumprimento não culposos não configura um verdadeiro incumprimento, já que o ordenamento privatístico determina que em caso de impossibilidade para cumprir não imputável ao devedor a obrigação se extingue. Caso o não cumprimento não seja imputável e daí não resulte a impossibilidade para cumprir, não se extingue a obrigação, falando-se apenas de impossibilidade temporária.



Relativamente à responsabilidade dele em face do ordenante, devemos recusá-la se o que estiver em causa for o não cumprimento (em sentido lato) do contrato de prestação de serviço de pagamento celebrado entre ordenante e prestador de serviço. É que, entendida a responsabilidade contratual como uma outra via de satisfação do interesse do credor, ela só é pensável à luz da economia do contrato, do qual o intermediário não é parte. A responsabilidade será sempre do prestador do serviço, ainda que o ato tenha sido levado o cabo por um terceiro de que ele se serve para cumprir a prestação, nos termos do artigo 800º CC.

Se os intermediários do processo de pagamentos não forem utilizados pelo prestador do serviço para cumprir as obrigações a que está vinculado, mas se apresentarem como *players* que, no mercado dos serviços de pagamentos, prestam o seu próprio serviço, ocupando uma etapa no processo, então é possível a demanda dos mesmos por parte do ordenante. Para tanto, o nosso foco poderão ser os contratos celebrados entre o prestador do serviço de pagamentos e os referidos intermediários, de modo a concebe-los – se possível – como contratos com eficácia de proteção para terceiros⁴⁵.

A chamada à colação do expediente dogmático, porém, só faz sentido quando a atuação destes terceiros no processo de

⁴⁵ Sobre a noção de contrato com eficácia de proteção para terceiros, cf., *inter alia*, MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, Almedina, Coimbra, 2001, 617 s.; SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989, 518 a 535; MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Almedina, Coimbra, 1982, 419 a 426; KARL LARENZ, “Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik”, *Juristenzeitung*, 1962, 105 s.



pagamentos implique a celebração de um negócio entre eles e o prestador do serviço de pagamentos. Importa, contudo, considerar que na designação genérica de terceiros se incluem, também, os prestadores de serviços de iniciação de pagamentos, ou seja, de serviços que iniciam 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. Revelando-se extremamente importantes para incentivar que o beneficiário do pagamento disponibilize o mais rapidamente possível o bem ou o serviço contratado com o ordenante, uma vez que o prestador do serviço de iniciação de pagamento garante àquele que o pagamento foi iniciado, o serviço de iniciação de pagamentos pressupõe um contrato entre o seu prestador e o ordenante.

Fundamental passa a ser, portanto, a determinação do âmbito de responsabilidade assumido quer pelo prestador do serviço de pagamento, que detém a conta de pagamento do ordenante, quer pelo prestador do serviço de iniciação de pagamento. A responsabilidade será imputada a um ou a outro consoante aquele que tenha violado concretamente um dever e consoante o âmbito de proteção desse dever que foi preterido.

Por último, há-de considerar-se que, após a comunicação feita ao prestador de serviço do extravio, perda, furto do instrumento de pagamento, aquele passa a suportar todos os danos, com base em culpa. Na verdade, o âmbito do dever preterido – bloquear de imediato a possibilidade de execução de qualquer operação de pagamento – visa exatamente impedir a atuação de um terceiro, pelo que no cotejo da esfera de responsabilidade do prestador do serviço com a esfera de



responsabilidade deste, o comportamento do último não afasta a imputação daquele⁴⁶. A solução é a mesma quando, por omissão, não ofereça os meios adequados para que o ordenante possa efetuar a referida comunicação.

VI. Outras hipóteses de responsabilidade

Para além das hipóteses analisadas até ao momento, é possível surgirem outras situações de responsabilidade civil no quadro dos serviços de pagamentos. Não se trata, agora, de um acesso não autorizado a uma conta de pagamento, mas da não execução ou da execução tardia de uma ordem de pagamento.

Trata-se, como se perceberá, de hipóteses de responsabilidade contratual, resultantes do não cumprimento ou do cumprimento defeituoso do contrato que vincula o ordenante ao prestador do serviço.

Nos termos do artigo 89º/1 DSP2, se a ordem de pagamentos for emitida pelo ordenante, a responsabilidade pela execução correta da operação de pagamentos cabe ao prestador de serviços daquele. Excluir-se-á, contudo, a sua responsabilidade em determinados casos. A saber: quando o identificador único haja sido incorretamente transmitido pelo ordenante; quando ocorra uma situação de acesso não autorizado à conta de pagamentos, hipótese em que haveremos de aplicar o regime anteriormente referido; em

⁴⁶ Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, Do nexos de causalidade ao nexos de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual, Príncípiã, 2013, 1026 s.



situações de força maior. Excluir-se-á, igualmente, a responsabilidade, quando o prestador do serviço de pagamentos do ordenante venha provar que o prestador de serviços de pagamento do beneficiário recebeu o montante da operação de pagamento, hipótese em que este passa a ser responsável perante o beneficiário.

O prestador de serviço do beneficiário é, ainda, responsável perante o último, quando, caso a ordem de pagamento seja emitida pelo beneficiário ou através deste. Note-se que estas configuram hipóteses potencialmente problemáticas. Na verdade, admitindo-se, como já se viu, atualmente, que uma ordem de pagamentos, por exemplo por via de um débito direto, seja feita por indicação do identificador único comunicado pelo beneficiário do pagamento, poder-se-á aventar, em caso de não indicação correta e portanto de débito numa conta diversa da que estaria onerada com o pagamento, uma eventual responsabilidade do prestador de serviços de pagamento do ordenante, em face deste, quando, de acordo com o que lhe é imposto pela boa-fé, não se certifique da autenticidade da transação. Repare-se que, se a Diretiva prevê o reembolso, pelo prestador de serviços de pagamento, de uma operação de pagamento autorizada iniciada pelo beneficiário ou através deste, e que já tenha sido executada, se estiverem reunidas cumulativamente determinadas condições, como que a autorização não especifique o montante exato da operação de pagamento no momento em que foi concedida; e que o montante da operação de pagamento exceda o montante que o ordenante poderia razoavelmente esperar tendo em conta o seu perfil anterior de despesas, os termos do seu contrato-quadro e as circunstâncias específicas do caso, se vai aqui mais longe, considerando-se que a



instituição de pagamento deve certificar-se que a ordem inicial veiculada pelo beneficiário corresponde, efetivamente, a uma instrução dada pelo titular da conta de pagamento seu cliente. Embora a norma não se refira a esta situação específica, os deveres impostos pela boa-fé conduzem-nos a tal solução, que parece, aliás, estar em linha com a intencionalidade predisposta no artigo 72º DSP2. Não se trataria aí, afinal, da não execução de uma ordem de pagamento, mas novamente do acesso indevido a uma conta de pagamento.

Pode ainda haver responsabilidade do prestador do serviço de iniciação de pagamentos, nos termos do artigo 90º DSP2.

A responsabilidade que aqui tem lugar, tratando-se de uma responsabilidade contratual, deve recolocar o lesado na situação em que estaria se não tivesse ocorrido o incumprimento imputável ao devedor. Assim sendo, ela deve abarcar não só o reembolso das quantias que não foram pagas ou foram incorretamente pagas, mas também todas as perdas sofridas pelo ordenante ou pelo beneficiário, consoante os casos.

A chamada à colação destas outras hipóteses de responsabilidade cumpre um propósito argumentativo específico. Na verdade, a sua análise mostra-nos que, pese embora as diferenças estruturais, a intencionalidade que lhes preside não dista sobremaneira daquela que enerva as situações por nós assumidas como mote da nossa reflexão. Comprova-se, também, por aqui o sentido imputacional e não meramente de repartição do risco assente na *custódia* que temos vindo a sublinhar.



VII. O problema da compensação dos danos não patrimoniais

Se adequadamente compreendemos o problema do ponto de vista da responsabilidade contratual, importa concluir, conseqüentemente, que o ordenante lesado pode ter direito, em caso de acesso não autorizado à sua conta de pagamento, a uma indemnização pelos danos sofridos, para além do direito ao reembolso.

A solução que era ditada pelo funcionamento do sistema de responsabilidade civil surge consagrada na DSP2, no seu artigo 73º/3.

Particularmente importante a este ensejo é questionar se nessa indemnização cabe ou não uma eventual compensação por danos não patrimoniais. O problema já foi colocado em concreto à consideração da nossa jurisprudência⁴⁷ e pode ser compreendido em termos fatuais de modo simples. Pense-se na hipótese de, por um terceiro ter acedido à conta de depósito de A, esta ficar sem provisão, o que determina a falta de provisão de um cheque, com a conseqüente lesão do crédito e reputação daquele⁴⁸.

A resposta que para ele se encontre pressupõe a ponderação de diversos vetores.

Em primeiro lugar, está em causa a possível compensação de danos não patrimoniais no quadro da responsabilidade contratual. Em segundo lugar, é necessário determinar se tais danos podem ser reconduzidos – nos termos da chamada causalidade preenchedora

⁴⁷ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18.12.2013, Proc. 6479/09

⁴⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18.12.2013, Proc. 6479/09



da responsabilidade – ao âmbito de violação do dever que foi concretamente preterido pelo contraente faltoso.

Quanto à primeira questão, a doutrina não é unânime. Autores como Antunes Varela e Miguel Teixeira de Sousa negam essa possibilidade⁴⁹. Para Antunes Varela, a compensação dos danos não patrimoniais apenas foi consagrada no quadro da responsabilidade delitual; por outro lado, “não há entre esse setor da responsabilidade civil e a responsabilidade *ex contractu* analogia que justifique a extensão do campo de aplicação do artigo 496º”; *in fine*, a solução contrária poderia determinar um aumento exponencial e perigoso das pretensões indemnizatórias, quer pela vasta área coberta pelos contratos, quer pelo facto de as pessoas poderem ser tentadas a exagerar todo o tipo de incómodos e preocupações⁵⁰. Em sentido contrário, isto é, sustentando a possibilidade de se ressarcirem danos não patrimoniais no quadro contratual, depõem autores como Vaz Serra⁵¹, Pinto Monteiro⁵²,

⁴⁹ Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, Almedina, Coimbra, 2002, 605, n. 3; Antunes VARELA, “Anotação ao acórdão do STJ de 25/5/1985”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 123, 1990/1, 189 s.; Miguel Teixeira de SOUSA, *O concurso de títulos de aquisição da prestação*, Almedina, Coimbra, 1988, 272 s.

⁵⁰ Antunes VARELA, “Anotação ao acórdão do STJ de 25/5/1985”, 256.

⁵¹ Vaz SERRA, “Anotação ao acórdão do STJ de 4/6/1974”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 108, 1975/6, 222 s.

⁵² Pinto MONTEIRO, “Sobre a reparação dos danos morais”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, I, nº1, 1992, 17 s.; *Cláusula penal e indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990, 31 s. e n. 77. Pinto Monteiro defende que o artigo 496º CC consagra um princípio de alcance geral cuja *ratio* permite aplicar por analogia a solução da compensação dos danos não patrimoniais aos casos de responsabilidade contratual. Acresce que, ao determinar que o credor deve indemnizar o devedor por todos os danos causados, o legislador não restringiu a compensação aos danos patrimoniais. No mais, ao nível da execução do contrato



Almeida Costa⁵³, Paulo Mota Pinto⁵⁴. A última parece ser a posição maioritária, mesmo na jurisprudência. Na querela, tomamos posição pela segunda perspectiva. Os argumentos aduzidos pelos que se opõem à indemnização não parecem procedentes. O argumento literal-sistemático da falta de previsão da solução ao nível da responsabilidade contratual não é determinante: não só a interpretação de tipo subjetivista-histórico deve ser rejeitada, como o silêncio do legislador não tem de ser entendido em termos eloquentes; por outro lado, nada obsta a que, ao nível contratual, se joguem interesses que ultrapassam a dimensão patrimonial; por último, o perigo de alargamento desmedido das indemnizações seria combatido por via da condição de ressarcibilidade dos danos

pode verificar-se a lesão de um bem da personalidade e gerar-se um dano não patrimonial, não se divisando qualquer justificação para que estes danos não possam ser indemnizados com base contratual. Por outro lado, o autor não vê razão para, no quadro contratual, não se indemnizarem os danos não patrimoniais quando a natureza da prestação contende essencialmente com valores de ordem não patrimonial – cf. Pinto MONTEIRO, “Sobre a reparação dos danos morais”, 24. Nas palavras do autor, “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 da prestação o exija, ou quando as circunstâncias que acompanharam a violação do contrato hajam contribuído decisivamente para uma grave lesão suscetível de causar, segundo a experiência da vida, danos não patrimoniais merecedores de tutela jurídica” (pág. 25). A desmesurada extensão da responsabilidade para que alguns alertavam é combatida por via do requisito de indemnizabilidade do dano: a gravidade dos danos.

⁵³ Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 12^a edição, Almedina, Coimbra, 2009, 603 s.

⁵⁴ Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, 1556.



não patrimoniais. Aceitamos, portanto, como bons os tópicos oferecidos à discussão por Pinto Monteiro⁵⁵.

A solução do problema tem de, por isso, passar pela consideração dos critérios de recondução dos danos verificados ao âmbito de proteção do dever violado. Ora, se tivermos em conta que, com a disponibilização permanente do dinheiro na conta de pagamento, o prestador do serviço se obriga a garantir que o ordenante poderá cumprir as suas próprias obrigações ou prosseguir os seus interesses na esfera patrimonial no momento que considerar oportuno, teremos de concluir que todos os danos resultantes do não cumprimento ou da impossibilidade de dispor do seu dinheiro se reconduzem à esfera de responsabilidade erigida a partir da preterição do dever⁵⁶. Numa outra perspetiva, poder-se-á indagar em que medida a violação do direito à honra (crédito e reputação) pode ser reconduzida à preterição do dever contratual e, portanto, ao interesse contratual gizado pelas partes⁵⁷.

⁵⁵ Pinto MONTEIRO, “Sobre a reparação dos danos morais”, 17 s.

⁵⁶ Sobre o ponto e sobre a necessidade de se estabelecer, posteriormente, um cotejo com outras esferas de risco/responsabilidade, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Príncipe, 2013. Repare-se que a cisão entre a causalidade fundamentadora e da causalidade preenchedora da responsabilidade, que ali se pressupõe, cumpre-se ao nível da responsabilidade contratual apenas e só na medida da estrutura do dever negocial que foi violado, podendo, em algumas hipóteses, esbater-se.

⁵⁷ O problema poderia, como se percebe, ser perspetivado do ponto de vista extracontratual, dada a presença de um direito absoluto lesado. Abrir-se-ia, assim, o problema do concurso de fundamentos de uma mesma pretensão indemnizatória.



Uma resposta para a questão só pode ser, pois, encontrada em concreto, a partir dos danos específicos atinentes ao que outrora era entendido por causalidade (e hoje deve ser visto como imputação objetiva), mas, *a priori*, podemos concluir que, descontadas todas as dificuldades que se possam encontrar, nada impede, em abstrato, que a aludida compensação tenha lugar. Repetimos: tudo dependerá do juízo de imputação estabelecido em concreto.

Mafalda Miranda Barbosa