

Tribunal da Relação de Lisboa
Processo nº 8903/15.1T8LSB.L1-2

Relator: VAZ GOMES

Sessão: 10 Maio 2018

Número: RL

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: IMPROCEDENTE A APELAÇÃO DA RÉ E PARCIALMENTE
PROCEDENTE A APELAÇÃO DO RÉU.

HOMEBANKING

PHISHING

PHARMING

Sumário

I - Acordado um contrato de homebanking, é acordada a prestação de um serviço de banca electrónica ao domicílio por uma determinada entidade bancária a um seu cliente ambas partes no contrato, contratos que assentam num conjunto de cláusulas contratuais gerais definidas de forma unilateral pela entidade bancária e antecipadamente relativamente ao contrato tendo como destinatários os seus clientes aderentes do serviço;

II - Trata-se de um sistema de prestação de serviços de pagamento ou transferência implementado pelo Banco, pelo que o risco de funcionamento deficiente ou inseguro do sistema de prestação de serviços de pagamento ou transferência localiza-se, portanto, na esfera do seu prestador, a quem incumbe a responsabilidade por operações não autorizadas pelo cliente nem devidas a causa imputável ao cliente. O contrato de pagamento ou transferência via electrónica é um contrato de prestação de serviços e o risco do incorreto pagamento ou transferência é ainda o risco contratual e não a responsabilidade pelo risco, e o risco em causa compreende-se ainda face à obrigações que sobre o depositário incidem de guardar e restituir a coisa com frutos (art.ºs 1187, alíneas a) e c) e 1205, 796 do CCiv).;

III - Nos termos do art.º 70/2, do DL 317/09, de 30/10, a utilização do instrumento de pagamento registada pelo prestador de serviços de pagamento não é necessariamente suficiente para provar que a operação de pagamento foi autorizada pelo ordenante e que este agiu de forma fraudulenta ou que não cumpriu, deliberadamente, ou por negligência grave, uma ou mais das suas obrigações do art.º 67, recaindo sobre o prestador do serviço de pagamento, a

prova, não só da não ocorrência de qualquer avaria técnica e de que a operação foi autenticada e devidamente registada e contabilizadas, devendo a entidade prestadora dos serviços de pagamento provar o incumprimento ou imputar a operação ao titular do instrumento de pagamento, socorrendo-se para tal dos meios de prova adicionais para além dos registos informáticos, fornecendo os meio de prova de incumprimento do contrato, negligente ou sobretudo deliberado ou fraudulento, imputável ao seu cliente.

Texto Integral

I - RELATÓRIO

APELANTES/RÉUS: CAIXA GERAL de DEPÓSITOS representada, juntamente com outros, pelo ilustre advogado J..., com escritório em Lisboa, conforme cópia do instrumento de procuração de 4/3/08 de fls. 80/81); L..., não contestante (litigando com apoio judiciário, nas modalidades de dispensa de taxa de justiça e demais encargos do processo e nomeação da compensação ao patrono conforme decisão do chefe do sector de protecção jurídica e contraordenações da unidade de apoio à direcção, núcleo de apoio jurídico do ISS de Aveiro de 21/3/2016, a quem lhe foi nomeado no mesmo dia 21/3/2016 como patronas as ilustre advogadas A... e em substituição S... (cfr. fls. 1114/115 e 117)); J..., em revelia absoluta.

APELADO/AUTOR:/T... (representado pelo ilustre advogado Rui..., com escritório em Lisboa, conforme cópia do instrumento de procuração de 20/3/2015 de fls. 32).

*

Todos com os sinais dos autos.

*

Valor da acção: 21.338,98 euros (despacho de audiência prévia fls. 111 v.º)

*

I.1 O Autor na acção que intentou contra a CGD, J... e L... pede a condenação dos réus solidariamente a pagar-lhe a quanta de 17.503,30 euros a título de danos patrimoniais, 335,68 euros e ainda no valor de 3.500,00 euros por danos extrapatrimoniais num total de 21.338,98 euros mais juros de mora vincendos à taxa legal para as operações civis então de 4% ao ano sobre o capital de 17.503,30 euros e até integral pagamento e sobre o capital de danos morais de 3.500,00 euros desde a citação até efectivos e integral pagamento. Baseou-se em suma no seguinte:

· É titular na CGD de uma conta à ordem na agência do M... e de uma conta poupança na mesma agência, é possuidor de um cartão multibanco e de um

cartão de crédito, tendo aderido à *CaixaDirecto Online*, tendo tentado fazer um pagamento do seguro da sua mota directamente no terminal do Multibanco através da sua conta à ordem o pagamento não foi autorizado, após o que tendo consultado os movimentos de conta à ordem constatou no print informático a existência de transferências bancárias não autorizadas ou não realizadas por si, ligou para o apoio ao cliente que informou que a sua conta poupança tinha passado de um saldo de 19 mil euros para 351,85 euros, tendo na conta à ordem apenas 11,79 euros, cautelarmente cancelou todos os acessos e possibilidade de realização de operações bancárias electrónicas a partir das contas do autor, por conselho do Inspector da Polícia Judiciária obteve da CGD a documentação comprovativa dos movimentos bancários com indicação do destinatário para se abrir a investigação e apresentar uma queixa mais estrutura (1 a 19);

- Dos comprovativos conclui-se que no dia 25/9/2014 foram transferidos directamente da conta a prazo do Autor para uma conta do Réu JJ... junto da Ré CGD 3.461,36 euros, no dia 26/9/2014 3.610,55 euros foram transferidos da conta a prazo do Autor para a sua conta a ordem e depois essa quantia foi transferida para uma conta do réu L... junto da CGD, dia 29/9/2014 nova transferência de 3.841,79 euros da conta a prazo para a conta a ordem do Autor e da sua conta à ordem para uma conta do Réu L... junto da CGD, dia 30/9/2014 o Réu L... ou alguém por ele logrou transferir 3.867,70 euros da conta a prazo do Autor para a conta à ordem do Autor depois para a sua conta na CGD, dia 1/10/2014, 3.866,75 euros foram transferidos da conta a prazo do autor para a sua conta à ordem e depois para a conta do réu L..., ficando a conta poupança do autor em 1/10/2014 reduzida a 351,85 euros conta que antes dos movimentos fraudulentos tinha 19 mil euros;

- Dia 3/10/2014 foram transferidos da conta à ordem do autor para uma conta do réu JJ... junto da CGFD 1.210,55 euros ficando a conta à ordem em 3/10/2014 com um saldo reduzido a 11.79 euros; em suma das duas contas foi retirado o montante global de 19.858,70 euros, sendo 3.461,36 euros destinados a crédito na conta à ordem do Réu JJ.. e 16.397,34 euros destinados à conta à ordem do réu L...;

- Em virtude da queixa do Autor foi aberto processo de inquérito na PJ sob o n.º NUIPC 354/14.1t9brr que está em segredo de justiça;

- Na sequência de contacto com a CGD foram-lhe creditados, em 30/12/2014, 2.100,00 euros e 255,40 euros, por carta de 7/1/2015 a CGD declinou a sua responsabilidade por transferências abusivas e não autorizadas efectuadas na sua conta para as contas daqueles clientes da CGD mas ao mesmo tempo refere que *“foi possível recuperar 255,40 euros junta da conta beneficiária dos fundos...de L.....e de 2.100,00 euros junto da conta beneficiária de JJ.....”*, ora

se as transferências foram regulares e devidamente autorizadas com que autoridade a CGD obrigou os réus L... e JJ... a repor parte desse dinheiro ao mesmo tempo que recusa devolver o remanescente seja 17.503,30 euros?; dessa carta resulta que a concretização da transferência exigiu a inserção de um código numérico enviado por SMS para o telemóvel associado ao contrato, sem que a operação não seria possível, código que a CGD apelida de código *SMS Token*, esta necessidade de um tal código foi informação nova para o Autor, que nunca utilizou tal código pelo que tendo solicitado informações junto da CGD sobre o que era isso do código *SMS Token* o que só agora lhe explicou, o Autor nunca realizou aquelas operações com o referido código, alertado para tal apurou que no final de Setembro de 2014 a sua conta de telemóvel apresentava algumas comunicações para a Ucrânia e para a Rússia e o Autor nunca fez tais chamadas e que por isso solicitou a devolução do saldo dessa comunicações, na Vodafone não souberam explicar-lhe a razão de comunicações para a Ucrânia nem para a Rússia pelo que lhe substituíram o cartão, reformataram o telemóvel e procederam à actualização do software, verifica-se que as transferências e as comunicações com a Ucrânia e com a Rússia coincidem no tempo (art.ºs 39 a 82);

- O Autor não proporcionou o facultou códigos de acesso que permitissem o movimento da referida conta a terceiros via *online* ou *home banking*, com a subtracção dos valores de que foi vítima, o autor deixou de ter liquidez para suportar, como até então, as suas despesas mensais, nomeadamente, alimentares transporte e pagamento de mútuo bancário viu-se na obrigação de reduzir despesas, pediu dinheiro emprestado a pais e companheira, montantes que conseguiu devolver em 4 meses, os RR devem ressarcir o Autor de modo solidário em 3.500,00 euros a título de danos morais (art.ºs 83 a 90)

- O Banco nunca explicou ao Autor as condições gerais de adesão ao *home banking*, o Banco não deu cumprimento ao seu dever de informação clara correcta, suficiente e oportuna a que está adstrito, o teor das cláusulas dos contratos por confronto com o DL 446/85 de 25/10 designadamente com o disposto no art.º 18, alíneas a) e b) não pode deixar de considerara-se que tais cláusula não são claras e inequívocas e a aplicarem-se as cláusulas do modo como o Banco pretende sempre a sua responsabilidade ficaria excluída limitadas sendo por força do art.º 1 do regime das c.c.g nulas; donde, se os movimentos fraudulentos tiverem sido efectuados por terceiros, que roubaram ou se apoderaram dos *pins e passwords* de acesso, só o foram por insegurança do sistema do banco, que não é inviolável, o banco violou normas contratuais e de segurança da actividade bancária, o Autor desconhece se os segundo e terceiro réus foram os autores da proeza informática que permitiu desviar 19.858,70 euros das duas contas do autor para as contas dos réus, as

instituições bancárias traçam perfis dos seus clientes e pelo histórico do cliente do autor seria perfeitamente visível para a 1.^a Ré que se a conta a prazo do autor oscilava sempre com valores redondos e crescentes porque razão de um momento para o outro da conta poupança começam a sair montantes aleatórios completamente fora do perfil do autor a CGD e o gestor de contas não podiam ficar indiferentes ao desaparecimento inopinado dos 19 mil euros e deviam ter actuado logo aquando da verificação da primeira transferência, os clientes dos banco ficaram dispensados do ónus de terem de demonstrar que os danos sofridos decorrem de actuação culposa dos mesmos como se refere na melhor doutrina e no ACRLxa 29/10/2010 no processo 1943/09.1tjlsb.11-7 (art.ºs 91 a 156)

I.2. A Ré CGD, citada, pugnando pela improcedência da acção em suma diz:

· Da análise do quadro do art.º 6 resulta que foram efectuadas transferências para a conta do Réu L... no valor total de 16.397,34 euros entre os dias 26/9/2014 e 3/10/2014 e quanto ao Réu JJ... de 3.561,36 euros dia 25/9/2014, ao Autor cabia a responsabilidade e especial cuidado de preservar os seus dados (número de contrato, código de acesso, e cartão matriz) e elementos confidenciais e intransmissíveis da *CaixaDirecta*, conforme consta das condições gerais do serviço que o Autor subscreveu e da carta que acompanhou o cartão matriz e das recomendações de segurança e alertas de segurança que a CGD divulgava e divulga no seu *site* e são do seu conhecimento, para que o utente do serviço o aqui autor possa efectuar as operações a débito na sua conta após fazer o log in é-lhe solicitado aleatoriamente pelo sistema uma das 64 possíveis combinações de 3 números que compõem o cartão matriz e só com a indicação precisa e correcta se consegue validar a operação e realizá-la com sucesso e no caso concreto existia uma sistema de segurança adicional a que o Autor solicitou adesão destinado a realização de operações a débito em benefício de terceiros tendo o Autor indicado à CGD o seu número de telemóvel que pretendeu ver associado a este serviço activando o serviço *SMS Token*, na sequência do que enviou ao Autor a carta com o respectivo código de activação, da qual constam as indicações de segurança, com o código de activação na sua posse o Autor podia activar o seu *SMS Token*, seguindo as instruções, o Autor associou o seu telemóvel a este serviço, o *SMS Token* só opera após a inserção dos elementos de segurança ou seja a introdução do número de contrato, código de acesso e de uma das 64 possíveis combinações aleatórias de 3 algarismos que compõem o cartão matriz, tido elementos pessoais e intransmissíveis, apenas o detentor do telemóvel tem conhecimento do código correcto, sendo que após 3 tentativas falhadas de introdução do código o serviço *CaixaDirecta* bloqueia automaticamente, todas as transferências efectuadas a débito na conta do

autor entre os dias 25/9/2014 e 3/10/2014 seguiram esta tramitação, essas transferências foram autenticadas, registadas e contabilizadas, não tendo sido afectada por avaria técnica ou qualquer outra deficiência (art.ºs 1 a 53)

· A não ter sido o próprio autor a efectuar as transferências, então o que se verificou foi que o Autor foi vítima de uma *DEMO* do *SMS Token* ao introduzir no seu computador um código que lhe foi disponibilizado por um terceiro (*hacker*) para o número do telemóvel que estava associado ao serviço da *CaixaDirecta* criando-lhe a ilusão de que estava a participar num teste, o Autor recebeu no seu telemóvel uma mensagem SMS relativamente a operação que não havia previamente solicitado e que mesmo assim validou através do seu telemóvel, situação para a qual a CGD alerta, ou seja que o cliente nunca deve validar uma operação que não solicitou, sendo certo que para a utilização do serviço *CaixaDirecta* o Autor tem sempre de visionar estes alertas de segurança que lhe são disponibilizados pela Ré por forma a prevenir este tipo de ocorrências e ainda que o Autor sabia que deveria respeitar as recomendações de segurança e alertas de segurança que a CGD divulga no seu *site*, a Ré pode confirmar e confirmou que o seu sistema informático não foi violado e não se encontrava avariado e que portanto as transferências aqui em causa não ocorreram decorrentes de ataques de *hackers* ao seu sistema informático, não é possível ter conhecimento das credenciais de autenticação do demandante por outra forma que não seja a da sua inserção pelo próprio ou por alguém a quem tenha voluntária ou involuntariamente divulgado tais códigos (art.ºs 54 a 75)

· No dia 25/9/2014 foi efectuada uma chamada para um número na Ucrânia que o Autor alega não ter efectuado, a primeira das transferências foi efectuada nesse dia cerca de uma hora depois, uma perícia técnica ao equipamento teria conseguido detectar essa situação o que o Autor impediu uma vez que afirma que substituiu o cartão reformatou o telemóvel e actualizou o *software*, a actuação do Autor configura falta de cooperação para a descoberta da verdade nos termos do art.º 417, do CPC, na sequência do repúdio pelo autor desses movimentos a débito, a Ré logrou contactar os beneficiários das transferências igualmente clientes da CGD, o Réu JJ... aceitou e autorizou a devolução, nos termos propostos na carta junta, o que a Ré CGD fez creditando na contra do Autor aos 30/12/2014 a quantia de 2.100,00 euros tendo procedido a crédito de 600,00 euros dia 8/4/2015, o Réu L... apesar de ter atribuído as transferências ao pagamento de um alegado contrato de trabalho com entidade estrangeira veio a admitir que tinha sido beneficiário de forma inadvertida por estará convicto de que as operações tinham proveniência legal tendo autorizado a devolução do seu saldo de 255,40 euros, a Ré CGD devolveu ao Autor a quantia de 2.955,40 euros

recuperados da forma descrita, a relação entre o cliente subscritor de um serviço de *homebanking* e o seu banco é uma relação directa entre o cliente e a sua própria conta por via electrónica através de uma página segura não passando pelo gestor de contas todos os movimentos que são efectuados por esta via, os acórdãos citados pelo autor pressupõem que houve utilização diligente dos serviços *internet banking* o que no caso não sucedeu, a CGD conseguiu ilidir a sua culpa e o risco demonstrando que a culpa na divulgação na Internet dos seus dados pessoais foi do cliente (art.ºs 76 a 106)

I.3. Os Réus L... e JJ... citados aos 8/4/2015 (cfr. fls. 37 e 38), não contestaram; aos 20/4/2015 o Autor veio reduzir o pedido em *600,00 euros*, primeiro por imputação nos juros e depois no capital por a CGD lhos ter depositado na conta aos 8/4/2015, aos 19/5/2015 volta a reduzir o pedido em mais *200,00 euros* por a CGD lhos ter depositado na conta aos 8/5/2015, primeiro com imputação nos juros e depois no capital aos 4/6/2015 veio o Autor reduzir o pedido em mais *200,00 euros* por lhe ter sido entregue pela CGD aos 21/5/2015 a respectiva quantia, por imputação primeiro no capital, aos 7/7/2015, nova redução do pedido em virtude de novo pagamento agora de *361,36 euros* ocorrido aos 19/6/2015; impugnando os documentos juntos pela CGD; na audiência prévia de 14/3/2016 foi identificado o objecto do litígio como sendo o da indagação do eventual direito do Autor a haver dos réus a quantia peticionada a título de danos patrimoniais e não patrimoniais alegadamente sofridos em consequência das transferências bancárias efectuadas via *CaixaDirecta* de conta do mesmos para os primeiros 2 demandados e pelo Autor alegadamente não autorizadas e na afirmativa a indagação dos danos efectivamente sofridos; foram seleccionadas os 5 temas de prova constantes de fls. 111; instruídos os autos procedeu-se ao julgamento com observância da forma legal.

I.4. Inconformado com a sentença de 26/7/2017, (*ref.ª 3666618069 de fls. 329 e ss*), que, julgando parcialmente procedente por provada a acção, consequentemente condenou a Ré CGD a pagar ao Autor a quantia de *17.503,30 euros* mais juros remuneratórios devidos nos termos do contrato de depósito bancário entre o Autor e a CGD, juros vencidos e vincendo até integral pagamento, sendo aqueles a contar de 3/10/2014 abatendo o valor entretanto restituído pelo réu J... na pendência da acção, condenando ainda este último a restituir ao Autor a quantia de *3.461,36 euros* mais juros de mora vencidos e vincendos até integral pagamento a contar da citação e à taxa legal vidente para créditos dos não comerciantes, imputando-se o valor já restituído por este réu nos juros vencidos e após no capital, considerando-se para o efeito da imputação as datas das retribuições parciais do aludido montante e referidas em III.A)25 (*2.1000 euros*) e 40 a 43 sendo a liquidação

resultante de mero cálculo aritmético e ainda o Réu L... a pagar solidariamente ao Autor a quantia de 16.397,34 euros mais juros de mora vencidos e vincendos até integral pagamento a contar da citação e à taxa legal vigente para os créditos dos não comerciantes condenando ainda todos os réus a pagar ao Autor a título de danos não patrimoniais por eles sofridos a quantia de 3.500,00 euros mais juros de mora vincendos até integral pagamento e a contra do trânsito em julgado da decisão à taxa legal sucessivamente em vigor para os créditos dos não comerciantes, dela apelou este último réu L..., em cujas alegações conclui em suma:

1. A sentença fixa valores superiores ao peticionado pelo autor, nos termos do art.º661, n.º 1, porquanto a CGD foi condenada a pagar sozinha o valor de 1.105,96 euros de danos patrimoniais por responsabilidade contratual, os restantes 16.397,34 euros de danos patrimoniais foram divididos solidariamente entre a Ré CGD e o Réu L..., o que corresponde a 8.198,67 euros para cada um a CGD foi condenada a pagar 1.105,96euros+8.198,67 euros+1/3 danos morais e o réu L... foi condenado a pagar 8.198,67 euros + 1/3 de danos morais sendo o total dos danos patrimoniais a que foram condenados o 3 RR sem danos morais e sem juros o de 20.964,66 euros (16.397,34 euros+1.105,96 euros+3.461,36 euros) e não 17.503,30 euros (Conclusões I a X)

2. O Tribunal nunca deveria ter condenado o réu L... a pagar solidariamente com a Ré CGD ao Autor a quantia de 16.397,34 euros mais juros de mora vencidos e vincendos porquanto o autor e o réu CGD tinham uma relação contratual, a responsabilidade existente da CGD é também pelo risco porque tem a obrigação de garantir que o sistema informático dos serviços que presta, não falhe e é seguro, a responsabilidade do réu L... quanto muito é extracontratual, o tribunal errou ao atribuir a mesma culpa/responsabilidade a uma instituição financeira que tem uma relação contratual com os clientes e que tem a obrigação e garantir que o sistema informático não falha à do cidadão comum que foi constituído réu neste processo devido a uma falha/erro da CGD ou do Autor ou de ambos, o réu L... não reteve para si a importância das verbas transferidas para a sua conta bancária transferiu-as logo para o estrangeiro como ficou provados, pelo que não se apropriou de tais montantes, nunca agiu como legítimo proprietário de tais montantes nunca se afirmou possuidor desses montantes quanto muito possuidor em nome de terceiro, não inverteu o título de posse (art.º 1265 do CCiv), pois agiu na expectativa de que tais montantes pertenceriam à sua entidade patronal, agiu de boa-fé transferiu como ordenado pela entidade patronal os montantes das transferências supra transcritas, pois seriam valores referentes a pagamentos feitos pela sua entidade patronal (Conclusões XI a XXI)

3. O Réu L... ao fazer as transferências pensava que estava a cumprir um período de experiência para o *Royal Bank of Scotland* com vista à sua eventual contratação como funcionário dessa entidade, nunca sentiu que estivesse a fazer algo de ilícito, a sua responsabilidade quanto muito será extracontratual mas o tribunal condenou na mesma medida e solidariamente com o outro réu este uma instituição financeira que tem responsabilidade contratual e responsabilidade pelo risco para com o autor, na responsabilidade extracontratual a culpa do lesante não se presume (AcSTJ 1674/07.7tvlsb.P1.S1), o apelante é um jovem estudante desempregado que atendendo à conjuntura económica sentida no nosso país à data dos factos não existindo ofertas de trabalho decidiu tentar a sua sorte no estrangeiro, pode considerar-se a sua atitude um pouco ingénua, nunca pensou estar perante algo ilícito ou ilegal, pois após a recepção dos montantes na sua conta sempre reencaminhou os montantes para o estrangeiro obedecendo a ordens da sua entidade patronal e para as contas de clientes indicados nunca ficou com o dinheiro e mal teve conhecimento da situação imediatamente deu ordens à CGD para cancelar a sua conta conforme informação constante do processo e reiterado pela CGD no n.º 92 da contestação, mais demonstrou vontade de entregar e desde o início aos Autor as verbas que segundo a sua entidade patronal deveria reter a título de vencimento, disponibilizou à CGD e à Polícia Judiciária toda a documentação que tinha e tudo fez para colaborar com a justiça, as obrigações do art.º 71 do DL 317/09 de 30/10 recaem apenas sobre a instituição de pagamento e de prestação de serviços de pagamento e não sobre os meros sujeitos particulares sem formação ou conhecimento específico na área e assim se as obrigações da CGD e do apelante L... não são as mesmas não deveria o Tribunal ter decidido pela responsabilidade solidárias da CGD e do apelante L... (Conclusões XXII a XLIV]

Termina pedindo a nulidade da sentença ou que se reconheça que nunca pode haver responsabilidade solidária entre o apelante L... e a CGD que as Ré CGD tem não só responsabilidade contratual para com o Autor como assume também a responsabilidade pelo risco e tem obrigação e garantir que os sistema informático dos serviços que presta não falhe e que é seguro, não reconheça a mesma medida de culpa/responsabilidade a uma instituição financeira que tem uma relação contratual com os clientes e a aquela obrigação e garantir que o sistema informático não falhe àquela do cidadão comum aqui apelante que é mero terceiro, vítima da falha/erro de alguém ou do sistema que mal teve conhecimento da situação imediatamente colocou ao dispor da CGD e da Polícia Judiciária toda a documentação que tinha na sua posse e tudo fez para colaborar com a justiça não podendo a sua responsabilidade ser solidária quanto ao valor de 16.397,34 euros de danos

patrimoniais nem quanto aos danos morais o apelante só tinha a obrigação de restituir as verbas que refere para si segundo a ordem da sua entidade patronal a título de salário.

I.2. Também a CGD, inconformada, apelou onde conclui:

a) Para além do facto dado como não provado sob a) que deve ser dado como provado devem ainda ser considerado provado que “*não é possível ter conhecimento das credenciais de autenticação do demandante por outra forma que não seja a da sua inserção pelo próprio ou por alguém a quem tenha voluntária ou involuntariamente divulgado tais códigos*”(b) e “*o telemóvel do Autor foi infectado por vírus que permitiu a captação dos códigos de acesso e de autenticação do Autor ao serviço CaixaDirecta*” (c) ; a adesão ao serviço *SMS Token* não é formalizada em documento físico algum, a adesão consubstancia-se com um simples clique no teclado do computador no site oficial da CGD, o Autor ouvido em depoimento de parte na sessão de julgamento de 15/6/2016 esclarecer que não se lembra de ter aderido/activado *SMS Token*, sendo certo que ao dizer que não se recorda não é a mesma coisa que dizer que não aderiu, pelo que não afastou a hipótese de ter aderido ao *SMS Token* e a testemunha LB..., no seu depoimento de 30/3/2017 refere ter a certeza de que se verificou tal adesão e muito embora não tenha sido feita prova de que a carta de tipo idêntica à de fls. 70 tenha sido enviada ao Autor, porque as transferências repudiadas pelo Autor forma efectivadas via *CaixaDirecta*, sendo de montante superior a 499,00 euros (factos 10 a 16 e 36 dos autos), para quem tenha aderido ao serviço *SMS Token* têm de ser feitas com recurso a este sistema de segurança, a mesma conclusão se chega pela análise do documento 6 onde constam, explicitamente, as chamadas/mensagens registadas como efectuadas do telemóvel do Autor para a Ucrânia e Rússia discriminadas a fls. 27/28 dos autos e que constam do n.º 48 dois factos provados tendo neste número o tribunal considerado provado que as horas de efectivação das transferências bancárias repudiadas pelo Autor são praticamente coincidentes no tempo com as chamadas/mensagens registadas no doc 6 junto com a p.i. o que consolida a prova de que as transferências bancárias foram concretizadas através do telemóvel do Autor pelo que a única conclusão a retirar é a de que carta idêntica à de fls. 70 remetendo ao Autor os códigos de activação do serviço *SMS Token* tenha por este sido recebida, atendendo a que o Autor tinha o serviço *SMS Token* efectivamente activado; os factos dados como provados sob 80, 86/89 demonstram que o problema que esteve subjacente à saída de dinheiro da conta do Autor sem a autorização ou consentimento deste (58 dos factos provados) teve por causa a infecção causada por um vírus que se alojou no telemóvel do Autor e não um problema pelo qual seja responsável a aqui apelante relacionado com o seu sistema

informático ou pessoal; o que consta da matéria de facto provada é que no sistema informático da CGD foram introduzidos os códigos de autenticação correctos, os quais só podiam ser do conhecimento do Autor e de mais ninguém, e, com a introdução dos códigos de autenticação correctos a CGD assume *ipso facto* que é o seu cliente o aqui Autor que está a processar as transferências, pelo que a única hipótese que resta é a de as transferências terem sido possibilitadas através da prévia “infecção” do *smartphone* do Autor por vírus que este de forma inadvertida deixou que se alojasse no seu telemóvel, de resto o Autor nos n.ºs 60/73 da sua p.i. admite que o seu telemóvel com o n.º 916 737 840 foi infectado, a testemunha LB... confirma que se verificou a captura das credenciais de acesso junto do utilizados (o Autor) que forneceu inadvertidamente os seus dados nomeadamente do seu telemóvel e assim permitiu a realização das transferências, a testemunha SB... ouvida na sessão de 7/7/2016 informou não ter dúvidas de que o telemóvel do Autor foi vítima de *phishing* e que o seu telemóvel foi infectado por um vírus que permitiu a quem o infectou o acesso aos dados pessoais do Autor explicando as formas de infecção que são possíveis de realizar, e estando o telemóvel infectado os SMS`s enviados pelo Banco para autenticação de transferências são reencaminhados directamente para o “*hacker*” sem que o proprietário do mesmo se aperceba sequer do envio dos SMS, também a testemunha N... no depoimento que prestou a 26/5/2016 informou que todas as situações de fraude e também a dos autos a nível de funcionamento da banca electrónica partem de situações de negligência ou desatenção por parte do utilizador/cliente explicando como se processou a infecção nomeadamente convencendo o utente a dar o número de telemóvel e a partir dessa informação permite inadvertidamente a instalação do vírus, procedendo ao reencaminhamento directo do SMS de pedido de autenticação directamente para o telefone do *hacker* (Conclusões 1 e 2)

b) O que permitiu a realização das transferências em causa foi o facto de o Autor, inadvertidamente, ter disponibilizado a *hackers* os dados do seu equipamento telefónico incluindo o número associado ao *SMS Token*, assim viabilizando a instalação de vírus que capturou os seus códigos de autenticação por ele disponibilizados; cabia ao Autor a responsabilidade e o especial cuidado de preservar os seus dados e elementos confidenciais e intransmissíveis respeitantes ao funcionamento da *CaixaDirecta* sendo incontornável que os códigos de acesso e autenticação para se usar este serviço são absolutamente pessoais, secretos e intransmissíveis, o Autor sabia que tinha de respeitar as recomendações de segurança e alertas de segurança que a GD divulgava e divulga no seu site oficial www.cgd.pt e que são do seu conhecimento tendo aderido ao serviço CGD em 6/9/08 e tendo nessa data

aposto a sua assinatura após as condições gerais a que se referem fls. 61 dos autos (doc 1)- cfr. ponto 29 dos factos provados tendo posteriormente associado o seu telemóvel com o n.º 916 737 840 ao serviço *SMS Token*, todas as transferências efectuadas a débito na conta à ordem do Autor entre os dias 25.09.2014 e 03.10.2014 foram assim autenticadas registadas e contabilizadas mediante a introdução dos códigos de acesso e de autenticação correctos do cliente aqui apelado e não foram afectados por avaria técnica ou qualquer outra deficiência foram devidamente autorizadas e processadas pela CGD uma vez que foram correctamente inseridos no sistema informático da Ré os elementos necessários para que as operações fossem autorizadas por esta (Conclusões 3 a 7)

c) A Ré demonstrou que o seu sistema informático não foi violado e não se encontrava avariado e que, portanto, as transferências aqui em causa não ocorreram decorrente de ataques de *hackers* ao seu sistema informático ou de qualquer outra situação decorrente de um mau funcionamento deste na perspectiva da apelante bastava-lhe ter demonstrado que as transferências não ocorreram por culpa sua, o que demonstrou atendendo à matéria dos n.ºs 80 e 86/89 dos factos provados, não lhe sendo portanto necessário demonstrar a culpa por parte do Autor/apelado ainda assim fez prova que o Autor deixou infectar o seu telemóvel com vírus o que permitiu a captação dos seus códigos de acesso às suas contas bancárias, o Autor sabia muito bem que tinha de respeitar as regras de segurança que são básicas para a utilização deste tipo de serviços, a Ré foi condenada com base e no fundamento da responsabilidade objectiva, este tipo de responsabilidade de estar expressamente instituída na lei sem margem para a existência de quaisquer dúvidas, o regime jurídico do DL 317/09 de 30/10 que aprovou o regime jurídico relativo ao acesso à actividade das instituições de pagamento e à prestação de serviços de pagamento, transpondo para a ordem jurídica interna a Directiva 2007/64/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13/11, não estabelece responsabilidade objectiva das instituições de crédito quando se não tenha apurados a responsabilidade concreta do utilizador e muito menos estabelece tal responsabilidade quando a instituição de crédito tenha provado que a transferência ou transferências tenham sido efectuadas sem ocorrer qualquer avaria técnica imputável à instituição e tenham sido introduzidos os códigos de autenticação do utilizador de forma correcta, códigos esse que apenas dele podem ser conhecidos e existindo prova de que o Autor incumpriu com o seu dever de diligência e cuidados no que concerne à utilização dos meios informáticos de acesso ao serviços *CaixaDirecta* muito menos se admite e justifica a condenação do apelante ao pagamento de qualquer indemnização ao autor (Conclusões 8 a 24)

d) Mesmo que se justificasse a condenação da Ré e se venha a considerar que estão reunidos e verificados os pressupostos da responsabilidade civil, a condenação conjunta ao pagamento de 3.500,00 euros a título de danos não patrimoniais afigura-se completamente desproporcionada e desadequada face à jurisprudência e aos factos dados como provados nos autos (Conclusão 25) Termina pedindo a revogação da sentença e a absolvição da apelante do pedido.

Em contra-alegações pugna-se pela manutenção do decidido:

I.3. Nada obsta ao conhecimento dos recursos.

I.4 *Questões a resolver:*

1.4.1. No recurso do Réu L...:

a) Saber se ocorre na decisão recorrida nulidade por ter havido condenação dos réus em valor superior ao peticionado, e nulidade por contradição entre os factos e o direito;

b) Saber se ocorrer na decisão recorrida ao condenar o Réu solidariamente com a Ré CGD nos montantes referidos violação do disposto no art.º 71 do DL 317/09 de 30/10 por as obrigações de reembolso ali previstas recaem sobre o prestador de serviços de pagamento, no caso a CGD e não sobre os sujeitos particulares, o Réu não tem com o Autor uma relação contratual a sua responsabilidade a existir é extracontratual, a culpa não se presume (art.º 483 do CCiv), o Réu não se apropriou das quantias transferidas a partir da conta do Autora antes as transferiu para outra conta por ordem da sua entidade patronal;

I.4.2 No Recurso da CGD:

a) Saber se ocorre na decisão recorrida erro na apreciação dos meios de prova e subsequente decisão de facto negativa dos pontos 1 e 10 cuja matéria se deve considerar provada;

b) Saber se face à matéria de facto dada como provada e à alteração da decisão e facto se deve concluir que o Banco conseguiu ilidir a presunção de culpa contratual, não existe responsabilidade objectiva sua nem ónus de prova de que foi o utilizado do serviço Caixa Directa que no caso concreto actuou com culpa, havendo na decisão recorrido erro de interpretação ed e aplicação das disposições dos art.ºs 67/1/a, 68/1/a e 2, 70/1, 72 do DL 317/09 de 30/10;

I.5. No seu despacho de sustentação de 6/2/2018 a Meritíssima Juíza afastou as alegadas nulidades mantendo a decisão.

II- FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO

II.1 Deu o Tribunal como provados os seguintes factos:

A)

Da instrução e discussão da causa resultaram provados os seguintes factos:

1 - O Autor é cliente da Ré Caixa Geral de Depósitos, S. A. há cerca de 20

anos.

2 - O Autor é titular de uma conta à ordem na Caixa Geral de Depósitos com o nº 0510.024687.400, sediada na agência da demandada do M...

3 - O Autor é ainda titular de uma conta poupança na Caixa Geral de Depósitos, S. A., conta a que foi atribuído o nº 05..., também sediada na agência, da Ré, no M...

4 - O Autor é ainda possuidor de um cartão multibanco e de um cartão de crédito, tendo ainda aderido à "*Caixadirecta Online*", o que lhe permitia, entre outros, fazer consultas e pagamentos sem se deslocar a qualquer dependência bancária.

5 - No dia 3.10.2014 o Autor ligou para o "*Apoio ao Cliente*" da C. G. D., que informou o Autor que a sua conta a prazo (conta poupança nº 0713.024687.678) tinha passado de um saldo de 19.000,00 Euros para 351,85 Euros e que a sua conta à ordem tinha, nesse momento, um saldo de apenas 11,79 Euros.

6 - No dia referido em 5 - e por cautela, o serviço de "*Apoio ao Cliente*" da C.G.D. cancelou todos os acessos e a possibilidade de realização de operações electrónicas a partir das contas do Autor.

7 - No dia 6 de Outubro de 2014, por volta das 8.30 horas, o Autor dirigiu-se à agência da Caixa Geral de Depósitos do M... para pedir informação e documentação comprovativa dos movimentos bancários realizados através das suas contas, com indicação do destinatário, para poder apresentar queixa-crime e se abrir a investigação.

8 - No momento referido em 7 - o Autor tentou falar com a sua gestora de conta (Dr.^a Sandra Caeiro) mas como a mesma ainda não tinha chegado, expôs a situação a outro gestor de conta (Dr. Rafael Costa), que se disponibilizou a ajudar e a facultar-lhe toda a informação necessária.

9 - Ainda no dia 6.10.2014 foi enviada ao Autor, pela Ré e via *e-mail*, a informação à mesma solicitada por aquele e referente às transferências efectuadas de e para as suas contas e para outras e infra discriminadas.

10 - No dia 25.9.2014 foi transferida, directamente da conta a prazo do Autor para uma conta do Réu J.. na Ré Caixa Geral de Depósitos, S. A., a quantia de 3.461,36 Euros, movimento esse a que corresponde a operação nº 2668529.

11 - No dia 26.9.2014 foi transferida, directamente da conta a prazo do Autor para a sua conta à ordem e, posteriormente, para uma conta do Réu L..., junto da C. G. D., S. A., a quantia de 3.610,55 Euros, movimentos esses a que correspondem as operações nºs 267... e 2672..., respectivamente.

12 - No dia 29.9.2014 foi transferida da conta a prazo do Autor para a sua conta à ordem a quantia de 3.841,79 Euros e, de seguida, foi esse valor

transferido para uma conta do Réu L... na C.G.D., S.A., movimentos esses a que correspondem os nºs 268... e 2684..., respectivamente.

13 - No dia 30.9.2014 foi transferida da conta a prazo do Autor para a sua conta à ordem a quantia de 3.867,70 Euros e, de seguida, foi esse valor transferido para uma conta do Réu L... na C.G.D., S.A., movimentos esses a que correspondem os nºs 268... e 2684..., respectivamente.

14 - No dia 1.10.2014 foi transferida da conta a prazo do Autor para a sua conta à ordem a quantia de 3.866,75 Euros, de seguida transferida para uma conta do Réu L... na C.G.D., S.A., movimentos esses a que correspondem os nºs. 27030550 e 27030722, respectivamente.

15 - No dia 1.10.2014 e na sequência dos movimentos referidos sob 10 - a 14 -, a conta a prazo/poupança do Autor ficou com um saldo positivo de 351,85 Euros quando, antes daqueles movimentos, tinha um saldo positivo de 19.000,00 Euros.

16 - No dia 3.10.2014 foi efectuada uma transferência - da conta à ordem do Autor na Ré - da quantia de 1.210,55 Euros para uma conta do Réu L... na C.G.D., S.A., operação essa com o nº 27190965.

17 - Na sequência das transferências aludidas sob 10 - a 16 - a conta à ordem do Autor ficou a apresentar um saldo positivo de 11,79 Euros.

18 - No dia referido em 5 - o Autor teve cinco contactos telefónicos com o serviço de "Apoio ao Cliente" da Caixa Geral de Depósitos, S. A., na sequência das transferências em causa nos autos, contactos telefónicos que se verificaram entre as 17.04 horas e as 23.47 horas, dos quais o primeiro e o último da iniciativa do Autor e os demais da primeira Ré.

19 - O teor das conversas entre o Autor e o/a assistente da Ré no dia 3.10.2014 mostra-se transcrito a fls. 177 a 185 dos autos, teor que se dá por reproduzido.

20 - No dia 6 de Outubro de 2014 e no âmbito do NUIPC 354/14.1T9BRR o Autor foi notificado nos termos e para os efeitos do disposto no artº 75 e segs. do C. P. Penal e da Lei nº 34/2004, de 29/7.

21 - Por cartas datadas de 14 e 22 de Outubro de 2014 o Réu J... comunicou à Direcção de Auditoria da Ré Caixa Geral de Depósitos, S. A. o seguinte:

a) que autorizava a demandada a efectuar o débito da sua conta nº 02... pelo valor de 3.641,36 Euros de modo a devolver a verba em causa à pessoa a quem a mesma pertencia;

b) que não tinha, na altura, disponibilidade para devolver o valor aludido em a) à Caixa Geral de Depósitos, S. A.;

c) que julgava legítima a proveniência da quantia em causa por lhe ter sido dito que a mesma era parte de um pagamento de uma dívida de 25.000,00

Euros e que seria uma operação efectuada pelo devedor desse montante (Mr. Manager (Paul)) e por força de negócios que teria tido com pessoas da Costa do Marfim, através da *internet*;

d) que propunha à Caixa Geral de Depósitos, S. A. o pagamento em prestações mensais da verba necessária a devolver a quantia aludida em a) ao seu proprietário e por si indevidamente recebida na sua conta aí referida, sendo de imediato 1.500,00 Euros e 200,00 Euros e entre Novembro de 2014 e Maio de 2015 o pagamento da quantia mensal de 200,00 Euros e em Julho de 2015 a de 361,36 Euros e que em caso de incumprimento de alguma dessas prestações, a dívida se venceria de imediato;

e) que contactou com as pessoas referidas em c) na sequência de um e-mail, de Novembro de 2013, em que lhe era comunicado ter ganho um prémio de lotaria da Microsoft, no valor de 250.000,00 Euros e de *e-mails* de um alegado banco e que tinha de pagar despesas do processo, razão pela qual lhe foram pedidas transferências monetárias para indivíduos da Costa do Marfim e do Benim e que até à data não recebera o referido valor do prémio anunciado, tendo antes pago cerca de 30.000,00 Euros e participado a burla à G.N.R. em Julho de 2014;

f) que quando recebeu a quantia aludida em a) na sua conta pensou que essa verba se devia à situação aludida em e) e que seria um pagamento para evitar queixas suas, mas que sabendo então que pertencia ao aqui Autor, queria devolver o montante em causa, propondo, por isso, a forma de pagamento enunciada em d).

22 - Com data de 29.10.2014 a Ré remeteu ao Autor a carta de fls. 25, verso dos autos, sob o assunto “Reclamação de cliente - Proc^o nº 0331/14-DAI “, com o seguinte teor:

“Informamos V. Ex^a de que o assunto relacionado com as transferências no valor global de 19.858,70 Euros, efectuadas entre 25.9.2014 e 3.10.2014, a partir da conta à ordem nº 0510.024687.400 e da conta poupança nº 0713.024687.678, que titula, via Internet Banking através do Serviço Caixadirecta on-line, ainda estão a ser apreciados por esta Direcção. Aproveitamos, entretanto, a oportunidade para informar que as aludidas transferências se destinaram a crédito das contas à ordem nº 02... 8 € 3.461,36), titulada por J... e nº 07... (€ 16.397,34), titulada por L.... Tão breve quanto possível daremos nota do que tivermos por conveniente. Com os nossos cumprimentos, (assinaturas) “.

23 - Por carta datada recebida na Caixa Geral de Depósitos, S. A. em 30.12.2014, o Réu L... comunicou ao gerente da Caixa Geral de Depósitos, agência de Aveiro, autorizar o débito da sua conta bancária nº 07... pelo valor de 255,40 Euros, de modo a ressarcir parcialmente o Autor, na sequência das

transferências em causa nestes autos e de que fora beneficiário de forma indevida, por estar convencido de que as operações tinham proveniência legal.

24 - Na carta referida em 23 - o Réu L... referia ainda pretender que a conta referida em 23 - fosse encerrada, por ser conhecida por terceiros, agentes da fraude que a envolvia.

25 - No dia 30.12.2014 foram creditadas na conta do Autor identificada em 2 - supra as quantias de 2.100,00 Euros e de 255,40 Euros.

26 - Por carta datada de 7.1.2015 dirigida ao Autor e que este recebeu, a Caixa Geral de Depósitos, S. A. comunicou ao mesmo, sob o assunto "Reclamação de Cliente - Movimentos efectuados via *Caixadirecta Online* Procº 331/14-DAI ", o seguinte:

"

Tendo presente o repúdio dos débitos efectuados sobre as contas nºs 0510.024687.400 e nº 05..., sediada na n/ Agência do M..., ocorridos entre 25.9.2014 e 3.10.2014, pelo montante global de € 19.858,70 e em complemento da n/ carta nº 575/14-DAI, de 29.10.2014, informamos V. Exª do seguinte:

☞ *As operações de transferência interna de fundos contestadas por V. Exa. Foram efectuadas através da utilização de meios informáticos que permitiram o acesso ao Serviço "Caixadirecta on-line ", tendo sido correctamente inseridos o número de contrato e a respectiva password, que é pessoal e intransmissível;*

☞ *Para além disso, a concretização da aludida transferência exigiu a inserção de um código numérico, enviado por "SMS "para o telemóvel associado ao contrato, sem o que a dita operação nunca seria possível;*

☞ *Assim, tendo as operações referidas sido autenticadas, registadas e contabilizadas e não tendo sido afectadas por avaria técnica ou qualquer outra deficiência, a Caixa não poderia ter obstaculizado às transferências e considera que as mesmas foram devidamente autorizadas, em face do disposto no nº 1 do artº 70 do Regime Jurídico que Regula o Acesso à Actividade das Instituições de Pagamento e a Prestação de Serviços de Pagamento (Dec. Lei nº 317/2009, de 30 de Outubro).*

☞ *Acresce que de acordo com as "Condições Gerais de Utilização do Serviço "Caixadirecta ", sempre que uma operação como a ora em causa seja realizada com a utilização de elementos estritamente pessoais e intransmissíveis e validade mediante o código SMS Token, mesmo que indevida, presume-se que o foi pelo aderente e, portanto, da sua responsabilidade;*

☞ *A Caixa, através dos seus sites institucionais, www.cgd.pt e <https://caixadirecta.cgd.pt> divulga permanentemente alertas e recomendações de segurança sobre a protecção contra os riscos de fraude informática (phishing*

e outros), que devem ser rigorosamente cumpridos pelos clientes, nomeadamente o aviso de que a Caixa pede, apenas, três dígitos do cartão matriz, mas exclusivamente para validação das operações de transferências/pagamentos e de

que nunca solicita dados pessoais e confidenciais dos clientes, nem pede informações sobre as características/marcas dos seus telemóveis.

Além disso, nos mesmos sites os clientes são também alertados de que a Caixa não envia e-mails, SMS ou outras mensagens contendo links (hiperligações).

☞ Também aquando do envio/entrega do cartão matriz, os clientes são informados de que a protecção e preservação dos dados deve ter o mesmo tipo de cuidado dos cartões de débito e crédito ou outras credenciais de segurança (NIP, códigos de acesso, etc.).

Assim e concluídas as averiguações que se promoveram para o cabal esclarecimento da situação, não se apuraram elementos objectivos que possam responsabilizar a Caixa pelo acesso alegadamente indevido ao n/ serviço “Caixadirecta on-line”. Em consequência, não se mostra possível efectuar o reembolso de € 19.858,70.

Todavia, foi possível recuperar € 255,40 junto da conta beneficiária dos fundos nº 07..., de L... e € 2.100,00 junto da conta beneficiária dos fundos nº 02..., de J..., tendo tais verbas sido creditadas na conta nº 0510.024687.400, titulada por V. Exa., em 30.12.2014.

Relativamente ao remanescente de € 17.503,30 não se mostra possível proceder ao respectivo reembolso.

Porém, considerando que o cliente J... manifestou disponibilidade para efectuar o pagamento faseado do valor indevidamente recebido e que ainda não logrou devolver, mais informamos V. Exa. de que procederemos, mensalmente, ao crédito da s/ conta nº 0510.024687.400, à medida que tais valores forem entregues à Caixa, prevendo-se que a liquidação total da verba em falta se concluirá em Junho de 2015.

*Com os nossos cumprimentos,
(assinaturas)”.*

27 - Por carta datada expedida em 30.1.2015 o Autor dirigiu à primeira Ré a carta a que se referem fls. 29 a 30 dos autos, em que comunicou à mesma:

- desconhecer os aqui Réus JJ... e L...;
- nunca ter fornecido a qualquer pessoa ou entidade os seus dados que lhe permitiam efectuar operações bancárias *online*;
- nunca ter efectuado qualquer operação mediante código SMS Token e que nem sabia o que era este e,
- não aceitar a declinação, pela primeira Ré, de responsabilidade quanto às transferências ocorridas.

28 - Na carta referida em 27 - o Autor comunicou ainda à primeira Ré que caso na sua conta os remanescentes 17.503,30 Euros, iria, no prazo de 10 dias, proceder judicialmente contra a mesma, JJ... e L..., através de uma acção cível.

29 - O Autor aderiu ao serviço “Caixadirecta”, da primeira Ré, em 6.9.2008, tendo nessa data apostado a sua assinatura após as condições gerais a que se referem fls. 61 dos autos.

30 - Das “Condições Gerais de Utilização do Serviço Caixadirecta” referidas em 29 - constam - além de outras cujo teor se dá por reproduzido sem necessidade de transcrição -, designadamente e com relevo para a decisão, as seguintes cláusulas

1. O Serviço Caixadirecta consiste na faculdade conferida ao cliente, que seja pessoa singular e ao mesmo adira, de estabelecer relações com a CGD consistentes, designadamente, na aquisição de serviços, realização de consultas e de operações bancárias relativamente a contas de depósitos de dinheiro de que seja único titular ou co-titular em regime de solidariedade e autorizado em contas tituladas por menores e que possa livremente movimentar, utilizando, para o efeito, canais telemáticos: telefone (Caixadirecta telefone), internet (Caixadirecta on-line), WAP (Caixadirecta wap), SMS (Caixadirecta sms) ou outras formas de acesso que venham a ser definidas pela Caixa.

...

2.1 O acesso ao serviço Caixadirecta, independentemente de outras regras que venham a ser definidas no futuro, processar-se-á através de elementos de identificação estritamente pessoais e intransmissíveis.

2.2 Os elementos de identificação referidos na cláusula anterior serão fornecidos ao aderente no acto da adesão ou sempre que a CGD entender que se justifique, posteriormente a este acto.

2.3 A CGD poderá estabelecer outros sistemas de controlo consoante o montante das operações, exigindo, designadamente, a respectiva confirmação por escrito.

...

6. O aderente obriga-se a garantir a segurança dos elementos de identificação referidos na cláusula 2.1 bem como a sua utilização estritamente pessoal, designadamente:

a) não permitindo a sua utilização por terceiro, ainda que seu procurador ou mandatário; não os revelando nem por qualquer forma os tornando acessíveis ao conhecimento de terceiros;

c) abstendo-se de os registar, quer directamente, quer por qualquer forma ou meio que sejam inteligíveis por terceiros.

7. O aderente obriga-se a comunicar imediatamente à CGD quaisquer ocorrências anómalas, nomeadamente:

a) o lançamento em conta de uma operação não ordenada;

b) o lançamento incorrecto de qualquer operação.

8. O aderente deve verificar com regularidade os lançamentos efectuados nas suas contas, de modo a aperceber-se, o mais cedo possível, das ocorrências a que se refere a cláusula anterior, devendo, quando as mesmas sejam constatadas, tomar as medidas necessárias ao apuramento imediato dos factos.

9. Sempre que uma operação seja realizada mediante os procedimentos referidos nas cláusulas anteriores e no guia do utilizador, presume-se que o foi pelo aderente.

10. Se, no entanto, se provar que a operação foi realizada por terceiro, presumir-se-á que tal foi consentido ou culposamente facilitado pelo aderente.”

31 - Aquando da adesão ao Serviço Caixa Directa a primeira Ré entrega aos clientes um número de contrato, um código de acesso e um cartão matriz, com um conjunto único de 64 combinações de 3 algarismos cada uma, que funciona como um elemento de segurança adicional para as operações a débito para contas de terceiros realizadas no serviço Caixa Directa online.

32 - No dia 6.9.2008 o Autor apôs a sua assinatura no documento de fls. 60, verso dos autos, sob a menção:

“

Declaro que recebi os códigos, com os quais tenho acesso às operações praticadas no serviço acima indicado, assumindo de imediato todos os compromissos constantes das respectivas condições gerais.

“

33 - A primeira Ré costuma informar os seus clientes, aquando da remessa do cartão matriz para utilização do Serviço Caixadirecta, de que na confirmação de algumas operações, nomeadamente pagamentos ou transferências, o serviço solicitará 3 dígitos que correspondem a determinadas posições e coordenadas do seu cartão matriz.

34 - A Caixa Geral de Depósitos, S. A. tem, no seu *site* electrónico, recomendações relativas a segurança na utilização do serviço *Caixadirecta*, *homebanking* ou *internet banking*, recomendações a que se referem fls. 62 a 69 e 78, verso a 79 dos autos.

35 - O *site* aludido em 34 - contém ainda alertas sobre “*phishing*” e exemplos de mensagens fraudulentas desse tipo, com a intenção de captação dos elementos de identificação dos clientes necessários à movimentação das respectivas contas através do serviço em causa, sendo exemplos de tal tipo de

alertas os que constam de fls. 72 a 74 dos autos.

36 - Uma das formas de segurança para a utilização do Serviço *Caixadirecta* é, segundo a primeira Ré na informação constante do respectivo *site*, a adesão ao “*SMS Token*”, que constitui, segundo o *site* da primeira Ré, uma credencial de segurança que complementa os actuais processos de autenticação e confirmação de operações no *homebanking* da Caixa, sendo utilizado sempre que o cliente a ele aderente efectue:

- uma operação (pagamento, transferência nacional, etc.) cujo montante diário acumulado seja superior a 500,00 Euros no *Caixadirecta* ou € 5.000,00 no *Caixa ebanking*;
- um pagamento de telemóvel com montante superior a 50,00 Euros para particulares;
- uma transferência internacional;
- active o *SMS Token* e, - subscreva o *MBNet* e *MB Dox*.

37 - Nas situações referidas em 36 - e sempre que o cliente solicite uma das operações aí referidas, será enviado para o telemóvel do mesmo uma mensagem com:

- os dados da operação (que o cliente deverá verificar se estão correctos);
- um código numérico que deverá inserir no (?) quando solicitado no decorrer da operação. A utilização deste código pressupõe a validação da operação indicada conforme consta da mensagem enviada pela Caixa.

38 - Cada código numérico referido em 37 - só pode (segundo a informação constante do *site* da primeira Ré) ser utilizado uma vez e tem uma validade de 60 segundos, período após o qual o cliente terá de solicitar novo código para confirmar a operação.

39 - Para aderir ao “*SMS Token*” o cliente da primeira Ré deve associar o seu telemóvel ao seu contrato de *homebanking* para particulares ou empresas, ficando o mesmo activo desde logo e após as operações identificadas a fls. 68 dos autos se o telemóvel a associar for o registado aquando da adesão ao contrato de *internet banking*. e só se o telemóvel não for o referido - ou em caso de se pretender a mudança do telemóvel associado -, após efectuar tal pedido e recepção, pelo cliente e na morada do mesmo, uma proposta que o cliente deve assinar e devolver à Caixa, através do envelope RSF, sendo então assinada, após a recepção da proposta assinada pela Caixa Geral de Depósitos, activado o novo contacto.

40 - Com data de 8.4.2015 a primeira Ré creditou na conta à ordem do Autor identificada em 2 - a quantia de 600,00 Euros, em consequência do cumprimento da proposta de restituição aludida em 21 -.

41 - No dia 8.5.2015 a primeira Ré creditou na conta à ordem do Autor identificada em 2 - a quantia de 200,00 Euros, em consequência do

cumprimento da proposta de restituição aludida em 21 -.

42 - No dia 21.5.2015 a primeira Ré creditou na conta à ordem do Autor identificada em 2 - a quantia de 200,00 Euros, adveniente do cumprimento da proposta de restituição aludida em 21 -.

43 - No dia 19.6.2015 a primeira Ré creditou na conta à ordem do Autor identificada em 2 - a quantia de 361,36 Euros, adveniente do cumprimento da proposta de restituição aludida em 21 -.

44 - No período entre 25.9.2016 e 3.10.2014 a conta do Autor na Vodafone apresentou registo de chamadas e/ou mensagens para a Rússia e a Ucrânia, todas com uma duração de 0 segundos, efectuadas às horas constantes de fls. 27 a 28 dos autos, chamadas ou mensagens não efectuadas pelo Autor e de que o Autor tomou conhecimento através da sua conta em tal operadora de telecomunicações.

45 - No dia referido em 5 - o Autor teve cinco contactos telefónicos com o serviço de apoio ao cliente da primeira Ré, tendo os aludidos contactos telefónicos ocorrido, respectivamente e segundo os registos da Ré, pelas 17.04 horas, pelas 17.09 horas, pelas 22.26 horas, pelas 22.43 horas e pelas 23.47 horas.

46 - No segundo contacto telefónico entre o Autor e o serviço de Apoio ao Cliente da primeira Ré e referido em 45 -, o Autor informou este serviço do aludido em 44 - e que reclamara para a Vodafone - antes do primeiro contacto telefónico para a Ré relativamente às transferências em causa nos autos -, tendo ido ao apoio técnico dessa entidade no B... (ou M...) na manhã desse dia 3.10.2014, por a questão se arrastar há alguns dias e que aí foi, nessa altura, trocado (pela operadora) o cartão do seu telemóvel por outro, mantendo o nº do telemóvel e que a operadora também formatara o seu telemóvel e actualizara ou reinstalara o respectivo *software*.

47 - Na sequência da troca do cartão do seu telemóvel e formatação do mesmo, o Autor refere pensar não ter ficado com *backup* do seu histórico.

48 - As transferências referidas em 10 - a 14 - e 16 - supra foram efectuadas, segundo os registos da primeira Ré, à hora a seguir indicada:

a) a aludida em 10 - e de que foi beneficiário o Réu JJ...: às 10.42 horas do dia 25.9.2014;

b) as aludidas em 11 - e de que foi beneficiário o Réu L...: às 09.46 horas e às 09.46.46 horas do dia 26.9.2014;

c) as aludidas em 12 - e de que foi beneficiário o Réu L...: às 10.55 horas e às 10.45.38 horas do dia 29.9.2014;

d) as aludidas em 13 - e de que foi beneficiário o Réu L...: às 09.30.50 horas, às 9.33.25 horas e às 9.36.06 horas do dia 30.9.2014;

e) as aludidas em 14 - e de que foi beneficiário o Réu L...: às 08.52.14 horas e

às 08.54 horas do dia 1.10.2014 e,

f) a aludida em 16 - e de que foi beneficiário o Réu L...: às 10.26 horas do dia 3.10.2014, sendo as horas de efectivação das transferências aludidas praticamente coincidentes, no tempo, com as chamadas/mensagens registadas como alegadamente efectuadas do telemóvel do Autor para a Ucrânia e Rússia nos dias aludidos supra, discriminadas a fls. 27 a 28 dos autos.

49 - Na sequência das transferências referidas sob 11 - a 14 e 16 -, o Réu L... efectuou as seguintes transferências para a Rússia, via *Western Union* e/ou *Money Gram*:

a) no dia 3.10.2014 e destinada a VK..., a quantia de 1.092,00 Euros, tendo pago, pela transferência, a quantia de 48,00 Euros, tendo sido transferida e dissipada, por essa forma, a quantia total de 1.140,00 Euros;

b) no dia 1.10.2014 e destinada a VS..., a quantia de 1.901,00 Euros, tendo pago, pela transferência, a quantia de 72,00 Euros e dissipada, por essa forma, a quantia total de 1.973,00 Euros;

c) no dia 1.10.2014 e destinada a NB..., a quantia de 1.628,00 Euros, tendo pago, pela transferência, a quantia de 72,00 Euros e dissipado, por essa forma, a quantia total de 1.700,00 Euros;

d) no dia 30.9.2014 e destinada a DS..., a quantia de 1.903,00 Euros, tendo pago pela transferência a quantia de 71,00 Euros e dissipado, dessa forma, a quantia total de 1.974,00 Euros;

e) no dia 30.9.2014 e destinada a AL..., a quantia de 1.629,00 Euros, tendo pago pela transferência a quantia de 71,00 Euros e dissipado, dessa forma, a quantia total de 1.700,00 Euros;

f) no dia 29.9.2014 e destinada a YS..., a quantia de 1.628,00 Euros, tendo pago pela transferência a quantia de 72,00 Euros e dissipado, dessa forma, a quantia total de 1.700,00 Euros;

g) no dia 29.9.2014 e destinada a KT..., a quantia de 1.877,00 Euros, tendo pago pela transferência a quantia de 72,00 Euros e assim dissipado, no total, a quantia de 1.949,00 Euros;

h) no dia 26.9.2014 e destinada a OP..., a quantia de 1.534,00 Euros, tendo pago, pela transferência, a quantia de 66,00 Euros e dissipado, assim, a quantia total de 1.600,00 Euros e,

i) no dia 26.9.2014 e destinada a TS..., a quantia de 1.759,00 Euros, tendo pago pela transferência a quantia de 71,00 Euros e dissipado, dessa forma, a quantia total de 1.830,00 Euros.

50 - Para efectuar as transferências referidas em 49 - o Réu L... procedia ao levantamento, da sua conta e em dinheiro, dos valores que lhe era dito para transferir e do custo da transferência respectiva.

51 - O Réu L... refere pensar que estava, à data dos factos em causa nos autos,

a cumprir um período de experiência para o *Royal Bank of Scotland*, com vista à sua eventual contratação como funcionário dessa entidade.

52 - O Réu L... era, à data como hoje é, estudante.

53 - O Réu L... refere que efectuava os levantamentos e as transferências após contacto nesse sentido por parte da pessoa que o contactara - primeiro por *e-mail* e após por telefone - e que se intitulava *Juan*, devendo as transferências por si efectuadas para os destinatários com morada na Rússia serem efectuadas em tempo curto após o respectivo depósito na sua conta.

54 - O Réu L... refere que os depósitos na sua conta apenas eram efectuados se ele tivesse disponibilidade para, pouco tempo após, proceder às transferências para o exterior e para os destinatários que lhe eram identificados, sendo para o efeito previamente contactado a fim de saber se tinha a aludida disponibilidade.

55 - O Réu L... refere que lhe fora prometida uma percentagem de cerca de 5% a 10% do valor das aludidas transferências, tendo retido para si o não efectivamente transferido nem pago a título de despesas de transferência dos valores aludidos em 49 -.

56 - Com data de 26.1.2016 o Réu L... foi constituído como arguido pela Polícia Judiciária no âmbito do Proc^o com o NUIPC 354/14.1T9BRR, tendo o mesmo sido informado dos direitos e deveres a que se referem fls. 250 dos autos.

57 - Na sequência de informação pedida pelo tribunal à Nos - Comunicações, S. A. esta entidade informou que o nº 916737840 (que era o número de telemóvel do Autor à data das transferências) fora portado para a mesma em 7.12.2015 e que já procedera à eliminação dos dados de tráfego respeitantes ao período entre o início de Setembro e final de Outubro de 2014.

58 - As transferências referidas sob 10 - a 14 - e 16 - não foram efectuadas por ordem do Autor nem com autorização do mesmo.

59 - A conta à ordem do Autor identificada em 2 - apresentou, entre 1.1.2014 os movimentos a que se referem fls. 132 a 142 dos autos e, entre 1.1.2015 e 12.4.2016 os movimentos a que se referem fls. 142, verso dos autos e 145 a 156 dos autos.

60 - O Autor não conhecia os Réus JJ... e L... nem estes conheciam aquele, nunca tendo tido entre si quaisquer negócios.

61 - O Autor fez o contacto telefónico para o Serviço de Apoio ao Cliente da primeira Ré no dia 3.10.2014 por ter constatado, no Multibanco e da parte da tarde desse dia, que apenas tinha cerca de 11,00 Euros na sua conta à ordem da primeira Ré.

62 - Antes dos factos em causa nos autos e quando se deslocava ao estrangeiro, o Autor usava uma aplicação para telemóvel e destinada a conversações, fazendo-o para pagar menos pelas comunicações, aplicação

essa denominada “Viber”.

63 - O Autor nunca acedeu ao Serviço Caixa Directa através do telemóvel que possuía.

64 - Nenhum funcionário da primeira Ré contactou, após as transferências em causa nos autos e pessoal e fisicamente, o Autor nem lhe pediu para analisar o seu computador ou telemóvel e/ou lhe comunicou qualquer tipo de cuidado a ter após os contactos referido em 45 - supra.

65 - Aquando da adesão, pelo Autor, ao Serviço *Caixadirecta*, a primeira Ré comunicou ao Autor e explicou-lhe que não podia dar a identificação dos números do seu cartão matriz, *password* e número de contrato a ninguém.

66 - O Autor admite não ter lido a totalidade das condições gerais de utilização do Serviço *Caixadirecta* antes da adesão ao mesmo e de apôr a sua assinatura referida em 32 -.

67 - Foi a Vodafone que, por sua iniciativa e aquando da ida do Autor ao Apoio Técnico ao Cliente, no M... ou B..., que decidiu trocar o cartão do telemóvel do demandante, formatá-lo e actualizar o seu *software*, referindo que assim se resolvia o problema das chamadas efectuadas sem ser pelo Autor para os destinos constantes da sua conta e, designadamente, para a Rússia e Ucrânia.

68 - Entre Setembro de 2014 e Dezembro de 2014 o Autor viveu, como se casado fosse, com uma companheira, de nome Cláudia Almeida.

69 - A companheira do Autor referida em 68 - nunca teve os códigos das contas do demandante nem os elementos necessários para aceder ao Serviço *Caixadirecta*

70 - À data das transferências em causa nestes autos o Autor comprara uma casa e pedira a uma operadora de telecomunicações a portabilidade do cartão e a instalação de um pacote com TV, internet, telefone fixo e telemóvel incluído e por essa razão e para ver se a portabilidade já se verificara, o Autor consultou a sua conta da Vodafone em “My Vodafone”, tendo-se apercebido das comunicações para a Rússia e Ucrânia e por si não efectuadas.

71 - No próprio dia 3.10.2014 o Autor e a sua então companheira deslocaram-se à P.S.P. para efectuar uma queixa, atento o desvio de valores das contas do Autor e aí foi recomendado ao Autor que fosse à Polícia Judiciária, o que o Autor fez, aí tendo, nesse dia,

tentado apresentar a queixa e sido dito ao mesmo para obter, primeiro, os dados correctos e completos dos movimentos em causa junto da Caixa Geral de Depósitos, S. A..

72 - O Autor é auditor financeiro na *Delloite* desde 2007.

73 - O Autor tem mais de um computador, sendo considerado pela sua hoje ex-companheira, Cláudia Almeida, uma pessoa cuidadosa e que não daria os seus códigos de acesso às suas contas bancárias a terceiros e que o mesmo teria (à

data das transferências em causa nos autos) e tem antivírus no computador.

74 - No dia 3.10.2014 o Autor ficou em pânico e enervado com o desaparecimento dos valores que tinha nas suas contas bancárias e tem tido de tratar do assunto.

75 - Para a Policia Judiciária a forma de poder ter sido conseguido o acesso aos dados do Autor do Serviço *Caixadirecta* pode ter sido uma qualquer infecção ou vírus direccionado para uma aplicação instalada no telemóvel do mesmo (utilizada para conversação), podendo a infecção ter ocorrido por outras formas, sendo que as infecções ou vírus desse tipo permitem o acesso, por terceiros, aos dados dos utilizadores dos equipamentos e, designadamente, bancários.

76 - Uma das formas possíveis de infectar um telemóvel para aceder aos dados bancários de uma pessoa pode ser a mera remessa de uma mensagem, que basta abrir para infectar o equipamento e permitir o acesso, por terceiros, aos dados bancários do proprietário do aludido equipamento ou mesmo a instalação de uma aplicação que já pode vir infectada, também podendo ocorrer que seja pedido, numa mensagem, para instalar alguma aplicação e, efectuada esta, estar a mesma infectada.

77 - No caso de infecções, por vírus, de telemóveis, as mensagens *SMS Token*, apesar de direccionadas para o telemóvel do cliente do Serviço *Caixadirecta*, não passam pelo telemóvel destinatário por serem, devido ao vírus ou infecção em causa, imediatamente encaminhadas para outro telemóvel.

78 - Nestes casos de infecções por vírus dos equipamentos de clientes bancários e de captação dos dados do mesmo do *homebanking*, casos há em que nada fica registado nem no equipamento do cliente nem na operadora de telecomunicações e outros casos em que ficam os dados na página da operadora de comunicações.

79 - A Polícia Judiciária não tem efectuado, em casos similares ao dos autos, exame dos equipamentos porque demora cerca de 4 anos, não o fazendo atenta a percentagem de crimes praticada e denunciada.

80 - Não há conhecimento de qualquer ataque directo, à data das transferências referidas sob 10 - a 14 - e 16 -, ao sistema informático da primeira Ré.

81 - Na sequência das transferências em causa nos autos e por ter ficado sem dinheiro, o Autor teve de ter um empréstimo dos pais quando teve um acidente de viação, por forma a poder adquirir um novo automóvel.

82 - A restituição, pelo Réu JJ... ao Autor da quantia referida em 10 -, ocorreu na sequência de um funcionário da primeira Ré ter explicado a tal demandado que o valor que fora transferido para a sua conta era do Autor e fora transferido de uma conta do mesmo e sem sua autorização.

83 - A primeira Ré não pediu ao Autor, na sequência das transferências em causa nos autos, que facultasse à mesma o seu computador ou telemóvel para os examinar ou permitir o seu exame.

84 - O perfil bancário do Autor, como cliente da primeira Ré, não era de efectuar operações que carecessem da segurança adicional do “SMS Token”.

85 - As informações de segurança na utilização do Serviço “Caixadirecta” aparecem aquando da utilização, não deixando o sistema progredir o utilizador sem ver as mensagens de alertas de fraude e regras de segurança, surgindo estas em janelas de “pop up” que, no entanto, têm uma opção de serem fechadas.

86 - Para a efectivação das transferências referidas sob 10 - a 14 - e 16 - foram correctamente introduzidas todas as credenciais de autenticação do Serviço *Caixadirecta* e relativas ao Autor e, por isso, o sistema informático da primeira Ré assumiu as operações como correctamente efectuadas pelo demandante.

87 - A utilização do Serviço *Caixadirecta* implica o desconhecimento, por parte de qualquer funcionário da primeira Ré e em tempo real, das operações efectuadas pelos clientes através desse meio de acesso às suas contas bancárias.

88 - Não houve, na altura das transferências referidas sob 10 - a 14 - e 16 - conhecimento de qualquer avaria do sistema informático da primeira Ré.

89 - Os códigos de acesso dos clientes da primeira Ré ao “Serviço *Caixadirecta*” são desconhecidos dos funcionários da demandada.

II.2. Deu o Tribunal como não provados os seguintes factos havendo impugnação dos factos sob 1 e 10:

1 - Que o Autor tenha aderido ao serviço “SMS Token”, associando o seu número de telemóvel para o efeito e que a primeira Ré ao mesmo tenha enviado, nessa sequência, carta idêntica à de fls. 70 dos autos.

2 - Que o Autor alguma vez tenha cedido a terceiro os seus códigos de acesso ao Serviço *Caixadirecta* e ou que tenha actuado por forma a permitir o acesso às suas credenciais de acesso ao serviço aludido por terceiros.

3 - Que, após três tentativas falhadas de introdução do código fornecido pelo *SMS Token*, o Serviço *Caixadirecta* bloqueie automaticamente.

4 - Que o Autor tenha recebido no seu telemóvel mensagens *SMS Token* relativamente a parte das operações referidas sob 10 - a 14 - e 16 -, que não solicitara e que, mesmo assim, tenha validado tais operações, através do seu telemóvel e da introdução do código *SMS Token*.

5 - Que uma perícia técnica ao telemóvel do Autor permitisse, antes da sua formatação e ou troca de cartão, apurar a forma como a infecção ou instalação de vírus no mesmo teria ocorrido.

6 - Que o Autor tenha, atento o silêncio da Ré, voltado a apresentar queixa

telefónica para a mesma e respectiva “Linha Caixa Directa” passado cerca de um mês, ou seja, no início de Novembro de 2014, que lhe tenha então sido dito que o processo estava no Departamento de Auditoria Interna e que tenha ligado para tal departamento, voltando a expor a situação e lhe tenha sido dito que a situação estava a ser analisada e em investigação.

7 - Os factos constantes dos artºs. 38º, 41º, 42º e 85º da petição inicial.

8 - Que apenas após a carta referida em A), 26 - a primeira Ré tenha explicado ao Autor que pagamentos ou transferências até 500,00 Euros on-line careciam apenas de inserção do número do contrato, de password e das coordenadas do cartão matriz e que operações de valor superior a 500,00 Euros e até 5.000,00 Euros requeriam a inserção de um código recebido por SMS, o código “SMS Token”, de modo a que a operação pudesse ser validada e realizada.

9 - Que o Autor tenha tido necessidade, em consequência das transferências referidas sob A), 10 - a 14 - e 16 -, de pedir dinheiro emprestado à sua então companheira.

10 - O facto constante do artº 70º da contestação (Não é possível ter conhecimento das credenciais de autenticação do demandante por outra forma que não seja a sua inserção pelo próprio ou por alguém a quem tenha voluntária ou involuntariamente divulgado tais códigos).

11 - Que a primeira Ré tenha comunicado e explicado ao Autor as condições gerais do Serviço *Caixadirecta* antes da adesão, pelo demandante, a tal serviço.

III- FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO

III.1. Conforme resulta do disposto nos art.ºs 608, n.º 2, 5, 635, n.º 4, 649, n.º 3, do CPC[1] são as conclusões do recurso que delimitam o seu objecto, salvas as questões cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras e as que sejam de conhecimento officioso. É esse também o entendimento uniforme do nosso mais alto Tribunal (cfr. por todos o Acórdão do S.T.J. de 07/01/1993 in BMJ n.º 423, pág. 539.

III.2. Não havendo questões de conhecimento officioso são as conclusões de recurso que delimitam o seu objecto tal como enunciadas em I.

III.3. *Começaremos pelas nulidades processuais assacadas à decisão recorrida no recurso do Réu L...*

III.3.1. O Autor na acção que intentou contra a CGD, J... e L... pede a condenação dos réus solidariamente a pagar-lhe a quantia de 17.503,30 euros a título de danos patrimoniais, 335,68 euros e ainda no valor de 3.500,00 euros por danos extrapatrimoniais num total de 21.338,98 euros mais juros de mora vincendos à taxa legal para as operações civis então de 4% ao ano sobre o capital de 17.503,30 euros e até integral pagamento e sobre o capital de danos morais de 3.500,00 euros desde a citação até efectivos e integral

pagamento.

III.3.2. Na petição inicial o Autor na acção que intentou contra a CGD, J... e L... pede a condenação dos réus, solidariamente, a pagar-lhe a quantia de 17.503,30 euros a título de danos patrimoniais, 335,68 euros e ainda no valor de 3.500,00 euros por danos extrapatrimoniais num total de 21.338,98 eur. Os Réus L... e JJ... citados aos 8/4/2015 (cfr. fls. 37 e 38), não contestaram; aos 20/4/2015 o Autor veio reduzir o pedido em 600,00 euros, primeiro por imputação nos juros e depois no capital por a CGD lhos ter depositado na conta aos 8/4/23015, aos 19/5/2015 volta a reduzir o pedido em mais 200,00 euros por a CGD lhos ter depositado na conta aos 8/5/2015, primeiro com imputação nos juros e depois no capital aoss4/6/2015 veio o Autor reduzir pedido em mais 200,00 euros por lhe ter sido entregue pela CGD aos 21/5/2015 a respectiva quantia, por imputação primeiro no capital, aos 7/7/2015, nova redução do pedido em virtude de novo pagamento agora de 361,36 euros ocorrido aos 19/6/2015. Houve, por isso, entretanto pagamentos no decurso da acção por parte do Réu J..., a saber em 8/4/2015, no valor de 600,00 euros, de 200,00 euros no dia 8/5/2015, mais 200,00 euros em 21/5/2015 e de 361,36 euros, valores esses que, muito embora o sentenciado em a) não o diga expressamente, se devem imputar primeiro nos juros e só após no capital conforme o art.º 785/1 do CCiv. Há que dizer, em primeiro lugar, que a obrigação dos Réus não é uma obrigação plural, em primeiro lugar porque o DL 317/09/30 que no art.º 71 impõe só à CGD a obrigação de reposição imediata das quantias retiradas da conta repousa na relação contratual entre o Autor e a CGD enquanto as dos outros dois réus que se apropriaram indevidamente daquelas quantias que indevidamente lhe foram transferidas não se sabe em que circunstâncias, repousa, justamente nessa indevida apropriação, nada se demonstrando que permita interligar os RR numa qualquer responsabilidade extracontratual como adiante se dirá; não é solidária nem plural a obrigação ocorrendo erro no sentenciado e pelas razões que adiante se exporão; acresce que o dispositivo não é claro, desde logo por faltar a imputação dos pagamentos na quantia global de 19.858,70 euros; quanto ao ponto 2 parece numa primeira leitura, que a condenação do réu JJ... a restituir a mencionada quantia que lhe fora transferida de 3.461,36 euros (ponto 10) e que foi paga em parte antes do processo (2.100,00 euros) e o restante no decurso do processo (40 a 43) acresce àquele montante em que a CGD foi condenada mas não é assim atento o *“imputação do valor já restituído por este réu, a totalidade do montante em cuja restituição é condenado e que é de 3.461,36 euros (é evidente lapso a referência a 3.641,36 euros) nos juros vencidos e após no capital (de A1 embora não esteja correctamente referido)...sendo a liquidação resultante do mero cálculo*

aritmético; por último quanto ao montante constante de 3 em que o Reu L... vai condenado a pagar “solidariamente” (que como acima se disse enferma de erro e se rectificará) ao Autor e que é inferior ao constante de a) pois o valor é de 16.397,34 euros mais juros de mora vencidos e vincendos até integral pagamento, embora o segmento da sentença sob c) não seja claro é evidente que essa dita responsabilidade solidária com os restantes réus, e apenas até esse valor de 16.397,34 euros, como resulta da fundamentação, a sua responsabilidade resulta da sua “*conduta claramente ilícita que propiciou e permitiu a ocorrência da fraude de que o demandante foi vítima... e o mero facto de alegadamente ter ficado apenas com uma mera parcela dos valores pertença do autor e transferidos para a sua conta, não pode permitir que a sua responsabilização seja apenas e tão só nessa exclusiva medida, por alegadamente ser esse o seu efectivo benefício*”; mas como se dirá existe erro na condenação “solidária” do Réu L... e constante de A)3 não acresce ao montante de A)1), esse valor deve, ser contabilizada no valor global de 17.503,30 euros mas em relação ao Réu L... apenas pelo valor de 16.397,34. Por conseguinte os valores de A)2 e A)3 não crescem aos de A)1 pelo contrário consideram-se incluídos naquele valor (o que a final melhor se esclarecerá) de 17.503,30 euros. No que toca ao montante de B, da compensação pelos danos morais de 3.500,00 euros esse valor em que todos solidariamente (o que se verá se bem ou mal questão diferente e também suscitada) foram condenados, acresce ao valor de A)1 pelo que o total da condenação é de 21.003,30 euros, dentro do valor peticionado, pelo que inexistente qualquer nulidade por condenação para além do pedido.

III.4. Abordaremos de seguida não a segunda questão suscitada pelo réu L... antes a primeira questão suscitada no recurso da Ré Caixa, por da sua eventual procedência depender a apreciar das questões jurídicas suscitadas em ambos os recursos: saber se ocorre na decisão recorrida erro na apreciação dos meios de prova e subsequente decisão de facto negativa dos pontos 1 e 10 cuja matéria se deve considerar provada.

III.4.1. Estatui o art.º 640 n.º 1: “*Quando seja impugnada a decisão sobre a matéria de facto, deve o recorrente, obrigatoriamente, especificar, sob pena de rejeição: a) os concretos pontos de facto que considerar incorrectamente julgados; b) os concretos meios probatórios, constantes do processo ou de registo ou gravação nele realizada, que impunham decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnados diversa da recorrida; c) a decisão que no seu entender, deve ser proferida sobre as questões de facto impugnadas.* O n.º 2 do art.º, por seu turno estatui que “*quando os meios probatórios invocados como fundamento do erro na apreciação das provas tenham sido gravados, incumbe ao recorrente, sob pena de imediata rejeição do recurso na*

respectiva parte, indicar, com exactidão as passagens de gravação em que se funda o recurso, sem prejuízo de poder proceder à transcrição dos excertos que considere relevantes (alínea a); independentemente dos poderes de investigação oficiosa do tribunal, incumbe ao recorrido designar os meios de prova que infirmem as conclusões do recorrente e se os depoimentos tiverem sido gravados, indicar com exactidão as passagens da gravação em que se funda e proceder, querendo, à transcrição dos excertos que considere importantes(alínea b)”.

III.4.2. A rejeição total ou parcial do recurso respeitante à impugnação da decisão de facto deve verificar-se, entre o mais, no entendimento da doutrina, se não ocorrer, nas conclusões de recurso, a especificação dos concretos pontos de facto que considerar incorrectamente julgados, a referência aos concretos meios probatórios, constantes do processo ou de registo ou gravação nele realizada, que impunham decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnados diversa da recorrida (ainda que por remissão para o corpo das alegações) e a decisão que no seu entender, deve ser proferida sobre as questões de facto impugnadas; também a falta de indicação exacta das passagens da gravação em que o recorrente se funda, podendo o apelante proceder, se assim o entender, à transcrição dos excertos que considere oportunos; trata-se de uma decorrência do princípio da autorresponsabilidade das partes, impedindo que a impugnação da decisão da matéria de facto se transforme numa mera manifestação de inconsequente inconformismo, exigências que afinal devem ser o contraponto dos esforços de todos quantos, durante décadas, reclamaram pela atenuação do princípio da oralidade pura e pela atribuição à Relação de efectivos poderes de sindicância da decisão sobre a matéria de facto como instrumento de realização da justiça.[\[2\]](#)

III.4.3. Para além de indicar expressamente os pontos de facto alegadamente mal julgados e o sentido correcto da decisão, a apelante CGD indica os meios de prova e no que à prova testemunhal concerne em discurso indirecto e por referência às passagens das gravações refere o que as mesmas disseram pelo que se deve considerar cumprido o ónus processual.

III.4.4. No que à decisão negativa do *ponto 10* diz respeito a decisão recorrida motivou-a por não ter sido produzida qualquer prova quanto aos mesmos e no que ao facto *1* diz respeito “*da circunstância de em momento algum ter sido junto aos autos o alegado documento comprovativo da adesão pelo autor àquela medida de segurança adicional referido como sempre existente, sendo que não foi produzida qualquer prova de que o código SMS TOKEN bloqueie o sistema ao fim de três tentativas falhadas na introdução do mesmo, antes resultando do conjunto da prova produzida a sujeição do telemóvel do demandante a um vírus de forma não identificada;*”

III.4.5. Em suma sustenta a apelante CGD:

- O Autor em depoimento de parte diz que não se recorda de ter aderido/ activado o *SMS Token* e nada assinou que sabe da existência mas nunca o usou, ou seja o Autor não afasta a hipótese de ter efectivamente aderido ao *SMS Token*, sendo que a adesão o serviço se basta com um mero clique no computador
- A testemunha *LB...* refere ter a certeza de que se verificou tal adesão mas que o Autor não utilizou e que viu o registo informático do pedido de adesão ao *SMS Token* formulado pelo Autor.

III.4.6. Ora, como bem refere a testemunha em causa a adesão a esse serviço não é matéria de opinião ou convicção, demonstra-se pelo registo informático do pedido de adesão ao serviço que dos autos não consta pelo que nos termos dos art.ºs 342/1 do CCiv e 414 a dúvida sobre a ocorrência desse facto resolve-se contra a CGD;

III.4.7. No tocante ao *facto n.º 10* dos não provados sustenta a apelante que:

- Da conjugação dos factos dados como provados sob 80, 86, 87, 88, 58 e da admissão pelo Autor nos art.ºs 60 a 73 da pi, em que admite que o seu telemóvel estivesse infectado com o depoimento das testemunhas *LB...*, ouvido na sessão de 30/3/2'17 bancário da CGD há 33 anos, *SB...*, ouvido a sessão de 7/7/2016, Inspector da P.^a J.^a que diz não ter quaisquer dúvidas de que o telemóvel do Autor foi infectado por um vírus que permitiu que quem o infectou tivesse acesso aos dados pessoais do Autor; *N...*, ouvido na sessão de 26/5/2017, técnico de informática na área de segurança informática e empregado da CGD informou que todas as situações de fraude e também ao dos autos a nível de funcionamento da banca electrónica partem de situações de negligência ou desatenção por parte do utilizador/cliente explicando como se processou a infecção tendo o utente sido convencido a dar o seu número de telemóvel e a partir dessa informação permite inadvertidamente a instalação do vírus, procedendo ao reencaminhamento directo do SMS do pedido de autenticação directamente para o telefone do *hacker*.
- Deve assim ser dado como provado no *ponto 10* dos não provados que "O telemóvel do Autor foi infectado por vírus que permitiu a captação dos códigos de acesso e de autenticação do Autor ao serviço CaixaDirecta"

III.4.8. Foi ouvido o suporte áudio. Saber se o telemóvel do Autor, o seu computador, ou ambos foram infectados por um vírus informático e se esse vírus informático permitiu a captação dos códigos de acesso e autenticação do Autor ao serviço *CaixaDirecta* da C.G.D. é algo que só é possível determinar com toda a certeza através duma perícia informática àqueles terminais do Autor, que não foi feita na altura em que ocorreram os factos nem o foi no decurso deste processo. A testemunha *SB...*, inspector da P.^aJ.^a a quem foi feita

a queixa-crime pelo autor e que deu início às diligências de instrução policial, foi claro ao explicar que não foi feito o exame aos terminais informáticos do Autor porque *“um exame ao computador do Autor demoraria 3 a 4 anos por causa da fila de espera no laboratório das polícia científica, os crime de pedofilia têm prioridade e os exames informáticos neste processo estão a demorar esse tempo...”*; a opinião que exprimiu de que *“não tenho dúvidas de que o telemóvel do queixoso foi infectado com software malicioso que permitiu que alguém tivesse acesso ao mesmo...”*, não passa, muito justamente, disso mesmo, de uma opinião, alicerçada, é certo, na experiência que a testemunha tem na investigação deste tipo de crimes mas que não tem suporte pericial, além de que ao longo do seu depoimento mostrou reserva em virtude de o processo-crime se encontrar em segredo de justiça. Entre o mais e com interesse disse: *“...O queixoso dirigiu-se à O.P.C (órgão de policia criminal) dizendo-se vítima de phishing da sua conta bancária, ouvi-o e ele explicou como acederam aos elementos da sua conta, não foi a C.G.D. que apresentou queixa, uma outra forma de aceder às contas é através de “mulas” que carregam o dinheiro e quando se apercebem de que foram vítimas de fraude apresentam queixa...das diligências efectuadas foram identificadas duas pessoas titulares das contas de destino de Aveiro, uma delas havia sido inquirida depois foi interrogada porque se entendeu que beneficiou monetariamente das transacções que foram efectuadas, a outra pessoa não beneficiou...a C.G.D indicou os I.P`s (Internet Protocol) através dos quais haviam sido usadas as transacções...do relatório meu no final do processo crime que está em segredo de justiça, resulta que há formas de adulterar o I.P:...a Vodafone facultou todas as informações solicitadas, ouvi o queixoso e as duas “mulas” não ouvi mais ninguém...a C.G.D. forneceu a informação através de um ofício que o titular da conta no caso o Autor forneceu e os dados necessários para que efectuassem as transferências...não houve demonstração técnica ou documental de que o Autor tenha facultado a terceiros os seus dados de acesso...da Vodafone veio a informação I.P. doc 6 da p.i., facturas detalhadas, movimentos...a Vodafone não forneceu queixas gravadas...o telemóvel do Autor tinha registos da Rússia mas não tem nada a ver com I.P., o serviço homebanking pode ser associado ao serviço SMS Token ou serviço telefónico associado ao homebanking, realizada a operação bancária é enviada SMS para o telemóvel associado ao titular da conta através da qual concorda ou autoriza a transferência..se o telemóvel estiver infectado e se o utente do banco tiver o SMS Token a mensagem do Banco a perguntar se o utente autoriza a transferência não cai no telemóvel do utente no caso do ofendido, mas é encaminhada para outro ou outros telemóveis, não há forma da PªJª saber do destino das mensagens...basta uma aplicação, um e-mail para*

o telemóvel ficar infectado, mail que tem de ser aberto ou descarregado pelo titular do equipamentos e por essa via pode aceder-se a dados bancários...só o exame ao equipamento permitiria concluir se foi infectado...não sei se o telemóvel e o cartão do autor forma ou não formatados...". No mesmo plano especulativo e de opinião, é certo, que abalizada por se trata do técnico informático da C.G.D. desde 2001 vai o depoimento da testemunha N... que descreveu as várias formas possíveis de um equipamento informático seja ele o telemóvel ou/e o computador pessoal poderem ser infectados por um vírus informático, e que as mais das vezes se devem a negligência do detentor do equipamento, embora reconheça que este último é o "elo mais fraco", sem que no caso concreto possa afirmar que tal tenha acontecido, partindo sempre da convicção de que o Autor tinha aderido ao serviço SMS Token, o que se não demonstrou por registo informático sequer constam dos autos os SMS`s supostamente enviados e recebidos pelo telemóvel do Autor e que por via do hipotético vírus informático seriam depois apagados do telemóvel do Autor; com interesse disse: "...analisei as transferências...temos conseguido evitar ataques informáticos com origem no exterior ao nosso sistema que pusesse em causa dados de clientes que permitissem a realização de operações financeiras...o que acontece é a negligência ou descuido por parte de alguns clientes que são o elo mais fraco que não têm os seus sistemas devidamente protegidos ou são enganados por vezes não são os clientes que instalam os vírus, às vezes é um filho, um primo do cliente que infecta, à noite o cliente entra no computador e não faz nada para o infectar pode ter sido um terceiro...todas as fraudes em que a negligência é grosseira, o cliente está ali a escrever a matriz toda ou às vezes dá alguns dados, pedem-lhes para instalar alguns ficheiros, eles instalam os ficheiros, pedem o n.º do telemóvel, e infectam o telemóvel...os SMS`s do telefone do cliente para a Rússia só com vírus os SMS`s só com o telemóvel infectado...a infecção com SMS Token ocorre da seguinte forma: o computador através do qual o cliente faz o acesso estava infectado assim o contrato e a password são facilmente subtraídos pelos indivíduos que fazem a fraude, mas falta a autenticação para a operação de elevado valor através de SMS Token o que acontece é que o indivíduo que fraudulentamente pretende a operação tem de convencer o nosso cliente a fornecer-lhe o número de telemóvel após o qualquer coisa, depois aparece uma janela no computador a pedir o n.º do telemóvel, depois aparece uma informação a dizer para o nosso cliente instalar esta ou aquela aplicação no seu telemóvel e a partir desse momento o telemóvel está infectado e a partir daí é fácil o reencaminhamento do SMS Token e realizam aquelas operações sem intervenção do cliente...digo que é um caso de fraude porque na altura estavam a fazer uma prática parecida, na altura o limite salvo erro eram

4.500,00 euros diários, a C.G.D tinha conhecimento de grupos criminosos que na altura estavam a burlar os nossos clientes, a fraude é feita no computador do cliente e terminal e telemóvel, nunca solicitámos o computador do cliente que é da competência da Polícia Judiciária...os extractos da Vodafone não contêm os SMS`s recebidos designadamente os SMS`S da CGD para o número de telemóvel do cliente porque só consta dele os enviados pelo cliente os enviados por nós constam das nossas facturas...o cliente teve que fazer alguma coisa no seu computador...teve participação activa...”; por último a testemunha LB..., bancário da CGD há 33 anos, inspector de auditoria que também não fez a análise aos equipamentos do Autor, descreveu as diligências que fez e exprimiu a sua convicção baseada naquilo que é habitual acontecer mas que não pode afirmar que tenha acontecido justamente pela falta da análise pericial. Com interesse disse: “...averigui as circunstâncias em que ocorreram as transferências, um dos clientes L... não foi possível recuperar quaisquer quantias transferidas, foi-lhe explicado que houve captura das credenciais, ele pensava que eram legítimas...o cliente JJ... foi angariado via net, já havia sido burlado, um prémio da Nigéria, dispôs-se a devolver o dinheiro ...o utilizador forneceu os seus dados...para capturar número de contrato, password e números da matriz bancárias terá que ter ocorrido a infecção prévia do computador..há várias formas, o que aconteceu no caso concreto, há várias formas, man in the middle do lado do utilizador ou simples programa, uma mensagem que tenha sido recebida...no caso concreto também ocorreu uma movimentação inversa da conta à ordem para a conta poupança que ocorre a 30.9.2014 no valor de 3.867,70 euros para crédito na conta-poupança muito de pois de transferência em sentido contrárias...porque?...”

Da circunstância de as transferências sob 10 a 14 e 16 não terem sido efectuadas por ordem do Autor nem com autorização do mesmo (58 dos factos provados), da circunstâncias de não haver conhecimento de qualquer ataque directo à data das transferências referidas ao sistema informático da CGD e de qualquer avaria nesse sistema (factos 80 e 88), sem prova efectiva de que não tenha efectivamente acontecido, da circunstância de para a realização dessas transferências terem sido correctamente introduzidas todas as credenciais de autenticação do serviço *CaixaDirecta* e relativas ao autor tendo por isso o sistema informático da CGD assumido as operações como correctamente efectuadas pelo Autor (facto 86), da circunstância de a utilização do serviço *CaixaDirecta* implicar o desconhecimento por parte de qualquer funcionário da primeira Ré e em tempo real das operações efectuadas pelos clientes (facto 87), não se segue por dedução ou ilação lógicas que a captação dessas credenciais por terceiros sem autorização, conhecimento ou consentimento do Autor, para a realização dessas operações bancárias via *homebanking* só

possam ter sido feitas mediante a infecção dos terminais de computador e telemóvel do Autor por vírus informático, porquanto tal dedução implica um dado técnico que se desconhece nos autos e que só por via de perícia informática poderia ser demonstrado, donde, por força do disposto nos art.ºs 342/1 do CCiv e 414, a dúvida se deva resolver contra a Ré que alegou tal.

III.5. Vejam agora a segunda questão no recurso do Réu L....: saber se ocorre na decisão recorrida, ao condenar o Réu solidariamente com a Ré CGD nos montantes referidos violação do disposto no art.º 71 do DL 317/09 de 30/10 por as obrigações de reembolso ali previstas recaem sobre o prestador de serviços de pagamento, no caso a CGD e não sobre os sujeitos particulares, o Réu não tem com o Autor uma relação contratual a sua responsabilidade a existir é extracontratual, a culpa não se presume (art.º 483 do CCiv), o Réu não se apropriou das quantias transferidas a partir da conta do Autora antes as transferiu para outra conta por ordem da sua entidade patronal;

III.5.1. Fundamentou assim a decisão recorrida a condenação:

- No que ao *phishing* se refere este pressupõe uma fraude electrónica concretizada por tentativas de adquirir dados pessoais através por exemplo do envio de e-mails com uma pretensa proveniência de entidade bancárias do receptor e a pedir determinados elementos confidenciais como o número de conta, de contrato, de cartão de contribuinte ou qualquer outras informação pessoal por forma a que o destinatário ao abri-los e ao fornecer as informações solicitadas ao clicar para *links* para outras páginas ou imagens ou ao descarregar eventuais arquivos ali contidos proporcione o furto de informações bancárias e a sua utilização subsequente pelo emitente de tais pedidos e ou mensagens, outra modalidade é o *pharming* que consiste em suplantar o sistema de resolução e nomes de domínio para conduzir o usuário a uma página de Web falsa, clonada da página real, traduzindo-se o processos em alterar o IP numérico de uma direcção no próprio navegador através de programas que captam os códigos de pulsação do teclado (*keyloggers*, o que leva o usuário a pensar que está a aceder a determinado *site*, por exemplo o seu banco quando na verdade está a aceder a um IP de uma Web falsa e ao indicar as chaves de acesso estas serão depois utilizadas pelos hackers para acedermos à verdadeira páginas da instituição bancária e aí poderem efectuar as operações que entenderem destinando-se ambas as técnicas à obtenção fraudulenta de fundos como se decidiu no AC STJ de 18/12/2013.

- Da matéria de facto provada não se apurou o modo como decorreu a retirada de fundos das contas do autor, a única coisa que se apurou foi que as verbas foram efectivamente transferidas das contas do Autor indevidamente e sem autorização do mesmo para as contas dos aqui réus pessoas singulares, tendo o Réu JJ... restituído entre 30/10/2014 e 19/6/2015 o montante que recebeu na

sua conta, de 3.461,36 euros, o mesmo não tendo acontecido com o réu L... que apesar de ter visto ingressar na sua conta, sem razão legítima para o efeito, a quantia de 16.397,34 euros, transferiu a maior desse valor para terceiros com moradas na Rússia apenas tendo restituído ao Autor a quantia de 255,40 euros, a conduta dos réus constitui a prática de um acto ilícito mediante a apropriação indevida de valores que não eram seus e deles dispendo como se o fossem, não sendo razoáveis as desculpas de tentativa de justificação dessas apropriações mediante um alegado prémio de 250 mil euros da *Microsoft* e ou de negócios com pessoas de terceiros países ou de uma alegada experiência para integrar os quadros alegadamente do *Royal Bank of Scotland*, irrazoabilidade essa que decorre da inexperiência do réu L... para poder exercer as aludidas funções profissionais para um banco central de um outro país não fazendo sentido sem explicação do como e do porquê do pretendido prémio e ou alegados negócios do réu JJ... com pessoas de outros países.

- A recepção de tais valores nas contas dos demandados pessoas singulares e sua apropriação deles dispendo através do seu uso ainda que direcionado posteriormente para terceiros configura o mero aproveitamento de ofertas de lucro fácil e naturalmente e como quase sempre ilegítimo, pessoas adultas deveriam compreender como tal e que delas se aproveitando revelam um comportamento ilícito, claramente negligente, de apropriação de valores que lhes não pertencem, por isso factos ilícitos por parte dessas pessoas singulares e da primeira Ré;

- O Autor tem direito ao ressarcimento dos danos pelos réus, responsabilidade solidárias nos termos dos art.ºs 483, 490, 496, 487 e 512 e ss do CCiv e que se traduz na obrigação dos demandados pagarem ao Autor as quantias subtraída das suas contas mais juros à taxa legal quanto às pessoas singulares e quanto à Ré CGD à taxa da remuneração dos depósitos bancários à ordem e a prazo por se tratar de modalidades diversas de responsabilidade (da Ré CGD contratual e dos réus pessoas singulares extracontratual), e de lhe pagarem uma indemnização pelos referidos danos não patrimoniais por ele sofridos

- No que ao Réu JJ... se refere é evidente que o valor pelo mesmo restituído (3.461,36 euros) e que foi efetivamente por si recebido a ser imputador antes do mais aos juros devidos ao demandante pela indisponibilidade do valor correspondente aos danos patrimoniais por si sofridos com o seu desapossamento, no que ao Réu L... se refere que teve uma conduta ilícita que propiciou e permitiu a ocorrência da fraude de que o demandante foi vítima

III.5.2. Discorda o apelante L... em suma dizendo:

- O Autor e a Ré CGD tinham uma relação contratual a responsabilidade entre ambos existente é tão só uma responsabilidade contratual, sendo a

responsabilidade da CGD assente ainda na responsabilidade pelo risco tendo esta que garantir que o sistema informático dos serviços que presta não falhe e que é seguro, a responsabilidade do réu L... é quanto muito uma responsabilidade extracontratual

· A medida da culpa do Réu L... é diferente da da CGD, o apelante não se apropriou de qualquer verba, tudo o que fez foi na expectativa de estar a respeitar as ordens da sua entidade patronal, é certo que recebeu valores na sua conta bancária mas teve de os transferir num prazo de tempo muito curto para os locais indicados pela sua entidade patronal, tudo o que fez foi na convicção de estar a obedecer a ordens que cumpriu transferindo essa verbas pelo que não se apropriou dessas verbas nem se afirmou legítimo possuidor delas, quanto muito era possuidor em nome de terceiro nos termos do art.º 1251 do CCiv, nunca tendo invertido o título de posse pois sempre agiu na expectativa de que tais montantes pertenceriam à sua entidade patronal, agindo e boa fé.

· Sendo a sua responsabilidade extracontratual ou aquiliana cabe ao lesado provar a sua culpa, a atitude pode ser considerada ingénuo justificada por não haver à data perspectivas de empregabilidade, nunca pensou estar a fazer algo ilícito ou ilegal, mal teve conhecimento da situação deu ordens à CGD para cancelar a sua conta demonstrou desde o início vontade de devolver ao autor as verbas que segundo a sua entidade patronal deveria reter a título de vencimento, as obrigações que sobre ele recaem não são idênticas ao que o art.º 71 do DL 317/09 de 30/10 prevê para as instituições financeiras que tem a obrigação de repor imediatamente as quantias retiradas da conta, o seu comportamento só lhe pode ser imputado a título de negligência pelo que não pode ser condenado solidariamente com a CGD a pagar a quantia 16.397,34 euros, o apelante só tem a obrigação de restituir as verbas que reteve para si, segundo a ordem da sua entidade patronal a título de salário pois fez a prova que enviou para o estrangeiro segundo ordens da sua entidade patronal desses montantes.

III.5.3. Concorde-se com o apelante quando afirma que a eventual responsabilidade que tem para com o Autor não deriva de nenhum contrato, não estamos no domínio da responsabilidade contratual em que a culpa se presume nos termos do art.º 799 do CCiv; concordamos também que estamos no domínio da responsabilidade extracontratual dos art.ºs 483 e ss do CCiv, por isso, como o apelante reconhece ocorreu um facto ilícito que foi a efectiva apropriação das quantias que indevidamente da conta bancária do Autor para a sua conta bancária foram transferidas mediante operação, tudo indica, fraudulenta de *homebanking*; no que toca à culpa que o apelante pretende leve, supõe-se que para justificar a atribuição equitativa de uma indemnização

a favor do Autor em montante inferior àquele em que a Ré CGD foi condenada, nos termos do art.º 494, do CCiv, há que levar em consideração que este réu não contestou a acção e por isso não alegou quaisquer factos que pudessem sustentar o que agora refere em sede de alegação de recurso e muito embora tenha sido ouvido em depoimento de parte não houve qualquer confissão extractada. O que consta do ponto 50 dos factos dados como provados, naturalmente com base nos seus depoimento de parte é que para efectuar as transferências referidas em 49 o réu L... procedia ao levantamento da sua conta e em dinheiro dos valores que lhe era dito para transferir e do custo da transferência respectiva (facto 50) e que o mesmo refere “*pensar que estava, à data dos factos em causa nos autos a cumprir um período de experiência para o Royal Bank of Scotland com vista à sua eventual contratação como funcionário desta entidade* (ponto 51). Há alguma evidência documental nos autos de que o Réu L... tenha sido contactado por aquele Banco Central da Escócia? Há alguma evidência documental nos autos de que esse Banco (e não qualquer entidade virtual) estivesse a contratar funcionários e que nesse âmbito tivesse contactado o Réu L...? Há alguma evidência documental que esse Banco Central actue do modo descrito em 51, 54 e 55? Não há. É plausível que o Réu L... que é estudante e por conseguinte alguma formação escolar, acredite que um Banco Central contacte funcionários do modo descrito? Não é minimamente plausível nem compreensível, pelo que a transferências dessas quantias que sabia não serem suas para uma entidade exterior ao território nacional que desconhecia em absoluto quem fosse e a “comando” da mesma, evidência uma negligência manifestamente grosseira, no mínimo, pelo que nenhuma razão existe para que equitativamente se reduza o montante das quantias que tendo recebido na sua conta bancária e sabia não serem suas decidiu transferir para entidades terceiras que pelo menos deveria desconfiar não ser em as pessoas que diziam ser.

III.5.4. A responsabilidade solidária dos devedores só existe, como acima dissemos quando resulte da vontade das partes (que não resulta no caso concreto) ou da lei. Só existiria responsabilidade solidária entre a CGD e o ora réu se se concluísse que para além da responsabilidade contratual a CGD assumia também responsabilidade extracontratual por facto ilícito neste tipo de operações bancárias por via electrónica (art.º 497 do CCiv) ou pelo risco, ou seja que a actuação do Banco se encontra numa qualquer relação de comitente/comissário com os restantes réus e que a responsabilidade dos réus pessoas singulares também se pudesse subsumir no caso concreto à responsabilidade pelo risco, isto nos termos do art.º 499 do CCiv. Há que dizer em primeiro lugar que a obrigação dos Réus não é uma obrigação plural, em primeiro lugar porque o DL 317/09/30 que no art.º 71 impõe só à CGD a

obrigação de reposição imediata das quantias retiradas da conta repousa na relação contratual entre o Autor e a CGD enquanto aos dos outros dois réus que se apropriaram indevidamente daquelas quantias que indevidamente lhe foram transferidas não se sabe em que circunstâncias repousa justamente nessa indevida apropriação nada se demonstrando que permita interligar os RR numa qualquer responsabilidade contratual, extracontratual ou pelo risco, procedendo nessa medida a apelação; já no tocante à condenação solidária dos Réus, designadamente do Réu impugnante, no montante dos danos não patrimoniais a ilicitude repousa na não restituição da quantia de que o apelante se apropriou e essa mesma ilicitude pode ser encontrada na actuação do outro réu; mas essas ilicitudes têm diferente fonte no caso da CGD a relação contratual e aquele dispositivo legal que impõe à CGD a reposição imediata da quantia monetária, já em relação a qualquer um dos outros réus a ilicitude é extracontratual e repousa na não restituição imediata ao Autor das quantias de que se apropriaram, inexistindo solidariedade passiva. Na fixação equitativa dos danos não patrimoniais deve ter-se em conta as circunstâncias do art.º 494 do CCiv ou seja o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso. Fornecem os autos informação suficiente sobre a actuação grosseiramente negligente do Réu L..., que é estudante, conhecendo-se a do Banco que em princípio é satisfatória e desconhecendo-se a do Réu JJ... pelo que não sendo possível alterar o montante global dos danos não patrimoniais por não estar em causa porque a condenação nessa parte; não sendo solidária a obrigação dos réus quanto à compensação do danos não patrimoniais, não sendo legítimo agravar a sua situação em razão do recurso, irrelevando a sua situação económica face ao seu comportamento evidenciado nos autos, dos 3.500,00 euros a sua responsabilidade será de 1/3.

III.5.5. Seguiremos de perto o vazado no AcSTJ de 14/12/2016, proferido no processo 1063/12.1TVLSB.L1.S1 e relatado por PINTO DE ALMEIDA disponível no sítio www.dgsi.pt que em parte a seguir se transcreve:

"(...)Decorre da factualidade provada - supra nº 3 - que entre a autora e o banco réu foi celebrado um contrato de abertura de conta que, como tem sido reconhecido, constitui o negócio bancário nuclear, sendo através dele que "usualmente se constitui, disciplina e baliza a respectiva relação jurídica bancária"[3].

Trata-se, pois, de um "contrato normativo, uma vez que regula toda uma actividade jurídica ulterior, ainda que facultativa"[4], sendo com esse contrato que se inicia aquela relação jurídica complexa entre banco e cliente, em que assentam os diferentes contratos celebrados posteriormente entre eles.

Contratos estes, associados à conta, mas autónomos, com carácter necessário (por ex., a conta-corrente bancária), usual ou normal (por ex., o depósito) ou meramente eventual (por ex., convenção de cheque, cartão bancário, homebanking).

No caso, como evidenciam os factos provados, foi celebrado entre a autora e o banco réu um contrato de depósito (cfr. DL 430/91, de 2/11).

Este contrato é qualificado, predominantemente, quer pela doutrina[5], quer pela jurisprudência[6], como depósito irregular, a que se aplicam as regras do mútuo, "na medida do possível" (isto é, "na medida em que sejam compatíveis com a função específica do depósito, mais as normas do depósito que não colidam com o efeito real da transferência da propriedade do dinheiro depositado").

Assim, importa aqui salientar que, efectuado o depósito, o depositário fica obrigado a outro tanto do mesmo género (art. 1142º do CC); o dinheiro depositado torna-se propriedade do depositário pelo facto da entrega (art. 1144º). Deste modo, "o depositante troca a propriedade da soma depositada por um direito de crédito à restituição de outro tanto, com a transferência do risco a acompanhar a transmissão da propriedade (res perit domino - art. 796º, nº 1)"[7].

Por outro lado, ficou provado que, em 26.01.2009, a 1ª autora celebrou com o banco réu um contrato de adesão ao serviço BANCO CC Net Empresas, através do qual este passou a disponibilizar à autora esse serviço, que consiste na possibilidade de manter relações com o banco via internet, de forma a que a autora pudesse:

- aceder a informações sobre produtos e serviços do Banco;
- obter informações e realizar operações bancárias sobre contas de que a autora fosse titular;
- realizar pagamentos, cobranças e operações de compra, venda, subscrição ou resgate sobre produtos ou serviços disponibilizados pelo banco (supra nº 4).

As partes celebraram, deste modo, um contrato de homebanking, de que se

cuida nesta acção, que a lei qualifica também como "contrato-quadro": "um contrato de prestação de serviços de pagamento que rege a execução futura de operações de pagamento individuais e sucessivas e que pode enunciar as obrigações e condições para a abertura de uma conta de pagamento" - art. 2º, al. m), do Regime dos Sistemas de Pagamento (RSP), aprovado pelo DL 317/2009, de 30/10 (que transpõe a Directiva 2007/64/CE, de 13/11).

Este contrato tem vindo a obter um forte incremento e adesão, pelas inegáveis vantagens que propicia às partes; quer para o cliente, permitindo-lhe um acesso mais rápido, continuado (sem limitação de horários) e cómodo (sem deslocações aos balcões) às suas contas e, desse modo, a realização das mais variadas operações; quer para o banco, permitindo agilizar serviços e otimizar a gestão dos seus recursos humanos, com a inerente diminuição de custos.

Do referido regime (RSP) decorre que o prestador do serviço de pagamento tem a obrigação de assegurar que os dispositivos de segurança personalizados do instrumento de pagamento só sejam acessíveis ao utilizador de serviços de pagamento que tenha direito a utilizar o referido instrumento - art. 68º, nº 1, al. a).

Por seu turno, nos termos do art. 67º, nº1, o utilizador de serviços de pagamento com direito a utilizar um instrumento de pagamento tem a obrigação de:

a) Utilizar o instrumento de pagamento de acordo com as condições que regem a sua emissão e utilização; e

b) Comunicar, sem atrasos injustificados, ao prestador de serviços de pagamento, logo que deles tenha conhecimento, a apropriação abusiva ou qualquer utilização não autorizada do instrumento de pagamento.

Para efeitos da alínea a), o utilizador de serviços de pagamento deve tomar todas as medidas razoáveis, em especial ao receber um instrumento de pagamento, para preservar a eficácia dos seus dispositivos de segurança personalizados - nº 2.

Dispõe ainda o art. 70º:

1. Caso um utilizador de serviços de pagamento negue ter autorizado uma

operação de pagamento executada, ou alegue que a operação não foi correctamente efectuada, incumbe ao respectivo prestador do serviço de pagamento fornecer prova de que a operação de pagamento foi autenticada, devidamente registada e contabilizada e que não foi afectada por avaria técnica ou qualquer outra deficiência.

2. Caso um utilizador de serviços de pagamento negue ter autorizado uma operação de pagamento executada, a utilização do instrumento de pagamento registada pelo prestador de serviços de pagamento, por si só, não é necessariamente suficiente para provar que a operação de pagamento foi autorizada pelo ordenante, que este último agiu de forma fraudulenta ou que não cumpriu, deliberadamente ou por negligência grave, uma ou mais das suas obrigações decorrentes do artigo 67.º

Compreende-se este regime: por um lado, só o prestador do serviço de pagamentos, também fornecedor deste serviço, pode assegurar a operacionalidade do complexo sistema informático utilizado e a regularidade do seu funcionamento, garantindo também a confidencialidade dos dispositivos de segurança que permitem aceder ao instrumento de pagamento.

Daí que recaiam sobre o banco prestador do serviço o risco das falhas e do deficiente funcionamento do sistema (como decorreria também do disposto no art. 796º do CC), impendendo ainda sobre este o ónus da prova de que a operação de pagamento não foi afectada por avaria técnica ou qualquer outra deficiência.

Como refere Calvão da Silva[8], resulta das boas regras de conduta impostas por lei aos bancos (arts. 73º a 75º do RGICSF) que "o serviço de homebanking, como outros serviços de pagamento presenciais ou electrónicos prestados aos seus clientes, deve ser, não só de qualidade e eficiente, mas também serviço seguro...".

"Ao prestador dos serviços bancários cabe, pois, por lei assegurar a qualidade e segurança do sistema que permita movimentar a conta apenas a quem tem legitimidade, depositando, levantando ou transferindo fundos. O risco de funcionamento deficiente ou inseguro do sistema de prestação de serviços de pagamento ou transferência localiza-se, portanto, na esfera do seu prestador, a quem incumbe a responsabilidade por operações não autorizadas pelo cliente nem devidas a causa imputável ao cliente".

Por outro lado, o utilizador do serviço de pagamento tem de dispor de um conjunto de dispositivos de segurança (código de acesso, cartão matriz, etc.) que lhe vão permitir aceder a esse serviço.

Esses dispositivos de segurança personalizados têm uma função de autenticação - art. 2º, al. t) do RSP - permitindo identificar o utilizador e verificar se este é efectivamente o cliente que contratou o serviço de homebanking[9].

Exige-se, por isso, ao utilizador que tome todas as medidas razoáveis em ordem a preservar a eficácia desses dispositivos de segurança personalizados.

Esses dispositivos de segurança personalizados visam evitar que terceiros consigam aceder, fraudulentamente, através do sistema, à conta do cliente utilizador do serviço de homebanking, logrando apropriar-se de fundos aí existentes.

Entre as técnicas mais frequentemente utilizadas contam-se o phishing (que consiste no envio de mensagens de correio electrónico, que provêm aparentemente do banco prestador do serviço, tentando obter dados confidenciais que permitam o acesso ao serviço de pagamento electrónico) e o pharming ("técnica mais sofisticada em que é «corrompido» o próprio nome de domínio de uma instituição financeira, redireccionando o utilizador para um site falso - em tudo similar ao verdadeiro - sempre que este digita no teclado a morada correcta do seu banco")[10].

Nestas situações de operações de pagamento não autorizadas, resultantes da apropriação abusiva de instrumento de pagamento, com quebra da confidencialidade dos dispositivos de segurança personalizados, coloca-se a questão de saber quem deve ser responsabilizado pelas perdas daí resultantes.

A este respeito, decorre do disposto no art. 72º do RSP:

- se a situação (quebra da confidencialidade daqueles dispositivos de segurança) é imputável ao utilizador, ordenante, este suporta as perdas relativas a essas operações de pagamento dentro do limite do saldo disponível até ao máximo de € 150 (nº 1);
- se as perdas forem devidas a actuação fraudulenta ou ao incumprimento

deliberado de obrigações previstas no art. 67º, não é considerado o referido limite máximo, suportando o ordenante todas as perdas resultantes dessas operações (nº 2);

- havendo negligência grave do ordenante, este suporta as perdas resultantes das referidas operações até ao limite do saldo disponível da conta, ainda que superiores a € 150 (nº 3).

Após ter procedido à notificação do art. 67º, nº 1, al. b) (comunicação ao banco da apropriação abusiva do instrumento de pagamento) o ordenante não suporta quaisquer perdas, salvo em caso de actuação fraudulenta (nº 4).
(...)

A obrigação que impende sobre o utilizador do serviço de pagamento é a de adoptar todas as medidas razoáveis para preservar a eficácia dos seus dispositivos de segurança personalizados - art. 67º, nº 2, do RSP.

O que se pretende, com a imposição desse dever, é evitar que esses dispositivos de segurança cheguem ao conhecimento de terceiros, que os possam utilizar abusivamente.

Não é este, porém, manifestamente, o caso da contabilista dos autores, mera "auxiliar" destes, como é usual e comum, no desempenho de várias tarefas, designadamente em tudo o que tinha a ver com as contas bancárias da sociedade autora e com o relacionamento desta com o banco réu, como ficou abundantemente provado.

Por outro lado, apesar de a actuação dos autores ter constituído, naturalisticamente, condição dos eventos (operações de pagamento) que se sucederam depois - na medida em que a contabilista foi encarregada de movimentar as contas da autora através do serviço de homebanking - não parece, na verdade, que se possa afirmar que existe nexó de causalidade entre aquela actuação e as operações fraudulentas perpetradas por terceiros (que o recorrente reconhece terem ocorrido, insistindo até que foi utilizada a técnica de "phishing", o que não se provou - cfr. facto não provado nº 12).

A apropriação de valores da conta da 1ª autora não foi efectuada pela referida contabilista - cfr. factos 11,12 e 28. Esta era pessoa da confiança do 2º autor, que este incumbiu de tratar de todos os assuntos relacionados com as contas bancárias da 1ª autora, tendo essa contabilista, aliás, neste âmbito, também uma relação privilegiada com o banco réu - cfr. factos 6, 41 e 42.

No fundo, era essa contabilista, colaboradora e mera auxiliar do 2º autor, a "utilizadora" de facto do serviço de homebanking para acesso à conta bancária da 1ª autora; não se tratava, propriamente, de um terceiro a quem o sistema, por razões de segurança, visa barrar o acesso indevido e abusivo a tal conta.

A entrega pelo 2º autor à referida contabilista do código de acesso e do cartão matriz não era, assim, por si só, idónea a comprometer a segurança do sistema. Tudo se passou (e passaria) como se fosse o autor a aceder às contas, não se saindo da esfera de actuação deste. A quebra de segurança resultou antes da intromissão abusiva de terceiros, que lograram, por meio desconhecido, obter os dispositivos de segurança que permitiram o acesso às aludidas contas.

Aliás, não seria pelo facto de a operação de pagamento executada ter sido registada e autenticada que se podia afirmar que o utilizador autorizou essa operação ou que ele actuou de forma fraudulenta, deliberada ou gravemente negligente – art. 70º, nº 2, do RSP.

O banco réu não provou que o utilizador tenha tido qualquer comportamento susceptível de pôr em causa a segurança do sistema. Desconhecendo-se o modo como os terceiros lograram obter os dispositivos de segurança que permitiram aceder às contas, não fica afastada a possibilidade de tal ter resultado da vulnerabilidade do sistema, risco que só o banco poderia prevenir, ou de o sistema estar afectado de avaria técnica ou de outra deficiência, possíveis causas cuja não verificação incumbia ao réu demonstrar.

Não tendo efectuado essa prova, deve concluir-se que, no caso, o réu tinha a obrigação de reembolsar imediatamente o ordenante do montante da operação de pagamento não autorizada (art. 71º, nº 1)...”

III.5.6. Trata-se de um sistema de prestação de serviços de pagamento ou transferência implementado pelo Banco, pelo que o risco de funcionamento deficiente ou inseguro do sistema de prestação de serviços de pagamento ou transferência localiza-se, portanto, na esfera do seu prestador, a quem incumbe a responsabilidade por operações não autorizadas pelo cliente nem devidas a causa imputável ao cliente. O contrato de pagamento ou transferência via electrónica é um contrato de prestação de serviços e o risco do incorreto pagamento ou transferência é ainda o risco contratual e não a responsabilidade pelo risco, e o risco em causa compreende-se ainda face à obrigações que sobre o depositário incidem de guardar e restituir a coisa com frutos (art.ºs 1187, alíneas a) e c) e 1205, 796 do CCiv). Mas ainda que se

considere existir, na esfera jurídica da CGD um concurso de responsabilidades ou cúmulo de responsabilidade contratual adveniente do contrato de prestação de serviços e responsabilidade pelo risco pelo funcionamento de um sistema informático complexo como é o *homebanking*, sempre se dirá que na esfera jurídica do Réu L... (ou do outro co-réu pessoa singular) inexistente qualquer responsabilidade pelo correcto funcionamento do sistema *homebanking* de que é mero utilizador e não implementador pelo que a sua responsabilidade é distinta da da CGD não sendo legítimo o recurso à responsabilidade solidária constante do art.º 507 do CCiv. Assim sendo não é possível falar em responsabilidade solidária entre o Banco e o Réu apelante, a obrigação deste último existe na medida em que se apropriou e transferiu a referida quantia que se deve considerar parte da quantia em que a Ré CGD foi condenada a entregar ao Autor. Também inexistente responsabilidade solidária extracontratual entre os dois co-réus na medida em que o facto ilícito não é o mesmo.

III.6. Saber se face à matéria de facto dada como provada e à alteração da decisão e facto se deve concluir que o Banco conseguiu ilidir a presunção de culpa contratual, não existe responsabilidade objectiva sua nem ónus de prova de que foi o utilizador do serviço Caixa Directa que no caso concreto actuou com culpa, havendo na decisão recorrido erro de interpretação e de aplicação das disposições dos art.ºs 67/1/a, 68/1/a e 2, 70/1, 72 do DL 317/09 de 30/10

III.6.1. Sustenta a apelante em suma que:

- Consta das Condições Gerais de Utilização do Serviços *CaixaDirecta* (doc 1 da contestação) que o aderente se obriga a garantir a segurança dos elementos de identificação referidos na cláusula 2.1. bem como a sua utilização estritamente pessoal não permitindo a sua utilização por terceiro ainda que seu procurador ou mandatário (a), não revelando nem por qualquer outra forma os formatos acessíveis ao conhecimento de terceiros (b), abstendo-se de registar quer directamente quer por qualquer outra forma ou meio que sejam inteligíveis pro terceiros (c), o Autor sabia que tinha de respeitar as recomendações de segurança e alertas de segurança que a CGD divulgava e divulga o seu site oficial e que são do seu conhecimento tendo aderido ao serviço *CaixaDirecta* e apostado a sua assinatura nas Condições Gerais;
- Todas as transferências efectuadas a débito da conta à ordem do Autor operadas entre os dias 25/9/2014 e 3/10/2014 foram autenticadas registadas e contabilizadas mediante a introdução dos códigos de acesso e de autenticação correctos do cliente apelado e não tendo sido afectados por qualquer avaria técnica ou outra deficiência foram devidamente autorizadas e processadas pela CGD;

- O que permitiu a realização das transferências em causa foi o facto de o Autor inadvertidamente ter disponibilizado a *hackers* os seus dados de equipamento telefónico, incluindo o número associado ao SMS TOKEN assim viabilizando a instalação do vírus que capturou os códigos de autenticação por ele disponibilizados, tendo a Ré demonstrado que o seu sistema informático não foi violado e não se encontrava avariado e que portanto as transferências em causa não ocorreram decorrentes de ataques de *hackers* ao seu sistema informático ou de qualquer outra situação decorrentes de um mau funcionamento deste, foi o Autor quem incumpriu com as obrigações que assumiu aquando da subscrição do serviço *CaixaDirecta* e aquelas que resultam do seu dever de diligência e cuidado do que o Autor dá clara evidência nos n.ºs 60ª 73 da sua douda p.i., e como resulta dos pontos 80 e 86 a 89 da matéria de facto a Ré CGD logrou afastar a presunção de culpa que sobre si impende por força do disposto no art.º 799 do CCiv não recaindo sobre a CGD o ónus de prova de que o utilizador do serviço actuou com culpa ao invés do sustentado na decisão recorrida, mas, ainda assim, a Ré logrou efectuar essa prova;

- Ao invés do sustentado na decisão recorrida a Ré alegou na sua contestação que o Autor conhecia as condições gerais de utilização do serviço de adesão bem como as regras de segurança do serviço, dos pontos de facto 29, 32 e do seu depoimento de parte do Autor resulta que o Autor tinha conhecimento das Condições Gerais que assumiu bem das regras de segurança pelo que não se pode concordar com a ilação da decisão recorrida de que a Ré não comunicou ao Autor as condições gerais;

- Ao invés do sustentado na decisão recorrida das disposições do DL 317/09 de 30/10 designadamente dos seus art.ºs 67, 68, 70, 72, ou de qualquer outro diploma legal inexistente qualquer disposição expressa que imponha a responsabilidade objectiva da instituição de crédito casos e verifique ausência de prova ou de efectivo conhecimento quanto às causas que permitam o acesso à conta bancária do Autor e por isso sem prova da culpa da CGD não pode esta ser responsabilizada pelo pagamento de qualquer indemnização ao Autor;

III.6.2. Em contra-alegações, sustenta, em suma, o Autor:

- Não se apurou, efectivamente, o modo como aconteceram as transferências da conta do Autor para a conta dos réus sujeitos individuais e clientes da CGD mas provou-se que foram efectuadas e que o Autor as não realizou por qualquer modo, o certo é que houve fraude informática *on line* e que provocou e determinou que terceiros tenham realizado operações via *homebanking* através do telemóvel do autor em prejuízo deste;

- O Réu nunca explicou ao Autor as condições gerais de adesão ao

homebanking, a subscrição desta modalidade de realização de operações bancárias não foi precedida de devida informação nem as suas cláusulas foram aclaradas ou elucidadas ao Autor e se a adesão ao *homebanking* não foi precedida de explicações muito menos o foi a uma adesão putativa não provada ao sistema do SMS TOKEN, por isso o Banco não deu cumprimento ao dever de informação clara correcta suficiente e oportuna a que está adstrito e porque a realização deste tipo de operações é um verdadeiro contrato de adesão é-lhe aplicável o DL 446/85, de 25/10, com sucessivas alterações, devendo apurar-se o sentido normal da declaração nos termos dos art.ºs 236 do CCiv e 10 e 11 do DL 446/85, segundo a teoria da impressão do destinatário dentro do contrato singular na dúvida prevalecendo o sentido mais favorável ao aderente (art.º 11.º do DL 446/85) e analisando as cláusulas é possível concluir que essas cláusulas não são na sua redacção claras e inequívocas pois a aplicarem-se essas cláusulas do modo pretendido pelo Banco ficaria sempre excluída ou limitada a responsabilidade por danos causados ao seus clientes sendo por isso nos termos dos art.ºs 18/a e b) e 12 nulas Cfr Ac Rlxa de 24/5/2012 proc.º 192119/11.8yipt.11-2);

· Inquestionado que entre o Autor e a CGD se aperfeiçoou um contrato de conta bancaria e um contrato de adesão aos serviços de *homebanking* pelo primeiro ficando o Banco obrigado à guarda e manutenção da integralidade dos fundos do Autor nos termos dos art.ºs 1185, 1205 e 1206 do CCiv, é defensável (por força dos art.ºs 67 68/1/a, 68 do DL 317/09 de 30/10 que caso a instituição financeira não assegure a total segurança das operações bancárias se deve ter por civilmente responsável com base na culpa presumida do art.º 799 do CCiv ou deixando de fora a pesquisa da culpa a sua responsabilização objectiva nos termos dos art.º 499, 562 e 563 do CCiv devendo responder de forma objectiva perante os seus clientes no caso de fraudes cometidas por terceiros para quem transferiu as quantias depositadas em contas abertas pelos seus clientes indemnizando as vítimas, devendo concluir-se que o Banco autorizou ou não conseguiu evitar que as transferências abusivas fossem efectuadas sem qualquer intervenção do Autor (cfr Ac RLxa de 29/10/2010, proc.º 1943/09.1tjlsb.11-7), ou assim não sendo estando obrigado a efectuar nova prestação agora perante o depositante credor nos termos dos art.ºs 476/2 e 770 do CCiv.

6.3. Na decisão recorrida entendeu-se, em suma, que entre o Autor e a Ré CGD foram celebrados dois contratos de depósito bancário e ainda um outro contrato de acesso a estes serviços à distância via *internet*, sujeito às condições estipuladas no documento acima parcialmente descritas e que se encontram submetidas ao regime das cláusulas contratuais gerias pois que de um contrato de adesão se trata e ainda ao disposto no DL 317/09 de 30/10/09

e isto é inquestionado nos recursos; mais se considerou que a abertura e gestão de uma conta o negócio nuclear como no Ac RC de 16/3/99 CJ 1999, t II, 21 se defendeu, e que, sendo o depósito à ordem, o depositante pode solicitar ao banco a entrega total das quantias depositadas quando quiser em qualquer momento e sem dependência de aviso prévio movimentando a sua conta a seu bel-prazer a débito e a crédito mediante o depósito de numerário ou valores ou transferências desses montantes para contas por si determinadas e mediante das respectivas ordens de transferências que devem ser dadas em formulário próprio da entidade bancária ou em formulário do depositante e aceite por esta com a assinatura da pessoa ou pessoas autorizadas a movimentar a conta com a indicação clara do valor a transferir e destinatário da transferência, devendo o Banco enquanto entidade depositária verificar as assinaturas por semelhança valores e contas indicadas e cumprir de acordo com as instruções dadas as ordens do seu depositante/emitente, instruções essas quer podem hoje operar mediante a utilização de instrumentos informático, nomeadamente a interne, mediante a adesão ao denominado *homebanking* ou no caso *CaixaDirecta*, equiparando-se a conferência das assinaturas à aceitação e validação dos códigos de acesso, e que as instituições de crédito são responsáveis pela boa gestão de enormes quantias monetárias depositadas pelos seus clientes devendo proceder a uma gestão criteriosa e prudente desses activos financeiros assegurando a fiabilidade de acesso à distância nomeadamente pela utilização da *internet* e a confidencialidade dos dados dos seus clientes e que por isso sempre que um banco debite na conta do seu cliente uma determinada quantia sem a autorização deste último o cliente manter-se-á credor do banco pelo montante debitado. E toda esta fundamentação não é posta em causa no recurso corresponde ao paradigma dos contratos de depósito bancário e ao disposto nos art.ºs 796/1, 540, 1144, 1185, 1205, 1206, 1161/e, 799/1 do CCiv. Também a doutrina tem vindo a reconhecer que a abertura da conta funciona neste contexto como contrato dos contratos, contrato normativo, contrato-quadro,^[3] classificação esta adoptada pelo STJ nomeadamente no AC de 3/4/03 relatado por Quirino Soares bem como pelo legislador nacional que transpôs para o direito interno a Directiva 2002/65/CE do Parlamento e do Conselho de 23/9 relativa à comercialização à distância de serviços financeiro prestado a consumidores, sendo o contrato de *home banking* também um contrato-quadro relativamente às sucessivas operações de transferência electrónica de fundos ordenadas através da *internet*, sendo que cada ordem de transferência corresponde a um novo contrato de execução o de aplicação do contrato-base anterior, e que se rege pelo programa contratual definido num primeiro momento no contrato-quadro e este entendimento foi consagrado na Directiva

2007/64/CE de 13/11 relativa aos serviços de pagamento e acolhido entre nós pelo Regime dos Sistema de Pagamento aprovado pelo DL 312/09 de 30/10 o qual no seu art.º 2/m define contrato-quadro como um contrato de prestação de serviços de pagamento que rege a execução futura de operações de pagamento individuais e sucessivas e que pode enunciar as obrigações e condições de abertura de uma conta de pagamento. Acordado um contrato de *homebanking*, é acordada a prestação de um serviço de banca electrónica ao domicílio por uma determinada entidade bancária a um seu cliente ambos partes no contrato, contratos que assentam num conjunto de cláusulas contratuais gerais definidas de forma unilateral pela entidade bancária e antecipadamente relativamente ao contrato tendo como destinatários os seus clientes aderentes do serviço. Relativamente a estas tem-se entendido que a simples exibição da assinatura aposta no contrato parece não configurar prova bastante da comunicação que impende sobre o banco e mesmo a inclusão de uma declaração antes da assinatura estipulando “*declaro que tomei conhecimento e aceito as condições gerais e particulares*” foi considerada já insuficiente pelo Supremo Tribunal de Justiça para efeitos do preenchimento do ónus da prova da comunicação a que se refere o art.º 5/3 do DL 446/85 de 25/10.[\[4\]](#)

6.4. Entendeu-se na decisão recorrida que era a CGD que tinha o ónus da prova de que comunicara ao Autor as cláusulas contratuais gerais de que pretende fazer uso e que constam do ponto 30 dos factos dados como provados (o que nem sequer alegou na sua contestação) das quais se destaca a c.c.g. 6 por referência a 2.1 pelas quais o aderente no caso o Autor se obriga a garantir a segurança dos elementos de identificação referidas em 2.1 designadamente pelas actuações de a e c) de 6; mais se entendeu que nos termos dos art.ºs 5 e 6 do DL 446/85 de 25/10, ónus que incumpriu, sendo que a falta de comunicação dessas cláusulas contratuais gerais se devem considerar excluídas dos contratos singulares em que tenham sido empregues sem prejuízo da validade das demais cláusulas e ou do contrato em si mesmo como o estabelece o art.º 8/a do diploma; mas mesmo que assim se não entendesse sempre as mesmas se deveriam considerar excluídas do contrato de adesão por força dos art.ºs 12 a 13, 15, 20 21/f e g) do mesmo diploma por o Autor ser consumidor e porque tais regras alteram as regras legais respeitantes à distribuição do risco a que se referem os art.ºs 68 e ss do Regime de Sistemas de Pagamento aprovado pelo DL 317/09 de 30/10 ao presumir a efectivação de operações pelo aderente ao *Serviço do Homebanking* em causa e que provado que efectuadas por terceiro foram por aquele consentidas ou culposamente facilitadas pondo em causa as regras da boa-fé nas relações entre as partes. A Apelante discorda dizendo que o Autor

sabia que tinha que respeitar as recomendações de segurança e alertas de segurança que a CGD divulgava e divulga no *site* que são do seu conhecimento aderiu ao serviço de Caixa Directa em 6/9/08 tendo nessa data apostado a sua assinatura após as condições gerais a que se refere fls. 61 dos autos e ponto 29 dos factos provados (conclusões 4 e 17), a Ré alegou que o Autor conhecia as condições de utilização do serviço do contrato de adesão bem como as regras de segurança (conclusão 16).

6.5. Não é isenta de dúvidas a questão de saber se o predisponente satisfaz o seu ónus de comunicação ao demonstrar como aqui demonstrou que o aderente assinou no lugar próprio uma declaração que atesta que conhece e compreende o contrato subscrito e as respectivas cláusulas ou se ainda assim se lhe exige que demonstre essa efectiva comunicação.^[5] Este tipo de contratos bancários não é outorgado num Notário, geralmente são outorgados nas agências das instituições bancárias na presença de um funcionário do Banco que não tem funções notariais como é sabido e, por isso, não lê em voz alta o teor do contrato e das suas cláusulas contratuais ao cliente aderente, em bom rigor não tem o dever de o ler em voz alta na presença do cliente, mas o aderente tem a obrigação de ler o clausulado antes de o assinar. É possível imaginar que da extensão do clausulado, geralmente redigido num “*pitch*” muito pequeno, o aderente não leia com a devida atenção e que até assinasse de cruz aquela declaração, mas então deve ser o aderente a alegar e a demonstrar que tal aconteceu, designadamente que não lhe foi dado tempo para ler com atenção o clausulado, que teve de assinar em cima do acontecimento, que por essa razão também não chegou a formular um juízo sobre o clausulado e por consequência também não logrou dúvidas ou certezas sobre o teor das cláusulas contratuais que dali constam. O aderente deve também ser responsabilizado pela assinatura que põe nos contratos e no contexto em que o faz, pois de contrário sempre que situação análoga surgisse bastaria ao aderente alegar que apesar de ter assinado o que assinou, e que não tomou conhecimento efectivo do clausulado para que o predisponente ficasse onerado com o ónus de demonstrar que não obstante aquela assinatura naquela caso concreto o funcionário cumpriu o ónus de comunicação, prova a maior das vezes diabólica dado o tempo decorrido desde a outorga do contrato e o número de contratos que o funcionário bancário outorgou. Temos para nós que, perante aquela factualidade dos pontos 29 a 32 se deve considerar que incumbia ao Autor a prova de que não obstante ter apostado a sua assinatura no contrato como efectivamente se demonstra ter feito e assinado aquela declaração e sem ser por sua culpa não tomou efectivo conhecimento do teor das mesmas, o que no caso não acontece.

6.6 Questão diferente é a de saber se essas c.c.g se devem considera excluídas

do contratos face ao disposto nos art.ºs 12 a 13, 15 e 30 e 21 f) e g) do DL 446/85 e 2 da Lei 24/96 de 31/7. Como se diz na decisão recorrida não resultou provado como terá ocorrido a intervenção de terceiros (quer os dois réus pessoas singulares quer do ou dos destinatários finais das quantias transferidas) na utilização do serviço *CaixaDirecta* em substituição do demandante e sem a autorização deste mas a utilização pelos clientes bancários deste tipo de serviços implica mais vantagens para a entidade bancária do que para o seu cliente e conseqüentemente custos comerciais que de outro modo seriam mais elevados pelo que sendo maior a vantagem do contratante predominante e predisponentes das cláusulas torna-se evidente e claro que sobre o mesmo incida o ónus da prova que o utilizados/cliente agiu com culpa na realização das operações bancárias, tendo a jurisprudência nacional vindo a concluir que os riscos da falha do sistema informático que é disponibilizado pelos bancos bem como os eventuais ataques ou fraudes cibernéticas ou informáticas (por *phishing* ou *pharming* ou por qualquer outra forma) corra sempre por conta das entidades bancárias alicerçando-se nos Acs do STJ de 18/12/2013 de 14/12/2016 e da RLxa de 24/5/2012 (processo 192119/11.8yrslb.l1.-2) de 26/10/2010 (proc.º 1943/09.1tjslb.l1-7) da RG de 23/10/2012 (proc.º 305/09.5tbctb.g1) e RP de 7/10/2014 (proc.º 747/12.9TJprt.p1). Discorda deste entendimento a apelante porquanto sem prova da culpa da parte da aqui apelante esta não pode ser responsabilizada pelo pagamento de qualquer indemnização ao Autor, existindo prova de que o Autor não cumpriu o seu dever de diligência e cuidado no que concerne à utilização dos meios informáticos de acesso ao Serviço *CaixaDirecta*;

6.7. Como resulta da reapreciação dos factos acima feita designadamente da manutenção como improvados dos factos 1 e 10 bem assim como dos factos dados como provados de 33 a 39, 44 a 57 e 62 68, 69, 70, 73, 75 a 89, não é possível concluir o modo pelo qual os terceiros acederam aos dados confidenciais do Autor, sobretudo tendo em conta que se deu como provado que o Autor nunca acedeu ao serviço *CaixaDirecta* através do telemóvel que possuía, não tendo ficado provado que o Autor tenha aderido ao serviço *SMS Token* de telemóvel associado aos erviceo *CaixaDirecta*, que a companheira do Autor à data dos factos nunca teve acesso aos códigos das contas do Autor nem dos elementos necessários para aceder ao Serviço *CaixaDirecta*, não sendo possível concluir que tenha havido negligência do Autor na manutenção sigilosa das referidas credenciais.

6.8 Interessam entre outros os art.ºs 65 a 72, 101 do referido regime de Serviços de Pagamento do DL 317/098 de 30/10:

Artigo 65.º

Consentimento e retirada do consentimento

- 1 - Uma operação de pagamento ou um conjunto de operações de pagamento só se consideram autorizados se o ordenante consentir na sua execução.
- 2 - O consentimento deve ser dado previamente à execução da operação, salvo se for acordado entre o ordenante e o respetivo prestador do serviço de pagamento que o mesmo seja prestado em momento posterior.
- 3 - O consentimento referido nos números anteriores deve ser dado na forma acordada entre o ordenante e o respetivo prestador do serviço de pagamento, sendo que, em caso de inobservância da forma acordada, se considera que a operação de pagamento não foi autorizada.
- 4 - O consentimento pode ser retirado pelo ordenante em qualquer momento, mas nunca depois do momento de irrevogabilidade estabelecido nos termos do artigo 77.º
- 5 - O consentimento dado à execução de um conjunto de operações de pagamento pode igualmente ser retirado, daí resultando que qualquer operação de pagamento subsequente deva ser considerada não autorizada.
- 6 - Os procedimentos de comunicação e de retirada do consentimento são acordados entre o ordenante e o prestador do serviço de pagamento.

Artigo 66.º

Limites da utilização do instrumento de pagamento

- 1 - Nos casos em que é utilizado um instrumento específico de pagamento, para efeitos de comunicação do consentimento, o ordenante e o respetivo prestador do serviço de pagamento podem acordar em limites de despesas para as operações de pagamento executadas através do instrumento de pagamento em questão.
- 2 - Mediante estipulação expressa no contrato quadro, o prestador de serviços de pagamento pode reservar-se o direito de bloquear um instrumento de pagamento por motivos objetivamente fundamentados, que se relacionem com:
 - a) A segurança do instrumento de pagamento;
 - b) A suspeita de utilização não autorizada ou fraudulenta desse instrumento;ou
 - c) O aumento significativo do risco de o ordenante não poder cumprir as suas responsabilidades de pagamento, caso se trate de um instrumento de pagamento com uma linha de crédito associada.
- 3 - Nos casos referidos no número anterior, o prestador do serviço de pagamento deve informar o ordenante do bloqueio do instrumento de pagamento e da respetiva justificação pela forma acordada, se possível antes de bloquear o instrumento de pagamento ou, o mais tardar, imediatamente após o bloqueio, salvo se tal informação não puder ser prestada por razões de segurança objetivamente fundamentadas ou se for proibida por outras

disposições legais aplicáveis.

4 - Logo que deixem de se verificar os motivos que levaram ao bloqueio, o prestador do serviço de pagamento deve desbloquear o instrumento de pagamento ou substituí-lo por um novo.

Artigo 67.º

Obrigações do utilizador de serviços de pagamento associadas aos instrumentos de pagamento

1 - O utilizador de serviços de pagamento com direito a utilizar um instrumento de pagamento tem as seguintes obrigações:

a) Utilizar o instrumento de pagamento de acordo com as condições que regem a sua emissão e utilização; e

b) Comunicar, sem atrasos injustificados, ao prestador de serviços de pagamento ou à entidade designada por este último, logo que deles tenha conhecimento, a perda, o roubo, a apropriação abusiva ou qualquer utilização não autorizada do instrumento de pagamento.

2 - Para efeitos da alínea a) do número anterior, o utilizador de serviços de pagamento deve tomar todas as medidas razoáveis, em especial ao receber um instrumento de pagamento, para preservar a eficácia dos seus dispositivos de segurança personalizados.

Artigo 68.º

Obrigações do prestador de serviços de pagamento associadas aos instrumentos de pagamento

1 - O prestador de serviços de pagamento que emite um instrumento de pagamento tem as seguintes obrigações:

a) Assegurar que os dispositivos de segurança personalizados do instrumento de pagamento só sejam acessíveis ao utilizador de serviços de pagamento que tenha direito a utilizar o referido instrumento, sem prejuízo das obrigações do utilizador do serviço de pagamento estabelecidas no artigo anterior;

b) Abster-se de enviar instrumentos de pagamento não solicitados, salvo quando um instrumento deste tipo já entregue ao utilizador de serviços de pagamento deva ser substituído;

c) Garantir a disponibilidade, a todo o momento, de meios adequados para permitir ao utilizador de serviços de pagamento proceder à notificação prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo anterior ou solicitar o desbloqueio nos termos do n.º 4 do artigo 66.º;

d) O prestador do serviço de pagamento deve facultar ao utilizador do serviço de pagamento, a pedido deste, os meios necessários para fazer prova, durante 18 meses após a notificação prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo anterior, de que efetuou essa notificação; e

e) Impedir qualquer utilização do instrumento de pagamento logo que a

notificação prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo anterior tenha sido efetuada.

2 - O risco do envio ao ordenante de um instrumento de pagamento ou dos respetivos dispositivos de segurança personalizados corre por conta do prestador do serviço de pagamento.

Artigo 69.º

Comunicação de operações de pagamento não autorizadas ou incorretamente executadas e direito de retificação

1 - O utilizador do serviço de pagamento tem o direito de obter 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, nomeadamente ao abrigo dos artigos 86.º e 87.º, 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.

2 - Sempre que, relativamente à operação de pagamento em causa, o prestador do serviço de pagamento não tenha prestado ou disponibilizado as informações a que está obrigado nos termos do capítulo i do presente título iii, não é aplicável a limitação de prazo referida no número anterior.

Artigo 70.º

Prova de autenticação e execução das operações de pagamento

1 - *Caso um utilizador de serviços de pagamento negue ter autorizado uma operação de pagamento executada, ou alegue que a operação não foi corretamente efetuada, incumbe ao respetivo prestador do serviço de pagamento fornecer prova de que a operação de pagamento foi autenticada, devidamente registada e contabilizada e que não foi afetada por avaria técnica ou qualquer outra deficiência.*

2 - *Caso um utilizador de serviços de pagamento negue ter autorizado uma operação de pagamento executada, a utilização do instrumento de pagamento registada pelo prestador de serviços de pagamento, por si só, não é necessariamente suficiente para provar que a operação de pagamento foi autorizada pelo ordenante, que este último agiu de forma fraudulenta ou que não cumpriu, deliberadamente ou por negligência grave, uma ou mais das suas obrigações decorrentes do artigo 67.º.*

Artigo 71.º

Responsabilidade do prestador do serviço de pagamento por operações de pagamento não autorizadas

1 - Sem prejuízo do disposto no artigo 69.º, em relação a uma operação de pagamento não autorizada, o prestador de serviços de pagamento do ordenante deve reembolsá-lo imediatamente do montante da operação de

pagamento não autorizada e, se for caso disso, repor a conta de pagamento debitada na situação em que estaria se a operação de pagamento não autorizada não tivesse sido executada.

2 - Sempre que o ordenante não seja imediatamente reembolsado pelo respetivo prestador de serviços de pagamento nos termos do número anterior, são devidos juros moratórios, contados dia a dia desde a data em que o utilizador de serviços de pagamento haja negado ter autorizado a operação de pagamento executada, até à data do reembolso efetivo, calculados à taxa legal, fixada nos termos do Código Civil, acrescida de 10 pontos percentuais, sem prejuízo do direito à indemnização suplementar a que haja lugar.

Artigo 72.º

Responsabilidade do ordenante por operações de pagamento não autorizadas

1 - No caso de operações de pagamento não autorizadas resultantes de perda, de roubo ou da apropriação abusiva de instrumento de pagamento, com quebra da confidencialidade dos dispositivos de segurança personalizados imputável ao ordenante, este suporta as perdas relativas a essas operações dentro do limite do saldo disponível ou da linha de crédito associada à conta ou ao instrumento de pagamento, até ao máximo de (euro) 150.

2 - O ordenante suporta todas as perdas resultantes de operações de pagamento não autorizadas, se aquelas forem devidas a atuação fraudulenta ou ao incumprimento deliberado de uma ou mais das obrigações previstas no artigo 67.º, caso em que não são aplicáveis os limites referidos no n.º 1.

3 - Havendo negligência grave 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 (euro) 150, dependendo da natureza dos dispositivos de segurança personalizados do instrumento de pagamento e das circunstâncias da sua perda, roubo ou apropriação abusiva.

4 - Após ter procedido à notificação a que se refere a alínea b) do n.º 1 do artigo 67.º, o ordenante não suporta quaisquer consequências financeiras resultantes da utilização de um instrumento de pagamento perdido, roubado ou abusivamente apropriado, salvo em caso de atuação fraudulenta.

5 - Se o prestador de serviços de pagamento não fornecer meios apropriados que permitam a notificação, a qualquer momento, da perda, do roubo ou da apropriação abusiva de um instrumento de pagamento, conforme requerido pela alínea c) do n.º 1 do artigo 68.º, 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.

...

Artigo 101.º

Adaptação dos contratos em vigor

1 - O regime constante do presente regime jurídico não prejudica a validade dos contratos em vigor relativos aos serviços de pagamento nele regulados, sendo-lhes desde logo aplicáveis as disposições do presente regime jurídico que se mostrem mais favoráveis aos utilizadores de serviços de pagamento.

2 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, os prestadores de serviços de pagamento devem adaptar os contratos vigentes antes da entrada em vigor do presente regime jurídico, relativos aos serviços de pagamento que prestem aos utilizadores de serviços de pagamento que sejam seus clientes, às disposições constantes do presente regime, a partir da data da sua entrada em vigor e no prazo máximo de seis meses.

3 - Os prestadores de serviços de pagamento devem remeter aos utilizadores de serviços de pagamento que sejam seus clientes uma cópia integral das condições contratuais que resultem das adaptações efetuadas nos termos do n.º 1, pela forma que haja sido acordada com eles ou, caso não exista acordo, por carta, na qual esteja evidenciado o essencial das adaptações efetuadas, se informe em que condições as referidas adaptações se têm por tacitamente aceites pelos utilizadores, nos termos definidos no artigo 102.º, e se identifique a forma que o utilizador deve usar para comunicar a sua eventual não aceitação das adaptações efetuadas.

6.9. Ora, é nítido, que o regime referido nos art.ºs 67 a 72 e que é posterior à celebração do contrato dos autos é mais favorável ao aderente Autor do serviço de pagamento electrónico do que aquele que vem previsto nas cláusulas contratuais gerais referidas pelo que desde logo na parte em que são mais favoráveis seriam de aplicação imediata.

6.10. Tudo está na interpretação do mencionado art.º 70/2:

2 - Caso um utilizador de serviços de pagamento negue ter autorizado uma operação de pagamento executada, a utilização do instrumento de pagamento registada pelo prestador de serviços de pagamento, por si só, não é necessariamente suficiente para provar que a operação de pagamento foi autorizada pelo ordenante, que este último agiu de forma fraudulenta ou que não cumpriu, deliberadamente ou por negligência grave, uma ou mais das suas obrigações decorrentes do artigo 67.º

6.11. A Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e investigadora do CIJE, Raquel Guimarães, em recente revisita ao tema do ónus da prova neste tipo de situações, reiterando o por si já anteriormente afirmado, sustenta que, em face dessa fórmula, não se pode afirmar que este regime tenha condenado definitivamente à nulidade as presunções de negligência do utilizador decorrentes das cláusulas contratuais gerais, pois se o legislador quisesse proibir essas presunções teria dito que a correcta

utilização do instrumento de pagamento não é por si suficiente para provar que a operação foi autorizada pelo utilizador ou que este último a facilitou ou que potenciou com o seu comportamento negligente, em vez de usar como usou o advérbio de modo “necessariamente” (suficiente), cabendo ao juiz em cada caso decidir o valor da correcta autenticação do ordenante nas operações não autorizadas, não bastando ao prestador do serviço invocar a presunção da negligência acordada no contrato de *homebanking*, esta presunção não será necessariamente suficiente para alijar os prejuízos da esfera do banco, para usar a linguagem do legislador, havendo que ponderar o grau de culpa que é imputado ao utilizador e as obrigações que recaem sobre as partes no contrato.^[6] Em anotação ao AC do STJ de 18/12/2013 no processo 6479/09 relatado por Ana Paula Boularot, a ilustre professora sustentara exactamente o mesmo afastando o entendimento seguido no AcRLxa de 3/3/2015 e relatado por Manuel Marques no sentido da nulidade das cláusulas contratuais gerais com base nos art.ºs 12 e 21/g do DL 446/85 de 25/10, devendo ponderar-se caso a caso o grau de culpa e sustentar que nos termos do art.º 70/2 a utilização do instrumento de pagamento registada pelo prestador de serviços de pagamento não é necessariamente suficiente para provar que a operação de pagamento foi autorizada pelo ordenante e que este agiu de forma fraudulenta ou que não cumpriu deliberadamente ou por negligência grave uma ou mais das suas obrigações do art.º 67, recaindo sobre o prestador do serviço de pagamento a prova, não só da não ocorrência de qualquer avaria técnica e de que a operação foi autenticada e devidamente registada e contabilizada, devendo a entidade prestadora dos serviços de pagamento provar o incumprimento ou imputar a operação ao titular do instrumento de pagamento, socorrendo-se para tal dos meios de prova adicionais para além dos registos informáticos, fornecendo os meios de prova de incumprimento do contrato, negligente ou sobretudo deliberado ou fraudulento, imputável ao seu cliente, seguindo o entendimento a este propósito e doutrina alemã de Reinhard Steenot e Gian Franco Campobasso, que cita.^[7] Concordando-se com a circunstância de não ser possível determinar a nulidade das cláusulas contratuais gerais pelas razões referidas na decisão recorrida deve todavia considerar-se que por força do art.º 101, deixaram de ser aplicáveis aplicando-se em sua substituição as regras do DL citado. Contudo, com o devido respeito parece-nos que este ónus de prova que a ilustre Professora vê, e bem, imposto à entidade bancária não é compatível com a eventual presunção de culpa que resulte das cláusulas contratuais gerais para o utilizador do serviço porquanto de acordo com o disposto no art.º 344/1 do CCiv, face a essa convenção válida (que do nosso ponto de vista se encontra afastada pelos mencionados art.º 70/2 e 101) a CGD estaria

dispensada desse ónus recaindo sobre o utilizador a prova de que não agira com culpa sob qualquer das forma de negligência leve, grosseira ou de deliberado incumprimento do contrato.

6.12. Os factos dados como provados não são suficientes para provar a culpa do utilizador deste tipo de serviços, de resto nem ficou provado que o Autor tenha acedido antes durante ou depois das transferências ao serviço utilizando as credenciais, o processo-crime encontra-se em segredo de justiça, há apenas as convicções do Inspector da Polícia Judiciária, as hipóteses aventadas pelo técnico de informática da CGD, ouvidos em audiência e acima referidas que admitem que o terminal de telemóvel do Autor possa ter sido infectado por um vírus ou talvez o terminal do computador pessoal do Autor, através de *phishing* ou *pharming*, enfim tudo especulação, na certeza de que não foi o Autor quem efectuou as operações nem introduziu as credenciais, permanecendo um mistério o modo como terceiros possam ter acedido aos dados confidenciais do Autor. Mas a tudo isto não pode ser alheio o facto de os terminais do Autor como de qualquer utilizador deste serviço de pagamento à distância, via electrónica, não pertencerem ao Banco, ou não terem sido disponibilizados pelo próprio Banco com todos os sistemas de segurança que o sistema informático do próprio Banco comprovadamente possui antes sendo pertença do próprio utilizador, terminais esses que não são supervisionados pela CGD ou sujeitos a sistemas de protecção contra vírus externos do próprio do Banco, pelo que o risco de invasão desses sistemas do utilizador por agentes exteriores deve considerar-se incluído pelo art.º 68/2 e por isso correr pelo próprio Banco.

IV- DECISÃO.

Tudo visto acordam os juízes em:

- a) julgar improcedente a apelação da Ré Caixa Geral de Depósitos;
- b) julgar parcialmente procedente a apelação do Réu L... em consonância com o referido em III supra julgar que ocorre erro na condenação solidária dos réus e em consequência revogam o dispositivo da sentença que se substitui por estoutro nos seguintes termos:

“julga-se parcialmente procedente por provada a acção e por via disso condena-se:

1- a Caixa Geral de Depósitos, S.A. a pagar ao Autor a quantia de 17.503,30 euros (dezassete mil quinhentos e três euros e trinta cêntimos) dos 19.858,70 euros que da conta do Autor foram indevidamente transferidos para as contas dos co-réus J... e L..., do modo descrito em III dos factos dados como provados acrescida dos juros remuneratórios devidos nos termos do contrato de

depósito bancário entre o Autor e Réu outorgados, juros vencidos e vincendos até integral pagamento, sendo aqueles a contar de 3/10/2014 e abatendo o valor entretanto restituído pelo Réu J... na pendência da acção conforme referido nos factos discriminados em III-A 25 (pelo valor de 2.100,00 euros) e 40 a 43;

2- o réu J... a restituir ao Autor a quantia de 3.461,36 euros (três mil quatrocentos e sessenta e um euros e trinta e seis cêntimos) que da conta do Autor para a sua foram transferidas acrescida dos juros de mora vencidos e vincendos até integral pagamento a contar da citação e à taxa legal vigente para os créditos dos não comerciantes imputando-se a totalidade do montante já restituído pelo mesmo réu, de 3.461,36 euros nos juros vencidos e após no capital referido em 1 (19.858,70), considerando-se para o efeito da imputação as datas das efectivas restituições parciais dos aludidos montantes total e referidas em III-a)25 (pelo valor de 2.100,00 euros) e 40 a 43 sendo a liquidação resultante de mero cálculo aritmético.

3- O réu L... a restituir ao Autor a quantia de 16.397,34 euros (dezasseis mil trezentos e noventa e sete euros e trinta e quatro cêntimos), quantia essa que indevidamente da conta do Autor para a sua lhe foi transferida e do montante global de 19.858,70 euros referida em 1, valor esse a imputar no montante de capital e juros referido em I, acrescida de juros de mora vencidos e vincendos até integral pagamento, a contar da citação e à taxa legal vigente para os créditos dos não comerciantes;

4- Cada um dos Réus no montante de 1/3 do valor global e não questionado fixado de 3.500,00 euros, a título de danos não patrimoniais a favor do Autor, acrescida de juros de mora vincendos até integral pagamento e a contar do trânsito em julgado da decisão à taxa legal sucessivamente em vigor para os créditos dos não comerciantes

Regime da Responsabilidade por Custas: As custas da apelação da CGD são da responsabilidade da apelante que decai e as da apelação do Réu L... são da responsabilidade do Autor e desse Réu na proporção de 80% para o Réu L... e 20% para o Autor (art.º 527/1 e 2).

Lxa., 10-05-2018

João Miguel Mourão Vaz Gomes

Jorge Manuel Leitão Leal

Ondina Carmo Alves

[1] Na redacção que foi dada ao Código do Processo Civil pela Lei 41/2013 de 26/7, atento o disposto nos art.º 5/1, 8, e 7/1 (a contrario sensu) e 8 da mesma Lei que estatuem que o novel Código de Processo Civil entrou em vigor no dia 1/09/2013 e que se aplica imediatamente às acções declarativas, atendendo a que a injunção foi intentada e distribuída em 27/03/2015, e autuada na Instância Local de Lisboa, secção Cível, J2, da Comarca de Lisboa na mesma data e a *data da decisão recorrida que é de 26/07/2017*; ao Código referido, na redacção dada pela Lei 41/2013, pertencerão as disposições legais que vierem a ser mencionadas sem indicação de origem.

[2] Abrantes Geraldês, Recursos no Novo Código de Processo Civil, Almedina, 2014, págs. 133/135

[3] Anotação de RAQUEL GUIMARÃES, Maria , ao Ac RG de 23/10/2012 processo 305/09, in Cadernos de Direito Privado, 41 Jan/Março 2013, págs. 58/59.

[4] Autora e bora citadas pág. 60 e ACSTJ de 15/5/2008 relatado por Mota Miranda

[5] PINTO MONTEIRO, António, “A resposta do ordenamento jurídico português à contratação bancária pelo consumidor RLJ 143, pág. 383 e MENEZES CORDEIRO, António, Direito Bancário, pp 505/506 defendem que a prova em contrário do declarado em homenagem ao princípio da auto-responsabilidade das partes terá que ser feita pelo aderente que desconhece as cláusulas que integram o contrato ou a quem essas cláusulas não foram comunicadas e nesse sentido também ACRLxa de 13/5/201 relatado por Maria do Rosário Morgado e AcRG de 17/12/2014 relatado por Maria da Purificação Carvalho; em sentido contrário entre o AcRLxa de 3/3/2015 relatado por João Ramos de Sousa

[6] “As Cláusulas Contratuais Gerais Bancárias na Jurisprudência Recente dos Tribunais Superiores”, Almedina 2017, II Congresso de Direito Bancário

[7] Cadernos de Direito Provado, n.º 49, Janeiro/Março de 2015, págs. 30,31