**Processo n.º 2651/2021/RN**

**Reclamante**:

**Reclamada:** E

***SUMÁRIO***

*1.º Na mera culpa ou negligência é comum distinguirem-se os casos em que o agente prevê a produção do resultado lesivo como possível, mas, por leviandade, precipitação, desleixo ou incúria, crê na sua não verificação (representa um puro vício de vontade), daqueles em que, por inconsideração, descuido, imperícia ou ineptidão, o agente não concebe a possibilidade do resultado lesivo se verificar, podendo e devendo prevê-lo e evitar a sua verificação (representa um vício de representação e de vontade);*

*2.º No primeiro caso fala-se de negligência consciente, no segundo de negligência inconsciente. A par das apontadas modalidades de negligência, é tradicional a distinção entre negligência grave, leve e levíssima, em função da intensidade ou grau da ilicitude (a violação do cuidado objectivamente devido) e da culpa (a violação do cuidado que o agente é capaz de prestar segundo os seus conhecimentos e capacidades;*

*3.º Da factualidade descrita podemos afastar, sem qualquer hesitação, o dolo ou intencionalidade no comportamento da reclamante e mesmo uma negligência consciente ou culpa grave.*

## I – Relatório

**1.1.** A Reclamante pretende ser ressarcida pela reclamada na quantia de €2.100,00 (dois mil e cem euros) por entender que esta não cumpriu com o seu dever de segurança das plataformas eletrónicas de acesso às contas de depósitos bancários.

**1.2.** A causa de pedir e o pedido não foram objeto de alteração pelo que o seu conteúdo se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais.

**1.3.** A Reclamada, nos termos do artigo 14º do Regulamento do Triave, apresentou **Contestação** escrita da qual resultou, essencialmente, o seguinte:

Atenta a factualidade descrita pela reclamante na reclamação apresentada resulta que a reclamante habitualmente utiliza cartões temporários , portanto sabe bem como funcionam.

E tendo em conta toda a informação e alertas disponibilizados pela reclamada no site sobre regras de segurança e possíveis fraudes bem como as cláusulas que constituem as Condições Gerais da Conta Ordem subscritas e aceites pela Reclamante, entende não existir qualquer responsabilidade da reclamada relativamente ao valor debitado.

**II- Objeto do litígio**

O objeto do litígio (ou o thema decidendum) cinge-se na questão de saber se à reclamante é ou não devido o direito ao ressarcimento do montante de €2.100,00 (dois mil e cem euros) que esta se arroga, nos termos e para os efeitos do disposto na al. a) do n.º 3 do artigo 10º do C.P.C. em conjugação com o n.º 1 do artigo 341º do C.C.

**III- Saneador**

A audiência arbitral realizou-se com a presença da Reclamante e da Reclamada, representadas pelas suas ilustres Mandatárias com procuração que juntaram aos autos.

Foi promovida a Tentativa de Conciliação (nos termos do artigo 11º do Regulamento do Triave) tendo a mesma se frustrado em virtude de as partes na audiência não se terem mostrado disponíveis para uma composição amigável do litígio.

O processo é também o próprio e as partes legítimas e capazes.
Não há nulidades, exceções ou outras questões prévias a conhecer.
Passa-se de imediato à apreciação do mérito do pedido.

**IV- Fundamentação**

**Da Fundamentação de Facto**

**4.1. Factos provados**

Atendendo às alegações fáticas da reclamante e da reclamada, aos elementos carreados para os autos e às provas produzidas em audiência, consideram-se provados, de entre os que são essenciais para o objeto do litígio e para as questões relevantes para a decisão da causa, os seguintes factos:

**1.** A reclamada é uma instituição bancária que exerce profissionalmente a atividade bancária e dessa actividade aufere lucros – facto que se julga provado com base no **doc. n.º 3** junto com a contestação;

**2.** A reclamante celebrou com a reclamada um contrato de depósito ao qual foi associada uma conta bancária n.º – facto que se julga provado com base no **doc. n.º 1** junto com a reclamação;

**3.** A 06/06/2018, reclamante e reclamada acordaram a utilização de meios de comunicação à distância, nos termos constantes do documento junto aos autos pela reclamada - facto que se julga provado com base no **doc. n.º 3** junto com a contestação;

**4.** Para tal a reclamada atribuiu à reclamante um Código de Utilizador e um Código – facto que se julga provado com base no depoimento da reclamante e da reclamada e com base no **doc. n.º 3** junto com a contestação

**5.** No dia 05/01/2021 a reclamante rececionou uma mensagem de texto no seu telemóvel a solicitar uma atualização da sua aplicação de homebanking Facto que se dá como provado atendendo ao declarado pela reclamante e não contrariado pela reclamada;

**6.** A reclamante acedeu ao link de acesso à atualização e foi redirecionada para uma página visualmente semelhante à página da reclamada onde lhe foi solicitado o código de utilizador e a chave multicanal, como habitualmente fazia, para aceder a tal plataforma - Facto que se dá como provado atentas as declarações prestadas pela reclamante;

**7.** No dia 05/01/2021 a reclamante, após aceder ao link e digitado o seu utilizador e o seu código recebeu 3 alertas, dois deles informando a instalação e ativação com sucesso da 14h16m e 14h17m) e um terceiro (22h18) a informar que tinha sido efetuada a primeira operação e que tinha sido alterado o limite diário para €3.000,00 (três mil euros) - Facto que se dá como provado atendendo ao teor dos **doc. n.º 2 e n.º 3** juntos aos autos com a reclamação.

**8.** A 05/01/2021 foi debitado à reclamante o valor de €2.100,00 ( dois mil e cem euros) correspondente a uma compra efetuada com um cartão

facto que se julga provado com base no **doc. n.º 2** junto com a contestação;

**9.** Só a 06/01/2021 a reclamante verificou que lhe havia sido retirada da conta o montante de €2.100,00 (dois mil e cem euros) – facto que se julgado com base nas declarações da reclamante e com base no **doc. n.º 2** junto com a reclamação e **doc. n.º 2** junto com a contestação;

**10.** A reclamante não autorizou a transferência indicada em **8** e nunca teve a intenção de a fazer – facto que se julga provado com base nas declarações da reclamante;

**11.** A reclamante contactou de imediato a reclamada expondo a situação e solicitou a devolução da quantia de €2100,00, tendo sido posteriormente informada que não seria possível o cancelamento da operação – facto que se julga provado com base no **doc. n.º 2** junto com a reclamação;

**12.** Após contacto a reclamada bloqueou os códigos e inativou o utilizador por razões de segurança – facto que se julga provado com base no depoimento da reclamante e aceite pela reclamada;

**13.** A reclamante a 23/03/2021 apresentou reclamação junto da

da reclamada tendo a mesma declinado responsabilidade – facto que se julga provado com base no **doc. n.º 1** junto com a reclamação;

**14.** A reclamante apresentou participação criminal contra incertos tendo, a 07.03.2022, desistido da queixa através de requerimento que apresentou na 1ª secção do DIAP no proc. n.º 878/21.4 JABRG

**4.2 Factos não provados**

Tendo em consideração aquele que é o objeto do litígio, para além dos factos que se encontram em contradição com os julgados provados e dos prejudicados por estes e excluindo-se aqueles que são meramente conclusivos, julga-se não provado toda a demais factualidade alegada.

**V- Motivação**

O juiz ou o árbitro não tem o dever de pronúncia sobre toda a matéria alegada, tendo antes o dever de selecionar apenas a que interessa para a decisão, levando em consideração a causa (ou causas) de pedir que fundamenta(m) o pedido formulado pelo autor (cfr. artigos 596º n.º 1 e 607º n.º 2 a 4, do CPC, na redação da Lei n.º 41/2013, de 26/6) e consignar se a considera provada e/ou não provada.

Segundo o princípio da livre apreciação da prova, o Tribunal baseia a sua decisão, em relação às provas produzidas, na sua íntima convicção, formada a partir do exame e avaliação que faz dos meios de prova trazidos ao processo e de acordo com a sua experiência de vida e de conhecimento das pessoas (cfr. artº. 607º n.º 5 do C.P.C, na redação da Lei n.º 41/2013, de 26/6). Somente quando a força probatória de certos meios se encontra pré-estabelecida na lei (v.g. força probatória plena dos documentos autênticos - cfr. artº. 371º, do C.C) é que não domina na apreciação das provas produzidas o princípio da livre apreciação.

No caso concreto, este Tribunal alicerça a sua convicção nas provas apresentadas pela reclamante, designadamente nas declarações prestadas em audiência de julgamento, recorrendo ainda ao exame dos documentos juntos ao processo pela reclamante e, ainda, à consideração de factos instrumentais que resultaram da instrução e discussão da causa (artigo 5.º n.º 2 alínea a) do CPC).

Para além do que já se deixou consignado em relação a cada decisão que integra o elenco de factos julgados provados, com a indicação dos concretos meios de prova que levaram à fixação de tal matéria de facto, importa assinalar que a reclamante, nas suas declarações de parte, revelou ter um conhecimento concreto e, portanto, preciso sobre o contrato de depósito celebrado e sobre as mensagens que recebeu no seu telemóvel para que procedesse à atualização d e da qual resultou a subtração da quantia de €2100,00, o que levou o Tribunal a considerar as suas declarações para efeitos da formação da convicção quanto aos factos provados do ponto 4.1 *supra*.

De facto demonstrou a reclamante os procedimentos adotados aquando da criação dos cartões temporários designadamente explicou que sempre que é

criado um cartão temporário é notificada por SMS da criação desse cartão, o que lhe permite ter consciência da veracidade da operação.

Na situação em concreto não rececionou qualquer comunicação, facto que a impediu de, segundo referiu, agir prontamente e ordenar o bloqueio dos dados de acesso à sua conta bancária.

Por outro lado, nenhuma prova foi apresentada pela reclamada que sustentasse, por um lado que a reclamante teve conhecimento das condições gerais de utilização dos mesmos de comunicação à distância e, por outro lado, que a reclamante tenha agido com culpa.

**VI- <u>Fundamentação de Direito</u>**

A factualidade descrita emerge da existência de um contrato de conta bancária (ou abertura de conta) celebrado entre o banco, aqui reclamada, e o consumidor, aqui reclamante e um contrato de o qual sendo autónomo do contrato de conta bancária com ele tem uma íntima ligação através deste segundo contrato porquanto a consumidora passou a poder movimentar a sua conta por meios de comunicação à distância.

Tendo a reclamante sido alvo de uma fraude electrónica – - da qual resultou a subtacção da quantia € 2.100,00 da sua conta bancária, a questão decidenda consiste em saber se o Banco a deve reembolsar.

A jurisprudência tem vindo a entender, nesta matéria, que os riscos da falha do sistema informático utilizado, bem como dos ataques cibernautas ao mesmo, correm por conta do banco, por a tal conduzir o disposto no artigo 796º, nº1 do CCivil, desde que não se prove a culpa do cliente/utilizador. (vide Ac. do STJ de 18/12/2013, proc. nº 6479/09.8TBBRG.G1.S1 in www.dgsi.pt).

Isto embora alguma doutrina venha alertando, a propósito do contrato de depósito, que o dinheiro hoje em dia é escritural e que em bom rigor não há depósito porque não há guarda, nem há entrega. (v. g. Carlos Ferreira de Almeida acessível em http://www.justicatv.com/index.php?p=4235).

Também se tem utilizado o instituto da responsabilidade civil contratual, fazendo-se recair a presunção de culpa, prevista do artigo 799º, nº 1do C.Civil, sobre o

banco por causa das deficiências de segurança no serviço homebanking.

Tem-se chamado ainda à colação o Regime das Cláusulas Contratuais Gerais.

Na verdade, é sabido que o contrato de homebanking à partida comporta risco e esse risco tem de ser repartido de uma forma equitativa, tendo em conta os direitos e deveres contratuais e os que emergem do quadro normativo existente.

O Decreto-Lei n.º 91/2018 de 12 de novembro aprovou o Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e da Moeda Eletrónica e resultou da transposição para a ordem jurídica interna da Diretiva (UE) n.º 2015/2366.

Assim tendo os factos ocorrido depois da entrada em vigor deste diploma cremos ser este o quadro legal do caso.

Acresce que tendo presente o disposto no nº 3 do artigo 9º do C.Civil, ou seja, que "Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados", julga-se ser de valia a tradicional doutrina de Antunes Varela Antunes Varela, (in Das Obrigações em Geral, Vol. I, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, pág. 495), sobre os pressupostos da responsabilidade civil: a) a ocorrência de um facto; b) que esse facto deve ser considerado ilícito; c) que o facto ilícito possa ser imputado a um determinado sujeito; d) que por virtude desse facto ilícito praticado por uma pessoa ocorra um dano, patrimonial ou não patrimonial, na esfera jurídica de outrem; e) e que exista um nexo de causalidade entre o facto e o dano.

Assim, decorre do disposto no artigo 115º Decreto-Lei n.º 91/2018 de 12 de novembro o seguinte:

**Artigo 115.º**

**Responsabilidade do ordenante em caso de operação de pagamento não autorizada**

*1 - Em derrogação do disposto no artigo 114.º, o ordenante pode ser obrigado a suportar as perdas relativas às operações de pagamento não autorizadas resultantes da utilização de um instrumento de pagamento perdido, furtado, roubado ou da apropriação abusiva de um instrumento de pagamento dentro do limite do saldo disponível ou da linha de crédito associada à conta ou ao instrumento de pagamento, até ao máximo de (euro) 50.*

*2 - O disposto no n.º 1 do presente artigo não se aplica caso: a) A perda, o furto, o roubo ou a apropriação abusiva de um instrumento de pagamento não pudesse ser detetada pelo ordenante antes da realização de um pagamento; ou*

*b) A perda tiver sido causada por atos ou omissões de um trabalhador, de um agente ou de uma sucursal do prestador de serviços de pagamento, ou de uma entidade à qual as suas atividades tenham sido subcontratadas.*

*3 - 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 110.º, caso em que não são aplicáveis os limites referidos no n.º 1.*

*4 - Havendo negligência grosseira 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) 50.*

*5 - Se o prestador de serviços de pagamento do ordenante não exigir a autenticação forte do ordenante, este não deve suportar quaisquer perdas relativas a operação de pagamento não autorizada, salvo se tiver agido fraudulentamente.*

*6 - Caso o beneficiário ou o seu prestador de serviços de pagamento não aceite a autenticação forte do cliente, reembolsa os prejuízos financeiros causados ao prestador de serviços de pagamento do ordenante.*

*7 - Após ter procedido à comunicação a que se refere a alínea b) do n.º 1 do artigo 110.º, o ordenante não deve suportar quaisquer consequências financeiras resultantes da utilização de um instrumento de pagamento perdido, furtado, roubado ou abusivamente apropriado, salvo em caso de atuação fraudulenta.*

*8 - Se o prestador de serviços de pagamento não fornecer meios apropriados que permitam a comunicação, a qualquer momento, da perda, furto, roubo ou da apropriação abusiva de um instrumento de pagamento, conforme requerido pela alínea c) do n.º 1 do artigo 111.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.*

Quando se fala em imputação trata-se normalmente, e em termos de responsabilidade civil, como atrás se viu, de imputação subjectiva, sendo que esta pode revestir as modalidades de dolo, mera culpa ou negligência.

Na negligência podem abarcar-se as situações em que há a omissão de um dever

de cuidado que uma atenta avaliação do caso poderia e deveria ter prevenido e as situações de imprudência ou imperícia, sendo que a primeira ocorrerá quando o agente age por precipitação, por falta de previdência, de atenção no cumprimento de determinado acto, e a imperícia quando o agente acredita estar apto e possuir conhecimentos suficientes pratica acto para o qual não está preparado por falta de conhecimento aptidão capacidade e competência.

Na mera culpa ou negligência é comum distinguirem-se os casos em que o agente prevê a produção do resultado lesivo como possível, mas, por leviandade, precipitação, desleixo ou incúria, crê na sua não verificação (representa um puro vício de vontade), daqueles em que, por inconsideração, descuido, imperícia ou ineptidão, o agente não concebe a possibilidade do resultado lesivo se verificar, podendo e devendo prevê-lo e evitar a sua verificação (representa um vício de representação e de vontade).

No primeiro caso fala-se de negligência consciente, no segundo de negligência inconsciente. A par das apontadas modalidades de negligência, é tradicional a distinção entre negligência grave, leve e levíssima, em função da intensidade ou grau da ilicitude (a violação do cuidado objectivamente devido) e da culpa (a violação do cuidado que o agente é capaz de prestar segundo os seus conhecimentos e capacidades pessoa Partindo destas premissas parece-nos que a norma do nº1 do artigo em causa prevê a negligência ou culpa leve ou levíssima, a do nº 2 prevê o dolo, a intencionalidade e a do nº 3 prevê a negligência consciente ou culpa grave.

A esta conclusão se também chegou no Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17/6/2014, proc. nº 131/11.2TJLSB.L1-1 in www.dgsi.pt.

Vendo a factualidade descrita podemos afastar, sem qualquer hesitação, o dolo ou intencionalidade no comportamento da reclamante e mesmo uma negligência consciente ou culpa grave.

Resta apurar se actuou com negligência ou culpa leve.

Terá havido descuido, precipitação na consideração da situação ou falta da competência exigível para com ela lidar?

A reclamante acedeu à sua conta, através de homebanking, após ter recebido uma mensagem de texto no seu telemóvel a solicitar a atualização da sua aplicação de

Clicou no link de acesso a tal autorização e foi redirecionada para uma página web, semelhante à página apresentada pela reclamada, tendo-lhe sido solicitado o código de utilizador e a chave multicanal, conforme habitualmente, para aceder a tal plataforma.

A reclamante efetuou duas tentativas de acesso, mas sem sucesso e nesse mesmo dia recebeu três mensagens, como resulta dos factos dados como provados.

Esta factualidade tem de conjugar-se com a seguinte:

Para utilização do serviço homebanking a reclamada forneceu à reclamante um elemento de identificação secreto e um código também secreto.

Adicionalmente sempre que a reclamante pretendesse realizar um pagamento ou transferência remotamente, esta só se realizava após a introdução de um apelidado

Ora, tendo em conta que o banco sempre tinha de lhe enviar uma mensagem para o telemóvel com um código de autorização e com um descritivo do movimento a efectuar não pode censurar-se a conduta da reclamante ao efectuar o download nas circunstâncias descritas.

Não incumpriu a reclamada os deveres supra enunciados, tendo ficado provado que, logo que teve conhecimento da fraude a reclamante, comunicou-a à reclamada.

Era necessário que a reclamante fosse uma pessoa muito experiente e muito conhecedora do meio de navegação em ambiente eletrónico para que pudesse desconfiar do isco que lhe foi lançado nas circunstâncias mencionadas, sendo certo que a reclamada, instituição de crédito, quando acorda com os clientes, aqui reclamada, o serviço homebanking não lhes exige essas aptidões.

## VII- DECISÃO

**Termos em que, com base nos fundamentos expostos, se julga a ação, totalmente, procedente, condenando-se a reclamada a devolver à reclamante a quantia de €2.100,00 ( dois mil e cem euros).**

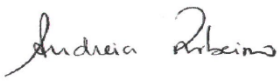
*O valor do processo fixa-se em* **€2.100,00 (dois mil e cem euros)**, *nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 296º e 297º n.º 2 do CPC.*

*Não há lugar à condenação em custas por as mesmas não serem devidas nos termos do artigo 16º do regulamento do Triave.*

*Notifique-se as partes com cópia da decisão, depositando-se original da mesma no Triave nos termos e para os efeitos do já mencionado regulamento.*

*Guimarães, 11 de abril de 2022.*

A Juiz-Árbitro,



(Andreia Ribeiro)