

***Plaidoyer* por uma “distribuição dinâmica do ónus da prova” e pela “teoria das esferas de risco” à luz do recente acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/12/2013: o (admirável) “mundo novo” no *homebanking*?**

***Plaidoyer* for a “dynamic distribution of the burden of proof” and for the “spheres of risk theory” on the light of the recent Supreme Court’s decision, of 18/12/2013: the (admirable) “new world” on the homebanking?**

**Hugo Luz dos Santos**

Magistrado do Ministério Público

Abril de 2014

**RESUMO:** O presente artigo doutrinal visa, na esteira do recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/12/2013, reflectir sobre a mobilização da teoria da *distribuição dinâmica do ónus da prova* para os quadros do Homebanking, polarizada, justamente, do ponto de vista da diminuição do *onus probatório* a cargo do consumidor e correspondente aumento do *onus da prova* da entidade bancária (predisponente do serviço de homebanking).

Noutro âmbito, procura-se reflectir, igualmente, acerca da convocação da teoria das *esferas de risco*, enquanto critério complementar do ónus da prova e enquanto corolário da dicotomia obrigação de meios/obrigação de resultado, tendo em vista, a delimitação do que são *factos pessoais* pertencentes à *esfera de risco* da entidade bancária; impendendo, pois, sobre estas, um *especial dever de monitorização* no que toca à evitação de lesões no património dos consumidores.

Este *aumento* do ónus da prova a cargo da entidade bancária, justifica-se atenta a *assimetria informativa* que separa um consumidor (*one shot player*) de uma entidade bancária (*repeat player*).

**PALAVRAS-CHAVE:** distribuição dinâmica do ónus da prova; esferas de risco; consumidor; homebanking; assimetria informativa; racionalidade limitada.

**ABSTRACT:** The present article intend to, on the light of the recent Supreme Court´s decision of 18/12/2013, emphasize the mobilization of the *dynamic distribution of burden of proof theory* within the homebanking´s range; specifically viewing, ultimately, the weakening of the burden of proof that is enshrined on the consumer ambit and the coetaneous rising of the *burden of proof* of bank entities (homebanking´s service provider).

In another scope, we look forward, likewise, to analyze the need to summon the *sphere´s of risk* theory, regarded as a complementary criteria of *burden of proof* and as a corollary of the well known dicotomy *obligation of means/obligations of result*, aiming to draw a line to what is meant to be a *personal fact*, which is enshrined on the *sphere of risk* of the bank entity, whom, by their turn, are obliged to a *special duty of care* in order to avoid any harm on the consumers patrimony.

This increase of burden of proof, which is due to be enshrined on the bank entity´s range, is arguably justified by the *information gap* that separates the consumer (*one shot player*) and the bank entity (*repeat player*).

**KEY WORDS:** dynamic distribution of burden of proof; spheres of risk; consumer; homebanking; information gap; bounded rationality.

## SUMÁRIO<sup>1</sup>:

1. Introdução.
2. Breve resenha dos factos dados como provados pelas instâncias.
3. Breve súmula do *sentido decisório* contido no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça.
4. Breve referência às modalidades de utilização fraudulenta do *homebanking*: o *pharming* e o *phishing*.
5. O *acto nuclear* da relação bancária que entretece o *banqueiro* e o *cliente*: o contrato de abertura de conta e o contrato de *homebanking* como *contratos-quadro*.
6. A Directriz 2000/31/CE relativa ao *Comércio Electrónico* e o feixe de *deveres de protecção* emergentes do *contrato de abertura de conta*: a teoria da "*bounded rationality*" e da "*contributory infringement*", cunhadas dogmaticamente pela mais recente doutrina norte-americana, e a tutela do *direito de auto-determinação informacional* (*informationelle Selbstbestimmung*).
7. A *distribuição dinâmica do ónus da prova* consubstanciado no *aligeiramento* do ónus probatório a cargo do consumidor (*one shot player*) e no *endurecimento* do ónus probatório que impende sobre a entidade bancária (*repeat player*) - a "*teoria das esferas de risco*".

## Bibliografia

---

<sup>1</sup> Muito agradecemos ao Senhor Professor Doutor Joaquim Freitas da Rocha, brilhante académico da Faculdade de Direito da Universidade do Minho, pelo estímulo, continuamente manifestado, e sempre tão bondosamente nutrido, no que toca à publicação deste e de outros estudos deste *proto-jurista*. O que devo ao académico, exemplo de pundonor científico, e à pessoa, repositório fiel das qualidades *dianoéticas* propugnadas por Aristóteles, transcende, em muito, a mera menção de um agradecimento público e nunca, pelo menos com a justiça devida, poderia ser aqui narrado. Muito agradecemos à Senhora Professora Doutora Maria Raquel Guimarães, eminente académica da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, pelo estímulo, generosamente concedido, no que toca à publicação deste estudo; bem como, as pertinentes observações críticas realizadas a uma versão anterior deste estudo. Os erros, omissões e imprecisões – e são muitos!- são imputáveis, em exclusivo, ao autor deste estudo.

Para a minha mãe, Fátima, que (sabiamente) me ensinou que “*apesar dos ventos e das marés, tantas vezes desfavoráveis, é no fragor das agruras da vida que se molda o carácter do guerreiro*” e que, por isso, “*impossible is nothing*”.

## 1. Introdução

O recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Dezembro de 2013, relatado pela Exma. Senhora Conselheira Ana Paula Boularot constitui, em geral, uma “*lufada de ar fresco*” em matéria de Direito Bancário, mais propriamente, no âmbito do *homebanking*, ao estatuir, ainda que sem o referir expressamente, uma *nítida diminuição* do ónus da prova a cargo do consumidor e, inerentemente, um *correspectivo*, e *simétrico*, aumento do ónus probatório que impende sobre a entidade bancária e *predisponente* do serviço de *homebanking*.

Na verdade, esse aresto jurisprudencial constitui mesmo um *tournant* em sede de ónus probatório, no que tange, concretamente, ao mundo (novo) do *homebanking*, ao *abrir a porta* (ainda que, em momento algum, tenha sido asseverado pelo aresto) à doutrina da *distribuição dinâmica do ónus da prova*, que constitui um *claro desvio* à *teoria das normas entronizada* pela doutrina alemã (ROSENBERG), e cuja densificação se mostra vertida no *direito probatório material* português, mais concretamente no artigo 342.º e seguintes do Código Civil.

Conexamente, o Supremo Tribunal de Justiça, no douto aresto acima referido, *acaba por franquear*, ainda que sem referência expressa, a (saudável) entrada, no domínio do direito civil moderno, da (vetusta, mas revitalizada...) “*teoria das esferas de risco*”.

Este Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça é, pois, indisfarçavelmente de aplaudir.

## 2. Breve resenha dos factos dados como provados pelas instâncias

No que se refere aos factos provados, em apertada síntese<sup>2</sup>, as instâncias deram como assentes os seguintes factos:

---

<sup>2</sup> Respiremos, somente, os factos que têm que ver com o núcleo temático que nos interpela (o *homebanking*), sendo, por isso, omitidas as referências à rescisão da convenção de cheque realizada pelo consumidor/particular na sequência da utilização fraudulenta dos seus dados bancários; a referência completa a toda a matéria assente, bem como o acórdão, na sua íntegra, poderá ser facilmente confrontável em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

- A autora dedica-se à actividade de importação, exportação e representação de produtos nacionais e internacionais, em especial produtos de limpeza industrial e mobiliário [A] dos factos assentes];

- A ré dedica-se à actividade bancária [B] dos factos assentes];

- Em 20-7-2004, as partes outorgaram um contrato de depósito bancário, com abertura de conta de depósitos à ordem (n.º ...), no Balcão de F, em Y [C] dos factos assentes];

- Desde então e até 30-5-2008, a autora movimentou valores, a crédito e a débito, na sua conta de depósito [D] dos factos assentes];

- Em 20 de Julho de 2004, na agência da ré de F/Y, a autora, representada pelas sócias gerentes A e M, outorgou um contrato denominado BX Directo/BX Net - Contrato de Adesão, que as mesmas sócias assinaram no acto, conforme documento sob o n.º 1 junto com a petição inicial, cujo teor se tem por reproduzido [E] dos factos assentes];

- Na mesma ocasião, a ré forneceu à autora as chaves de acesso que permitiam a utilização do Serviço BX Directo/BX Net pelas duas sócias gerentes, a referida A e M [F] dos factos assentes];

- A ré informou que o código secreto que indicou, com cinco caracteres numéricos, só era válido para o primeiro acesso, devendo ser alterado para um código secreto pessoal da autora, também com 5 caracteres numéricos, o que esta fez [G] dos factos assentes];

- A autora utilizou o serviço no escritório com regularidade, desde 2004 e até 30-5-2008 [H] dos factos assentes];

- No dia 2-6-2008, ao fim da tarde, numa caixa ATM verificou que tinha sido retirado da aludida conta a importância de 13.000,00€ [J] dos factos assentes];

- Por força dessa transferência a conta ficou com um saldo no valor de 582,97€ [K] dos factos assentes];

(Omissis)

- No âmbito da actividade desenvolvida pela autora era frequente a mesma ter relações comerciais com empresas estrangeiras, mercado europeu e africano, principalmente com Angola (resposta ao facto 1º da base instrutória);

- A autora mantinha relações comerciais regulares com um cliente, "A O, Lda" sediado em Luanda, movimentando os valores através da ré (resposta ao facto 2º da base instrutória);

- Por tal motivo e em virtude das condições de segurança anunciadas pela ré, a autora aderiu ao serviço referido em 5º (resposta ao facto 3º da base instrutória);

- Relativamente às informações de segurança sobre o BX NET, a ré divulga o seguinte:

"Segurança O BX garante confidencialidade e segurança nas operações realizadas através dos seus canais de acesso directo, com o uso de Chaves de Acesso e Cartão Pessoal de Coordenadas, únicas no sistema, bem como pela utilização das mais sofisticadas tecnologias

de encriptação de dados. Comunicação através da Internet - Para garantir um elevado nível de segurança na comunicação através da Internet, o BX desenvolveu uma infra-estrutura que utiliza tecnologia avançada - encriptação com chaves a 128 bits- a qual, fora dos Estados Unidos, só está disponível para Instituições Financeiras. Browsers aprovados - Os acessos estão limitados aos browsers que apresentem as normas mínimas de segurança e que suportem encriptação de dados a 12 bits. Em particular, só são permitidos Browsers que não gravem no disco rígido do computador a informação bancária, excepto com a sua aprovação explícita. Assim, o acesso a estes serviços deverá ser efectuado através dos Browsers Microsoft Internet Explorer (versão 6.0 ou superior), Netscape Navigator (versões 4.79, 6.2 e 7.0) e Mozilla Firefox (versão 2.0). FireWall - Para segurança da infra-estrutura do sistema do Banco, existe um Firewall que tem como função restringir o acesso a Clientes que utilizem o protocolo definido - protocolo HTTPS - ou, noutras palavras, que utilizem a linguagem aceite pelo sistema.

Monitorização permanente - **O Banco dispõe de quadros especializados que têm como responsabilidade a monitorização permanente da utilização do BX Net, BX Directo, BX Net Mobile e BX Net SMS, para certificação da segurança do sistema** (resposta ao facto 4º da base instrutória); (Sublinhado e negrito nosso).

- No acto da assinatura do contrato, as duas gerentes da autora declararam tomar conhecimento integral de todas as disposições do mesmo (resposta ao facto 5º da base instrutória);

- As outorgantes procederam à leitura do contrato previamente à sua assinatura e foi entregue à autora uma cópia assinada por ambas as partes (resposta aos factos 6º e 7º da base instrutória);

- A autora, na pessoa das suas duas gerentes, compreendeu e inteirou-se do teor integral das cláusulas do contrato, sem que, até à data dos factos em causa, tenha suscitado qualquer tipo de dúvida, reserva ou incompreensão quanto ao mesmo contrato (resposta aos factos 8º e 9º da base instrutória);

- O acesso à internet e serviço bancário, bem como à conta respectiva da autora, era feito através do serviço Telecom e da linha 253674418 (resposta ao facto 9º- A da base instrutória);

- A autora usou o sistema de pagamento para território nacional e estrangeiro, sempre em conformidade com a recomendação da ré e sem qualquer incidente (resposta aos factos 10º, 11º e 12º da base instrutória);

- Em 30-05-2008, durante a tarde, a autora, na pessoa da sócia gerente A, voltou a usar o referido serviço, seguindo as indicações da ré para o acesso, desta feita para consulta de movimentos e saldo (resposta aos factos 13º e 14º da base instrutória);

- Pretendia saber se havia sido apresentado a pagamento o cheque emitido pela autora, no valor de 12.602,00€ (resposta ao facto 15º da base instrutória);

- No dia 30-05-2008, quando a representante da autora executava as tarefas indicadas para acesso ao BX NET, foi-lhe exigido que fornecesse coordenadas (resposta aos factos 16º, 17º e 18º da base instrutória);

- Introduziu as coordenadas pedidas, colocou o número correspondente e, após aceder ao serviço, A efectuou consulta de movimentos bancários (resposta aos factos 19º, 20º e 21º da base instrutória);

- **No dia 3-6-2008, pelas 9.14 horas, A efectuou contacto telefónico para o BX geral, a quem comunicou que havia constatado um débito na conta da autora de 13.000,00€, pretendendo saber a que se devia (resposta aos factos 22º, 23º e 24º da base instrutória)**; (Sublinhado e negrito nosso).

- Pelos serviços da ré foi dito que iam fazer a transferência da chamada para o Balcão de F, o que fizeram acto contínuo (resposta aos factos 25º e 26º da base instrutória);

- A autora solicitou a informação pretendida e, pelas 10,13 horas, voltou a contactar o BX, para insistir pela informação (resposta ao facto 27º, 28º e 29º da base instrutória);

- Por indicação telefónica do balcão de F, às 12,07 horas foi efectuada chamada para o BX Directo iniciada pelo filho de A e que esta prosseguiu, reportando-se ao movimento bancário aludido na resposta ao quesito 24 e solicitando ajuda (resposta aos factos 33º e 34º da base instrutória);

- Como não recebera mais nenhum contacto do Banco, dirigiu-se à agência de Ferreiros, por volta das 13 horas, sabendo-se nessa altura que a conta destino dessa transferência na conta n.º... correspondia ao NIB 0000000 (resposta aos factos 35º e 37º da base instrutória);

- A A dirigiu-se de seguida a uma agência da ... e, explicando a situação, pediu para reterem o dinheiro, tendo sido então informada pelo funcionário da ... que deveria ser o BX a tratar do assunto (resposta aos factos 38º e 39º da base instrutória);

- Por volta das 14 horas dirigiu-se novamente à agência de F da Ré, procurando saber porque motivos não diligenciavam junto da ... para evitar a transferência efectiva do capital (resposta aos factos 40º e 41º da base instrutória);

- Foi-lhe sempre comunicado que se estava a tratar do assunto e foi-lhe solicitada confirmação de não ter sido a sócia a fazer a operação, o que confirmou (resposta aos factos 42º, 43º e 44º da base instrutória);

- Pelas 17 horas A recebeu contacto telefónico do BX NET, feito pelo Sr. J S, dando informação sobre a existência de página Web falsa, imitando a página de abertura do BX NET (resposta ao facto 45º da base instrutória);

- A foi questionada sobre se alguma vez fornecera coordenadas no acesso ao BX NET e a mesma insistiu que apenas ela e a sua sócia acedem e possuem as coordenadas para aceder à conta, reiterando que não efectuaram qualquer transferência (resposta aos factos 46º, 47º e 48º da base instrutória);

- Na mesma altura indagou A se ainda era possível bloquear a transferência efectiva do dinheiro, tendo-lhe sido dado a entender que esse dinheiro havia acabado de ser levantado (resposta aos factos 49º e 50º da base instrutória);
- A operação referente à transferência não foi efectuada ou autorizada pela autora (resposta ao facto 52º da base instrutória);
- A ré cancelou, então, tal serviço e coordenadas de acesso (resposta ao facto 53º da base instrutória);
- **O pedido de coordenadas no acesso ao BX NET é uma situação anormal e irregular (resposta aos factos 56º e 57º da base instrutória)**; (Sublinhado e negrito nosso).
- Na área de Segurança do site da ré, consta o link <http://www.bancoX.pt/pagina.asp?s=l&a=40&opt=a> (resposta ao facto 60º da base instrutória);
- Com frequência a ré presta aos seus clientes e público em geral, esclarecimentos, boas práticas e instruções, relativas ao acesso e utilização das plataformas homebanking que o mesmo Banco ofereceu e oferece (resposta ao facto 61º da base instrutória);
- Nos sites BX NET e BANCO X, a ré publicou notícias sobre ataques mediante o envio de um e-mail com o objectivo de obter códigos de acesso e dados financeiros (resposta ao facto 62º da base instrutória);
- Cessaram todos os pagamentos e débitos directos que até então eram realizados através da conta bancária (resposta ao facto 64º da base instrutória);
- O “Banco S S.A.” onde fora depositado o cheque n.º.....debitou ao cliente da ré o valor de 277,04€, por despesas e comissão cobrada, respectivamente, de 25,00€ e 252,04€ (resposta ao facto 65º da base instrutória);
- A autora deixou de ter meios para solver o seu compromisso e de pagar o dito cheque (resposta ao facto 66º da base instrutória);
- Encontrando-se devedora à dita empresa do seu valor e das despesas bancárias que suportou de 277,04€ (resposta ao facto 67º da base instrutória);
- Por força do sucedido, o cliente “A” deixou de recorrer aos serviços da autora (resposta ao facto 68º da base instrutória);
- A autora deixou de ter acesso ao crédito e de poder competir com as concorrentes, em virtude do nome se encontrar registado no Banco de Portugal (resposta ao facto 69º da base instrutória);
- O não pagamento do referido cheque pôs em causa o nome da autora e a comunicação ao Banco de Portugal agravou tal situação (resposta aos factos 74º e 75º da base instrutória);
- A ré recusou à autora e sócia gerente A cheques avulsos e cartões de débito (resposta ao facto 76º da base instrutória);



- A autora viu-se obrigada a comunicar aos clientes que estava inibida do uso de cheques (resposta ao facto 77º da base instrutória).

### 3. Breve súmula do *sentido decisório* contido no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

Como refere o Supremo Tribunal de Justiça, "*Põe-se como problema a resolver no âmbito do presente recurso o de saber se sobre o Réu/Recorrente impende a responsabilidade pela transferência fraudulenta dos fundos da conta da Autora*".

A este respeito o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de Dezembro de 2013 afirmou, de novo em apertada síntese, o seguinte:

Insurgiu-se o Recorrente contra o Aresto sob censura uma vez que na sua tese inexistiu da qualquer quebra de segurança, na criação, manutenção e execução de operações no seu site bxnet, tendo verificado antes uma quebra de segurança por parte da Recorrida no acesso ao referido site, o que, de forma causal, determinou que um terceiro se tenha apropriado das credenciais da mesma recorrida para a realização de operações, via *homebanking*, não podendo o Recorrente ser responsabilizado, por qualquer intromissão fraudulenta no computador do cliente, o que *in casu* aconteceu.

*Prima facie*, refere o Supremo Tribunal de Justiça, que cumpria consignar que da factualidade apurada pelas instâncias não resulta que tenha havido por banda da Autora qualquer comportamento indiciador de quebra de segurança no acesso ao site BX.Net, que tivesse proporcionado a um terceiro as coordenadas para a realização das operações bancárias via *homebanking*.

Continuou o Supremo Tribunal de Justiça frisando que resultava das cláusulas contratuais gerais havidas entre a Autora e a R no que a este serviço concerne, que supra ficaram enunciadas, aquela obrigou-se a guardar sob segredo, e a assegurar que os Utilizadores guardam sob segredo, as Chaves de Acesso e o Cartão de Coordenadas e, bem assim, a assegurar que a sua utilização é feita exclusivamente pelos Utilizadores e a prevenir o seu uso abusivo por parte de terceiros, não tendo o Réu provado que a Autora tivesse tido qualquer comportamento que pudesse por em causa a segurança do sistema, nomeadamente que tivesse quebrado o seu dever de segredo sobre as chaves de acesso e *que por algum modo, voluntário, grosseiro, negligente ou outro as tivesse cedido a terceiro, de forma a poder ser responsabilizada pela ocorrência fraudulenta*.

O que aconteceu, reforçou o Supremo Tribunal de Justiça, foi que a Autora, através da sua representante «*entrou*» no que pensou ser a página do Réu para efectuar as suas operações, foram-lhe pedidas coordenadas, ao que aquela acedeu, sem se dar conta que estava afinal numa página «*clonada*».

**Os riscos da falha do sistema informático utilizado, bem como dos ataques cibernautas ao mesmo, têm de correr por conta do Réu, por a tal conduzir o disposto no artigo 796.º, n.º1 do CCivil, não se tendo provado, como não se provou, que tivesse havido culpa da Autora.** (Sublinhado e negrito nosso).

Referiu ainda o Supremo Tribunal de Justiça que a esse resultado se chega com a aplicação do DL 317/2009, de 30 de Outubro, que transpõe para a nossa ordem jurídica o novo enquadramento comunitário em matéria de serviços de pagamentos, *maxime* a Directiva 2007/64/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Novembro, o qual, não obstante seja posterior aos factos em causa na acção, a eles é aplicável, *ex vi* do seu artigo 101.º, n.º1 no qual se predispõe que «*O regime constante do presente diploma 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 pagamentos.*»

Deflui desde logo do artigo do artigo 68.º, n.º1, alínea a) do Anexo I de tal Regime o seguinte: «*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.*»

Daqui decorre, continuou o Supremo Tribunal de Justiça, que *os riscos pela utilização normal do sistema correm por conta do prestador de serviços*, isto é sobre o Banco, o que não deixa de ser uma obrigação perfeitamente normal já que é o Banco que vai retirar os maiores benefícios económicos do seu bom funcionamento.

É óbvio, na óptica do Supremo Tribunal de Justiça, que sobre o cliente, enquanto utilizador daqueles meios que são postos à sua disposição recai a especial obrigação de os utilizar de acordo com as condições que regem a sua emissão e utilização, além do mais, cfr artigo 67.º, n.º1, alínea a), do mencionado diploma.

Afiançou ainda o Supremo Tribunal de Justiça que se *provou* que a Autora *não violou* nenhuma das suas obrigações contratuais e que foi estranha à transferência de € 13.000 ocorrida, *não tendo sido aquela a dar a ordem de pagamento da aludida importância*, o que afasta a construção feita pelo Recorrente em sede de argumentário conclusivo que houve a utilização negligente das prerrogativas operacionais cometidas pelo contrato de *homebanking* sendo a Recorrida responsável contratual e legalmente pelos prejuízos por si sofridos, emergentes da autorização da transferência em apreço, posto que esta não deu qualquer ordem de transferência da mencionada quantia, não havendo que curar aqui da eventual nulidade da cláusula 6.2, que não foi sequer declarada, tratando-se de um falso problema.

Nestas circunstâncias, aduz o Supremo Tribunal de Justiça, e ainda segundo as regras que decorrem do Decreto-Lei n.º 317/2009, de 30 de Outubro, *porque a transferência não autorizada foi logo comunicada ao Réu, incumbia a este o ónus de alegar e provar que a*

*operação de pagamento fora autorizada pela Autora, ou que esta agira de forma fraudulenta ou que não cumprira, deliberada ou por forma gravemente negligente as suas obrigações contratuais*, cfr artigo 70º, nº3 e 72º, nº1 (continuamos no âmbito das presunções, as quais decorriam já do disposto no artigo 796º, nº1 do Código Civil, que o Recorrente não logrou afastar).

Assim, na óptica do Supremo Tribunal de Justiça, *a responsabilidade pelo reembolso das quantias objecto de transferências não autorizadas, posto que se não venha a apurar que o ordenante tenha tido qualquer culpa na sua efectivação, impende sobre o prestador de serviços*, por força do artigo 72º, nº1 do supra aludido Decreto-Lei n.º 317/2009, de 30 de Outubro (responsabilidade essa que, repetiu o Supremo Tribunal de Justiça, provinha já da responsabilidade contratual geral, por via do disposto no artigo 796º, nº1 do Código Civil).

As conclusões soçobram, remata o Supremo Tribunal de Justiça, quanto a este *conspectu* da responsabilidade pelos danos decorrentes da transferência indevida da quantia de € 13.000, a qual impende sobre o Banco Réu.

#### **4. Breve referência às modalidades de utilização fraudulenta do homebanking: o pharming e o phishing**

Preliminarmente, cumpre deixar alinhavadas umas breves notas relativamente à tipologia de *"utilização fraudulenta do serviço de homebanking"*, no caso concreto o *pharming*, em contraposição com o *phishing*.

Como afirma MARIA RAQUEL GUIMARÃES, a realização de operações fraudulentas através de um sistema de banca ao domicílio pressupõe que o autor da fraude consiga aceder, *on-line*, a uma conta de determinado cliente de um banco, levando a cabo *transferências de fundos*, aí inscritas a débito, para contas pertencentes a terceiros<sup>3</sup>. Este acesso não autorizado poderá ser logrado através de programas informáticos – *"quebrando"* os mecanismos de segurança do sistema – ou, mais comumente, utilizando as chaves de acesso de um cliente. Estas chaves ou códigos de acesso, por sua vez, podem ser obtidos, no próprio banco, durante a sua expedição ao cliente ou, como no caso concreto, ser fornecidos pelo próprio cliente, *rectius* o utilizador do sistema<sup>4</sup>.

Estas *sub-hipóteses*, afastadas que estão as possibilidades de um *cartão-matriz*, contendo as *diferentes e múltiplas* combinações numéricas necessárias à realização de operações ser extraviado (por furto, roubo ou perda) ou de o seu titular comunicar verbalmente essas

<sup>3</sup> Neste sentido, GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, "A repartição dos prejuízos decorrentes de operações fraudulentas de banca electrónica (*home banking*)", in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 41, Janeiro/Março de 2013, cejur, Braga, Coimbra Editora, (2013), p. 62, que seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.

<sup>4</sup> Neste sentido, GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, "A repartição dos prejuízos decorrentes de operações fraudulentas de banca electrónica (*home banking*)", *cit.*, p. 63.

combinações numéricas a outrem, subsumem-se às situações conhecidas como de *phishing* e de *pharming*.

A técnica de *phishing* consiste no envio de mensagens de correio electrónico tentando obter palavras-passe de serviços de banca electrónica, *PINs* de cartões bancários ou outras informações dos destinatários que permitam o acesso às contas bancárias<sup>5</sup>. Estas mensagens surgem com uma aparência fidedigna, "*camufladas*", bastas vezes, como mensagens da própria entidade bancária que o destinatário é cliente<sup>6</sup>.

O *pharming*, por seu turno, é uma técnica mais sofisticada e, por isso, mais perigosa, na medida em que é "*corrompido*" o próprio nome de domínio (*domain name*) de uma entidade financeira, redireccionando o utilizador para um *site* falso – que constitui um *decalque* do verdadeiro – sempre que este *digita* no teclado a morada correcta da sua entidade bancária. Uma vez na página falsa, o utilizador indica as suas chaves secretas de acesso que depois são utilizados na página verdadeira para transferências fraudulentas<sup>7</sup>.

No caso concreto, não se provou que o *hacker* estivesse *introduzido* no sistema informático do consumidor/cliente e, igualmente, não se provou que os autores respondessem a um *e-mail* malicioso; ao que tudo indica o autor limitou-se a fornecer, no quadro informático de uma página *camuflada* da sua entidade bancária, as combinações numéricas referentes ao código de acesso à sua conta bancária *on-line* sediada, justamente, na *site* informático da sua entidade bancária, e que lhe permitiria *ulteriormente* realizar a pretendida operação bancária (verificação de entrada a pagamento de um cheque na sua bancária): é, pois, uma situação de *pharming* como, aliás muito doutamente, referiu o Supremo Tribunal de Justiça.

## 5. O acto nuclear da relação bancária que entretece o banqueiro e o cliente: o contrato de abertura de conta e o contrato de homebanking como contratos-quadro

Denomina-se por contrato de conta bancária, vulgarmente designado como "*contrato de abertura de conta*" o "*contrato celebrado entre um banco e um cliente através do qual usualmente se constitui, disciplina e baliza a respectiva relação jurídica bancária*"<sup>8 9 10 11</sup>.

<sup>5</sup> Neste sentido, monograficamente, GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, "A fraude no comércio electrónico: o problema da repartição do risco por pagamentos fraudulentos", in *Infracções Económicas e Financeiras: Estudos de Criminologia e Direito*, J. Cruz C. Cardoso/A.L. Leite R. Faria (coordenação), Coimbra Editora, Coimbra, (2014), *passim*.

<sup>6</sup> Neste sentido, GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, "A repartição dos prejuízos decorrentes de operações fraudulentas de banca electrónica (*home banking*)", *cit.*, p. 63.

<sup>7</sup> Neste sentido, GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, "A repartição dos prejuízos decorrentes de operações fraudulentas de banca electrónica (*home banking*)", *cit.*, p. 63.

<sup>8</sup> Neste sentido, ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 483, que seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.

<sup>9</sup> Em geral sobre esta figura, CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Bancário*, 4a edição, Almedina, Coimbra, (2006), pp. 411 e ss.

<sup>10</sup> Considerando que os contratos bancários configuram contratos comerciais, SOARES, ANTÓNIO QUIRINO, "Contratos Bancários", in *Scientia Iuridica (SI)*, Braga, cejur, Volume LII (2003), p. 109.

O *contrato de conta bancária* representa o primeiro e o mais relevante dos contratos bancários. Ele constitui o *contrato bancário primogénito*<sup>12</sup>. O que bem se compreende: é ele que *inaugura*, através da celebração de um *contrato de abertura de conta*, a *relação obrigacional complexa* a que se denomina, neste quadrante temático, a *relação jurídica bancária*.

Esta *relação jurídica bancária*, de feição proteiforme, caracteriza-se pela sua *vocação de perpetuidade* (destina-se a prolongar-se no tempo) e, no seu seio, imbricam-se uma multiplicidade de negócios jurídicos que ligam, originariamente, a entidade bancária e o seu cliente.

Esta *relação jurídica bancária*, assente em inelimináveis laços de juridicidade, constitui o *tronco comum* de uma multitude de negócios jurídicos de natureza jurídico – bancária que emergirão *a partir* do *contrato de abertura de conta* e que, por isso, constituirão o fio condutor que ligará umbilicalmente o banco e o cliente.

Deste modo, a feição originária e fundante do *contrato de abertura de conta* projectar-se-á, previsivelmente, durante *todo* o programa negocial, numa espécie de *base contratual* em sede da qual a entidade bancária e o cliente (não raro um consumidor) *depositarão* as suas respectivas declarações negociais, moldando-as, a cada momento da relação jurídica bancária, às necessidades contratuais emergentes.

Assim, denota-se uma relação inextricável entre o *contrato de abertura de conta*, o *tempo* e o *florescimento* da relação jurídica bancária, fundada em (desejáveis) *laços de cooperação estratégica* emergentes, natural e necessariamente, entre o banco e o cliente; uma vez que aquele (o contrato de abertura de conta), pela sua natureza preliminar e preparatória, destina-se a *disciplinar* o *feixe* de negócios jurídicos a celebrar futuramente entre ambos.

Deste modo, afigura-se-nos particularmente impressiva (e feliz) a designação cunhada àquele (ao contrato de abertura de conta), pela mais autorizada doutrina alemã, de *“eixo fundamental do comércio bancário”*<sup>13</sup>.

Porquanto, é em torno do *contrato de abertura de conta* que gravitarão usualmente os contratos de depósito, conta corrente bancária, descoberto em conta, cheque (como no caso concreto), emissão de cartões bancários, mútuo bancário, crédito ao consumo, e de todos os contratos bancários individuais que venham porventura a existir subsequentemente<sup>14 15</sup>; sendo essa, primacialmente, a razão pela qual a mais autorizada doutrina inglesa<sup>16</sup> o

<sup>11</sup> Na doutrina alemã, com muito interesse, MULBERT PETER, “Der Kontovertrag als bankgeschäftlicher Vertragstyp”, in *Festschrift für Siegfried Kümpel*, E. Schimdt (hrsg.), Berlin, (2003), pp. 395-416.

<sup>12</sup> Neste sentido, ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., p. 484.

<sup>13</sup> Neste sentido, na doutrina alemã, CLAUSSEN, HANS PETER, “Das Bankkonto ist das Kernstück des Bankverkehrs”, in *Bank-und Börsenrecht – Handbuch für Lehre und Praxis*, Beck, München, (1996), p. 59.

<sup>14</sup> Neste sentido, ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., p. 484.

<sup>15</sup> Neste sentido, na doutrina francesa, GAVALDA/STOUFFLET, *Droit bancaire*, 2ª edition, (2007), pp. 99 e ss.

<sup>16</sup> Neste sentido, na doutrina inglesa, PAGET, JOHN/ HAPGOOD, MARK, *Paget’s Law Banking*, 13 th edition, Butterworths, London/Edinburg, (2007), p. 145.

denomina “*general contract*”, e, bem assim, a mais autorizada doutrina portuguesa<sup>17 18</sup> o baptiza de o “*acto nuclear*” ou mesmo de “*acto fundador*”<sup>19</sup> da relação jurídica bancária.

A esta luz se compreende, pois, que o *contrato de abertura de conta* seja qualificado como um *contrato de contratos*<sup>20</sup>, como um *contrato-quadro*<sup>21 22 23</sup> (*convention-cadre*)<sup>24</sup>, como um *contrato normativo*<sup>25</sup>.

Essa classificação, a de *contrato-quadro*, foi perfilhada pelo legislador nacional, desde o texto preambular ao Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de Maio, que transpõe para o direito interno a Directiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro “*relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores*”.

Como refere a Professora MARIA RAQUEL GUIMARÃES, o contrato de *homebanking*, por sua vez, é também um *contrato-quadro* relativamente às sucessivas operações de transferência electrónica de fundos ordenados através de internet<sup>26</sup>. Sempre que o utilizador de um serviço de banca electrónica emite uma ordem de pagamento-*um mandato de pagamento*- a favor de um terceiro, é celebrado um *novo* contrato de execução ou de aplicação do contrato de base anterior, que se rege pelo programa contratual definido, num primeiro momento, no *contrato-quadro*<sup>27</sup>.

Assim, as operações de transferência electrónica de fundos realizadas através de um sistema de *homebanking* correspondem a um *prolongamento natural* do *contrato-quadro*, previamente celebrado entre o banco e o cliente, *propulsor* de uma panóplia de contratos subsequentes, surgindo aquele (o serviço de *homebanking*) como um meio idóneo à materialização do *feixe* de operações bancárias realizadas pelo cliente.

Esta tese interpretativa foi expressamente acolhida pela Directiva 2007/64/CE, de 13 de Novembro, relativa aos serviços de pagamento e foi, igualmente, perfilhada pelo Regime dos Sistemas de Pagamento (RSP), aprovado pelo Decreto – Lei n.º 317/2009, de 30 de Outubro, diploma em sede do qual se define o *contrato-quadro* como um “*contrato de prestação de serviços de pagamentos que rege a execução futura de operações de pagamento individuais e sucessivas e que pode enunciar as obrigações e condições para a*

<sup>17</sup> Neste sentido, na doutrina portuguesa, CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Bancário*, cit., p. 411.

<sup>18</sup> Neste sentido, ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., p. 485.

<sup>19</sup> Neste sentido, VASCONCELOS, MIGUEL PESTANA DE, “Dos contratos de depósito bancário”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VIII, Coimbra Editora, Coimbra, (2011), pp. 165-166.

<sup>20</sup> Neste sentido, GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, *O contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento electrónicos*, WoltersKluwer/Coimbra Editora, Coimbra, (2011), p. 363.

<sup>21</sup> Neste sentido, SÁ, ALMENO DE, “Relação bancária, cláusulas contratuais gerais e o novo Código Civil brasileiro”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFDUC)*, Volume LXXVIII, Coimbra, (2002), pp. 301-302.

<sup>22</sup> Neste sentido, SÁ, ALMENO DE, *Direito bancário*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 17-18.

<sup>23</sup> Neste sentido, monograficamente, a dissertação de doutoramento de FERREIRA, ANTÓNIO PEDRO DE AZEVEDO, *A relação negocial bancária – Conceito e estrutura*, Lisboa, QuidJuris, (2005), pp. 683-685.

<sup>24</sup> Neste sentido, na doutrina francesa, GRUA, FRANÇOIS, *Les Contrats de Base de la Pratique Bancaire*, Litec, Paris, (2000), pp. 49 e ss.

<sup>25</sup> Neste sentido, CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Bancário*, cit., p. 510.

<sup>26</sup> Neste sentido, GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, “A repartição dos prejuízos decorrentes de operações fraudulentas de banca electrónica (*home banking*)”, cit., p. 59.

<sup>27</sup> Neste sentido, GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, “A repartição dos prejuízos decorrentes de operações fraudulentas de banca electrónica (*home banking*)”, cit., p. 59.

abertura de uma conta de pagamento" (art.º 2.º, alínea m), do RSP) e regula as operações de pagamento abrangidas por um contrato-quadro nos arts.º 51.º e segs<sup>28</sup>.

Deste modo, as *transferências bancárias* são tidas como serviços de pagamento (art.º 4.º, alínea c), do RSP), incluídos no seu âmbito de aplicação, e o "*conjunto de procedimentos acordados entre o utilizador e o prestador do serviço de pagamento e a que o utilizador de serviços de pagamento recorra para emitir uma ordem de pagamento*" (art.º 2.º, alínea z), do RSP), onde cabem os códigos numéricos necessários para a realização de operações de banca a domicílio, é designado de *instrumento de pagamento*<sup>29</sup>.

## 6. A Directriz 2000/31/CE relativa ao Comércio Electrónico e o feixe de deveres de protecção emergentes do contrato de abertura de conta: a teoria da "*bounded rationality*" e da "*contributory infringement*", cunhadas dogmaticamente pela mais recente doutrina norte-americana, e a tutela do *direito de auto-determinação informacional (informationelle Selbstbestimmung)*

Assente a natureza jurídica de *contrato-quadro*, cunhada dogmaticamente ao *contrato de abertura de conta*, e ao contrato de *homebanking*, torna-se imperioso concluir que daquele (o *contrato-quadro*) resulta uma *relação obrigacional complexa*<sup>30 31 32</sup>, consubstanciada na existência de um conjunto de *direitos subjectivos* (em sentido amplo) e de *deveres jurídicos* ou de *sujeições* que advêm de um mesmo *facto jurídico*<sup>33</sup>.

Ora se assim é, *emerge* daquele (o *contrato-quadro*) um feixe de *deveres de protecção*, a cargo do prestador do serviço de *homebanking*, que se desdobram e autonomizam dos *deveres acessórios de conduta*, e que têm por finalidade *conservar* a actual situação jurídica dos bens *de ambos os sujeitos da relação obrigacional complexa*, tutelando-os contra *ingerências externas lesivas* na sua pessoa, na sua propriedade ou no seu *património*<sup>34 35 36</sup>

37 38 39.

<sup>28</sup> Neste sentido, GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, "A repartição dos prejuízos decorrentes de operações fraudulentas de banca electrónica (*home banking*)", *cit.*, p. 59.

<sup>29</sup> Neste sentido, GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, "A repartição dos prejuízos decorrentes de operações fraudulentas de banca electrónica (*home banking*)", *cit.*, p. 59.

<sup>30</sup> Sobre a estrutura da *relação obrigacional complexa*, na doutrina alemã, HUBER, PETER, "Der Inhalt des Schuldverhältnisses", in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeller des Zivilrechts*, Berlin, (2008), p. 126.

<sup>31</sup> Sobre a estrutura da relação obrigacional complexa, na doutrina italiana, CASTRONUOVO, CARLOS, "Ritorno al obbligo senza prestazione", in *Europa e diritto privato*, Cedam, Padova, (2009), pp. 681 e ss.

<sup>32</sup> Sobre a estrutura da *relação obrigacional complexa*, na doutrina portuguesa, BAPTISTA MACHADO, JOÃO, "A cláusula do razoável", in *Obra Dispersa*, Volume I, *Scientia Juridica*, Braga, 1991, pp. 459 e ss.

<sup>33</sup> Neste sentido, OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO DE, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, (2011), p. 49.

<sup>34</sup> Neste preciso sentido, OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO DE, *Princípios de Direito dos Contratos*, *cit.*, p. 50.

<sup>35</sup> A mais autorizada doutrina norte-americana refere mesmo que "*expectation damages induce efficient performance or breach*", Neste sentido, ADLER, BARRY, "Efficient Breach Theory Through the Looking Glass", in *New York Law Review*, Volume 83, Number 6, December 2008, (2008), p. 1691.

É nesta questão que reside o *nódulo problemático*, no que se refere ao *dever de monitorização* do sistema informático que *impende* sobre os prestadores do serviço de *homebanking* (as entidades bancárias), *prevenindo-o* das *utilizações fraudulentas* de terceiros relativamente ao utilizador do sistema de *homebanking*.

O que bem se compreende.

Na verdade, o advento da *sociedade da informação* trouxe no seu seio o aumento exponencial das possibilidades de interacção entre as pessoas e, inerentemente, ocasionou, do mesmo passo, o número de *players* (intervenientes) no funcionamento global do serviço de internet.

Todavia, a realidade *difusa e imaterial* do mundo informático implicou não só o aumento do número de intervenientes no *espaço cibernético* como também trouxe consigo, como consequência lógica, a *bandeira* do anonimato daqueles intervenientes.

Esse *manto diáfano* do anonimato implicou, decorrentemente, um *efeito propulsor* no que respeita à prática de delitos através do espaço cibernético<sup>40</sup>, e, natural e necessariamente, uma dificuldade acrescida na determinação dos agentes desses ilícitos-típicos.

Tendo em consideração essa dificuldade, mas, também, a pressão exercida pelos prestadores de serviços em rede, em virtude de estes, não raro, serem demandados judicialmente, os vários ordenamentos jurídicos adoptaram regras relativas à responsabilidade civil dos prestadores de serviço em rede<sup>41</sup>.

No que tange ao espaço comunitário, a regulação matricial da responsabilidade civil dos prestadores de serviços em rede ficou condensada na Directriz n.º 2000/31/CE, de 08 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial o comércio electrónico, no mercado interno<sup>42</sup>.

A doutrina nacional tem sublinhado a natureza *enganadora* desta Directriz, porquanto não regula *todo* o comércio electrónico, nem regula *apenas* o comércio electrónico, uma vez que nela são disciplinados temas gerais como a contratação electrónica e a responsabilidade dos

<sup>36</sup> A doutrina norte-americana refere, neste contexto, que "*expectation damages would yield efficient performance-or-termination decisions*", Neste sentido, R.W.BROOKS, RICHARD, "The Efficient Performance Hypothesis", in *Yale Law Journal*, Volume 116, (2006), pp. 584-586.

<sup>37</sup> Muito recentemente, a este respeito, a doutrina nacional defendeu "*uma teoria unitária dos deveres de protecção, de lealdade e de informação, assentes na tutela da confiança e da materialidade subjacente*"; Neste sentido, CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, "O Princípio da Boa-Fé e o Dever de Renegociação em Contextos de "Situação Económica Difícil", in *II Congresso de Direito da Insolvência*, Coordenação: Catarina Serra, Almedina, Coimbra, (2014), p. 60.

<sup>38</sup> Aproximadamente neste sentido, FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, "Sobre a Interpretação do Contrato", in *O Direito*, Ano 144.º, Volume III, 2012, Almedina, Coimbra, (2013), pp. 506.

<sup>39</sup> Sobre a temática dos *deveres de protecção* em sede das obrigações de *reddere*, MÚRIAS, PEDRO/PEREIRA, MARIA DE LURDES, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 23, Julho/Setembro 2008, cejur, Coimbra Editora, Coimbra, (2008), pp. 3-16.

<sup>40</sup> Neste sentido, na doutrina alemã, HELLE, JÜRGEN, "Persönlichkeitsverletzungen im Internet", in *Juristen Zeitung (JZ)* 57 (2002), pp. 597 e ss.

<sup>41</sup> Neste sentido, o ALVES, HUGO RAMOS, "Das responsabilidades dos prestadores de serviços em rede", in *O Direito*, Ano 145.º, 2013, Volume III, Director: Jorge Miranda, Almedina, Coimbra, (2014), p. 54.

<sup>42</sup> Neste sentido, ALVES, HUGO RAMOS, "Das responsabilidades dos prestadores de serviços em rede", *cit.*, p. 554.



prestadores de serviços<sup>43</sup> <sup>44</sup>. Entende-se a razão de ser das *dúvidas* verbalizadas por essa doutrina.

A Directriz n.º 2000/31/CE, de 08 de Junho de 2000, apesar da sua natureza *enganadora*, regula (ainda que negativamente) as situações de *responsabilidade* dos prestadores de serviços cingindo-as (muito timidamente) às situações em que o prestador de serviços *não tivesse conhecimento da informação* transmitida ou armazenada, *nem tivesse o controlo dela* (art.º 12.º a 15.º da Directriz 2000/31/CE).

Neste ângulo temático, sendo axiomático que sobre o prestador de serviços de *homebanking* impende, como acima se deixou antecipado, um específico *dever de protecção* do património do utilizador do serviço de *homebanking*, a questão que imediatamente se coloca é a de saber em que moldes assenta esse *dever de protecção*, mais concretamente, em que consiste o *dever de monitorização* da prestação de serviço de *homebanking*, e, em última análise, qual a *medida de significado funcional* que *funda* a violação desse *dever de protecção*.

Somos de parecer que não existe um obstáculo geral à mobilização, *mutatis mutandis*, da teoria de inspiração norte-americana da *contributory infringement* nascida, no âmbito dos Direitos de Autor, na sequência da *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA)<sup>45</sup>.

Com efeito, os prestadores de serviços em rede de *homebanking* deverão ser responsabilizados por *contributory infringement*, sempre que, por *inobservância do dever de monitorização* da prestação de serviço de *homebanking*, induzirem, *facilitarem* e, de forma mediata e reflexa, *fornecerem* os meios para a concretização do ilícito, conhecendo ou devendo conhecer a actividade ilegal de terceiros que se destinam, pela utilização fraudulenta do serviço de *homebanking*, a *lesar* o património dos utilizadores desse serviço informático.

Essa *contributory infringement* consubstancia-se, concretamente: *i)* na *ausência* de publicação regular e acessível no sítio informático do prestador de serviços de *homebanking*, dos especiais cuidados a observar relativamente ao acesso *on-line* à conta bancária do utilizador; *ii)* na *falta* de explicitação *clara* e imediatamente *perceptível* pelo cidadão comum desse conjunto de cuidados a observar no acesso *on-line* à conta bancária do utilizador; *iii)* na *inexistência* de quadros humanos especificamente formados para a detecção e prevenção da utilização fraudulenta do serviço de *homebanking*; *iv)* na *existência* de um *nexo de causalidade* entre a *inexistência* de pessoal qualificado para a detecção e prevenção da utilização fraudulenta do serviço de *homebanking* e a *produção* do *evento lesivo* no património do utilizador do serviço de *homebanking*; *v)* na *inexistência* de uma actuação célere aquando da comunicação, pelo utilizador do serviço de *homebanking*, da utilização

<sup>43</sup> Neste sentido, ALVES, HUGO RAMOS, “Das responsabilidades dos prestadores de serviços em rede”, *cit.*, p. 554.

<sup>44</sup> No mesmo sentido, ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, “Bases para uma transposição da Directriz n.º 00/01 de 08 de Junho (Comércio Electrónico)”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* (RFDUL), Volume XLIV, n.º 1 e 2, 2003, Lisboa, (2004), p. 217.

<sup>45</sup> Para uma análise exaustiva da DMCA, na doutrina norte-americana, SCHWARZ, “Thinking outside the Pandora’s box: why the DMCA is unconstitutional under Article I, § 98 of the United States Constitution”, in *Journal of Technology Law and Policy* (JTLPL) 10, (2006), pp. 103-145.

fraudulenta do referido serviço, consubstanciado, nomeadamente, no *bloqueio imediato* dos movimentos a débito na conta bancária do utilizador, impedindo, assim, a *perpetuação* do evento lesivo na esfera jurídica do cliente.

*Naturaliter*, não serão válidas *quaisquer cláusulas contratuais gerais* em sede das quais se *reduza, limite* ou *exclua* a responsabilidade civil do prestador de serviços de *homebanking* pelo *mau* funcionamento do sistema informático ou *deficiente* manuseio do mesmo por parte dos utilizadores do sistema de *homebanking* (art.º 18.º, alínea c) e art.º 21.º, alínea e), do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25/10)<sup>46/47/48</sup>.

Não é difícil captar o sentido profundo, o étimo fundante, por um lado, da *contributory infringement* que impende sobre o prestador de serviços de *homebanking*, e, por outro lado, da sanção de *nulidade* que deverão ser fulminadas *todas* e *quaisquer* cláusulas contratuais gerais que visem *reduzir, limitar* ou *excluir* a responsabilidade civil do prestador de serviços de *homebanking* pelo mau funcionamento do sistema informático ou *deficiente* manuseio do mesmo por parte dos utilizadores do sistema de *homebanking*.

Na verdade, ambas encontram o seu fundamento dogmático na *assimetria informativa* que separa um consumidor (*one shot player*) e uma grande instituição financeira (*repeat player*).

Como escrevemos em outro local<sup>49</sup>, na *arquitectura da escolha (choice architecture)*, o agente económico investe em investigação até que o custo de uma acrescida informação seja igual ao *retorno marginal*. Nesse ponto, o *agente económico* termina a sua investigação<sup>50</sup>.

Deste modelo decorre que um agente económico frequentemente adoptará decisões num estado de *ignorância racional* sobre as alternativas e consequências de que se poderia ter apercebido, caso a investigação tivesse continuado<sup>51 52</sup>.

O fenómeno descrito por *George Stigler* desempenha um papel fundamental em matéria de *cláusulas contratuais gerais*<sup>53</sup>. A opção do consumidor ou não – profissional (*one – shot*

<sup>46</sup> Neste sentido, na doutrina norte-americana, ainda que no âmbito da propriedade intelectual, KAISER, BRIAN, “Contributory infringement by internet service providers: an argument for limitation”, in *Journal of Technology Law and Policy* (JTLPL) 7, (2002), pp. 97-99.

<sup>47</sup> Neste sentido, ALVES, HUGO RAMOS, “Das responsabilidades dos prestadores de serviços em rede”, cit., p. 630.

<sup>48</sup> Neste sentido, GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, “A repartição dos prejuízos decorrentes de operações fraudulentas de banca electrónica (*home banking*)”, cit., p. 61.

<sup>49</sup> Neste sentido, SANTOS, HUGO LUZ DOS, “O contrato de swap de taxas de juro e os instrumentos derivados financeiros e o recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Outubro de 2013: a “*alteração anormal das circunstâncias*” e as categorias doutrinárias norte-americanas da “*Unconscionability*” e da “*Bounded Rationality*”: Um “estranho caso” de aliança luso-americana?”, in *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, ano VI, Número 2, (2014), pp. 411-433.

<sup>50</sup> Na doutrina norte – americana, STIGLER, GEORGE “The economics of information”, in *Journal of Political Economy*, Volume 69, (1961), pp. 213-225.

<sup>51</sup> Neste sentido, NUNES, PEDRO CAETANO, “Comunicação de Cláusulas Contratuais Gerais”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume III, Comissão Organizadora: José Lebre de Freitas; Rui Pinto Duarte; Assunção Cristas; Vítor Pereira das Neves; Marta Tavares de Almeida, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 524-525.

<sup>52</sup> Na doutrina norte – americana, EISENBERG, A. MELVIN, “The limits of cognition and the limits of contract”, in *Stanford Law Review*, Volume 47, 1995, pp. 214-216.

<sup>53</sup> Neste sentido, inclinando-se expressamente no sentido de que os contratos de swap são objecto de “*cláusulas contratuais gerais*”, ALMEIDA, ANTÓNIO PEREIRA DE, “Instrumentos Financeiros: Os Swaps”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume III, Comissão Organizadora: José Lebre de Freitas; Rui Pinto Duarte; Assunção Cristas; Vítor Pereira das Neves; Marta Tavares de Almeida, Coimbra, Almedina, 2011, p. 43.

*player*), por oposição ao profissional (*repeat player*), de não tomar conhecimento das cláusulas contratuais gerais será frequentemente racional<sup>54 55 56</sup>.

Os custos de investigação do aderente tendem a ser elevados e o seu *retorno marginal* tende a ser diminuto<sup>57</sup>.

Por um lado, a compreensão das cláusulas contratuais gerais reclama conhecimentos jurídicos, dada a sua linguagem técnica; por outro lado, os clausulados são frequentemente extensos (as cláusulas contratuais gerais acima transcritas do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Dezembro de 2013, são disso exemplo paradigmático) e redigidos em letra minúscula, em linguagem técnica *difícilmente acessível* a um consumidor ou não – profissional (*one-shot player*), neste sentido, afirma, com razão, a doutrina norte – americana que o consumidor actua com a sua *racionalidade limitada (bounded rationality)*<sup>58 59</sup>.

Por outro lado, convém não olvidar a menção de que o fundamento teleológico dos *deveres de protecção (monitorização da prestação de serviço de homebanking)* que impendem sobre o prestador de serviços de *banca ao domicílio* radica, num plano transpositivo, na tutela do *direito de auto-determinação informacional* dos consumidores, *i.e.* dos utilizadores do serviço de *homebanking*.

O que significa que *esses deveres de protecção*<sup>60</sup> desempenham um papel *instrumental* na *prevenção* de (eventuais e indesejáveis) *violações* do referido *direito de auto-determinação*

<sup>54</sup> Na doutrina norte – americana, D. RAKOFF, TODD, “Contracts of adhesion: an essay in reconstruction”, in *Harvard Law Review*, Volume 96, (1983), pp. 1226.

<sup>55</sup> Neste sentido, NUNES, PEDRO CAETANO, “Comunicação de Cláusulas Contratuais Gerais”, *cit.*, pp. 525, que vimos acompanhando de muito perto.

<sup>56</sup> Empreendendo uma muito interessante análise económica das opções das partes, GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, *O contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento electrónicos*, *cit.*, nota 1232.

<sup>57</sup> Neste sentido, muito recentemente na doutrina norte-americana, D. WRIGHT, JOSHUA / H. GINSBURG, DOUGLAS, “Behavioral Law and Economics: Its origins, Fatal flaws, and Implications for liberty”, in *Northwestern University Law Review*, Volume 106, N.º 3, (2012), p. 23.

<sup>58</sup> Neste sentido, na doutrina norte – americana, KOROBKIN, RUSSEL, “Bounded rationality, standard forms contracts, and unconscionability”, in *The University of Chicago Law Review*, Volume 70, (2003), pp. 1271-1272.

<sup>59</sup> Neste sentido, na doutrina norte – americana, no âmbito dos Direitos de Autor, HUGHES, JUSTIN “Copyright and its rewards foreseen and unforeseen”, in *Harvard Law Review*, Volume 122, April 2009, Number 6, pp. 81-91; doutrina eslovena, POLIC, MARKO, “Decision Making: between rationality and reality”, in *Interdisciplinary Description of Complex Systems* 7 (2), 2009, pp. 79-89; na doutrina norte – americana, ARTHUR, BRIAN, “Complexity in Economic Theory: Inductive Reasoning and Bounded Rationality”, in *The American Economic Review*, Volume 84, Issue 2, Papers and Proceedings of the Hundred and Sixth Annual Meeting of The American Economic Association, 1994, pp. 406-411; Por isso, compreende-se a razão pela qual a doutrina nacional refere que “o consumidor torna-se um sujeito de direitos fundamentais em razão da sua subalternidade e vulnerabilidade na relação económica com o produtor, fornecedor ou prestador, em especial no que toca a bens ou serviços essenciais que não pode deixar de adquirir; Neste sentido, ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, “Os Direitos dos Consumidores como Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFDUC)*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, Volume LXXVIII, (2002), p. 47; Como bem refere a doutrina nacional “quando o negócio seja celebrado por um leigo, fica, por maioria de razão, prejudicada a via de descortinar os efeitos queridos pelo declarante, e porque o sejam”; Neste sentido, CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “A doutrina do negócio jurídico: origens e evolução”, in *O Direito*, Ano 145.º, Volume IV, 2013, Director: Jorge Miranda, Almedina, Coimbra, (2014), p. 771.

<sup>60</sup> Neste apartado acompanharemos de muito perto o que escrevemos, no âmbito do Direito Penal, no que se refere aos *deveres de protecção* do património do *bona fide purchaser*; SANTOS, HUGO LUZ DOS, “O acórdão do TEDH Varvara c. Itália e o confisco alargado na União Europeia: um passo atrás no “crime doesn’t pay”, in *Scientia Iuridica (SI)*, Tomo LXIII, n.º 334, Janeiro/Abril de 2014, (2014), pp. 106-107.

informacional (*informationelle Selbstbestimmung*)<sup>61</sup> do consumidor (*one-shot-player*)<sup>62 63 64</sup>  
65 66.

Donde, atenta a *teoria do contacto social*, e havendo uma *ligação especial* entre o prestador do serviço de *homebanking* e a prossecução dos referidos *deveres de protecção*, formam-se a partir desse aforismo os denominados *círculos de diligência devida*, consubstanciados no *universo de deveres de protecção* (*Schutzpflichten*) que emergem na esfera jurídica da entidade bancária, sob a forma de um *ónus* de proteger, pelo acesso à informação, e, ainda que de forma *reflexa, mediata*, e, por isso, *instrumental*, o *direito de auto-determinação informacional* (*informational self-determination*)<sup>67</sup> do consumidor (*one-shot-player*);

Isto é, desse *círculo de diligência devida* resulta um *especial dever de monitorização*, que labora *instrumentalmente* como *guarda avançada* do *direito de autodeterminação informacional* do consumidor, e, mais remotamente, resulta uma relação de *mútua implicação* entre as *práticas informativas* e a referência imanente à *verdade*<sup>68</sup>, conferindo, assim, expressão prática à "*social function of law*"<sup>69 70</sup>, e à "*internal morality of law*"<sup>71 72 73</sup>,

<sup>61</sup> Neste sentido, discorrendo longamente sobre o conteúdo dogmático do *direito de auto-determinação informacional* (*informationelle Selbstbestimmung*), o acórdão do Tribunal Constitucional Federal Alemão (BVerfGE), de 24/01/2012, disponível em <https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/2012/1>.

<sup>62</sup> Neste sentido, VAN ALSENOY, BRENDAN / KOSTA, ELENY/BUHMORTIN, JOS, "Privacy notices versus informational self-determination: minding the gap", in *International Review of Law, Computer & Technology* (2013), pp. 1 e ss.

<sup>63</sup> Neste sentido, BONNICI, JEANNE P. MIFSUD, "Exploring the non-absolute nature of right of data protection", in *International Review of Law, Computer & Technology* (2012), pp. 1-3.

<sup>64</sup> Neste sentido, GONZÁLEZ FUSTER, GLORIA/RAPHAËL, "The fundamental right of data protection in the European Union: in search for an uncharted right", in *International Review of Law, Computer & Technology* (2012), Volume 26, Issue 1, pp. 3-10.

<sup>65</sup> Neste sentido, no âmbito da (candente) questão do "*cloud computing*", que não desenvolveremos, HON, W. KUAN/HÖRNE, JULIA/MILLARD, CHRISTOPHER, "Data protection jurisdiction and Cloud Computing – When are Cloud users and providers subject to EU data protection Law?", in *International Review of Law, Computer & Technology* (2012), Volume 26, Issue 2-3, *Special Issue: Current Developments in Cyberlaw* (SLS Cyberlaw Section 2011), pp. 129-169.

<sup>66</sup> Neste sentido, no âmbito da (candente) questão das "*legislative measures taken against online intermediaries*", tais como os gigantes "*Google*", "*Ebay*", "*Facebook*", "*Wikipedia*" que (também) não desenvolveremos, KOHL, UTA, "The rise and rise of online intermediaries in the governance of the internet and beyond – Connectivity intermediaries", in *International Review of Law, Computer & Technology* (2012), Volume 26, Issue 2-3, *Special Issue: Current Developments in Cyberlaw* (SLS Cyberlaw Section 2011), pp. 185-210; Neste sentido, muito recentemente, na doutrina norte-americana, *cruzando reflexivamente* o "*informational self-determination*" com a jurisprudência em matéria de "*privacy policy*", J.SOLOVE, DANIEL/HARTZOG, WOODROW, "The FTC and the New Common Law of Privacy", in *Columbia Law Review*, Volume 114, (2014), pp. 683-765; Neste apartado acompanharemos de muito perto o que escrevemos, no âmbito do Direito Comercial, no que se refere aos *deveres de protecção* do património da sociedade comercial, pelos gerentes e administradores das pessoas colectivas; SANTOS, HUGO LUZ DOS, "Os *fiduciary duties* dos administradores das sociedades comerciais e o regime jurídico da solidariedade passiva constante do (revogado) art.º 8.º, n.º 7 do RGIT e do (repristinado) art.º 7-A, n.º 2, do RJFNA: cooperação dialéctica entre o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal de Justiça?", in *Revista Fiscal (RF)*, Vida Económica, Porto, Maio/Junho de 2014, (2014), pp. 25-26; Neste sentido, na doutrina alemã, TEUBNER, GÜNTHER, "Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch", II, *Luchterhand, Neuwied*, 980, & 242, n.º 58; Neste sentido, ainda que noutra âmbito temático, BASTOS, MIGUEL BRITO, "Deveres Acessórios de informação. Em especial, os deveres de informação do credor perante o fiador", in *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano V (2013), Números I-II, Director: António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, (2013), p. 275; Neste sentido, NUNES, PEDRO CAETANO, "Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administradores", in *II Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, (2013), p. 217.

<sup>67</sup> Neste sentido, discorrendo longamente sobre o conteúdo jurisprudencial do *direito de auto-determinação informacional* (*informational self-determination*), o acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América (US SUPREME COURT), *United States v. Jones*, de 24/01/2012, disponível em <http://www.supremecourt.gov/>

<sup>68</sup> Neste sentido, na doutrina alemã, HABERMAS, JÜRGEN, *Erläuterung zur Diskursethik*, Suhrkamp Verlag, (1991), pp. 16 e ss.

<sup>69</sup> Neste sentido, RAZ, JOSEPH, "The Functions of Law", in *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, 163, pp. 166-167, (1979).

<sup>70</sup> Neste sentido, KLASS, GREGORY, "Three Pictures of Contract: Duty, Power, and Compound Rule", in *New York Law Review*, Volume 83, December 2008, (2008), pp. 1727-1733.

que têm como *equivalente funcional*, por um lado, a “*pretensão de justiça ou correcção*”<sup>74</sup>, e, por outro lado, as inerentes “*exigências de equidade*”<sup>75</sup> de que fala insistentemente a doutrina norte-americana.

### **7. A distribuição dinâmica do ónus da prova consubstanciado no aligeiramento do ónus probatório a cargo do consumidor (*one shot player*) e no endurecimento do ónus probatório que impende sobre a entidade bancária (*repeat player*) - a “teoria das esferas de risco”**

Conexa à questão da nulidade das cláusulas contratuais gerais inseridas em contratos de prestação de serviços de pagamentos electrónicos (*homebanking*), que fazem recair o *risco* de mau funcionamento ou avaria dos terminais electrónicos sobre o utilizador do serviço, é a questão de se saber sobre *quem* recai *ónus da prova* de que as operações de pagamento não foram afectadas por avarias técnicas ou por quaisquer outras deficiências.

Na verdade, o Regime dos Sistemas de Pagamento faz – e bem- *impender* esse ónus da prova sobre a entidade bancária (art.º 70.º, n.º 1 e 2, do RSP).

Todavia, a questão que a lei processual civil não resolve é a *formatação* da *distribuição* do ónus da prova quando, em matéria de *direito probatório material*, se faça impender um ónus probatório a uma *parte processual* ao ponto de a tornar uma prova *diabólica, negativa*, e, por isso, *impossível*, – é aqui que, pensamos, avulta a (candente) questão da *distribuição dinâmica do ónus da prova* e da sua precípua relevância em matéria de Direito Bancário, e, mais concretamente, quando, como no caso concreto decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça, na *relação obrigacional complexa* se interponha um consumidor-não profissional (*one-shot-player*).

Com efeito, fará sentido que, em matéria de *ónus da prova*, se coloque o *consumidor* na posição/necessidade de *produzir* prova perante o mau funcionamento de um sistema informático complexo da entidade bancária e que não *domina*?

Creemos bem que não.

Na verdade, no plano de *direito material*, é consabido que a *qualificação jurídica* de um contrato exige tanto um *juízo primário*, quanto um *juízo secundário*, e, quando entrem em

<sup>71</sup> Neste sentido, HART, HERBERT L., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, in *Harvard Law Review*, Volume 71, 593, 595-596 (1958).

<sup>72</sup> Esta expressão, em conjunto com outras extraídas do artigo doutrinal referido na nota anterior, deu origem a uma áspera resposta de L. FULLER, LON, “Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart”, in *Harvard Law Review*, Volume 71, 630, 650 (1958).

<sup>73</sup> Recentemente o debate Hart-Fuller foi reavivado num interessante artigo doutrinal de WALDRON, JEREMY, “Positivism and Legality. Harts Equivocal Response to Fuller”, in *New York Law Review*, Volume 83, December 2008, (2008), pp. 1135-1145.

<sup>74</sup> Neste sentido, na doutrina alemã, ALEXY, ROBERT, *Begriff und Geltung des Rechts*, Suhrkamp Verlag, (1991), p. 443.

<sup>75</sup> Neste sentido, na doutrina norte-americana, DWORKIN, RONALD, *Taking Rights Seriously*, Tokyo, New York, (1976), p. 22.

*conflito*, prevalecerá aquele que encontre predominância na “*ratio juris*” e na natureza das coisas, bem como nas *consequências concretas* que os respectivos resultados venham a trazer à questão<sup>76</sup>.

O que significa que, no plano de *direito processual*, a ordem jurídica estadual regula um *sistema de normas de conduta* que tem por função *disciplinar* a actuação dos sujeitos processuais mormente no que respeita aos inerentes, e, por vezes, inevitáveis, *conflitos de interesses*, introduzindo, para o efeito, notas típicas de *imperatividade e coercibilidade*<sup>77</sup>.

A *imperatividade* quadra-se com a existência de *normas permissivas* que, em lugar de imporem *deveres*, conferem *poderes*, públicos ou privados, de actuação, de cujo exercício pode resultar uma *nova pauta de direitos e de deveres*.

Assim, as *normas imperativas* e as *normas permissivas* são *normas primárias de conduta* e estas são aquelas que directamente regulam o jogo dos interesses dos sujeitos processuais, *ordenando* ou *permitindo* comportamentos no âmbito do direito material<sup>78 79</sup>.

Ora se assim é, e se, como acima vimos, no âmbito do direito material (Direito Bancário) assiste uma *especial protecção do consumidor*, por que razão, sendo o direito processual civil *instrumental* em relação ao direito material, se *exigiria*, ao consumidor, no plano processual, um *onus probatório* que, na prática, *esvaziaria* aquele *escopo protector* (*Schutzwirkung*) que lhe é conferido em sede de direito material?

Na verdade, o referido *escopo protector* (*Schutzwirkung*) do *consumidor* encontra, num plano homólogo, expressão prática nos mecanismos simplificadores da actividade probatória do *lesado* em matéria da responsabilidade civil por acto médico<sup>80</sup>.

Os referidos mecanismos simplificadores da actividade probatória do *lesado*, consubstanciam-se através da prova de determinados elementos fácticos – *de (mais) fácil demonstração pelo doente* – *possibilitam* que o juiz se convença, à luz de um raciocínio dedutivo, da reunião dos pressupostos típicos da responsabilidade civil – *cuja prova se revela mais difícil*<sup>81</sup>.

<sup>76</sup> Neste sentido, OLIVEIRA, MADALENA PERESTRELO DE, “A “inexigibilidade” na relação contratual: interpretação do contrato e heteronomia”, in *O Direito*, Ano 145.º (2013), Volume III, Director: Jorge Miranda, Almedina, Coimbra, (2014), p. 539.

<sup>77</sup> Sendo esta *nota típica* geralmente associada às *normas jurídicas primárias*, neste sentido, na doutrina alemã, ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, Beck, München, 1994, p. 31.

<sup>78</sup> Neste sentido, FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, “Sobre o conceito de acto processual”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Volume II, Almedina, Coimbra, (2012), p. 150.

<sup>79</sup> Referindo expressamente a *relação de instrumentalidade* que medeia o direito processual e o direito material, na doutrina alemã, o notável estudo de MEDICUS, DIETER, “Anspruch und Einrede als Rückgat einer zivilistischen Lehrmethode”, in *Archiv für die civilische Praxis*, 174, (1974), p. 316.

<sup>80</sup> Desdobrando a actividade médica em *obrigações fragmentárias de actividade* e *obrigações fragmentárias de resultado*, MATOS, FILIPE DE ALBUQUERQUE DE, “Responsabilidade civil médica: breves reflexões em torno dos respectivos pressupostos”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 43, Abril/Junho 2013, cejur, Coimbra Editora, Coimbra, (2014), p. 69.

<sup>81</sup> Neste sentido, PEDRO, RUTE TEIXEIRA, «A dificuldade de demonstração do nexos de causalidade nas acções relativas à responsabilidade civil do profissional médico – Dos mecanismos jurídicos para uma intervenção pró damnato», in *Revista do CEJ*, 1º Semestre de 2011, Número 15, Dossiê Temático: Crimes contra a autodeterminação sexual e contra a liberdade sexual com vítimas menores de idade, Almedina, Coimbra, (2013), p. 28.

Com efeito, trata-se de mecanismos que apresentam uma acentuada afinidade com as *presunções judiciais*<sup>82 83 84</sup> que auxiliam o juiz no procedimento complexo – que envolve “*uma rede de inferências racionalmente fundada*”- de escolha da “*melhor*” narração dos factos<sup>85</sup>.

É neste quadro temático que, em outros ordenamentos jurídicos<sup>86</sup>, se inscreve a importância do recurso às máximas da experiência resultantes da regra do “*id quod plerumque accidit*” em Itália<sup>87</sup>; à *prova prima facie* ou de *primeira aparência (Anscheinbeweis)*<sup>88 89</sup> na Alemanha; e às *presunções “graves, precisas et concordantes”* (art.º 1353.º, do *Code Civil*) em França<sup>90</sup>.

Diferentemente, o nosso Código Civil de 1966, seguindo o exemplo do BGB alemão, preocupa-se em delimitar, em termos inequívocos, a diferença entre *facto constitutivo* e *facto impeditivo* (art.º 342.º, n.º 1 e 2, do CC). De harmonia com a denominada *teoria das normas*<sup>91</sup>, que teve em LEO ROSENBERG o principal arauto, há que identificar o que é a *regra* e o que é a *excepção* na norma de direito substantivo e esta tarefa está facilitada quando a *excepção* é introduzida por palavras como “*excepto*”, “*salvo se*”, “*a não ser que*”, “*mas*”, constantes, nomeadamente, e sem preocupação de exaustividade, *e.g.*, no art.º 491.º, art.º 492.º, art.º 505.º, art.º 570.º, art.º 919.º, art.º 921.º, n.º 3, todos do Código Civil.

Assim, à luz da *teoria das normas*, a identificação dos *factos constitutivos* e *impeditivos* faz-se por interpretação das normas de direito substantivo, nomeadamente por distinção, no *Tatbestand* duma norma, entre o que constitui a *regra (facto constitutivo)*<sup>92</sup> e o que constitui

<sup>82</sup> Sobre as *presunções judiciais*, referindo-se expressamente ao seu funcionamento (art.º 351.º, do Código Civil); Neste sentido, SILVA, JOÃO CALVÃO DA “As *presunções judiciais* e os arts. 712.º, 722.º e 729.º do Código de Processo Civil”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 135.º, 3935, Novembro-Dezembro 2005, Director: Manuel Henrique Mesquita, Coimbra Editora, Coimbra, (2006), pp. 127-128.

<sup>83</sup> Que, como bem refere autorizada doutrina nacional, “*não importam uma inversão do ónus da prova*”; Neste sentido, FARIA, RITA LYNCE DE, *A inversão do ónus da prova no Direito civil português*, Lisboa, Lex, (2001), p. 36.

<sup>84</sup> Neste sentido, defendendo, em matéria de prova difícil ou impossível, *o recurso a presunções judiciais*, o artigo doutrinário de FERNANDEZ, ELIZABETH, “A prova difícil ou impossível”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Comissão Organizadora: Armando Marques Guedes; Maria Helena Brito; Ana Prata; Rui Pinto Duarte; Mariana França Gouveia, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), p. 833.

<sup>85</sup> Neste sentido, PEDRO, RUTE TEIXEIRA, «A *dificuldade de demonstração do nexos de causalidade nas acções relativas à responsabilidade civil do profissional médico – Dos mecanismos jurídicos para uma intervenção pró damnato*», *cit.*, p. 28.

<sup>86</sup> Quanto a este aspecto, no âmbito da responsabilidade civil por acto médico, BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, “A jurisprudência portuguesa em matéria de responsabilidade civil médica: o estado da arte”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 38, Abril/Junho 2012, cejur, Coimbra Editora, Coimbra, (2012), pp. 23-24.

<sup>87</sup> Neste sentido, por todos, na doutrina italiana, QUADRI, ENRICO, “Profili della Responsabilità Medica com particolare riguardo alla ginecologia ed ostetricia: esperienze recenti e prospettive”, in *RcP*, Volume LXIX, (2004), pp. 328-335, também disponível em srsn.com (acesso em 11 de Abril de 2014).

<sup>88</sup> Neste sentido, MONTEIRO, JORGE SINDE, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, Coleção Teses, tese de Doutoramento, (1989), p. 247, nota 429.

<sup>89</sup> Na doutrina alemã, acerca do cumprimento do ónus da prova na responsabilidade civil médica, GRAF, UTE, *Die Beweislast bei Behandlungsfehlern im Arzthaftungsprozess*, VVF, München, (2001), pp. 234 e ss.

<sup>90</sup> Neste sentido, por todos, na doutrina francesa, JOURDAIN, PATRICE, “Responsabilité Civile”, in *Revue Trimestrielle de Droit Civile*, Juillet/Septembre 2008, (2008), pp. 492 e ss.

<sup>91</sup> Exposta exemplarmente por ROSENBERG, LEO, *Die Beweislast auf der Grundlage der bürgerlichen Gesetzbuches and der Zivilprozessordnung*, 5. Auflage, Beck, München, 1963, pp. 124-168.

<sup>92</sup> Neste sentido, GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *A Causa de Pedir na Acção Declarativa*, Almedina, Coimbra, Coleção Teses, Dissertação de Doutoramento, (2004), p. 275.

a *excepção (facto impeditivo)*<sup>93</sup>; sendo que, na dúvida, consideram-se os *factos* como constitutivos do direito (art.º 342.º, n.º 3, do CC).

Todavia, à análise da norma de direito substantivo não deve presidir somente os elementos literais, atenta, as mais das vezes, a *falta de clareza* da norma de direito substantivo, sendo essa a razão pela qual a mais autorizada doutrina processualista propugna o recurso a “*elementos racionais*”<sup>94</sup>, cuja acuidade, adscrevemos nós, mais se faz sentir em campos temáticos baseados em *conhecimentos científicos*<sup>95</sup>, onde se divisem *direitos dos consumidores* – a parte mais frágil –, cujo *ónus probatório*, onde a *prova* se afigure *difícil*<sup>96</sup>, ou mesmo *impossível*<sup>97</sup> toldaria, como acima se apontou, o naípe de *direitos subjectivos* que lhe foram conferidos pelo *direito substantivo*.

Por isso se compreende a razão pela qual a doutrina advogue, nos casos de *dificuldade manifesta* na prova de determinados factos, a *inversão do ónus da prova* (art.º 344.º, n.º 1 e 2, do CC) ou, pelo menos, uma *redistribuição mais equilibrada do ónus da prova*<sup>98</sup>, e, no âmbito desta, a mobilização da *teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova*.

De acordo com a *teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova*, cujo precursor, no seu desenho actual, foi o processualista argentino JORGE W. PEYRANO, o *ónus probatório* deveria ser *distribuído* não por causa da *função* que os factos desempenham no processo, mas, antes, em função do conceito de *prova mais fácil*, atribuindo-o, especificamente, à parte que está casuisticamente em *posição mais favorável* de o demonstrar<sup>99</sup>.

Deste modo, a *concreta* distribuição do *ónus probatório* deve autonomizar-se da *natureza* que os *factos* assumem no desenho processual (*factos constitutivos* ou *impeditivos*) *quando* e *se* essa natureza *tornar impossível* ou *difícil a prova* desses factos naturalísticos<sup>100</sup>.

Como bem afirmam JORGE MORAIS CARVALHO/MICAEL TEIXEIRA, esta ideia justifica-se dado que, deste modo, se estimula a *efectiva produção de prova* e a *procura da verdade material*, onerando a parte com maior *facilidade probatória*, bem como se promove a *igualdade material* entre as partes, dando a ambos *maior igualdade* na possibilidade de fazerem valer a posição em juízo. Isto porque a parte com *maior facilidade probatória* pode efectivamente demonstrar a versão do facto que lhe aproveita e a parte contrária, apesar de ter menor

<sup>93</sup> Neste sentido, FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, “O ónus de denunciar o defeito da empreitada no art.º 1225.º, do Código Civil: O Facto e o Direito na interpretação dos documentos”, in *Estudos sobre o Direito Civil e Processo Civil*, Volume I, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, (2010), p. 443.

<sup>94</sup> Neste sentido, FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, “A propriedade de prédio confinante na norma do art.º 1380.º, n.º 1, do Código Civil. Facto constitutivo e facto impeditivo”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 30, Abril/Junho 2010, cejur, Coimbra Editora, Coimbra, (2010), p. 24, nota 14.

<sup>95</sup> Neste sentido, FERNANDEZ, ELIZABETH, “A prova difícil ou impossível”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, cit., pp. 811-813.

<sup>96</sup> Procedendo à indicação dos *factos difíceis de provar*, na doutrina argentina, W. PEYRANO, JORGE, “La prueba difícil”, in *Debido Proceso-Realidad y debido proceso – El debido proceso y la prueba*, AAVV, Buenos Aires, (2003), pp. 329-330.

<sup>97</sup> Neste sentido, FERNANDEZ, ELIZABETH, “Desvio de poder: mito ou realidade?”, in *Cadernos de Justiça Administrativa (CJA)*, n.º 93, Maio/Junho 2012, cejur, Coimbra Editora, Coimbra, (2012), p. 11.

<sup>98</sup> Neste sentido, FERNANDEZ, ELIZABETH, “Desvio de poder: mito ou realidade?”, in *Cadernos de Justiça Administrativa (CJA)*, cit., p. 25.

<sup>99</sup> Neste sentido, TEIXEIRA, MICAEL, *Por uma distribuição dinâmica do ónus da prova*, Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, (2012), pp. 49 e ss.

<sup>100</sup> Neste sentido, muito recentemente, W. PEYRANO, JORGE, “La prueba difícil”, in *Civil Procedure Review*, Volume 2, n.º 1, January/April, 2011, (2011), pp. 86-96.



facilidade em provar, pode *sempre* beneficiar de uma decisão de *ónus da prova*, caso a outra parte não consiga *realizar* a prova<sup>101</sup>.

No caso concreto, a teoria da *distribuição dinâmica do ónus da prova* seria aplicada, justamente, do ponto de vista da inadmissibilidade de *ónus da prova* a cargo do consumidor quanto ao *mau* funcionamento do sistema informático de *homebanking*, porquanto é o prestador de serviços de *homebanking* quem tem maior *facilidade* em demonstrar a versão factual que lhe aproveita, ou seja, a de que a *utilização fraudulenta* do serviço de *homebanking* por parte de terceiros *não se deveu* ao mau funcionamento do sistema informático, como bem decidiu, aliás, ainda que com fundamentação diferente, o Supremo Tribunal de Justiça.

Esta conclusão é reforçada pela asserção de estar em causa *factos pessoais* do prestador de serviços de *homebanking* (emergentes dos *deveres de protecção* do património e do *direito de auto-determinação informacional* dos utilizadores do serviço de *homebanking*, e, ainda, do *dever de monitorização* do sistema informático de prestação de serviços de *homebanking* que dele se desdobra): *este* está em *melhores condições* do que qualquer outro (incluindo o consumidor) para os trazer ao processo, na medida em que são *factos* pertencentes à sua “*esfera de risco*”<sup>102</sup>, entendido como critério suplementar de *distribuição do ónus da prova*, ou, melhor dizendo, ao “*círculo de vida*” em que o facto se produz<sup>103 104</sup>: é a consagração da denominada *teoria das esferas de risco*<sup>105</sup>, que preconiza uma *ligação umbilical* entre o *ónus da prova* e a dicotomia obrigações de meios/obrigações de resultado<sup>106</sup>, e cuja aplicação (até agora) cingida à responsabilidade civil por acto médico, poderá ser mobilizada para o âmbito do Direito Bancário<sup>107</sup>.

Porquanto, por um lado, no plano de direito substantivo, só desse jeito será possível *repor* a *equivalência subjectiva* entre a *prestação* e a *contraprestação* contratualmente fixada pelas partes<sup>108 109 110</sup>, e, por outro lado, no plano de direito adjectivo, garantir a prossecução do

<sup>101</sup> Neste sentido, CARVALHO, JORGE MORAIS/TEIXEIRA, MICAEL, “Crédito ao consumo-ónus da prova da entrega de exemplar do contrato e abuso do direito de invocar a nulidade”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 42, Abril/Junho 2013, cejur, Coimbra Editora, (2013), Coimbra, p. 47.

<sup>102</sup> Neste sentido, FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, “A propriedade de prédio confinante na norma do art.º 1380.º, n.º 1, do Código Civil. Facto constitutivo e facto impeditivo”, *cit.*, p. 22, nota 10.

<sup>103</sup> Neste sentido, na doutrina alemã, BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht*, Köln, Karl Heymanns Verlag, (1995), p. 218.

<sup>104</sup> Neste sentido, entre nós, monograficamente, MÚRIAS, PEDRO FERREIRA, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Dissertação de Mestrado, Lisboa, Lex, (2000), p. 134.

<sup>105</sup> Neste sentido, MÚRIAS, PEDRO FERREIRA, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, *cit.*, p. 137.

<sup>106</sup> Neste sentido, na doutrina alemã, pioneiramente, PRÖLSS, J., *Die Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen*, VersR, (1964), 33 (A), pp. 901-906.

<sup>107</sup> Parecendo expressar a admissibilidade de aplicação da *teoria das esferas de risco* a outros âmbitos temáticos, MÚRIAS, PEDRO/PEREIRA, MARIA DE LURDES, “Obrigação de meios, obrigações de resultado e custos de produção”, in *Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha, Estudos em Homenagem*, Coordenador: António Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, (2012), p. 1012.

<sup>108</sup> Neste sentido, PIRES, CATARINA MONTEIRO, “A Resolução do contrato por incumprimento e impossibilidade de restituição em espécie”, in *O Direito*, Ano 144.º (2012), Volume III, Director: Jorge Miranda, Almedina, Coimbra, (2013), p. 669.

<sup>109</sup>No mesmo sentido, na doutrina alemã, CANARIS, CLAUS-WILLEM “Äquivalenzvermutung und Äquivalenzwahrung im Leitungsstörungsrecht des BGB”, in *Festschrift für Herbert Wiedemann*, Beck, München, (2002), pp. 4-5.

<sup>110</sup> No mesmo sentido, PIRES, CATARINA MONTEIRO, “A prestação restitutória em valor na resolução por incumprimento”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Volume II, Almedina, Coimbra, (2012), p. 703.

*princípio da efectividade*<sup>111</sup>, do *dever de verdade processual*<sup>112 113</sup>, e da *justa composição do litígio em prazo razoável*<sup>114</sup>, enquanto corolários do princípio da *celeridade*<sup>115</sup> e da *economia processuais*<sup>116</sup>.

## Bibliografia

ADLER, BARRY, "Efficient Breach Theory Through the Looking Glass", in *New York Law Review*, Volume 83, Number 6, December 2008, pp. 1691-1697.

ALEXANDRE, ISABEL, "A fase de instrução e os novos meios de prova no Código de Processo Civil de 2013", in *Revista do Ministério Público (RMP)*, n.º 134, Ano 34, Abril-Junho 2013, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 19-27.

ALEXY, ROBERT, *Begriff und Geltung des Rechts*, Suhrkamp Verlag, 1991.

ALMEIDA, ANTÓNIO PEREIRA DE, "Instrumentos Financeiros: Os Swaps", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume III, Comissão Organizadora: José Lebre de Freitas; Rui Pinto Duarte; Assunção Cristas; Vítor Pereira das Neves; Marta Tavares de Almeida, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 19- 43.

ALVES, HUGO RAMOS, "Das responsabilidades dos prestadores de serviços em rede", in *O Direito*, Ano 145.º, 2013, Volume III, Director: Jorge Miranda, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 521-554.

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, "Os Direitos dos Consumidores como Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFDUC)*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, Volume LXXVIII, 2002, pp. 30-47.

ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2009.

<sup>111</sup> Neste sentido, MESQUITA, MIGUEL, "A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno Processo Civil", in *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 143.º, 3983, Novembro-Dezembro 2013, Director: António Pinto Monteiro, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), p. 143.

<sup>112</sup> Neste sentido, RAMOS, JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO, "Questões relativas à Reforma do Código de Processo Civil", in *O Direito*, Ano 144.º, 2012, Volume III, Director: Jorge Miranda, Almedina, Coimbra, (2013), p. 669.

<sup>113</sup> Neste sentido, RAMOS, JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO, "Designios do "novo" Código de Processo Civil", in *O Direito*, Ano 145.º (2013), Volume IV, Director: Jorge Miranda, Almedina, Coimbra, (2014), p. 814.

<sup>114</sup> Neste sentido, SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, "Apontamentos sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil", in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 43, Julho/Setembro 2013, cejur, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), p. 10.

<sup>115</sup> Neste sentido, ALEXANDRE, ISABEL, "A fase de instrução e os novos meios de prova no Código de Processo Civil de 2013", in *Revista do Ministério Público (RMP)*, n.º 134, Ano 34, Abril-Junho 2013, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), p. 21.

<sup>116</sup> Neste sentido, REGO, CARLOS LOPES DO, "O Princípio do Dispositivo e os Poderes de Convolação do Juiz no Momento da Sentença", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Comissão Organizadora: Armando Marques Guedes; Maria Helena Brito; Ana Prata; Rui Pinto Duarte; Mariana França Gouveia, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), p. 833.

ARTHUR, BRIAN, “Complexity in Economic Theory: Inductive Reasoning and Bounded Rationality”, in *The American Economic Review*, Volume 84, Issue 2, Papers and Proceedings of the Hundred and Sixth Annual Meeting of The American Economic Association, 1994, pp. 406-411.

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, “Bases para uma transposição da Directriz n.º 00/01 de 08 de Junho (Comércio Electrónico)”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (RFDUL)*, Volume XLIV, n.º 1 e 2, 2003, Lisboa, 2004, pp. 210- 217.

BAPTISTA MACHADO, JOÃO, “A cláusula do razoável”, in *Obra Dispersa*, Volume I, *Scientia Juridica*, Braga, 1991, pp. 459-465.

BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, “A jurisprudência portuguesa em matéria de responsabilidade civil médica: o estado da arte”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 38, Abril/Junho 2012, cejur, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 23-24.

BASTOS, MIGUEL BRITO, “Deveres Acessórios de informação. Em especial, os deveres de informação do credor perante o fiador”, in *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano V (2013), Números I-II, Director: António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 254-275.

BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht*, Köln, Karl Heymanns Verlag, 1995.

BONNICI, JEANNE P. MIFSUD, “Exploring the non-absolute nature of right of data protection”, in *International Review of Law, Computer & Technology*, 2012, pp. 1-9.

CANARIS, CLAUD-WILLEN “Äquivalenzvermutung und Äquivalenzwahrung im Leitungsstörungsrecht des BGB”, in *Festschrift für Herbert Wiedemann*, Beck, München, (2002), pp. 1-15.

CARVALHO, JORGE MORAIS/TEIXEIRA, MICAEL, “Crédito ao consumo-ónus da prova da entrega de exemplar do contrato e abuso do direito de invocar a nulidade”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 42, Abril/Junho 2013, cejur, Coimbra Editora, 2013, Coimbra, pp. 36-47.

CASTRONOVO, CARLOS, “Ritorno al obbligatione senza prestazione”, in *Europa e diritto privato*, Cedam, Padova, 2009, pp. 681-684.

CLAUSSEN, HANS PETER, “Das Bankkonto ist das Kernstück des Bankverkehrs”, in *Bank-und Börsenrecht – Handbuch für Lehre und Praxis*, Beck, München, 1996, pp. 43-59.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “A doutrina do negócio jurídico: origens e evolução”, in *O Direito*, Ano 145.º, Volume IV, 2013, Director: Jorge Miranda, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 746-771.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “O Princípio da Boa-Fé e o Dever de Renegociação em Contextos de “Situação Económica Dificil”, in *II Congresso de Direito da Insolvência*, Coordenação: Catarina Serra, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 13-60.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Bancário*, 4a edição, Almedina, Coimbra, 2006.

D. RAKOFF, TODD "Contracts of adhesion: an essay in reconstruction", in *Harvard Law Review*, Volume 96, 1983, pp. 1119-1231.

D. WRIGHT, JOSHUA/GINSBURG, DOUGLAS, "Behavioral Law and Economics: Its origins, Fatal flaws, and Implications for liberty", in *Northwestern University Law Review*, Volume 106, N.º 3, 2012, pp. 19-23.

DWORKIN, RONALD, *Taking Rights Seriously*, Tokyo, New York, 1976.

EISENBERG, A. MELVIN, "The limits of cognition and the limits of contract", in *Stanford Law Review*, Volume 47, 1995, pp. 205-216.

FARIA, RITA LYNCE DE, *A inversão do ónus da prova no Direito civil português*, Lisboa, Lex, 2001.

FERNANDEZ, ELIZABETH, "A prova difícil ou impossível", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Comissão Organizadora: Armando Marques Guedes; Maria Helena Brito; Ana Prata; Rui Pinto Duarte; Mariana França Gouveia, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 821-833.

FERNANDEZ, ELIZABETH, "Desvio de poder: mito ou realidade?", in *Cadernos de Justiça Administrativa (CJA)*, n.º 93, Maio/Junho 2012, cejur, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 4- 11.

FERREIRA, ANTÓNIO PEDRO DE AZEVEDO, *A relação negocial bancária – Conceito e estrutura*, Lisboa, QuidJuris, 2005.

FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, "Sobre a Interpretação do Contrato", in *O Direito*, Ano 144.º, Volume III, 2012, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 492-506.

FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, "A propriedade de prédio confinante na norma do art.º 1380.º, n.º 1, do Código Civil. Facto constitutivo e facto impeditivo", in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 30, Abril/Junho 2010, cejur, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 6-24.

FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, "O ónus de denunciar o defeito da empreitada no art.º 1225.º, do Código Civil: O Facto e o Direito na interpretação dos documentos", in *Estudos sobre o Direito Civil e Processo Civil*, Volume I, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 431-443.

FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, "Sobre o conceito de acto processual", in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Volume II, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 143-150.

GAVALDA/STOUFFLET, *Droit bancaire*, 2ª edition, 2007.

GONZÁLEZ FUSTER, GLORIA/RAPHAËL, "The fundamental right of data protection in the European Union: in search for an uncharted right", in *International Review of Law, Computer & Technology*, I Volume 26, Issue 1, 2012, pp. 3-10.

GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *A Causa de Pedir na Acção Declarativa*, Almedina, Coimbra, Colecção Teses, Dissertação de Doutoramento, 2004.

GRAF, UTE, *Die Beweislast bei Behandlungsfehlern im Arzthaftungsprozess*, VVF, München, 2001.

GRUA, FRANÇOIS, *Les Contrats de Base de la Pratique Bancaire*, Litec, Paris, 2000.

GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, "A fraude no comércio electrónico: o problema da repartição do risco por pagamentos fraudulentos", in *Infracções Económicas e Financeiras: Estudos de Criminologia e Direito*, J. Cruz C. Cardoso/A.L. Leite R. Faria (coordenação), Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, "A repartição dos prejuízos decorrentes de operações fraudulentas de banca electrónica (*home banking*)", in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 41, Janeiro/Março de 2013, cejur, Braga, Coimbra Editora, 2013, pp. 54-62.

GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, *O contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento electrónicos*, WoltersKluwer/Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

HABERMAS, JÜRGEN, *Erläuterung zur Diskursethik*, Suhrkamp Verlag, 1991.

HART, HERBERT L., "Positivism and the Separation of Law and Morals", in *Harvard Law Review*, Volume 71, 593, 1958, pp. 581-596.

HELLE, JÜRGEN, "Persönlichkeitsverletzungen im Internet", in *Juristen Zeitung (JZ)* 57 2002, pp. 587-602.

HON, W.KUAN/HÖRNE, JULIA/MILLARD, CHRISTOPHER, "Data protection jurisdiction and Cloud Computing – When are Cloud users and providers subject to EU data protection Law?", in *International Review of Law, Computer & Technology* (2012), Volume 26, Issue 2-3, *Special Issue: Current Developments in Cyberlaw* (SLS Cyberlaw Section 2011), pp. 129-169.

HUBER, PETER, "Der Inhalt des Schuldverhältnisses", in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler des Zivilrechts*, Berlin, 2008, pp. 109-126.

HUGHES, JUSTIN "Copyright and its rewards foreseen and unforeseen", in *Harvard Law Review*, Volume 122, April 2009, Number 6, pp. 81-91.

J. SOLOVE, DANIEL/HARTZOG, WOODROW, "The FTC and the New Common Law of Privacy", in *Columbia Law Review*, Volume 114, 2014, pp. 683-765.

JOURDAIN, PATRICE, "Responsabilité Civile", in *Revue Trimestrielle de Droit Civile*, Juillet/Septembre 2008, (2008), pp. 490-502.

KAISER, BRIAN, "Contributory infringement by internet service providers: an argument for limitation", in *Journal of Technology Law and Policy (JTLP)* 7, 2002, pp. 7-85.

KLASS, GREGORY, "Three Pictures of Contract: Duty, Power, and Compund Rule", in *New York Law Review*, Volume 83, December 2008, pp. 1721-1733.

KOHL, UTA, "The rise and rise of online intermediaries in the governance of the internet and beyond – Connectivity intermediaries ", in *International Review of Law, Computer &*

*Technology* (2012), Volume 26, Issue 2-3, *Special Issue: Current Developments in Cyberlaw* (SLS Cyberlaw Section 2011), pp. 185-210.

KOROBKIN, RUSSEL, “Bounded rationality, standard forms contracts, and unconscionability”, in *The University of Chicago Law Review*, Volume 70, (2003), pp. 1251-1272.

L. FULLER, LON, “Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart”, in *Harvard Law Review*, Volume 71, pp. 627-652, 1958.

MATOS, FILIPE DE ALBUQUERQUE DE, “Responsabilidade civil médica: breves reflexões em torno dos respectivos pressupostos”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 43, Abril/Junho 2013, cejur, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 61-69.

MEDICUS, DIETER, “Anspruch und Einrede als Rückgat einer zivilistischen Lehrmethode”, in *Archiv für die civilische Praxis*, 174, 1974, pp. 309-316.

MESQUITA, MIGUEL, “A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno Processo Civil”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, Ano 143.º, 3983, Novembro-Dezembro 2013, Director: António Pinto Monteiro, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 131-143.

MONTEIRO, JORGE SINDE, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Colecção Teses, Tese de Doutoramento, Almedina, Coimbra, 1989.

MÜLBERT, PETER, “Der Kontovertrag als bankgeschäftlicher Vertragstyp”, in *Festschrift für Siegfried Kümpel*, E. Schimdt, Berlin, 2003, pp. 395-416.

MÚRIAS, PEDRO/PEREIRA, MARIA DE LURDES, “Obrigação de meios, obrigações de resultado e custos de produção”, in *Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha, Estudos em Homenagem*, Coordenador: António Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 998-1012.

MÚRIAS, PEDRO/PEREIRA, MARIA DE LURDES “Prestações de coisa: transferência do risco e obrigações de reddere”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 23, Julho/Setembro 2008, cejur, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 3-17.

MÚRIAS, PEDRO FERREIRA, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Dissertação de Mestrado, Lisboa, Lex, 2000.

NUNES, PEDRO CAETANO, “Comunicação de Cláusulas Contratuais Gerais”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume III, Comissão Organizadora: José Lebre de Freitas; Rui Pinto Duarte; Assunção Cristas; Vítor Pereira das Neves; Marta Tavares de Almeida, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 509-525.

NUNES, PEDRO CAETANO, “Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administradores”, in *II Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 201-217.

OLIVEIRA, MADALENA PERESTRELO DE, “A “inexigibilidade” na relação contratual: interpretação do contrato e heteronomia”, in *O Direito*, Ano 145.º (2013), Volume III, Director: Jorge Miranda, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 521-539.

OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO DE, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

PAGET, JOHN/HAPGOOD, MARK, *Paget's Law Banking*, 13<sup>th</sup> edition, Butterworths, London/Edinburg, 2007.

PEDRO, RUTE TEIXEIRA «*A dificuldade de demonstração do nexo de causalidade nas acções relativas à responsabilidade civil do profissional médico – Dos mecanismos jurídicos para uma intervenção pró damnato*», in *Revista do CEJ*, 1º Semestre de 2011, Número 15, Dossiê Temático: Crimes contra a autodeterminação sexual e contra a liberdade sexual com vítimas menores de idade, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 7- 28.

PIRES, CATARINA MONTEIRO, “A prestação restitutória em valor na resolução por incumprimento”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Volume II, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 687-703.

PIRES, CATARINA MONTEIRO, “A Resolução do contrato por incumprimento e impossibilidade de restituição em espécie”, in *O Direito*, Ano 144.º (2012), Volume III, Director: Jorge Miranda, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 647-669.

POLIC, MARKO, “Decision Making: between rationality and reality”, in *Interdisciplinary Description of Complex Systems* 7 (2), 2009, pp. 79-89.

PRÖLSS, J., *Die Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen*, VersR, 1964, 33 (A), pp. 901-906.

QUADRI, ENRICO, “Profili della Responsabilità Medica com particolare riguardo alla ginecologia ed ostetricia: esperienze recenti e prospettive”, in *RcP*, Volume LXIX, 2004, pp. 328-335, também disponível em srsn.com. (acesso em 11 de Abril de 2014).

R.W.BROOKS, RICHARD, “The Efficient Performance Hypothesis”, in *Yale Law Journal*, Volume 116, 2006, pp. 505-589.

RAMOS, JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO, “Desígnios do “novo” Código de Processo Civil”, in *O Direito*, Ano 145.º (2013), Volume IV, Director: Jorge Miranda, Almedina, Coimbra, (2014), pp. 789-814.

RAMOS, JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO, “Questões relativas à Reforma do Código de Processo Civil”, in *O Direito*, Ano 144.º, 2012, Volume III, Director: Jorge Miranda, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 647-669.

RAZ, JOSEPH, “The Functions of Law”, in *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, 163, 1979, pp. 161-178.

REGO, CARLOS LOPES DO, “O Princípio do Dispositivo e os Poderes de Convolação do Juiz no Momento da Sentença”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Comissão Organizadora: Armando Marques Guedes; Maria Helena Brito; Ana Prata; Rui Pinto Duarte; Mariana França Gouveia, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 815-833.

ROSENBERG, LEO, *Die Beweislast auf der Grundlage der bürgerlichen Gesetzbuches and der Zivilprozessordnung*, 5. Auflage, Beck, München, 1963, pp. 124-168.

SÁ, ALMENO DE, "Relação bancária, cláusulas contratuais gerais e o novo Código Civil brasileiro", in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFDUC)*, Volume LXXVIII, Coimbra, 2002, pp. 286-302.

SÁ, ALMENO DE, *Direito bancário*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

SANTOS, HUGO LUZ DOS, "O acórdão do TEDH Varvara c. Itália e o confisco alargado na União Europeia: um passo atrás no "crime doesn't pay", in *Scientia Iuridica (SI)*, Tomo LXIII, n.º 334, Janeiro/Abril de 2014, pp. 86-111.

SANTOS, HUGO LUZ DOS, "O contrato de *swap* de taxas de juro e os instrumentos derivados financeiros e o recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Outubro de 2013: a "alteração anormal das circunstâncias" e as categorias doutrinárias norte-americanas da "Unconscionability" e da "Bounded Rationality": Um "estranho caso" de aliança luso-americana?", in *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano VI, (2014), n.º 2, Director: António Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, 2015, pp 411-443.

SANTOS, HUGO LUZ DOS, "Os *fiduciary duties* dos administradores das sociedades comerciais e o regime jurídico da solidariedade passiva constante do (revogado) art.º 8.º, n.º 7 do RGIT e do (reprimado) art.º 7-A, n.º 2, do RJFNA: cooperação dialéctica entre o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal de Justiça?", in *Revista Fiscal (RF)*, Vida Económica, Porto, Maio/Junho de 2014, pp. 12-34.

SCHWARZ, "Thinking outside the Pandora's box: why the DMCA is unconstitutional under Article I, § 98 of the United States Constitution", in *Journal of Technology Law and Policy (JTLP)* 10, 2006, pp. 103-145.

SILVA, JOÃO CALVÃO DA "As presunções judiciais e os arts. 712.º, 722.º e 729.º do Código de Processo Civil", in *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RL)*, Ano 135.º, 3935, Novembro-Dezembro 2005, Director: Manuel Henrique Mesquita, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 112-131.

SOARES, ANTÓNIO QUIRINO, "Contratos Bancários", in *Scientia Iuridica (SI)*, Braga, cejur, Volume LII, 2003, pp. 97-115.

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, "Apontamentos sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil", in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 43, Julho/Setembro 2013, cejur, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 2-14.

STIGLER, GEORGE "The economics of information", in *Journal of Political Economy*, Volume 69, 1961, pp. 213-225.

TEIXEIRA, MICAEL, *Por uma distribuição dinâmica do ónus da prova*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2012.



TEUBNER, GÜNTHER, "Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gezetzbuch", II, *Luchterhand, Neuwied*, 980, & 242, n.º 58.

VALE, LUÍS MENEZES DO, "Ética do Discurso (habermassiana) e informação societária: breves reflexões", in *I Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 469-551.

VAN ALSENOY, BRENDAN / KOSTA, ELENY/BUMMORTIN, JOS, "Privacy notices versus informational self-determination: minding the gap", in *International Review of Law, Computer & Technology*, 2013, pp. 1-26.

VASCONCELOS, MIGUEL PESTANA DE, "Dos contratos de depósito bancário", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VIII, Coimbra Editora, Coimbra, (2011), pp. 145-166.

W. PEYRANO, JORGE, "La prueba difícil", in *Civil Procedure Review*, Volume 2, n.º 1, January/April, 2011, pp. 86-96.

W. PEYRANO, JORGE, "La prueba difícil", in *Debido Proceso-Realidad y debido proceso – El debido proceso y la prueba*, AAVV, Buenos Aires, 2003, pp. 321-333.

WALDRON, JEREMY, "Positivism and Legality. Harts Equivocal Response to Fuller", in *New York Law Review*, Volume 83, December 2008, pp. 1135-1145.

ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, Beck, München, 1994.

### **Jurisprudência citada no texto**

Acórdão do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*BVerfGE*), de 24/01/2012, disponível em <https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/2012/1>.

Acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América (*US SUPREME COURT*), *United States v. Jones*, de 24/01/2012, disponível em <http://www.supremecourt.gov/>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/12/2013, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).