



Tribunal Judicial da Comarca do Porto
Porto - JC Cível - Juiz 5

Processo n.º 14798/20.6T8PRT, 5.º Juízo Central Cível do Porto do Tribunal Judicial da Comarca do Porto, Portugal.

Autora: Portugália – Administração de Patrimónios, SGPS, S.A., com sede em Lisboa, Portugal – mandatária: Maria Raquel Moreira (mrm-136431@adv.oo.pt).

Ré: BANCO BPI, S.A., com sede no Porto, Portugal – mandatário: Rui Freitas Rodrigues (rui.freitas.rodrigues-2788p@adv.oo.pt).

PEDIDO DE DECISÃO PREJUDICIAL

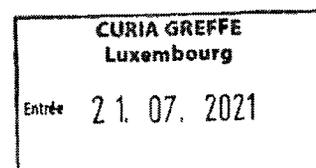
Interpretação da Diretiva (UE) 2015/2366 do Parlamento Europeu e do Conselho
de 25 de novembro de 2015

(artigo 267.º, §§ 1.º, al. b), e 2.º, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia)

O Tribunal Judicial da Comarca do Porto – 5.º Juízo Central Cível do Porto, solicita ao TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA que emita pronúncia vinculativa prejudicial sobre as questões adiante formuladas, respeitantes à interpretação dos artigos 61.º, 72.º, 73.º e 74.º da Diretiva (UE) 2015/2366 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015, cuja resolução é necessária à decisão da ação acima identificada.

Conteúdo:

A. Questões submetidas ao Tribunal de Justiça da União Europeia	2
B. Exposição sumária do objeto do litígio.....	3
C. Exposição sumária dos factos pertinentes.....	3
D. Teor das disposições nacionais suscetíveis de aplicação ao caso	4
E. Jurisprudência nacional pertinente (http://www.dgsi.pt/)	5
F. Razões da interrogação sobre a interpretação da Diretiva	5
F.1. Considerações preliminares – enquadramento do caso na Diretiva	5
F.2. Questão I – aplicabilidade do n.º 1 do art. 73.º da Diretiva	7
F.3. Questão II – pressupostos do reembolso imediato e sua alteração	9
F.4. Questão III – limitação convencional da responsabilidade do prestador	10
G. Nexa entre as disposições da Diretiva e a legislação nacional aplicável	11





Tribunal Judicial da Comarca do Porto
Porto - JC Cível - Juiz 5

A. Questões submetidas ao Tribunal de Justiça da União Europeia

Para os efeitos previstos na Diretiva (UE) 2015/2366 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015 (adiante apenas Diretiva):

- I. A execução, com intervenção humana do prestador de serviços de pagamento, de uma ordem de pagamento elaborada em papel, digitalizada e transmitida por correio eletrónico, enviada ao prestador de serviços de pagamento a partir de uma conta de correio eletrónico criada pelo utilizador, constitui uma “operação de pagamento”, para os efeitos previstos no n.º 1 do artigo 73.º da Diretiva?
- II. O disposto no n.º 1 do art. 73.º da Diretiva deve ser interpretado no sentido de:
 - II.I. sem prejuízo do disposto no art. 71.º ou de suspeita razoável de fraude devidamente comunicada, para o nascimento da obrigação (do prestador de serviços de pagamento) de reembolso (ao ordenante) é suficiente a mera comunicação da falta de autorização de uma operação de pagamento, desacompanhada de meios de prova?
 - II.II. (sendo afirmativa a resposta à questão anterior) a regra da suficiência da mera comunicação do ordenante pode resultar afastada como consequência da não aplicação das regras sobre o ónus da prova previstas no art. 72.º da Diretiva, por acordo das partes (ordenante e prestador de serviços), conforme consentido pelo n.º 1 do art. 61.º da Diretiva?
 - II.III. (sendo afirmativa a resposta à questão anterior) o prestador dos serviços de pagamento apenas fica obrigado a reembolsar imediatamente o ordenante se este provar a falta de autorização da operação, no caso de, afastado o disposto no art. 72.º da Diretiva, o regime legal ou convencional aplicável onerar o ordenante com essa prova?
- III. A norma enunciada no n.º 1 do art. 61.º da Diretiva consente não apenas o afastamento do disposto no art. 74.º da Diretiva, como também, em substituição do regime afastado, o estabelecimento, por acordo entre o utilizador (não consumidor) e o prestador de serviços de pagamento, de um regime de responsabilidade do ordenante mais gravoso, designadamente, em derrogação do disposto no 73.º da Diretiva?



Tribunal Judicial da Comarca do Porto
Porto - JC Cível - Juiz 5

B. Exposição sumária do objeto do litígio

1. A Portugália, SGPS, S.A., (autora) demandou o Banco BPI, S.A. (ré), uma instituição onde a primeira tem uma conta bancária aberta, pedindo a condenação desta a entregar-lhe a quantia de € 2.500.000,00, acrescida de juros.
2. A Portugália sustenta que o Banco BPI realizou uma transferência não autorizada no referido montante a partir da sua conta bancária.
3. O Banco BPI defende-se afirmando que a operação foi realizada em conformidade com instruções recebidas via mensagem de correio eletrónico.

C. Exposição sumária dos factos pertinentes

4. A Portugália, uma sociedade anónima com o resultado de € 9.039.882,33 no exercício de 2018, tem uma conta bancária de depósito à ordem aberta no Banco BPI, uma instituição de crédito registada no Banco de Portugal.
5. A Portugália solicitou ao Banco BPI que lhe permitisse transmitir ordens, para a realização de operações sobre a sua conta bancária, por meio de mensagens enviadas através de correio eletrónico, dirigidas ao Banco BPI.
6. Em janeiro de 2018, com vista à autorização de execução de instruções por fax ou por correio eletrónico sobre a conta bancária da autora, as partes concluíram um acordo escrito nos seguintes termos, designadamente:
 - 6.1. «Portugália – Adm de Patrimonios, SGPS, SA (...) autorizamos o Banco BPI, S.A., a executar (...) todas e quaisquer operações (...) que transmitirmos por fax ou correio eletrónico (...) para execução nas seguintes contas adiante designadas de que a empresa é titular no Banco BPI, S.A.»;
 - 6.2. «Para o presente efeito, autorizamos o Banco BPI, S.A., a (...) b) Não executar instruções remetidas por correio eletrónico quando não sejam acompanhadas de cópia digitalizada da instrução devidamente subscrita com a(s) assinatura(s) válida(s) e com poderes bastantes para a movimentação da conta»;
 - 6.3. «Reconhecemos (...) que ao Banco BPI, S.A., apenas caberá verificar se estão observados os requisitos definidos anteriormente (...). Assumimos toda a



Tribunal Judicial da Comarca do Porto
Porto - JC Cível - Juiz 5

responsabilidade e todas as consequências que resultem da utilização não autorizada, abusiva ou fraudulenta (...) do correio eletrónico, suportando todos os prejuízos resultantes da execução de instruções relativas à(s) nossa(s) conta(s) que tenham, por algum modo, sido falsificadas ou deturpadas, ou que não tenham tido origem no(s) titular(es). (...) O Banco não assume qualquer responsabilidade pelos danos ou prejuízos resultantes da utilização (...) do correio eletrónico, incluindo em consequência de atrasos, perdas, violação, deturpações ou deficiente compreensão da informação transmitida, bem como da falsificação de assinaturas ou documentos».

7. A conta de correio eletrónico da Portugália foi por esta criada, estando protegida por uma palavra-passe por ela configurada, não se encontrando integrada num serviço de banca em linha predisposto pelo Banco BPI.
8. O Banco BPI não teve nenhuma intervenção na criação da conta de correio eletrónico da Portugália, não tendo fornecido nenhuma credencial de acesso para a sua utilização, não estando ela alojada nos seus servidores.
9. Em 25 de março de 2020, um terceiro, por meios não apurados, obteve o acesso não autorizado à conta de correio eletrónico da Portugália e, a partir desta, enviou aos serviços do Banco BPI uma ordem de transferência no valor de € 2.500.000,00.
10. A ordem de transferência de 25 de março de 2020, não autorizada pela Portugália, foi executada pelos serviços administrativos do Banco BPI, após este ter conferido as assinaturas apostas na instrução recebida com as assinaturas manuscritas dos representantes da Portugália registadas no seu sistema informático.

D. Teor das disposições nacionais suscetíveis de aplicação ao caso

11. São suscetíveis de aplicação ao caso, em especial, as disposições contidas nos arts. 100.º, n.º 2, 113.º, n.ºs 1 e 3, e 114.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 91/2018, de 12 de novembro (o qual transpõe a Diretiva para a ordem jurídica interna).



Tribunal Judicial da Comarca do Porto
Porto - JC Cível - Juiz 5

12. Tais artigos consagram, sem novidade relevante, as normas determinadas nos arts. 61.º, 72.º, 73.º e 74.º da Diretiva¹, pelo que não se afigura necessária a sua transcrição.

E. Jurisprudência nacional pertinente (<http://www.dgsi.pt/>)

13. Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 27-11-2019 (12693/16.2T8PRT.P1.S1).
14. Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 11-07-2019 (17446/17.8T8LSB.L1-1).
15. Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 10-07-2019 (2406/17.7T8BCL.G1).
16. Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 31-03-2020 (93/15.6T8TND.C1).

F. Razões da interrogação sobre a interpretação da Diretiva

F.1. Considerações preliminares – enquadramento do caso na Diretiva

17. A ré sustenta que a norma enunciada no n.º 1 do art. 73.º não se aplica às operações de pagamento efetuadas com recurso a “instrumentos de pagamento” que compreendem a intermediação da atuação (de cumprimento da ordem) do prestador de serviços de pagamento, através da intervenção (humana) dos seus funcionários (conforme conclui no art. 167.º da contestação). Sustenta, ainda, que as partes, quando o utilizador não é “consumidor” nem “microempresa”, podem afastar contratualmente a norma enunciada no n.º 1 do art. 73.º da Diretiva (conforme conclui nos arts. 94.º e 139.º da contestação).
18. Afigura-se que o serviço disponibilizado pelo prestador do serviço, acima descrito – ou seja, a execução, por um funcionário do prestador do serviço, de ordens transmitidas por mensagem de correio eletrónico, com base num acordo prévio acolhendo esta via de transmissão de instruções –, é um “serviço de pagamento”, para os efeitos previstos na Diretiva, estando abrangido pelo n.º 3 do art. 4.º (e n.º 3 do Anexo), não sendo excluído pelo disposto no seu art. 3.º.
19. O texto do n.º 5 do art. 4.º acolhe, sem dificuldade, a execução, pelo prestador do serviço, de uma transferência de fundos, na satisfação de uma ordem do cliente –

¹ Referem-se à Diretiva (UE) 2015/2366 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015, todos os artigos referidos sem outra menção de fonte.



Tribunal Judicial da Comarca do Porto
Porto - JC Cível - Juiz 5

transmitida por mensagem de correio eletrónico, a partir de uma conta de correio eletrónico pessoal pelo mesmo criada (sem intervenção do prestador) – como sendo uma “operação de pagamento”. Esta conclusão é reforçada pelo teor da parte final do enunciado do n.º 13 do art. 4.º, dedicado ao conceito de “ordem de pagamento”.

20. Podemos aceitar que o procedimento adotado pelas partes é um “instrumento de pagamento”, para os efeitos previstos no n.º 14 do art. 4.º. É certo que a mera instrução transmitida por mensagem de correio eletrónico pessoal não é um “dispositivo físico” nem um “conjunto de procedimentos” especial e especificamente concebido para transmissão de ordens de pagamento ou para quaisquer fins da relação comercial entre o utilizador e o prestador – cfr. a questão n.º 34 constante do documento intitulado «Your questions on PSD», publicado pela Comissão Europeia (<https://ec.europa.eu/>). No entanto, se as partes estabelecerem que a instrução só é *devidamente* emitida se for elaborada em papel, assinada pelo punho dos representantes do ordenante e, subsequentemente, digitalizada e remetida ao prestador do serviço, já estaremos perante um procedimento enquadrável no conceito de “instrumento de pagamento”. Com efeito, sobre este conceito, à luz da PSD1, o Tribunal já decidiu que “O artigo 4.º, ponto 23, da Diretiva 2007/64 deve ser interpretado no sentido de que tanto o procedimento de emissão de uma ordem de transferência mediante um formulário de transferência com a assinatura manuscrita do ordenante como o procedimento de emissão de uma ordem de transferência online constituem instrumentos de pagamento na aceção desta disposição” – Acórdão do TJUE de 9 de abril de 2014, T-Mobile Austria, C-616/11, ECLI:EU:C:2014:242, §§ 29 a 44.
21. Dos n.ºs 1 e 2, § 2.º, do art. 64.º resulta que uma operação de pagamento é considerada “não autorizada” sempre que é realizada por quem não está legitimado (como ou pelo ordenante). Ora, se o utilizador que vê a sua conta de correio eletrónico ilegitimamente acedida não autoriza a operação ordenada, parece que esta merece a qualificação de “operação de pagamento não autorizada” – cfr. o Acórdão do TJUE de 11 de abril de 2019, Mediterranean Shipping Company, C-295/18, ECLI:EU:C:2019:320, §§ 43 e 54..
22. Sendo claro que a prova da *autenticação* cabe ao prestador do serviço, não é igualmente claro que a prova da *autorização* (autoria da ordem) lhe caiba, embora pareça ser essa a



Tribunal Judicial da Comarca do Porto
Porto - JC Cível - Juiz 5

solução-regra que resulta dos n.ºs 29 do art. 4.º, 1 do art. 72.º e 1 do art. 73.º, bem como (*a contrario*) da al. b) do n.º 1 do art. 63.º: caso um utilizador negue ter autorizado uma operação de pagamento executada, cabe ao prestador do serviço de pagamento não apenas o ónus da prova da autenticação formal da operação – ou seja, nos casos como o tratado, a prova da conferência (e semelhança) das “assinaturas válidas” –, como também o ónus da prova da sua efetiva autorização pelo ordenante (ou de fraude, dolo ou negligência grosseira deste).

F.2. Questão I – aplicabilidade do n.º 1 do art. 73.º da Diretiva

23. Afigura-se que, nos arts. 73.º e 74.º, o legislador da União procedeu a uma adjudicação do risco de perdas resultantes da realização de uma operação não autorizada a quem o pode controlar. A ideia de controlo do risco (através do controlo do serviço de pagamento) parece estar também presente, por exemplo, nas normas enunciadas no n.º 2 do art. 68.º, nos n.ºs 1, al. a), e 2, do art. 69.º e nos n.ºs 1, als. a), c) e e), e 2, do art. 70.º.
24. O domínio da fonte de risco apenas explica, por si só, a (quase) *automática* atribuição das perdas de uma “operação de pagamento não autorizada” ao prestador de serviços nos casos em que a operação é executada com recurso a um “serviço de pagamento” *automatizado* predisposto pelo prestador do serviço, compreendendo a atribuição de “credenciais de segurança”. São, pois, os casos de “operação de pagamento remota” ou de utilização de um cartão bancário, nos quais, excluída a atividade dos utilizadores, o processamento do pagamento é inteiramente automatizado (sem intervenção humana do prestador de serviços de pagamento).
25. No contexto do serviço de “banca em linha” (*telebanking* ou *home banking*), as soluções que os arts. 73.º e 74.º apresentam são compreensíveis. A instituição bancária controla o risco inerente à utilização da plataforma eletrónica por si *predisposta – a quem pertence, por quem é gerida* e que está *instalada num servidor seu* –, à qual os seus clientes podem aceder remotamente, através da Internet, utilizando credenciais de acesso *fornecidas pela instituição*, podendo este, assim, realizar *diretamente* – isto é, sem intervenção humana da instituição bancária – transferências, por exemplo. Já o



Tribunal Judicial da Comarca do Porto
Porto - JC Cível - Juiz 5

- cliente controla, em larga medida, o risco de acesso indevido às suas credenciais de acesso, referidas no n.º 31 do art. 4.º.
26. Esta distribuição do risco aplica-se, ainda, por exemplo, à realização de operações com cartões bancários protegidos por dispositivos de segurança personalizados.
27. A execução, com intervenção humana dos funcionários do prestador do serviço, de uma ordem de pagamento assinada e digitalizada, transmitida por mensagem de correio eletrónico, enviada a partir de uma conta de correio eletrónico do ordenante é substantivamente distinta das hipóteses de “banca em linha” e de utilização de um cartão bancário acima descritas. Em tal execução, o instrumento de pagamento adotado e a credencial de segurança não são predispostos pelo prestador do serviço nem são por este controlados. São criados e, no essencial, controlados pelo utilizador – sendo este quem, por exemplo, cria a sua conta de correio eletrónico, define o nível de segurança da palavra-passe que escolhe, define o nível de segurança dos aparelhos que usa para aceder à sua conta de correio eletrónico e escolhe as redes (fixas ou móveis) que usa para aceder à Internet.
28. Quando estamos perante uma “operação de pagamento” precedida de uma “ordem de pagamento” *devidamente autenticada* – de acordo com o “instrumento de pagamento” adotado entre as partes –, existindo a intermediação da atuação humana (de cumprimento da ordem) do prestador de serviços de pagamento (ou seja, dos seus funcionários “físicos”), a origem do vício substantivo de falta de autorização situa-se, necessariamente, na fase da “ordem de pagamento” – inteiramente controlada pelo ordenante –, e não na fase de cumprimento desta pelo prestador de serviços. Por assim ser, o melhor controlo *da fonte* de risco não parece ser suficiente, por si só, para explicar a eventual aplicabilidade da norma enunciada no n.º 1 do art. 73.º, a casos como este.
29. A questão que se coloca é, pois, a de saber se o n.º 1 do art. 73.º atribui ao prestador do serviço de pagamento a responsabilidade por operações de pagamento não autorizadas, *quando não é ele quem melhor controla a fonte do risco*.
30. Não se poderá deixar de reconhecer, a este respeito, que determinados utilizadores de serviços de pagamento também se encontram em posição de adequadamente “avaliar o



Tribunal Judicial da Comarca do Porto
Porto - JC Cível - Juiz 5

risco de fraude e tomar medidas de compensação” – veja-se o considerando 73 da Diretiva –, não valendo a ideia de que é o prestador do serviço quem obtém maiores benefícios com a utilização do “instrumento de pagamento”, nos casos em que este instrumento obriga à intervenção humana dos seus funcionários na execução das ordens, necessariamente mais onerosa e demorada.

31. No entanto, também se pode aceitar que o legislador da União assumiu conscientemente uma adjudicação da responsabilidade desproporcional ao risco controlado pelo prestador do serviço, com um propósito compulsório, visando “promover a criação de instrumentos mais seguros” – propósito presente na Diretiva n.º 2007/64/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de novembro, conforme consta no seu considerando 34.
32. Se se entender que o n.º 1 do art. 73.º não foi pensado e não se aplica a casos como o agora tratado, a responsabilidade dos intervenientes será apreciada à luz do Direito interno, designadamente, fazendo recair o prejuízo da operação sobre uma das partes ou sobre ambas, considerando a sua concreta atuação objeto de apreciação pelo tribunal.

F.3. Questão II – pressupostos do reembolso imediato e sua alteração

33. A primeira parte do n.º 1 do art. 73.º constitui-se como uma norma sobre responsabilidade civil pelas perdas decorrentes da realização de uma operação não autorizada. No entanto, esta norma também estabelece, ou dá por estabelecido nas disposições anteriores (i.e., no art. 72.º), que (sem prejuízo do artigo 71.º e da existência de motivos razoáveis para suspeita de fraude), para que o prestador do serviço fique obrigado a, imediatamente, reembolsar o ordenante, *este apenas está onerado com a comunicação (alegação) da falta de autorização da operação de pagamento*, e já não com a sua demonstração (prova).
34. Perante este enquadramento legal, surge a questão de saber se, mantendo-se inalterada a norma sobre a responsabilidade civil pelas perdas decorrentes da realização de uma operação não autorizada – respondendo o prestador dos serviços de pagamento pelas perdas sofridas pelo ordenante –, a regra (também contida no n.º 1 do art. 73.º) segundo a qual a obrigação de reembolso nasce *imediatamente* –mas sem prejuízo de ulterior



Tribunal Judicial da Comarca do Porto
Porto - JC Cível - Juiz 5

demonstração de fraude, dolo ou negligência grosseira do ordenante: *solve et repete* – perante a mera comunicação (alegação) da falta de autorização de uma operação de pagamento fica afastada em resultado da não aplicação das regras do ónus da prova previstas no art. 72.º, acordada pelas partes, conforme admitido no n.º 1 do art. 61.º.

35. A dúvida levantada consiste, pois, em saber se, não obstante o art. 73.º não ser referido no n.º 1 do art. 61.º, a não aplicação das regras do ónus da prova previstas no art. 72.º leva a que o prestador dos serviços de pagamento só esteja obrigado a reembolsar imediatamente o ordenante no caso de (sem prejuízo do artigo 71.º e da existência de motivos razoáveis para suspeita de fraude) este fazer *previamente* a prova de que a operação não foi autenticada nem por si autorizada, sempre que, afastado o disposto no art. 72.º, o regime aplicável (por força de outra norma legal ou convencional válida) adjudique ao ordenante aquela prova.

F.4. Questão III – limitação convencional da responsabilidade do prestador

36. A segunda questão suscitada pela ré em torno da derrogação do regime previsto no n.º 1 do art. 73.º, agora em consequência do afastamento do disposto no art. 74.º, por acordo das partes, traduz-se na afirmação de que a norma enunciada no n.º 1 do art. 61.º consente não apenas tal afastamento, como também, em substituição do regime legal afastado, o estabelecimento por contrato de um regime de responsabilidade do ordenante *mais gravoso*.
37. É certo que, literalmente, o n.º 1 do art. 61.º apenas prevê que o utilizador e o prestador de serviços de pagamento possam acordar “em que não se aplique, no todo ou em parte, o disposto no” art. 74.º. Neste sentido, poder-se-ia dizer que aquela norma apenas consente que as partes afastem as normas (agrupadas no art. 74.º) que preveem a responsabilização o ordenante, mantendo-se o restante regime, o que significa dizer que apenas consente que as partes acordem em *beneficiar o ordenante* – eliminando, no todo ou em parte, a fonte legal da sua responsabilidade. Por exemplo, de acordo com tal entendimento, o n.º 1 do art. 61.º caucionaria o afastamento contratual da obrigação de o ordenante suportar as perdas até ao valor de € 50,00 (prevista no n.º 1 do art. 74.º), mas já não a estipulação do aumento deste valor para € 500,00.



Tribunal Judicial da Comarca do Porto
Porto - JC Cível - Juiz 5

38. Também é certo que, tal como consta dos seus considerandos iniciais, a Diretiva é altamente protetora dos utilizadores, em especial dos consumidores. No entanto, precisamente por esta razão, a interpretação do n.º 1 do art. 61.º referida encerra uma contradição. Se o art. 74.º apenas pode ser afastado em *benefício* do ordenante, nenhuma razão existe para que o n.º 1 do art. 61.º estabeleça que a não aplicação daquele artigo só pode ser acordada “caso o utilizador de serviços de pagamento não seja um consumidor”. Não há razão para proibir o afastamento convencional se este só pode beneficiar o consumidor.
39. Esta conclusão, vista no contexto dado pelos considerandos 53 e 73 da Diretiva, sugere que as partes podem *agravar* a responsabilidade do ordenante por operações de pagamento não autorizadas, quando este não é um consumidor e, por esta via, limitar a responsabilidade do prestador prevista no n.º 1 do art. 73.º.

G. Nexo entre as disposições da Diretiva e a legislação nacional aplicável

40. O nexo entre as disposições da Diretiva e a legislação nacional aplicável é direto, já que esta é integrada pelo Decreto-Lei n.º 91/2018, de 12 de novembro, diploma que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva (UE) 2015/2366.
41. É essencial para a justa composição do litígio interpretar os n.ºs 1 e 2 art. 114.º do Decreto-Lei n.º 91/2018, decalcados do enunciado do art. 73.º da Diretiva, de modo a determinar se as normas que encerram são aplicáveis ao tipo de procedimento adotado pelas partes. Só a correta (e uniforme) interpretação da Diretiva permitirá a justa composição do litígio.

Porto, 5 de fevereiro de 2021

O Juiz de Direito