

Publicação disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/ac1d9a6f4db7/>

OS DEVERES DAS INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO PARA COM OS SEUS CLIENTES NO PROJETO DE CÓDIGO DA ATIVIDADE BANCÁRIA: SISTEMATIZAÇÃO GERAL

ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO

REVISTA DE DIREITO FINANCEIRO E DOS MERCADOS DE CAPITAIS, VOL. 3 (2021), NO. 10, 1-11



A. BARRETO MENEZES CORDEIRO
Professor Associado da FDUL. Investigador do CIDP

Os deveres das instituições de crédito para com os seus clientes no Projeto de Código da Atividade Bancária: sistematização geral

The duties of credit institutions toward their costumers in the Draft Banking Activity Code

RESUMO: O Anteprojeto do Código da Atividade Bancária (ACAB) manteve, com ligeiros aperfeiçoamentos, a sistematização dos deveres das instituições de crédito previsto no RGICSF. O presente estudo, por natureza preliminar, foca-se em dois aspetos principais: (i) as diferenças entre os regimes positivados no CVM e no RGCISF/ACAB; e (ii) as fragilidades dogmáticas da imposição de deveres relacionais aos colaboradores e não às instituições de crédito.

Palavras-chave: (i) Código da Atividade Bancária; (ii) instituições de crédito; (iii) intermediários financeiros

ABSTRACT: *The preliminary draft of the Banking Activity Code maintained, with slight improvements, the systematization of the duties of credit institutions provided for in the RGICSF. The present study focuses on two main aspects: (i) the differences between the CVM and the RGCISF/ACAB; and (ii) the dogmatic weaknesses in the imposition of duties on the employees of credit institutions.*

Keywords: (i) *Banking Activity Code; (ii) credit institutions; (iii) investment firms*

SUMÁRIO: § 1.º Enquadramento: 1. Os deveres das instituições de crédito no Direito bancário e no Direito dos valores mobiliários; 2. Eventuais *rationes* para este afastamento; 3. Sistematização do ACAB/RGICSF: dificuldades. § 2.º Os deveres das instituições de crédito no RGICSF/ACAB: 4. Enquadramento; 5. Os deveres dos colaboradores das instituições de crédito para com os clientes: análise exegética; 6. Os deveres dos colaboradores enquanto deveres das próprias instituições de crédito.

§ 1.º Enquadramento

1. Os deveres das instituições de crédito no Direito bancário e no Direito dos valores mobiliários

I. O Anteprojeto do Código da Atividade Bancária (ACAB) não prevê um regime sistematizado e unitário dos deveres das instituições de crédito para com os seus clientes. Decidiu-se, nesse sentido, conservar a solução positivada no RGICSF.

A ausência de um regime próprio contrasta com o modelo seguido classicamente no Direito dos valores mobiliários, em relação aos intermediários financeiros (em especial artigos 304.º ss do CVM)¹. A proximidade das relações bancárias e mobiliárias não justifica tratamentos legislativos tão díspares. Recorde-se, a esse propósito, um exemplo clarificador:

A recebeu € 100 000 de herança e pretende *por o seu dinheiro a render*. Com conhecimentos financeiros reduzidos, dirige-se à sucursal X do **Banco B**, para falar com **C**, seu gestor de conta.

C apresenta-lhe duas soluções: (i) constituição de um depósito a prazo; ou (ii) subscrição de obrigações emitidas pela **Sociedade D**, cotada em bolsa.

¹ Aí, as críticas apontadas são não raramente as opostas, ou seja, o legislador levou a densificação dos deveres dos intermediários financeiros a um nível que, em teoria, dificilmente não conseguirá o intérprete-aplicador, quando confrontado com uma situação litigiosa, identificar mais do que um ilícito obrigacional.

Enquanto discutem as vantagens e desvantagens de cada uma das opções de investimento, **A** comenta que gostaria de utilizar parte da herança recebida para viajar com a sua família, nas próximas férias do Verão. Receia, contudo, que a sua casa seja assaltada. Ouviu dizer que é precisamente neste período do ano que mais assaltos são planeados. **C** responde de imediato que tem a solução para este problema: **A** deveria subscrever o novo Seguro Multiriscos Habitação, disponibilizado pelo **Seguradora E** – sociedade integrada no Grupo Empresarial de que também o **Banco B** faz parte.

II. À luz do panorama jurídico-financeiro vigente, é possível identificar, neste exemplo, três dimensões distintas:

- relação bancária: aconselhamento da constituição de um depósito a prazo; regulada, no seu essencial, pelo RGICSF² e supervisionada pelo BdP³;
- relação mobiliária: aconselhamento de subscrição de obrigações emitidas pela **Sociedade D**; regulada, no seu essencial, pelo CVM⁴ e supervisionada pela CMVM⁵
- relação seguradora: aconselhamento de aquisição de um seguro, disponibilizado pela **Seguradora E**; regulada, no seu essencial, pelo Decreto-Lei n.º 144/2016, de 31 de julho, relativo à mediação de seguros (Lei da Mediação de Seguros)⁶ e supervisionada pela ASF⁷.

Confrontado, com este exemplo – que ocorre, com ligeiras adaptações, em Portugal todos os dias, num número que seguramente ultrapassa as várias centenas – o intérprete-aplicador é confrontado

² Artigos 73.º ss do RGIC, a que acrescem centenários usos bancários – por todos: António Menezes Cordeiro, *Direito bancário*, 6.ª ed., com colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro, Almedina: Coimbra (2016), 217 ss.

³ Artigo 116.º/1 do RGIC e artigo 17.º da Lei Orgânica do Banco de Portugal.

⁴ Artigos 304.º ss do CVM.

⁵ Artigo 359.º/1, b) do CVM.

⁶ Artigos 31.º ss da Lei da Mediação de Seguros.

⁷ Artigo 58.º da Lei da Mediação de Seguros.

com problemas (i) práticos; (ii) materiais; (iii) dogmáticos; e (iv) de supervisão, facilmente identificáveis. O confronto entre o conteúdo do RGICSF e do CVM é, à luz dos propósitos que subjazem a este estudo preliminar, esclarecedor: os deveres que o sistema impõe à mesma instituição de crédito, no âmbito da mesma relação quadro, no mesmo local e momento são distintos⁸.

2. Eventuais *rationes* para este afastamento

I. As *rationes* que sustentam este enorme fosso não são claras nem, verdadeiramente, conhecidas. Aventa-se, porventura, duas: (i) o ACAB, assim como o RGICSF, é essencialmente um diploma de Direito regulatório, sendo, como tal, alheio a questões privatísticas; e (ii) os deveres das instituições de crédito sustentam-se em sólidos usos bancários.

II. O primeiro argumento não pode ser aceite por razões duas razões. Primeira: o ACAB regula vários aspetos relacionais e de forma desenvolvida, pense-se no exemplo paradigmático do dever de informação (artigo 200.º do ACAB/artigo 77.º do RGICSF)⁹. Segunda: também os diplomas europeus (*maxime*, DSI, DMIF I e DMIF II) que sustentam o regime jurídico da intermediação financeira, foram concebidos enquanto legislação regulatória¹⁰. O diploma não impõe, pelo menos diretamente, que os Estados-Membros concedam a estes deveres uma dimensão privatística, de índole delitual ou contratual, que possibilite responsabilizar civilmente os intermediários financeiros pelos danos causados¹¹. Trata-se de uma decisão a ser tomada, individualmente, por cada Estado

⁸ Para uma análise mais delicada a este exemplo e ao conceito de Direito financeiro, veja-se o nosso: *Manual de Direito dos valores mobiliários*, 2.ª ed., Almedina: Coimbra (2018), 59 ss.

⁹ Mas mesmo neste caso, a densificação do regime mobiliário é incomparavelmente superior.

¹⁰ Federico Della Negra, *MiFID II and Private Law: Enforcing EU Conduct of Business Rules*, Hart: Oxford (2020), 13 ss.

¹¹ Federico Della Negra, *The Private Enforcement of the MiFID Conduct of Business Rules. An Overview of the Italian and Spanish Experiences*, 10 ERCL, 2014, 571-595, 573.

Membro. É esta a jurisprudência constante do TJUE, notavelmente professada no acórdão *Genil v Bankinter*¹²:

A este respeito, há que salientar que, embora o artigo 51.º da Diretiva 2004/39 [DMIF I] preveja a imposição de medidas ou de sanções administrativas contra as pessoas responsáveis por uma violação das disposições adotadas em aplicação desta diretiva, não precisa que os Estados-Membros devem prever consequências contratuais no caso da celebração de contratos que não respeitam obrigações que decorrem das disposições de direito nacional que transpõem o artigo 19.º, n.ºs 4 e 5 [relativos aos deveres de informação e de adequação], da Diretiva 2004/39 [DMIF I] nem quais poderiam ser essas consequências. Ora, na inexistência de legislação da União na matéria, compete à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro regular as consequências contratuais da violação dessas obrigações, sem prejuízo do respeito dos princípios da equivalência e da efetividade.

e reafirmada no acórdão *Banif v Lantos*¹³.

Coube ao legislador português, aquando da correspondente transposição, assumir uma postura marcadamente privatística¹⁴. Mas não foi esse o caminho seguido pelos demais legisladores nacionais, recorde-se o caso paradigmático alemão, onde, ainda hoje, não é claro, do ponto de vista jurisdicional, se os deveres dos intermediários financeiros consubstanciam normas de proteção e se permitem, no caso de serem violados, a interposição de ações cíveis ressarcitórias¹⁵.

III. Quanto aos usos bancários, estes têm, reconhecidamente, pouca relevância entre nós¹⁶. Na busca por uma prática efetiva-

¹² TJUE 30-mai.-2013, proc. C-604/11 (*Genil v Bankinter*), 57.

¹³ TJUE 3-dez.-2015, proc. C-312/14 (*Banif v Lantos*), 78.

¹⁴ Trata-se de uma prerrogativa dos Estados-Membros: TJUE 30-mai.-2013, proc. C-604/11 (*Genil v Bankinter*), 57 e TJUE 3-dez.-2015, proc. C-312/14 (*Banif v Lantos*), 78.

¹⁵ Negra, *MiFID II* cit., 89 e Mads Andrenas/Federico Della Negra, *Between Contract Law and Financial Regulation: Europeanisation of General Contract Law*, 4 EBLR (2017), 499-521.

¹⁶ Menezes Cordeiro, *Direito bancário* cit., 216 ss.

mente reiterada teremos de recorrer a uma análise às cláusulas contratuais gerais do setor.

IV. As diferenças entre os dois regimes jurídicos parecem, como tantas vezes ocorre na nossa Ciência Jurídica, residir mais em razões de índole histórica ou cultura, numa aceção ampla, do que em fundamentos legislativos ou dogmáticos conhecidos e testados.

3. Sistematização do ACAB/RGICSF: dificuldades

I. O ACAB, de forma idêntica ao que se verifica em relação ao RGICSF – muito embora se note um certo cuidado de aperfeiçoamento – não distingue, de forma suficientemente clara, quatro dimensões distintas: (i) os deveres das instituições de crédito para com os clientes; (ii) os deveres dos colaboradores das instituições de crédito para com os clientes; (iii) os deveres (genéricos) organizativos internos das instituições de crédito; e (iv) os deveres dos órgãos de administração e fiscalização, a direção de topo e os titulares de funções essenciais no âmbito das suas competências.

II. Neste estudo preliminar, apenas nos interessam os dois primeiros pontos. Contudo, uma clarificação dos deveres das instituições de crédito para com os clientes bancários, em todas as suas diferentes dimensões e limites, pressupõe uma análise integrada das quatro dimensões mencionadas.

§ 2.º Os deveres das instituições de crédito no RGICSF/ /ACAB

4. Enquadramento

I. Dos quatro artigos que compõe a Secção I (Relações com os clientes) do Capítulo X (Normas comportamentais e inerente organização interna) apenas 1 atribui, numa perspetiva exegética, deveres às instituições de crédito, no âmbito das relações que estabelecem com os clientes: o artigo 200.º, relativo ao dever de informação. O Projeto do CAB conserva, no geral, a solução positivada no

RGICSF, ao impor às instituições de crédito o dever de prestarem toda a informação necessária, artigo 200.º/4 do Projeto do CAB¹⁷. O contraste com a realidade mobiliária é, também aqui, evidente: o legislador europeu tem promovido uma sucessiva densificação dos deveres de informação – basta, para o efeito, comparar as sucessivas reformas aos artigos 312.º ss do CVM.

II. A discrepância entre os deveres impostos pelo CVM e pelo RGICSF/ACAB é evidente, mesmo assumindo, como *infra* iremos demonstrar, que os deveres atribuídos aos colaboradores das instituições de crédito adstringem estas últimas e não os primeiros. Não se nega que a complexidade dos mercados financeiros e os riscos que os investidores aí incorrem é superior. Todavia, cremos que alguns dos deveres desenvolvidos ou especialmente densificados no âmbito mobiliário têm todo o cabimento de ser trazidos para o mercado bancário, mesmo que com uma implementação circunscrita.

O exemplo mais evidente parece ser o dever de adequação. Este exige que os intermediários financeiros adequem a sua atuação – quer seja o aconselhamento, gestão de carteiras ou outro serviço de intermediação – ao perfil concreto de cada cliente¹⁸. No âmbito da concessão de crédito, a imposição de um dever de adequação parece contrariar a lógica que sustenta o instituto, mas o mesmo não se verifica no âmbito dos depósitos, ainda que nas suas modalidades tradicionais, em face da dimensão de investimento que convocam e que os torna sucedâneos de alguns instrumentos financeiros de menor risco .

5. Os deveres dos colaboradores das instituições de crédito para com os clientes: análise exegética

I. Nos termos do artigo 199.º/1 do ACAB:

¹⁷ Corresponde ao artigo 77.º/5 do RGICSF.

¹⁸ A. Barreto Menezes Cordeiro, *Os deveres de adequação dos intermediários financeiros à luz da DMIF II*, 1 RDFMC (2019), 1-24.

Os colaboradores das instituições de crédito procedem, nas relações com os clientes, com diligência, neutralidade, lealdade, discrição e respeito consciencioso pelos interesses que lhes estão confiados.

O conteúdo deste preceito afasta-se do disposto no artigo 74.º do RGICSF em dois pontos: (i) o artigo 199.º/1 do ACAB restringe a diligência, neutralidade, lealdade, discrição e respeito consciencioso às relações com os clientes – é, conseqüentemente, retirada a referência “às relações com outras instituições”, introduzida pela Reforma de 2008¹⁹; e (ii) o artigo 74.º do RGICSF tem como destinatários os administradores e os empregados das instituições de crédito, enquanto o artigo 199.º/1 do ACAB tem como destinatário os colaboradores das instituições de crédito.

II. É de aplaudir este retorno à versão original do RGICSF, na medida em que a solução em vigor desde 2008 assume uma equiparação, injustificável, entre os deveres devidos aos clientes e os deveres devidos às *outras instituições*, categoria onde se incluem instituições de crédito concorrentes.

Numa perspetiva genérica e desconsiderando eventuais regimes especiais (legais ou contratuais), os contactos e a interação entre as várias instituições bancárias e financeiras são limitados apenas pelo princípio da materialidade subjacente, ou seja, apenas lhes são vedados comportamentos que visem, deliberadamente, prejudicar os interesses de outrem. A atribuição, por exemplo, de deveres de lealdade mútuos não só é dogmaticamente indefensável como é utópico, do ponto de vista da realidade prática.

III. A substituição das expressões *administradores e empregados* pela locução *colaboradores* tem como propósito estender o âmbito subjetivo do preceito a sujeitos que não possam ser reconduzidos a nenhuma destas categorias, nomeadamente no âmbito de processos de terceirização. Também neste ponto se saúda a alteração proposta.

¹⁹ Decreto-Lei n.º 1/2008, de 3 de janeiro.

6. Os deveres dos colaboradores enquanto deveres das próprias instituições de crédito

I. Os sujeitos das relações jurídicas bancárias são (i) a instituição de crédito; e (ii) o cliente – e não (i) os colaboradores da instituição de crédito; e (ii) o cliente.

A solução consagrada no artigo 199.º/1, para além de imprecisa, do ponto de vista dogmático, suscita vários problemas práticos, tanto no âmbito da responsabilidade civil, como no âmbito da responsabilidade contra-ordenacional.

II. No caso de ser interposta uma ação de responsabilidade civil contra a instituições de crédito, o cliente lesado não pode valer-se deste preceito, na medida em que não atribui qualquer dever às instituições de crédito. Poderá, naturalmente, recorrer ao conteúdo do contrato de abertura de conta, ou documento equivalente. Todavia, por regra, os deveres referidos no artigo 199.º/1 não constam dos contratos de abertura de conta. Poderá, ainda, invocar uma interpretação extensiva no sentido de concluir pelo alargamento dos deveres aqui constantes às próprias instituições de crédito. Trata-se, porém, de uma solução frágil do ponto de vista dos cânones interpretativos do artigo 9.º do CC.

Se a ação for interposta contra o colaborador, é provável que os tribunais recorram aos mesmos argumentos que têm sido invocados no âmbito da responsabilidade civil dos colaboradores de intermediários financeiros para afastar, *ab initio*, essa mesma responsabilidade²⁰.

III. No campo da responsabilidade contraordenacional, as dificuldades são idênticas. A violação das regras e deveres de cultura e comportamento – categoria onde se inclui o disposto no artigo 199.º/1 – consubstancia uma infração grave, nos termos do artigo

²⁰ Por todos: RLx 4-jun.-2020 (Arlindo Crua), proc. 15392/17. Veja-se o interessante estudo de José Ferreira Gomes, *Responsabilidade civil dos funcionários e administradores das instituições de crédito perante o art. 304.º/5 do CVM*, 19 DSR (2018), 99-130.

657.º, g), ambos do ACAB. Todavia, por aplicação do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro – “Só será punido com contra-ordenação o facto descrito e declarado passível por lei anterior ao momento da sua prática” – não poderá ser aplicada qualquer coima às instituições de crédito por violação dos deveres de diligência, neutralidade, lealdade, discrição e respeito consciencioso pelos interesses que lhes estão confiados, na medida em que estes são apenas impostos aos colaboradores e não à própria instituição de crédito, enquanto pessoa autónoma.

O disposto no artigo 648.º/1 do ACAB²¹:

As pessoas coletivas e as entidades equiparadas referidas no artigo anterior são responsáveis pelas contraordenações cometidas pelos titulares dos respetivos cargos de administração, gerência, direção ou chefia, no exercício das suas funções, bem como pelas contraordenações cometidas por mandatários, representantes ou trabalhadores do ente coletivo em atos praticados em nome e no interesse deste.

parece resolver este problema, ao permitir a responsabilização das instituições bancárias e financeiras pelas contraordenações cometidas pelos sujeitos aí enumerados. Todavia, ficam duas dúvidas: (i) a lista de sujeitos constante do artigo 648.º/1 do ACAB abrange todas as categorias de colaboradores? e (ii) o disposto no artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro satisfaça-se com a recondução do artigo 648.º/1 do ACAB?

Nesse sentido, sugeriu-se o seguinte articulado alternativo:

1. As instituições de crédito procedem, nas relações com os clientes, com diligência, neutralidade, lealdade, discrição e respeito consciencioso pelos interesses que lhes estão confiados.

IV. Admitindo, todavia, que tanto do ponto de vista civil como contra-ordenacional, haja interesse em imputar também aos cola-

²¹ Corresponde ao artigo 203.º/1 do RGICSF.

boradores da instituição de crédito os deveres aqui elencados, sugeriu-se o seguinte aditamento:

2. Os deveres referidos no número anterior são aplicáveis aos colaboradores das instituições de crédito.

Ambas as soluções propostas trazem maior segurança jurídica e acautelam melhor os interesses dos clientes e do mercado bancário.

