

*Estudos em Homenagem
ao Professor Doutor*

INOCÊNCIO GALVÃO TELLES

VOLUME II
DIREITO BANCÁRIO

[Separata]



ALMEDINA

MANDATO BANCÁRIO

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS*

1. O mandato bancário como mandato comercial

I. O mandato está definido no artigo 1157.º do Código Civil como “o contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais actos jurídicos por conta de outrem”. No Código Comercial, o artigo 231.º contém uma outra definição: “dá-se mandato comercial quando alguma pessoa se encarrega de praticar um ou mais actos de comércio por mandato de outrem”.

A primeira e a mais clara das diferenças reside no objecto: o mandato comercial tem por objecto a prática de actos de comércio e é essa a característica determinante da sua qualificação. O objecto – prática de um ou mais actos de comércio – como índice do tipo tem virtualidade distintiva do mandato mercantil perante o civil. Se tiver por objecto a prática de actos de comércio, o mandato qualifica-se como mercantil; se não, qualifica-se como mandato civil.

II. O mandato civil, cujo tipo legal está sediado no Código Civil, desempenha uma função talvez mais ampla: a de sede geral e comum do tipo legal do mandato. É o mandato em geral e, mais do que isso, o tipo-padrão dos contratos atípicos de prestação de serviços¹. O artigo 1156.º do Código Civil estatui que “as disposições sobre o mandato são extensivas, com as necessárias adaptações, às modalidades do contrato de prestação de serviço que a lei não regule especialmente”.

* Professor da Faculdade de Direito de Lisboa.

¹ Sobre os tipos-padrão e a sua importância na interpretação e concretização da disciplina dos contratos atípicos, PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, págs. 371 e segs..

Mantém-se porém uma questão em aberto: os contratos de prestação de serviço que tenham por objecto *operações comerciais* que não tenham a natureza de actos jurídicos não são directamente subsumíveis à previsão do artigo 321.º do Código Comercial. Numa análise apressada, teriam de ser regidos pelas regras do Código Civil. A *ratio legis* dos artigos 3.º do Código Comercial e 1156.º do Código Civil aponta porém uma outra solução. O artigo 3.º do Código Comercial, só permite o recurso à lei civil quando o caso lacunoso não puder ser resolvido “nem pelo texto da lei comercial nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos nela prevenidos”. Deve, pois, entender-se que o mandato para a prática de operações comerciais que não constituam actos jurídicos deve ser regido, por analogia, pelas regras dos artigos 321.º e seguintes do Código Comercial.

2. O mandato unilateral potestativo e o *status* profissional de comerciante

I. É interessante constatar que, na definição civil, o mandato é um contrato pelo qual o mandatário se obriga, enquanto na definição comercial o mandatário “se encarrega de praticar um ou mais actos de comércio por mandato de outrem”. A redacção da definição do artigo 321.º do Código Comercial é claramente influenciada pela do artigo 1375.º do Código Civil de 1867, segundo a qual “dá-se mandato, ou procuradoria, quando alguma pessoa se encarrega de prestar, ou fazer, alguma cousa, por mandato e em nome de outrem”. O artigo 321.º do Código Comercial foi redigido com os olhos postos no artigo 1375.º do Código de Seabra. A distância temporal entre os dois Códigos actualmente em vigor, permite, em princípio, desconsiderar a diferença de redacção. São dois estilos de duas épocas, dir-se-á.

Mas a diferença mostra-se substancial quando se lê no artigo 234.º do Código Comercial (*recusa do mandato*) que “o comerciante que quiser recusar o mandato comercial que lhe é conferido deve assim comunicá-lo ao mandante pelo modo mais rápido que lhe for possível, sendo, todavia, obrigado a praticar todas as diligências de indispensável necessidade para a conservação de quaisquer mercadorias que lhe hajam sido remetidas, até que o mandante proveja”.

A diferença deixa de ser apenas de estilo: enquanto o mandato civil pressupõe que o mandatário previamente aceite vincular-se à incumbência para que fique obrigado ao mandato, no mandato comercial o sistema é inverso: o comerciante está sujeito a que lhe seja conferido o mandato,

mas pode recusá-lo. Quando o recuse, deve avisar o mandante com urgência e fica obrigado a praticar os actos conservatórios que forem necessários, “até que o mandante proveja”.

Este regime revela um carácter de negócio unilateral de cariz potestativo no agir negocial do mandante que confere o mandato, e uma correspondente sujeição de parte do comerciante a quem sem aviso nem consentimento prévios pode ser imposta uma incumbência. O mandato pode ser recusado, mas não necessita de um prévio consenso do mandatário. O mandato mercantil, cujo tipo legal está nos artigos 321.º e seguintes do Código Comercial constitui-se, assim, por negócio jurídico unilateral potestativo. No entanto, esta unilateralidade vem a ser moderada pelo regime de fixação da remuneração do mandatário, que pode resultar de acordo das partes ou dos usos da praça, o que introduz o consenso contratual numa parcela importante da disciplina do mandato mercantil.

Não deixa, todavia, de haver, no mandato mercantil, um afastamento importante em relação à exclusiva contratualidade que domina o mandato civil: de acordo com o artigo 234.º do Código Comercial, o mandato mercantil pode constituir-se por negócio unilateral, por declaração negocial unilateral recipianda dirigida pelo mandante ao mandatário, e este fica vinculado desde que a recebe, independentemente do seu acordo. Este regime é característico dos negócios unilaterais: o negócio constitui-se e torna-se perfeito por declaração unilateral do autor, independentemente de aceitação do declaratário que, no entanto, não deixa de ter o poder de recusar a vinculação, mas tem o ónus de o fazer, se não quiser ficar vinculado².

II. Qual o fundamento ou a explicação para esta situação de sujeição do mandatário mercantil?

² CUNHA GONÇALVES, *Dos Contratos em Especial*, Ática, Lisboa, 1953, pág. 57, faz uma diferente leitura do regime jurídico do artigo 234.º do Código Comercial, onde encontra uma proposta do mandante e uma aceitação tácita do mandatário silente: “A aceitação do mandatário é quase sempre tácita. O silêncio do mandatário, a não devolução da procuração, é sinal de aceitação, mormente por parte de profissionais: advogados, solicitadores, comissários, agentes. O art. 234.º do Cód. Comercial, exigindo que o mandatário participe ao mandante a sua *recusa*, confirma a nossa doutrina”. Na sua esteira, embora de modo não idêntico, JANUÁRIO GOMES, *Contrato de Mandato Comercial, As Operações Comerciais*, Almedina, Coimbra, 1988, pág. 517, entende que “o *silêncio* vale como aceitação do mandato”.

No artigo 231.º do Código Comercial não se exige a qualidade de comerciante na pessoa do mandatário: o que qualifica como mercantil o mandato é a qualidade comercial do acto objecto do mandato.

Todavia, no artigo 234.º do Código Comercial o mandatário é referido com a qualidade de comerciante. Além disto, está implícita na regulação legal do mandato mercantil, ou pelo menos, em alguns dos preceitos do respectivo tipo jurídico estrutural legal uma ideia de profissionalidade. A onerosidade típica do mandato mercantil (artigo 232.º) vai nesse sentido. Também a exigência de escrituração (artigos 276.º e 277.º) indicia a profissionalidade. Mas é o artigo 234.º que, ao referir expressamente mandatário como comerciante, leva a discernir no mandato mercantil duas áreas típicas diferentes.

No regime do artigo 234.º revela-se um caso de vinculação emergente de um *status*, de um estatuto profissional. Este regime pressupõe que, inserido no especial *status* do comerciante, exista uma sujeição ao mandato, que não chega a traduzir um mandato imperativo porque pode ser recusado, mas que carrega sobre o comerciante um ónus de o recusar. Esta sujeição não se verifica em relação a todos e quaisquer comerciantes, mas apenas àqueles que exerçam profissionalmente o mandato. Encontram-se nesta situação, entre outros, o banqueiro.

As vinculações emergentes de estatutos profissionais ou pessoais tem algo de medievo e corporativo. O contratualismo moderno removeu quase todos estes casos e desabitou os juristas a pensar nesses moldes. O hábito de pensar contratualmente tem-se generalizado e consolidado progressivamente desde o Renascimento e principalmente da Revolução e da consequente destruição das instituições jurídicas do *Anciën Régime*. Há quase sempre um pré-entendimento, na abordagem do problema, que conduz jusculturalmente a procurar qualificar uma fonte contratual na vinculação privada, assente numa causa consensual ou estipulativa³. Este tropismo contratualista obnubila por vezes outras soluções, entre elas, as estatutárias.

O Código Comercial é um monumento do direito burguês da Revolução. Isso é mesmo notório na tipologia das empresas comerciais, no artigo 230.º, quando exclui expressamente actividades do sector primário, como a agricultura, e corporativas, como o artesanato e a autoria. Mas

³ Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *O "Contrato Bancário Geral"*, Estudos de Direito Bancário, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, págs. 16-18, atribui origem contratual à "relação bancária geral" que existe entre o banco e o seu cliente. Nas suas palavras "tudo se inicia porque as partes o *quiseram* e exteriorizaram vontades livres e válidas nesse sentido"; "a relação bancária surge com o *contrato de abertura de conta*".

é ainda historicamente próximo e revela um perfume subtil dos ofícios e das profissões corporativamente organizados. A componente subjectiva, que não está ausente na qualificação do comerciante e dos actos do comércio, e o regime jurídico profissional do comerciante, estão próximos do que se poderia com propriedade chamar o estatuto do ofício do comerciante.

O que é característico deste modo de vinculação é que a sua causa se concentra mais na pertença a certo ofício do que numa autovinculação contratual. A autonomia privada não é estranha a este processo, porque a pertinência ao ofício a que corresponde o estatuto é, em princípio, livre⁴. Mas não exige o prévio acordo contratual: decorrem do estatuto, do *status*, certas vinculações que são características, quer dizer, que são típicas ou conaturais a certas profissões ou estatutos. É natural, é da natureza das coisas, que certos profissionais corporativamente ou estatutariamente organizados estejam ligados a certas vinculações e adstritos a certas condutas que deles são esperadas.

Da assunção da qualidade de comerciante decorrem vinculações jurídicas específicas, como as que estão enunciadas no artigo 18.º do Código Comercial, que não são assumidas contratualmente. Trata-se do *status* de comerciante. Também o exercício da profissão de banqueiro envolve um estatuto especial que envolve um regime estatutário específico.

III. Mas choca o *sensus iuridicus* admitir que todo o mandato mercantil possa ser constituído unilateral e potestativamente nos moldes do artigo 234.º do Código Comercial.

Para que o mandato seja mercantil é suficiente que o acto objecto da incumbência seja ele próprio comercial. Na letra da lei, não é necessário que o mandatário seja comerciante. O artigo 234.º exclui, porém, do seu âmbito de aplicação os mandatos mercantis em que o mandatário não seja comerciante. Esta restrição é importante porque o mandatário pode ser um clérigo, um militar, um juiz ou uma dona de casa que nenhum contacto tenham com a profissão e com o comércio e que se encarregaram de

⁴ São raros os casos em que o ingresso e a permanência no ofício ou no estado são obrigatórios. Assim sucede, por exemplo, no caso do serviço militar obrigatório. Casos há, frequentes, em que o acesso a uma profissão estatutária é condicionado, como sucede, entre outros, na advocacia, na medicina e na magistratura judicial. A profissão de comerciante é pouco restrita e não exige sequer a matrícula: é suficiente a capacidade para a prática de actos de comércio e fazer do comércio profissão.

praticar um certo acto, que pode ser objectivamente comercial, como a compra de uma acção de uma sociedade anónima⁵. Há, pois, que distinguir desde já o mandato mercantil dado a comerciante do mandato mercantil dado a civil⁶. Neste último caso, o mandato constitui-se contratualmente como o mandato civil. Esta solução é natural porque nesse caso falta, em princípio, a profissionalidade.

Se esta restrição decorre directamente da letra da lei, uma outra deve ser feita, que resulta da natureza das coisas⁷. É de todo desrazoável submeter à sujeição prevista no artigo 234.º do Código Comercial um comerciante fora do âmbito do seu comércio. Não tem sentido que um comerciante, por exemplo, de gado, que compra animais num lado para revender no outro, esteja sujeito que lhe seja unilateralmente constituído mandato para comprar fundos públicos ou obras de arte para revenda. É razoável, por isso, restringir a sujeição constante do artigo 234.º do Código Comercial ao âmbito do comércio do mandatário.

Dentro do âmbito objectivo do comércio exercido pelo mandatário é ainda razoável restringir a sujeição do mandatário comerciante ao âmbito subjectivo da sua clientela. É pouco razoável sujeitar o mandatário comerciante a ser mandatado unilateral e potestativamente a incumbências ordenadas por pessoas que desconhece. Pior ainda, não é razoável que o comerciante, mesmo dentro do âmbito objectivo do seu comércio, se veja sujeito a mandatos unilaterais e potestativos por parte de pessoas que já conhece e que considera desonestas ou, por qualquer razão, indesejáveis. O mais elementar bom senso aconselha a restringir o âmbito das pessoas que podem mandar unilateralmente o comerciante ao círculo subjectivo dos seus clientes.

Poder-se-á dizer que o comerciante pode sempre, de acordo com o artigo 234.º do Código Comercial, recusar o mandato sempre que quiser, sem sequer ter de justificar a recusa. Pode simplesmente recusar *ad nutum*. É verdade. Mas, se é certo que não tem o ónus de justificar a recusa, tam-

⁵ De acordo com o artigo 463.º, n.º 5 do Código Comercial, são objectivamente comerciais, independentemente da qualidade de quem as pratica, as compras e vendas de partes ou de acções de sociedades comerciais.

⁶ Por comodidade de expressão, são aqui designados como civis os não comerciantes.

⁷ Sobre a natureza das coisas como operador jurídico, PAIS DE VASCONCELOS, *A Natureza das Coisas*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva, Faculdade de Direito de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, págs. 707-764. São contrárias à natureza das coisas não apenas as regulações impossíveis, mas também as que sejam desrazoáveis.

bém é igualmente certo que tem o ónus de comunicar a recusa e, mais grave ainda, fica com a obrigação de “praticar todas as diligências de indispensável necessidade para a conservação de quaisquer mercadorias que lhe hajam sido remetidas, até que o mandante proveja”. Se o mandante nada fizer, tem o mandatário o ónus de recorrer ao tribunal “para que se ordene o depósito e segurança delas⁸ por conta de quem pertencer e a venda das que não for possível conservar, ou das necessárias para a satisfação das despesas incursas”. Tudo isto sob a cominação de responsabilidade civil (artigo 234.º, § 2).

É demasiadamente onerosa a sujeição a que o artigo 234.º do Código Comercial submete o mandatário comerciante para que possa, sem grave injustiça e prejuízo para o comércio, aplicá-la fora do âmbito objectivo do comércio que o mandatário exerce profissionalmente e fora do âmbito subjectivo da sua clientela. Basta pensar no comerciante de gado, que compra um animal numa feira para revender na outra, a quem seja enviado um lote de obras de arte de elevadíssimo valor com mandato para procurar comprador e vender discretamente no mercado americano, ou de um antiquário a quem seja enviada uma manada de cavalos com mandato para que os venda sem ser ao desbarato e por preço razoável, devendo procurar compradores no mercado europeu. Seria um contra-senso obrigar os mandatários, não só a recusar mandato, mas sobretudo a cuidar das obras de arte ou dos cavalos, até que os mandantes providenciassem sobre eles.

Pensamos, pois, que esta interpretação restritiva é a mais justa e razoável⁹. Mas qual o seu fundamento? Em primeiro lugar, a natureza das coisas, a razoabilidade. A lógica jurídica, mais do que uma lógica de racionalidade, deve ser entendida como uma lógica de razoabilidade. Para os que sejam mais positivistas e agarrados à letra da lei, sempre pode ser invocado, para fundar esta interpretação restritiva, o preceito do artigo 9.º, n.º 3 do Código Civil, na sua parte final, quando impõe a presunção de que o legislador consagrou as soluções mais acertadas. Pode ainda, se for con-

⁸ Através do processo especial de consignação em depósito.

⁹ Contra, MANUEL JANUÁRIO GOMES, *Contrato de Mandato Comercial*, cit., pág. 518, adopta uma interpretação diametralmente oposta e alarga o âmbito subjectivo de aplicação do artigo 234.º a mandatários não comerciantes escrevendo: “Apesar da alusão literal a *comerciante*, parece dever concluir-se – por mais consentânea com o espírito do preceito – que as obrigações estabelecidas no art. 234.º se estendem também a *não comerciantes*; a alusão legal explica-se pelo facto «de serem comerciantes os que na grande maioria dos casos exercem o mandato mercantil»”, citando CUNHA GONÇALVES no *Comentário ao Código Comercial Português*, II, pág. 10.

siderado necessário, proceder-se à abertura de uma lacuna oculta que será preenchida “segundo a norma que o intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema”.

IV. Este regime que se acaba de enunciar acerca do mandato mercantil, tal como resulta do artigo 234.º do Código Comercial, é interessante no que concerne a um especial comerciante – o banqueiro – no relacionamento mercantil com o seu cliente.

A relação banco-cliente é uma relação social típica que contém iminente expectativas de comportamento recíproco que lhe são conaturais – que são da natureza das coisas – no sentido em que cada uma das partes espera da outra, como *naturais*, atitudes, comportamentos e reacções antecipadamente conhecidas. Trata-se dos usos bancários que, acompanhados de uma convicção geral e comum de obrigatoriedade, constituem costumes bancários. Os poderes e vinculações emergentes destes usos e costumes bancários são recebidos no direito e ganham juridicidade por força da autonomia privada, porque recebidos expressa ou tacitamente (implicitamente) nos contratos celebrados, porque informam substancialmente o sentido da boa fé e porque constituem bons costumes¹⁰. São *implied terms*¹¹.

Existe uma relação típica entre o comerciante e o seu cliente, assim como existe uma relação típica entre o banqueiro e o seu cliente, que são da natureza das coisas, e que contribuem substancialmente para a determinação dos critérios de comportamento lícito, de dever agir com correcção e das expectativas juridicamente atendíveis.

Do artigo 234.º do Código Comercial decorre uma sujeição do comerciante ao mandato do seu cliente no âmbito do seu comércio, tal como foi atrás descrita. Verifica-se também na normalidade da vida, do *usus et diuturnus consensus*, que o cliente pode dar ao seu banqueiro instruções e ordens que, uma vez recebidas, este deve executar ou recusar, mas deve imediatamente informar da recusa. Naturalmente, nenhum banqueiro está adstrito a executar ordens e instruções providas de alguém que não seja seu cliente. Há uma relação de clientela que se pressupõe já estabelecida.

¹⁰ Segundo MENEZES CORDEIRO, *O “Contrato Bancário Geral”*, cit., pág. 17, “todos esses deveres surgem num conjunto que tem uma unidade económica e social evidente: há uma relação bancária contínua, susceptível de ser preenchida com os mais diversos negócios”.

¹¹ Sobre os *implied terms*, PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, cit., págs. 388 e segs. e PAULO MOTA PINTO, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995, págs. 132 e segs..

Estas ordens e instruções que o cliente dá ao seu banqueiro e que este tem o poder de recusar ou a obrigação de cumprir são mandato. O artigo 362.º do Código Comercial qualifica como comerciais “todas as operações de bancos tendentes a realizar lucros sobre numerário, fundos públicos ou títulos negociáveis, e em especial as de câmbio, os arbítrios, empréstimos, descontos, cobranças, aberturas de crédito, emissão e circulação de notas ou títulos fiduciários pagáveis à vista ou ao portador”. Esta lista não é exaustiva e pode (e deve) ser acrescentada com as operações que os bancos hoje, cento e vinte anos depois, efectivamente praticam profissionalmente no exercício do seu comércio. Sendo estas operações comerciais, é também comercial o mandato que as tenha como objecto. Este mandato, no que não estiver convencionado entre cliente e banqueiro, é regido pelos usos e costumes bancários, e também *mutatis mutandis* pelas regras dos artigos 231.º e segs. do Código Comercial.

3. O mandato conferido pelo cliente ao banco

I. São multidão os casos em que os clientes dão aos seus banqueiros ordens e instruções para a prática das mais variadas operações. Desde o simples pagamento ou cobrança de obrigações periódicas (rendas de casa, contas de água, gás e electricidade, assinaturas de revista, etc.) até operações financeiras mais ou menos complexas e mais ou menos sofisticadas, aquisições e alienações de empresas ou de lotes de acções, estacionamento de acções, constituição ou aquisição de sociedades *off-shore*, etc. Estas incumbências, que se traduzem em ordens ou instruções, constituem, como se viu já, mandatos mercantis bancários.

II. Os mandatos bancários são constituídos normalmente por uma ordem inicial e por instruções subsequentes. Embora esta terminologia não seja segura, e muito menos injuntiva ou obrigatória, pode assumir-se, com base na prática maioritária, e por comodidade de expressão, que a incumbência inicial do mandato se designa por *ordem* e que se designam por *instruções* os comandos subsequentemente dirigidos pelo cliente ao banqueiro, com vista a determinar em concreto o modo de execução da ordem, a modificá-lo ou a pôr-lhe fim.

As ordens e instruções adoptam as formas mais variadas. Há casos em que são orais presenciais, outros em que são orais telefónicas, também os há em que são escritas, por carta, ou outros meios de telecomunicação como o fax ou correio electrónico (e-mail). O telex caiu já em desuso. As

ordens e instruções verbais são muitas vezes, mas nem sempre, confirmadas subsequentemente por carta ou outro escrito. O mesmo sucede, também por vezes, com as comunicações por fax e e-mail. Dentro da lógica própria do direito comercial, não há exigências legais de forma que vinculem e entorpeçam o relacionamento entre o cliente e o seu banqueiro. A forma adoptada nestas comunicações é *voluntária*, no sentido do artigo 222.º do Código Civil.

A razão de ser da oralidade é a agilidade e rapidez necessária em muitos dos mandatos bancários. A confiança inerente à relação de clientela permite-o. A posterior formalização em escrito responde a exigência de certeza e segurança na relação cliente-banqueiro e ainda a exigências de documentação relativas tanto ao cliente como ao banqueiro.

III. O banqueiro tem a liberdade de recusar o mandato: o seu estatuto profissional e a relação de clientela não envolvem uma obrigação geral de contratar¹².

A recusa do mandato deve ser comunicada pelo mais expedito meio de comunicação disponível, como bem ordena o artigo 234.º do Código Comercial. A comunicação é naturalmente receptícia e não envolve para o banqueiro especial dificuldade ou onerosidade, atenta a relação de clientela existente.

Entretanto, de acordo com a boa fé e com doutrina do referido preceito, deve o banqueiro mandatário prover ao que for necessário, a expensas do seu cliente, para lhe evitar danos.

O banqueiro deve indemnizar o seu cliente se recusar o mandato sem o avisar com toda a urgência e se não cuidar dos interesses do seu cliente que lhe foram confiados, de modo a evitar os danos que este possa sofrer por causa da recusa. Fundada na relação de clientela, há uma expectativa do cliente de que o banco aceitará e executará o mandato. O banco deve honrar esta expectativa, de acordo com a boa fé e os usos da praça, e mantê-lo, tanto quanto possível, ileso nos seus interesses.

IV. A revogação do mandato bancário não é, em princípio, livre para ambas as partes¹³. Todavia, é da natureza das coisas que o cliente não se

¹² MENEZES CORDEIRO, *O "Contrato Bancário Geral"*, cit., págs. 17-18, recusa expressamente os deveres de contratar, no âmbito da relação bancária geral.

¹³ Sobre a revogação do mandato, em geral, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Em Tema de Revogação do Mandato Civil*, Almedina, Coimbra, 1989 e sobre a revogação da procuração, especialmente, PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Procuração Irrevogável*, Almedina, Coimbra, 2002.

veja forçado a manter uma relação com um banqueiro em que deixou de confiar ou que, por qualquer outra razão lhe não convém manter. O mesmo reciprocamente sucede no lado do banqueiro, que tem a liberdade de pôr fim a uma específica relação de mandato ou à própria relação de clientela.

Consta, porém, no artigo 245.º do Código Comercial que “a revogação e a renúncia do mandato, não justificadas, dão causa, na falta de pena convencional, à indemnização de perdas e danos”¹⁴.

Há que distinguir consoante o mandato seja de execução instantânea ou duradoura. No primeiro caso, o banqueiro que recebe uma ordem do cliente, e se não quiser executá-la, deve, como ficou já exposto, avisar imediatamente o seu cliente “pelo modo mais rápido que lhe for possível”, mas fica “obrigado a praticar todas as diligências de indispensável necessidade” para a protecção do interesse que lhe foi confiado “até que o mandante preveja” (art. 234.º Código Comercial). Se o banqueiro executar a ordem, e esta se esgotar num acto apenas, o mandato caduca e extingue-se por ter sido integralmente executado.

Se a execução do mandato for duradoura, e nada tiver sido estipulado quanto à extinção e à revogação do mandato por qualquer das partes, não deixa uma ou outra de poder denunciar o mandato nos termos normais da denúncia unilateral de relações negociais duradouras. Assim, se não houver justa causa, a parte que pretender libertar-se do mandato duradouro deverá notificar a outra da denúncia, mas mediante pré-aviso razoável. O tempo do pré-aviso depende da concreta relação e das circunstâncias. A boa fé exige que o tempo seja o razoavelmente necessário para evitar danos à outra parte, de modo a que possa prover à substituição do parceiro contratual sem sobressaltos nem prejuízos. Para a determinação concreta do tempo, a parte que denuncia deve colocar-se na posição e nas circunstâncias da outra, de modo a aferir de quanto tempo esta razoavelmente necessita¹⁵. É de boa fé que a consulte expressamente, informando que pretende denunciar o mandato e perguntando qual o tempo de pré-aviso de que ela necessita. Embora não esteja obrigado a aceitar uma pretensão desnecessária e desrazoavelmente longa, deve levar em conta a solicitação

¹⁴ No mandato civil rege esta matéria o artigo 1170.º do Código Civil, segundo o qual “o mandato é livremente revogável por qualquer das partes, não obstante convenção em contrário ou renúncia ao direito de revogação”; “se porém, o mandato tiver sido conferido também no interesse do mandatário ou de terceiro, não pode ser revogado sem o acordo do interessado, salvo ocorrendo justa causa”.

¹⁵ Sobre este modo de concretização da boa fé, PAIS DE VASCONCELOS, *Natureza das Coisas*, cit..

de tempo formulada pelo cliente e aproximar-se dela o mais que lhe for razoavelmente possível.

Sem uma justa causa, não pode ser interrompida pelo banqueiro a execução do mandato que lhe foi conferido pelo cliente e cuja execução esteja em curso.

Já não parece tão grave a interrupção abrupta do mandato pelo cliente. O banqueiro é um comerciante altamente profissionalizado a quem uma revogação intempestiva poucos danos normalmente causará. Não deixa porém de ser necessário distinguir consoante haja, ou não, justa causa. Se o cliente tiver justa causa, por exemplo, emergente da violação das instruções, poderá livremente revogar. A nua revogação dará lugar a indemnização. Na normalidade dos casos, não haverá dano e, por isso, não haverá também indemnização. Todavia, poderá ocorrer que o banqueiro mandatário haja incorrido em despesas e investimentos para a execução do mandato, ou mesmo que a assunção e a execução deste mandato lhe tenha feito recusar outros mandatos ou negócios por conflito de interesses, e que destas circunstâncias decorram danos emergentes ou lucros cessantes que haja de indemnizar.

4. Relato da execução e prestação de contas

O mandatário deve relatar o exercício do mandato e prestar contas. Esta obrigação decorre expressa tanto do artigo 240.º do Código Comercial como do artigo 1161.º do Código Civil.

O relato e a prestação de contas devem ser feitos no termo do mandato. Durante a sua execução, pode ainda o cliente pedir e obter do seu banqueiro as informações que lhe aprouver. Este deve satisfazer prontamente o pedido. O cliente tem o direito de acompanhar o exercício do mandato e de interferir na sua execução. Para o banqueiro, a permanente informação do cliente constitui uma vantagem porquanto este vai ficando responsabilizado pela mesma.

Em caso de litígio, o processo adequado é a acção especial de prestação de contas, prevista nos artigos 1014.º e seguintes do Código de Processo Civil.

5. O mandato para a gestão de patrimónios

I. Assume uma grande relevância nas relações entre o cliente e o seu banqueiro o mandato para a gestão de patrimónios.

A Lei Bancária¹⁶ prevê, no seu artigo 4.º, n.º 1, alíneas h), i) e p), no âmbito das operações cuja prática profissional é permitida aos bancos a “consultoria, guarda, administração e gestão de carteiras de valores mobiliários” a “gestão e consultoria em gestão de outros patrimónios” e “outras operações análogas que a lei lhes não proíba”.

O artigo 199.º-A da mesma Lei prevê ainda, de entre a prestação de serviços financeiros, a “gestão de carteiras de investimento, numa base discricionária e individualizada, no âmbito de mandato conferido pelos investidores, sempre que essas carteiras incluam alguns dos instrumentos financeiros (...) indicados na secção B do anexo à Directiva n.º 93/22/CEE”¹⁷.

De acordo com o n.º 2 do artigo 8.º da Lei Bancária (princípio da exclusividade), “só as instituições de crédito e sociedades financeiras podem exercer, a título profissional, as actividades referidas nas alíneas b) a i) do n.º 1 do artigo 4.º, com excepção da consultoria referida na alínea i)”.

Daqui resulta que só os bancos e as sociedades gestoras de patrimónios¹⁸ podem prestar serviços de gestão profissional de patrimónios. Estes patrimónios, na lei portuguesa, ao contrário do que sucede na generalidade das legislações da União Europeia, abrangem a administração tanto de móveis como de imóveis¹⁹.

¹⁶ Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92 de 31 de Dezembro.

¹⁷ Directiva dos Serviços Financeiros. Estes instrumentos financeiros são:

- 1 – a) Valores mobiliários.
- b) Unidades de participação em organismos de investimento colectivo.
- 2 – Instrumentos do mercado monetário,
- 3 – Futuros sobre instrumentos financeiros, incluindo instrumentos equivalentes que dêem origem a uma liquidação em dinheiro.
- 4 – Contratos a prazo relativos a taxas de juros (FRAs).
- 5 – *Swaps* de taxas de juro, de divisas ou *swaps* relativos a um índice sobre acções (*equity swaps*).

6 – Opções destinadas à compra ou à venda de qualquer instrumento abrangido pela presente secção, incluindo os instrumentos equivalentes que dêem origem a uma liquidação em dinheiro. Estão nomeadamente incluídas nesta categoria as opções sobre divisas e sobre taxas de juro.

¹⁸ Artigo 6.º, n.º 1, alínea f) da Lei Bancária e Decreto-Lei n.º 163/94 de 4 de Abril, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei n.ºs. 17/97 de 21 de Janeiro e 99/98 de 21 de Abril.

¹⁹ A redacção conjugada dos artigos 4.º, n.º 1, alínea i) e 8.º da Lei Bancária e do artigo 1.º da Lei das Sociedades Gestoras (Decreto-Lei n.º 163/94) conduz à conclusão de

Segundo a respectiva lei, a administração de patrimónios tem por objecto “conjuntos de bens” que a lei designa como “carteiras”. Na linguagem internacional estas “carteiras” são normalmente designadas “portfolios”. Tanto a expressão “carteiras” como a estrangeira “portfolios” sugerem que o objecto da gestão sejam títulos ou valores mobiliários. No entanto, a expressão suporta também a incidência sobre direitos reais sobre imóveis.

O regime jurídico das sociedades gestoras traduz a transposição da Directiva 93/22/CEE (Directiva dos Serviços de Investimento) e contém a regulamentação mais detalhada e moderna do mandato de gestão. Como inovações, avultam no seu regime a exigência de mandato escrito com estipulação das condições, dos limites e do grau de discricionariedade da gestão, e regime de protecção do cliente.

II. A exigência legal de forma escrita para o mandato constitui uma novidade, num regime jurídico como o português dominado, em geral, pelo princípio da liberdade de forma e, em especial, pela regra da liberdade de forma do mandato.

A *ratio legis* desta exigência de forma reside em assegurar certeza e segurança quanto ao regime interno do mandato no que concerne às condições, limites e grau de discricionariedade do mandato. Essa certeza é necessária para protecção do cliente e da sociedade gestora, mas também para permitir o controlo pela autoridade de supervisão (CMVM). Em caso de dissídio ou litígio, é importante que exista um documento escrito que dispense a prova, de outro modo muito aleatória, dessas matérias. A forma não tem como finalidade assegurar a publicidade ou o conhecimento de terceiros que não têm acesso ao contrato²⁰.

que é proibida a continuação de uma actividade profissional de “administração de propriedades” usualmente exercida em todo o País por solicitadores e outros profissionais liberais em pequenos escritórios individuais. Não obstante o longo tempo de vigência destes preceitos, ainda não houve qualquer tentativa de impor aquele exclusivo. O bom senso impõe uma interpretação da lei bancária, nesta matéria, que restrinja o exclusivo ao exercício profissional e empresarial. De acordo com o artigo 2.º, n.º 2, alínea c) da Directiva n.º 93/22/CEE (dos Serviços de Investimento), este regime não se aplica “às pessoas que prestem um serviço de investimento, se esta actividade for exercida de forma acessória no âmbito de uma actividade profissional, e se esta última for regulada por disposições legais ou regulamentares ou por um código deontológico que regule a profissão e estes não excluam a prestação deste serviço”.

²⁰ Por isso, a falta da prova legal pode ser suprida por sentença judicial que apure e fixe o objecto da gestão e bem assim as suas condições, limites e graus de discricionariedade (cfr. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, II).

III. Também inovatória e muito importante é a exigência de que no escrito contratual sejam estipuladas as condições, os limites e o grau de discricionariedade da gestão. Entre o cliente e a sua gestora deve ser convencionado qual o objecto da gestão. O cliente pode incumbir a gestora de administrar um conjunto de bens de que tenha já a titularidade, ou limitar-se a incumbi-la de os adquirir.

Também os moldes em que a gestão será feita é objecto obrigatório de estipulação. Nestes avulta pela sua importância o grau de discricionariedade e o grau de risco. A gestão pode ser muito discricionária, sendo deixada à gestora uma ampla liberdade na tomada de decisões de gestão, mas pode também ser mais apertada, obrigando a gestora a consultar ou a obter o acordo do cliente nestes ou naqueles, ou mesmo (no limite) em todos os aspectos da administração. No âmbito da discricionariedade, pode ser convencionada uma gestão mais conservadora e cautelosa, ou mais especulativa e arriscada. Domina aqui a autonomia negocial e as partes podem convencionar o que lhes aprouver, desde que o deixem escrito. Esta estipulação servirá de suporte à concretização do dever de boa gestão.

É, assim, ultrapassada a singeleza da cláusula geral da diligência do gestor prudente e consciencioso, de modo a obter modelos mais concretos e critérios mais sofisticados de decisão. Em caso de litígio, a apreciação sobre a diligência na gestão encontrará aqui a sua *ratio decidendi*.

Os modelos de contratos tipo de gestão são previamente remetidos à autoridade de supervisão²¹.

IV. As sociedades gestoras estão, de acordo com o artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 163/94, sujeitas a deveres especiais relativos ao exercício do mandato. São eles, entre outros:

- (a) Dever de verificação da identidade e da capacidade para contratar das pessoas em cujos negócios intervierem;
- (b) Dever de exactidão e clareza nos negócios de que forem incumbidas, de modo a evitar que os contratantes incorram em erro;
- (c) Dever de sigilo em relação à identidade dos seus mandantes, “excepto para permitir a contratação, entre estes, dos negócios jurídicos negociados por seu intermédio”;
- (d) Dever de comunicar imediatamente a cada mandante os pormenores dos negócios concluídos, “expedindo no próprio dia a respectiva confirmação escrita, salvo se o cliente indicar outra coisa”;

²¹ Artigo 1.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 163/94.

- (e) Dever de diligência: a gestora deverá por todos os meios ao seu alcance, diligenciar pelo cumprimento do mandato.

Estes deveres decorrem do elevado grau de profissionalidade e discrição que é pressuposta e exigida das sociedades gestoras e que faz com que fiquem oneradas com a verificação das condições de validade e eficácia dos negócios em que intervêm no exercício do mandato.

V. A intervenção das sociedades gestoras pode ser feita com ou sem representação.

Os fundos dos clientes e os bens em gestão têm obrigatoriamente de ser depositados em contas bancárias especiais. Estas contas podem ser abertas em nome do cliente ou da própria gestora, mas por conta do cliente.

No primeiro caso, em que a conta é aberta em nome do cliente, a gestão é representativa: a gestora age em nome e representação do cliente e, tanto os fundos, como os bens geridos, mantêm-se na propriedade do cliente.

No segundo caso, em que a conta é aberta em nome da sociedade gestora por conta do cliente, a gestão não é representativa – o mandato é sem representação – e a titularidade dos fundos e bem assim dos bens em gestão é da sociedade gestora. As contas abertas em nome da sociedade gestora por conta do cliente devem conter, indicado no respectivo boletim de abertura, a referência expressa de que são abertas “ao abrigo” do Decreto-Lei n.º 163/94. A gestão não representativa tem de ser expressamente autorizada no contrato de mandato e pode ser colectiva, caso em que deverão ser abertas subcontas em relação a cada cliente agrupado²². Estas contas só podem ser movimentadas a débito para a liquidação das operações de aquisição de valores, para pagamento de remunerações devidas pelos clientes ou para transferência para outras contas abertas em nome destes.

É clara a razão de ser da exigência formulada no artigo 5.º do DL 163/94 de que as contas só possam ser abertas em nome da sociedade gestora se expressamente autorizado no contrato de mandato e que, ainda assim, no título de abertura de conta fique mencionado que o são nos termos deste regime jurídico especial. Ficando os fundos e os bens em gestão na titularidade da sociedade gestora importa evitar que recaia sobre o cliente o risco de insolvência da gestora e bem assim o risco de esses bens

²² Artigo 5.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 163/94.

serem objecto de arresto, penhora ou outras providências congêneres que prejudicariam o cliente e introduziriam na gestão um sério risco.

Com este regime, os fundos do cliente e os bens em gestão ficam protegidos contra a falência da sociedade gestora e contra a agressão dos respectivos credores. Intervém aqui a regra do artigo 1184.º do Código Civil. Os fundos e os bens depositados nestas contas em nome da sociedade gestora, mas por conta do cliente, são bens de que a gestora tem a titularidade *causa mandati* e que está obrigada, por força do mandato, a transferir para a titularidade do mandante. Aplica-se-lhes a regra do artigo 1184.º do Código Civil, segundo a qual estes bens, embora se encontrem na titularidade e na esfera jurídica do mandatário (sociedade gestora) não respondem pelas obrigações daquele.

Do artigo 11.º da Directiva 93/22/CEE decorrem ainda alguns princípios reitores que devem informar o mandato bancário e que devem ser aplicados, tendo em conta a condição profissional da pessoa a quem é prestado o serviço:

- no exercício da sua actividade, actuar com lealdade e equidade na defesa dos interesses dos seus clientes e da integridade do mercado;
- actuar com a competência, o cuidado e a diligência que se impõem, no interesse dos seus clientes e da integridade do mercado;
- possuir e utilizar eficazmente os recursos e os processos necessários para levar a bom termo as suas actividades;
- informar-se sobre a situação financeira dos seus clientes, a sua experiência em matéria de investimentos e os seus objectivos em relação aos serviços pedidos;
- comunicar de modo apropriado as informações úteis no âmbito das negociações com os seus clientes;
- esforçar-se por suprimir os conflitos de interesses e, quando estes não possam ser evitados, assegurar que os clientes sejam tratados equitativamente;
- cumprir todas as regulamentações aplicáveis ao exercício das suas actividades, de modo a promover o melhor possível os interesses dos seus clientes e a integridade do mercado.

O n.º 3 do mesmo artigo 11.º acrescenta: “sempre que uma empresa de investimento executar uma ordem, o critério da condição profissional do investidor [para estes efeitos] será apreciado em relação ao investidor que está na origem da ordem, quer esta tenha sido directamente colocada

pelo próprio investidor ou indirectamente por intermédio de uma empresa de investimento”.

VI. A administração profissional de bens alheios pode ser feita por sociedades financeiras – sociedades gestoras de patrimónios – mas também o pode ser por bancos. O artigo 4.º, n.º 1, alínea h) e i) conjugado com o artigo 8.º da Lei Bancária assim o permitem. Sendo idêntica a actividade, sendo em ambos os casos exercida por instituições financeiras, deve aplicar-se *mutatis mutandis* à gestão de patrimónios por bancos as regras estatuídas no Decreto-Lei n.º 163/94.

Aferidas as semelhanças e diferenças entre os bancos e as sociedades gestoras de patrimónios, ambas instituições financeiras, e entre as respectivas actividades e modo específico como desenvolvem a actividade de gestão de patrimónios alheios, não se encontra razão para distinguir e para aplicar um regime jurídico à gestão exercida pelos bancos e à que é exercida pelas sociedades gestoras.

A exigência de forma legal escrita, porém, suscita dificuldades de transposição. É pacífico que as exigências legais de forma para os negócios jurídicos privados é excepcional e não pode ser aplicada por analogia. Por outro lado, o relacionamento do cliente com o banco, com o seu gestor de conta é tradicionalmente informal; mas a *ratio legis* da exigência legal de forma do mandato é precisamente a mesma num caso e noutro.

Para a solução desta questão pode contribuir o preceito do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 163/94, cuja aplicação analógica à gestão pelos bancos não suscita dúvidas. A alínea b) do n.º 1 deste artigo impõe sobre o gestor – sociedade ou banco – um dever de exactidão e clareza na contratação. Estas exactidão e clareza, se se impõem na contratação entre o gestor e o terceiro, não devem deixar também de se exigir na contratação do mandato entre o banco e o seu cliente. Daqui decorre um dever para o banco de exactidão e clareza na estipulação com o seu cliente das condições, limites e grau de discricionariedade da gestão, da susceptibilidade de os fundos e bens em gestão serem depositados em contas abertas em nome do banco, por conta do cliente, e de tudo o mais que se torne necessário, conveniente ou útil para uma determinação exacta e clara da relação de mandato. O banco deverá assim proceder de modo a que não possa ser induzida em erro nenhuma das partes.

O modo privilegiado de cumprir este dever de exactidão e clareza é a estipulação do mandato por escrito. Sempre que o mandato seja sem representação, a protecção do cliente exige, nos termos do artigo 1184.º do Código Civil, que assim conste de documento escrito anterior à penhora ou apreensão dos bens.

A questão todavia não é líquida e deve afirmar-se apenas que a forma escrita do mandato é recomendável de acordo com o dever de exactidão e clareza, mas pode ser suprida por um outro modo que assegure as vantagens de certeza e segurança do documento escrito.

6. O mandato para a prestação de serviços financeiros

I. O Código dos Valores Mobiliários²³ prevê, nos artigos 298.º e seguintes a prestação de serviços financeiros por parte de intermediários financeiros que podem ser bancos. Depois de uma parte geral, regula em especial os contratos de intermediação, entre os quais tipifica o relativo a ordens de bolsa, o de gestão de carteira e o de assistência e colocação. Sem entrar no detalhe regulamentar em que o CVM é fértil, torna-se possível extrair do articulado legal algo de útil para a concretização do regime do mandato bancário.

Os tipos contratuais referidos são subtipos do mandato. As regras específicas que no seu âmbito o CVM estatuiu, quer em geral, quer em relação a cada um deles, são “parcelas de regime legal” susceptíveis de aplicação transtípica²⁴. Os modelos regulativos típicos podem fornecer critérios de decisão para casos que se situem fora das fronteiras do tipo legal a propósito do qual foram especificamente legisladas. Esta aplicação transtípica opera-se através de um processo analógico. Ao contrário do que os juristas portugueses se acostumaram a ouvir dizer desde os bancos das Faculdades, a concretização analógica não pressupõe necessariamente lacuna. Na construção que lhe foi dada por ARTHUR KAUFMANN²⁵, a analogia é também um processo que, sem necessidade de prévia determinação de uma lacuna, ocorre sempre e necessariamente na concretização. Traduz-se na comparação entre o caso e a norma, ou entre o caso e o tipo, para discernir as semelhanças e diferenças, seguida da avaliação da relevância das diferenças perante um critério que se encontra na *ratio juris*. Na sequência e em consequência, será virtuoso aplicar transtipicamente certas “parcelas de regime legal” oriundas de outros tipos legais, em

²³ Aprovado pelo Decreto-Lei 486/99, de 13 de Novembro.

²⁴ Sobre a aplicação transtípica de parcelas de regime legal de certos tipos jurídicos estruturais a outros em relação aos quais se verifique a mesma razão de ser, PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, cit., págs. 232 e segs..

²⁵ ARTHUR KAUFMANN, *Analogie und “Natur der Sache”*, 2. Aufl., Decker & Müller, Heidelberg, 1982.

relação às quais se verifique idêntica ou semelhante *ratio juris* e com as modificações que as diferenças aconselhem ou mesmo imponham. É possível, é útil e enriquecedor, recolher em tipos vizinhos critérios de acção e de decisão adequados e justos através de um processo analógico de concretização transtípica.

II. Uma das partes no contrato de intermediação financeira é necessariamente um intermediário financeiro. Entre os intermediários financeiros, na enumeração do artigo 293.º do CVM, encontram-se as instituições de crédito; e de entre as instituições de crédito, contam-se os bancos. Os bancos podem ser parte em contrato de gestão de carteiras de valores mobiliários.

Os contratos de intermediação, principalmente os contratos de gestão de carteira, são semelhantes aos mandatos para a gestão de patrimónios atrás referidos. Esta semelhança não é juridicamente neutra. Permite que, por analogia, *mutatis mutandis*, de acordo com o seu sentido próprio, possam ser transpostos, de tipo a tipo, critérios de comportamento devido, de comportamento esperado, de comportamento lícito, critérios de decisão.

Tanto as ordens, reguladas especificamente nos artigos 325.º a 331.º do CVM, como os contratos de gestão de carteiras de valores mobiliários tem a natureza de mandatos. Na verdade, nos seus termos os intermediários financeiros praticam actos jurídicos por incumbência dos seus clientes. Nos “contratos de assistência técnica, económica e financeira em oferta pública”, regulados nos artigos 337.º a 342.º do CVM coabitam o mandato e a prestação de serviço. As “regras gerais” contidas nos artigos 304.º e seguintes e 321.º a 324.º são comuns.

Da disciplina legal da prestação de serviços financeiros podem ser extraídas orientações reitoras ou de ideias dirigentes que podem bem ser aproveitadas para a concretização do mandato bancário. São elas a da profissionalidade, do interesse do cliente, da boa fé e da segregação patrimonial. Na disciplina da ordem surge ainda a unilateralidade potestativa ligada à relação de clientela.

III. A profissionalidade ganha grande ênfase, no artigo 305.º do CVM. O intermediário financeiro, no exercício da sua actividade, na execução dos mandatos dos seus clientes, “deve assegurar elevados níveis de aptidão profissional” e “manter a sua organização empresarial equipada com os meios humanos, materiais e técnicos necessários para prestar os seus serviços em condições adequadas de qualidade e de eficiência e por forma a evitar procedimentos errados ou negligentes”. A qualidade profis-

sional é exigida como uma obrigação de resultado. Este nível muito elevado de profissionalidade deve ser exigível transtipicamente em todos os mandatos bancários. Não se vislumbra razão para dispensar ou mesmo aligeirar esta exigência apenas por não estar expressamente prevista em relação a algum subtipo de mandato bancário.

IV. O interesse do cliente deve ser sempre tido como dominante no mandato bancário. O artigo 304.º n.º 1 do CVM é muito claro neste sentido: na prestação dos serviços financeiros, onde avulta o cumprimento do mandato, os intermediários financeiros, e entre eles os banqueiros, “devem orientar a sua actividade no sentido da protecção dos legítimos interesses dos seus clientes”. Esta linha de orientação decorre da profissionalidade da actividade. O interesse do banqueiro está apenas na remuneração que auferre pelos serviços que presta. Todos os demais resultados económicos dos serviços financeiros devem beneficiar o cliente e não o banqueiro. Não há razão, também aqui, para não aplicar transtipicamente esta norma ao mandato bancário em geral. Tal não significa porém que não possam, banqueiro e cliente, no âmbito da autonomia privada, estipular entre si mandatos de interesse comum, concorrente, ou até exclusivos do banqueiro, ou que o cliente outorgue ao seu banqueiro procuração irrevogável no interesse comum, concorrente ou exclusivo do procurador²⁶.

V. A boa fé deve impregnar todo o agir jurídico privado e, no seu âmbito, também o agir negocial. Quer durante a negociação, quer já na execução do negócio, a boa fé não é dispensável, como bem demonstram os artigos 227.º e 762 n.º 2 do Código Civil. A referência à boa fé nem por isso se banaliza. Embora não seja, em rigor, necessário referi-la expressamente, nenhum inconveniente pode decorrer da inserção no articulado legal ou negocial de preceitos concretizadores do agir de boa fé. Perante a conhecida feição atomista e minuciosa do CVM, não é de estranhar que no artigo 403.º n.º 2 se tenha escrito que “nas relações com todos os intervenientes do mercado, os intermediários financeiros devem observar os ditames da boa fé, de acordo com elevados padrões de diligência, lealdade e transparência”. A omissão de um preceito como este jamais teria o condão de dispensar a boa fé, mas não é mau que se recorde aquilo que já existe: *quod abundat non nocet*.

²⁶ Sobre esta problemática no domínio do mandato, JANUÁRIO GOMES, *Da Revogação do mandato Civil*, cit., e no domínio da procuração, PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Procuração Irrevogável*, cit..

Na boa fé assume uma particular importância a obrigação que onera o intermediário financeiro de se informar sobre o seu cliente (princípio *know your client*). Esta vinculação tem enorme relevância. Permite ao intermediário financeiro o conhecimento do seu cliente, conhecimento este que é necessário para poder cumprir os seus deveres de boa fé. Na concretização da boa fé, cada parte deve colocar-se na posição da outra e, nessa perspectiva, discernir as condicionantes da sua situação concreta e as expectativas daí decorrentes²⁷.

Ainda no âmbito da concretização dos deveres de boa fé, é também muito actual e relevante o regime do conflito de interesses previsto nos artigos 309.º e 347.º do CVM. São frequentes as situações objectivas de conflito de interesses. Nos mercados financeiros internacionais têm mesmo surgido situações verdadeiramente escandalosas em que uma mesma instituição no mercado faz prevalecer o interesse de um cliente em detrimento do contrário interesse de outro cliente. A pluralidade de clientes que o banco tem suscita com alguma frequência, pelo menos, o risco de conflito de interesses. O CVM impõe que o intermediário financeiro aja de modo a evitar ou, pelo menos reduzir ao mínimo, o risco de conflito de interesses. Perante uma actual e efectiva situação de conflito de interesses, deve “agir por forma a assegurar aos seus clientes um tratamento transparente e equitativo”. Note-se que não se consagra um dever de se abster de agir em relação a ambos os protagonistas dos interesses conflitantes, como sucede, por exemplo, na deontologia profissional dos advogados, no exercício do mandato, mas antes um dever de tratamento equitativo de todos. Esta regra, que é mais fácil de impor do que de cumprir, deve também ser estendida, *a eadem ratio*, ao mandato bancário em geral. A referência a um “tratamento transparente” só pode ter o sentido de impor ao intermediário financeiro o dever de imediatamente informar sobre a situação de conflito os seus clientes que por ele estejam afectados. Perante a situação de conflito, o cliente pode pôr termo ao mandato.

No domínio da boa fé no relacionamento entre intermediário financeiro e cliente, o CVM contém uma regra que proscree a “intermediação excessiva”, prática também conhecida por *churning*. É mais um caso em que a lei concretiza uma manifestação específica de violação da honestidade e integridade no relacionamento contratual que se foi tornando típica com a prática. Para aumentar os seus proveitos, o intermediário financeiro – no caso que nos interessa, o banco – multiplica artificial e desnecessa-

²⁷ Para o entendimento desta perspectiva de reciprocidade posicional na concretização da boa fé, PAIS DE VASCONCELOS, *A Natureza das Coisas*, cit., págs. 755 e 759.

riamente as operações que faz por conta do cliente. Este, normalmente ingénuo na matéria, não se apercebe do empolamento dos movimentos e das diligências supérfluas. Poder-se-ia dizer que o próprio preceito é supérfluo, uma vez que esta prática viola, em si mesmo, o princípio da prevalência do interesse do cliente. É verdade. Mas a prática do *churning* assumiu já uma autonomia e uma reiteração suficientes para ganhar tipicidade social. É útil, por isso, a sua tipificação legal. No direito português existe um estudo fundamental de JOSÉ ANTÓNIO VELOSO²⁸ sobre o *churning*, para o qual se remete. Trata-se de uma prática desonesta claramente ilícita, que é inadmissível também no mandato em geral.

Ainda no âmbito da boa fé, vale a pena referir os deveres de informação. No n.º 2 do artigo 304.º do CVM é referida, a propósito da boa fé, a transparência. Como valor axiologicamente positivo, a transparência estava já banalizada na actividade política – como *politicamente correcta* – e não tinha ainda penetrado no direito. Significa, neste âmbito, que a actuação do intermediário financeiro deve ser clara, sem zonas de obscuridade, sem jogo escondido. Tudo lhe pode o cliente perguntar e tudo lhe deve o intermediário financeiro responder com clareza e limpidez. Tem a ver com o dever de informação e com o dever de relatar a gestão e a execução do mandato.

Se, na relação entre o intermediário financeiro e o cliente deve existir uma perfeita comunicação informativa, já no que respeita a terceiros deve dominar o segredo. O intermediário está sujeito a sigilo (artigo 304.º n.º 4).

Para permitir a perfeita informação por parte do cliente (e também das autoridades de supervisão), o CVM impõe nos artigos 307.º e 308.º a contabilização diária dos movimentos e a conservação dos documentos pertinentes. Este dever concretiza a obrigação do comerciante em geral e do mandatário profissional em particular, de ter uma contabilidade organizada, que mereça fé e crédito, e de prestar contas. Vale a pena chamar aqui a atenção para o dever de verdade, exactidão e rigor na contabilidade que contraria as práticas de “*contabilidade criativa*” que estão ultimamente muito na moda e que, além de claramente ilícitas, estão a conduzir a eventos de enorme gravidade.

VI. Finalmente, importa referir, no regime da intermediação financeira, legislado no CVM, o regime de segregação patrimonial. Com ele

²⁸ JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, *Churning: Alguns apontamentos, com uma proposta legislativa*, Direito dos Valores Mobiliários, Lex, Lisboa, 1997, pág. 349-453.

pretende-se instituir uma autonomia e separação entre o património do intermediário financeiro e o do seu cliente, de modo a evitar que seja afectado por execuções movidas contra o intermediário financeiro, ou mesmo a sua falência. Sempre que o intermediário financeiro actua em nome do cliente, com representação, a segregação não é necessária, porque a titularidade das situações jurídicas patrimoniais envolvidas se mantém na esfera jurídica do cliente. Este não corre qualquer risco perante uma execução movida contra o intermediário financeiro. Porém, quando o intermediário financeiro age como mandatário sem representação, já assim não sucede: as situações jurídicas patrimoniais inscrevem-se na titularidade do mandatário e não estão, em princípio isentas da agressão dos seus credores.

A segregação patrimonial foi imposta pela Directiva 93/22/CEE, dos serviços de investimento, para proteger os investidores dos riscos emergentes da falência ou de execuções movidas a instituições que gerem os seus investimentos. O seu artigo 10.º obriga os Estados-membros a estabelecer regras que exijam da empresa de investimento, entre outras coisas, que “tome disposições adequadas em relação aos valores pertencentes aos investidores, por forma a salvaguardar os direitos de propriedade destes, nomeadamente em caso de insolvabilidade da empresa, e a evitar que a empresa de investimento utilize os valores dos investidores por conta própria sem o consentimento explícito destes últimos”.

Este regime foi adoptado no artigo 5.º do Decreto-Lei 163/94, sobre as sociedades gestoras de patrimónios, em que é tornado obrigatório o depósito dos fundos dos clientes em contas bancárias especialmente abertas. No caso da intermediação financeira, o artigo 306.º do CVM impõe que o intermediário financeiro assegure “uma clara distinção entre os bens pertencentes ao seu património e os bens pertencentes ao património de cada um dos clientes” e estatui que “a abertura de processo de falência, de recuperação de empresa ou de saneamento financeiro não tem efeitos sobre os actos praticados pelo intermediário financeiro por conta dos seus clientes”. Este preceito obriga ainda o intermediário financeiro a depositar em contas especiais os fundos recebidos dos clientes e proíbe-os de dispor dos valores mobiliários ou fundos dos clientes no seu interesse ou de terceiros.

Este regime deve ser completado pelo artigo 1184.º do Código Civil, que protege dos credores do mandatário sem representação, os bens que este haja adquirido em execução do mandato e que devam ser entregues ou retransmitidos ao mandante. Este preceito aplica-se a todos os bens que o mandatário sem representação tenha adquirido do mandante para execução

do mandato ou de terceiros na execução do mandato e que, de acordo com as respectivas regras devam ser transferidos para a titularidade do mandante. Permite ao mandante uma segurança próxima daquela que é assegurada pelo regime do *trust*.

Integrados os regimes do artigo 5.º do Decreto-Lei 163/94 e do artigo 306.º do CVM, de acordo com o espírito da Directiva 93/22/CEE, com o do artigo 1184.º do Código Civil, obtém-se um regime de quase autonomia patrimonial que protege eficazmente o cliente em caso de falência do banco ou de execução movida contra ele.