

O PROBLEMA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS POR PREJUÍZOS QUE CAUSEM A DIREITOS DE CRÉDITO

Pelo Dr. Alberto Luís

1. Já nos princípios dos anos 80 me ocupei do problema da concessão abusiva de crédito (reverso do recurso abusivo ao crédito), em consequência da qual os bancos deveriam ser responsabilizados por conduta ilegítima, e por isso censurável, perante credores anteriores do creditado, quando à insolvência deste sucede a abertura de um procedimento concursal. Nesse tempo, começava a definir-se o interesse, da parte de alguns autores italianos, pela jurisprudência e pela prevalecente doutrina francesa liderada por Jack Vézian, quanto ao reconhecimento desta forma de responsabilidade da banca.

Não pretendo fazer agora a figura de acender uma vela em pleno dia, mas porque alguma doutrina portuguesa me parece “impregnada de humores antigos” (como diria Carlo Castronovo), vou aqui abordar o problema da responsabilidade civil dos bancos, considerada noutros dois momentos: na *recusa de pagamento de cheques* e no *pagamento de cheques falsos ou falsificados*. São casos da experiência quotidiana, a maioria dos quais se resolve por meios empíricos que nos escapam, sem recurso aos tribunais ou sem decisões judiciais assinaladas.

A generalidade das pessoas que possuem conta num banco e um livro de cheques não toma consciência de que se encontra

envolvida em relações contratuais que não se confinam ao governo dos seus depósitos enquanto forma de propriedade, mas que assumem uma dimensão social enquanto instrumentos da circulação da riqueza.

A convenção de cheque só pode ser estipulada com um banco. Se fosse estipulada com outra pessoa jurídica, ela seria reconduzível a um tipo contratual geral (mútuo, depósito, mandato), mas não entraria no campo contratual bancário, com a sua disciplina diferenciada. Por isso, o contrato bancário, tendo como contraente necessário um banco, não se qualifica apenas objectivamente, pelo seu conteúdo.

O tratamento jurídico das operações bancárias foi definido genericamente no art. 363.º do Código Comercial, ao dispor que elas serão reguladas “pelas disposições especiais respectivas aos contratos que representarem, ou em que afinal se resolverem”; e o art. 362.º atribui a tais operações natureza comercial.

Mas a definição sistemática do objecto exclusivo dos bancos só foi feita no art. 47.º do Dec.-Lei n.º 42 641, de 12.11.1959: “exercício com fins lucrativos da actividade bancária e das funções de crédito, nomeadamente a recepção, sob a forma de depósitos ou outras análogas, de disponibilidades monetárias que empreguem, por sua própria conta e risco, em operações activas de crédito a curto prazo ou outras que lhes sejam autorizadas por lei”, etc.

Esta definição, sobrecarregada de elementos descritivos, deu lugar à que foi introduzida pelo art. 1.º, n.º 3, do Dec.-Lei n.º 23/86, de 18 de Fevereiro, que adaptou o regime legal português de licenciamento de instituições de crédito às orientações decorrentes da Directiva comunitária n.º 77/780, de 12.12.1977; aí se define a instituição de crédito como “empresa cuja actividade consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis e em conceder crédito por sua própria conta”. O Dec.-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, substituiu depois a redacção da parte final, a seguir a “fundos reembolsáveis”, por “a fim de [as instituições de crédito, no plural] os aplicarem por conta própria mediante a concessão de crédito”.

Da nova redacção dir-se-ia resultar a obrigação de afectar os fundos à concessão de crédito — o que, além de absurdo, desvirtuaria o sentido da Directiva. O caso foi tema de estéreis interpre-

tações e comentários por parte de vários autores que teriam prestado melhor serviço ao entendimento dos problemas se se tivessem limitado a captar, através do equívoco das definições usadas, o sentido vivo da actividade bancária, que é o desenvolvimento da *intermediação no crédito*, quer dizer, na recolha do aforro entre o público sob todas as formas e no exercício do crédito.

Os bancos, como empresas económicas operando em regime de livre concorrência, desenvolvem a sua actividade através de instrumentos contratuais de direito privado. Contudo, determina o art. 61.º da Constituição que “a iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral”. Quer isto dizer que a iniciativa económica privada deve ser avaliada, não apenas pelas suas concretas incidências sobre as situações subjectivas individuais, mas também pela sua potencial incidência sobre situações e posições das categorias de pessoas que com elas estejam em relação e que sejam portadoras de interesses homogéneos. Surge assim a necessidade de uma referência à utilidade social como limite da iniciativa económica privada; e esta não pode contradizer os valores que regulam o sistema económico e o equilíbrio do mercado.

Nesta ordem de ideias se diz que o contrato bancário não exprime “uma figura neutra de regulamento negocial”, reconduzível esquematicamente aos princípios gerais do contrato. A presença do banco como sujeito negocial não se limita a configurar o contrato, porque também proporciona tutela e realização aos interesses nele envolvidos. As categorias contratuais bancárias têm, pois, de ser entendidas e reconstruídas em termos operativos, tendo em conta os elementos concretos que articulam a trama de interesses em jogo.

2. A emissão de cheques tem como necessário pressuposto um prévio acordo, mediante o qual o sacador tem o direito de ordenar ao banco sacado o respectivo pagamento: a denominada convenção de cheque. O art. 3.º da L.U. Cheques diz isso mesmo: “O cheque é sacado sobre um banqueiro que tenha fundos à disposição do sacador e em harmonia com uma convenção expressa ou tácita, segundo a qual o sacador tem o direito de dispor desses fundos por meio de cheque”. Mas isso não significa que esteja incor-

porado no cheque um direito de crédito contra o sacado, uma vez que o banco não é obrigado cambiário, sendo-lhe mesmo vedado aceitar ou avalizar o cheque (arts. 4.º e 25.º LU).

A ordem de pagamento contida no cheque, desde que verificados os pressupostos da existência de somas disponíveis e da possibilidade da respectiva disposição por esse meio, é pontualmente executada na normalidade dos casos. Aliás, tratando-se de um negócio unilateral, dirigido a produzir o efeito prático-jurídico do pagamento, os seus efeitos produzem-se no momento em que a ordem chega ao conhecimento do banco ao qual é dirigida (vid. art. 224.º, 1, C. Civil), isto é, no momento da apresentação do cheque. “O cheque é pagável à vista”, diz o art. 280 LU.

Todavia, a ordem de pagamento será vinculante para o banco? Em particular, na hipótese de revogação da ordem pelo sacador, o banco poderá recusar o pagamento mesmo que a provisão não tenha sido entretanto retirada?

A escassa doutrina portuguesa, quer a doutrina jurisprudencial, quer a dos pareceres avulsos dos mestres, tem-se manifestado no sentido de, em caso de revogação, o banco não se encontrar vinculado à ordem de pagamento, mesmo durante o prazo de apresentação. Diz o art. 32.º LU que “a revogação do cheque só produz efeito depois de findo o prazo de apresentação”, que é de 8 dias, como se sabe (art. 29.º). O raciocínio usado é muito simples: o banco não é obrigado no cheque; por seu turno, o portador é alheio à convenção de cheque; daí resulta que não tem qualquer acção directa contra o banco.

Este raciocínio é sustentado mesmo para o período de apresentação, subvertendo-se a função económica do título como meio de pagamento. Como, porém, é preciso dar um sentido útil ao princípio segundo o qual a revogação só produz efeito depois de findo o prazo de apresentação, tal doutrina reduz o alcance do princípio à faculdade de escolha que o banco terá entre pagar ou não pagar. O banco, porque o portador não é parte na convenção de cheque, será árbitro da situação — mas árbitro não sujeito a quaisquer regras e com a faculdade de atribuir à contra-ordem uma eficácia que a lei nega.

A exaltação desta ideia partiu dum parecer encomendado pelo Banco Nacional Ultramarino a Ferrer Correia e António Caeiro,

depois adaptado a Anotação ao decantado acórdão do STJ de 20.12.77 e publicado na *Revista de Direito e Economia*, Ano IV — N.º 2 -Jul. — Dez. 1978, pp. 457-471.

Tal parecer ajudou a consolidar a opinião de que, não existindo relação jurídica directa entre sacado e tomador do cheque, este não tem acção contra aquele: isto quer em face dos princípios do direito cambiário, quer na perspectiva do direito comum.

Esta maneira de ver as coisas tornou-se um verdadeiro arquétipo e tem durado. “Todas as coisas que vivem muito tempo são pouco a pouco de tal modo embebidas de razão, que se torna inverosímil a origem que elas têm na desrazão” — escreveu Nietzsche na abertura de *Aurora*, em crítica aos preconceitos que também invadem a teoria do conhecimento.

Assim aconteceu com o referido parecer, que não relevou o papel da actividade bancária de intermediação no crédito, nem a função de pagamento dos cheques que incumbe aos bancos sacados, nem o sentido da disciplina dos títulos de crédito que, naquilo que apresenta de desvios do direito comum, “é o resultado de um mais intenso *favor creditoris* e de um correspondente sacrifício do devedor; e revela, além disso a finalidade de facilitar a circulação e o emprego do título de crédito” (F. Messineo, *I titoli di credito*, Padova, 1964, vol. I, p. 49).

Na sua preocupação de afastar o portador do cheque de qualquer direito de acção contra o banco sacado, mesmo na perspectiva do direito comum, Ferrer Correia vai ao ponto de, recusando ao cheque a qualificação de contrato a favor de terceiro, declarar que a invocação dessa figura “seria inteiramente descabida, como toda a doutrina o reconhece” (*loc. cit.*, p. 464, nota 28). Afirmção esta bastante infortunada, mesmo em terra de cegos, porquanto o próprio De Semo, que ele cita logo na nota 1 da sua Anotação, dá conta, na p. 724 do *Diritto cambiario*, de que aquela concepção é acolhida por Bonelli e por Pacchioni, em lugares ao nosso alcance, respectivamente, *Della cambiale*, 1930, n. 392, e *I contratti a favore dei terzi*, 1933, p. 342. Contemporaneamente àquela Anotação, outro autor, Giacomo Molle, no seu *Manuale di diritto bancario*, 2.^a ed., 1977, entre as várias qualificações dadas pela doutrina ao cheque bancário, menciona, sem sombra de escândalo, que “se fala de *contrato a favor de terceiro* no sentido de que a obriga-

ção assumida pelo sacado para com o sacador de honrar a sua ordem, formaria objecto de um contrato a favor de pessoa indeterminada”.

Aliás, contamos entre nós com a posição frontal de J. Oliveira Ascensão, que não hesita em ver na convenção de cheque “um contrato a favor de terceiros — que o é evidentemente”, resultando desse contrato que “o terceiro pode exigir directamente o crédito ao sacado (por aplicação do art. 444.º/1 do Código Civil)” — *Direito Comercial*, vol. III — *Títulos de Crédito*, 1992, pp. 256-257.

O que há de desgarbado na posição portuguesa conduzida por Ferrer Correia é a influência que as ideias-feitas têm no retraimento da evolução da figura do contrato a favor de terceiro, cuja aplicabilidade aos negócios unilaterais, mesmo inominados, deixou de ser questão desde que Giuseppe Ferri publicou em 1962 a sua *Autonomia privata e promessa unilaterali*. Teria sido sem dúvida mais fecunda lição discernir sobre a disciplina jurídica das promessas dirigidas a pessoas cuja determinação está ligada à cartularidade do título, e, em tal hipótese, discutir se o problema pode ou não dizer-se resolvido à partida, isto é, se, no que respeita a promessas cartulares, ele é absorvido precisamente pelos caracteres da cartularidade e da autonomia. Advirta-se que, no mesmo ano de 1978 em que Ferrer Correia divulgou o seu parecer, foi publicado em Pádua o 2.º volume do *Diritto commerciale* do notabilíssimo Gastone Cotrino, donde transcrevo o seguinte passo da p. 323:

“Claramente mais delicada é a questão de saber se uma responsabilidade do banco surge no caso em que o sacador dê uma contra-ordem, isto é, ordene ao banco que não pague um cheque já emitido. Imaginemos o caso de Francisco Rossi que, depois de ter entregado um cheque a Mário Bianchi, se apercebe de se ter enganado. Tinha feito mal as suas contas, a soma devida era inferior. Ordena então ao banco que não pague.

“Ora, o art. 35.º da lei [nosso art. 32.º LU] estabelece que a ordem de não pagar “não tem efeito senão depois de expirado o prazo de apresentação”. Mas esta regra tem relevância também perante o terceiro portador do cheque, ou vale apenas na relação entre sacador e sacado?”

“A doutrina está dividida. A jurisprudência parece orientada para a tese mais favorável ao sacado, por reflexo de que o possuidor de um cheque não tem nenhum direito ou acção perante o sacado e que a norma em questão teria sido emitida no único interesse deste.

“A mim parece, todavia, que a tese mais rigorosa (sustentada por Mossa, De Semo; na Alemanha por Iacobi) encontre um fundamento não negligenciável na função de pagamento do cheque, de que o art. 35.º é a expressão.

“Se esta função é de algum modo prejudicada, se falta a certeza dos utentes de que o cheque é sempre honrado (e que se não é honrado há alguém que paga, a título de regresso e — ou — de ressarcimento do dano) quando existem os fundos no momento da sua emissão, destrói-se em meu entender o próprio mecanismo do cheque como meio de pagamento”.

A adopção deste ponto de vista corresponde a um comportamento condizente com a perspectiva económica e com a função instrumental do direito. O cheque é um meio de pagamento criado para imprimir à provisão uma destinação específica que não pode ser modificada pelo sacador dentro do prazo de apresentação e que é vinculante para o banco na base da convenção de cheque. Que a destinação atribuída aos fundos não pode ser modificada, é a lei que o determina ao sancionar a ineficácia da revogação da ordem durante o período de apresentação do cheque; e é vinculante para o banco porque este aceitou com a convenção de cheque a obrigação de obedecer à ordem do sacador nos limites da disponibilidade.

É certo que a obrigação do banco não é de natureza cambiária: é uma obrigação extracambiária, sim, mas que tem o seu fundamento na convenção de cheque, cujo relevo não pode ser limitado às partes nela intervenientes, dado que tem o seu pressuposto legal no próprio ordenamento e na dinâmica do cheque. Como diz G. Ferri, a execução da ordem por parte do banco deixa de ser um facto interno, e necessariamente assume relevo jurídico também perante o portador, o qual recebeu o cheque precisamente no pressuposto da existência e do cumprimento da convenção entre sacador e banco (*Manuale di Dir. Comm.*, Torino, 1962, p. 572).

O *vínculo de destinação* torna-se eficaz para o sacador no momento da emissão do cheque, e para o banco no momento da apresentação — momento em que a provisão deve subsistir para que o banco seja obrigado perante o sacador e o possuidor do cheque. E porque é decisivo para o sacador o momento da emissão, daí resulta que os eventos posteriores relativos à pessoa do sacador não modificam a situação criada com a emissão do cheque. Neste sentido, dispõe o art. 33.º da LU que “a morte do sacador ou a sua incapacidade posterior à emissão do cheque não invalidam os efeitos deste”.

Como se vê, é a própria lei que tutela os efeitos do cheque, em homenagem à função económica do título. Deste modo, não pode o banco arbitrariamente, nem mediante contra-ordem do sacador e dentro do prazo de apresentação, frustrar a destinação dada à provisão mediante a emissão do cheque. O banco será, por isso, responsável perante o portador, se lhe recusar o pagamento.

Estes princípios foram consagrados na mais moderna legislação sobre cheques, a espanhola — Lei n.º 19/1985, de 16 de Julho, Lei Cambiária e do Cheque. Nela se estabelece, no art. 108.º, que “o sacado que tenha fundos à disposição do sacador no momento da apresentação à cobrança de cheque seu regularmente emitido está obrigado ao seu pagamento. Se só dispuser de uma provisão parcial estará obrigado a entregar o seu montante”.

Como se vê, a obrigação de pagamento do sacado frente ao portador é uma obrigação *ex lege*, já que não nasce de um negócio jurídico, porque nenhum pacto une o portador ao banco sacado. A responsabilidade do banco, em caso de não pagamento injustificado do cheque, é, pois, de natureza extracambiária e abarca as perdas e danos produzidos pelo incumprimento do pacto de disponibilidade. E o não pagamento será injustificado se o banco sacado acatar a ordem de revogação do seu cliente e em consequência não pagar, tendo fundos para isso, o cheque que lhe for apresentado dentro do prazo de apresentação (que no direito espanhol é de 15 dias).

3. O reconhecimento do direito do portador ao ressarcimento dos danos sofridos pela recusa de pagamento de cheque deve compreender-se no quadro legal da responsabilidade extracontratual,

cujos pressupostos são definidos no art. 483.º do Cód. Civil: “Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”.

A problemática da responsabilidade extracontratual ou aquiliana da banca ainda não mereceu muita atenção dos autores nacionais; no entanto, ela corresponde a uma aspiração de justiça distributiva e a uma exigência de ressarcimento sentida por uma sociedade que já não aceita como fatalidade os danos sofridos.

No caso concreto em exame, torna-se necessário vencer a resistência ao alargamento da tutela aquiliana aos direitos de crédito, articulando-a com a disciplina especial dos títulos de crédito, instrumentos por excelência da circulação da riqueza. Na escassa lição dos nossos estudiosos, os direitos de crédito são tutelados pela responsabilidade contratual, com o fundamento de que, sendo o direito de crédito um direito à prestação apenas exigível ao devedor, só este o pode violar, quer por inadimplemento, quer por recusa ou cumprimento defeituoso (798.º C. Civil); daí que só atribuam relevância à lesão dos *direitos absolutos* (direitos reais, direitos de personalidade, direitos familiares e propriedade intelectual), únicos abrangidos pela forma de comportamento ilícito referida no art. 483.º: a violação do direito de outrem.

Nesta perspectiva, o ilícito é entendido como antijuridicidade, como lesão da esfera jurídica dum sujeito. Tal concepção acaba por imprimir ao art. 483.º o carácter de uma norma residual que impõe uma obrigação geral de *neminem laedere* entendida como síntese de obrigações que em cada caso é preciso encontrar no ordenamento jurídico.

Ora, desde os anos 60 se começou na Itália a reagir contra a leitura reducionista do art. 2043.º do C. Civil, que é o homólogo do 483.º, passando-se a atribuir relevância a toda e qualquer lesão não justificada por uma precisa norma legal. E tanto a doutrina como a jurisprudência contribuíram para consolidar o critério da tutelabilidade dos interesses, considerando-se ressarcível não só o facto danoso em contraste com uma norma, mas também aquele não expressamente justificado por uma norma. E assim se passou de uma concepção de injustiça como lesão dum direito absoluto,

para a de injustiça como lesão também dum direito de crédito, acabando por se admitir a ressarcibilidade da lesão dum interesse não protegido como direito subjectivo, e abandonando-se definitivamente a equiparação da injustiça à lesão dum direito absoluto. Só com esta conquista da interpretação que reconheceu a tutela ao direito de crédito, o art. 2043.º CC assumiu plenamente o alcance de cláusula geral. Igual evolução é de esperar quanto ao nosso art. 483.º. Mas isso não se consegue sem revolver as entranhas da lei, isto é, sem partir dum sentido vivo dos problemas que ela contempla.

Para as teorias mais recentes, ilícito é todo o comportamento humano que provoca um dano culposo ou doloso e de que deriva a “impossibilidade de convivência e de solidariedade social”. A responsabilidade civil torna-se assim uma “responsabilidade à medida do homem”, e não uma figura exangue, saída duma concepção de valores que retalha o homem e compartimenta as suas vivências.

Pode dizer-se que a evolução é no sentido de se identificarem os sistemas jurídicos no reconhecimento do carácter absoluto de todos os direitos subjectivos (incluindo os de crédito), e de admitir a protecção aquiliana de qualquer direito ou interesse, desde que seja lícito.

Lembremos, a tal respeito, o caso que se tomou emblemático do problema da lesão do crédito: a morte culposa dum jogador de futebol e o conseqüente prejuízo do direito do clube às prestações desportivas derivadas duma obrigação contratual.

Na manhã de 4 de Maio de 1949, o avião que transportava a equipa de futebol da Associazione Calcio Torino, no regresso de Lisboa após um jogo com o Benfica, embateu contra uma basílica e despenhou-se na colina de Superga, nos arredores de Turim, causando, com a morte de todos os jogadores, “reservas” e técnicos afectados à equipa, a destruição total de uma *universitas* organizada, a respeito da qual a substituíbilidade não era sequer concebível. Ao clube foi judicialmente negado o ressarcimento do dano, por ele reclamado contra a companhia aérea, com fundamento em erro culposo de manobra. Esta solução jurisprudencial levantou muitas críticas no plano doutrinal, que haveriam de influir na ulterior posição dos juízes.

Vinte anos depois, um automobilista colheu e matou o jogador Luigi Meroni, também do Torino: desta vez o direito ao ressarcimento foi reconhecido ao clube, com uma sentença que assinalou uma viragem na posição jurisprudencial sobre a lesão do crédito, abrindo-lhe a nova fronteira da tutela aquiliana: “*Quem com facto seu doloso ou culposo ocasiona a morte do devedor doutra pessoa é obrigado a ressarcir o dano sofrido pelo credor, quando a morte tenha determinado a extinção do crédito e uma perda definitiva e irreparável para o próprio credor*” (sentença de 26.1.71, da Corte de Cassação). O princípio da ressarcibilidade foi, no entanto, *nuancé*: é preciso que se verifique a *insubstituibilidade do devedor*, «no sentido de que não seja possível ao credor obter, senão em condições mais onerosas, prestações iguais ou equipolentes». Foi o que sucedeu com o Torino: o jogador Meroni foi substituído pelo reserva Facchin, em condições menos onerosas e sem nenhuma alteração do rendimento da equipa.

Assim começou o declínio da solução negativa dada ao problema da responsabilidade de terceiro pelo prejuízo causado a relações jurídico-obrigacionais dele desconhecidas ou incognoscíveis — o que não parecia justo à doutrina divulgada há meio século.

Pense-se, porém, que a protecção dos direitos de crédito é imposta pela própria evolução do objecto da riqueza, que se deslocou dos direitos reais para os direitos de crédito; e estes, porque direitos, impõem-se juridicamente a todas as pessoas.

O tema da não relatividade dos direitos de crédito é entre nós tratado por Menezes Cordeiro, a propósito do problema da eficácia externa das obrigações. A jurisprudência existente, como ele diz, “é escassa e pouco profunda”: o acórdão do STJ de 16.6.64 (BMJ n.º 138, p. 342 ss.) acolheu a eficácia externa das obrigações; mas o acórdão de 17.6.69 (BMJ n.º 188, p. 146 ss.) manteve as posições relativistas. Por isso ele conclui, com vivacidade: “Este estado de coisas não deve manter-se: o Direito Civil deve a sua vitalidade milenária à sua capacidade de adaptação face às novas exigências sociais. Consequentemente, a Ciência do Direito não pode reduzir-se à aplicação esclerosada de esquemas rígidos, que já nem formalmente devem satisfazer”.

Antunes Varela, nas suas *Obrigações*, não enfrenta a grande agitação do problema. Para ele, é apodíctico que só o devedor pode

violar o direito de crédito. Exclui mesmo a discussão do assunto, e condescende apenas em referir da doutrina alemã o exemplo ou ilustração da possibilidade duma violação por terceiro, se este, intitulando-se credor, receber do devedor a prestação. Todavia, mesmo em tal hipótese, ou seja, em caso de ataque injustificado de terceiro à titularidade ou competência jurídica do credor, a doutrina alemã (nomeadamente Larenz, *Derecho de Obligaciones*, ed. esp., Madrid, 1958, tomo I, p. 27) não deixa de reconhecer ao credor «uma posição jurídica que todos são obrigados a respeitar» e que, não sendo um direito absoluto, tem de equiparar-se, em caso de lesão, a «qualquer outro direito» de que fala o § 823, parágrafo 1 do BGB (correspondente ao nosso art. 483.º). Não nos dá, em todo o caso, Antunes Varela a notícia de que a doutrina alemã se encontra seriamente dividida a este respeito; e de que, na Alemanha, “a jurisprudência tem fácil apoio contra injustiças derivadas de dogmatismos excessivos, através da utilização das *cláusulas gerais*” (M. Cordeiro, *Direito das Obrigações*, I, p. 278), ou seja, de princípios de valor não codificados (segurança no tráfego, boa-fé na prestação, etc.) a que os juízes recorrem para atingir a conformação da norma ao caso concreto. A norma como que é criada casuisticamente, por um processo de síntese judicial.

Num aditamento feito às posições assumidas na *D. Obrigações*, Menezes Cordeiro considera mesmo dispensável o recurso à boa fé para a protecção dos créditos contra terceiros, e afirma que “o art. 483.º/1 garante, sem distinções, a protecção aquiliana a todos os direitos subjectivos, com inclusão dos créditos” (*A Boa Fé no Direito Civil*, 1984, I, p. 647).

Decerto, àqueles para quem as luzes não passem de ideias-feitas será indiferente o facto de a jurisprudência francesa, logo seguida pela doutrina, ter consagrado desde os primeiros tempos do Código de Napoleão, pragmaticamente e de uma vez para sempre, o princípio da eficácia externa das obrigações. Mas poder-se-á com alguma legitimidade ficar indiferente a esta evidência: que o portador dum cheque a quem, dentro do prazo de apresentação, é recusado o pagamento com base em revogação, está a ser vítima da violação das disposições da LU destinadas precisamente a proteger os direitos do portador?

Se isto não constitui um ilícito compreendido na protecção em via aquiliana, onde está a solenidade jurídica do cheque como meio de pagamento, como título de exacção e como instrumento de compensação?

Os problemas da responsabilidade extracontratual da banca ganham novo contorno se deixarmos de pôr em evidência as relações isoladas entre o banco e o cliente e entre o banco e o terceiro, e enquadrarmos as soluções para elas adoptadas no sistema de actividade que os bancos exercitam de recolha do aforro e da respectiva aplicação em operações de crédito por sua própria conta e risco. É uma actividade de relevância social e interesse público, sujeita ao ordenamento criado pela lei bancária e a uma disciplina própria, limitativa da liberdade de iniciativa económica tutelada pelo art. 61.º da Constituição. Se tomarmos em conta a série de interesses que podem ser lesados pelos bancos no exercício da sua actividade (no dizer de Michel Vasseur, “o banqueiro é um manuseador de dinheiro e, curiosamente, o dinheiro parece dever ser classificado entre as coisas perigosas, iria quase a escrever explosivas”), não podemos ter uma visão global e uniforme da responsabilidade bancária se a nossa atenção se fixar em cada caso isolado e avulso. Na falta de um princípio geral de responsabilidade objectiva por risco de empresa, só o critério do *risco profissional* permitirá canalizar sobre os bancos as múltiplas formas concretas de dano. Assim, sem sairmos do campo da responsabilidade subjectiva, o mecanismo da presunção de responsabilidade derivada do risco profissional e a atribuição aos bancos do ónus da prova liberatória dariam lugar a uma mais equitativa repartição dos danos entre bancos e clientes.

No entanto, só de *jure condendo* se pode falar de presunção de culpa neste domínio. Enquanto instituto excepcional, o das presunções não pode alargar-se aos casos não previstos expressamente na lei. Assim dispõe o art. 487.º, 1: “É ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa”.

Ora, o art. 483.º não contém nenhuma presunção, e inclui a culpa entre os factos constitutivos da espécie concreta normativa. Tal como em matéria contratual, em matéria extracontratual vigora o princípio de que não existe responsabilidade sem culpa. A dife-

rença de disciplina das duas responsabilidades reside principalmente no regime da prova. Assim, na hipótese de responsabilidade aquiliana, o princípio geral em sede de ónus probatório (art. 342.º CC) põe a cargo do prejudicado o ónus de demonstrar a ocorrência do facto ilícito em todas as suas componentes, incluída a culpa do autor; enquanto na hipótese de responsabilidade contratual a regra probatória contida no art. 799.º, 1 derroga o princípio geral e põe a cargo do credor apenas a demonstração da obrigação pré-existente e do inadimplemento, e a cargo do devedor a prova de ausência de culpa. Há, portanto, em matéria de prova da culpa contratual, uma inversão do ónus probatório previsto pela norma geral.

4. Como é sabido, a ausência de uma obrigação pré-existente entre os sujeitos em conflito é o dado de facto que distingue a responsabilidade aquiliana: há culpa aquiliana quando é causado um dano injusto pelo comportamento antijurídico de um sujeito a outro sujeito, sendo estes estranhos um ao outro, isto é, não ligados por uma relação obrigatória pré-existente.

Não é esta a situação em que se encontram o banco e o cliente seu depositante, no caso de pagamento de cheques falsos ou falsificados. Aqui há entre os dois sujeitos uma relação contratual de crédito: o depósito bancário, que se caracteriza como depósito irregular e entra na categoria geral do mútuo, como dispõe o art. 1206.º C. Civil. O escopo ou causa do depósito está no fim de segurança económica: o depositante renuncia à propriedade do dinheiro, substituindo-a por um direito de crédito sobre um devedor de segura solvabilidade. Como devedor, o banco deve restituir a soma depositada no termo do prazo convencionado ou a pedido do depositante.

Os pagamentos são realizados mediante ordens firmadas pelo depositante. Se a ordem é falsa, por não trazer a assinatura do ordenador, ela é para ele juridicamente inexistente, recaindo sobre o banco o risco do pagamento. O mesmo se diga da falsificação de alguns dos elementos da ordem, em regra a soma ou a pessoa do beneficiário: não podem recair sobre o ordenador consequências de facto que lhe é estranho.

A questão apresenta particulares aspectos quando a ordem for dada por meio de cheques. A LU contém duas disposições que se

referem, uma à falsidade de assinaturas, outra à falsificação do texto do cheque: a primeira, o art. 10.º, declara nulas as obrigações decorrentes de assinaturas falsas ou de assinaturas de pessoas fictícias; outra, o art. 51.º, declara que, “no caso de alteração do texto dum cheque, [...] os signatários anteriores são obrigados nos termos do texto original”.

Ora, não sendo válida a obrigação respeitante à falsa assinatura do sacador, o banco não pode pretender que o pagamento efectuado valha relativamente a ele; assim como, no caso de cheque falsificado, o verdadeiro sacador não pode estar obrigado perante o banco senão “nos termos do texto original”, por ser ele sacador quem sempre firma em primeiro lugar.

Mas não podemos esquecer que nos encontramos no domínio da responsabilidade contratual, perante um evento patológico do contrato de depósito, onde o banco é devedor e o cliente credor das somas depositadas, e onde se deu o inadimplemento da obrigação da restituição. Esta anomalia no pagamento resulta, na generalidade dos casos, de o banco não usar da diligência adequada para descobrir a falsificação, ou de não verificar como devia a identidade ou a legitimação do portador.

Para o exame da responsabilidade debitória, temos como normas de referência o art. 799.º do C. Civil, que estabelece a presunção de culpa do devedor sempre que ele não conseguir fazer a prova liberatória, e o art 762.º, 2, que impõe a ambos os sujeitos do vínculo a obrigação de boa fé. Boa fé e diligência são consideradas pela doutrina prevalecente como sinónimos.

A regra que disciplina a inexecução da obrigação é individualizada no princípio da diligência. Pode dizer-se que todo o sistema da responsabilidade é baseado, salvo raras excepções, na violação duma regra de conduta que impõe ao devedor um certo esforço ou diligência (Giorgianni, *Inadempimento*). Tal regra de conduta tem uma dupla direcção, enquanto impõe ao devedor, por um lado, pôr em movimento a actividade idónea a satisfazer o interesse do credor, e, por outro, manter a possibilidade da prestação.

Diz o n.º 2 do art 799.º CC que “a culpa é apreciada nos termos aplicáveis à responsabilidade civil” — o que nos remete para a regra formulada no n.º 2 do art. 487.º: “A culpa é apreciada, na

falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso”.

O legislador, ao mandar aplicar à culpa no domínio da responsabilidade contratual o mesmo critério de apreciação da culpa no domínio da responsabilidade extracontratual, adoptou a tese da culpa em abstracto, isto é, determinada pelo modelo de um homem-tipo, o *bonus pater familias*. O grau de diligência que lhe é exigida mede-se “em face das circunstâncias de cada caso”, o que inclui a apreciação da “natureza da actividade exercida”, como melhor se exprime o Código civil italiano (art. 1176/1). E foi precisamente na Itália que, já nos anos 80, se deu uma convulsão jurisprudencial no sentido de se regressar ao critério de repartição do risco da falsidade que há quase um século havia propugnado Cesare Vivante: no dizer de Francesco Galgano, “ele tinha raciocinado em termos de risco de empresa e movera-se, como gostava de se mover, num circuito internacional de ideias e de experiências”. Em contraste, entre nós, que em tudo somos moderados, a doutrina, e reflexamente a jurisprudência, não exige mais que uma diligência de média perícia, de um homem normal. Façamos, no entanto, a justiça de saudar as primeiras decisões judiciais que já acolhem o novo conceito de diligência profissional em matéria bancária, entre elas um acórdão da Relação de Lisboa de 9.1.1981: o manequim do *bonus pater familias* começa a ser substituído pelo modelo do *bonus argentarius*.

Na decisão da Cassação italiana de 12.10.1982 (BBTC 1984, II, p. 27), define-se a diligência que o banco deve aplicar no exame da genuinidade e fidelidade do cheque apresentado a pagamento, como devendo “ser referida não à de um qualquer observador de médio interesse e de média diligência, mas à de um examinador atento e previdente pelo maior grau de atenção e de prudência que a profissionalidade do serviço permite esperar”.

Mas o exame da genuinidade do título não se limita à verificação da conformidade da assinatura do sacador à do espécime por ele fornecido; o banco sacado deve estar atento a todas as particularidades susceptíveis de o alertar para a existência de qualquer anomalia, e exigirá, se for preciso, as justificações oportunas do sacador, procedendo, em todos os casos, à identificação do apresentador. O ónus de identificar o apresentador tem tanta relevância

no cheque ao portador como no cheque à ordem, e deve por isso em ambos os casos ser avaliada do mesmo modo a diligência do banco sacado.

Na espécie de facto de inadimplemento culposo, a norma do art. 799.º, n.º 1, dita uma presunção que se legitima na medida em que é o devedor o sujeito que melhor pode conhecer as causas do eventual inadimplemento. Mas a simples prova da diligência não é suficiente para vencer a presunção, sendo ainda necessário provar a específica causa estranha à esfera de controlo do devedor e impeditiva do cumprimento. Tal prova, para ser exoneratória da responsabilidade do devedor, acaba por coincidir com a demonstração da interrupção do nexo de causalidade entre o seu comportamento e o dano de incumprimento ou de inexacto cumprimento, seja por caso fortuito, seja por facto da autoridade que implique a inevitabilidade do incumprimento, seja por facto do próprio credor. Assim sendo, não se compreende em que medida possa operar o critério da culpa na aceção de estado psicológico subjectivo do agente. O que se dá é uma objectivação do conceito de culpa; e não pode a demonstração da “causa não imputável” equiparar-se à prova de ausência de culpa. Do que se trata, afinal, é de uma redistribuição do ónus da prova, não já de uma presunção de culpa com inversão do ónus da prova.

Seja como for, deve observar-se que estamos perante uma obrigação de resultado, isto é, uma obrigação em que o banco promete ao cliente um certo resultado: a restituição das somas depositadas. E, uma vez demonstrado que não foi conseguido o fim em vista do qual foi assumida a obrigação, a falta de demonstração da culpa do devedor, de per si, não o exonera da responsabilidade, porque o limite desta é dado pela prova da ruptura do nexo de causalidade entre o inadimplemento e a actividade do devedor. A culpa é posta em relevo apenas para constatar a causa do inadimplemento do resultado.

Na obrigação de resultado, em que a satisfação efectiva do interesse do credor é assumida como conteúdo essencial e irreduzível da prestação, o cumprimento coincide com a plena realização do escopo prosseguido pelo credor, independentemente da actividade e da diligência desenvolvida pelo devedor para o conseguir. Portanto, a obrigação de resultado pode considerar-se cumprida

apenas quando se tenha realizado o evento previsto como consequência da actividade exercitada pelo devedor, na identidade da previsão negocial e no preenchimento quantitativo e qualitativo dos efeitos previstos, e, vice-versa, não pode considerar-se cumprida se a actividade do obrigado, embora diligente, não servir para a obtenção do resultado previsto.

Pierre Van Ommeslaghe, na comunicação destinada aos trabalhos do colóquio consagrado ao tema “a obrigação de restituição do banqueiro”, que teve lugar em 13.2.1998 na Faculdade de Direito da Universidade Livre de Bruxelas, depois de referir que o devedor não pode exonerar-se quando a obrigação recai sobre coisas fungíveis, em virtude da regra “*genera non pereunt*”, afirma que a obrigação de restituir reveste os caracteres duma obrigação de resultado. Nesta ordem de ideias, “*é a análise da obrigação de restituição como obrigação de resultado que justifica a jurisprudência segundo a qual o banqueiro que executa uma ordem de pagamento falsa deve ser considerado responsável e não pode manter o débito em conta correspondente a esta operação, mesmo que nenhuma falta particular lhe possa ser imputada no cumprimento dos serviços que ele presta, nomeadamente quanto à verificação da assinatura do ordenador. O artigo 1239 do Código civil impõe que a restituição seja feita em proveito do credor da mesma e não em proveito dum terceiro*” (*L’Obligation de restitution du banquier*, Bruxelas, 1998, p. 19).

É particularmente debatida a questão da incidência da responsabilidade na hipótese de nenhuma culpa poder atribuir-se nem ao sacado nem ao sacador, ou na hipótese de repartição de culpas. O confronto é feito entre a omissão, por parte do banco, do dever de diligência no controlo da autenticidade da firma do sacador, e a omissão, por parte deste, do dever de custódia do livro de cheques ou de tempestiva comunicação ao banco do eventual furto ou perda de cheques em branco. É certo que os bancos adoptam, na convenção de cheque, cláusulas de exclusão de responsabilidade que visam incluir a produção de cheques com firma apócrifa. Mas tais cláusulas são absolutamente proibidas, quer na hipótese de responsabilidade extracontratual, quer na contratual em caso de dolo ou culpa grave, como dispõe o art. 18.º, alíneas *b)*, *c)* e *d)* do Dec.-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro. De resto, a repartição ou a exclusão

da responsabilidade não pode ser objecto de acordo, quando ela deriva da violação de deveres impostos por normas de ordem pública (art. 800.º, 2 do C. Civil). E a disciplina dos depósitos bancários é, sem dúvida nenhuma, de ordem pública, como tal reconhecida no art. 104.º da Constituição: “O sistema financeiro é estruturado por lei, de modo a garantir a formação, a captação e a segurança das poupanças”. A jurisprudência do Supremo Tribunal tem-se pronunciado no mesmo sentido, designadamente nos acórdãos de 25.0.1979 e 22.5.1980.

Por consequência, o risco da falsidade deve recair sobre o banco sacado como normal risco profissional e como exigência da tutela do cliente, contra o qual não deve reconhecer-se a eficácia obrigatória duma ordem escrita que dele não provém. E, no fim de contas, da tutela do cliente resulta favorecida a própria banca, que suportará ocasionalmente o risco da falsidade nos cheques, mas virá a recuperar essa perda com a mais confiante e maior colheita de depósitos.

A nova e evoluída jurisprudência do STJ consagrou sem ambages a teoria do risco profissional: “*o banco, além de adquirir a propriedade do dinheiro recebido do depositante, assume todo o risco desde o momento em que o recebeu. Por isso, havendo falsificação de cheques, só a Instituição bancária, em princípio, é que é atingida, que não o depositante, que tem o direito de reaver montante igual ao que depositou*” (Ac. de 11.5.1993, in *novos estílos/sub iudice* — 5, 1993).

Mas a colecta feita pela jurisprudência em favor da justiça nem sempre recolhe grandes ajudas doutrinárias; e é a falta de concepções teóricas que leva os juízes a sopesar, em consonância com as suas intuições, os diversos princípios de justiça que se lhes apresentam, acabando por determinar desta forma a solução que lhes parece mais adequada a cada caso. É o reino da doutrina intuicionista da justiça, da qual é fruto exemplar o acórdão do STJ de 3 de Março de 1998 (*Actualidade Jurídica*, Ano II — n.º 16/17).

Auguremos que o saber jurídico dos tribunais se desenvolva, de modo que, uma vez reunidas as condições de aplicação duma lei, as suas decisões não possam mais ser imprevisíveis nem incoerentes.

Bibliografia

- ASCENÇÃO, José Oliveira — *Direito Comercial*, vol. III — *Títulos de Crédito*, 1992
- BONELLI, G. — *Della cambiale*, 1930
- CASTRONOVO, Carlo — *La nuova responsabilità civile*, 1991
- CORDEIRO, António Menezes — *Direito das Obrigações*, vol. I, 1980
— *A Boa Fé no Direito Civil*, vol. I, 1984
- COTTINO, Gastone — *Direito commerciale*, vol. II, 1976
- DE SEMO, Giorgio — *Diritto cambiario*, 1953
- FERRI, Giuseppe — *Manuale de diritto commerciale*, 1962
— *Autonomia privata e promesse unilaterali*, in *Studi in onore di Betti*, 1962
- FRANZONI, Massimo — *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, 1988
- FUENZALIDA, Carlos Vattier — *La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos*, in *Homenaje al professor Juan Roca Juan*, 1989
- GIORGIANI, Michele — *Inadempimento (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XX, 1970
- LARENZ, Karl — *Derecho de Obligaciones*, ed. esp., vol. I, 1958
- MESSINEO, Francesco — *I titoli di credito*, vol. I, 1964
- MOLLE, Giacomo — *Manuale di diritto bancario*, 1977
- MOSCARINI, Lucio Valerio — *I negozi a favore di terzo*, 1970
- PACCHIONI, Giovanni — *I contratti a favore dei terzi*, 1933
- ROMÁN, José Moxica — *Ley Cambiaria y del Cheque*, 1990
- VAN OMMESLAGHE, Pierre — *La notion de restitution, le fait générateur, les fondements légaux et contractuels de l'obligation de restitution*, in *L'obligation de restitution du banquier*, 1998
- VASSEUR, Michel — *La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit*, 3.^a ed., 1978
— *Droit et économie bancaires*, vol. I, 1979-1980
- VÉZIAN, Jack — *La responsabilité du banquier en droit privé français*, 3.^a ed., 1983
- VISINTINI, Giovanna — *La tutela aquiliana delle posizioni contrattuali*, in *Contratto e impresa*, 1985 - 3
— *I fatti illeciti - I. Ingiustizia del danno. Imputabilità*, 1987