

Supremo Tribunal de Justiça
Processo nº 2470/14.0T8LSB.L1.S1

Relator: JOSÉ RAINHO

Sessão: 28 Abril 2021

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: REVISTA (COMÉRCIO)

Decisão: NEGADA A REVISTA.

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL **INSOLVÊNCIA**

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO **PENHOR**

CARTEIRA DE TÍTULOS **CESSÃO DE CRÉDITOS**

COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS **CULPA** **NEXO DE CAUSALIDADE**

UNIÃO DE CONTRATOS **REQUISITOS** **ABUSO DO DIREITO**

TU QUOQUE

Sumário

I - A desconsideração da personalidade coletiva da sociedade significa uma derrogação do princípio legal da separação de esferas jurídico-patrimoniais, visando-se com ela uma correção das consequências jurídicas da imputação à sociedade, segundo as regras gerais, de certos atos que, pelo seu caráter abusivo ou pela sua finalidade extra-societária, se entende que devem obrigar outras pessoas (outros patrimónios).

II - A desconsideração só pode admitir-se a título excecional, sob pena de se esvaziar de conteúdo o instituto da personalidade coletiva e cair em situações que envolveriam a sua negação.

III - A circunstância de um Banco ter agido de forma irregular em vários domínios da sua atividade enquanto instituição bancária e intermediário financeiro, violando obrigações legais de natureza contabilística e prudencial,

não o faz incorrer, só por si, direta e imediatamente, em responsabilidade civil perante os respetivos clientes.

IV - Não é identificável uma verdadeira união intrínseca de contratos, mas sim uma relação de garantia, entre um contrato de mútuo, um contrato de gestão de carteira de títulos e um contrato de penhor sobre os créditos dessa carteira, tendo estes dois últimos em vista garantir o cumprimento das obrigações que do primeiro emergiam para o mutuário.

V - Se não se mostra que a parte desequilibrou anteriormente o complexo contratual em que se insere o direito que exerce, agindo agora como se nada houvesse causado culposamente para a situação de incumprimento que imputa à outra parte, não se pode concluir que exerce o direito de forma abusiva no figurino do chamado tu quoque.

Texto Integral

Processo n.º 2470/14.0T8LSB.L1.S1

Revista

Tribunal recorrido: Tribunal da Relação

+

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça (6ª Secção):

I - RELATÓRIO

MASSA INSOLVENTE DO BANCO PRIVADO PORTUGUÊS, S.A.- EM LIQUIDAÇÃO, representada pela respetiva comissão liquidatária, demandou, pela Instância Central - Secção Cível da Comarca e em autos de ação declarativa com processo na forma comum, HOTELEXP - SOCIEDADE DE EXPLORAÇÃO HOTELEIRA, LDA, e AA e mulher BB, peticionando:

- A condenação da 1.ª Ré no pagamento da quantia de €250.000,00, acrescida de juros remuneratórios e de juros, vencidos e vincendos (sobre o capital e juros remuneratórios), devidos pela mora a título de cláusula penal;

- A condenação dos 2.ºs Réus a reconhecer o direito do Autor em ver satisfeito o crédito reclamado na ação, de forma preferencial, pela venda dos bens dados de penhor de que são titulares incidindo sobre os ativos que descreve.

Alegou para o efeito, em síntese, que o Banco Privado Português, S.A. (doravante designado apenas como BPP) - agora em liquidação por efeito da revogação da autorização para o exercício da sua atividade - emprestou à 1.^a Ré €250.000,00, mediante contrato de abertura de crédito, quantia esta que vencia juros nos termos que foram estipulados.

Para garantia desse empréstimo os 2.^{os} Réus, que são os sócios e os gerentes da 1.^a Ré, deram de penhor ao BPP a totalidade dos valores da carteira de títulos que contrataram com o Banco Privado Português (Cayman), Lda. (doravante designado apenas como BPP Cayman).

Sucedeu que o contrato de empréstimo veio a ser denunciado pela Autora, mas a 1.^a Ré não restituiu o montante emprestado e acréscimos devidos.

Tem assim a Autora direito a receber da 1.^a Ré tudo aquilo - capital, juros e cláusula penal - que pede na presente ação, bem como à satisfação preferencial desse crédito pelas forças dos bens dados de penhor pelos 2.^{os} Réus.

Contestaram os Réus, concluindo pela improcedência da ação.

Alegaram para o efeito, em síntese, que o BPP e o BPP Cayman devem ser havidos, ao menos para os fins da presente ação, como se de uma única e mesma entidade se tratasse.

Ocorre que o BPP lhes transmitiu que a operação em causa (contrato de empréstimo, contrato de gestão de carteira de valores estabelecido com o BPP Cayman e contrato de penhor) não envolvia riscos para a 1.^a Ré, posto ter por base fundos entregues pelos 2.^{os} Réus - cuja garantia de retorno absoluto foi assumida pelo BPP - e que se destinaram a garantir o empréstimo.

Mais lhes transmitiu que as aplicações a que se destinavam esses fundos constituíam operação isenta de risco, como se depósito a prazo se tratasse, e que o BPP assumiria a menos valia que acaso se viesse a verificar na maturidade.

O risco da operação ficou, pois, a repousar sobre o próprio BPP.

Veio-se a verificar, porém, que as aplicações de retorno absoluto não tinham subjacente qualquer garantia efetiva de capital por parte do BPP.

A contratação estabelecida com o BPP e BPP Cayman representa uma união de contratos, do que decorre que só pelas forças atuais da garantia

(entretanto reestruturada) se pode o BPP pagar do crédito que possui sobre a 1.^a Ré.

Ao BPP competia administrar a garantia prestada pelos 2.^{os} Réus; tendo dado causa à perda do respetivo valor, cometeu um facto ilícito e culposo que exclui a obrigação de indemnização da 1.^a Ré.

Não estão reunidos todos os pressupostos da responsabilidade civil contratual que vem assacada à 1.^a Ré.

No limite, o comportamento da Autora deve ser sancionado como abusivo à luz do chamado *tu quoque*.

Posteriormente apresentaram os Réus articulado superveniente, admitido apenas em parte, onde, em síntese, alegaram factos tendentes a significar que o BPP agia de forma irregular no âmbito da sua atividade de banco e de intermediário financeiro, e que entre o BPP e o BPP Cayman se registava uma ampla promiscuidade.

Seguindo o processo seus devidos termos, veio, a final, a ser proferida sentença que julgou procedente a ação, condenado os Réus no pedido.

Inconformados com o assim decidido, apelaram os Réus.

Fizeram-no sem sucesso, pois que a Relação confirmou a sentença.

Ainda inconformados, recorrem os Réus para este Supremo Tribunal de Justiça.

Introduziram o recurso como revista excecional.

A competente formação admitiu a revista assim interposta.

Razão pela qual compete conhecer do seu objeto.

+

São as seguintes as conclusões que os Recorrentes extraem da respetiva alegação (suprimem-se as seis primeiras, que têm a ver com a admissibilidade excecional da revista, assunto já ultrapassado):

7. O BPP Cayman foi constituído em domínio total pelo BPP e gerido inteiramente por este através dos seus meios humanos e técnicos, tendo-se o BPP servido do BPP Cayman para prosseguir atividades ilícitas em Portugal,

em prejuízo dos seus clientes e outros stakeholders e para se furtar ao controlo por partes das autoridades de supervisão nacionais;

8. O BPP Cayman nunca dispôs de instalações físicas, incluindo balcões, nem de quaisquer funcionários ou colaboradores e nunca dispôs também de quaisquer meios técnicos, servindo-se de tudo o que era do BPP para prosseguir a sua atividade, sem que por isso fosse devida qualquer contrapartida, que não se demonstrou nos autos que alguma vez tenha sido paga;

9. A contratação dos clientes com o Grupo BPP tanto operava através do BPP como através do BPP Cayman, sendo que em qualquer caso dava-se da mesma forma, incluindo quanto aos figurinos contratuais, que eram rigorosamente idênticos, sendo que tanto o BPP como o BPP Cayman ofereciam aos seus clientes aplicações de RAIIGC, que alocavam indiferenciadamente aos mesmos SIV's;

10. O BPP serviu-se do BPP Cayman para camuflar perdas próprias, para gerar resultados e para realizar transferências de ativos através de sociedades offshores que, sendo dominadas pelo BPP Cayman, não consolidavam contabilisticamente no BPP;

11. O BPP serviu-se do BPP Cayman para instituir um organismo de investimento coletivo em fraude ostensiva e manifesta ao regime emergente do disposto no Decreto-Lei 252/2003, de 17 de Outubro, regime este que se destinava a proteger os seus clientes, entre os quais os Recorrentes;

12. O BPP serviu-se também do BPP Cayman para evitar a contabilização de perdas por efeito das garantias de capital prestadas aos Clientes subscritores de aplicações de RAIIGC, servindo o BPP Cayman para parquear essa perdas através da constituição de instrumentos financeiros fictícios;

13. Inexistia qualquer autonomia entre o BPP e o BPP Cayman servindo-se aquele deste sempre que lhe interessasse atuar por seu intermédio, em detrimento de atuar diretamente;

14. Ainda que jurídica e formalmente o BPP Cayman e o BPP fossem entidades distintas, na prática não havia qualquer autonomia do primeiro em relação ao segundo, sendo a gestão corrente do BPP Cayman assegurada pelo BPP e em função dos interesses deste último - quem o afirma é o próprio Banco de Portugal na decisão proferida no âmbito do processo de contraordenação;

15. Embora formalmente o BPP Cayman constituísse uma pessoa jurídica diferente do BPP, a verdade é que, na substância, o BPP Cayman mais não era do que uma diferente estrutura jurídico formal, sem qualquer verdadeira estrutura decisória, de recursos humanos, materiais e técnicos autónoma, constituída e utilizada pelo BPP para permitir ou facilitar a concretização de diferentes aspetos da prossecução da sua própria estratégia negocial – quem o afirma é a própria CMVM na decisão proferida no âmbito do processo de contraordenação;

16. Deve ser desconsiderada a personalidade jurídica do BPP Cayman por modo a que este e o BPP constituam uma só e mesma esfera jurídica, imputando-se a ambos os atos praticados em relação a qualquer deles, incluindo quanto a cessão e compensação de créditos e demais efeitos jurídicos emergentes dos factos dados como provados;

17. Da conjugação dos contratos celebrados entre as partes por ocasião da montagem da operação *sub judice* – contrato de mútuo, subscrição da aplicação de RAIIGC e contrato de penhor – emerge um regime próprio por efeito da aplicação da doutrina da união dos contratos;

18. O regime próprio emergente da união dos três contratos determina que o BPP só se pode pagar do crédito concedido pelas forças da aplicação de RAIIGC que o ficou a garantir, pelo que na hipótese de esta perder valor, é ao BPP que cabe arcar com o respetivo prejuízo;

19. O BPP exerceu a sua atividade em violação grosseira de múltiplas normas jurídicas que já ao tempo regulavam, no interesse do mercado, a atividade bancária e a atividade de intermediação financeira, conclusão esta que a também chegou a CMVM e o BdP nas decisões condenatórias que proferiram sobre a matéria e que transitaram em julgado, constituindo-o em responsabilidade civil para com os Recorrentes, correspondendo a medida do dano à da reconstituição natural;

20. A atuação ilícita do BPP emerge ainda da violação de normas enquanto credor pignoratício que destruiu a garantia que lhe foi oferecida e que ele próprio montou com recurso ao outro tanto que lhe foi entregue em dinheiro pelos Recorrentes pessoas singulares, respondendo nesta qualidade pelos danos causados também ao devedor principal, em termos que tornam inexigível o seu contra-crédito;

21. O pedido deduzido pelo BPP, na medida do que excede o valor da garantia prestada, é abusivo e logo grosseiramente ilegítimo por corresponder a perda culposamente causada pelo próprio BPP, conforme concluiu a comissão liquidatária no parecer da qualificação da insolvência e conforme concluiu também a CMVM e o BdP nas decisões condenatórias proferidas;

22. Não se verificam os pressupostos cumulativos de que depende a responsabilidade civil contratual peticionada, fazendo-se ainda neste particular apelo ao instituto da culpa do lesado;

23. Por fim, choca - e muito - que ao BPP seja reconhecido o direito não apenas a ver reembolsado o capital, como também o direito a ser ressarcido das consequências da mora que ele próprio causou e a ponto de a Recorrente haver de suportar juros remuneratórios e mesmo cláusulas penais, sendo, pois, inexigível as consequências da mora;

24. Decidindo como decidiu, o Tribunal *a quo* violou, entre outros, os Artigos 334º, 483º, 570º, 577º, 583º, 671º, 762º, 799º, 847º todos do Código Civil, o DL 252/2003 e o Artigo 20º, ns. 1, 4 e 5, da CRP.

+

A Autora contra-alegou, concluindo pela improcedência do recurso.

+

II - ÂMBITO DO RECURSO

Importa ter presentes as seguintes coordenadas:

- O teor das conclusões define o âmbito do conhecimento do tribunal *ad quem*, sem prejuízo para as questões de oficioso conhecimento, posto que ainda não decididas;

- Há que conhecer de questões, e não das razões ou argumentos que às questões subjazam;

- Os recursos não visam criar decisões sobre matéria nova, sendo o seu âmbito delimitado pelo conteúdo do ato recorrido.

+

São questões a decidir:

- Se é de desconsiderar a personalidade jurídica, com as inerentes consequências;
- Se a cessão de créditos e a compensação de créditos são atendíveis, com as inerentes consequências;
- Se o BPP incorreu em responsabilidade civil perante os Réus, com as inerentes consequências;
- Se não se verifica culpa e nexo de causalidade na responsabilidade imputada à 1.ª Ré, com as inerentes consequências;
- Se se verifica uma união de contratos, com as inerentes consequências;
- Se há exercício abusivo do direito, com as inerentes consequências.

+

III - FUNDAMENTAÇÃO

De facto

Estão provados os factos seguintes:

O BPP em liquidação:

a) O Autor é um banco em liquidação em resultado da revogação da autorização para o exercício da atividade por deliberação do Banco de Portugal datada de 15 de abril de 2010.

b) Nos autos de liquidação do Banco Autor que correm termos, sob o n.º 519/10....., no Juízo do Tribunal do Comércio..., foi nomeada a Comissão Liquidatária do ora Autor, constituída pelos seguintes membros:

- Exmo. Senhor Dr. CC, na qualidade de Presidente;
- Exmo. Senhor Dr. DD; e
- Exmo. Senhor Dr. EE, ambos na qualidade de Vogais.

Os RR:

a) A 1ª Ré é uma sociedade comercial do tipo sociedade por quotas que tem por objeto social a «exploração de cafés, bares e restaurantes».

b) Os 2.ºs Réus são ambos sócios e gerentes da 1ª Ré.

c) Os Réus pessoas singulares são casados no regime da comunhão de adquiridos desde data anterior ao ano 2000.

d) O Réu AA é titular de 90 por cento do capital social da Ré Hotelexp desde data anterior ao ano 2000, sendo a Ré BB titular dos remanescentes 10 por cento.

e) Para lá de sócios da Ré e de outras sociedades, os Réus pessoas singulares são ainda sócios e titulares da totalidade do capital social da sociedade Bicafé - Torrefacção e Comércio de Café, Lda.;

f) O Réu AA conta atualmente 64 anos de idade, é técnico e é empresário há mais de 40 anos, gerindo os destinos das sociedades referidas nos números anteriores e de outras que, em conjunto com elas, se dedicam essencialmente à compra, venda, transformação e comercialização

Os contratos e as comunicações:

a) No exercício do comércio bancário, o Autor celebrou com a 1ª Ré, no dia 17 de Junho de 2005, um Contrato denominado de “abertura de crédito em conta corrente caucionada” (adiante o “Contrato de Abertura de Crédito”), nos termos do documento que consta de fls.31 a 40 e que se dá por integralmente reproduzido.

b) De acordo com o Contrato de Abertura de Crédito, o Autor abriu um crédito em conta corrente no montante de € 250.000,00, desembolsado na mesma data, por solicitação da 1ª Ré, para a conta n.º65 de que esta era titular (cfr. Cláusula 2ª).

c) Ficou convencionado que a abertura de crédito vencia juros sobre o capital em dívida calculados à taxa Euribor a 6 meses acrescido de uma margem de 2%, à data da celebração desse Contrato de 4,111%, calculados numa base de 360 dias, sendo a TAE correspondente 4,1533%, a pagar postecipada e semestralmente (cfr. Cláusula 3ª).

d) O Contrato de Abertura de Crédito foi celebrado pelo prazo de 59 meses, automaticamente prorrogável por iguais períodos, podendo ser denunciado por qualquer das Partes com um pré-aviso mínimo de 10 dias em relação ao final do prazo, ou anualmente, com o mesmo pré-aviso por referência à data aniversária do contrato (cfr. n.ºs 2 e 3, da Cláusula 1ª).

e) Nos termos previstos no Contrato de Abertura de Crédito, a 1ª Ré obrigava-se realizar todos os pagamentos para a conta de Depósito à Ordem n.º65, a qual se obrigava a manter provisionada no dia útil imediatamente anterior às datas de vencimento estipuladas (cfr. Cláusula 4ª, n.º 2).

f) Em caso de atraso no pagamento de qualquer importância devida em virtude do Contrato de Abertura de Crédito ou em caso de a conta não se encontrar provisionada na data do seu vencimento, foi acordado como penalidade a pagar pela 1ª Ré, independentemente de interpelação, a quantia determinada pela taxa igual à que estaria em vigor por aplicação do Artigo 2.º, no momento da mora, acrescida de 4% ao ano ou, se no momento da constituição da mora a taxa aplicável à operação acrescida de 4% fosse inferior à taxa supletiva em vigor, a aplicação da taxa supletiva acrescida de 2% (cfr. Cláusula 5ª).

g) Em execução do Contrato de Abertura de Crédito, o Autor emprestou e creditou na conta de depósito à ordem da 1ª Ré n.º a importância de € 250.000,00 por ela solicitada.

h) Para garantia do integral cumprimento das obrigações assumidas no Contrato de Abertura de Crédito, o Autor celebrou com a 1ª Ré e os 2.ºs Réus um contrato denominado de penhor, que consta de fls.44 a 50, cujo teor se dá por integralmente reproduzido, no dia 17 de Junho de 2005, nos termos do qual os 2.ºs Réus deram de penhor a totalidade dos valores da sua titularidade que se encontravam depositados ou viessem a ser depositados junto do Banco Privado Português (Cayman), Ltd., o qual também interveio nesse contrato e o subscreveu, na Carteira de Valores n.º, de que eram titulares.

i) Nos termos previstos no Contrato de Penhor, os 2.ºs Réus obrigaram-se a, salvo prévio e expresse consentimento do Autor, não exercer quaisquer direitos relativos aos ativos dados em penhor que alterem, restrinjam ou, de qualquer outro modo, afetem o alcance do objeto do penhor, enquanto não se mostrarem integralmente cumpridas todas as obrigações para eles decorrentes do Contrato de Abertura de Crédito ou dos financiamentos concedidos ao abrigo do mesmo (cfr. Cláusula 4ª, n.º 2).

j) Por carta datada de 20 de Janeiro de 2011, que consta de fls. 51 dos autos, o Autor comunicou à 1ª Ré que o crédito de que era titular no valor de Euros 274.766,93 à data da sua declaração de insolvência (em 16 de Abril de 2010), tinha sido apreendido no âmbito do processo de insolvência mencionado em b);

k) Por carta datada de 06 de Maio de 2011 e expedida no mesmo dia, o Autor comunicou à 1ª Ré a denúncia do Contrato de Abertura de Crédito com efeitos a partir do dia 17 de Maio de 2011, como consta de documento de fls. 52 dos autos.

l) Nessa mesma carta, o Autor interpelou a 1ª Ré para proceder ao reembolso da quantia total mutuada, acrescida dos juros e despesas devidos, no prazo máximo de 30 dias a contar da data da cessação do Contrato de Abertura de Crédito.

m) Por carta datada de 24 de Fevereiro de 2014, que consta de fls. 56 o Autor voltou a interpelar a 1ª Ré para proceder ao reembolso do capital mutuado, acrescido dos juros devidos.

n) Não obstante as diversas interpelações que foram apresentadas, a 1ª Ré não procedeu à restituição do capital mutuado no valor de € 250.000,00, nem ao pagamento dos juros convencionados.

o) Por carta entregue em mão no dia 15 de Maio de 2009, que consta de fls.57 e 58 dos autos, a 1ª Ré deu conhecimento ao Autor de um contrato denominado de “Cessão de Créditos” que teria celebrado com os 2.ºs Réus nesse mesmo dia, tendo por objeto créditos sobre o Banco Autor e cuja cópia consta de fls.59 a 60.

p) De acordo com o referido contrato de “Cessão de Créditos”, os 2.ºs Réus eram titulares, a essa data, de um crédito no montante de € 262.500,00 emergente da constituição de um depósito a prazo por aquele montante, com vencimento em 12 de Fevereiro de 2010 (cláusula I).

q) Por cartas datadas de 23 de Fevereiro de 2011, a Comissão Liquidatária do Banco Autor notificou cada um dos 2.ºs Réus, nos termos do artigo 129.º, n.º 4, do CIRE, dos créditos que lhe foram reconhecidos, no valor de € 494.891,91 cada, como consta de fls.61 e 62 dos autos.

r) Os 2.ºs Réus não impugnaram os créditos que lhe foram reconhecidos no âmbito do processo de insolvência.

s) O Contrato de Penhor que o Autor celebrou com a 1.ª Ré e os 2.ºs Réus para garantia do integral cumprimento das obrigações assumidas no Contrato de Abertura de Crédito prevê expressamente o seguinte: «Os SEGUNDOS CONTRAENTES obrigam-se a, salvo prévio e expresse consentimento do PRIMEIRO CONTRATANTE, não exercer quaisquer direitos relativos aos

activos dados em penhor que alterem, restrinjam ou, de qualquer outro modo, afectem o alcance do objecto do penhor, enquanto não se mostrarem integralmente cumpridas todas as obrigações para eles decorrentes do contrato de abertura de crédito em conta corrente ou dos financiamentos concedidos ao abrigo do mesmo» (cfr. Cláusula 4ª, n.º 2).

t) No dia 30 de Setembro de 2004, os 2.ºs Réus e a Sociedade BICAFÉ-TORREFACÇÃO E COMÉRCIO DE CAFÉ, LDA., pessoa coletiva n.º 502961759 (de que os RR são sócios e 2.º Réu marido é sócio-gcrnte tinham celebrado com o Banco Autor um contrato denominado de penhor, que teve por objeto a carteira de gestão de títulos número aberta junto do Banco Privado Português (Cayman) Ltd e que consta de íls.143 a 147.

u) Este contrato de Penhor Bicafé, identificado no artigo anterior, previa expressamente o seguinte: «O DEVEDOR e o CLIENTE obrigam-se a não alienar a Conta-Crédito e a Conta-Gestão, os valores nelas depositados e os créditos a elas associados, nem a constituir nenhum encargo, penhor ónus, limitações de direitos ou responsabilidades de qualquer natureza sobre as mesmas, salvo nos termos da Abertura de Crédito e da Gestão de Carteira e/ ou mediante acordo prévio e por escrito do CREDOR» (cfr. Cláusula 2ª, n.º 3, fls.145).

O FEI:

a) No dia 30 de Março de 2010 foi constituído o “Fundo de Gestão Passiva - Fundo Especial de Investimento Fechado” (“FEI”) composto pelos ativos adquiridos pelos fundos provenientes da subscrição de instrumentos de dívida pelos clientes do Banco Autor e do Banco Privado Português (Cayman) Ltd. (as *loan notes*) emitidos por sessenta e cinco sociedades sedeadas nas, das quais sessenta e três foram objeto de gestão agregada (os *SIV's*).

b) Entre o dia 12 de Fevereiro e o dia 19 de Março de 2010, foi dada oportunidade aos clientes das referidas instituições bancárias para aceitarem a “troca” das *suas loan notes* por unidades de participação no FEI, através da subscrição de um acordo (denominado “Acordo de Reestruturação”).

c) Os 2.ºs Réus optaram por aderir ao FEI, tendo subscrito, em 19 de Março de 2010, 5 Acordos de Reestruturação, com o que vieram a ser titulares de unidades de participação proporcionais às *loan notes* por eles detidas de acordo com o critério que foi previamente definido e acordado.

d) De acordo com o previsto nos referidos Acordos de Reestruturação, quaisquer penhores estabelecidos sobre as *loan notes* objeto de cada um desses acordos foram automaticamente substituídos por um penhor sobre as unidades de participação recebidas em troca dessas “loan notes”.

e) Por cartas datadas de 1 de Abril de 2010, o Autor comunicou aos 2.ºs Réus a adesão de cada uma das aplicações de que eram titulares em virtude do contrato de gestão de carteira que celebraram com o Banco Privado Português (Cayman) Ltd. à proposta de reestruturação subjacente à constituição do FEI, com indicação do número de unidades de participação que lhes foram proporcionalmente atribuídas: 926.715,751;

O BPP e o BPP Cayman:

a) O BPP é uma sociedade comercial constituída sob a forma anónima, titular do número único de matrícula e de pessoa coletiva 502244518 que, quando foi declarada insolvente no dia 16 de Abril de 2010, tinha um capital social de € 125.000.000,00 e sede na Rua Mouzinho da Silveira, 12, em Lisboa.

b) Desde data anterior a Janeiro de 2004 e até final de Novembro de 2008 foram administradores do BPP, entre outros, FF, GG e HH, doravante designados apenas por FF, GG e HH, sendo que o BPP sempre teve a sua sede efectiva em território nacional, onde sempre residiram efetivamente todos os membros do seu conselho de administração.

c) Em data anterior a Janeiro de 2000 o Banco de Portugal autorizou o BPP a exercer a atividade bancária, conferindo-lhe assim a qualidade de instituição de crédito, autorização esta que se manteve em vigor até ter sido revogada por deliberação do Conselho de Administração do Banco de Portugal de 15 de Abril de 2010, sendo que por decisão do Banco de Portugal de 1 de Dezembro de 2008, até à data da insolvência o BPP foi dispensado do cumprimento pontual das obrigações anteriormente contraídas, no âmbito da gestão e patrimónios, pelo Banco de Portugal, ao abrigo do disposto no artigo 145.º, n.º 1, alínea b), do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras.

d) A qualidade de instituição de crédito permitia ao BPP dedicar-se também à intermediação financeira e, dentro dela, à gestão de carteiras por conta de outrem, atividade esta para cujo exercício se veio a registar na CMVM em 31 de Outubro de 1996.

- e) Desde data anterior a 2000 e até 16 de Abril de 2010 o BPP esteve registado na CMVM para o exercício ainda das seguintes atividades: receção e transmissão de ordens por conta de outrem, negociação por conta própria em valores mobiliários, registo e depósito de instrumentos financeiros, serviço de câmbios e aluguer de cofres, consultoria sobre a estrutura de capital, assistência em oferta pública de valores mobiliários, consultoria para investimento, depositário de valores mobiliários, concessão de crédito e colocação em oferta pública de distribuição.
- f) Desde data anterior a 2004 e até ao final do ano de 2008 o BPP dispôs de instalações na cidade de Lisboa, edifício onde estava instalada a sua sede e serviços centrais, um balcão na cidade e outro na cidade
- g) O BPP Cayman é uma sociedade comercial sob a forma de instituição financeira de crédito, constituída em 1997 de acordo com as leis das Ilhas Caimão, que tem a sua sede nas Ilhas Caimão e aí registada com o n°
- h) O objeto social do BPP Cayman consistia, nomeadamente, no exercício, em qualquer parte do mundo, da atividade bancária e de financiamento e na realização de operações financeiras e comerciais, empréstimo de dinheiro ou aceitação de depósitos e prossecução de todas as atividades que a lei das sociedades comerciais das Ilhas Caimão não proíba.
- i) O capital social do BPP Cayman era integralmente detido pelo BPP até à insolvência do primeiro.
- j) O BPP Cayman foi autorizado pelas autoridades das Ilhas Caimão a exercer a atividade bancária, que incluía ainda a autorização para o exercício da atividade de intermediação financeira, incluindo a gestão de carteiras por conta de outrem e a prestação de serviços de consultoria para investimento em todos e quaisquer ativos.
- k) O BPP Cayman nunca dispôs de instalações físicas nas Ilhas Caimão, por ter uma licença de tipo B.
- l) O sistema informático do BPP, SA e do BPP Cayman era conjunto, mas de acesso separado.
- m) O BPP Cayman exercia a sua atividade através dos funcionários, equipamentos e instalações do BPP, SA.

n) A escrita e documentação referente à atividade do BPP Cayman era arquivada e guardada nas instalações do BPP, SA.

o) O BPP Cayman usava um logótipo semelhante ao do BPP, ao qual se acrescentava a expressão “Cayman” e os documentos que emitia tinham o mesmo papel, modelo, letra e configuração do BPP, SA.

p) O BPP Cayman comercializava os mesmos produtos que o BPP, SA, incluindo as aplicações de retomo absoluto com garantia de capital, servindo dos mesmos *private bankers*, apresentando as mesmas características e utilizando os mesmos modelos contratuais, variando apenas quanto a questões de natureza fiscal.

Os “Private Bankers”:

a) O Banco Privado Português, S.A. tinha ao seu serviço uma equipa de colaboradores, que a ele estavam vinculados por meio de contratos de trabalho e que tinham por funções, sobre o mais, comercializar junto do público em geral os produtos financeiros que o Banco Privado Português, S.A. oferecia aos seus clientes e entre os quais se incluíam as aplicações de retomo absoluto, investimento indireto com garantia de capital (RAIGC) e que eram designados de *private bankers*.

b) Os *private bankers* faziam prospeção de mercado, identificando potenciais clientes a cujo contacto procuravam chegar e junto dos quais comercializavam os produtos financeiros que o Banco Privado Português, S.A. oferecia aos seus clientes, incluindo as aplicações de RAIGC

c) Os *private bankers* recebiam os clientes e potenciais clientes nos balcões do Banco Privado Português, S.A., que dispunham, para o efeito, de várias salas de reuniões ou deslocavam-se, eles próprios, ao domicílio indicado pelos clientes e potenciais clientes, se estes assim o solicitassem.

Os administradores e diretores:

a) Pelo menos desde o início do ano de 2002 até finais do ano de 2008 o órgão de administração do BPP Cayman foi composto por FF (Presidente), GG, HH e a partir de 2006 também por II e JJ, os quais nunca foram remunerados pelo BPP Cayman pelo exercício desses cargos, sendo outrossim remunerados pelas funções que exerciam no BPP.

- b) Durante aquele período FF, GG e HH foram também, simultaneamente, presidente e vogais efetivos do conselho de administração do BPP.
- c) II foi subdiretor de operações do BPP desde 1999, diretor de operações desde 2002 e diretor coordenador da Direção de Operações desde 2007, funções que exerceu pelo menos até finais de 2008.
- d) JJ foi diretor financeiro do BPP desde 2003 e pelo menos até finais de 2008.
- e) O BPP Cayman tinha ainda como diretor coordenador (general manager) LL e como procuradores MM, NN e OO, os quais sempre e simultaneamente pertenceram aos quadros do BPP, não auferindo pelo exercício das suas funções no BPP Cayman qualquer remuneração adicional à que auferiam do BPP.
- f) LL foi diretor da área de retorno absoluto do BPP até 2005, diretor coordenador de toda a área de *asset management* (gestão de ativos) até Abril de 2008 e vogal efetivo do conselho de administração do BPP desde essa data.
- g) NN foi diretor da área risco e auditoria do BPP a partir de 2004 e diretor da área de risco e compliance a partir de 2008 e pelo menos até finais de 2008.
- h) OO foi diretor da área de retomo relativo do BPP desde Outubro de 2005 e pelo menos até finais de 2008.

O contrato entre o BPP. SA e o BPP Cayman:

- a) O BPP Cayman após a sua constituição celebrou com o BPP um contrato integralmente redigido em língua inglesa e denominado de *Investments Advisory Agreement*.
- b) As duas pessoas que assinaram este contrato em representação do BPP foram as mesmas duas pessoas que o assinaram em representação do BPP Cayman e que calham de ter sido as mesmas duas pessoas que, nesse mesmo dia, constituíram este, atuando em nome e por conta daquele.
- c) Nos termos desse contrato cabia ao BPP prestar serviços de aconselhamento em investimento (*investment advisory*) ao BPP Cayman, nomeadamente quanto ao destino a dar aos fundos por ambos entregues aos *SIV's* associados às aplicações de RAIIGC.
- d) A remuneração auferida pelo BPP pela prestação destes serviços de *investment advisory* era meramente eventual e correspondia a um *fee* a

acordar de tempos em tempos, não constando do contrato quaisquer critérios para a determinação do seu montante, se e quando fosse eventualmente devido.

As aplicações de retorno absoluto:

a) No âmbito da gestão de ativos financeiros dos seus clientes, o BPP disponibilizava diversos tipos de investimentos, entre os quais estratégias de retorno absoluto, nas quais o investimento era por regra canalizado para o mercado de obrigações ou outros instrumentos financeiros.

b) Nas estratégias de retorno absoluto o investimento podia ser direto ou indireto.

c) Nas estratégias de investimento direto os valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros eram adquiridos diretamente por conta dos clientes e registados individualmente em seu nome em conta aberta junto do BPP.

d) Os investimentos em aplicações de retorno absoluto, na modalidade de investimento indireto com garantia de capital (RAIIGC), eram realizados da seguinte forma:

- As entregas de dinheiro eram depositadas na conta do cliente associadas ao investimento, abertas junto do BPP, sendo posteriormente aplicadas nos *Structured Investment Vehicles* (os *SIV's*) em contrapartida da emissão por estes de *loan notes* (títulos de dívida) a favor dos clientes;

- As *loan notes* emitidas conferiam aos clientes o direito a receber um montante em dinheiro correspondente a uma determinada percentagem do valor dos ativos líquidos que integravam as carteiras dos *SIV's*, calculado em função do número de *loan notes* detidas pelo cliente e do número total de *loan notes* emitidas pelo respetivo *SIV* a favor dos diversos clientes incluídos na mesma estratégia de investimento;

- Com os valores realizados aquando da emissão e subscrição pelos clientes das *loan notes* - e, bem assim, através do recurso a diversos tipos de operações de financiamento - eram adquiridos pelo BPP, em nome e por conta dos *SIV's*, os ativos subjacentes que compunham as carteiras próprias dos *SIV's*, designadamente obrigações e crédito estruturado;

- O BPP funcionava, simultaneamente, como entidade depositária e gestora dos valores dos clientes, sendo cada cliente titular de contas de depósito

abertas junto do BPP que eram movimentadas por esta instituição, ao abrigo de um contrato de gestão de carteira;

- Nos termos destes contratos (isto é, no âmbito do retorno absoluto, na modalidade de investimento indireto com garantia), o cliente tinha direito ao reembolso total do capital investido, acrescido ou não de uma remuneração acordada na data de maturidade da estratégia.

e) Não obstante a atividade desenvolvida pelo BPP ser uma atividade de gestão de carteiras, no âmbito dos contratos celebrados com a generalidade dos clientes de retorno absoluto - e também com os aqui Réus pessoas singulares - o BPP assumiu a garantia de retomo da totalidade do capital investido na data da sua maturidade.

f) Em concreto, os contratos de gestão de carteiras celebrados pelo BPP com os clientes de retorno absoluto eram constituídos por três documentos distintos que corporizavam meros formulários ou cláusulas contratuais gerais: (i) condições gerais de gestão de carteira (CGGC), (ii) condições especiais de gestão de carteira (CEGC) e (iii) descrição detalhada do investimento (DDI).

g) Contudo, até Novembro de 2008, o BPP não refletiu na sua contabilidade as garantias que prestou no âmbito das aplicações descritas e não constituiu provisões que acautelassem esse risco.

A relação do R AA com o BPP:

a) No curso do ano de 2004 o Réu AA foi abordado por um bancário reformado que era da sua confiança e que havia sido também da confiança do seu Pai e com quem por isso mantinha uma relação próxima desde há mais de 50 anos - o Sr. PP, antigo funcionário do Banco -, no sentido de se tornar ele cliente do Banco Privado Português, S.A. para efeito de fazer entrega a este banco das poupanças do casal ou parte delas.

b) Em seguida a esta abordagem por parte do Sr. PP e por ter anuído à sugestão que lhe havia sido deixada, o Réu AA reuniu pessoalmente com funcionários do BPP que lhe manifestaram ser do interesse do banco que se tomasse ele seu cliente, apresentando-lhe um leque de produtos que o BPP tinha então em comercialização e que incluíam os produtos denominados de retorno absoluto com garantia de capital, que eram apresentadas como tendo um grau de risco equivalente ao de um depósito a prazo, os produtos denominados de retomo relativo, o investimento em veículos de *private equity*, entre outros que o BPP ao tempo oferecia aos seus clientes, para lá do

investimento direto em instrumentos financeiros, entre os quais ações e obrigações.

c) Na sequência destes contactos, em inícios do ano de 2004 o Réu AA veio a abrir uma conta de depósitos à ordem junto do BPP, titulada por si e pela sua mulher, a Ré BB, tendo progressivamente e ao longo dos meses e anos que se foram sucedendo transferido para o BPP uma parte das poupanças amealhadas pelo casal, que foi destinando a investimentos vários, no quadro das propostas que lhe foram sendo apresentadas e das decisões que sobre elas foi tomando, à vista das informações que lhe foram prestadas.

d) Quando o Réu AA se tornou cliente do BPP foi-lhe alocada como *private banker* a Dra. QQ, com quem o Réu AA falava frequentemente, tanto pessoalmente como por telefone.

e) O R era visitado mensalmente por outros *private bankers* do BPP, encarregues de com essa periodicidade o visitarem para efeito de lhe apresentarem os produtos que o BPP tinha em comercialização, para lhe entregarem extratos e para em geral lhe prestarem informações sobre os investimentos que havia realizado.

f) Na sequência desses contactos e na ponderação das informações que lhe foram sendo prestadas, o Réu AA veio a decidir realizar os investimentos que realizou enquanto foi cliente do BPP e que envolveram a compra direta de instrumentos financeiros, o investimento em veículos de *private equity* (incluindo nos veículos Privado Financeiras, Telco's, Kendal I, Kendal II, Cidade Jardim e Liminorke, entre outros) em produtos denominados de retorno relativo.

g) Foi sugerido ao R que realizasse operações que, na prática substituíssem o investimento de fundos próprios nas sociedades de que era sócio, fazendo entregas de montante superior ao que o banco emprestaria à sociedade, destinadas à constituição de aplicações de retorno absoluto, obtendo assim uma vantagem de natureza fiscal.

h) Essas operações envolviam a celebração de um contrato de mútuo com a sociedade, a subscrição pelos RR de aplicações de retorno absoluto com garantia de capital, a celebração com os RR de um contrato de penhor como garantia do cumprimento do contrato de mútuo.

i) Os documentos necessários à realização desses atos eram preparados, elaborados e apresentados pelo BPP prontos para serem assinados.

j) A própria denominação da aplicação a quem, segundo lhe foi afiançado, seriam alocados os fundos por si entregues - retomo absoluto com garantia de capital - inculcou no R a convicção firme de que se tratava efetivamente de aplicação segura, materialmente refletida no balanço do BPP e logo por este garantida num hipotético cenário de verificação de perdas.

k) A convicção de que se tratava de uma aplicação de risco efetivamente equivalente ao de um depósito a prazo assentou ainda na circunstância de ao tempo o BPP ser uma instituição de crédito bem consolidada no mercado nacional e que inspirava confiança ao público em geral.

l) Por ocasião da outorga dos contratos referidos em e) e 1), o Réu AA entregou ao BPP o montante € 262.500,00, que o BPP destinou à constituiu de aplicação denominada de retomo absoluto com garantia de capital, formalizada a 23.06.2005 e que ficou a integrar a conta n°29 do R.

m) O R foi aconselhado pelo funcionário do BPP a aderir ao FEI, o que fez.

As contas do BPP.

a) Desde o início da oferta das aplicações de RAIIGC não foram nunca relevados contabilisticamente os compromissos de garantia de capital assumidos perante os clientes, nem registadas quaisquer provisões ou perdas relacionadas com os referidos contratos;

b) Suportando o BPP o risco de desvalorização dos ativos afetos às aplicações de RAIIGC por efeito da garantia de capital prestada, quando aqueles desceram abaixo do valor desta o BPP entendeu por bem desenvolver um mecanismo para ocultar dos clientes a volatilidade dos ativos afetos, evitando dar a conhecer o impacto que essas flutuações representavam, se e quando negativas;

c) Para que os extratos enviados periodicamente aos clientes da Área de Retomo Absoluto, investimento indireto com garantia de capital (os titulares de aplicações de RAIIGC), refletissem os argumentos comerciais e contratuais acordados com os mesmos, o BPP fez incluir nesses extratos, desde o ano de 2002 e até Novembro de 2008, um conjunto de descritivos relativamente aos quais se veio a apurar corresponderem a títulos meramente fictícios ou virtuais;

d) Quer o *Leaving Seagull*, quer o *MB Float* constituíam descritivos representativos de títulos meramente virtuais ou fictícios, que eram inseridos

nos extratos com a finalidade de aos clientes ser apresentado um valor de carteira que se adequasse às suas expectativas em função do inicialmente contratado com o BPP, procedendo a um “alisamento” das valorizações das carteiras associadas às aplicações RAIIGC.

Foram considerados não provados os factos seguintes:

- Os documentos nunca foram lidos ao R AA, nunca o seu teor lhe foi explicado, tendo-lhe sido sempre referido aquando da entrega que se destinavam à montagem de conta casada;
- No quadro da relação estabelecida, ainda que o penhor tenha tido por objecto a conta29 e todas as suas disponibilidades, o que efetivamente ficou a garantir o crédito concedido à ré foi a aplicação de retomo absoluto com garantia de capital constituída contemporaneamente à outorga do contrato de crédito e do contrato de penhor, pelo montante de €262.500,00;
- O BPP Cayman se servia dos funcionários, equipamentos e instalações do BPP, SA a troco de contraprestação alguma.
- O BPP Cayman foi constituído pelo BPP, SA com o único propósito de lhe permitir camuflar perdas próprias através das SIV's constituídas por este, ocultando-as das entidades supervisoras e para através deste praticar atos que em Portugal não lhe eram permitidos.

De direito

Em nota preliminar importa observar que, no essencial, as questões jurídicas discutidas no presente processo são paralelas às que foram discutidas entre as mesmas partes no âmbito do processo n.º 1014/14.....

Nesse processo recaiu acórdão deste Supremo Tribunal de Justiça (de 23 de fevereiro de 2021, acessível em www.dgsi.pt).

Dado que a parte recorrente (os Réus) nada aporta de substancialmente novo e que de alguma forma possa levar a outro desfecho jurídico, pensamos que é de manter o sentido decisório empreendido nesse acórdão.

Vejamos então, em linha com esse sentido, o que importa decidir acerca das questões que os Recorrentes colocam à apreciação deste tribunal.

+

Da desconsideração da personalidade jurídica

Pretendem os Recorrentes que, em face da matéria de facto adquirida, se impõe a desconsideração da personalidade jurídica, só formalmente autónoma, do BPP Cayman, “por modo a que este e o BPP constituam uma só e mesma esfera jurídica, imputando-se a ambos os atos praticados em relação a qualquer deles, incluindo quanto a cessão e compensação de créditos e demais efeitos jurídicos emergentes dos factos dados como provados”.

Não nos parece, porém, que assim possa ser.

Como nos diz Pupo Correia (*Direito Comercial*, 2003, pp. 541 e 542), a autonomia patrimonial da sociedade em relação aos sócios gera o perigo de manipulação abusiva das regras legais, em detrimento de terceiros. Múltiplas situações podem surgir na prática, envolvendo basicamente a confusão, num primeiro momento, dos patrimónios da sociedade e do sócio e, num segundo momento, a invocação por este da separação patrimonial para frustrar as expectativas dos credores. A desconsideração da personalidade jurídica visa combater essa utilização inadequada da sociedade, enquanto pessoa coletiva com património próprio, para satisfazer desígnios próprios dos sócios, em detrimento dos credores societários. A problemática diz respeito à utilização abusiva da personalidade jurídica das sociedades, mas sobretudo ao abuso da autonomia patrimonial de que elas gozam, isto é, à colheita de vantagens ilícitas com a manipulação da separação do património da sociedade em relação aos sócios.

E como aponta Brito Correia (*Direito Comercial*, 2.º volume, 1987, p. 240), a desconsideração significa, assim, uma derrogação do princípio legal da separação de esferas jurídico-patrimoniais, visando-se com ela uma correção das consequências jurídicas da imputação à sociedade, segundo as regras gerais, de certos atos que, pelo seu carácter abusivo ou pela sua finalidade extra-societária, se entende que devem obrigar outras pessoas (outros patrimónios).

O mesmo nos diz Menezes Cordeiro (*Tratado de Direito Civil Português*, I, Tomo III, 2004, pp. 627-644), quando expende que a desconsideração da personalidade jurídica (ou levantamento da personalidade coletiva) é um instituto arquitetado como forma de evitar que, sob a capa da personalidade jurídica coletiva, se prossigam interesses individuais em detrimento de terceiros, defraudando o escopo institucional e, em última análise, a respetiva intencionalidade normativa. Trata-se basicamente do uso de pessoas coletivas fora dos objetivos próprios da personalidade coletiva, de modo que, contra os

valores fundamentais do sistema venham causar danos ou promover atuações pelos quais não possam, depois, responder.

É pacífico, entretanto, que a desconsideração só pode admitir-se *a título excepcional* (assim, Brito Correia, *ob. e loc. cit.*; Menezes Cordeiro, *ob. e loc. cit.*; Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 6.^a ed., p. 539), sob pena de se esvaziar de conteúdo o instituto da personalidade coletiva e cair em situações que, afinal, envolveriam a sua negação. Menezes Cordeiro observa, a propósito, que não se trata, pois, de pôr em crise o instituto da personalidade coletiva, importante fator de cooperação e progresso dentro do Direito, mas apenas de neutralizar formas abusivas de atuação, que ponham em risco a harmonia e a credibilidade do sistema.

Este mesmo autor localiza a necessidade de atuação do levantamento da personalidade em vários tipos de situações mais frequentes, das quais, dentro daquilo que é a tese dos ora Recorrentes, duas poderiam ter pertinência no caso vertente: (i) a confusão de esferas jurídicas (verifica-se quando, por inobservância de certas regras societárias ou por outras razões, não fique clara, na prática, a separação entre o património da sociedade e dos sócios); (ii) e o atentado a terceiros (verifica-se quando a personalidade coletiva é usada, de modo ilícito ou abusivo, para os prejudicar, mas sendo necessário que se assista a uma utilização contrária a normas ou princípios gerais, incluindo a ética dos negócios) e o abuso da personalidade coletiva (verifica-se quando se está perante uma situação de abuso do direito ou de exercício inadmissível de posições jurídicas através de uma pessoa coletiva).

Segundo se informa o acórdão da Relação de Lisboa de 16 de fevereiro de 2016 (processo n.º 519/10.5TYLSB-CE.L1-7, disponível em www.dgsi.pt), também Ana Perestrelo de Oliveira (*A insolvência nos grupos de sociedades: notas sobre a consolidação patrimonial e a subordinação de créditos intragrupo*, *RDS I* (1999), 4, 995-1028, escrito a que, porém, não tivemos acesso) adverte que não é «o simples controlo, a interpenetração das sociedades ou a direção unitária que justificam o levantamento, dada a natureza excepcional e subsidiária do instituto, sendo que este é trazido à colação quando “a personalidade foi usada de modo ilícito ou abusivo para prejudicar terceiros”, ou seja, - enquanto instituto de carácter excepcional, a desconsideração mantém o seu espaço próprio de atuação - necessariamente residual - mas não pode nunca ser erigido em solução de âmbito geral para os problemas dos grupos de sociedades. Por isso mesmo, em princípio, a autonomia das sociedades mantém-se mesmo em caso de insolvência de uma

ou de todas, salvo se os pressupostos do levantamento se encontrarem preenchidos ou se existir norma positiva a impor a responsabilidade.”

Acresce observar que a via da desconsideração não impõe um juízo de âmbito geral, aplicável a todos os negócios jurídicos e exercícios de direitos atuados pelo sujeito jurídico em questão, mas releva tão só no âmbito do conflito ou litígio em concreto trazido à jurisdição, sendo à luz das circunstâncias específicas do caso concreto que deverá ser avaliada a sua aplicação. É, aliás, o que também significa Brito Correia (*ob. cit.*, p. 245).

Tendo presente este conjunto de pressupostos e vetores, e percorrendo a factualidade provada - e convém ter presente que a este tribunal compete apenas aplicar o regime jurídico que julgue adequado aos factos materiais fixados pelo tribunal recorrido (v. art. 682.º, n.º 1 do CPCivil), e não proceder a novas ou acrescidas indagações em matéria de facto -, não vemos como se possa afirmar que se está aqui na presença de uma situação enquadrável à ideia de uso abusivo da personalidade do BPP Cayman por parte do BPP.

Efetivamente, nada nos é revelado na matéria de facto provada que implique a ideia de uma utilização do BPP Cayman, enquanto pessoa coletiva, para satisfazer - neste caso concreto, em desfavor ilegítimo dos 2.ºs Réus - desígnios ilícitos assacáveis ao BPP.

Ao invés, o que está provado denega razoavelmente essa ideia, na medida em que induz à conclusão de que o BPP Cayman tinha a sua própria carteira de clientes (nomeadamente em sede de aplicações como aquela que aqui está em causa, RAIIGC) e o seu próprio património, além de que sabe que o BPP e o BPP Cayman agiam entre si tendo subjacente um contrato que tinha em vista a prestação de serviços (serviços que se sabe que eram passíveis de pagamento, ainda que meramente eventual e não determinado) de aconselhamento em investimento do primeiro (BPP) ao segundo (BPP Cayman), nomeadamente em sede de operações como aquelas que os 2.ºs Réus decidiram empreender.

Acresce dizer, porque não deixa de ter relação com o que aqui estamos a tratar, que foi dado como *não provado* um facto alegado pelos Réus e que é central nisto tudo: que o BPP Cayman tenha sido constituído pelo BPP com o único propósito de lhe permitir camuflar perdas próprias (ocultando-as das entidades supervisoras) e para através dele praticar atos que em Portugal não eram permitidos.

Creemos que o mais que se poderá concluir a partir da factualidade provada é que entre o BPP e o BPP Cayman estava estabelecida uma relação de domínio do primeiro sobre o segundo, ou seja, uma relação de interpenetração de sociedades (empresas). O que, em si mesmo, e pese embora a natureza íntima dessa relação, não repugna ao ordenamento jurídico nem dá sentido à figura da desconsideração da personalidade coletiva.

Mais propriamente, surpreende-se no relacionamento dessas duas sociedades um nexo de coligação, no figurino de sociedades em relação de grupo (abstraindo aqui do facto do BPP Cayman não ter sede em Portugal e de não estar esclarecido se valia como sociedade anónima), na certeza de que o capital social do BPP Cayman era detido exclusivamente pelo BPP (v. art.s 482.º alínea *d*), 488.º e 489.º do CSComerciais).

E, nessa medida, cremos que nada tem de significativo, só por si, que os órgãos de administração fossem integrados por pessoas comuns às duas instituições, que a atividade do BPP Cayman fosse totalmente assegurada por recursos logísticos e operacionais do BPP e assim por diante.

Na realidade, e como se extrai do que dizem Pupo Correia (*ob. cit.*, p. 677) e Brito Correria (*Novas Perspetivas do Direito Comercial*, p. 394), é típico do grupo de sociedades a sujeição a *direção unitária* ou *orientação centralizada* (na sociedade-mãe), agindo as sociedades no quadro da *prossecução de estratégias e interesses comuns*, de tal forma que, no plano económico concreto, o *grupo se sobrepõe às sociedades que o compõem*. Este tipo de aglomerado empresarial implica o contributo para uma *estratégia unitária*, que pode ser prosseguida mediante uma *maior ou menor proximidade* entre as diversas sociedades. Particularmente quanto ao grupo por domínio total inicial, diz-nos ainda Pupo Correia (*ob. cit.*, p. 678) que “*No fundo, apenas estão em causa interesses de ordem prática da sociedade dominante*”.

Tendo tudo isto em presença, afigura-se que as afirmações que os Recorrentes plasmas nas conclusões 14.ª e 15.ª estão longe de ter, no que para aqui nos importa (concreta contratação estabelecida com os Réus), o efeito decisivo e retumbante que lhes querem atribuir.

Face aos factos provados, nada se surpreende no complexo relacional entre o BPP e o BPP Cayman que extravase o que vem de ser dito e que extravase o normal funcionamento da personalidade coletiva própria deste último, de modo a dizer-se que se registou uma confusão de patrimónios dessa sociedade e da sua sócia (o BPP) e que, a partir daí, acabaram frustradas quaisquer

expectativas dos 2.ºs Réus relativamente à contratação que decidiram empreender com o BPP e o BPP Cayman.

Aqui chegados, há que esclarecer um ponto, e que é o seguinte:

Ninguém pode duvidar que o BPP, pelas pessoas que dirigiam os seus destinos, agiu de forma gravemente irregular em vários domínios da sua atividade como instituição de crédito e intermediário financeiro. Isto está exuberantemente evidenciado quer na decisão proferida em sede contraordenacional pelo Banco de Portugal e na decisão judicial que apreciou o recurso respetivo, conforme documentação que os Réus fizeram juntar ao processo aquando do seu articulado superveniente (depreende-se dos autos que também fizeram juntar documentação sobre sancionamento imposto pela CMVM, mas essa documentação foi desentranhada do processo), quer no acórdão deste Supremo Tribunal de Justiça de 20 de janeiro de 2021 (proferido em sede criminal) de que os Réus fizeram juntar ultimamente cópia aos autos.

Também ninguém duvida que o BPP Cayman aparece conotado com alguns desses desvios ilícitos do BPP.

Porém, há que resistir à ideia - para a qual os Réus procuram direcionar o cerne da controvérsia - de que tais irregularidades culposas de procedimentos contendem, só por si, direta e imediatamente, com as relações estabelecidas entre o BPP, o BPP Cayman e os Réus, de modo a, no final, e com este ou aquele argumento jurídico, retirar à Autora a possibilidade de invocar o crédito que está a invocar.

Na realidade, essas irregularidades não têm impacto relevante naquilo que aqui estamos a discutir (*superação* ou *ultrapassagem* da personalidade jurídica), no sentido de que facto algum de entre os provados mostra que se regista um adequado nexos causal entre uma coisa (o cometimento das irregularidades) e outra (a contratação pelos 2.ºs Réus da gestão de carteira e do penhor).

Mais uma vez se observa que a desconsideração da personalidade coletiva está reservada para situações *excepcionais*, sob pena de se esvaziar de conteúdo o instituto da personalidade coletiva e cair em situações que, afinal, envolveriam a sua negação.

Não nos parece que essa excecionalidade seja identificável na matéria de facto que nos é apresentada como provada e na documentação que os Réus fizeram juntar ao processo.

Deste modo, não se subscreve aquilo que, em sede de desconsideração da personalidade coletiva, os Recorrentes argumentam ou sustentam juridicamente no apartado II do corpo da alegação e nas conclusões (*maxime* conclusão 16.^a).

Da cessão de créditos e da compensação

Os Recorrentes reportam-se à temática da cessão de créditos e da compensação apenas na conclusão 16.^a. Dizem aí mais propriamente que “deve ser desconsiderada a personalidade jurídica do BPP Cayman por modo a que este e o BPP constituam uma só e mesma esfera jurídica, imputando-se a ambos os atos praticados em relação a qualquer deles, incluindo quanto a cessão e compensação de créditos e demais efeitos jurídicos emergentes dos factos dados como provados” (sublinhado nosso).

Representando as conclusões de qualquer recurso uma síntese dos fundamentos por que se pede a alteração da decisão (ou a sua anulação), esperar-se-ia que no corpo da sua alegação os Recorrentes tivessem tratado dessa temática. A verdade, porém, é que no corpo da alegação os Recorrentes não fazem a menor alusão a qualquer cessão e a qualquer compensação que a partir daí tenha sido oposta ao BPP e, conseqüentemente, não fundam a sua pretensão à alteração do acórdão recorrido em função dessas figuras jurídicas.

E isto até está em consonância com a atividade processual anterior dos Réus.

É que na sua contestação – que era lugar e o momento próprios para alegar as objeções (factos impeditivos, modificativos e extintivos) à pretensão da Autora – os Réus não invocaram qualquer cessão nem qualquer compensação que tenham oposto ao BPP (facto extintivo do direito agora exercitado pela Autora). Mesmo no articulado superveniente (na parte em que foi admitido) e na reconvenção (aliás não admitida) que apresentaram nenhuma referência fizeram a qualquer cessão e conseqüente compensação.

Em boa verdade, quem disso falou foi unicamente a Autora, mas fê-lo para rebater a eficácia da pretensa cessão e a possibilidade (por inexistência de créditos e débitos recíprocos) da subsequente compensação de créditos que a 1.^a Ré quis opor ao BPP.

Não tendo os Réus suscitado na sua contestação a questão (exceção) da cessão e da compensação oportunamente feita operar, esse assunto constituía uma verdadeira *não questão* (logo, destituída de objeto decisório). Ainda assim, a factualidade inserta na sentença da 1.^a instância (alíneas o) e p) do

item “Os contratos e as comunicações”) refere-se (aliás em termos meramente hipotéticos ou dubitativos) à celebração de um contrato de cessão de créditos e à sua comunicação ao BPP. E, mais adiante, a sentença acaba até por se embrenhar nessa *não questão*, concluindo pela ineficácia da cessão para com a Autora.

No recurso de apelação que apresentaram, os Réus não se insurgiram contra o assim decidido.

E, logicamente, também o acórdão recorrido não se pronunciou (nem visou pronunciar-se, como resulta daquilo que enunciou expressamente como sendo as questões a decidir) acerca da temática da cessão e da compensação em si mesma (ainda que tenha transcrito uma longa passagem da sentença da 1.^a instância que, por sua vez, compreendia essa matéria).

O que significa que se consolidou a sentença da 1.^a instância na parte em que decidiu sobre a ineficácia da cessão.

Destinando-se os recursos (e salvo casos de oficiosidade) a reapreciar questões colocadas ao tribunal de que se recorre, e não a emitir pronúncia sobre questões fora desse âmbito, segue-se então que estamos aqui perante matéria insuscetível de ser objeto de pronúncia por parte deste tribunal.

Mas para o caso de se entender que o acórdão recorrido decidiu de alguma forma (enfim, ao ter *simplesmente* transcrito matéria que tal) sobre essa questão, diremos que, nesse suposto cenário, a decisão terá que ser havida como juridicamente correta.

Efetivamente, o objeto do penhor que foi contratado correspondia a investimento dos 2.^{os} Réus, traduzido depois em instrumentos financeiros (tudo no âmbito da modalidade de oferta designada por *“retorno absoluto, investimento indirecto com garantia de capital”, RAIIGC*) cuja gestão foi confiada a esse mesmo BPP Cayman em decorrência do correspondente contrato de gestão de carteira de títulos (a carteira n.º de que se fala nos autos). Assim, cremos - descartado que está o levantamento da personalidade jurídica do BPP Cayman, tudo com as inerentes consequências jurídicas - que o BPP Cayman funcionava para todos os efeitos como o depositário dos valores mobiliários subjacentes (aliás, no contrato de penhor até se menciona que *“O BPP Cayman constitui-se fiel depositário dos valores mobiliários e demais instrumentos ou valores dados em penhor e que integram, em cada momento, a Carteira”*), sendo ele, e não o BPP, o devedor perante os 2.^{os} Réus no contrato de gestão de carteira de títulos.

Ora, a compensação só pode ser validamente (eficazmente, legitimamente) oposta ao devedor daquele que a declara, não a terceiro. Isto é, a compensação só produz o seu efeito legal (extinção da obrigação) quando é oposta à contraparte devedora daquele que a declara. O que é óbvio, visto que a compensação pressupõe a reciprocidade de dívidas (ainda que também de créditos) entre duas pessoas.

À parte o que acaba de ser dito, importa ter presente que os 2.ºs Réus (cedentes) se obrigaram, para valer até ao cumprimento de todas as obrigações do contrato de abertura de crédito em causa, a não exercerem quaisquer direitos relativos ao objeto do penhor que alterassem, restringissem ou que de alguma forma afetassem o respetivo alcance.

Estamos aqui perante cláusula - aliás expressamente admitida pela lei (art. 577.º do CCivil) - que interditava a faculdade de disposição do objeto do penhor. Tal cláusula colocou os créditos fora do comércio jurídico (v., a propósito, Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 3.ª ed., p. 267, nota (1)).

Cláusula essa que, acrescente-se, era do conhecimento da cessionária (que interveio no contrato de penhor, sendo, inclusivamente, representada nele pelo próprio cedente marido) e que, por isso, lhe era oponível. Ora, a transmissão do crédito dos 2.ºs Réus para a 1.ª Ré, através do mecanismo da cessão de créditos que se decidiram empreender, transgrediu o que fora convencionado.

O que implica a conclusão de que a cessão foi ineficaz relativamente ao contratante em benefício de quem foi constituída a garantia do penhor, ou seja, o BPP. Foi este, e não o BPP Cayman, que desembolsou os recursos pecuniários de que se serviu a 1.ª Ré, tendo por isso interesse na conservação da garantia.

Deste modo, o crédito permaneceu para todos os efeitos na esfera dos 2.ºs Réus (os cedentes), de sorte que a cessionária (a 1.ª Ré) não se podia apresentar perante o BPP como titular do crédito para depois o compensar com os créditos deste último sobre ela cessionária. No fundo, tudo se passa, no confronto do declaratório (o BPP), como se a declarante (a 1.ª Ré) tivesse utilizado para a compensação crédito alheio, o que não é legalmente admissível (v. o n.º 2 do art. 851.º do CCivil).

E se essa impossibilidade de mobilização do objeto do penhor e de compensação do crédito acaso redundou depois (indiretamente, claro está) em algum tipo de prejuízo para os 2.ºs Réus, então a forma de superar essa desvantagem passa pela afirmação dos inerentes créditos perante o respetivo devedor, o BPP Cayman (sua massa insolvente, visto que é conhecido que foi declarado insolvente), tudo sem prejuízo dos créditos que a Comissão Liquidatória do BPP lhes reconheceu (€494.891,91 a cada um) em decorrência dos acordos de reestruturação oportunamente operacionalizados.

Da união de contratos

Sustentam os Recorrentes que os diversos contratos que celebraram (contrato de abertura de crédito, contrato de gestão de carteira de títulos, contrato de penhor) estão intrínseca e indissociavelmente ligados entre si, como se de uma mesma e única relação contratual se tratasse (união de contratos), do que resultaria um regime jurídico próprio unitário.

Concluem, dentro desse pressuposto, que as contas entre as partes se devem haver por saldadas, estando a satisfação do crédito do BPP operada pelas forças do investimento realizado pelos 2.ºs Réus.

Mas também aqui se lhes não pode reconhecer razão.

Seguindo de perto doutrina corrente (assim, Antunes Varela, *Das obrigações em Geral*, I, 10.ª ed., pp. 281 e seguintes; Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., pp. 87, 88 e 89; Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 9.ª ed., pp. 342 e 343), podemos dizer que se verifica uma situação de união ou coligação de contratos quanto se celebram dois ou mais contratos autónomos e individualizados (os contratos não se fundem, cumulam-se), ligados ou unidos entre si.

Essa ligação poderá ser externa ou accidental (união extrínseca), proveniente de circunstâncias meramente fortuitas (trata-se de uma união aparente, sem real interesse), ou pode ser de dependência (unilateral ou bilateral) entre os contratos, por existir um certo nexu funcional entre eles, de modo que um dos contratantes não aceitaria celebrar um dos contratos sem o outro. Fala-se aqui então em união com dependência (união intrínseca).

Nesta última hipótese, as partes querem - e isso é um assunto a dirimir de acordo com o que se extrai dos termos dos contratos, das relações económicas entre os contratos ou da interpretação da vontade das partes - que os contratos valham como associados economicamente em certos termos, pelo

que um contrato só será válido e operante se o restante o for; e desaparecido um, desaparecerá também o outro (ou seja, a validade e vigência de um ficará dependente da validade e vigência do outro). Mas em tudo o mais aplicam-se a cada contrato as suas regras próprias. Diferentemente do que se passa relativamente aos chamados contratos mistos, na união de contratos não fica afetada a individualidade dos contratos, apenas sucede que a circunstância de estarem relacionados entre si de modo intrínseco faz com que as vicissitudes (que podem ser de diversa ordem, factual ou jurídica) de um possam influir ou ter rebato sobre o outro.

No caso vertente é claro que existe uma ligação entre o contrato de empréstimo e o contrato de gestão de carteira de títulos (que deu sustentação ao contrato de penhor), tudo levando a crer que sem a celebração do primeiro não se teria celebrado o segundo e vice-versa. Menos claro fica saber se foi o contrato de abertura de crédito que justificou o contrato de gestão de carteira, ou se foi este último que deu oportunidade para celebrar, pois que vantajosamente para os Réus (como estes não deixam de reconhecer nas suas peças processuais), o contrato de abertura de crédito. Mas isso afigura-se irrelevante.

Vale tudo isto como uma união intrínseca de contratos?

A resposta negativa impõe-se, o que se justifica com o facto do contrato de gestão de carteira e do contrato de penhor funcionarem aqui como meios de garantia do contrato de abertura de crédito.

É que quando se fala da união de contratos está-se a pensar em contratos que encerram objetos distintos, sucedendo apenas que existe algum tipo de interdependência entre eles que exige que os seus efeitos devam ser harmonizados entre si.

Isso não sucede no caso de um contrato de garantia. A garantia está aqui ao serviço do crédito garantido (é deste acessória), funciona como uma extensão do objeto do contrato que firma o crédito garantido, não constituindo propriamente uma relação jurídica substantivamente distinta do contrato garantido. As suas vicissitudes têm impacto no contrato que firma o crédito garantido, mas não implicam qualquer desvio ou ajustamento ao regime próprio dos contratos envolvidos, e é a necessidade desse desvio ou ajustamento que dá mote à figura da união intrínseca de contratos.

Afigura-se, deste modo, que entre o contrato de abertura de crédito e os demais contratos em presença não se pode falar, a despeito da ligação que se surpreende entre eles, de uma verdadeira união intrínseca de contratos.

Porém, vamos admitir que se possa ver no caso uma união de contratos relevante.

Mas se assim for, importa dizer que carece de qualquer sustentáculo factual a ideia dos Recorrentes de que os contratos estão intrínseca e indissociavelmente ligados entre si, como se de uma mesma e única relação contratual se tratasse, de modo a concluir que é mandatário que a satisfação do crédito do BPP se faz através das forças da contraprestação realizada pelos 2.ºs Réus. Note-se que a união de contratos pode levar a que vicissitudes inerentes a um contrato influam ou tenham rebote sobre o outro, mas isso não significa necessariamente que um contrato tenha de neutralizar todos os efeitos do outro. Tudo depende do circunstancialismo do caso.

Ora, percorrendo a matéria de facto provada e o teor do contrato abertura de crédito e de constituição do penhor, nada aí se surpreende que mostre que foi vontade das partes que a satisfação do crédito do BPP era para ser feita, *ela por ela* (permita-se a expressão), pelas forças do crédito resultante do investimento dos 2.ºs Réus (que em sítio algum assumiram ou coassumiram a dívida da 1.ª Ré). Muito pelo contrário, a função de garantia que foi consignada ao investimento dos 2.ºs Réus começa por sugerir, logo à partida, que as coisas não eram para funcionar desse modo.

Estamos perante contratos submetidos, em matéria de interpretação das inerentes declarações negociais, ao disposto nos art.s 236.º e 238.º do CCivil.

Decorre destas normas que a declaração negocial vale, em regra, com o sentido que um declaratário normal, colocado na posição do real declaratário, possa deduzir do comportamento do declarante, sendo que nos negócios formais não pode a declaração valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto do respetivo documento, ainda que imperfeitamente expresso. Entre as circunstâncias atendíveis para o efeito da determinação do sentido da declaração importam os interesses em jogo, a finalidade prosseguida pelo declarante, as negociações prévias, os usos e os hábitos do declarante, a conduta das partes após a conclusão do negócio.

Ora, do teor dos escritos que formalizaram os ditos contratos nenhuma declaração se encontra exarada que, interpretada como acaba de ser dito,

induza á ideia de que as partes procuraram que o crédito emergente do empréstimo ficasse saldado (no todo ou em parte) mediante o crédito resultante do contrato de gestão da carteira de títulos, de modo a que as prestações aportadas por uns e outros (*o deve e o haver*, permita-se também aqui a expressão) fizessem cessar, no todo ou em parte, a obrigação contratual da 1.^a Ré.

Por isso não se subscreve a afirmação dos Recorrentes de que a sujeição do caso à doutrina da união ou coligação de contratos conduz à inevitável conclusão de que as contas ficaram saldadas aquando da extinção por qualquer causa dos contratos de abertura de crédito.

Aliás, a circunstância dos 2.^{os} Réus se terem proposto ceder o seu crédito à 1.^a Ré para esta logo a seguir o ir opor ao BPP é a prova mais óbvia de que as contas com o BPP não eram para saldar automaticamente à custa dos créditos resultantes da aplicação empreendida pelos 2.^{os} Réus.

Improcedem, assim, as conclusões 17.^a e 18.^a.

Da responsabilidade civil do BPP para com os Réus

Sustentam os Recorrentes que o BPP não agiu adequadamente (diligentemente) no modo como vendeu e geriu as aplicações de RAIIGC que integravam o objeto do penhor, violando assim deveres inerentes à intermediação financeira e os deveres de credor pignoratício. Por isso, mais dizem, o BPP, com culpa, provocou a perda do valor da garantia que lhe foi prestada, pelo que deve arcar com o prejuízo daí emergente.

Concluem a partir daqui que o BPP está constituído em responsabilidade civil para com os Réus, o que teria por efeito a inexigibilidade do crédito da ora Autora (Massa Insolvente do BPP) na parte não passível de ser satisfeita pelo penhor.

Para o caso de assim se não entender, dizem declarar a compensação do crédito indemnizatório de que se afirmam titulares com o contra-crédito do BPP emergente do financiamento concedido, a liquidar oportunamente.

Mas, segundo bem nos parece, este conjunto de pretensões não pode ter sucesso.

Quanto à pretensão subsidiária de compensação nem há que dizer muito, vista a sua manifesta inviabilidade logo à partida. É que tal compensação (que, observe-se, nada tem a ver com a compensação oportunamente comunicada ao

BPP e acima aludida) só poderia ser feita valer, e a seu devido tempo, por via de reconvenção, e isso não sucedeu.

Quanto ao mais:

Desde logo, e na sequência, aliás, daquilo que acima ficou dito a propósito da (não) desconsideração da personalidade jurídica, os bens que integravam o objeto do penhor têm de ser havidos como tendo estado sob gestão e à guarda do BPP Cayman, e não do BPP.

Foi com o primeiro, e não com o segundo, que os 2.ºs Réus estabeleceram formalmente o contrato de gestão de carteira de títulos, e não existe qualquer facto provado que indique que o fizeram de forma desprevenida ou equivocada. Pelo contrário, há até indicação nos autos no sentido de que esse contrato tanto podia ser estabelecido com o BPP Cayman como como o BPP, e se o Réu AA optou pelo primeiro foi certamente porque teve as suas razões.

Portanto, se acaso alguma gestão culposa com rebate no valor do objeto do penhor se registou, o efeito (prejuízo) é repercutível na esfera jurídica do BPP Cayman, resolvendo-se em última análise num crédito sobre a respetiva massa insolvente (há informação no processo de que esse Banco foi declarado insolvente, correndo a sua liquidação perante a competente jurisdição estrangeira) e que junto desta pôde ser feito valer.

E no que respeita ao BPP, importa dizer que, dentro das obrigações contratuais que lhe são atribuíveis, a inerente responsabilidade está transferida para a respetiva massa insolvente, no âmbito da qual (e só no âmbito da qual, v. art. 90.º do CIRE) os 2.ºs Réus poderiam (podem) fazer valer os seus créditos. E sabe-se que lhes foram reconhecidos (e sem impugnação da sua parte) os créditos tidos por pertinentes.

Relativamente à temática da violação pelo BPP de deveres inerentes à qualidade de intermediário financeiro, dizem os Recorrentes que não lhes foi prestada a informação devida aquando da subscrição da aplicação de RAIIGC.

Não suscita dúvidas, pois que é de lei, que o intermediário financeiro está obrigado a prestar ao cliente informação completa, verdadeira, atual, clara, objetiva e lícita.

Porém, a matéria de facto provada não dá respaldo à ideia de que estas obrigações foram omitidas pelo BPP, sendo que era aos Réus que competia provar, precedendo a alegação dos correspondentes factos concretos, que informação relevante para a sua decisão de subscrever ou não as aplicações é

que afinal foi omitida (facto ilícito) e em que é que essa omissão interveio como causa do dano que dizem ter-se verificado (nexo de causalidade).

Subentende-se a partir de todo o entorno factual que se conhece nos autos que o BPP nada informou acerca da forma como agia no exercício da sua atividade em sede contabilística e de observância das devidas normas prudenciais. E é afinal a isto que se dirigem as objeções dos Réus.

Mas esse tipo de informação, aliás matéria de direito publico, e de índole exclusivamente técnica e de interesse direto e imediato apenas para as competentes instâncias de regulação e supervisão, não pode ser visto como integrando o acervo informativo a dispensar aos clientes.

A forma como se desempenha a atividade (com a consequente garantia do sucesso do negócio ou de solvabilidade) não fazem parte desse acervo informativo do intermediário financeiro. A não revelação contabilística não afetava em si mesmo a restituição do capital a que se vinculara o BPP, não afetava o compromisso assumido pelo BPP de restituição do capital, e se essa restituição não ocorreu tal ficou a dever-se (esta a causa adequada) à respetiva insolvência (para o que foi decisivo, acrescente-se, a crise financeira internacional que de toda a gente é bem conhecida) e não a qualquer défice de informação. A insolvência do devedor é sempre um risco, e nenhum credor pode achar-se com direito a que o seu devedor o informe e lhe assegure que não vai insolver.

De outro lado, é de observar que a matéria de facto que temos disponível não revela com um mínimo de rigor e aptidão que se constituiu um efetivo dano para os Réus. E sem dano não há lugar á responsabilidade civil, não há lugar à obrigação de indemnização. Como nos diz Galvão Telles (*Direito das Obrigações*, 7.^a Ed., Reimpressão, p. 373) - e se dúvida alguma houvesse quanto a isso, que não há - "A responsabilidade civil (...) traduz-se na obrigação de *indemnizar*, ou seja, de reparar prejuízos, e, portanto, sem estes, não existe".

Efetivamente, e embora os Réus falem muito em destruição da garantia e em desvalorização do objeto do penhor, nenhum facto (que alegado até nem foi) de entre os provados mostra que o objeto do penhor, entretanto transmudado (mas com aceitação dos 2.^{os} Réus), se perdeu ou ficou desvalorizado. E muito menos que ficou desvalorizado em termos tais que deixou de garantir a satisfação do crédito decorrente do financiamento.

O que tudo, portanto, tira base à pretensa responsabilidade civil do BPP para com os Réus.

Improcedem assim, no que estão contra o que vem de ser dito, as conclusões 19.^a e 20.^a.

Da não verificação dos pressupostos (culpa e nexos de causalidade) da responsabilidade contratual imputada pela Autora à 1.^a Ré

Renovam aqui os Recorrentes a questão da responsabilidade na desvalorização das aplicações de RAIIGC que ficaram a garantir os empréstimos concedidos à 1.^a Ré.

Segundo eles, a culpa dessa desvalorização foi do BPP, de sorte que ficou afastada a presunção de culpa que sobre a 1.^a Ré, devedora, recaía relativamente ao incumprimento dos empréstimos feitos pelo BPP.

Acresce que, baseando-se a responsabilidade da 1.^a Ré numa simples presunção de culpa, a culpa do lesado (o BPP) na desvalorização da garantia teria implicado legalmente a exclusão do dever de indemnizar da 1.^a Ré.

Concluem que deve ser o BPP a arcar com as consequências da desvalorização das aplicações.

Mas não pode ser subscrito um tal ponto de vista.

Como os próprios Recorrentes reconhecem, presume-se legalmente a culpa da 1.^a Ré.

A culpa que está aqui em causa é a culpa inerente ao não cumprimento das obrigações que para a 1.^a Ré derivavam do contrato de abertura de crédito que celebrou com o BPP.

Assunto que não se confunde em si mesmo com a pretensa desvalorização do objeto do penhor, que tem a ver com a garantia do empréstimo, e não com o cumprimento das obrigações próprias da mutuária.

O que significa que qualquer culpa que possa ser imputada ao BPP relativamente a essa suposta desvalorização não tem o menor rebate na culpa presumida da 1.^a Ré, nem a isenta das consequências que para ela advêm do não cumprimento pontual dos contratos de abertura de crédito.

Ainda assim dir-se-á que, como acima se apontou, a factualidade provada não dá respaldo à conclusão de que o objeto do penhor se desvalorizou e que, portanto, o BPP ficou por essa razão constituído em responsabilidade civil perante os 2.ºs Réus. O que retira qualquer essencialidade à culpa conotada com essa desvalorização.

Mais sustentam os Recorrentes que inexistente nexo de causalidade entre a atuação da 1.ª Ré e a lesão que o BPP sofreu. A seu ver, o reembolso do mútuo haveria sempre de se dar pelas forças dos fundos entregues pelos 2.ºs Réus, conquanto que o BPP tivesse sido zeloso e diligente na administração desses fundos, o que não se verificou. Nessa medida, o BPP é que deu causa a que a garantia não cubra os financiamentos concedidos.

Daqui que, concluem, se os empréstimos não resultaram pagos no vencimento foi porque a garantia se desvaneceu por culpa do BPP e não porque a 1.ª Ré os não tivesse pago.

Mas este ponto de vista também não pode ser subscrito.

Desde logo, e postas as coisas em termos factuais (e repetindo), porque facto algum de entre os que estão revelados nos autos indica que o pagamento dos empréstimos era para ser feito pelas forças da carteira de títulos dos 2.ºs Réus. E se assim é, então a causa da lesão do BPP passa completamente à margem da alegada má administração dos fundos, não há qualquer relação relevante entre uma coisa e a outra.

E, postas agora as coisas em termos jurídicos, o penhor que foi constituído consistiu numa garantia (oferecida por terceiro) do crédito pecuniário do BPP, e não num meio direto de pagamento da dívida da 2.ª Ré.

Portanto, o que se possa ter passado em sede de administração do objeto da garantia é uma condição sem conotação relevante com a lesão do BPP.

Ainda, não está alegado ou provado que os 2.ºs Réus, que são juridicamente terceiros relativamente ao contrato de abertura de crédito, assumiram (seja no figurino da assunção liberatória, seja no figurino da assunção cumulativa) a dívida da 1.ª Ré, razão pela qual o que se possa ter passado com a administração do seu património (a gestão da carteira de títulos) nenhuma relação tem a ver com a lesão causada pela 1.ª Ré ao BPP.

Na realidade, as coisas devem ser postas precisamente ao contrário da forma como os Recorrentes as põem: é que se a 1.ª Ré tivesse cumprido, o BPP não

teria sofrido a lesão. Logo, a causa adequada da lesão foi o incumprimento da 1.^a Ré, e nada mais que isto.

Em boa verdade, as razões apontadas pelos Recorrentes nada têm a ver com o pressuposto do nexo de causalidade, mas sim com uma alegada falta de zelo e diligência (culpa) na gestão dos fundos que foram confiados ao BPP Cayman no âmbito do correspondente contrato de gestão de carteira. Mas quanto a isso já se disse o que havia a dizer, nada mais havendo a acrescentar de útil.

Improcede, assim, a conclusão 22.^a.

Da anulação dos contratos de abertura de crédito por erro sobre o objeto do negócio e por dolo

Dizem os Recorrentes, no corpo da sua alegação, que nas diversas relações contratuais que empreenderam (contrato de abertura de crédito, contrato de gestão de carteira de títulos, contrato de constituição do penhor, cuja unificação supõem), agiram no convencimento, arditosamente criado pelo BPP, que as aplicações de RAIIGC beneficiavam de efetiva garantia de capital e no pressuposto de que se integravam no exercício pelo BPP de atividade lícita, pressupostos que este sabia serem essenciais para a respetiva decisão de contratar. De outro modo não teriam contratado.

Concluem que os contratos são anuláveis por erro simples sobre o objeto do negócio e por dolo, de sorte que a 1.^a Ré só terá de reembolsar o que lhe foi emprestado no momento e na exata medida do que o BPP venha a reembolsar os 2.^{os} Réus do que estes lhe entregaram em subscrição das ditas aplicações.

Contudo, não se pode conhecer do recurso nesta parte.

Desde logo porque esta questão da anulação dos negócios por erro não se mostra levada às conclusões do presente recurso. Consequentemente, será de entender que o objeto inicial do recurso foi restringido (n.º 4 do art. 635.º do CPCivil), pelo que não haverá que conhecer da questão.

Acresce que a questão do erro não foi sequer submetida à apreciação do tribunal recorrido, que, por isso, também não se pronunciou sobre ela. Ora, é sabido que os recursos visam reapreciar questões submetidas à decisão do tribunal recorrido e não criar decisões *ex novo*, o que, de igual forma, tem como resultado a impossibilidade de se conhecer do recurso nessa parte.

Pior ainda: a questão do erro nem sequer foi invocada na contestação. E por isso a sentença da 1.^a instância nada decidiu sobre ela.

Tal questão foi invocada apenas no articulado superveniente (artigo 331 e seguintes) que os Réus apresentaram. Ocorre, porém, que nessa parte o articulado não foi admitido.

Tudo razões que impedem legalmente o conhecimento do recurso na parte aqui em causa.

Não há, pois, que verificar se ocorreu o erro de que falam os Recorrentes e extrair daí as inerentes consequências.

Do abuso do direito

Mais sustentam os Recorrentes que a forma fraudulenta e ardilosa como o BPP se pautou no decurso da sua atividade de instituição de crédito e de intermediário financeiro, dando assim causa a que os 2.ºs Réus contratassem como fizeram, contende com a possibilidade da Autora se apresentar a pedir o que pede, como se o BPP não tivesse sido o responsável pelas perdas verificadas.

Concluem que se está perante um exercício abusivo do direito, que quadra à figura do chamado *tu quoque*, o que teria por resultado que o pagamento do crédito aqui reclamado, ou pelo menos o pagamento da mora, teria de ser feito através do que resta das aplicações dos 2.ºs Réus.

Seguindo aqui doutrina corrente (assim, Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 5.ª ed., pp. 626 e 628; Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, I, tomo IV, 2005, pp. 335, 336 e 337), podemos dizer que o chamado *tu quoque* (uma das diversas modalidades de comportamento de entre as que são identificadas como traduzindo a aplicação significativa do princípio da boa-fé em sede de abuso de direito) exprime a ideia (isto no plano contratual) de que a parte que violou obrigações que o contrato lhe impõe não deve ser admitida a exercer um direito que nesse contrato lhe é reconhecido, invocando um facto da parte contrária a cuja verificação o seu comportamento não foi alheio. A pessoa que desequilibre, num momento prévio, o complexo regulativo em que se insere o seu direito, não pode depois pretender exercer contra o outro contratante a posição que a ordem jurídica lhe confere, como se nada da sua responsabilidade houvesse ocorrido.

Ora, não suscita dúvidas que a 1.ª Ré recebeu e usou os recursos pecuniários que o BPP lhe disponibilizou. É também certo que a 1.ª Ré não reembolsou os empréstimos nem pagou os juros devidos. Portanto, é direito da Autora, através da respetiva comissão liquidatária (a quem compete legalmente

defender, em prol de todos os credores, os interesses da massa insolvente), fazer valer perante a 1.ª Ré e garantes (os 2.ºs Réus) os direitos em discussão.

Daqui que, em princípio, não pode ser visto como abusivo o exercício do direito de crédito da Autora (a massa insolvente do BPP) tal como prosseguido mediante os presentes autos.

Mas será só em princípio?

Cremos bem que não.

Por tudo aquilo que já ficou alinhado, cremos que o direito da Autora está a ser exercido legitimamente, o que é dizer, não se surpreende no caso um exercício abusivo do direito. E muito menos um exercício *manifestamente* (isto é, gritantemente, notoriamente) abusivo, como se exige no art. 334.º do CCivil.

Como acima se apontou, é de resistir à ideia de que a atuação irregular do BPP como instituição de crédito e intermediário financeiro, contende, só por si, direta e imediatamente, com as *concretas* relações estabelecidas entre o BPP, o BPP Cayman e os Réus, de modo a que se deva atribuir aos dois primeiros uma violação das suas *concretas* obrigações contratuais perante estes últimos.

Não se logra encontrar aqui qualquernexo de causalidade *adequada* entre essa mais ou menos *difusa* atuação irregular (que tem a ver essencialmente, de acordo com as pertinentes normas de direito público, com exigências contabilísticas e prudenciais inerentes ao exercício da atividade bancária) e o mérito da *concreta* contratação privada que foi desenvolvida com os Réus.

E o que é certo é que percorrendo a matéria de facto provada também nada nela se encontra que signifique que o BPP violou esta ou aquela obrigação *concreta* que do *concreto* complexo contratual estabelecido com os Réus para ele decorriam.

Tão pouco decorre da matéria de facto provada que mesmo que os Réus tivessem tido algum género de perceção acerca da dita atuação irregular do BPP, não teria a 1.ª Ré acedido ao crédito a que acedeu e não se teriam os 2.ºs Réus predisposto a garantir, através do penhor que constituíram, esse crédito, tanto mais que os negócios estabelecidos lhes traziam vantagens adicionais de natureza fiscal (v. facto *g*) do *item* “A relação do R. AA com o BPP”).

O que se passa - e quanto a nós a questão acaba por ser tão simples quanto isto, mas que aos Réus custa aceitar - é que todo e qualquer negócio de ordem patrimonial, inclusivamente com bancos, tem riscos, no limite o risco da insolvência do devedor ou de quem se assuma como garante do cumprimento. E a contratação da carteira de gestão de títulos levada a cabo pelos 2.ºs Réus e a garantia dada pelo BPP de retorno do capital não constituíam uma exceção a essa regra.

Ora, o BPP (e após medidas de saneamento) foi constituído em estado de insolvência (efeito próprio da revogação pelo Banco de Portugal da autorização para o exercício da atividade que exercia), entrando em liquidação. Em consequência, transferiram-se para a respetiva massa insolvente os direitos de crédito dos 2.ºs Réus sobre esse mesmo BPP (v. a propósito os art.s 90.º e 46.º, n.º 1 do CIRE), e é nessa sede que quaisquer direitos que lhes assistam têm de ser atuados (e sabe-se que aí lhes foram reconhecidos os correspondentes créditos), tudo dentro do princípio (não havendo causa legítima de preferência) da igualdade dos credores (e não apenas entre alguns).

E o mesmo se pode dizer com respeito aos créditos dos 2.ºs Réus sobre o BPP Cayman, aqui com reporte à respetiva massa insolvente (e é conhecido também que aí lhes foram reconhecidos os correspondentes créditos).

E para tudo isto é absolutamente irrelevante que a insolvência do BPP tenha sido qualificada como culposa (como de igual forma é conhecido que foi), pois que também nessa hipótese é poder-dever da administração da insolvência (no caso, a comissão liquidatária) defender os interesses da massa, ou seja, os interesses de todos (e não somente de alguns) os credores.

Tendo presente este modo de ver as coisas, cremos que a conclusão lógica a retirar é a de que não existe fundamento jurídico para inibir a Autora de exercer o direito em questão. Perante tal perspetiva, não se pode dizer que a Autora está a tirar partido ilegítimo de uma situação a que o BPP deu causa, ou seja, que está a capitalizar ilegitimamente sobre uma situação que o BPP criou culposamente. Não faz sentido, isto com reporte à respetiva insolvência, dizer-se aqui que o BPP desequilibrou anteriormente o complexo contratual em que se insere o direito sob exercício, de forma a concluir-se que a Autora está agora a agir como se o BPP nada houvesse causado culposamente para a situação de incumprimento que imputa à 1.ª Ré.

O que tudo é dizer que não estamos perante um exercício abusivo do direito, e muito menos perante um exercício manifestamente abusivo (como, repete-se, se exige na lei).

Improcedem, assim, as conclusões 21.^a e 23.^a.

De tudo o que fica exposto decorre que o acórdão recorrido não violou as normas legais e constitucionais citadas na conclusão 24.^a.

Aliás, quanto às normas dos n.ºs 1, 4 e 5 do art. 20.º da Constituição da República Portuguesa a sua invocação resulta até pouco menos do que ininteligível, pois que não se logra perceber em que é que o acesso à tutela jurisdicional efetiva, nas dimensões aí referidas, foi posto em causa pelo tribunal recorrido ao ter decidido como decidiu.

IV - DECISÃO

Pelo exposto acordam os juízes neste Supremo Tribunal de Justiça em julgar improcedente o recurso, confirmando o acórdão recorrido.

Regime de custas:

Os Recorrentes são condenados nas custas do recurso.

+

Lisboa, 28 de abril de 2021

José Rainho (Relator)

Graça Amaral (tem voto de conformidade, não assinando por dificuldades de ordem operacional. O relator atesta, nos termos do art. 15.º-A do Dec. Lei. n.º 10-A/2020, essa conformidade)

Henrique Araújo (tem voto de conformidade, não assinando por dificuldades de ordem operacional. O relator atesta, nos termos do art. 15.º-A do Dec. Lei. n.º 10-A/2020, essa conformidade)

++

Sumário (art.s 663.º, n.º 7 e 679.º do CPCivil).