

Processo: 1310/12.0TVPRT.P1
Nº Convencional: JTRP000
Relator: FERNANDA ALMEIDA
Descritores: BANCOS
INTERMEDIÁRIO FINANCEIRO
DEVER DE INFORMAÇÃO
RESPONSABILIDADE CONTRATUAL
INTERESSE CONTRATUAL POSITIVO
Nº do Documento: RP201906031310/12.0TVPRT.P1
Data do Acórdão: 03-06-2019
Votação: UNANIMIDADE
Texto Integral: S
Privacidade: 1
Meio Processual: APELAÇÃO
Decisão: REVOGADA
Indicações Eventuais: 5ª SECÇÃO (LIVRO DE REGISTOS Nº 697-A, FLS 169-190)
Área Temática: .
Sumário:

I - O dever de informação imposto aos bancos e intermediários financeiros encontra-se exaustivamente conformado, podendo considerar-se um dever de conduta secundário de prestação e não um simples dever acessório, ainda que funcionalizado à prestação principal.

II - A aquisição de instrumentos mobiliários, como obrigações ou bonds, valores mobiliários representativos de direitos de crédito, previstos no art. 1.º b) do CVM, constitui um modo de financiamento empresarial que exige cabal e claro esclarecimento ao cliente que os adquire.

III - Na responsabilidade contratual do banco perante o cliente, a ilicitude resulta da desconformidade do comportamento daquele com as obrigações que sobre si impendem, mormente a de informação, presumindo-se a culpa (art. 799.º CC e, no caso dos prospectos mobiliários, 135.º CVM). O critério de aferição da culpa contratual, nestes casos, não é o do simples bonus parter familias (art. 487.º, n.º2, ex vi 799.º, n.º 2 CC), mas o do diligentissimus pater familias ou da culpa profissional (n.º 2 do art. 304.º CVM).

IV - O pressuposto do dano resulta do art. 152.º CVM que alude à indemnização pelo interesse contratual positivo. Ainda que a formulação do art. 563.º do Código Civil pareça apontar para a teoria da causalidade adequada, não é possível individualizar um critério único e válido para aferir o nexos causal em todas as hipóteses de responsabilidade civil.

V - A parte contratual (Banco) que objetivamente prejudica a outra (cliente) em milhares de euros em função do não cumprimento do dever de informação não poderá invocar qualquer investimento de confiança perante a atuação da outra parte (e, por via disso, abuso de direito) quando esta última aceita minorar o prejuízo em termos ainda muito desvantajosos para si e, depois, lhe pede judicialmente que a compense do restante.

Reclamações:
Decisão Texto Integral:

Proc. nº 1310/12.0TVPRT.P1

Sumário do acórdão elaborado pela sua relatora nos termos do disposto no artigo 663.º, nº 7, do Código de Processo Civil:

.....
.....
.....

*

Acordam os juízes abaixo-assinados da quinta secção, cível, do Tribunal da Relação do Porto:

RELATÓRIO

AUTOR: B..., divorciado, residente na Rua ..., ..., 1.º E, Porto.

RÉUS: C..., S. A., com sede na ..., .. – Porto

D..., funcionário do segundo R.

Reconvinda/interveniente principal: E...

Por via da presente ação declarativa, pretende o A. seja declarada a nulidade do negócio jurídico relativo à transferência da quantia de € 25.000,00, da conta do Autor para a conta da sua companheira (a); a nulidade da aquisição das obrigações perpétuas emitidas pelo Banco Réu, aquisição essa feita à custa do capital do Autor, quer a feita em seu nome, quer em nome de sua mulher (b); condenados os RR. a restituírem ao Autor, a quantia de € 50.000,00 (c) ou a pagarem-lhe, em alternativa,

uma indemnização de igual valor, correspondente ao ressarcimento do dano resultante da perda da quantia que possuía depositada em seu nome, antes de o Banco R. a transferir parcialmente para a conta da sua companheira e adquirir as obrigações perpétuas (d); a pagarem ao Autor a quantia de EUR 38.000,00, correspondente à indemnização destinada a ressarcir os danos não patrimoniais supra descritos, bem como os danos patrimoniais correspondentes aos lucros cessantes ocorridos até à entrada da ação em juízo (e); a pagarem ao A. a quantia que se liquidar em execução de sentença, correspondente aos lucros cessantes que se formarem após a entrada em juízo da ação e correspondentes aos juros que os € 50.000,00, renderiam ao Autor se deles não tivesse sido privado pelos RR. (f).

Para tanto alegou ser cliente do primeiro R., onde detém conta bancária que, em 2009, se achava provida com € 50.000,00. Nessa altura, o seu gestor de conta, segundo R., na qualidade de funcionário do primeiro, sugeriu ao A. que aplicasse de forma segura aquele valor, o que teria que suceder em duas subscrições de € 25.000,00, cada, sendo uma em seu nome e outra em nome da sua companheira, motivo pelo qual esse valor seria transferido para uma conta daquela, com o que o A. concordou.

Semestralmente, o Banco foi depositando nas duas contas os juros de tais aplicações. Apenas volvidos dois anos, foi o A. informado de que os valores em causa haviam sido aplicados na aquisição de obrigações perpétuas que não tinham prazo de maturidade, nem vencimento, não sendo reembolsáveis ao titular, mas apenas transacionáveis em bolsa, sendo o seu valor para tal efeito, então, de € 1.000,00, tendo ainda ficado a saber que o capital em causa poderia ser utilizado pelo R. C... para cobrir prejuízos, como se de capital próprio se tratasse. Todas estas informações foram omitidas ao A. aquando da chamada telefónica de 2009. Mais refere que em documentos constantes no Banco e relativamente a estas operações aparecem falsificadas as assinaturas do A. e da companheira, fraude que foi cometida pelo segundo R. O A. veio, depois, a transacionar estes produtos com prejuízo significativos, tendo deixado de receber juros que receberia caso se mantivesse a prazo o dinheiro aqui em causa.

Toda a situação causou grave perturbação ao A., pretendendo por isso obter compensação de € 30.000,00.

Contestando, os RR. confirmaram ser o A. e companheira titulares de duas contas solidárias, confirmando ainda a subscrição, por cada um dos dois, de € 25.000,00, cada, de “Valores Mobiliários Perpétuos Subordinados com Juros condicionados”, produto rentável (7% de juros) e de grande liquidez (admitidos à negociação na Euronext Lisbon), envolvendo risco de perda e classificado como pertencente ao Grupo II – Instrumento financeiro complexo, tendo por segmento-alvo clientes profissionais e não profissionais NP2 e NP3, isto é, pessoas habilitadas a transacionar instrumentos financeiros complexos ou de elevada complexidade.

Todas as informações relativas ao produto foram comunicadas ao A. que, com a companheira, aceitaram subscrivê-lo pelo facto de ser remunerado de modo elevado e poder ser alienado no mercado a todo o momento. O A. é uma pessoa conhecedora do mercado de capitais, tendo efetuado aplicações em fundos de investimento, de risco incerto. O segundo R. apresentou-lhes a documentação para que assinalassem no local próprio a indicação de não profissionais habilitados a transacionar instrumentos financeiros complexos, tendo-o estes omitido, situação de que aquele se não apercebeu, mas sendo do punho dos subscritores as assinaturas apostas nos mesmos documentos.

O Banco formulou pedido reconvenicional, pretendendo que o A. e E..., em caso de procedência da ação, sejam condenados a restituir-lhe as quantias por si recebidas do Banco, no montante de € 5.275,04, que, por compensação, deverá ter-se em conta em eventual crédito do A.

O Banco deduziu, depois, pedido de intervenção principal daquela E... para figurar nos autos, como reconvenida, ao lado do reconvinido, tendo esta apresentado articulado próprio de defesa perante a reconvenção.

Fazendo-o, afirmou nunca ter ordenado que fizesse qualquer aplicação financeira, até porque os € 25.000,00, que foram creditados na sua conta pertenciam ao A. e não à reconvenida. O Banco nunca lhe deu conhecimento da aplicação financeira, nem nunca teve contato com qualquer funcionário para falar sobre a mesma, não tendo assinado o que quer que fosse a este respeito.

Arguiu a sua ilegitimidade, exceção julgada improcedente em despacho saneador datado de 11.6.2015.

Realizado julgamento, foi proferida sentença, datada de 15.10.2018, julgando a ação improcedente e dando aí como provados os seguintes factos:

1. O Autor B..., enquanto titular de uma conta bancária com o Número de Identificação

Interbancária (NIB), é cliente da primeira Ré, a sociedade C..., S. A.,
2. O segundo Réu é funcionário da primeira Ré.
3. Em Junho de 2009 o Autor tinha depositado à guarda da primeira Ré, na sobredita conta bancária, a quantia de EUR 50.000,00.
4. O A. B... foi contactado pelo seu gestor de conta, D..., ou seja, o segundo Réu, que lhe referiu uma oportunidade de investir os referidos EUR 50.000,00 numa aplicação.
5. O Autor, pelo menos por duas vezes, quando o 2º Réu ia mudando o seu local de trabalho de balcão para balcão do C..., mudava igualmente para esse balcão a domiciliação da sua conta.
6. A aplicação foi feita em duas tranches iguais, uma em nome do Autor e outra em nome da sua companheira, a D. E..., senhora com quem vive em condições análogas às dos cônjuges.
7. Foi transferido valor de € 25.000,00 para a conta da referida senhora.
8. O Autor concordou com este aspecto.
9. Algum tempo mais tarde, quando recebeu o extracto bancário seguinte a estes factos, o Autor confirmou que da referida quantia de EUR 50.000,00 havia sido feita uma transferência no valor de EUR 25.000,00 para uma conta bancária de que é primeira titular E..., sendo o Autor segundo titular.
10. Mais constatou que com os EUR 25.000, que ficaram na sua conta, bem como com os demais EUR 25.000,0 que foram transferidos para a conta da mulher do Autor, foram realizadas as duas subscrições que o sobredito D... lhe havia anunciado.
11. Quer o A. quer a referida E... começaram a receber na sua conta à ordem, semestralmente, os juros correspondentes àquelas duas aplicações, juros semestrais esses cujo valor oscilava em torno de EUR 686,88, para cada um.
12. Volvidos quase dois anos, no passado mês de Maio de 2011, o A. foi chamado ao referido balcão do Banco Réu, por uma sua funcionária, de nome F....
13. No local, foi por ela informado de que a aplicação feita, cerca de dois anos antes, havia sido a aquisição de obrigações perpétuas, cujo valor nominal o A. jamais poderia converter em dinheiro, a menos que aceitasse transaccioná-las em bolsa, caso em que receberia o valor de mercado de tais títulos.

[1]

16. Mais passou a saber o A. que as obrigações incorporadas em tais títulos haviam sido emitidos pelo próprio banco ora Réu, e que, por serem perpétuas, não tinham qualquer prazo de maturidade ou data de vencimento, sequer sendo reembolsáveis a pedido do respectivo titular.
17. Da documentação que então lhe foi facultada e do seu posterior exame por pessoas a quem solicitou a sua interpretação, resultou que ainda ficou a saber que o capital assim investido podia ser usado unilateralmente pelo Réu C... para cobrir perdas ou prejuízos de um qualquer exercício, se tal se revelasse necessário para prosseguir a sua actividade, como se do capital do próprio banco se tratasse.
18. Apurou ainda que uma vez efectuada tal aplicação, o subscritor apenas recebe juros, apesar de nem esse recebimento estar igualmente garantido, uma vez que igualmente estaria dependente da vontade da Ré.
19. A referida funcionária do C... ainda lhe comunicou que por esses dias – Maio de 2011 – o C... estaria a oferecer a todos os subscritores dos referidos títulos perpétuos, a sua troca por acções do banco R., acções essas resultantes de um aumento de capital que a esse propósito seria feito, na razão de 1.600 acções por cada título perpétuo no valor nominal de EUR 1.000,00, do que resultaria que cada acção do C... estaria a ser oferecida em troca de cada título perpétuo, ao valor de EUR 0,625 cada acção.
20. O A. referiu de imediato que não sabia de nada.
21. Como lhe foi ainda comunicado que ele e a referida E... teriam de ter subscrito um documento qualquer ordenando a aludida transferência bem como a subsequente aquisição dos títulos perpétuos, bem como um outro documento dando-lhe conhecimento dos específicos riscos a que o A. ficaria sujeito pela subscrição dos referidos títulos perpétuos, respondeu de imediato que nunca ele ou a sua companheira, a A. E..., assinaram tais documentos.
22. Posto isto, o Autor solicitou de imediato lhe fossem fornecidas cópias de tais documentos.
23. A mesma funcionária do banco R. referiu que o melhor seria o A. e a sua companheira aceitarem a troca dos referidos títulos perpétuos pelas acções do C....
24. Foi facultada ao Autor pelo banco Réu, cópias de tais documentos, com excepção do documento de suporte da transferência.
25. Colocada a oferta de troca ao Autor e à E..., estes, analisando a proposta, decidiram, em 5 de Maio de 2011, aceitá-la, tendo recebido cada um 40.000 acções do C....

25. No dia 04 de Maio de 2011 - o dia anterior àquele em que o A. subscreveu a troca das obrigações perpétuas por acções do C... - as acções do banco R. fecharam o dia a cotar EUR 0,549, [consoante decorre da ilustração que segue,][2]

26. Em 5 de Junho de 2011, data a partir da qual poderia vender as acções, as acções do banco R. fecharam o dia a cotar nos EUR 0,470.

27. O título C... fechou em 08/10/2015, à cotação de 0,06 €.

Foram dados como não provados os factos seguintes:

1. O A. e a mencionada E... nunca assinaram as ordens de subscrição de títulos perpétuos, e os demais documentos que ora igualmente se juntam como doc. 4 a 6.
2. Quando se viu privado desse capital, o Autor deixou de fazer férias, de oferecer prendas e satisfazer alguns dos desejos seus, de sua mulher, demais familiares e amigos, como jantar de quando em vez fora de casa, realizar excursões e passeios, passar férias fora, etc., etc..
3. A perturbação que toda esta situação e suas consequências lhe provocaram foi de tal ordem, que o Autor, para além da visível perturbação que passou a marcar os seus dias, ao se ver usurpado das suas economias,
4. deixou de descansar convenientemente, perdeu o sono e passou a andar permanentemente irritado com tudo e com todos.
5. Quando este produto financeiro (Valores Mobiliários Perpétuos Subordinados C1...) foi colocado no mercado com autorização da CMVM e do Banco de Portugal, o Autor mostrou-se interessado na sua subscrição, dispondo-se a fazê-lo com recurso integral aos 50.000,00 € que estavam a crédito da conta de que era primeiro titular.
6. Na circunstância, o Autor com o aqui 2º Réu D..., então sub-gerente da Dependência, que lhe explicou as características do investimento e o risco de perda de capital como contrapartida da atractividade da taxa de juro e da sua liquidez pois a todo o momento podiam as unidades subscritas ser alienadas em bolsa, com recuperação integral do capital investido, se não tivesse corrido baixa da cotação ou quando houvesse risco de ocorrer.
7. Como lhe explicou que se tratava de um investimento não reembolsável, salvo decisão do próprio Banco depois de decorridos cinco anos.
8. A decisão de fazer o investimento fundou-a o Autor na elevada remuneração que conferia e na possibilidade de poder, sempre que quisesse e a todo o momento, alienar no mercado os títulos subscritos.
9. Escolha esta tomada pelo Autor e pela E... de modo consciente e informado por justamente terem entendido, como muitos investidores entenderam, que a rentabilidade e a liquidez compensavam o risco de perda de capital.
11. O Autor, pese embora as suas habilitações literárias, é um homem experiente e sabedor do mercado de capitais, tendo feito aplicações em Fundos de 12. Por ocasião da ordem da subscrição, o 2º Réu fez saber, quer ao Autor, quer à referida E..., que a subscrição exigia que respondessem ao questionário exigido por lei relativo ao conhecimento e experiência de ambos sobre investimentos financeiros e equiparados.
12. Para o efeito, apresentou-lhes os documentos juntos com a petição para que eles apusessem as cruzes do preenchimento no lugar próprio de pessoas não profissionais habilitadas a transaccionar instrumentos financeiros complexos.

Desta sentença recorre o A., visando a procedência da ação, pelos fundamentos que assim sintetiza:

.....
.....
.....

Foram apresentadas contra-alegações pelos RR. que pugnam pela improcedência do recurso.

Os autos correram vistos nesta Relação.

Questões a decidir tendo em conta o objeto do recurso delimitado pela recorrente nas conclusões das suas alegações (artigos 635.º, n.ºs 3 e 4 e 639.º, n.ºs 1 e 3, ambos do Código de Processo Civil, na redação aplicável a estes autos.

Da alteração da matéria de facto e do ónus da prova.

Do erro na formação do contrato.

Da omissão do dever de informação pelo Banco.

Do abuso de direito no pedido de indemnização.

Da fixação do valor da indemnização.

FUNDAMENTAÇÃO

De facto

Pretende o A. se dê como provado deter o mesmo apenas a 4.^a classe. Alude ao depoimento do seu irmão, a testemunha G..., e ao seu próprio discurso em declarações de parte.

A sentença obnubilou referência a esta circunstância.

Objetivamente, o facto não está demonstrado. Carecia, desde logo, de documentação a ele relativa que sequer haveria de obter-se, como pretendido, junto do Ministério da Educação, bastando uma certidão de habilitações emitida pela escola ou pelo Direção Regional de Educação onde foram concluídos os estudos.

Ainda que se considerasse não se tratar de facto a merecer prova documental – relativa às habilitações literárias – vemos ser imprestável para este desiderato o depoimento de G.... Na verdade, este referiu tal facto, fê-lo de forma efusiva e espontânea. Compreende-se que o fizesse, quando à parte surge como aparentemente conveniente a demonstração de que uma escolaridade mínima justificaria a ignorância sobre os produtos financeiros em causa.

Não é necessariamente assim.

Por um lado, de forma objetiva, já em primeira instância (aquando da inquirição da testemunha G...) foi feita nota de que, contando o A., à época do julgamento, pouco menos de 50 anos de idade, dificilmente se compreenderia que não tivesse concluído a escolaridade obrigatória ao tempo da respectiva infância. Com efeito, a partir dos anos 74-75, o 5.^o e 6.^o anos de escolaridade passaram a integrar o ensino obrigatório, dando-se um passo em frente na ultrapassagem do tempo das trevas do ensino português o qual se veio perpetuado até aos anos 60 do século passado com a exigência mínima de 4.^a classe ou menos[3].

O irmão do A. disse também que este terá concluído o ensino primário com 10 anos. Sendo assim, como observou a Mm.^a Juiz em primeira instância, menos se compreende esta exceção não explicada ao regime da escolaridade obrigatória que já então compreenderia mais dois anos de estudo.

Estes dois anos a mais na escolaridade obrigatória em nada influiriam no conhecimento sobre a complexidade de produtos financeiros como as obrigações perpétuas aqui em questão. Pensamos mesmo que nem uma dezena ou uma dúzia de anos de estudo a mais de uma qualquer matéria específica que não fosse economia ou disciplina semelhante poderia significar o imediato conhecimento exato do que aqui estava em causa. Não será difícil qualquer um de nós conhecer ou reportar situações de cidadãos portadores dos mais elevados saberes académicos em determinada área específica a quem falta experiência ou aptidão para entender de forma direta a diferença entre uma aplicação bancária segura ou a subscrição de obrigações que podem apenas conferir direito a rendimento periódico elevado. Por isso o acento tónico do legislador no dever de informação a cargo dos Bancos...

Sendo assim, a baixa escolaridade pode ser um indício de dificuldade de compreensão dos meandros do mundo das aplicações financeiras, mas não afasta, de todo, essa possibilidade. Aliás, no caso dos autos sequer é isso que está em causa, quando se alega mais: que o R., pessoa singular, levou a efeito um plano fraudulento, contrário à vontade e interesses do A., falsificando mesmo assinaturas, para lograr obter deste a aparência de um investimento. Com esta atuação, mesmo sabendo algo sobre produtos financeiros, apenas estando muito atento aos movimentos da sua conta bancária, não teria o A. evitado aquela atuação fraudulenta, uma vez que alega ter sido enganado.

De duas uma: ou o A. foi enganado, como alega em 5.^o, 9.^o, 12.^o, 14.^o, 24.^o, 64.^o e 72.^o da pi; ou não lhe foi transmitida toda a informação necessária para compreender o sentido e alcance do investimento que assentiu realizar, caso em que, então, poderá ter algum sentido aludir-se à escolaridade.

Indefere-se, por isso, o requerido a este título.

Sobre tratar-se de um instrumento financeiro complexo (arts. 40.^o e 24.^o pi).

A natureza deste instrumento resulta da aplicação do direito aos factos, uma vez que daqueles conste o tipo de produto subscrito pelo A.; haverá então que aplicar-lhe o direito.

Isso mesmo foi explicitado – embora fosse desnecessário – pelo núcleo jurídico da CMVM quando, a 12.10.2015, sob solicitação do processo, aqui informou: Quanto ao alegado no artigo 40.^o da petição inicial – À data de emissão dos Valores Mobiliários Perpétuos Subordinados com Juros Condicionados (...) a qualificação de um instrumento financeiro como “Instrumento Financeiro Complexo” dependia do preenchimento dos requisitos estabelecidos no artigo 2.^o do Decreto-Lei n.º 211-A/2008, de 3 de novembro e, para efeitos do disposto no artigo 314.^o-D do CdVM, do não preenchimento dos requisitos dos “instrumentos financeiros não complexos” tal como estabelecido neste preceito legal (...).

Tanto basta para fazer improceder a pretensão do A.

Quanto à matéria do ponto 25[4] do elenco dos factos provados:

É certo ter o A. referido, em declarações de parte, ter-se aconselhado com o R. D... para o efeito de trocar as obrigações pelas ações, mas essa circunstância não corresponde sequer à alegação constante da pi (no ponto 71 diz-se que o A. aceitou a troca “esmagado” pelas circunstâncias); não foi coonestada em depoimento do próprio R. e não mereceu respaldo nos depoimentos das duas funcionárias que terão estado presentes aquando desta troca que mencionam apenas ter a decisão do A. sido tomada, não de imediato, mas depois de ponderação. De modo que, em retas contas, apenas o A. refere a circunstância do conselho recebido do R. – em moldes distintos dos que avançara na pi – e, diga-se, de forma incompreensível com o restante alegado: tendo sido colocado na situação ruinosa por este R., iria ainda o A. procurar os conselhos deste para dela sair?

Já a posição da interveniente a este respeito – como no demais – é absolutamente irrelevante posto não ter demandado quem quer que seja, assumindo-se que o capital cabia integralmente ao A.

Improcede, assim, a pretendida alteração do facto.

Sobre se o A., em maio de 2011, não sabia que os seus € 50.000,00, haviam sido empregues na subscrição de ações perpétuas.

Veja-se que a sentença já contém enumeração de factos que se reportam a esta circunstância. Assim, o teor dos pontos 12 a 22.

Visando a demonstração desse facto a se, vale-se agora o A. do depoimento da testemunha F... e, na realidade, o depoimento desta permite considerar-se como provado o que consta de 13.º a 20.º da sentença: colocado perante a hipótese de trocar as obrigações por ações do Banco, o A. manifestou surpresa “porque não compreendia por que tinha de fazer a troca” (palavras da testemunha), “porque achava que tinha outro tipo de aplicação”, “porque pensava ter um depósito a prazo”. Resulta desta atitude do A. perante a testemunha em apreço mais do que ficou provado naqueles referidos pontos de facto?

A resposta é negativa e impede a procedência da alegação que, assim, se indefere.

Ponto 23.º dos factos provados.

Na decisão pela troca das obrigações pelas ações – matéria que, em si mesma, nada adianta relativamente ao fundo da causa, esta reportada ao momento em que foram subscritas as obrigações – a posição expressa no recurso é equívoca.

Pretendeu anteriormente o A. se desse como provado que a troca fora por si aceite por conselho do R. D.... Diz agora que, afinal, foi a funcionária que o atendeu em 2011 que lhe disse que era *melhor* aceitar sob pena de *perder de imediato o capital “investido”*, informação que o teria *esmagado* e deixado sem alternativas.

Esta forma de proceder dúbia do demandante seria suficiente para votar ao insucesso a pretensão recursiva também neste segmento.

Mas, em rigor, atendendo ao teor dos depoimentos claros das testemunhas F... e H..., pode bem afirmar-se estar afastado o que pretende o recorrente quando diz que “não lhe foi dada qualquer outra alternativa”.

A testemunha F... foi clara: tinham instruções do Banco para contactar os clientes e sugerir a oferta pública de troca (OPT), situação que o Banco, à partida, preferia, mas sendo os clientes livres de decidir, acontecendo terem alguns dos contactados optado por não trocar. Já o A. não aceitou a operação de imediato, tendo voltado posteriormente (por motivo que não lhes revelou) e manifestado a sua aceitação. Este depoimento foi coonestado pelo produzido por H....

Indefere-se, pois, o recurso nesta parte.

Se o Banco não recolheu junto do A. e mulher informação sobre as suas características, conhecimentos ou experiência em matéria de produtos e mercados financeiros; se não os informou de todas as vicissitudes e riscos envolvidos; se deve ser dado como provado ter o R. D... informado o A. que as obrigações perpétuas, ao cabo de dois anos, seriam recompradas pelo Banco ou transformadas num depósito a prazo, se se inverteu o ónus da prova da falsidade das assinaturas e se poderia concluir-se serem falsas.

Todas estas questões estão, afinal, interligadas e, por isso, são agora tratadas *in totum*.

De imediato – diga-se – vemos ser novamente incompreensível o que se pretende quando se invoca dever dar-se como provado *Na altura em que descreveu ao Autor as obrigações perpétuas, o Réu D..., disse-lhe o seguinte: a) o capital investido venceria durante os dois primeiros anos juros, pagos semestralmente, à taxa anual de cerca de 7%; b) no momento da subscrição o banco oferecia duas saídas ou hipóteses ao subscritor: i. ou recomprava a aplicação ao fim de dois anos; ii. ou a transformava num depósito a prazo indexado à Euribor.*

Desde logo, este facto não corresponde a qualquer alegação do A. e está em

contradição com o que mesmo alega.

Nunca se diz na pi. - e o A. também o nega nas suas declarações - ter sido dito pelo R. tratar-se de obrigações perpétuas. O A. fala sempre de uma *aplicação* (não de um depósito, menos ainda, a prazo, e menos ainda de obrigações perpétuas) – veja-se art. 5.º da pi. Sendo assim, alegando o A. ter-lhe sido omitida a informação de que se tratava de obrigações perpétuas (o A. nem sabia que existiam obrigações perpétuas – art. 46.º), como pode pretender agora, afinal, ver provado ter-lhe o R. D... *descrito obrigações perpétuas?*

Depois, segundo o mesmo A., tudo se passou através de um telefonema e nenhuma informação sobre a aplicação lhe foi dada (arts. 18.º, 19.º, 46.º, 47.º, 55.º da pi).

Menos, ainda, alegou o A. na pi que, ao cabo de dois anos, teria o subscritor à sua disposição esta ou aquela opção por tanto lhe haver sido informado.

Indefere-se, por isso, o pretendido quanto a este facto concreto.

A demonstração de que não foi apurado o nível de conhecimentos do *investidor* ou não foi transmitida informação sobre a aplicação.

O A. juntou aos autos diversos documentos (fls. 38 a 44) que comprovariam o conhecimento pelo A. e companheira do conteúdo do produto financeiro por si subscrito e, bem assim a tentativa do Banco em saber junto de ambos o respetivo grau de literacia financeira.

Nega o A. (e interveniente) a autoria das assinaturas que se lhe são imputadas e argui a sua falsidade.

Sendo falsos os documentos, depressa se chegaria à conclusão de não ter o Banco procedido de acordo com a legislação em vigor.

A quem incumbia demonstrar a falsidade destes documentos?

O A. invoca duas causas de pedir: uma ancorada no emprego do dolo para viciar a sua vontade negocial donde resultaria a anulabilidade do negócio de subscrição das obrigações por erro negocial; outra, não invalidaria o negócio, mas faria o Banco incorrer em responsabilidade civil contratual e na obrigação de indemnização decorrente da violação da obrigação de informação.

Numa e noutra das situações, a validade dos documentos é essencial à demonstração da causa de pedir ou a infirmá-la?

Fundando-se ambas na violação de um dever de informar, a alegação pelo R. de que informou (com a junção daqueles documentos) constitui matéria que a este cabe demonstrar.

Na verdade, poderia parecer das regras da distribuição do ónus da prova – arts. 340.º e ss. CC – que caberia ao A. a demonstração do facto negativo: que os RR. não prestaram informação acerca do produto.

Contudo, considerando a natureza dos interesses em causa e a desigualdade de armas entre as partes (de um lado, um cliente que, em regra, trata dos assuntos por si, sem intervenção de outras pessoas que possam testemunhar o que se passou; do outro, uma estrutura organizada em instituição financeira, dotada de inúmeros funcionários e recursos informáticos, documentais, etc...), parece inequívoco que a prova da prestação da informação será um facto impeditivo do direito do A., uma vez mostrada a lesão do seu interesse patrimonial[5].

A prestação da informação é um dos segmentos essenciais da posição do Banco no contrato estabelecido com o A., enquanto seu cliente e detentor de conta bancária. Tal dever de informar constitui uma das obrigações contratuais a cargo do Banco. Sendo assim, “a doutrina geralmente seguida entende que se a acção tem por finalidade exigir a responsabilidade civil emergente da falta de cumprimento do contrato – responsabilidade contratual – ao autor somente compete provar o nascimento da obrigação e ao réu, se pretender libertar-se da responsabilidade, deve provar a falta de culpa, isto é, que o não cumprimento da obrigação foi fortuito, consequência de um caso de força maior ou de facto alheio. Ou seja, o ónus de provar a realização da prestação, isto é, o cumprimento da obrigação ou a ausência de culpa no não cumprimento por qualquer das formas que este pode revestir, compete ao réu”[6].

Os documentos em causa nos autos (cujos originais não foram juntos pelo Banco R. para serem submetidos a perícia grafológica) são apenas uma das formas à disposição do Banco para demonstrar ter cumprido o dever de informar, mas sendo certo que, em matéria de informação bancária relativa a valores mobiliários, existem especiais exigências – escritas – de cumprimento do dever de informar.

Assim, estamos perante dois factos distintos:

- se o Banco informou o A.;

- se as assinaturas foram feitas pelo punho do A. e companheira.

A prova destes factos caberia ao Banco, e isto por força do disposto no art. 374.º, n.º 2 CC, sem necessidade de aludir a qualquer inversão do ónus da prova decorrente do

disposto nos arts. 430.º, 417.º, n.º 2 e 344.º, n.º 2 CC.

Ora, o Banco não demonstrou ter informado o A. nos termos constantes daqueles documentos.

Os documentos em causa são, assim, imprestáveis e isso justifica que se dê como não provado o que consta dos factos não provados em 1 a 9 e 12.

Dessa não prova, em sede de Direito, haverão de extrair-se as devidas conclusões.

Daí já não segue o demais pretendido pelo A., que o Banco nunca solicitou quaisquer dados a si ou à companheira para aferir dos seus conhecimentos.

Indefere-se, por isso, na totalidade o recurso quanto à alteração da matéria de facto.

Os factos provados e não provados a considerar para efeitos de conhecimento do recurso são os constantes em sentença de primeira instância aos quais acresce a alegação constante da contestação do R., não impugnada pelo A., segundo a qual o Banco depositou na conta do A. e na da interveniente, a quantia total de € 4.173,76[7], relativa a juros pela subscrição das obrigações perpétuas e a quantia de € 1.101,08.

De Direito

O A. invoca duas causas de pedir que concitam dois efeitos distintos.

A invalidade do negócio de aquisição das obrigações com base em erro sobre o objeto, agravado pelo dolo (arts. 251.º, 253.º e 254.º CC); e a violação contratual geradora de responsabilidade e obrigação de indemnizar.

A primeira das causas de pedir falece por ausência dos factos relativos à fraude apontada.

Não que se entenda não ter existido acordo de vontades entre A. e Banco para concretização da subscrição, como parece concluir a sentença.

Esse encontro de vontades está minimamente demonstrado nos factos provados em 4 e 6 a 11.

Com efeito, o A. quis algo. Ele próprio o afirma na pi: tomou como boa a sugestão do funcionário (art. 12.º), posto que este lhe referiu ser esta uma oportunidade a aproveitar (art. 13.º), concordando também com a realização da operação em duas tranches (arts. 14.º e 17.º).

Pelo que negócio existiu, mas não com a extensão e o objeto pressupostos pelo A. Resta apreciar da responsabilidade contratual.

Nesta parte da decisão, reproduzimos parte da fundamentação de direito que já consignámos no acórdão de 15.11.2018, proferido nesta Relação no âmbito do processo 5780/17.1P8PRT.P1:

As duas atividades do Banco R. assumem *facies* distintos:

- a atividade bancária, que surge reservada a Bancos, “intermediários financeiros que recolhem do público, especialmente das famílias, poupanças (disponibilidades monetárias), sob a forma de depósitos ou outros fundos reembolsáveis (...)”[8], sendo caracterizada por assentar na “indispensável (*relação de*) *confiança* do público na solvência, liquidez, rendibilidade e estabilidade do sistema bancário”[9].

- a atividade de investimento mobiliário, este dirigido à aquisição de títulos ou valores mobiliários (ações, obrigações ou outras participações), o qual constitui “uma alternativa à vista à intermediação bancária, por parte do público (detentor de excedentes monetários) disposto a correr de *per si* os correspondentes riscos económicos, *maxime* o risco de insolvência do emitente dos títulos adquiridos, na mira de benefícios ou réditos superiores à remuneração de depósitos bancários”[10].

A atividade bancária, em si mesma, encontra-se disciplinada por um conjunto de regras e princípios – o Direito Bancário – cujas fontes são amplas.

Desde a Constituição, cujo art. 101.º prescreve: *O sistema financeiro é estruturado por lei, de modo a garantir a formação, a captação e a segurança das poupanças, bem como a aplicação dos meios financeiros necessários ao desenvolvimento económico e social* (sublinhado nosso), à legislação nacional e comunitária, com especial relevo para o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (DL 298/92, de 31.12 - RGICSF), para o diploma relativo às cláusulas contratuais gerais (DL 446/85, de 25.10) e mesmo para o regime legal aplicável à defesa dos consumidores (L 24/96, de 31.7).

A relação entre o cliente e o Banco é tendencialmente duradoura. Como refere Menezes Cordeiro[11], “a relação bancária não se extingue pelo cumprimento, vai-se reforçando com ele. E, uma vez concluída, subsiste indefinidamente, podendo mesmo considerar-se tendencialmente perpétua. De tal forma assim é que pode afirmar-se que o contrato bancário constitui um típico contrato de salvaguarda de interesses (sublinhado nosso).

Ora, os consumidores de serviços financeiros constituem o cerne da atividade bancária. São os aforradores que suportam o sistema bancário, de tal forma que em 1986, a Comissão Europeia aprovou a Recomendação 87/63/CEE que visa a proteção

direta do aforrador para salvaguarda dos pequenos depósitos.

Depois, a Diretiva 94/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de março, definiu como princípio o da adesão obrigatória de todas as instituições de crédito a um sistema de garantia de depósitos para proteger minimamente os depositantes mais débeis (Diretiva transposta para o direito interno pelo DL 246/95, de 14.9, na altura prevendo até 25 mil euros por depositante).

A separação entre a banca comercial e a banca de investimento esbateu-se com o tempo, expandindo-se a banca para o mercado dos valores mobiliários, podendo realizar serviços de investimento e serviços auxiliares. Os Bancos passaram a realizar também *asset management*, negócios sobre valores mobiliários e outros instrumentos financeiros, desenvolvidos no Código de Valores Mobiliários como contratos de mediação financeira (art. 321.º e ss.).

É este o modelo europeu da banca universal, por contraposição ao modelo norte-americano de *investment banking* e de *commercial banking*[13].

Este alargamento da banca significou a necessidade de proteção dos pequenos aforradores não qualificados ou não profissionais que invistam as suas poupanças no mercado de capitais, o que veio a obter-se pela Diretiva 97/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de março de 1997, transposta para o direito interno pelo DL 222/99, de 22.6.

O Sistema de Indemnização aos Investidores protege os *investidores pequenos, não profissionais ou não qualificados*.

Mas, o sistema da banca universal não alterou o quadro dos deveres que impedem sobre os bancos, mormente do dever de informar, no contexto da relação bancária e da necessidade de proteção do consumidor.

Com efeito, a especial relevância dos padrões de comportamento no exercício da atividade bancária já fora enfatizada no preâmbulo do RGICSF: *A preocupação de fazer assentar cada vez mais a actuação das instituições de crédito e outras empresas financeiras em princípios de **ética profissional e regras que protejam de forma eficaz a posição do «consumidor» de serviços financeiros** não se manifesta apenas pela consagração expressa dos apontados deveres gerais de conduta e das demais normas referidas, mas explica ainda o incentivo que se pretende dar à elaboração de códigos deontológicos de conduta pelas associações representativas das entidades interessadas (artigo 77.º, n.os 2 a 4). Desta forma, a orientação que já consta do Código do Mercado de Valores Mobiliários, confinada aí às actividades de intermediação de valores mobiliários, é alargada às restantes actividades desenvolvidas pelas instituições de crédito e demais empresas financeiras* (sublinhado nosso).

É assim que, no Título VI se prevêem as regras de conduta aplicáveis à atividade bancária, agrupáveis em três categorias[14]:

- deveres de salvaguarda dos interesses dos clientes, onde deve primar a execução fiel dos atos e dos negócios que integrem a relação negocial;
- dever de informação, que salvaguarda as posições negociais assumidas pelas partes;
- dever de segredo profissional.

O dever de informação assume tal relevância que já se afirmou ser o direito bancário um *Direito de Informações*[15], sendo considerado mais do que um dever instrumental e acessório para passar a ser o objeto principal de muitas obrigações, manifestando-se em todos os estádios negociais, desde logo na fase preparatória dos contratos, envolvendo toda a matéria relativa ao objeto deste, aos aspetos conexos com o objeto, à perspetiva do desenvolvimento contratual e às condutas relevantes de terceiros.

Embora não seja já defensável o ideário francês da banca como uma *missão de serviço público*[16], a verdade é que em termos de deveres de informação, mesmo de responsabilidade pré-contratual, “a tendência actual vai no sentido de uma crescente intensificação de tais deveres, particularmente sob influência do pensamento da protecção do consumidor”[17], sendo necessário distinguir “entre o dever de responder por um falso conselho, aviso ou esclarecimento, que o banco tomou a iniciativa de prestar, e o de responder por uma simples omissão, isto é, pela não prestação de um esclarecimento ou conselho. Se, no primeiro caso, a regra é a da responsabilidade, no que concerne ao segundo a responsabilização do banco pressupõe a identificação de um dever jurídico de actuar, a implicar a consideração de circunstâncias particulares, pois não pode falar-se de um *genérico* dever de conselho, aviso ou esclarecimento das instituições bancárias (...). Particular atenção deverá ser dada, neste contexto, à circunstância de estar em causa um simples consumidor ou uma empresa que, no quadro da sua actividade, recorre normalmente aos serviços prestados pelas instituições bancárias (...). Na primeira hipótese, por seu lado, um papel fundamental na afirmação de um concreto dever do banco haverá seguramente que imputar-se à reconhecível inexperiência negocial ou falta de conhecimentos jurídicos do cliente

(...)"[18].

Quanto à noção de consumidor[19] na relação bancária, salienta-se a sua atuação do mercado para satisfação de necessidades *não profissionais*, dentro de uma estrutura negocial caracterizada como negócio jurídico de consumo.

Na verdade, os negócios bancários são negócios jurídicos de consumo[20], sempre que em face dos bancos se apresente um consumidor. Esta relação de consumo está, em geral, associada a um contrato de depósito bancário[21], mas não só, sendo aqui evidente "a maior debilidade de uma das partes da relação negocial (...)" posto que "em condições normais não se vislumbra que, como os bancos, possa pretender dominar a técnica, a nomenclatura e a gestão próprias das operações bancárias"[22]. Quer isto dizer que a conduta do banqueiro está balizada por dois fatores:

- por um elemento de ordem subjetiva: a desigualdade da sua posição, profissional do ramo, relativamente ao cliente que pode não ter experiência alguma quanto ao negócio que vai celebrar e, assim, confia na capacidade técnica e conhecimentos que lhe são transmitidos pelos funcionários;
- outro de cariz objetivo, centrada nas especificidades técnicas do negócio que se vai celebrar.

O dever de informação pode resultar do contrato celebrado, quando o negócio prevê a prestação de informações (art. 4.º, n.º 1, al. o) RFICSF) – será um dever de prestação principal ou secundária. Mas poderá ser um dever acessório no quadro da relação negocial, um dever de informação de base legal.

A fonte legal do dever de informação achava-se no RGICSF, ao tempo do negócio dos autos (2009), pulverizada por diversas normas:

O art. 73.º exigia dos bancos que assegurassem, em todas as atividades que exercessem, elevados níveis de competência técnica.

O art. 74.º impunha aos administradores e funcionários dos bancos diligência, lealdade e respeito consciencioso dos interesses que lhes estão confiados.

O art. 75.º incluía um dever de informação pouco desenvolvido, que remetia para o Banco de Portugal a densificação por meio de avisos.

O art. 76.º estabelecia a extensão do dever de diligência de todos os órgãos e funcionários dos bancos. Deveriam proceder no exercício das suas funções com a diligência de um gestor criterioso e ordenando, de acordo com o princípio da repartição de riscos e da segurança das aplicações, tendo em conta o interesse dos depositantes, dos investidores e demais credores.

Assim estabelecidos os deveres dos bancos na relação com os clientes, em qualquer contrato celebrado com estes estavam presentes tais vínculos, de modo que, em termos da obrigação de informar, bem se poderá dizer, como já acima se citou, que esta obrigação emergia da própria relação negocial como dever de prestar e não como simples dever acessório, não apenas como uma emanção da boa-fé negocial (art. 762.º, n.º 2). Se os deveres principais ou primários têm em vista a realização do fim da constituição do vínculo obrigacional, também parece certo que a informação ou o *know-how* de que dispõem os economistas, gestores e juristas, entre outros profissionais qualificados que a atividade bancária pressupõe, vai implícita na contratação que qualquer consumidor estabelece com um banco quando titula uma conta bancária. Isto é, o consumidor procura no funcionário bancário que lhe explique todas as circunstâncias que estão prefiguradas no contrato de depósito bancário: taxas de juros, remunerações, utilização de cartões, etc... E é confiando nestas informações que o cliente pauta a sua atuação, desde logo, contratando ou não com aquele banco ou com outro.

Também o diploma relativo à defesa do consumidor exige que o prestador de serviços informe o consumidor com clareza, de forma objetiva e adequada.

O art. 8.º, na redação então vigente, era claro:

1 - O fornecedor de bens ou prestador de serviços deve, tanto nas negociações como na celebração de um contrato, informar de forma clara, objectiva e adequada o consumidor, nomeadamente, sobre características, composição e preço do bem ou serviço, bem como sobre o período de vigência do contrato, garantias, prazos de entrega e assistência após o negócio jurídico.

(...)

5 - O fornecedor de bens ou o prestador de serviços que viole o dever de informar responde pelos danos que causar ao consumidor, sendo solidariamente responsáveis os demais intervenientes na cadeia da produção à distribuição que hajam igualmente violado o dever de informação.

(...)

De igual modo a atividade de intermediação financeira se pauta por um conjunto de regras que partem do dever geral de informação[23].

Já em obra publicada em 2001, escrevia-se a respeito do regime de protecção dos investidores, que a “transparência informativa é (...) o pilar básico sobre o qual assentam as decisões dos investidores”[24], chamando a atenção para a particular influência que exerce sobre o investidor não qualificado português o gestor de conta, relação onde tem especial relevo o art. 304.º, n.º1 CVM (redacção então vigente), que impõe ao intermediário financeiro “um especial dever de proteger os interesses” dos clientes.

Para além daquele normativo, também eram significativos os arts. 312.º[25] (*deveres de informação*) e 323.º[26] (*deveres de informação*). Também os arts. 38.º[27] (*informação sobre o intermediário financeiro*) e 39.º[28] (*outras informações prévias*) do Regulamento da CMVM n.º 12/2000[29], de 23.2.

Decorre de todos estes normativos ter-se o legislador preocupado não apenas com a extensão da informação a prestar, mas igualmente com o grau de pormenorização da mesma de acordo com o conhecimento e experiência do cliente – é a chamada regra da *proporcionalidade inversa* que obriga o intermediário a conhecer bem o cliente (*know your cliente rule*)[30] e que se consubstancia num dever de adequar o serviço prestado ao perfil do cliente que também já resultava do art. 304.º, n.º 3 do CVM. Este dever de assegurar a adequação do serviço ao perfil do cliente (*suitability*) já resultava da transposição da Directiva 93/22/CEE relativa aos serviços de investimento no domínio dos valores mobiliários [31].

O dever de informação assim exaustivamente conformado pode considerar-se um dever de conduta secundário de prestação e não um dever acessório[32], ainda que *funcionalizado à prestação principal*, mas com “relevância na relação obrigacional para, em termos de autonomia e de influência sobre a prossecução dos interesse-se do credor (cliente), justificar, por exemplo, a aplicação dos meios de reacção perante o não cumprimento, com uma configuração legal e regulamentar diferente por se tratar de uma relação de intermediação financeira[33], relação que, por força da lei, em caso de incumprimento, assume um matiz especial.

Com efeito, “uma análise do conteúdo desta relação obrigacional complexa permite surpreender, de um lado, os deveres de prestação – principais (ou primários) e secundários (Leistungspflichten) – e, de outro lado, os deveres laterais (Nebenpflichten)”. Enquanto os primeiros definem o plano contratual, derivando da vontade das partes, os segundos determinam-se através da concretização, durante a vigência daquele plano, do princípio da boa-fé, plasmado no art. 762.º, 2, impondo às partes uma atuação honesta, correta e leal[34].

Os deveres laterais podem surgir, também, antes ou depois da extinção da relação obrigacional simples (deveres pré-contratuais e pós-contratuais) e, inclusivamente, podem tutelar a integridade de sujeitos alheios ao contrato (contrato com eficácia de protecção para terceiros)

Em regra, os deveres de informação são deveres laterais.

Porém, atentos os contornos particulares dos regimes legais relativos aos bancos e sua intervenção no mercado dos valores mobiliários, a informação surge como um ponto crucial do cumprimento da prestação principal, de tal forma que, não obstante formalmente cumprida pelo banco a prestação principal, a omissão da informação ou a informação deficiente constitui um incumprimento ou um cumprimento defeituoso daquela prestação.

No caso que nos ocupa, o A. era cliente do Banco R. por ser titular de uma conta à ordem e foi por causa dessa relação cliente/Banco, no contexto da atividade bancária, que o mesmo Banco pôde apresentar-lhe produtos cuja comercialização defluía de uma outra sua atividade, a de comercialização de valores mobiliários.

Tratou-se da aquisição de instrumentos mobiliários, obrigações ou *bonds*, *valores mobiliários representativos de direitos de crédito*, previstos no art. 1.º b) do CVM e disciplinados nos arts. 348.º[35] e ss. do CSC, as quais constituem um modo de financiamento empresarial e podem conferir direito a reembolso e juros, ou não (*perpetual bonds* e *zerobonds*[36]).

Parece-nos evidente que a relação de confiança que se estabelece entre um aforrador, simples consumidor privado, e o seu banco, não será a mesma que intercede entre alguém que procura investir os seus excedentes monetários e está disposto a correr riscos económicos.

Porém, para que surja a obrigação de indemnizar mesmo por força da omissão de informações, é necessário que ocorra um ato (ou omissão, caso em que se exige o correspondente dever de agir – art. 486.º do Código Civil), dominável por uma vontade livre que se revele antijurídica, isto é, que viole direitos de outrem ou uma disposição legal destinada a proteger interesses de terceiro, decorrendo dano causalmente ligado ao ato.

Na responsabilidade contratual do intermediário financeiro e do Banco enquanto

instituição que oferece a subscrição de valores mobiliários, a ilicitude resulta da desconformidade do seu comportamento com as obrigações que sobre si impendem, quando é certo que a lei impõe ao Banco e ao intermediário financeiro uma conduta profissional diligente, leal e transparente. É esta prestação – mas não só - que é devida pelos Bancos e pelos intermediários. Caso a não cumpram, violam uma prestação contratual e não um mero dever acessório.

É exatamente colocando acento tónico na violação do dever de informação enquanto violação de norma de conduta por parte do Banco e do intermediário financeiro, que a jurisprudência alemã acolhe a responsabilidade contratual oriunda de um dever de aconselhamento por banda daquele[37].

Em virtude desse dever de informação, ao tempo dos factos dos autos, já o art. 134.º CVM exigia que todas as ofertas públicas relativas a valores mobiliários fossem precedidas da divulgação de um prospecto, prevendo o art. 135.º exigências especial quanto a tal prospecto:

1 - O prospecto deve conter informação completa, verdadeira, actual, clara, objectiva e lícita, que permita aos destinatários formar juízos fundados sobre a oferta, os valores mobiliários que dela são objecto e os direitos que lhe são inerentes e sobre a situação patrimonial, económica e financeira do emitente.

2 - As previsões relativas à evolução da actividade e dos resultados do emitente bem como à evolução dos preços dos valores mobiliários que são objecto da oferta devem:

- a) Ser claras e objectivas;
- b) Basear-se em informações dotadas das características referidas no número anterior e reveladas no prospecto;
- c) Apoiar-se em opinião de auditor sobre os pressupostos, os critérios utilizados e a sua coerência com as previsões.

Por sua vez, o art. 149.º previa:

São responsáveis pelos danos causados pela desconformidade do conteúdo do prospecto com o disposto no artigo 135.º, salvo se provarem que agiram sem culpa:

a) O oferente; b) Os titulares do órgão de administração do oferente; c) O emitente; d) Os titulares do órgão de administração do emitente; e) Os promotores, no caso de oferta de subscrição para a constituição de sociedade; f) Os titulares do órgão de fiscalização, as sociedades de revisores oficiais de contas, os revisores oficiais de contas e outras pessoas que tenham certificado ou, de qualquer outro modo, apreciado os documentos de prestação de contas em que o prospecto se baseia; g) Os intermediários financeiros encarregados da assistência à oferta; h) As demais pessoas que aceitem ser nomeadas no prospecto como responsáveis por qualquer informação, previsão ou estudo que nele se inclua.

2 - A culpa é apreciada de acordo com elevados padrões de diligência profissional.

3 - A responsabilidade é excluída se alguma das pessoas referidas no n.º 1 provar que o destinatário tinha ou devia ter conhecimento da deficiência de conteúdo do prospecto à data da emissão da sua declaração contratual ou em momento em que a respectiva revogação ainda era possível.

O prospecto, enquanto forma de efetiva proteção informativa dos destinatários, tem (tinha também na época) de ser sujeito à aprovação da CMVM (art. 140.º, n.º3 e 236.º CVM).

A falta de prospeto ou a sua insuficiente informação é já em si um facto ilícito e origina em si uma obrigação de indemnizar[38].

O mesmo se diga para a actividade do banco, como acima vimos.

Do incumprimento destes deveres específicos de conduta profissional que redundam em informação clara e cabal resulta o incumprimento da obrigação, o qual será um incumprimento definitivo quando sucede, como aqui ocorre, impossibilidade de cumprimento (arts. 798.º e 801.º CC).

Por se tratar de responsabilidade contratual, a culpa (censura pelo facto de o Banco não ter desenvolvido a conduta correta) presume-se (art. 799.º CC e, no caso dos prospectos, 135.º CVM).

O critério de aferição da culpa contratual, nestes casos, não é o do simples *bonus parter familias* (art. 487.º, n.º2, *ex vi* 799.º, n.º 2 CC), mas um critério especial (*diligentissimus pater familias* ou *culpa profissional*[39]) que resulta do já citado n.º 2 do art. 304.º: *Nas relações com todos os intervenientes no mercado, os intermediários financeiros devem observar os ditames da boa-fé, de acordo com elevados padrões de diligência, lealdade e transparência*, e também do art. 149.º, n.º 2 CVM (que estabelece *A culpa é apreciada de acordo com elevados padrões de diligência profissional*).

Pode mesmo afirmar-se que “relativamente aos intermediários financeiros, a diligência informativa respeitante ao conteúdo do prospecto é de grau equiparável à diligência elevada que, em toda a actividade profissional, o intermediário deve revelar nas relações com todos os intervenientes no mercado – e, em particular, nas relações com

os seus clientes, consoante dispõe o n.º 2 do art. 304.º (que se refere aos “*elevados padrões de diligência, lealdade e transparência*”)[40].

Verificando o requisito do dano, entendendo-se este modernamente como “diminuição de uma situação favorável que estava protegida pelo ordenamento”[41], são indemnizáveis todos os danos patrimoniais e não patrimoniais, pelo interesse contratual positivo, pelos lucros cessantes e danos emergentes. Sendo certo que, em caso de violação do dever de informação já não se exige a reparação *in natura*, havendo que entregar uma quantia em dinheiro que corresponda ao valor dos danos, nos termos do art. 566.º, n.º2, CC.

O art. 152.º CVM alude à indemnização pelo interesse contratual positivo: **A indemnização deve colocar o lesado na exacta situação em que estaria se, no momento da aquisição ou da alienação dos valores mobiliários, o conteúdo do prospecto estivesse conforme com o disposto no artigo 135.º.**

Finalmente, o requisito da causalidade adequada.

Em oposição à teoria instalada, da equivalência das condições (teoria da *conditio sine qua non*), formulou-se, na Alemanha oitocentista, a teoria subjetiva da causalidade adequada, segundo a qual não basta que um facto seja condição de um dano para se considerar causa dele, sendo necessário que se trate de uma condição tal que provoque o mesmo resultado, como consequência normal e adequada[43].

Ao contrário da teoria da equivalência das condições, na causalidade adequada a “causa” é estabelecida em abstrato e não em concreto, sendo necessário que o julgador retroaja mentalmente até ao momento da ação ou da omissão para verificar se esta era ou não adequada a produzir o dano (juízo de “prognose póstuma”).

Ora bem, é para a teoria da causalidade adequada que parece apontar a formulação do art. 563.º do Código Civil[44]. Todavia, o estabelecimento do nexo causal não tem de cingir-se aos parâmetros estreitos desta teoria e, não obstante ser essa a solução que parece decorrer da letra da lei (“*provavelmente não teria sofrido*”), a verdade é que não estão afastadas outras formulações.

Após criticar a teoria da causalidade adequada, Menezes Cordeiro[45] refere-se à teoria do escopo da norma violada (também conhecida por teoria da relatividade aquiliana) como sendo o meio idóneo de resolução de casos de fronteira[46].

Esta teoria funda-se no pressuposto de que não é possível individualizar um critério único e válido para aferir o nexo causal em todas as hipóteses de responsabilidade civil, propondo que o intérprete atenda à função da norma violada, para verificar se o evento danoso recai no seu âmbito de proteção. De modo que, quando o ilícito consiste na violação de regra imposta com o escopo de evitar a criação de um risco irrazoável, a responsabilidade estende-se somente aos eventos danosos que sejam resultado do risco em consideração do qual a conduta é proibida[47].

Assim, para Menezes Cordeiro[48], no campo da responsabilidade civil, “tudo quanto tenha a ver com omissões, com normas de proteção e com deveres do tráfego tem um enquadramento causal fácil, à luz do escopo das normas em presença”[49].

Também Menezes Leitão[50] defende a teoria do escopo da norma violada, referindo, por exemplo: “Já a teoria do escopo da norma violada defende, pelo contrário, que para o estabelecimento do nexo de causalidade é apenas necessário averiguar se os danos que resultaram do facto correspondem à frustração das utilidades que a norma visava conferir ao sujeito através do direito subjetivo ou da norma de proteção. Assim, a questão da determinação do nexo de causalidade acaba por se reconduzir a um problema de interpretação do conteúdo e fim específico da norma que serviu de base à imputação dos danos (...). Efetivamente a obrigação de reparar os danos causados constitui uma consequência jurídica de uma norma relativa à imputação de danos, o que implica que a averiguação do nexo de causalidade apenas se possa fazer a partir da determinação do fim específico e do âmbito de proteção da norma que determina essa consequência jurídica”.

Por outro lado, mesmo a causalidade adequada não afasta a causalidade mediata ou indireta, ocorrendo esta quando o facto não produz o dano, mas desencadeia ou proporciona outro facto que leva à verificação daquele[51].

Modernamente, em sede de responsabilidade civil médica, por exemplo, fala-se em *dano injusto*, no sentido proposto pelo art. 24.º da Convenção de Oviedo: *A pessoa que tenha sofrido um dano injustificado resultante de uma intervenção tem direito a uma reparação equitativa nas condições e de acordo com as modalidades previstas na lei.*[52]

Colocado o nexo causal deste jeito, logo se verifica que existe um nexo causal entre a perda verificada – não reembolso do valor entregue – e o não cumprimento do dever de informação.

O lesado não terá de fazer prova de que não teria efectuado a operação, caso tivesse

tido cabal conhecimento da natureza do produto em causa, posto que o que está em causa é a livre formação da vontade de negociar e essa foi definitivamente afetada[53]. Do quadro exposto, resulta *in casu* demonstrada a responsabilidade civil contratual por ato do funcionário do balcão onde o autor era cliente (art. 800.º CC), posto que a subscrição de obrigações perpétuas pelo autor foi feita sem informação cabal e objetiva sobre a natureza e características do produto financeiro em causa.

Com efeito, não demonstrou o Banco ter cumprido tal obrigação, resultando como provado apenas que o funcionário, aqui R., referiu tratar-se de uma oportunidade de investir numa aplicação (ponto 4.º dos factos assentes), não tendo demonstrado ter informado todas as demais características das obrigações perpétuas, mormente com exibição do prospeto, uma vez que se deu como não provado que o funcionário bancário tenha explicado ao A. *as características do investimento e o risco de perda de capital como contrapartida da atractividade da taxa de juro e da sua liquidez*; explicado *que se tratava de um investimento não reembolsável, salvo decisão do próprio Banco depois de decorridos cinco anos*; explicado *que a rentabilidade e a liquidez compensavam o risco de perda de capital*; e lhe tenha apresentado *os documentos juntos com a petição para que eles apusessem as cruzes do preenchimento no lugar próprio de pessoas não profissionais habilitadas a transaccionar instrumentos financeiros complexos*.

Desde logo não foi feita prova de ter sido entregue ao A. qualquer documentação, mormente o prospeto que a lei dos valores mobiliários postula para salvaguarda dos interesses dos consumidores deste tipo de produtos financeiros, o que é suficiente para vislumbrar o incumprimento de normas (todas as relativas à informação) que visam aquela salvaguarda (cfr. 2.ª parte do n.º 1 do art. 483.º CC).

Investir em obrigações, *bonds*, não é uma operação financeira tão habitual que qualquer cliente bancário esteja em posição de, *a priori*, decifrar o que está envolvido na expressão *obrigações*. Mesmo um jurista não versado em direito comercial terá nítida dificuldade em vislumbrar de imediato todo o regime complexo das Obrigações e as diversas cambiantes que envolve. Será demasiado redutor e alheio à realidade da vida pensar que uma *Obrigação* é um produto financeiro simples.

Ademais, não está demonstrado que o A. faça da atividade de investimento mobiliário a sua prática profissional, sendo, por isso, um *consumidor* financeiro.

Qualquer consumidor ou investidor não profissional, colocado na mesma situação do autor – sobretudo quando se sabe que o grau de diligência informativa que cabe ao operador bancário e ao intermediário financeiro assume graus elevadíssimos -, deveria ser informado de que se não tratava de um investimento *tout court*, mas sim de um produto mobiliário que consiste, no fundo, no financiamento da atividade bancária, sem retorno do valor empregue, que o valor não era reembolsável, que podia ser usado unilateralmente pelo Banco para cobrir os seus próprios prejuízos, etc...

Sequer o rendimento elevado[54] ou o recebimento periódico do extracto são aptos a tornar o consumidor não profissional num consumidor profissional que não necessitasse de ser elucidado da natureza do produto em causa, sendo que nada resulta quanto ao cumprimento pelo banco da regra da proporcionalidade inversa: o dever de adequar o serviço ao *know-how* do cliente.

Cabia, pois, ao Banco o ónus de alegar e demonstrar a *suitability*, ou seja, a adequação da conduta do funcionário ao perfil deste cliente concreto[55], o que não fez.

Temos, assim, verificados os requisitos da responsabilidade civil contratual do banco. Aqui chegados, há que verificar que sempre nos referimos à responsabilidade do R. Banco, este interlocutor negocial do A. Não ao R., pessoa singular que atuou no interesse e por conta daquele, não sendo de lhe imputar qualquer responsabilidade extracontratual (mormente por burla, como indicaria a pi) e, por via disso, a responsabilidade contratual caberá ao primeiro e não ao segundo, nos termos do art. 800.º CC.

A sentença não conheceu destes aspetos, mas paralisou a pretensão da demanda (quer a de anulação do negócio e de conseqüente restituição do prestado, quer a pretensão indemnizatória) por alegado abuso de direito por parte do A., na sua forma de *venire contra factum proprium*.

Extraíu esta conclusão do seguinte:

(...) quando em 2011 o C... decidiu lançar uma Oferta Pública de Troca (OPT) tendo por objecto trocar os Valores Mobiliários Perpétuos Subordinados com Juros Condicionados colocados no mercado por acções do próprio Banco e os demandantes foram confrontados com a referida oferta de troca, estes, após analisar a proposta, decidiram, em 5 de Maio de 2011, aceitá-la, tendo recebido cada um 40.000 acções do C....

A operação de troca ocorreu no Balcão onde estavam domiciliadas as contas

bancárias a que os investimentos ficaram associados, identificadas no início desta defesa, tendo sido, na circunstância, intermediada pela funcionária D. F..., e culminou com a assinatura por ambos dos documentos respectivos.

Por ocasião da aceitação da oferta de troca nem o Autor ou a E... puseram em causa o investimento feito em 2009 com a subscrição dos Valores Mobiliários, manifestando interesse em manter na sua titularidade as Obrigações Perpétuas Subordinadas com Juros Condicionados (atenta a elevada rentabilidade do produto) ou exigindo a devolução das quantias investidas.

Na verdade, os demandantes, após reflexão, decidiram agir como se aceitassem como boa a subscrição de Obrigações Perpétuas (que alegam nunca ter realizado) e efectuar a troca por acções, conforme lhe foi proposto pelo Banco Réu. Assim, a pretensão formulada nesta acção de ser declarada a nulidade da aquisição das obrigações perpétuas emitidas pelo Banco Réu, decorridos mais de três anos sobre a integração daqueles produtos financeiros no seu património (como constava dos extracto de conta recebidos pelos demandantes) e, após terem livremente acordado trocá-los por outro produto de rentabilidade volátil, afigura-se como uma conduta contraditória com a postura anteriormente assumida, e que certamente criou no outro contraente a convicção que a relação contratual estabelecida não padecia de qualquer vício, e correspondia à vontade livre e informada de ambas as partes.

Esta actuação dos demandantes pode reconduzir-se à figura do abuso de direito na modalidade de "venire contra factum proprium", e como tal a pretensão formulada pelos demandantes na presente acção, por abusiva, não deve proceder.

A troca das obrigações pelas acções, dois anos após o incumprimento contratual pelo Banco, constitui motivo para paralisar o direito indemnizatório por se tratar de um abuso de direito?

Delineemos em primeiro lugar o espectro do instituto do abuso de direito para depois syndicar da sua pertinência normativo-reguladora dos interesses em causa.

Estabelece o art. 334.º CC: *É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.*

Deste normativo resulta que qualquer direito subjetivo não poderá ser exercido sem a observância de regras de utilização que constituem simultaneamente os seus limites de imanência interna e que o relativiza reconvertendo-o ao sentido global de racionalidade de todo o sistema jurídico.

É o que sucede com o chamado abuso de direito, princípio geral que entre nós mereceu positivação legal e que hoje já não se confunde com a ancestral teoria dos atos emulativos segundo a qual seria ilegítimo o exercício de um direito quando o seu titular apenas visasse lesar interesses de outrem. Exprime-se atualmente pela ideia de que *cada direito só é elaborado ou tutelado pela ordem jurídica para certo interesse (v.g. Santoro-Passarelli), ou para certo fim socialmente relevante (v.g. Josserand), ou de há-de obedecer, no seu exercício, a uma norma implícita ou explícita de correcção, de lealdade, de moralidade, a uma lei acima da lei (...entre nós Vaz Serra e Manuel de Andrade...), ou ainda de que ele é "uma intenção normativa que apenas subsiste na sua validade jurídica enquanto cumpre concretamente o fundamento axiológico-normativo que a constitui*[56].

O controlo do exercício da autodeterminação do direito subjetivo não se esgota no jogo do abuso de direito, mas faz apelo a outras "normas em branco", como sejam a *boa-fé* e os *bons costumes*, princípios cogentes que, contudo, se fazem entrar geralmente na definição do que é abuso de direito, caracterizando-se este como "o exercício do poder formal realmente conferido pela ordem jurídica a certa pessoa, mas em aberta contradição, seja como o fim (económico ou social a que esse poder se encontra adstrito), seja com o condicionalismo ético-jurídico (boa-fé, bons costumes) que, em cada época histórica, envolve o seu reconhecimento"[57].

É, aliás, esse o conteúdo que lhe é reconhecido no mencionado art. 334.º C.C.. Densificando um pouco mais o conceito de abuso de direito, veremos que ele se concretiza, em regra, em três situações diferentes.

1. A primeira respeita às situações de clássica atuação emulativa: o exercício gratuito do direito com o único e manifesto propósito de negar interesses dos outros, revelando-se, em contrapartida uma falta de interesse objetivo para o exercente.
2. A segunda quando o exercente visa a afirmação de interesses próprios mas em que se patenteia uma lesão ponderosa (mas de todo escusada) de interesse alheio (ainda que não dolosa).
3. Por último, conclui-se existir abuso de direito sempre que se atuam direitos aos quais não está associada qualquer vantagem real para o seu titular mas em que a atuação se projeta externamente constituindo (ainda que não intencionalmente) desvantagem para outrem[58].

Destarte, o que há que averiguar, em cada caso concreto, é se a prossecução do direito subjetivo há-de ser indiferente aos prejuízos que resultem para terceiros e se o agente pode prosseguir tal móbil impunemente apesar de tais prejuízos laterais. Isto sem curar de averiguar se o prejuízo se verifica efetivamente, bastando a previsibilidade da sua ocorrência e relevando a efetiva produção do bem apenas em sede de indemnização, que não é, como consabido, a sanção primordial do exercício abusivo do direito. Essa sanção é, pura e simplesmente a ilegitimidade do direito e o seu não reconhecimento pela ordem jurídica na parte em que se revele ilegítimo.

Uma das modalidades do exercício abusivo de um direito é o *venire contra factum proprium*. Nesta situação, o exercente adota pelo menos duas condutas, lícitas entre si e diferidas no tempo, mas que são diretamente contraditórias.[59]

«Para que se esteja perante abuso do direito é necessário que o agente tenha criado na contraparte confiança em sentido objetivo: a contraparte, colocada na posição de confiante razoável, confiou, aderiu ao facto gerador de confiança, adotando determinadas condutas. O *venire* poderá ser positivo, criando a convicção de que não vai praticar determinado ato e depois pratica-o, ou negativo, quando o agente indica que adotará uma conduta e depois não o faz. Em regra, o *venire* negativo consiste na invocação abusiva de nulidades materiais e outras invalidades. O agente anuncia uma conduta, por exemplo cumprimento de um contrato nulo, e depois não a pratica, invocando a nulidade.

A ordem jurídica intervém e limita a autonomia privada apenas quando alguém é favorecido. O recurso ao *venire contra factum proprium* não poderá distanciar-se desta regra e portanto, tem de ter na sua base uma justificação. A doutrina maioritária invoca a tutela da confiança. O Direito permite que um sujeito adote condutas que se contrariem, sem que tenha de se vincular juridicamente às mesmas. Contudo, quando se está perante um *factum* suscetível de gerar confiança e outrem confia efetivamente nele, haverá abuso do direito quando se verifique o *venire*»[60].

Na situação dos autos, em maio de 2011, já nascera na esfera jurídica do A. o direito a indemnização pelo incumprimento do R., posto ter aquele efetuado uma aplicação financeira de elevado risco sem conhecer a natureza do produto em causa. A sua liberdade contratual foi, deste modo, afetada e existe uma diminuição objetiva na sua situação patrimonial: a que corresponde à diferença entre o valor que aplicou e o que tem atualmente.

A teoria da diferença opera contabilizando os dois momentos: quanto tinha o A. antes do incumprimento contratual pelo Banco e com quanto ficou após aquele.

Ora, em maio de 2011, o A. criou no Banco R. a convicção de que, trocando as obrigações por ações estaria a renunciar a eventual indemnização que lhe coubesse por força do dito incumprimento contratual?

Dos factos provados não ressalta tal conclusão.

Apenas está provado que, nessa época, não por iniciativa sua, mas por iniciativa do Banco, foi o A. chamado ao mesmo balcão onde subscrevera obrigações sem obter do Banco qualquer informação e, aí, confrontado com a situação, manifestou a sua surpresa.

Os factos constantes dos pontos 13 e 16 a 24 são eloquentes da situação.

O A disse mesmo que, a existir documento que contivesse a sua assinatura ou a da sua companheira, se trataria de documento falso.

Perante esta alegação, o que fez a contraparte contratual? Informou o A. que o *melhor seria o A. e a sua companheira aceitarem a troca* (ponto 23).

Cabe questionar: melhor porquê ou para quem?

Não pretendia o Banco, certamente, com esta atuação negocial obter uma renúncia tácita do A. a qualquer posição jurídico-subjetiva que lhe coubesse por força de anterior incumprimento negocial que lhe viesse a ser imputado, pensamos.

Não resultando da troca das obrigações pelas ações a reposição do A. na exata situação em que se encontrava antes de efetuar uma operação de risco sem informação, como afirmar que o *melhor* seria essa opção?

Alguém que é confrontado com um prejuízo considerável causado pela outra parte e obtém desta um conselho (técnico, atenta a qualidade em que intervém o Banco nestes assuntos) para que o minore em termos mínimos, atua de forma abusiva quando, depois, pretende recuperar o resto do prejuízo?

A resposta não pode ser senão negativa.

Uma parte que objetivamente prejudica a outra em milhares de euros não poderá invocar qualquer investimento de confiança perante a atuação da outra parte quando esta aceita minorar o prejuízo em termos ainda muito desvantajosos para si e, depois, lhe pede que a compense do restante.

Creemos estar definitivamente afastado o abuso de direito na citada modalidade.

Resta apurar do valor indemnizatório.

Afastamos, como vimos a responsabilidade do R. pessoa singular, relativamente ao qual se mantém a absolvição decretada em primeira instância, embora por distintas razões.

O valor devido ao A. é o correspondente à diferença que, na data em que ao mesmo o Banco entregar o conteúdo indemnizatório, corresponda à situação patrimonial que tinha em 2009, € 50.000,00, deduzido o que lhe pagou o Banco em função do negócio de subscrição de ações (os juros que lhe foram pagos semestralmente e valor correspondente à venda dos direitos aquando da troca pelas ações, no montante total de € 5.275,84), acresce o valor das ações atualmente detidas pelo A. (e interveniente), valorizadas à cotação devida na altura do pagamento da indemnização pelo R. Aqui chegados, vemos que o valor indemnizatório cabe por inteiro ao A., posto que a intervenção da interveniente foi apenas formal, tendo sido utilizada a sua conta bancária para onde foi transferido o capital do A. Do mesmo modo, é ao valor indemnizatório subtraído tudo quanto foi depositado pelo Banco naquelas duas contas, operações formais que, em rigor, se destinaram apenas ao A.

Assim, a reconvenção não procede, não porque esse valor não haja de ser descontado, mas sim porque, ao invés de compensação, se trata este desconto de uma das operações a efetuar para lograr prosseguir a teoria da diferença a qual se aplica ao apurar a indemnização devida, assim levando à procedência apenas parcial do pedido do A. Impõe-se, por isso, absolver também a interveniente do pedido reconvenicional.

Levar a teoria da diferença às últimas consequência pressupõe que ao valor apurado venha ainda a descontar-se o valor das ações detidas por A. e interveniente (esta apenas titular formal) e adquiridas em maio de 2011, considerando a cotação vigente ao tempo do pagamento da indemnização pelo Banco R.

DISPOSITIVO

Pelo exposto, julga-se o recurso procedente e, em consequência, revoga-se a sentença recorrida, mantendo a absolvição do pedido do R. D... e julgando-se parcialmente procedente o pedido do A., condenando-se o Banco R. a pagar-lhe uma indemnização que se fixa provisoriamente em € 44.724,16, valor que deverá ser deduzido da cotação que as 80.000 ações adquiridas pelo A. e interveniente em maio de 2011 tiveram ao tempo do pagamento.

Julga-se improcedente a reconvenção dela se absolvendo os reconvidos.

Custas pelas partes na proporção do decaimento.

N.

Porto, 3.6.2019
Fernanda Almeida
António Eleutério
Isabel São Pedro Soeiro

[1] Omitidos na sentença os pontos 14 e 15.

[2] Colocamos entre parêntesis retos o que se nos afigura ter sido apenas o resultado da cópia do facto alegado no articulado, mas sem a ilustração que consta do art. 76.º da pi, do qual resultou este facto. Mais se consigna estar repetido a indicação do n.º 25 dos factos (não o respetivo conteúdo).

[3] Cfr. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA EDUCATIVO, disponível em <file:///C:/Users/mj01710.JUSTICA/Downloads/historia.pdf>

[4] O primeiro dos pontos com indicação de 25.

[5] À semelhança do que sucede para a demonstração da prestação da informação médica e da recolha do consentimento informado do paciente, em sede de responsabilidade civil médica. Veja-se, a este respeito, Bruna Prinzo, A Prova da Responsabilidade Médica, Dissertação de Mestrado para a FDUL, 2017: *a doutrina processualista continental, existente em países como a Áustria, Alemanha, França, Itália, Espanha e até Portugal, acompanhada pela jurisprudência desses países, tem vindo a atribuir esse ónus ao profissional de saúde, com base (i) na impossibilidade de prova de um facto negativo; (ii) em consistir numa causa de justificação que exclui a ilicitude da violação da integridade física do paciente, conforme já analisamos anteriormente, logo tratando-se de um facto impeditivo do direito; (iii) na ideia de igualdade de armas no processo, encarando o médico como um “perito” nestas matérias, por oposição ao paciente, que tende a ser um leigo. Neste sentido, a jurisprudência nacional tem-se inclinado de forma constante por atribuir ao médico o ónus de demonstrar que obteve o consentimento do paciente para realização da intervenção. (...) O ónus da prova da prestação da informação caberá também ao médico, na medida em que o consentimento do paciente pressupõe que lhe tenha sido*

prestada a informação necessária para tal. Assim, a prestação da informação é condição da validade do consentimento, e a validade do consentimento é condição da licitude da intervenção efetuada, de tal maneira que, alegando o paciente que o médico é Acresce ainda que, na posição do paciente, a prova de que algo não aconteceu, que não foi prestada a informação ou que não foi conferido o consentimento, é aquilo a que se chama a prova de um fato negativo e que neste caso concreto da responsabilidade médica por violação do consentimento informado, muito dificilmente poderão ser demonstrados estes factos através da prova de factos positivos em sentido contrário, por exemplo, o eventual dissentimento expresso do paciente. No limite, atribuir-lhe este ónus poderia significar onerá-lo com a prova de algo cuja prova na prática é impossível, algo a que a doutrina atribui a designação de probatio diabólica. A dificuldade de produzir prova, por si só não é procedente para que exista uma distribuição da prova diferente daquela que está legalmente consagrada. Visto que as regras de distribuição do ónus da prova, conforme previstas no Código Civil, não permitem que a sua distribuição entre as partes tenha em conta este fator. Apesar de tudo a Lei prevê um conjunto de princípios que deverão de ser informadores do julgador quando está perante factos controvertidos, em que será necessária, para os enquadrar, prova de difícil produção; por via do princípio do equilíbrio processual, e até os princípios constitucionais do acesso ao direito e do direito a uma tutela jurisdicional efetiva. Ou seja, exige-se do julgador uma consciência efetiva de cada elemento probatório, sua dificuldade de obtenção ou análise e um maior e mais profundo exame crítico às factos e evidências técnicas que não consegue, por si só, enquadrar. De facto, a jurisprudência não ignora as dificuldades de prova associadas a este tema para o médico, pelo que perante um caso em que a intervenção não revele 61 riscos graves e sérios, pelo contrário, a não realização desta mesma é que seria causa de tais riscos, considerou-se verificado, cabendo ao paciente demonstrar a sua inexistência.¹⁴⁵ Ainda assim, diga-se mais uma vez dada a sua importância, que a adoção de um critério que onere excessivamente a posição do médico, como vimos, poderá ter consequências nefastas na sociedade, com a prática de uma medicina defensiva e a tradução da relação médico-paciente numa relação burocrática, na qual o médico presta todas as informações através de formulários para o paciente assinar e que não se traduzem necessariamente num paciente mais informado, pelo contrário, resultam frequentemente na desinformação e em última linha, poderá mesmo não ser suficiente para afastar a responsabilidade por violação do consentimento informado, a não obediência a um critério formal, nem a sua prova se basta com o a assinatura de uma declaração.

[6] Rui Manuel de Freitas Rangel, O Ónus da Prova no Processo Civil, 3.^a Ed., p. 172.

[7] Art. 80.º da contestação – fls. 82.

[8] Calvão da Silva, Direito Bancário, Almedina, 2002, p. 12.

[9] *Ibidem*.

[10] *Ibidem*, p. 13

[11] Manual de Direito Bancário, 3.^a Ed., p. 168 e ss.

[12] Almeno de Sá, *Relação Bancária, Cláusulas contratuais gerais e o novo Código Civil Brasileiro*, Separata do BFDC, Vol. LXXVII, 2002, p. 304.

[13] Calvão da Silva, cit., p. 327.

[14] Segue-se de perto a dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais apresentada na FDUC, em 2009, por Sílvia Trepado, *O cliente bancário como consumidor de serviços financeiros – em particular a sua tutela jurídica e as cláusulas de ius variandi nos contratos bancários*, p. 31.

[15] Jean-François Clément, *apud* Sílvia Trepado, cit., p. 32.

[16] Cfr. Almeno de Sá, *Responsabilidade Bancária*, 1998, p. 66.

[17] *Ibidem*, p. 67.

[18] *Ibidem*, p. 69-70.

[19] Sobre as posições relativas à noção jurídica de consumidor, Sílvia Trepado, cit., . 39, nota 65.

[20] António Pedro Ferreira, *A Relação Negocial Bancária*, 2005, p. 359

[21] “O contrato bancário geral é o acordo celebrado entre as partes, na qual se propõe desenvolver uma relação complexa, prolongada no tempo, com diversos direitos e deveres, tendo como objectivo principal a celebração de diversos negócios jurídicos, baseados na confiança mútua”, Rosana Diaz, *Relação Negocial Bancária*, dissertação de mestrado em Direito das Empresas, FDUC, 2010, p. 110.

[22] *Ibidem*.

[23] O art. 7.º do CVM já dispunha na nona versão do DL n.º 486/99, de 13/11, que era a vigente em 2004: *Deve ser completa, verdadeira, actual, clara, objectiva e lícita a informação respeitante a valores mobiliários, a ofertas públicas, a mercados de valores mobiliários, a actividades de intermediação e a emitentes que seja susceptível de*

influenciar as decisões dos investidores ou que seja prestada às entidades de supervisão e às entidades gestoras de mercados, de sistemas de liquidação e de sistemas centralizados de valores mobiliários.

[24] Sofia Rodrigues, A Protecção dos Investidores em Valores Mobiliários, p. 37 e ss.

[25] 1- O intermediário financeiro deve prestar, relativamente aos serviços que ofereça, que lhe sejam solicitados ou que efectivamente preste, todas as informações necessárias para uma tomada de decisão esclarecida e fundamentada, incluindo nomeadamente as respeitantes a: a) Riscos especiais envolvidos pelas operações a realizar; b) Qualquer interesse que o intermediário financeiro ou as pessoas que em nome dele agem tenham no serviço prestado ou a prestar; c) Existência ou inexistência de qualquer fundo de garantia ou de protecção equivalente que abranja os serviços a prestar; d) Custo do serviço a prestar.

2 - A extensão e a profundidade da informação devem ser tanto maiores quanto menor for o grau de conhecimentos e de experiência do cliente.

3 - A circunstância de os elementos informativos serem inseridos na prestação de conselho, dado a qualquer título, ou em mensagem promocional ou publicitária não

[26] Além dos deveres a que se refere o artigo 312.º, o intermediário financeiro deve informar os clientes com quem tenha celebrado contrato sobre: a) A execução e os resultados das operações que efectue por conta deles; b) A ocorrência de dificuldades especiais ou a inviabilidade de execução da operação; c) Quaisquer factos ou circunstâncias de que tome conhecimento, não sujeitos a segredo profissional, que possam justificar a modificação ou a revogação das ordens ou instruções dadas pelo cliente.

[27] 1 - Antes de iniciar a prestação do serviço, o intermediário financeiro informa o potencial cliente sobre as principais características da empresa abrangendo, pelo menos: a) A identificação do intermediário financeiro e respectiva morada; b) A identidade e a posição no intermediário financeiro dos funcionários ou outros colaboradores e serviços com quem o cliente tem ou irá ter contacto; c) Indicação da data do registo, junto da entidade de supervisão, da actividade a prestar ao cliente; d) Tipo de intermediário financeiro e respectiva capacidade para fornecer os serviços pretendidos.

2 - Qualquer informação que o intermediário financeiro forneça ao investidor sobre o desempenho passado daquele deve: a) Ser relevante para a avaliação do desempenho do serviço que o intermediário financeiro se propõe oferecer; b) Ser um registo completo e não enganado.

[28] 1 - Antes de iniciar a prestação de um serviço, o intermediário financeiro: a) Fornece ao investidor informação adequada sobre a natureza, os riscos e as implicações da operação ou do serviço em causa, cujo conhecimento seja necessário para a tomada de decisão de investimento ou de desinvestimento, tendo em conta a natureza do serviço prestado e o conhecimento e a experiência do investidor em causa; b) Entrega ao investidor documento sobre os riscos gerais do investimento em valores mobiliários ou noutros instrumentos financeiros; c) Fornece ao investidor informação específica e detalhada sobre o risco envolvido, quando os produtos ou serviços envolvam risco de liquidez, risco de crédito ou risco de mercado; d) Informa o investidor sobre a existência e modo de funcionamento do serviço do intermediário financeiro destinado a receber a analisar as reclamações dos investidores e da possibilidade de reclamação junto da entidade de supervisão.

2 - Quando o cliente seja um investidor institucional, o disposto no número anterior apenas se aplica se este solicitar expressamente as informações nele referidas.

3 - O intermediário financeiro informa expressamente o cliente do direito previsto no número anterior.

[29] Diário da República n.º 45/2000, 1º Suplemento, Série II de 2000-02-23.

[30] Sofia Rodrigues, *cit.*, p. 46.

[31] Os tribunais e a doutrina alemães sustentavam já a este respeito um *dever de investigação* a cargo do intermediário financeiro de modo a poder aconselhar no sentido mais adequado, cfr. Gonçalo Santos, A Responsabilidade Civil do Intermediário Financeiro Perante o Cliente, 2008, p. 106, nota 226.

[32] Os contratos e a lei que os disciplina fazem emergir ao lado dos deveres principais os chamados *deveres acessórios* que, na sua formulação negativa (enquanto dirigidos à preservação das posições e interesses das partes que podem ser postos em causa com as ações ou omissões da contraparte), assumem a designação de *deveres de protecção*, sendo que todos eles podem agrupar-se na noção ampla proposta pela lei alemã de *deveres de consideração*, deveres estes que se “enxertam na relação contratual”, mas “não fazem parte do programa contratual propriamente dito”- Carneiro da Frada, *Os deveres (ditos) “acessórios e o arrendamento, in Temas de Direito do Arrendamento, Cadernos O Direito, n.º 7, 2013, p. 67. Estes deveres guardam “uma*

certa independência face à eficácia dos compromissos negociais: permanecendo, por exemplo, em caso de ineficácia destes, ou sobrevivendo à sua extinção (o campo da *culpa post factum finitum*) - *Ibidem*, p. 72. A autonomia privada, princípio cunhado pelo pensamento jurídico oitocentista, não tem um alcance ilimitado, já que a ética individualista e a ideia de liberdade contratual não podem deixar de ser enquadradas por exigências de justiça social, pela via, por exemplo, da figura da boa-fé contratual (art. 762.º, n.º 2, do Código Civil) e da ideia de *deveres de proteção*. Em caso de violação destes deveres, a responsabilidade pela sua infração não cabe na responsabilidade delitual ou extracontratual propriamente dita, nem integra a responsabilidade contratual, mas, constituindo uma *terceira via* ou de *responsabilidade intermédia*, segue o regime da responsabilidade obrigacional (art. 798.º CC). Estes deveres estão fora do âmbito contratual, mas a sua violação determina a produção de danos (*danos acompanhantes ou paralelos*) do que deriva uma responsabilidade de tipo obrigacional, independente, no entanto, da aplicação das regras do incumprimento contratual, porque tais deveres são alheios à relação de prestação - Cfr. FRADA, Manuel Carneira, em *Contrato e Deveres de Protecção*, 1994, descreve exemplos colhidos da jurisprudência alemã em que estão em causa os referidos *danos paralelos* (p. 144 e ss.) e LEITÃO, Menezes, *Obrigações*, p. 351, alude a este propósito a uma “auto-responsabilização recíproca”.

[33] Gonçalo Santos, *cit.*, p. 141

[34] N. PINTO OLIVEIRA, *Direito das Obrigações*, vol. I, p. 58 e Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 125.

[35] 1 - *As sociedades anónimas podem emitir valores mobiliários que, numa mesma emissão, conferem direitos de crédito iguais e que se denominam obrigações.* 2 - *Só podem emitir obrigações as sociedades cujo contrato esteja definitivamente registado há mais de um ano, salvo se: Tenham resultado de fusão ou de cisão de sociedades das quais uma, pelo menos, se encontre registada há mais de um ano; ou b) O Estado ou entidade pública equiparada detenha a maioria do capital social da sociedade; c) As obrigações forem objecto de garantia prestada por instituição de crédito, pelo Estado ou entidade pública equiparada. d) For disponibilizada aos investidores informação financeira relativa ao emitente, reportada a data não superior a três meses relativamente à emissão, auditada por auditor independente registado na Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, e elaborada de acordo com as normas contabilísticas aplicáveis.* 3 - *Por portaria dos Ministros das Finanças e da Justiça podem ser dispensados, no todo ou em parte, os requisitos previstos no número anterior.* 4 - *As obrigações não podem ser emitidas antes de o capital estar inteiramente liberado ou de, pelo menos, estarem colocados em mora todos os accionistas que não hajam liberado oportunamente as suas acções.*

[36] Sobre a distinção, Engrácia Antunes, *Os Instrumentos Financeiros*, 2017, p. 118.

[37] Gonçalo Santos, *cit.*, p. 201, nota 461.

[38] Paulo Camara, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 2009, p. 765

[39] *Ibidem*, p. 210 e 211.

[40] Paulo Camara, *cit.*, p. 768. No mesmo sentido, ac. STJ, de 10.4.2018, Proc. 753/16.4TBLSB.L1.S1, em cujo sumário se lê: *O dever de conhecimento do perfil do cliente, sobretudo nos casos de investidores não qualificados, a avaliação não só da sua capacidade de investimento como a de suportar o risco inerente ao produto que pretende adquirir, para se ajuizar se certa transacção é adequada ao cliente – suitability test –, impõe ao intermediário financeiro um rigoroso dever pré-contratual de informação, que não se queda pelo padrão do bom pai de família, mas antes, dada a profissionalidade do banco/intermediário financeiro, lhe impõe um grau de diligência mais acentuado, devendo actuar como “diligentissimus pater familias”, não sendo toleráveis procedimentos que possam sequer ser incursos em culpa leve. O dever contratual de agir de acordo com elevados padrões de diligência, lealdade e transparência, impostos ao intermediário financeiro, no interesse legítimo dos seus clientes, não é mais, afinal, que o dever de agir de boa fé, constituindo um dever principal – a prestação propriamente dita no complexo obrigacional a cargo do intermediário financeiro. A relação contratual obrigacional que se estabelece entre o cliente e o intermediário financeiro, exige deste um elevado padrão de conduta, com lealdade e rigor informativo pré-contratual e contratual: informação completa, verdadeira, actual, clara, objectiva e lícita, tendo em conta que, entre clientes não qualificados, a avaliação do risco não é tão informada quanto a da contraparte. O não cumprimento dos deveres de informação é sancionado, no quadro da responsabilidade civil contratual – art. 483º, nº1, do Código Civil –, impendendo sobre o intermediário financeiro ou banco, que age nessa veste, presunção de culpa nos termos do art. 799º, nº1, do Código Civil, sendo claro o nº2 do art. 304-A do CVM quando estatui – “A culpa do intermediário financeiro presume-se quando o dano seja causado no âmbito*

das relações contratuais ou pré-contratuais e, em qualquer caso, quando seja originado por violação de deveres de informação.” Os factos provados demonstram que o Réu, na fase pré-contratual, não prestou a exigível e qualificada informação pautada pelo standard da actuação de boa fé, com o elevado padrão de conduta, não actuando com diligência e transparência de modo a informar, cabalmente, do risco do negócio, não respeitando, nem protegendo o interesse do investidor, seu cliente há 12 anos, e que, naturalmente confiava, como seria esperável dessa relação de confiança, uma informação que, obviamente, não era a de que a EE pudesse cair na insolvência, mas que não deveria ser a que foi prestada: o retorno do investimento naquele produto **financeiro** era garantido como se fosse um produto do banco, o que foi razoavelmente entendido, como tão seguro e garantido como um depósito a prazo. Se nos deveres de informação não cabe, por exemplo, o dever de alertar para o risco de insolvência da entidade que coloca o produto **financeiro** no mercado, sobretudo se as circunstâncias não assinalarem no horizonte esse risco, já nos casos, como é o que nos ocupa, em que o cliente é induzido a investir pelo Banco, que toma a iniciativa de o contactar, o que revela confiança, não mesmo certo é que qualquer reticência de informação já é violadora do padrão de exigência informativa cometida ao **intermediário financeiro**.

[41] Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, I, p. 419. Em termos semelhantes, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, Responsabilidade Civil Administrativa, Direito Administrativo III, 2008, p. 29., para quem dano é a diminuição ou extinção de uma vantagem que é objecto da tutela jurídica.

[42] Quanto ao requisito do dano, veja-se o ac. STJ, de 5.6.2018, Proc. 18331/16.6T8LSB.L1.S1, no qual se consignou: *Dever-se-á ter em consideração o estatuído nos artigos 562, 566, 564, 798 todos do Código Civil. Provou-se que o Autor investiu certas quantias em obrigações convencido que estava a subscrever um produto equivalente a depósitos a prazo. O dano do autor deve resultar ou deve traduzir-se na diferença entre a situação que o autor ficou e a situação em que o autor estaria se o dever de informação tivesse sido cumprido. Desde logo, o Autor tem direito ao valor investido (150.000,00 + 100.000,00) acrescido de juros moratórios à taxa legal contados a partir das datas em que os montantes investidos nas obrigações deveriam ter sido reembolsados (19.10.2014 para as obrigações subscritas em 2004 e 09.05.2016, para as obrigações subscritas em 2006). Isto é o que sucede com qualquer depósito a prazo (o Banco devolve o capital mais os juros remuneratórios que se foram vencendo) O autor teve um dano directo derivado de ter aplicado aquelas quantias e de não as ter recuperado nas datas em que as mesmas lhe deveriam ter sido disponibilizadas.*

[43] Sobre a evolução da dogmática relativa à causalidade podem ver-se, ALARCÃO, Rui de, *Direito das Obrigações*, p. 280 e ss., e VARELA, J. Antunes, *Das obrigações em geral*, p. 858 e ss.,

[44] Embora com uma formulação deficiente que deixa ao critério do intérprete liberdade para optar pela solução que lhe pareça mais defensável, como refere VARELA, Antunes, *Das Obrigações em geral*, p. 871.

[45] CORDEIRO, António Menezes, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, p. 534 e ss.

[46] CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *in O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*, p. 314-315, ao examinar a responsabilidade do Estado por atos lícitos considerava já ser insuficiente a teoria da causalidade adequada:

“a) Umás vezes porque a questão não pode ser solucionável em sede de causalidade. A mudança de uma estrada, a supressão de uma via férrea, a deslocação de uma Universidade serão actos estaduais susceptíveis de acarretarem o aniquilamento económico dos hoteleiros e livreiros (...). A medida estadual é abstractamente causa adequada dos danos sofridos pelos comerciantes referidos. (...) porém (...) alargar a responsabilidade estadual a todos os danos desta espécie, cairíamos na aceitação de uma responsabilidade objectiva geral do Estado (...) b) Noutros casos passa-se o inverso: a teoria da causalidade adequada leva-nos a negar a existência de um nexó causalístico para certos danos que, razoavelmente, se devem considerar merecedores de tutela reparatória a cargo do Estado”.

[47] A teoria em apreço é explicada por Antunes Varela, *in Das Obrigações em Geral, cit.*, p. 871 e ss., não com a pretensão de substituir o nexó de causalidade adequada, mas detendo a utilidade incontestada de ser uma elemento auxiliar na resolução de dúvidas que se suscitam quanto à existência quer da ilicitude, quer do nexó de causalidade, explicando-a deste modo:

“Trata-se da teoria segundo a qual a distinção entre os danos indemnizáveis e não indemnizáveis se deve fazer, não em obediência ao pensamento da *causalidade adequada* do facto, mas tendo em vista os reais interesses tutelados pelo *fim do contrato*, no caso da responsabilidade contratual, ou pelo *fim da norma legal*, no caso

da responsabilidade extracontratual”.

[48] *Idem*, p. 555.

[49] Aliás, Menezes Cordeiro (*ob. cit.*, p. 542 e ss.) examina de forma crítica a evolução do tratamento do tema da causalidade na jurisprudência nacional identificando três estádios de evolução:

“Num primeiro grupo de casos, verificamos que a causalidade é tratada, a nível do Supremo, em termos intuitivos, embora sempre com a possível sindicância normativa. (...) Num segundo grupo, o Supremo passa, sob clara pressão doutrinária, a apelar à causalidade adequada supondo mesmo, por vezes – o que não é, reconhecidamente, o caso – que ela tem consagração legal. Subjacente há, contudo, sempre uma interpretação das regras jurídicas em presença. (...) Finalmente, o Supremo, embora referindo, ainda, ‘uma causalidade adequada’ passa a ponderar os problemas em termos normativos.”

[50] Em *Direito das Obrigações*, p. 348.

[51] Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Ano, Vol. I, 4ª Ed., p. 579.

Também a jurisprudência admite a causalidade mediata, vejam-se v.g. Ac. STJ, de 7.4.05, Proc. 05B294, em www.dgsi.pt, onde se lê: *O artº 563º do Código Civil consagra a doutrina da causalidade adequada na sua formulação negativa e (...) admite. – não só a ocorrência de outros factos condicionantes; - como ainda a causalidade indirecta, bastando que o facto condicionante desencadeie outro que directamente suscite o dano.*

[52] Também assim o art. 2043.º do Código Civil italiano: *Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.* O desvio à regra da causalidade adequada permite indemnizações dos progenitores em caso de malformação do filho detetável no diagnóstico pré-natal, mas não reportada ou não reportada corretamente – são os chamados casos de *wrongful birth*, que dão origem a indemnização na nossa jurisprudência, ao contrário das ações de *wrongful life*, cfr. Ac. STJ, de 17.1.2013, Proc. 9434/06.6TBMTS.P1.S1.

[53] Isso mesmo tem sido defendido na jurisprudência de outros países, como por exemplo no chamado arrêt Buon, de 1991 (Com., 5 novembre 1991, *Bull.* 1991, IV, n° 327, pourvoi n° 89-18.005.), onde se lê: *O intermediário está obrigado a permitir ao investidor avaliar os riscos e tomar uma decisão informada. Os investidores, mesmo vulneráveis, devem estar livres para assumir riscos, se assim o desejarem e cientes de que podem sofrer perdas. É por isso que o intermediário não tem outra obrigação senão entregar a informação ao cliente, que deve não só ser sincera e completa, mas também adaptada ao cliente (tradução livre).*

[54] Em audiência aludiu-se a uma taxa de juro de 7, 2%.

[55] A violação do respeito de informação como fundamento da obrigação de indemnizar pode ver-se, por ex., no recente ac. STJ, de 18.9.2018, Proc.

20403/16.8T8SLB.L1.S1 onde se lê: *Ora, como se encontra provado, o Reu informou o Autor de que aquele produto não comportava qualquer risco, era equivalente a um depósito a prazo e melhor remunerado, o que bem sabia não corresponder à verdade. E disse-lhe ainda que podia resgatar as obrigações em qualquer altura. Conclui-se, assim, que o acórdão recorrido entendeu, de forma correta, que o Reu não cumpriu os deveres de informação que legalmente lhe eram impostos.*

(...)

a única presunção que expressamente se prevê neste domínio é a presunção de culpa do intermediário financeiro, no art.304º-A, n.2 do CVM. Presunção esta que, como resulta da matéria de facto provada, o Reu não conseguiu ilidir.

3.2.5. *Quanto aos demais pressupostos, quer se siga a variante da responsabilidade contratual quer da extracontratual, no caso concreto, nenhuma necessidade existe de se aventarem (discutíveis) presunções de ilicitude ou de causalidade, pois da factualidade provada resulta, inequivocamente, que estes requisitos se encontram expressamente demonstrados.*

Quanto ao pressuposto da ilicitude:

- Caso se siga a variante da responsabilidade contratual, entendendo-se que os deveres de informação integram o núcleo essencial do programa debitório do Banco Reu, tendo-se concluído que este teve um comportamento inequivocamente contrário ao que lhe era imposto pelo art.312º do CVM, não cumprindo os deveres a que estava vinculado, dúvidas não restam de que o seu comportamento foi ilícito. Acresce que o Reu não demonstrou a existência de qualquer razão que justificasse tal incumprimento, e que consequentemente pudesse excluir a ilicitude.

A este propósito, importa ter presente o ensinamento de Antunes Varela: “A ilicitude resulta, no domínio da responsabilidade contratual, da relação de desconformidade entre a conduta devida (a prestação debitória) e o comportamento observado”. É fácil perceber que o programa debitório do intermediário financeiro não se pode reduzir à

recepção e retransmissão de ordens dos clientes (como o Reu/Recorrente defende). Se assim fosse, o intermediário nunca seria responsabilizado pelo incumprimento de deveres de informação e as normas do CVM sobre tais deveres seriam letra morta. - Caso se entenda que a variante da responsabilidade civil tecnicamente mais apropriada seria a extracontratual, também o requisito da ilicitude, como configurado pelo art.483º, se encontraria verificado. Assim, poderá entender-se que se trata de uma hipótese da denominada segunda modalidade da ilicitude, ou seja, a violação de normas

(particularmente o art.312º do CVM) que protege os investidores financeiros e, em particular, os investidores não qualificados.

(...)

Quanto à causalidade:

Da matéria de facto provada, nomeadamente nos pontos 35 a 37, resulta claramente demonstrado que o Autor nunca teria subscrito as Obrigações ... 2006 se o Reu tivesse cumprido os seus deveres de informação, esclarecendo-o sobre as características daquele produto. O comportamento omissivo do Reu deu, assim, causa a o dano que o Autor veio a sofrer. E trata-se de um comportamento que, pela sua natureza, se pode considerar adequado à produção do tipo de dano que o Autor sofreu, pois o risco de perda do capital investido nas Obrigações ... 2006 era um risco próprio dessa espécie de produto. O Reu tinha a obrigação de conhecer esse risco, mas não informou o Autor de que ele podia verificar-se.

[56] Castanheira Neves, Questão de facto-questão de direito, I, Coimbra, 1967, p. 523.

[57] A. Varela, RLJ, 114, 72 e ss.

[58] Vide, quanto a esta tripla distinção, Coutinho de Abreu, Do Abuso de Direito, Almedina, 1983, págs. 44-45.

[59] António Menezes Cordeiro refere que o venire contra factum proprium se distingue das restantes figuras do abuso do direito, como o tu quoque e a suppressio, porque há uma “contradição direta entre a situação originada pelo factum proprium e o segundo comportamento do autor”, in CORDEIRO, António Menezes, Tratado de Direito Civil, Tomo V, 2011, p. 280.

[60] Ânia Florença, O Abuso do Direito no Direito do Consumo, Dissertação de Mestrado para a FDUL, 2015, p. 16 e nota 40. Na jurisprudência do STJ, esta modalidade de abuso é assim definida: Trata-se de modalidade de abuso de direito que assenta na violação do princípio da confiança e que, conforme bem se salienta no acórdão do STJ de 12.11.2013 (proc. nº 1464/11.2TBGRD-A.C1.S1, in www.dgsi.pt) tem como pressupostos: “a existência dum comportamento anterior do agente suscetível de basear uma situação objetiva de confiança; a imputabilidade das duas condutas (anterior e atual) ao agente; a boa-fé do lesado (confiante); a existência dum “investimento de confiança”, traduzido no desenvolvimento duma atividade com base no factum proprium; o nexo causal entre a situação objetiva de confiança e o “investimento” que nela assentou” – pressupostos estes que, in casu, se verificam – ac. STJ, de 9.4.2019, Proc. 508/11.2TVPR.T.P1.S1.