

**Processo:** 1561/16.8T8PVZ.P1  
**Nº Convencional:** JTRP000  
**Relator:** JOAQUIM CORREIA GOMES  
**Descritores:** ACTIVIDADE BANCÁRIA  
VALORES MOBILIÁRIOS  
CUMPRIMENTO CONTRATUAL  
DEVERES CONTRATUAIS LEGALMENTE IMPOSTOS  
DEVERES ACESSÓRIOS  
**Nº do Documento:** RP201902071561/16.8T8PVZ.P1  
**Data do Acórdão:** 07-02-2019  
**Votação:** UNANIMIDADE  
**Texto Integral:** S  
**Privacidade:** 1  
**Meio Processual:** ACÇÃO COMUM  
**Decisão:** CONFIRMADA A DECISÃO  
**Indicações Eventuais:** 2ª SECÇÃO (LIVRO DE REGISTOS Nº 162, FLS 173-190)  
**Área Temática:** .  
**Sumário:**

I - O exercício da atividade bancária na sua vertente relativa aos valores mobiliários encontra-se disciplinado tanto pela legislação bancária, como pela legislação dos valores mobiliários, levando a que os contratos celebrados com os seus clientes tenham este duplo enquadramento legal, gerando uma realidade contratual complexa.  
II - O *cumprimento contratual* não se centra apenas e unicamente na *prestação final* e na sua realização integral, mas abrange igualmente os *deveres contratuais legalmente impostos*, os quais devem ser conjugados com os *deveres acessórios*, como seja os decorrentes da boa fé objectiva, de modo a manter a integridade e a finalidade do programa contratual.  
III - O dever de cuidado bancário quando está em causa a negociação de produtos de valores mobiliários, desdobra-se essencialmente no dever de investigar a integridade dos produtos negociados (i), no dever de divulgar ou advertir o cliente sobre esses mesmos produtos (ii) e no dever de recusar a prestação de certos serviços ou produtos quando os mesmos afectem a integridade desses mercados (iii).  
IV - O dever de informação a cargo do intermediário financeiro tem por base o *padrão do cliente concreto*, devendo comunicar os esclarecimentos necessários para identificar o produto em causa, adequados para explicar os riscos gerais e específicos envolventes, sendo ajustados ao perfil do respectivo cliente, para que este possa realizar uma decisão consciente e fundamentada.

**Reclamações:**  
**Decisão Texto Integral:**

Recurso n.º 1561/16.8T8PVZ.P1  
Relator: Joaquim Correia Gomes; Adjuntos; Filipe Caroço; Judite Pires

Acordam na 3.ª Secção do Tribunal da Relação do Porto

### **I. RELATÓRIO**

1.1. No processo n.º 1561/16.8T8PVZ do Juízo Central Cível da Póvoa do Varzim, J5, da Comarca do Porto, em que são:

Recorrente/Réus (R): Banco B..., S.A.

Réu: C..., S.A.

Recorrido/Autor (A): D...

foi proferida sentença em 07/jun./2018, na qual se decidiu:

“a) – Declarar que a aquisição dos produtos financeiros traduzidos na compra de obrigações E... e E1..., por parte do autor ao réu, F... (actual Banco B..., S.A.), foi levada a efeito no pressuposto de que o produto financeiro em causa se mostrava a coberto da garantia de reembolso do capital a 100% (cem por cento);

b) – Declarar que é da responsabilidade do Banco B..., S.A, o reembolso do capital reportado à aquisição por parte do autor das obrigações E... e E1..., no valor de 100.000,00 euros (cem mil euros);

c) - Condenar o réu, Banco B..., S.A., a proceder ao imediato reembolso do capital de 100.000,00 euros (cem mil euros), acrescidos dos juros vencidos sobre cada uma das aplicações, de 50mil euros cada, desde a data de vencimento de cada uma delas, 25/10/2014 e 08/05/2016, até integral reembolso do capital.

Custa por autor e réu na proporção dos decaimentos.”

1.2. O A. tinha alegado essencialmente na sua petição inicial, apresentada em 11/ dez./2016, ter subscrito duas aplicações financeiras junto do então F..., designadas Obrigação E... e E1..., sendo a primeira em 11 de Outubro de 2004 e a segunda em 07 de Maio de 2006, no montante de 50.000,00 cada (cinquenta mil euros). A propósito dessas aplicações foi-lhe afixado pelos gerentes daquela entidade bancária que não só as mesmas trariam uma maior rentabilidade, como tinham a mesma segurança que um depósito a prazo, com garantia de capital a 100% (cem por cento), sendo neste contexto que as subscreveu. Mais sustentou que até 07 de Maio de 2015, sempre lhe foram pagos os juros do capital investido, sendo que decorrido o prazo de vencimento de ambas as aplicações foi-lhe negado o resgate do capital investido, em virtude dessa obrigação ser da entidade emitente E2..., entretanto insolvente. A conduta do réu causou ao autor inúmeros danos patrimoniais, em face do capital investido, e não patrimoniais, em face dos transtornos causados, terminando com a formulação do seguinte pedido:

- a) – Declarado que a aquisição dos produtos financeiros traduzidos na compra de obrigações E... e E1..., por parte do autor ao réu, F... (actual Banco B..., S.A.), foi levada a efeito no pressuposto de que o produto financeiro em causa se mostrava a coberto da garantia de reembolso do capital a 100% (cem por cento);
- b) – Declarado que é da responsabilidade do Banco B..., S.A, o reembolso do capital reportado à aquisição por parte do autor das obrigações E... e E1..., no valor de 100.000,00 euros (cem mil euros);
- c) - Condenado o réu, Banco B..., S.A., a proceder ao imediato reembolso do capital de 100.000,00 euros (cem mil euros), acrescidos dos juros vencidos desde 07 de Maio de 2015, até integral reembolso do capital, condenando ainda a pagar ao autor quantia indemnizatória a fixar em liquidação de sentença, mas nunca inferior a 20.000,00 euros (vinte mil euros), por danos morais sofridos pelo autor com o comportamento imputável ao Réu Banco B..., S.A.;
- d) – Condenado o réu C..., a pagar solidariamente ao autor quantia indemnizatória a fixar em liquidação de sentença, por danos morais sofridos pelo autor.

1.3 A R. C... contestou em 30/jan./2017 excepcionando a incompetência territorial, que segundo o mesmo seria na Comarca de Lisboa, a violação das regras processuais do litisconsórcio e coligação, assim como a ineptidão da petição inicial, a inadmissibilidade do pedido por ser genérico, impugnando a versão do A. por desconhecer a mesma, concluindo pela absolvição da instância, quanto às excepções dilatórias invocadas, e, caso estas sejam afastadas, do pedido que contra si foi formulado.

1.4. O R. Banco B... contestou em 06/fev./2017, excepcionando a competência material dos tribunais judiciais, por ser conferida aos tribunais administrativos em virtude de ser demandada a C..., invocando a prescrição de 3 anos com base na responsabilidade civil extracontratual (498.º 1 CC), transcorrendo mais de 1 ano sobre os motivos conducentes à anulabilidade do negócio (287.º 1 CC), aceitando a subscrição das mencionadas obrigações, mas impugnando a demais versão, concluindo pela sua absolvição da instância ou, caso esta não se concretize, pela sua absolvição.

1.5 Por despacho proferido em 21/mar./2017, foi homologada a desistência do pedido formulado contra a R. C..., S.A., sendo julgada extinta a instância em relação à mesma.

1.6 Por despacho proferido em 02/nov./2017 foi realizando o saneamento do processo, estabelecido o objecto litígio, indicados os factos assentes e os temas de prova, designando-se a audiência de julgamento, que foi dada sem efeito, por inconveniência de uma das partes, tendo sido em 15/fev./2018 reagendada, agora por conveniência do tribunal, para 21/mai./2018.

2. O R. Banco B... interpôs recurso em 04/set./2018 pugnano pela revogação daquela sentença, apresentando as seguintes conclusões:

1. A decisão recorrida violou e fez errada aplicação e interpretação do disposto nos arts. 7º, 290º nº 1 alínea a), 304º-A e 312º a 314º-D e 323º a 323º-D do CdVM e 4º, 12º, 17º e 19º do D.L. 69/2004 de 25/02 e da Directiva 2004/39/CE e 220º, 232º e 236º, 483º e ss., 595º e 615º do C.C.
2. A decisão quanto à matéria de facto provada dos artigos 5º, 10º e alíneas b) e c) dos factos não provados merece reparo e correcção.
3. Analisada a integralidade da prova produzida, não resulta provado que ao Autor tenha sido transmitida a informação de que este poderia proceder ao resgate antecipado das obrigações E2..., ao fim de cinco anos.
4. De facto, a única pessoa que refere essa possibilidade ao longo do depoimento, é o próprio Autor, sendo que ambos os funcionários que venderam obrigações ao Autor não o confirmam.
5. Acresce que, conforme resulta do depoimento dos funcionários do Banco Réu G... e H..., nenhum destes funcionários relatou a ida do Autor ao banco ao fim dos cinco anos

de vigência das obrigações para resgatar as mesmas (ficheiros áudio n.º 20180521141732 – 14807137 - 2871561 e 20180521143301 – 14807137 - 2871561, respectivamente).

6. Analisando o depoimento da testemunha G..., funcionário do Banco Réu da agência ..., que apresentou e vendeu ao Autor as obrigações E1..., do mesmo resulta que a única questão que se colocava quanto ao prazo dos seis anos, era a possibilidade de o banco exercer a “cal option” ou seja, a mera possibilidade de o banco poder, por sua própria iniciativa, resgatar a obrigação, conforme resulta do depoimento constante do ficheiro áudio n.º 20180521141732 – 14807137 - 2871561, min. 00:11:40 a 00:12:04.

7. Acresce que, do depoimento da testemunha H..., que apresentou e vendeu ao Autor as obrigações E..., também não resulta que tenha sido referido ao Autor que este poderia resgatar as obrigações nos cinco anos posteriores à aquisição do mesmo, conforme resulta do ficheiro áudio n.º 20180521143301 – 14807137 - 2871561.

8. Acresce que, o depoimento do Autor se apresenta incongruente e forçado, recordando-se de alguns factos e não se recordando de outros, facto que é notório, sendo que a Mma. Juiz a quo chega mesmo a insurgir-se contra a “capacidade” do Autor de se recordar de algumas coisas e não de outras, conforme resulta do ficheiro áudio n.º 20180521145406 – 14807137 - 2871561, min. 00:10:10 a 00:12:00.

9. Aliás, tais incongruências são destacadas pelo Tribunal a quo na sentença recorrida, na seguinte expressão “Pese embora alguma incongruência nestas declarações de parte, que apenas justificamos pela necessidade de tentar convencer o tribunal que jamais investiria em aplicações de risco (...)”. Ora, o Autor afirmou não se recordar quais os investimentos que detinha na sua carteira de títulos, nem tampouco se recordava até que data havia recebido juros de mora relativos às obrigações E... e E1..., conforme resulta do ficheiro áudio n.º 20180521145406 – 14807137 - 2871561, min. 00:19:05 a 00:21:27.

10. Pelo que, sendo o Autor a única pessoa que, em declarações de parte, referiu a possibilidade de desmobilizar o capital ao fim de cinco anos, jamais poderão os factos provados sob os artigos 5º e 10º serem dados como provados.

11. Pelo que, devem ser eliminados dos artigos 5º e 10º dos factos provados, devendo ser transpostos para a secção dos factos não provados.

12. Diz o art. 5º nº 2 alínea a) do CPC que é dever do Juiz levar à matéria de facto provada os factos instrumentais que resultem da discussão da causa.

13. Ora, atenta a prova produzida nos presentes autos, devem os factos não provados transcritos nas alíneas b) e c) dos factos não provados ser considerados provados, nos termos infra descritos.

14. De facto, da prova produzida e, contrariamente ao que refere a sentença recorrida, resulta provado que foi prestada a informação de que a entidade emitente das obrigações era a E2... - também identificada como a “dona do banco” ou a “mãe do banco”, a emitente das obrigações, sendo esta a entidade que garantia o pagamento das obrigações, findo o prazo de pagamento (ficheiro áudio n.º 20180521143301 – 14807137 - 2871561, min. 00:05:07 a 00:05:40; min. 00:07:20 a 00:07:50).

15. Acresce que, a testemunha H..., que foi quem vendeu as primeiras obrigações E... ao Autor refere inclusivamente que os funcionários consideravam, inclusivamente a E2... uma entidade “mais forte” do que o banco pelo facto de esta ser a dona do banco, não existindo, por isso, quaisquer razões que levassem a “esconder” a titularidade do emitente das obrigações. A este respeito, cfr. ficheiro áudio n.º 20180521143301 – 14807137 - 2871561, min. 00:09:40 a 00:10:04.

16. Pelo que, devem as alíneas b) e c) dos factos não provados, ser consideradas provadas, devendo ser incluídos na secção dos factos provados.

17. Com a expressão garantia de capital e juros no termo do prazo apenas se pode ter como referência à mecânica de funcionamento do investimento, que é feito por um determinado prazo, findo o qual o capital é reembolsado na totalidade, acrescido da rentabilidade.

18. É utópico pretender ver nesta singela referência qualquer espécie de garantia absoluta de investimento.

19. É que mesmo que se compare o investimento efectuado com aquele que é afirmado como paradigma de investimento seguro – o depósito a prazo - (e enquanto tal também invocado na P.I.), essa garantia não existe!

20. E isto é tanto mais verdade se levarmos em conta - no tal paralelismo com o Depósito a Prazo - que a garantia proveniente do Fundo de Garantia de Depósitos era à data de apenas € 25.000,00!

21. É que não é porque um investimento se possa vir a revelar ruinoso, que o mesmo pode ser classificado como investimento de risco...

22. E o certo é que as Obrigações eram então, como são ainda, um produto conservador, com um risco normalmente reduzido, indexado à solidez financeira da

sociedade emitente.

23. Mas sempre se diga também que o Banco Réu não estava como não está obrigado a advertir o investidor sobre a essa hipótese de insolvência do emitente.

24. O risco de incumprimento ou risco de insolvência de um devedor são RISCOS GERAIS de qualquer obrigação, precisamente porque são características nucleares de toda e qualquer obrigação.

25. Temos assistido às interpretações mais radicais dos deveres de informação a que os intermediários financeiros estão obrigados. Desde aqueles que converteram o intermediário financeiro em verdadeiro Tutor do investidor, afirmando uma *capitis diminutio* do mesmo, até àqueles que vêm os deveres de informação, não como um dever a cumprir, mas sim como um esteio de responsabilidade futura pelo incumprimento do dever de informação – à semelhança de um seguro... –.

26. Porém, é ERRADO afirmar a ideia que o intermediário financeiro deve ser um Velho do Restelo, um Profeta da Desgraça ou um Arauto do infortúnio, que adverte o investidor do risco de incumprimento das obrigações assumidas perante ele, ou até do risco de insolvência do emitente!

27. Convém salientar que não assiste ao autor qualquer presunção de ilicitude!

28. A culpa do intermediário financeiro é a censura jurídica da conduta do agente, em razão da diligência exigida pela lei para a conduta em causa.

29. A este respeito, prescreve o art. 304º nº1 que os intermediários financeiros devem orientar a sua atividade no sentido da proteção dos legítimos interesses dos seus clientes e da eficiência do mercado, acrescentando o nº 2 que 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.

30. Trata-se do acolhimento pelo CdVM de um padrão de aferição de culpa que transcende, na sua exigência, o do bom pai de família, constante do art. 487º nº 2 CC.

31. Esta bitola que é afirmada é a de um *diligentissimus pater familias*, significando portanto que, para efeitos de definição de conduta negligente, estão em causa os cuidados especiais que só as pessoas muito prudentes observam.

32. Porém, a ideia que fica de toda a prova produzida é que a referência que foi feita pelo funcionário do Banco Réu à garantia de capital e juros tinha que ver com o modo de funcionamento da aplicação financeira (que não estava sujeita a volatilidade de preço/cotação no termo do prazo) e que, findo o prazo de investimento, haveria o retorno integral do capital, acrescido dos juros.

33. A expressão garantia tem que ver por isso com um retorno certo do capital e não com qualquer caução que o Banco prestasse.

34. Assim sendo, nenhuma culpa pode ser assacada ao Banco Réu.

35. Considera a sentença recorrida que o dano sofrido pelo A. é de montante equivalente ao capital que este deixou de auferir da E..., ou seja, o valor por si subscrito em títulos de Obrigações emitidos por esta entidade.

36. Merece reparo esta condenação, é que a mesma potencia um enriquecimento ilegítimo do autor.

37. De facto, não está provado que se tenha tornado impossível receber (total ou parcialmente) o montante investido pelo autor nas obrigações.

38. Daí resulta, portanto, que a condenação do Banco Réu no pagamento da integralidade do valor desembolsado pelo autor é manifestamente excessiva e não cumpre com a critério teoria da diferença prevista no art. 566º nº 2 do CC, uma vez que dá azo a que o autor venha depois a receber o que lhe couber do emitente do título e que crescerá ao valor da indemnização já porventura pago pelo Réu e equivalente ao montante por ele desembolsado na subscrição do valor mobiliário.

39. O autor não logrou provar que se a informação lhe fosse prestada, não teria subscrito a aplicação financeira em Obrigações E2...!

40. Ou seja, num primeiro momento é indispensável que o investidor prove que, sem a violação do dever de informação, não celebraria qualquer negócio, ou celebraria um negócio diferente do que celebrou.

41. Num segundo momento é necessário provar que aquele concreto negócio produziu um dano.

42. E, num terceiro momento é necessário provar que esse negócio foi causa adequada daquele dano, segundo um juízo de prognose objectiva ao tempo da lesão.

43. E nada disto foi feito!

44. Sem prejuízo, do que afirmamos supra acerca da inexistência de culpa, o que é certo é que ainda que se censure a conduta do Banco Réu (o que não se concede), essa censura NUNCA poderá ser reconduzível a um dolo ou a uma culpa grave.

45. De facto, lida e relida a matéria de facto, a sensação que fica é que o funcionário do Banco Réu nem sequer concebeu a possibilidade de estar a faltar ao dever de

informação acerca da aplicação financeira e que, com essa falta, poderia estar a determinar o investimento do cliente num produto que este não quereria se estivesse devidamente informado.

46. Uma tal conduta apenas pode ser reconduzível à mais leve das formas de negligência - a negligência inconsciente -, pois revela que o agente agiu por imprevidência, descuido, imperícia ou ineptidão, não chegando sequer a conceber a possibilidade do facto se verificar, podendo e devendo prevê-lo e evitar a sua verificação, se usasse da diligência devida.

47. Ora, de acordo com os factos provados 1º e 2º, parece-nos evidente e manifesto que o autor sabe pelo menos desde o mês seguinte à subscrição os termos em que o negócio foi concluído, até porque as Obrigações vinham discriminadas e apareciam encarteiradas aos Autores nesses documentos!

48. Não obstante, a acção apenas foi proposta em 11 de Dezembro de 2016!

49. E portanto, já se encontrava prescrita qualquer putativa responsabilidade do Banco Réu.

50. Na sentença, o Tribunal *a quo* aflora a ideia de que o Banco Réu poderia também ser condenado, com base na responsabilidade contratual, no cumprimento da garantia de capital e juros que afirmou ao seu cliente aquando da subscrição da aplicação.

51. Ora, conforme resultou da impugnação da matéria de facto provada, não resultou provado que o autor tivesse sido convencido por qualquer funcionário do banco Réu.

52. Ora, se assim é, não podemos fazer como faz a sentença recorrida e, recorrendo às regras do art. 236º nº 1 do C.C. para concluir que o Banco Recorrente deu uma garantia em favor da E2... e que assumiu a dívida da emitente das Obrigações.

53. Ainda que assim não se entenda, continua a sentença recorrida a merecer profundo reparo.

54. De facto, não é porque foi afirmado ao Recorrido que a aplicação financeira tinha “capital garantido e juros garantidos”, que podemos legitimamente concluir que o Banco assumiu a dívida da E2...!

55. Conforme dispõe o art. 595º nº 1 alínea b) do C.C. a assunção de dívida pode verificar-se por contrato entre o novo devedor e o credor, com ou sem consentimento do antigo devedor. Acrescenta depois o n.º 2 que “em qualquer dos casos a transmissão só exonera o antigo devedor havendo declaração expressa do credor; de contrário, o antigo devedor responde solidariamente com o novo obrigado.”

56. A assunção da dívida pode ser liberatória nos casos previstos na primeira parte do n.º 2 do art. 595º do CC. Isto é, dependendo de declaração expressa do credor, o devedor originário pode ficar dela exonerado, pela assunção da dívida por novo devedor. Ou então, como acontece na maioria dos casos, ser uma assunção cumulativa da dívida, em que devedor originário e novo devedor se obrigam simultaneamente, sendo ambos solidariamente responsáveis perante o credor.

57. A exigência de consentimento do credor para exoneração do devedor originário prende-se com a necessária protecção do credor, configurando-se, na maioria dos casos, situações de assunção cumulativa da dívida em que o novo devedor surge numa figura por vezes difícil de distinguir da fiança.

58. Na verdade, na assunção cumulativa da dívida (prevista no art. 595º nº 1 alínea b) e parte final do nº 2 do CC.) o legislador, ao afirmar que os dois devedores respondem solidariamente, teve como principal intenção a de conceder ao credor o poder de exigir indistintamente de qualquer deles o cumprimento integral da obrigação.

59. Ora, descendo ao caso destes autos, não podemos deixar de concluir que não estaria certamente na mente do Banco Recorrente prescindir do direito de ficar subrogado nos direitos do credor, por qualquer pagamento que porventura fizesse em prol do emitente do papel comercial, se tivesse assumido a dívida deste.

60. É que não nos podemos esquecer que essa assunção de dívida alheia como se fosse própria, não era inócua nas contas do Banco Réu!

61. Pela mesma ordem de razões, não se vislumbra que o Recorrente pudesse ter qualquer interesse real, directo e objectivo próprio no cumprimento dessa obrigação pois, apesar de integrar o mesmo grupo, a aportação de capitais à E2... em nada beneficiava o Réu Banco, sendo antes e apenas útil à cadeia hierárquica societária que estava a montante daquela.

62. Ora, tratando-se de uma fiança, estaria a mesma sujeita à mesma forma exigida para a obrigação principal, nos termos do art. 628º do C.C.

63. No caso, vale o disposto no art. 327º do Código dos Valores Mobiliários que prescreve que as ordens de subscrição podem ser dadas oralmente ou por escrito, sendo certo que as dadas oralmente devem ser reduzidas a escrito e se forem presenciais, devem ser subscritas pelo ordenador.

64. Da conjugação de ambas as disposições parece-nos manifesto que a garantia a, para ser válida, teria necessariamente que constar do documento de subscrição.

65. Não constando, mais não resta do que concluir que a mesma é NULA, nos termos do art. 220º do C.C.

66. Além do mais, tratando-se como se trata de valores mobiliários, teremos de ter em conta as específicas características destes.

67. Assim, se o Banco Apelante tivesse prestado qualquer garantia, ela não poderia ser privativa do Autor, mas teria isso sim que se estender à generalidade dos subscritores e, por isso, estar contida na nota informativa do papel comercial, figurando o aqui Apelante como garante do reembolso, o que, tal qual resulta da nota informativa junta aos autos a fls., não sucedeu!

68. De toda a forma, sempre se dirá que a condenação do Banco Réu com base na assunção de uma dívida extravasa em muito quer a causa de pedir, quer o pedido dos presentes autos, não sendo por isso viável e legal.

69. É que o próprio autor circunscreve a actuação do Banco Réu no caso aqui em crise:

a) ou à actividade bancária, dizendo que este recebeu um depósito que se comprometeu a restituir num determinado prazo, acrescido de remuneração e que, não o tendo feito deve ser condenado a cumprir o acordado;

b) ou à actividade de intermediação financeira, dizendo que o Banco réu subscreveu as Obrigações com violação dos seus deveres de informação e, como tal, pede subsidiariamente o pagamento de uma indemnização.

70. Porém, em lado algum invoca ao autor a existência de uma garantia e exige o cumprimento da mesma!

71. Logo uma tal condenação sempre seria nula por violação do disposto no art. 615º nº 1 alínea e) do CPC.

Para melhor sustentar a sua posição, o recorrente Banco juntou dois pareceres de juristas, sendo um da autoria do Senhor Professor Doutor António Menezes Cordeiro de 20 de novembro de 2017, intitulado de “Responsabilidade bancária, deveres acessórios e nexos de causalidade” e outro do Senhor Professor António Pinto Monteiro, de 28 de fevereiro de 2018, designado como “Parecer sobre os Deveres de Informação a cargo do Banco enquanto Intermediário Financeiro no Contexto de um Contrato de Recepção e Transmissão de Ordens”.

3. O A. contra-alegou em 15/out./2018, pugnando pela improcedência do recurso e a confirmação da sentença recorrida, transcrevendo os depoimentos em causa no reexame da matéria de facto e invocando ampla jurisprudência, sustentando, de modo resumido, o seguinte:

1. Na nossa quase infinita ignorância da qual nos penitenciamos, que pese embora o muito esforço que fizemos e fazemos, a vencer a tese do recorrente ficamos sem saber que efeitos tem a “Garantia de Capital!

2. De que serve garantir o capital se tal garantia não pressupõe a restituição/reembolso de tal capital?

3. Mas, para nós garantir o capital é assumir o compromisso/obrigação de restituição ou reembolso do mesmo no termo do prazo contratado!

4. Se é possível interpretar que um Banco ao contratualizar um investimento dando ao cliente a garantia de capital não está a garantir o reembolso de tal capital, é algo que foge à nossa capacidade de entendimento.

4. Admitido o recurso, foi o mesmo remetido em 18/out./2018 a esta Relação, realizando-se o exame preliminar, concedendo-se os vistos legais.

5. Não existem questões prévias ou incidentais que obstem ao conhecimento do mérito do recurso.

\*

O objecto deste recurso centra-se no reexame da matéria de facto (a) e na existência de responsabilidade civil por parte do R. Banco (b).

\*

\*\*

## **II. FUNDAMENTAÇÃO**

### **1. A sentença recorrida**

Fundamentação de facto:

Com interesse para a apreciação do mérito da causa, resultaram provados os seguintes factos:

1º. Em 11/04/2004, o autor subscreveu obrigação E..., no valor global de 50.000,00 euros, vendida ao balcão do F...

2º. Em 07/05/2006, o autor subscreveu obrigação E1..., no valor global de 50.000,00 euros, vendida ao balcão do F...

3º. Até ao dia 08/05/2015 foram pagos ao autor juros do capital investido.

.....

4º. O autor, antes da subscrição descrita em 1º, foi abordado pelo então gerente do F...

da agência ..., que lhe apresentou esse produto, como de maior rentabilidade e mesma segurança que um depósito a prazo, com garantia de capital a 100%.

5º. Mais foi o autor informado que tal aplicação seria feita pelo prazo de dez anos, mas que poderia eventualmente proceder ao seu resgate antecipado ao fim de cinco anos.

6º. Perante os dito argumentos, dado que o autor enquanto cliente do Banco conhecia já o dito gerente, em quem depositava absoluta confiança, o mesmo aceitou em proceder à dita aplicação financeira.

7º. Em Abril de 2006, foi o autor novamente abordado pelo então gerente do Balcão do Banco F... de ..., sendo-lhe proposto adquirir mais uma Obrigação E2..., agora reportada a E1..., obrigação esta que, a exemplo da anteriormente adquirida, estava também garantida, isto é, estava a coberto da garantia de reembolso do capital a 100%, e, igualmente lhe dava uma taxa de juro muito superior à das aplicações de depósito a prazo.

8º. Desta forma, e porque até aquela data lhe tinham sido pontualmente pagos os juros da anterior obrigação E..., e porque estes eram efectivamente superiores aos de um depósito a prazo e superiores igualmente aos das aplicações que titulavam, o autor, confiando uma vez mais na palavra do então gerente do Banco, aceitou em adquirir uma Obrigação E1..., no montante de 50.000,00 euros (cinquenta mil euros).

9º. Em Maio de 2009, mais precisamente cinco anos decorridos após a aplicação financeira de 2004, e confiante naquilo que o gerente do F... lhe havia então afirmado, o autor deslocou-se ao Banco F... com vista a proceder ao resgate do capital investido.

10º. Nessa data foi informado que, ao contrário do que lhe havia sido dito, só ao fim de 10 anos poderia proceder a tal resgate, ou seja, só no fim do prazo contratual, tanto na obrigação E... como na de 2006.

11º. O autor ficou aborrecido com a situação, mas, confiando no que então lhe foi dito, aguardou o vencimento dos 10 anos contratualizados, após o que foi informado que as ditas aplicações financeiras não tinham cobertura de garantia de capital, e, uma vez que a sociedade emitente das mesmas, E2..., se encontrava insolvente, tal resgate não lhe seria concedido, podendo apenas reclamar tal valor no processo de insolvência daquela dita sociedade.

12º. Foi com base na informação dada pelo banco réu, de que o capital investido estava totalmente garantido, que o autor deu o seu acordo na aquisição das sobreditas obrigações, sendo que, sem essa informação, não o faria.

13º. Após a nacionalização do F..., o Estado Português, em 09/12/2011, então acionista único do F..., e no âmbito do processo de reprivatização daquela Instituição, celebrou um Acordo Quadro com o Banco B..., SA, no qual foram estabelecidos os procedimentos e as acções necessárias a desenvolver por cada uma das partes, para a celebração do contrato de compra e venda das acções do F...

14º. No dia 30/12/2012, foi assinado o contrato de compra e venda do F..., entre o Estado Português e o Banco B..., sendo que, nos termos do disposto na cláusula 15.<sup>a</sup> do Acordo Quadro celebrado entre o Estado Português e o Banco B..., relativo à reprivatização do F..., neste se mostram incluídas todas as entidades do antigo Banco F..., S. A.

15º. O autor era uma pessoa conservadora nos seus investimentos, mas tinha outras subscrições de outros produtos financeiros, que não apenas depósitos a prazo, visando sempre retirar maior rentabilidade das suas aplicações.

\*\*\*

Não se provaram quaisquer outros factos dos alegados e levados aos temas de prova, e outros que tivessem interesse e/ou relevância para a boa decisão da presente causa, designadamente:

- a) Que o autor, confrontado com a ideia de perder todo o dinheiro, passou noites e noites sem dormir, dias e dias sem conseguir gerir os seus negócios, tendo estado por pouco uma possível dissolução do seu matrimónio, sendo certo que ainda hoje sofre de depressão e angústia por causa imputável ao réu;
- b) Que a informação que o réu prestava aos seus clientes era de que a E2... era a entidade emitente do produto, que era a dona do banco, e que reembolsaria os subscritores das obrigações;
- c) Que o autor sabia que a responsabilidade pelo reembolso do produto em causa era da E2..., e não do banco réu, por de tanto ter ido informado nas datas de subscrição.

\*\*\*

Motivação:

A convicção do tribunal fundou-se na apreciação crítica e conjugada da prova produzida em audiência, nomeadamente do confronto e conjugação de todos os documentos juntos aos autos, declarações de testemunhas ouvidas em julgamento, e declarações de parte do autor, com recurso a juízos de normalidade e experiência comum.

Assim, ao nível da prova documental, o tribunal considerou todos os documentos juntos aos autos, que analisou, chamando atenção para os docs. 1 e 2 juntos com a p.i., notas internas do F..., onde refere a data da maturidade das obrigações, taxa de juros e que o capital garantido era 100% do capital investido, analisando também os boletins de subscrição e extracto bancário da conta do autor, juntos com a contestação aos autos.

Ao nível da prova testemunhal, ouvimos:

- G..., bancário, que disse ter sido com ele a subscrição das Obrigações E1..., cujo negócio foi feito no seguimento das de E..., como sendo um produto idêntico, com uma taxa de juro boa, melhor que um Depósito a Prazo. Vendeu conforme indicações transmitidas pelo próprio banco, no sentido de se tratar de um produto, com capital garantido e sem qualquer risco. Era um produto, à data, com muita procura, cujo capital mínimo de subscrição ascendia a 50mil euros, e que ele próprio não o fez apenas por não ter liquidez para tanto. Diz que se se tratasse de aplicação com algum tipo de risco o autor não o compraria, sendo que, para si, de acordo com as notas internas do próprio banco, onde se fazia menção a aplicação de capital garantido, era o banco que tanto garantia, tendo vendido com essa convicção, pois que era essa a convicção que tinha. Foi ele quem procurou o cliente, sendo que dizia sempre aos clientes que se tratava de um produto seguro, melhor que um depósito a prazo, com melhor juro e de capital sempre garantido no final a aplicação, que era a 10 anos, ainda que o banco pudesse exercer o direito de liquidar findos cinco anos;

- H..., bancário, que disse ter tido com o autor e a esposa uma conversa, em 2004, apresentando-lhe o produto das Obrigações de E..., que este assinou. Apresentou o produto, e ainda que não se recorde dos termos precisos, diz que fora vendido como transmitido pela hierarquia e documentos oficiais do banco, em notas internas disponibilizadas aos comerciais, ou seja, como sendo um produto com capital investido garantido e com um juro acima dos depósitos a prazo. Não tinham nenhuma noção de risco, tanto mais que a E2... era a dona do banco, logo o banco garantia o capital, fazendo-o em papel timbrado do próprio banco. Diz não conhecer investimentos de risco aos autores, que qualifica de perfil conservador;

- I..., irmão da autora, que se limitou a dizer que em determinada altura ouviu uma discussão entre o casal e que mais tarde veio a saber que se relacionava com a aplicação que tinham feito no banco. Em determinada altura quiseram fazer obras, pelo que necessitaram do dinheiro, o que lhes foi negado pelo banco. Diz que ficaram revoltados com a situação e que a irmã ainda hoje sofre por isto, vivendo angustiada.

- Em declarações de parte, o autor, que disse ser industrial de reparação de automóveis, explicou como comprou as obrigações em causa nos autos, dizendo que confiava em quem lhas vendera, tendo sido abordado na própria oficina pelos funcionários do banco. Sempre lhe foi dito que era um produto bom, sem qualquer risco, com capital garantido ao fim de 10 anos, podendo, todavia, caso necessitasse, ao fim de cinco anos, resgatar o dinheiro. Ao fim de cinco anos quis ampliar a oficina e procurou resgatar o dinheiro, ficando muito aborrecido quando soube que não o poderia fazer, sendo que, decorridos os 10 anos, quer sobre as obrigações de E..., quer sobre as de E1..., o banco não lhe pagou o capital investido, altura em que soube da E2..., sendo que havia já informação noticiada. Foi confrontado com o extracto bancário juntos aos autos, negando ter feito qualquer aplicação das ali vertidas, negando as próprias evidências do extracto que lhe foi exibido, numa tentativa de procurar demonstrar que sempre quis apenas aplicações seguras, do tipo de depósitos a prazo e nada mais.

Pese embora alguma incongruência nestas declarações de parte, que apenas justificamos pela necessidade de tentar convencer o tribunal que jamais investiria em aplicações de risco, certo é que o depoimento conjugado das testemunhas G... e H..., e também do próprio autor, resulta clara a forma como o banco agia, na pessoa dos seus funcionários, prestando a garantia do pagamento do capital, pois que vendiam um produto da sua casa mãe, dizendo ser em tudo igual a um depósito a prazo, podendo ser disponibilizado antes do vencimento dos 10 anos. Era essa a informação que era dada aos clientes, nenhum risco sendo mencionado, aludindo-se a uma apetecível maior rentabilidade, com possibilidade de reembolso antecipado, o que aliás, bem de encontro e está espelhado, na documentação junta aos autos a que acima aludimos. As orientações internas vertidas pelo F... consistiam em afirmar a segurança da aplicação financeira em causa, a sua boa rentabilidade e solidez, passando a ideia de que aos mesmos não estavam associados quaisquer riscos quanto ao reembolso do capital e juros, estando os próprios comerciais disso convencidos, de que era risco zero, assegurando o banco o capital (vejam-se as declarações da próprias testemunhas ouvidas em julgamento, que dizem que, por estar numa nota interna do banco, que era capital garantido, assim vendiam e disso estavam convencidos, de que

era garantido pelo próprio banco).

Nada disso é beliscado pelo perfil do autor, pois que, não esqueçamos, foi abordado pelos gerentes bancários com o apelo de uma aplicação igual a um depósito prazo que poderia ser desmobilizado antes do vencimento, e que o capital investido estava garantido.

Evidentemente que a qualquer comum mortal - sem mais, subscrevendo no banco as obrigações emitidas, com os gerentes bancários a garantir tratar-se em tudo de uma aplicação semelhantes a um depósito a prazo, e que o capital que investissem estava totalmente garantido no vencimento – seria legítimo pensar que quem o garantia era o próprio banco, se para nada em sentido contrário é alertado. E foi nessa convicção, ou seja, de que era um produto sem risco, pois o capital investido estava sempre garantido, que o autor foi induzido a subscrever as ditas obrigações, convicto de que o banco garantiria sempre esse capital (como garantiria num depósito a prazo). Ressalvando a redundância em que tal possa traduzir-se, finalmente sempre se referirá que a razão de se terem dado como não provados os factos acima consignados sob essa epígrafe se deveu à circunstância de nenhuma prova ou nenhuma prova relevante ou suficiente se ter logrado alcançar quanto à respectiva ocorrência dos mesmos, sendo que, de algum modo, também parte deles foi contrariada pelo elenco de parte dos que, por provados, a infirmam.”

\*

## 2. Fundamentos do recurso

### a) Reexame da matéria de facto

O Novo Código de Processo Civil (NCPC) estabelece no seu artigo 640.º, n.º 1 que “Quando seja impugnada a decisão sobre a matéria de facto, deve o recorrente obrigatoriamente especificar, sob pena de rejeição: a) Os concretos pontos de facto que considera incorretamente julgados; b) Os concretos meios probatórios, constantes do processo ou de registo ou gravação nele realizada, que impunham decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnados diversa da recorrida; c) A decisão que, no seu entender, deve ser proferida sobre as questões de facto impugnadas.” Acrescenta-se no seu n.º 2 que “No caso previsto na alínea b) do número anterior, observa-se o seguinte: a) Quando os meios probatórios invocados como fundamento do erro na apreciação das provas tenham sido gravados, incumbe ao recorrente, sob pena de imediata rejeição do recurso na respetiva parte, indicar com exatidão as passagens da gravação em que se funda o seu recurso, sem prejuízo de poder proceder à transcrição dos excertos que considere relevantes; b) Independentemente dos poderes de investigação oficiosa do tribunal, incumbe ao recorrido designar os meios de prova que infirmem as conclusões do recorrente e, se os depoimentos tiverem sido gravados, indicar com exatidão as passagens da gravação em que se funda e proceder, querendo, à transcrição dos excertos que considere importantes”. Nesta conformidade e para se proceder ao reexame da factualidade apurada em julgamento, deve o recorrente indicar os factos impugnados (i), a prova de que se pretende fazer valer (ii), identificando ainda o vício revelado pelo julgador aquando da sua motivação na livre apreciação da prova (iii).

Assim, tal reexame passa, em primeiro lugar, pela *reapreciação da razoabilidade da convicção* formada pelo tribunal “a quo”, a incidir sobre os pontos de factos impugnados e com base nas provas indicadas pelo recorrente (recurso de apelação limitada). Daí que esse reexame esteja sujeito a este *onus de impugnação*, sendo através do mesmo que se fixam os pontos da controvérsia e possibilita-se o seu conhecimento por esta Relação, que *formará a sua própria convicção* sobre a factualidade impugnada (Ac. STJ de 04/mai./2010, Cons. Paulo Sá; 14/fev./2012, Cons. Alves Velho, acessíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), assim como os demais a que se fizerem referência sem indicação da sua origem). Porém, fica sempre em aberto, quando tal for admissível, a possibilidade do tribunal de recurso, designadamente por sua iniciativa e perante o mesmo, renovar ou produzir novos meios de prova (662.º, n.º 2, al. a) e b)) alargando os meios de prova para o reexame da factualidade impugnada (recurso de apelação ampliada). Mas em ambas as situações e sob pena de excesso de pronúncia e de nulidade do acórdão (666.º, 615.º, n.º 1, al. d) parte final), o tribunal de recurso continua a estar vinculado ao ónus de alegação das partes (5.º) e ao ónus de alegação recursiva (640.º) – de acordo com a primeira consideram-se como não escritos o excesso de factos que venham a ser fixados, face à segunda o tribunal superior não conhece de questões não suscitadas, salvo se tal se impuser officiosamente (Ac. STJ de 11/dez./2012, Cons. Alves Velho).

Por sua vez, estipula-se no artigo 607.º, n.º 5 que “O juiz aprecia livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto; a livre apreciação não abrange os factos para cuja prova a lei exija formalidade especial, nem aqueles que só possam ser provados por documentos ou que estejam plenamente provados, quer por

documentos, quer por acordo ou confissão das partes”. A estes últimos condicionantes legais de prova, seja os de natureza substantiva elencados no Código Civil, seja adjetiva enunciados na mesma lei do processo civil (410.º - 422.º; 444.º - 446.º; 463.º; 446.º, 489.º, 490.º, 516.º NCP), com destaque para a prova ilícita (417.º, n.º 3 NCP), acrescem e têm primazia aqueles outros condicionantes resultantes dos direitos humanos e constitucionais que têm desde logo expressão no princípio a um processo justo e equitativo (20.º, n.º 4 Constituição; 10.º, DUDH; n.º 14.º, n.º 1 PIDCP; 6.º, n.º 1 CEDH; 47.º § 2 CDFUE). Nesta conformidade, podemos assentar que o regime da legalidade da prova, enquanto “imperativo de integridade judiciária”, tanto versa sobre os *meios de prova*, que correspondem aos elementos que servem para formar a convicção judicial dos factos submetidos a julgamento, como sobre os *meios de obtenção de prova*, que são os instrumentos legais para recolha de prova. Tal regime acaba por comprimir o princípio da livre apreciação da prova, estabelecendo as correspondentes proibições de produção ou valoração de prova. Por tudo isto, o *princípio da livre apreciação das provas é constitucional e legalmente vinculado*, não tendo carácter arbitrário, mesm se circunscrevendo a meras impressões criadas no espírito do julgador. O mesmo está desde logo sujeito aos princípios estruturantes do processo justo e equitativo (a), designadamente da legalidade das provas, estando ainda condicionado pelos critérios legais que disciplinam a sua instrução (b), como sejam as regras da experiência e da lógica comum (i), e nalguns casos expressamente previstos (v.g. 364.º exigência legal de documentos escrito) subtraído a esse juízo de livre convicção (ii), sendo imprescindível que esse julgamento de factos, incluindo a sua análise crítica, seja motivado (c).

\*

O recorrente pretende no reexame da matéria de facto impugnar os factos dados como provados (5.º, 10.º) e não provados (b, c), os quais são, respectivamente, os seguintes: 5º. Mais foi o autor informado que tal aplicação seria feita pelo prazo de dez anos, mas que poderia eventualmente proceder ao seu resgate antecipado ao fim de cinco anos. 10º. Nessa data foi informado que, ao contrário do que lhe havia sido dito, só ao fim de 10 anos poderia proceder a tal resgate, ou seja, só no fim do prazo contratual, tanto na obrigação E... como na de E1....

b) Que a informação que o réu prestava aos seus clientes era de que a E2... era a entidade emitente do produto, que era a dona do banco, e que reembolsaria os subscritores das obrigações;

c) Que o autor sabia que a responsabilidade pelo reembolso do produto em causa era da E2..., e não do banco réu, por de tanto ter ido informado nas datas de subscrição. Para o efeito desvaloriza as declarações de parte do A. e enfatiza o depoimento das testemunhas G... e H..., funcionários do R. Banco

Começando por estas, será de referir que a testemunha G..., que está nas conversações da segunda tranche obrigacionista, ou seja, de E1... refere precisamente o seguinte:

11:06 - 11,07 – Adv. R. – Que era um produto ser capital garantido – Testemunha – ... capital garantido.

11:08 – 11:13 Adv. R. – Isso, não é isso que lhe estou a questionar, quem é que garante, quem é que realmente garante, quem realmente paga este produto. – Testemunha – Sinceramente, na altura não sei se transmitia ao cliente, mas sei que partíamos do pressuposto que era a parte financeira do grupo, neste caso o banco.

11:38 – 11:46 Adv. J... – Quanto á possibilidade, quanto ao prazo que estava sujeito este produto, informava o cliente, qual era o prazo. Testemunha – 10 anos, em que o banco tinha, penso, que tinha a call option em 5 anos.

11:54 – 11:55 Adv. R. – Possibilidade de .... Testemunha – Possibilidade do banco a

11:57 – 11:59 Adv. R. – Mas era uma possibilidade de, ou era uma opção Testemunha – Possibilidade de o banco ao fim de 5 anos exercer o direito de liquidar.

E esta mesma testemunha refere igualmente o seguinte:

04: 07 – 04:12 Adv.A – Em que termos foi apresentado este produto, Testemunha - Isto é assim, na altura eu falei com ele que ia haver uma emissão, ia haver uma aplicação que o banco ia comercializar no seguimento do histórico que havia, que ele já tinha, uma subscrição de um produto idêntico, eram em Alturas diferentes, foi-lhe apresentado, a taxa de juro era, era, era boa, era melhor que um depósito a prazo, e na altura, por causa da confiança que havia com a pessoa, cliente da instituição, o senhor D... deu o consentimento para subscrever-mos”.

Por sua vez, nas declarações de parte do A. D..., o mesmo diz, entre outras coisas, o seguinte:

“02:30 – 02:32 Juíza – Lá, na oficina Autor – Na oficina, que era garantido, que o banco garantia aquele produto, que aquilo era com depósitos a prazo, eles diziam que

era a mesma coisa que depósitos a prazo e que ao fim de 5 anos, eu poderia mexer se eventualmente precisasse

02:45 – 2:46 Juíza – Sim Autor – E foi isso que aconteceu, eu aceitei na altura, trouxeram uns papéis, julgo que foi a minha esposa que assinou.”

Como se pode constatar não foi só no depoimento de parte que houve menção ao prazo de 5 anos, também a referida testemunha G... o fez, pelo que é plenamente aceitável que essa prazo fosse referenciado como “resgate antecipado”, porquanto na conversa mantida com o A., que é mecânico automóvel e na oficina deste, não tinha qualquer sentido fazer referências anglo-saxónicas do género “call options”, porquanto este último não percebia nada. E nem tinha que perceber, porquanto o Código de Valores Mobiliários que regula este tipo de transações obrigacionistas, estipula no seu artigo 6.º que “Deve ser redigida em português ou acompanhada de tradução para português devidamente legalizada a informação divulgada em Portugal que seja susceptível de influenciar as decisões dos investidores, nomeadamente quando respeite a ofertas públicas, a mercados regulamentados, a actividades de intermediação financeira e a emitentes”. E se este normativo regula a “informação escrita”, por maioria de razão deve abranger a “informação oral”. Também será de referir, que sempre havia por parte da testemunhas que venderam este designado “produto comercial”, o aliciante de terem mais um índice para atribuição de prémios remuneratórios, naquilo que o próprio F... designou primeiro como “Integração do E... no F1...”, em que existe uma pontuação consoante o “GRO”, ou seja, o “Grau de Realização de Objectivos”, como resulta do próprio documento do F..., com o seu timbre que foi junto aos autos.

Mais acresce que, como resulta da convicção probatória do tribunal recorrido, dos elementos de prova carreados para os autos tiveram e têm imensa relevância esses documentos internos do então F..., que, por via das dúvidas passamos a transcrever, porquanto os mesmos são tão eloquentes, sendo caso para dizer, numa linguagem mais corrente, que “quase falam por si”, designadamente uma tal “NOTA INTERNA” quanto ao tal prazo de 5 anos, certo que aqui vem a referência a “call option”, mas quanto a esta designação já fizemos a nossa leitura, ao “Capital Garantido 100% do capital investido”, o tal “F1...” onde consta o designado GRO e a argumentação que devia ser utilizada.

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

Nesta conformidade e atenta a objectividade desta prova documental, cuja autoria é do próprio F..., não vemos razões para fazer qualquer censura ao julgamento de facto da sentença recorrida, sendo de negar provimento ao reexame da matéria de facto pretendido pelo R. Banco.

\*

## **b) Responsabilidade civil do Banco demandado**

### ***ij) A existência de contrato entre o A. e o então F..***

O Código Civil de 1996 (C.C.) não estabelece uma noção de contrato nem de acto jurídico, ficando-se por enunciar no artigo 217.º as modalidades da declaração negocial, ou seja, “pode ser expressa ou tácita: é expressa, quando feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio direto de manifestação da vontade, e tácita, quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam” e aplicando por analogia, sempre que tal se justifique, a disciplina das declarações negociais aos actos jurídicos (295.º C. C.). Porém, já exprime uma noção legal de obrigação através do seu artigo 397.º, sendo esta “o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita a outra pessoa à realização de uma prestação”, cabendo às partes “fixar livremente, dentro dos limites da lei, o conteúdo positivo ou negativo da prestação”, deixando numa linha subsidiária os “juízos de equidade” para a determinação das prestações não definidas “ab initio” (400.º, n.º 1 C. C.). Estas diretrizes legais devem ser perspectivadas no âmbito e enquanto expressão do princípio da liberdade consignado no artigo 405.º do Código Civil, segundo o qual “Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver” (n.º 1), sendo certo que “As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei”. Como podemos constatar o Código Civil deixou uma ampla margem para a compreensão do que é um contrato, não deixando de referenciar que o mesmo tanto pode ter uma dimensão positiva, como outra dimensão negativa, no sentido da fixação das suas obrigações

No entanto existe toda a conveniência em estabelecermos uma noção operativa de contrato, para podermos situar o caso em apreço no âmbito da responsabilidade civil

contratual ou extracontratual. Para o efeito podemos desde logo partir da sua etimologia (lt. *contractus*), com o significado de contrair, unir, e densificar o seu conteúdo a partir de duas linhas de orientação, uma primitiva e uma futura, muito embora esta tarde a chegar. Assim, no Código Civil de 1867 (C. C. de Seabra), através do seu artigo 641.º, estabelecia-se que “Contracto é o acordo, por que duas ou mais pessoas transferem entre si algum direito, ou se sujeitam a alguma obrigação”. Por sua vez, no projetado Código Civil Europeu (CCE), no seu Livro II, I, 101, considera-se como contrato “o acordo que se destina a dar origem a uma relação jurídica vinculativa ou a ter qualquer outro efeito jurídico. É um acto jurídico bilateral ou multilateral” (1), sendo acto jurídico “qualquer declaração ou acordo, expresso ou implícito de uma conduta, destinada a ter um efeito jurídico. Pode ser unilateral, bilateral ou multilateral” (2) – na versão original e respectivamente “A contract is an agreement which is intended to give rise to a binding legal relationship or to have some other legal effect. It is a bilateral or multilateral juridical act”, “A juridical act is any statement or agreement, whether express or implied from conduct, which is intended to have legal effect as such. It may be unilateral, bilateral or multilateral”.

Nesta conformidade, podemos considerar como contrato o acordo pelo qual duas ou mais pessoas vinculam-se entre si com vista à produção de efeitos jurídicos, enquanto o acto jurídico é um facto voluntário que tem relevância legal. Deste modo, podemos decantar estruturalmente o contrato através dos seus sujeitos (i), vínculo jurídico (ii), mediante a criação de deveres e direitos, objecto (iii) imediato (prestação) e mediato (assegurar a prestação) e causa (iv), tendo como suas fontes a vontade e a lei. No entanto, mesmo numa *leitura originalista* da autonomia privada, damos conta que esta já na ocasião não deixava às partes contratantes uma total e plena liberdade contratual, porquanto existiam limitações legais, mormente quanto ao objecto negocial, cravando o mesmo de nulidade, como sucede quando o mesmo for contrário à lei (280.º, 281.º C.C.), ou de anulabilidade, quando, por exemplo, estamos perante negócios usurários, e mesmo até no exercício do direito, quando este é ilegítimo, através do abuso do direito (334.º C. C.). E essa limitação, numa *leitura viva* da autonomia privada, passou a ser mais forte com a constitucionalização do direito civil, por via do artigo 18.º, n.º 1 da Constituição, mormente quando estão em causa os direitos fundamentais – daí que também se fale na “fundamentalização” do direito civil – pois ali preceitua-se que “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

Tratando-se de um contrato, para além do convencionado pelas partes e regulado especificamente por aqueles regimes jurídicos, aplica-se a disciplina geral do cumprimento e não cumprimento das obrigações contemplada no Código Civil. Com relevância para o caso em apreço destacamos dois pilares essenciais estruturantes e condicionantes do programa contratual no que concerne à falta de cumprimento. O primeiro incide na presunção de culpa, estabelecendo o artigo 799.º, n.º 1, que “Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua”. O segundo diz respeito aos actos dos representantes legais ou auxiliares, enunciando o artigo 800.º, n.º 1 que “O devedor é responsável perante o credor pelos actos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento das obrigações, como se tais actos fossem praticados pelo próprio devedor”

\*

O Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedade Financeiras (Decreto-Lei n.º 298/92, de 31/dez., DR I-A, n.º 301, com sucessivas alterações, sendo a última resultante da Lei n.º 71/2018, de 31/dez. – DR I, n.º 251 – RGICSF), o qual tem como objecto o exercício da atividade das instituições de crédito e das sociedades financeiras (artigo 1.º, n.º 1), considera os bancos como instituições de crédito (artigo 3.º, al. a)), integrando-se nessa atividade as transações, por conta própria ou da clientela, sobre ... valores mobiliários” (artigo 4.º, n.º 1, al. e)).

Por sua vez, o Código de Valores Mobiliários (Decreto-Lei n.º 486/99, de 13/nov., DR I – A, sucessivamente alterado, sendo a última e 40.ª versão introduzida pela Lei n.º 35/2018, de 20/jul., DR I, n.º 139 – CVM), veio regular, como a sua designação indica, o mercado dos “valores mobiliários” (artigo 1.º) ou se preferirmos o “mercado de capitais”, disciplinando a actividade dos sujeitos aí intervenientes, os produtos aí transacionados, assim como o seu funcionamento e organização, designadamente os mecanismos de supervisão. Estipulava-se na ocasião dos factos aqui em causa, através do seu artigo 289.º, n.º 1, que “São actividades de intermediação financeira: a) Os serviços de investimento em instrumentos financeiros”, precisando-se no subsequente artigo 290.º, n.º 1 que “São serviços de investimento em valores mobiliários: a) A recepção e a transmissão de ordens por conta de outrem; b) A

execução de ordens por conta de outrem” – com o Decreto-Lei n.º 357-A/2007, de 28/ dez., naquela alínea a) passou a constar “Os serviços e actividades de investimento em instrumentos financeiros”, enquanto no corpo do n.º 1 daquele último artigo passou a referir-se “São serviços e actividades de investimentos em instrumentos financeiros:”. No que concerne aos sujeitos que podem desenvolver a atividade de intermediação, o artigo 289.º, n.º 2 veio estabelecer a obrigatoriedade de que “Só os intermediários financeiros podem exercer, a título profissional, actividades de intermediação financeira”, referenciando no artigo 293.º, n.º 1 que, entre outros, “São intermediários financeiros em instrumentos financeiros: a) As instituições de crédito e as empresas de investimento que estejam autorizadas a exercer actividades de intermediação financeira em Portugal”.

Nesta conformidade, o exercício da atividade bancária na sua vertente relativa aos valores mobiliários encontra-se disciplinado tanto pelo RGICSF, como pelo CVM, conduzindo a que os contratos celebrados com os seus clientes deixem transparecer esse duplo enquadramento legal e gerar uma realidade contratual complexa – neste sentido o Ac. TRP de 15/nov./2018, Des. Fernanda Almeida.

No caso em apreço e de acordo com os factos provados em 1.º, 2.º, 4.º e 7.º o A. foi abordado pelo F..., através dos gerentes das agência bancárias aí melhor identificadas e enquanto cliente desse mesmo banco, para subscrever “obrigações E2...”, primeiro as de E... e depois de E1..., apresentando esse produto “como de maior rentabilidade e mesma segurança que um depósito a prazo, com garantia de capital a 100%”, o que foi aceite. Nesta conformidade, podemos constatar que o F..., por sua iniciativa, não só *promoveu aquele “produto bancário”*, como, face ao subsequente acordo do A., *interveio como intermediário financeiro*, executando as ordens do mesmo de subscrição dessas obrigações enquanto *valores mobiliários*. Neste caso, podemos classificar este vínculo como sendo típico de um contrato, tal como anteriormente o definimos, tratando-se de um negócio complexo, integrando uma vertente bancária (promoção de um produto bancário) e uma vertente de intermediação financeira, na sua modalidade de negócio execução (subscrição das obrigações E... e E1...) por parte do A., através do F....

\*

#### ***ii) Os deveres gerais contratuais e a sua relevância no programa contratual***

No que concerne ao cumprimento dos contratos e ainda no âmbito do Código Civil, consagra-se no artigo 406.º, n.º 1 que “O contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei”, enquanto no artigo 762.º estipula-se que “O devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado” (n.º 1), estabelecendo como regra de conduta que “No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé” (n.º 2).

Mas continuamos sem saber o que significa a boa fé, designadamente na sua vertente objectiva, sendo certo que é a partir daqui que se estabelecem os designados deveres acessório de cumprimento das obrigações. Para o efeito podemos encontrar algumas pistas interpretativas no projecto de quadro comum de referência no âmbito do Direito Privado Europeu, em que a *boa fé* encontra-se associada a uma *negociação justa*.

Neste encontramos a seguinte definição: “um standard de conduta caracterizado pela honestidade, a franqueza e tomando em consideração os interesses da outra parte no negócio ou relacionamento em questão” (*Principles, Definitions and Models Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2009, Livro I, 1:103 (1), p. 178, sendo nossa a tradução). Assim, a boa fé, na sua *formulação objectiva*, expressa regras de conduta, as quais se desdobram em lealdade, fidelidade, confiança, cooperação e informação, sendo um princípio do tráfico jurídico, enquanto mandato de optimização, mormente na formação, realização e conclusão contratual.

\*

Por sua vez, o enquadramento legal da impossibilidade do cumprimento, tem a sua previsão nos casos culposos, tanto total (801.º C.C.) como parcial (802.º C. C.), nas situações de mora (804.º C. C.) ou a sua realização defeituosa (913.º - 922.º; 1218.º - 1226.º C. C.). A partir deste bloco legal o incumprimento é situado na *falta da realização da prestação devida*, pelo que e, em regra, só a *dívida* (lat. *debitum*; de. *Schuld*) gera a *responsabilidade* do devedor (lat. *obligatio*; de. *Haftung*).

Porém, o redimensionamento contemporâneo do contrato, tem vindo a ter novos requisitos legais de conformação, mormente por *exigências sociais de tutela da parte mais vulnerável*, ultrapassando-se a anteriormente referenciada leitura originalista da autonomia privada. Essa nova configuração contratual tem a sua expressão mais corrente através do regime das cláusulas contratuais gerais (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25/out., DR I, n.º 246, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31/jan., DR. I-A, n.º 201 - RCCG), e na panóplia de regimes jurídicos de protecção do

consumidor, numa imensidade de legislação avulsa, que já merecia a sua codificação. No que concerne ao RCCG, para além do próprio conteúdo absoluta ou relativamente proibido dessas cláusulas contratuais (artigos 18.º, 19.º, 20.º, 21.º, 22.º), assume uma particular relevância o *dever de comunicação*, considerando-se que este necessita de ser realizado de “modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência” (artigo 5.º, n.º 2). Também surge o *dever de informação*, o qual será realizado “de acordo com as circunstâncias”, esclarecendo-se “a outra parte dos aspectos nelas [cláusulas contratuais] compreendidos cuja aclaração se justifique” (artigo 6.º). Estes deveres estão intimamente conexonados, surgindo até o *dever de informação como uma vertente do dever de comunicação*, de tal modo que no artigo 8.º, alínea b) estipula-se que “Consideram-se excluídas dos contratos singulares: [b)] As cláusulas comunicadas com violação do dever de informação, de molde que não seja de esperar o seu conhecimento efectivo”.

No que concerne à legislação de defesa do consumidor, destacamos o Regime Jurídico aplicável às Práticas Comerciais Desleais das Empresas nas Relações com os Consumidores (Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26/mar., DR I, n.º 60; alterado pelo Decreto-Lei n.º 205/2015, de 23/set., DR. I, n.º 186), porquanto o mesmo pode também servir como uma “legislação sombra” da intermediação financeira. Nesta proibem-se as práticas comerciais desleais (artigo 4.º), tendo algumas delas subjacente um catálogo de deveres profissionais de diligência (artigos 5.º e 6.º) e de informação (artigo 7.º), conferindo a possibilidade de existência de responsabilidade civil, a partir da violação dos deveres aí impostos, ao considerar que “O consumidor lesado por efeito de alguma prática comercial desleal proibida nos termos do presente decreto-lei é ressarcido nos termos gerais” (artigo 15.º) – note-se e frise-se que este regime legal não integra qualquer dimensão analítica da presente fundamentação de Direito, mas apenas um leve, mas mesmo muito leve, suporte da sua dimensão argumentativa, porquanto na ocasião dos factos este regime jurídico não vigorava.

O que pretendemos com este alinhamento argumentativo é dar conta que o *cumprimento contratual* não se centra apenas e unicamente na *prestação final* e na sua realização integral, mas abrange igualmente os *deveres contratuais legalmente impostos*, os quais devem ser conjugados com os designados *deveres acessórios*, como seja os anteriormente enunciados a partir da boa fé objectiva, de modo a manter a integridade e a finalidade do programa contratual. E isto nas fases preliminares, durante a sua vigência ou mesmo na fase pós-contratual. Daí que o regime contemporâneo do incumprimento tenha sido alargado à *violação dos deveres gerais contratuais*, como de resto sucede no actual Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB), através da sua Reforma de 2001, conferindo o direito a indemnização pelos danos decorrentes da violação dos deveres (*Pflichtverletzung*) – no seu § 280.º passou a estipular-se que “Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat”, que podemos traduzir do seguinte modo: “Se o devedor violar um dever decorrente da obrigação, o credor pode exigir uma indemnização pelos danos causados. Tal não sucederá se o devedor não for responsável pela violação desse dever”.

Deste modo e em suma, o nosso ordenamento jurídico distingue os *deveres contratuais gerais legais*, que estão pré-definidos, dos *deveres acessórios* decorrentes do standard objectivo da boa fé, igualmente com fonte legal, mas mediante concretização casuística, ainda que através das indicadas linhas de orientação. E existem esses deveres gerais contratuais legais no exercício da actividade bancária e na intermediação financeira?

\*

### ***iii) Os deveres contratuais gerais bancários e da intermediação financeira***

O Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedade Financeiras que convocamos para o presente caso é o vigente no decurso de 2004 e 2006. Na disciplina dessa actividade estabelecia-se no seu artigo 73.º, como competência técnica, que “As instituições de crédito devem assegurar aos clientes, em todas as actividades que exerçam, elevados **níveis de competência técnica**, dotando a sua organização empresarial com os meios materiais e humanos necessárias para realizar condições apropriadas de qualidade e eficiência”, acrescentando-se nos subseqüente artigo 74.º, respeitante às relações com os clientes, que “..., os administradores e os empregados das instituições de crédito devem proceder com **diligência, neutralidade, lealdade e discrição e respeito consciencioso dos interesses que lhes estão confiados**” – sendo nosso o negrito. Daqui resulta, entre outras coisas, um amplo *regime geral de*

*deveres com repercussões contratuais*, os quais estão expressamente enunciados no citados normativos legais e que complementam os deveres acessórios resultantes da boa fé.

Mais acrescentou-se no artigo 75.º, sobre o dever de informação aos clientes “sobre a remuneração que oferecem pelos fundos recebidos e sobre o preço dos serviços prestados e outros encargos suportados por aqueles” e finalmente no artigo 76.º, mediante a epígrafe “critério de diligência” que “Os membros dos órgãos de administração das instituições de crédito, bem como as pessoas que nelas exerçam cargos de direção, gerência, chefia ou similares, devem proceder nas suas funções com a **diligência de um gestor criterioso e ordenado**, de acordo com o **princípio da repartição de riscos** e da **segurança das aplicações**, e tendo em conta o **interesse dos depositantes, dos investidores e dos demais credores**” – sendo nosso o negrito.

E estas exigências foram reafirmadas e aperfeiçoadas pelo Decreto-Lei n.º 1/2008, de 03/jan. ao estipular no artigo 73.º que “As instituições de crédito devem assegurar, em todas as atividades que exerçam, elevados níveis de competência técnica, garantindo que a sua organização empresarial funcione com os meios humanos e materiais adequados a assegurar condições apropriadas de qualidade e eficiência”, e no artigo 74.º, mediante a epígrafe “Outros deveres de conduta”, que “Os administradores e os empregados das instituições de crédito devem proceder, tanto nas relações com os clientes como nas relações com outras instituições, com diligência, neutralidade, lealdade e discrição e respeito consciencioso dos interesses que lhes estão confiados”. Por sua vez, no actual 75.º passou-se a consignar que “Os membros dos órgãos de administração das instituições de crédito, bem como as pessoas que nelas exerçam cargos de direção, gerência, chefia ou similares, devem proceder nas suas funções com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, de acordo com o princípio da repartição de riscos e da segurança das aplicações e ter em conta o interesse dos depositantes, dos investidores, dos demais credores e de todos os clientes em geral”. Destas exigências de diligência de gestão, com acrescidas valências de prudência e planeamento, assim como de governação equilibrada e segura da atividade bancária, não em abstracto, mas em concreto, pois deve atender-se aos interesses dos depositantes, investidores e credores, temos os ingredientes mais consistentes para estruturar e densificar um *dever de cuidado bancário* (*Bank's duty of care*). E o mesmo tem sido enfatizado pelo Supremo Tribunal da Holanda (*Hoge Raad*) não só em relação aos próprios clientes, mas em relação a terceiros, mediante um específico dever de investigação dos produtos objecto da sua atividade, impondo a sua responsabilização quando infringem a respectiva legislação reguladora – caso Meest Pierson/Ten Bos de 09/jan/1998 (ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, NJ 1999/285), caso Safe Haven de 23/dez./2005 (ECLI: NL:HR:2005:AU3713, NJ 2006/289), acessíveis em [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl). Na leitura da jurisprudência holandesa, este especial dever de cuidado (*bijzondere zorgplicht*) tem sido densificado em três vectores: (i) dever de investigar; (ii) dever de divulgar ou advertir; (iii) dever de recusar a prestação de certos serviços ou produtos. Como se pode constatar esta leitura tem plena conformação com o bloco normativo do RGICSF anteriormente referenciado, pelo que será de transpor a mesma para o nosso ordenamento jurídico, sendo no entanto de distinguir a sua *esfera interna*, da sua *esfera externa*.

No que concerne ao dever geral de cuidado bancário na sua esfera interna, ou seja, no âmbito das relações internas do banco, será de atender às *Guidelines Corporate governance principles for banks*, emanado pelo *Bank for International Settlements* (BIS), 2015, através do *Basel Committee on Banking Supervision*, acessível em [www.bis.org](http://www.bis.org).

Por sua vez, no que diz respeito ao dever de cuidado bancário na sua esfera externa, ou seja, nas relações do banco com os seus clientes ou terceiros, a nossa jurisprudência já desde longos tempos tem afirmado a sua existência no âmbito das relações bancárias que podemos designar como tradicionais. Tal sucede, por exemplo, na diligência que deve existir na verificação dos cheques apresentados a pagamento, designadamente se o mesmo corresponde ou não a um cheque falso (Ac. STJ de 08/ mai./2012, Cons. Gregório Silva Jesus). E este dever de cuidado bancário tem sido alargado às demais relação bancárias, como seja na vertente do mercado de capitais, estabelecendo o Ac. STJ de 10/abr./2018, Cons. Fonseca Ramos, dois vectores essenciais: (i) o *conhecimento do cliente* (“know your client”), designadamente do seu perfil, mormente nos casos de investidores não qualificados; ii) o *teste de adequação* (“suitability test”) entre esse mesmo cliente e o produto financeiro em causa, mediante um rigoroso e diligentíssimo dever de informação.

\*

O CVM veio estabelecer rigorosas regras de conduta no exercício da atividade de

intermediação financeira. Assim e através do artigo 304.º, n.º 1 consagrou-se que “Os intermediários financeiros devem orientar a sua actividade no sentido da **protecção dos legítimos interesses dos seus clientes** e da **eficiência do mercado**”, acrescentando-se no seu n.º 2 que “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 no n.º 3 que “Na medida do que for necessário para o cumprimento dos seus deveres, o intermediário financeiro deve **informar-se sobre a situação** financeira dos clientes, a sua experiência em matéria de investimentos e os objectivos que prosseguem através dos serviços a prestar” –, sendo nosso o negrito e esclarecendo-se que na actual redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 357-A/2007, de 31/out., (DR I, n.º 201), passou a consignar-se que “Na medida do necessário para o cumprimento dos seus deveres na prestação do serviço, o intermediário financeiro deve informar-se junto do cliente sobre os seus conhecimentos e experiência no que respeita ao tipo específico de instrumento financeiro ou serviço oferecido ou procurado, bem como, se aplicável, sobre a situação financeira e os objectivos de investimento do cliente”.

Neste elenco normativo decorre um claro *dever de protecção do cliente*, a par de um *dever de eficiência do mercado de capitais*. A jurisprudência tem sublinhado as exigências destes elevados padrões de diligência, lealdade e transparência no sentido de proteger os legítimos interesses dos seus clientes e da eficiência do mercado – neste sentido Acs. TRP de 26/jun./2017, Des. Cecília Agante; de 13/jun./2018, Des. Vieira e Cunha; 11/jul./2018, Des. Vieira e Cunha.

Convém no entanto distinguir o conceito de eficiência, daquele outro conceito de eficácia, porquanto e muito embora algumas leituras – aquelas mais apressadas e menos sustentadas – os confundam, tratam-se de conceitos distintos. Tomando como referência o mercado mobiliário, podemos dizer o seguinte: a *eficiência* diz respeito à *integridade* desse mercado, o que só é possível respeitando-se as regras de conduta de probidade anteriormente enunciadas; a *eficácia* centra-se na realização dos *objectivos* traçados para esse mesmo mercado, os quais podem ou não respeitar aquela integridade. Aliás, esse dever de preservar a eficiência do mercado de capitais está bem expresso no artigo 311.º, que tem a epígrafe “Defesa do Mercado”, o qual anteriormente enunciava no seu n.º 1 que “O intermediário deve comportar-se com a maior probidade comercial, abstendo-se de participar em operações ou de praticar outros actos susceptíveis de pôr em risco a regularidade de funcionamento, a transparência e a credibilidade do mercado” – através do citado Decreto-Lei n.º 357-A/2007, de 31/out., (DR I, n.º 201), passou a referir-se que “Os intermediários financeiros e os demais membros de mercado devem comportar-se com a maior probidade comercial, abstendo-se de participar em operações ou de praticar outros actos susceptíveis de pôr em risco a regularidade de funcionamento, a transparência e a credibilidade do mercado.”

A jurisprudência desta Relação no que concerne ao dever de informação e conjugando precisamente a legislação bancária e dos valores mobiliários, tem vindo ultimamente a considerar, como sucedeu com o Ac. de 13/jun./2018, Des. José Igreja Matos, que “Em qualquer circunstância um Banco, que aja como intermediário financeiro, tem o dever de prestar as informações necessárias para uma tomada de decisão esclarecida e fundamentada pelos respectivos clientes”.

Assim e em suma, podemos dizer que o dever de cuidado bancário quando está em causa a negociação de produtos de valores mobiliários desdobra-se essencialmente no dever de investigar a integridade dos produtos negociados (i), no dever de divulgar ou advertir o cliente sobre esses mesmos produtos (ii) e no dever de recusar a prestação de certos serviços ou produtos quando os mesmos afectem a integridade desses mercados (iii). Por sua vez, o *dever de informação* a cargo do intermediário financeiro não tem por base o padrão do cliente médio em abstracto, mas antes, como decorre expressamente daquele artigo 304.º, n.º 3, o *padrão do cliente concreto*, devendo comunicar os esclarecimentos necessários para identificar o produto em causa, adequados para explicar os riscos gerais e específicos envolventes, sendo ajustados ao perfil do respectivo cliente, para que este possa realizar uma decisão consciente e fundamentada.

\*

No desenvolvimento daqueles deveres de protecção do cliente e também da preservação da eficiência do mercado, o artigo 309.º do CVM consagrava no seu n.º 1 que “O intermediário financeiro deve organizar-se e actuar de modo a evitar ou a reduzir ao mínimo o risco da sua ocorrência”, enquanto no n.º 2 estabelecia que “Em situação de conflito de interesses, o intermediário financeiro deve agir por forma a assegurar aos seus clientes um tratamento transparente e equitativo”, precisando no n.º 3 que “O intermediário financeiro deve dar prevalência aos interesses dos clientes,

tanto em relação aos seus próprios interesses ou de empresas com as quais se encontra em relação de domínio ou de grupo, como em relação aos interesses dos titulares dos seus órgãos sociais e dos seu trabalhadores – por via do Decreto-Lei n.º 357-A/2007, de 31/out. (DR I, n.º 201), o n.º 1 passou a estabelecer que “O intermediário financeiro deve organizar-se por forma a identificar possíveis conflitos de interesses e actuar de modo a evitar ou a reduzir ao mínimo o risco da sua ocorrência” e de acordo com a Lei n.º 35/2018, de 20/jul. (DR I, n.º 139), o n.º 3 passou a precisar que “O intermediário financeiro deve dar prevalência aos interesses do cliente, tanto em relação aos seus próprios interesses ou de sociedades com as quais se encontra em relação de domínio ou de grupo, como em relação aos interesses dos titulares dos seus órgãos sociais ou dos de agente vinculado e dos colaboradores de ambos, incluindo os causados pela aceitação de benefícios de terceiros ou pela própria remuneração do intermediário financeiro e demais estruturas de incentivos”. Deste modo, a imposição daquele dever de proteção dos legítimos interesses do cliente, assim como da eficiência do mercado, conjugado com estas regras de resolução de conflitos de interesses, porquanto tratam-se de mandatos definitivos típicos das regras e não de mandatos de optimização que caracterizam os princípios, conduz a que o intermediário financeiro deva sempre conferir prevalência aos interesses do cliente, mesmo em relação ao próprio ou às sociedades que integram o seu grupo societário.

\*

No que concerne à informação a prestar sobre os produtos financeiros em geral, não basta uma qualquer notícia sobre os mesmos, aquela (in)sustentável leveza de informar, devendo antes tratar-se de uma informação com qualidade, como de resto decorre da epígrafe do artigo 7.º do CVM – “Qualidade de informação” – estabelecendo-se na ocasião no seu n.º 1 que “Deve ser completa, verdadeira, actual, clara, objectiva e lícita a informação respeitante a valores mobiliários, ... a actividades de intermediação” – a alteração conferida pelo Decreto-Lei n.º 357-A/2007, de 31/out. limitou-se essencialmente a inverter a ordem dos factores da sua redação, ficando a constar que “A informação respeitante a instrumentos financeiros, ..., às actividades de intermediação financeira, ... deve ser completa, verdadeira, actual, clara, objectiva e lícita”.

Nos casos de intermediação financeira e a partir deste dever geral da qualidade de informação, o artigo 312.º do CVM vem enunciar um conjunto de regras dirigidas para esses específicos negócios de valores mobiliários, estabelecendo o seu n.º 1 que “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) Riscos especiais envolvidos pelas operações a realizar; ... c) Existência ou inexistência de qualquer fundo de garantia ou de protecção equivalente que abranja os serviços a prestar” – atualmente aquela alínea a) consta como alínea e) e aquela outra alínea c) passou a constar na alínea g). Acrescentou-se no seu n.º 2 que “A extensão e a profundidade da informação devem ser tanto maiores quanto menor for o grau de conhecimentos e de experiência do cliente”.

Na conjugação daquele artigo 7.º, com este artigo 312.º, n.º 1, decorre do primeiro a necessidade da informação ser completa, abrangendo nomeadamente os *riscos genéricos* que podem envolver o respectivo negócio mobiliário, como seja o risco de insolvência da entidade promotora – preservando-se a eficiência do mercado de capitais e não a sua eficácia a qualquer custo –, e do segundo os *riscos específicos* desse singular negócio mobiliário, que quando é promovido e realizado por um banco, deve destrinçar a particularidade dessa *operação mobiliária de risco* em contraste com as *operações bancárias conservadoras*, discriminando umas de outras e sem qualquer margem de dúvidas. Por sua vez, esse dever de informação tem por base o *padrão do cliente em concreto* e não em abstracto, como seja do cliente médio, porquanto o artigo 312.º, n.º 2 manda atender ao “grau de conhecimentos e de experiência do cliente”, devendo este ser aferido caso a caso e não mediante arquétipos abstractos, pois estes não têm existência própria. E esse dever de informação não se basta pela sua mera enunciação ou exposição, porquanto tem de integrar as valências de ser “completa, verdadeira, actual, clara, objectiva e lícita”, ou seja, tem que existir uma efectiva comunicação, que atenta a sua etimologia (lt. *communicare*) significa “tornar comum”, “partilhar” entre o emissor (intermediário financeiro) e receptor (cliente). Por último, o então artigo 314.º – que agora corresponde ao artigo 304.º - A – estabelecia no seu n.º 1 que “Os intermediários financeiros são obrigados a indemnizar os danos causados a qualquer pessoa em consequência da violação dos deveres respeitantes à organização e ao exercício da sua actividade, que lhes sejam impostos por lei ou por regulamento emanado de autoridade pública”, enquanto no seu n.º 2

referia que “A culpa do intermediário financeiro presume-se quando o dano seja causado no âmbito de relações contratuais ou pré-contratuais e, em qualquer caso, quando seja originado pela violação de deveres de informação”. Por sua vez, no artigo 563.º do Código Civil estipula-se que “A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”. A partir do bloco normativo constituído pelos artigos 314.º, n.º 1 do CVM e 799.º, n.º 1 do C. C. a jurisprudência tem vindo ultimamente a consolidar-se no sentido de que a responsabilidade do intermediário financeiro ou do banco pelo não cumprimento dos deveres de informação tem natureza contratual, existindo uma presunção de culpa sobre os mesmos da sua inobservância – neste sentido Ac. STJ de 10/abr./2018, Cons. Fonseca Ramos; 18/set./2018, Cons. Salreta Pereira; 18/set./2018, Cons. Maria Olinda Gracia; 11/dez./2018, Cons. Ana Paula Boularot. Torna-se assim claro que o dever de indemnizar não decorre de qualquer obrigação de garantia, mas antes da violação do dever de informação.

A propósito desse mesmo direito de indemnização previsto naquele artigo 314.º, podemos constatar que o mesmo consagra expressamente a compensação do *evento dano consequência* – o texto daquele segmento normativo refere-se precisamente aos “danos causados a qualquer pessoa em consequência ...” – pela violação dos deveres respeitantes à organização e ao exercício da sua atividade e não ao dano resultado daí resultante. Assim, o nexó de causalidade material e jurídica exigido pelo artigo 563.º do Código Civil centra-se nas consequências decorrentes da violação do dever de informação.

No caso em apreço resulta provado nos itens 4.º), 5.º), 7.º) que tanto na subscrição de E... como de E1... os gerentes do F... ao apresentar as obrigações aqui em causa informaram que se tratava de um produto “como de maior rentabilidade e mesma segurança que um depósito a prazo, com garantia de capital a 100%”, “mas que poderia eventualmente proceder ao seu resgate antecipado ao fim de cinco anos”, tratando-se de uma informação que omitia os riscos genéricos e específicos da obrigação mobiliária aqui em causa. E o evento dano consequência a ser ressarcido corresponde à subscrição da obrigações F... 2004 e 2006, realizadas pelo A.

\*

Nos termos e fundamentos expostos será de manter a sentença recorrida, ainda que em parte por fundamentos distintos.

\*

Não havendo provimento do recurso, as suas custas ficam a cargo do recorrente – 527.º, n.º 1 e 2 NCPC.

\*

No cumprimento do disposto no artigo 663.º, n.º 7 do NCPC, apresenta-se o seguinte sumário:

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

\*

\*\*

### III. DECISÃO

Nos termos e fundamentos expostos, delibera-se negar provimento ao recurso interposto pelo R. Banco B... contra D... e, em consequência, confirma-se a sentença recorrida.

Custas deste recurso pelo recorrente.

Notifique.

Porto, 07 de fevereiro de 2019  
Joaquim Correia Gomes  
Filipe Carçoço  
Judite Pires