

Processo: 19548/18.4T8PRT.P1
Nº Convencional: JTRP000
Relator: JOAQUIM CORREIA GOMES
Descritores: IMPUGNAÇÃO DA DECISÃO DA MATÉRIA DE FACTO
INTERMEDIÁRIO FINANCEIRO
DEVER DE INFORMAÇÃO
RESPONSABILIDADE
DIREITO DE ACCÇÃO
PRESCRIÇÃO DO DIREITO
Nº do Documento: RP2020022019548/18.4T8PRT.P1
Data do Acórdão: 20-02-2020
Votação: UNANIMIDADE
Texto Integral: S
Privacidade: 1
Meio Processual: APELAÇÃO
Decisão: REVOGADA
Indicações Eventuais: 3ª SECCÃO
Área Temática: .
Sumário: I - A Relação ao apreciar a impugnação da matéria de facto e perante uma inquirição sugestiva de uma testemunha, sem que o advogado interpelante tivesse sido advertido pelo tribunal recorrido dessa inadmissibilidade, terá que desvalorizar aquele depoimento, porquanto não existiu propriamente uma narração espontânea dos acontecimentos, mas antes um incentivo persuasor para uma certa e precisa resposta, de tal modo que a testemunha em causa limitou-se a responder "exactamente", o que fez por 36 vezes ao longo de 20 minutos.
II - As declarações de parte apenas são admissíveis se corresponderem a *prova direta* (factos em que a parte tenha intervindo pessoalmente ou sejam do seu conhecimento direto), não se convertendo automaticamente numa demonstração imediata e suficiente dos factos controvertidos, tratando-se antes de uma *prova habilitada*, cuja valoração está sujeita à livre apreciação do tribunal.
III - Para o efeito, será de submeter as declarações de parte, como qualquer outra prova oral, a um standard de valoração judicial, que passa pela sua credibilidade subjetiva (a), designadamente a sua razão de ciência e os seus interesses (pessoal, profissional ou qualquer outro), credibilidade objetiva (b), mormente no confronto com prova pré-constituída, e a verosimilhança da sua versão (c), tanto ao nível da coerência narrativa, como do contexto descritivo e eventual corroboração periférica.
IV - O dever de informação a cargo do intermediário financeiro tem por base o *padrão do cliente concreto*, devendo aquele fornecer os esclarecimentos necessários para identificar o produto em causa, sendo adequados para explicar os riscos gerais e específicos envolventes, bem como ajustados ao perfil do respectivo cliente, para que este possa realizar uma decisão consciente e fundamentada.

Reclamações:
Decisão Texto Integral:

Recurso n.º 19548/18.4T8PRT
Relator: Joaquim Correia Gomes;
Adjuntos: António Paulo Vasconcelos, Filipe Carçoço
Acordam na 3.ª Secção do Tribunal da Relação do Porto

I. RELATÓRIO

1. No processo n.º 19548/18.4T8PRT do Juízo Local Cível do Porto, J5, da Comarca do Porto, em que são:

Recorrente/Autor: B...

Recorrido/Réu: Banco C..., S.A.

1.1 foi proferida sentença em 14/set./2019 que na procedência da excepção de caducidade suscitada pelo R. julgou improcedente a ação que lhe foi movida pelo A., absolvendo aquele.

1.2. O A. em 21/set./2018 demandou o R. Banco invocando que era seu cliente desde 1995, residindo na Suíça, enviando as suas poupanças para a conta bancária por si titulada, tendo em finais de maio de 2015 recebido uma carta do R. Banco dizendo que esta apresentou uma oferta pública de troca de valores mobiliários subordinados, por ações do C..., contendo um destacável para ser assinado pelo A., acordando na troca proposta, mas que o A. nunca assinou nem devolveu ao R.. Porém, este em 15/jan./2015 e à sua revelia, trocou 880 obrigações (C.../...), com o capital garantido de €44.000,00, com o valor de €44.201,09 por 488010 ações do C..., com o valor de

mercado de €38.064,78 a 15/jun./2015. Mais sustentou que o R., através do gerente de conta, não lhe deu informações sobre esse produto, tendo-lhe ocultado o risco de perda do valor subjacente ao “jogo” das ações.

1.3. O R. Banco contestou excepcionando a caducidade do direito de ação, em virtude da troca das obrigações subordinadas ocorreram em maio de 2015 e esta ação ter dado entrada em 21/set./2018, impugnando a versão do A. e pugnando pela sua absolvição.

2. O A. insurgiu-se contra a referida sentença, tendo em 18/out./2019 interposto recurso, pugnando pela sua revogação, apresentando conclusões, das quais extraímos as seguintes:

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

3. O Banco recorrido respondeu em 25/nov./2019, sustentando a manutenção da sentença, formulando essencialmente as seguintes conclusões:

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

*

4. Admitido o recurso foi o mesmo remetido a esta Relação, onde foi autuado em 28/nov./2019, procedendo-se a exame preliminar e cumprindo-se os vistos legais.

5. O objeto do recurso incide no reexame da matéria de facto (a), impondo-se a precedência na apreciação desta questão, atendendo aos distintos prazos de prescrição (b) e, eventualmente, a apreciação da relação contratual entre as partes e o seu cumprimento (c).

*

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. A sentença recorrida

“Produzida a prova e discutida a causa, resultaram provados os seguintes factos, com relevância para a decisão a proferir:

1. O Autor B... era cliente do Réu Banco C..., S.A. desde 1995, depositando confiança naquela instituição bancária e nos seus funcionários (artigo 1º da petição inicial).
2. O Autor era titular da conta com o NIB do Réu, sendo cliente da agência ..., Lisboa e, posteriormente, da ..., Almada, onde movimentava parte dos seus dinheiros, realizava pagamentos e efetuava poupanças, depositando confiança nos funcionários e gerente da agência do Réu (artigo 2º da petição inicial).
3. O Autor, apesar de ser cliente da agência do Réu sita na ..., Almada, residia e reside na Suíça, na rue ..., ..., ... (artigo 3º da petição inicial).
4. Porque se encontrava na Suíça e raramente vinha a Portugal e à agência do Réu na ..., Almada, verificava os saldos da sua conta através de extratos bancários que lhe eram enviados pelo Réu para a sua residência na Suíça (artigo 4º da petição inicial).
5. Desde o ano de 1995 que o Autor efetuava poupanças e enviava ocasionalmente poupanças para a sua conta já identificada no ponto 2) dos factos provados (artigo 5º da petição inicial).
6. O Autor, desde que era cliente do Réu, sempre assumiu um perfil de aforrador e não de investidor, jamais tendo adquirido ações ou efetuado investimentos de risco e que permitissem perda de capital (artigo 6º da petição inicial).
7. Sempre o Autor transmitiu aos funcionários do Réu, gerentes da sua conta, que não pretendia efetuar qualquer investimento ou aplicação sem garantia de capital e que apenas investia se houvesse garantia de capital seguro (artigo 7º da petição inicial).
8. Sempre foram assim tratadas as poupanças do Autor (artigo 8º da petição inicial).
9. O Autor, no ano de 2014, detinha nas suas poupanças “Obrigações de C1...”, em quantidade de 880, a que correspondia o valor de €44.000 (quarenta e quatro mil euros) (artigo 9º da petição inicial).
10. Que, posteriormente, em 2015, baixaram ligeiramente de valor (segunda parte do artigo 9º da petição inicial).
11. Em 30JAN2015 o Autor detinha as supra referidas obrigações de capital garantido e com vencimento a 15OUT2018 (artigo 10º da petição inicial).
12. Em MAI/JUN2015 o Autor recebeu em sua casa uma carta enviada pelo Réu, dizendo que o Réu anunciou uma oferta pública de troca de valores mobiliários subordinados por ações do Réu (artigo 11º da petição inicial).
13. Tal carta continha um destacável para ser assinado pelo Autor, acordando na troca proposta (primeira parte do artigo 12º da petição inicial).
14. O Autor não o assinou nem o devolveu ao Réu (segunda parte do artigo 12º da petição inicial).
15. O Autor jamais autorizou ou permitiu a troca das suas 880 obrigações poupança

taxa fixa – capital garantido no valor de €46.250 – “C2...” por ações do Réu (artigo 13º da petição inicial).

16. O Réu, à revelia do Autor, trocou as referidas 880 obrigações por 488010 ações, com o valor de mercado, em 15JUN2015, de € 38.064,68 (trinta e oito mil e sessenta e quatro euros e sessenta e oito cêntimos) (artigo 14º da petição inicial).

17. O Réu foi intermediário financeiro na aquisição das supra mencionadas ações, através da gerente de conta do Auto, não tendo a gerente dado informações sobre o produto em causa, ocultando assim ao Autor o risco de perda de valor subjacente às ações (artigo 15º da petição inicial).

18. A 11JUN2015 as 880 obrigações, com o valor garantido de €44.000 (quarenta e quatro mil euros), com o valor de €44.201,09 (quarenta e quatro mil, duzentos e um euros e nove cêntimos) em 15JAN2015 e com o valor de €44.250 (quarenta e quatro mil, duzentos e cinquenta euros) em 15JUN2015, pertencentes ao Autor foram trocadas por 488010 ações “C3...” em 11JUN2015 (artigo 16º da petição inicial).

19. O Autor nunca autorizou nem deu qualquer ordem à sua gestora de conta por escrito em MAI e JUN2015 para efetuar a troca das suas obrigações por ações, pois nessa altura estava na Suíça, onde reside e trabalha (artigo 17º da petição inicial),

20. E a gerente de conta do Réu nunca lhe prestou quaisquer informações sobre o produto que vendeu ao Autor, jamais tendo informado o Autor do valor das ações, da volatilidade do mercado, do risco de perdas e ganhos associados a tal produto financeiro (artigo 18º da petição inicial).

21. Porque o Autor verificou que o saldo da sua conta tinha diminuído, telefonou para a sua gerente de conta, D..., a dar-lhe conta dessa situação, tendo aquela telefonado de volta ao Autor, propondo-lhe a troca de obrigações por ações, tendo dito ao Autor que as ações eram aplicações seguras quanto ao capital e sem qualquer margem de risco financeiro (artigo 19º da petição inicial).

22. A gerente de conta disse ao Autor, quando lhe ligou por telefone para a sua residência, na Suíça, que não existia qualquer risco de perda de capital com a aquisição das ações e que tinham rentabilidade assegurada (artigo 20º da petição inicial).

23. Mas o Autor nunca deu ordem à funcionária do Réu para comprar ações (artigo 21º da petição inicial).

24. Na sequência desta conversa e da carta recebida pelo Autor, a quantia de €46.250, da conta do Autor, foi colocada em ações do Réu, sem que o Autor soubesse em concreto o que eram tais ações, qual a sua rentabilidade e risco associado (artigo 22º da petição inicial).

25. Quando o Autor veio de férias a Portugal, em JUL2015, foi-lhe pedido pela gerente de conta que assinasse uma ordem de venda de 488009 ações, com data de 27MAI2015 (artigo 23º da petição inicial).

26. E, nessa mesma data, foi pedido pela gerente de conta ao Autor que assinasse um outro documento, pelo qual o Autor trocava as 880 obrigações de caixa subordinadas por ações do Réu (artigo 24º da petição inicial).

27. Neste documento, o Autor assinou a seguir aos seguintes dizeres que textualmente se transcrevem e que antecedem a sua assinatura: “O ordenante declara, para todos os efeitos legais, que conhece e aceita as condições da presente Oferta constantes do respetivo Prospeto e documentação complementar, tendo-lhe sido prestados todos os esclarecimentos que entendeu solicitar, que não está impedido de alienar e receber por depósito as ações, pela legislação da jurisdição aplicável e que as informações constantes do presente Boletim correspondem à verdade. O Ordenante declara ainda que tem conhecimento das advertências e aceita os riscos associados ao investimento referidos neste boletim de subscrição e no prospeto” (artigo 28º da contestação).

28. A Ré vendeu as 880 obrigações de caixa subordinadas C... do Autor, com o valor, à data de 11JUN2015, de €44.250 (quarenta e quatro mil, duzentos e cinquenta euros), tendo adquirido por igual valor 488010 ações do Réu e à data de 15JUN2015 já tinham apenas o valor de € 38.064,68 (trinta e oito mil e sessenta e quatro euros e sessenta e oito cêntimos) (artigo 25º da petição inicial).

29. O que levou o Autor a assinar os dois documentos atrás referidos foi o facto de lhe ter sido dito pela funcionária do Réu de que se tratava de capital garantido pela instituição bancária, com juros, e que poderia levantar o capital e os respetivos juros quando assim o entendesse (artigo 26º da petição inicial).

30. Quando o Autor assinou os documentos referidos em 25) e 26) já o Réu tinha efetuado a venda das suas obrigações (artigo 29º da petição inicial).

31. E o Autor ficou convicto que a funcionária do Réu colocou o seu dinheiro numa aplicação segura e com as características e garantias de um depósito a prazo, jamais pretendendo comprar ações do Réu (artigo 30º da petição inicial).

32. Nunca foi intenção nem foi vontade do Autor investir em produtos de risco e o Autor

sempre informou a sua gerente de conta e os funcionários do Réu que não queria aplicar as suas poupanças em produtos de risco, o que a gerente de conta sabia, pois o Autor já era cliente do Réu há mais de dez anos e nunca comprou quaisquer produtos associados a risco (artigo 31º da petição inicial).

33. O Autor ficou convencido, quando assinou os documentos a que se referem os pontos 25) e 26), que os seus €46.250, de poupanças, não iriam ser investidos em produtos de risco, mas sim integrados na sua conta à ordem (artigo 32º da petição inicial).

34. Em finais de 2015 o Autor deixou de entender onde se encontravam aplicados os €46.250, das suas poupanças, mas a gerente de conta, D..., ao telefone, sempre transmitiu ao Autor que as suas poupanças estavam seguras e que podia estar tranquilo, pois os seus depósitos e poupanças estavam garantidos e assegurados pelo Réu (artigo 33º da petição inicial).

35. O Autor manteve-se a trabalhar na Suíça até que, em NOV2016, quando veio a Portugal de férias, dirigiu-se à agência do Réu na ..., Almada, onde um outro funcionário, de seu nome E..., o informou que os valores que tinha na sua poupança tinham sido aplicados em ações e venda das obrigações (artigo 34º da petição inicial).

36. O Autor enviou ao diretor do Réu da zona de Almada a missiva junta a folhas 16 e 16 verso, datada de 8DEZ2016 e cujo teor se dá aqui por reproduzido para todos os efeitos legais (artigo 38º da petição inicial).

37. O Réu respondeu por missiva datada de 9FEV2017, junta aos autos a folhas 17 e cujo teor se dá aqui por reproduzido para todos os efeitos legais (artigo 40º da petição inicial).

*

38. Em MAI2015, o Réu, autorizado pela Comissão do Mercado de Valores Mobiliários e com notícia que foi tornada pública, promoveu uma Oferta Pública de Troca (OPT) das obrigações subordinadas que tinha emitido em 2008 (de que o Autor era titular) por ações do próprio capital do Banco (artigo 12º da contestação).

39. As ações, depois da sua aquisição pelo Autor, desceram de cotação (artigo 21º da contestação).

*

40. A presente ação deu entrada em juízo em 21SET2018 (artigo 44º da contestação).

*

Não se provou:

1. Que o Autor conhecia bem a natureza das obrigações, subordinadas, ou seja, sabia perfeitamente que se tratava de obrigações subordinadas que pagavam um juro mais elevado do que um depósito a prazo, mas que, em caso de insolvência da instituição emitente – o ora Réu – o seu capital só seria reembolsado depois de pagos os credores comuns (artigo 11º da contestação);

2. Que posta a operação em marcha, o Banco deu notícia aos Autores, como a todos os demais titulares, da existência desta Oferta de Troca, interrogando-os sobre se estavam interessados na sua aceitação (artigo 13º da contestação);

3. Que os funcionários que atenderam o Autor deram-lhe notícia da Oferta Pública de Troca, tendo-lhe sido explicados todos os contornos da operação e deram-lhe a conhecer, entre o mais, que, do que se tratava, era de trocar, querendo, as obrigações por ações do próprio Banco, segundo um rácio de troca que à data, lhe não causava qualquer prejuízo e até lhe valorizava a aplicação em capital uma vez que as obrigações, porque só seriam reembolsadas no vencimento, que era em SET2018, estavam cotadas no mercado secundário a um valor algo inferior ao valor de mercado das ações do Banco que receberia em troca (artigo 16º da contestação);

4. Que, dizendo isto, disseram-lhe ainda e tornaram-no bem consciente de que as ações que recebesse em troca eram ações representativas do capital do próprio Banco e, como tal, sujeitas ao risco de variarem de cotação que, podendo envolver subida, também podia envolver descida (artigo 17º da contestação);

5. Que o Autor sabia, aliás, desta possibilidade de variação, para cima ou para baixo (artigo 18º da contestação);

6. Que o Autor, inequivocamente consciente do risco de hipotética baixa de cotação, que lhe foi, repita-se, explicado, declarou aceitar a troca (artigo 19º da contestação);

7. Que o Autor, ficando ciente disto, ciente ficou, como aliás já estava, que se quisesse vender as ações que recebia em troca das obrigações podia fazê-lo em qualquer altura e designadamente logo a seguir à troca porque as mesmas tinham na bolsa grande liquidez, por ser o título mais líquido, como ainda é, da Bolsa em Portugal (artigo 20º da contestação);

8. Que a expectativa do mercado era de subida (artigo 22º da contestação);

9. Que, nesta ocasião e depois de o Autor ter declarado querer aceitar a troca, os

funcionários que o atenderam fizeram entrega do denominado Boletim de Aceitação da Oferta (artigo 24º da contestação);

10. Que, já de posse do Boletim, os funcionários explicaram ao Autor o seu conteúdo – conteúdo que incluía as condições e os riscos de que instantes antes os funcionários tinham posto o Autor ao corrente e de que lhe voltaram a falar, alertando-o para o risco das ações e, designadamente, para o risco de baixa de cotação (artigo 25º da contestação);

11. Que o Autor, voltando a dizer que queria a troca que lhe era proposta, mesmo conhecedor dos riscos inerentes, após então resolutamente a sua assinatura na última página do Boletim (artigo 26º da contestação);

12. Que o Autor o fez, sabendo e consciente do que assinava (artigo 27º da contestação);

13. Que os funcionários do Réu explicaram ao Autor o teor do próprio boletim, tendo este ficado perfeitamente conhecedor de que tinha investido em ações do próprio Banco, cujo risco de diminuição ou perda de valor conhecia, tanto como sabia que em vez de baixarem de cotação, podiam subir (artigo 29º da contestação);

Todos os restantes factos descritos nos articulados, bem como os aventados na instrução da causa, distintos dos considerados provados – discriminados entre os “factos provados” ou considerados na “motivação” (aqui quanto aos instrumentais) –, resultaram não provados.

*

A convicção do tribunal que determinou a precedente decisão resultou da seguinte análise da prova:

A audiência de julgamento iniciou-se com o depoimento de parte do Autor.

No essencial, confirmou o teor da petição inicial, salvo um ou outro pormenor irrelevante.

Adicionalmente, referiu que concluiu a segunda classe em Cabo Verde e que em 1990 emigrou para a Suíça e reiterou a sua grande confiança no banco Réu, sem qualquer problema ao longo de vários anos.

Frisou que jamais pediu e jamais pediria para especularem com o seu dinheiro e que se lhe falassem nisso, recusaria.

Inquirido a respeito do que é uma obrigação subordinada, nada soube dizer.

As suas palavras, pese embora algum nervosismo e a pouca capacidade discursiva, foram coerentes e convincentes.

Apresentou-se em audiência cooperante, procurou esclarecer o Tribunal e respondeu de forma espontânea e genuína. Foi visível o seu empenho em habilitar o Tribunal a perceber o que se passou.

As suas palavras foram naturalmente analisadas com muita cautela, em face da sua posição e interesse na causa.

E o relato que fez dos acontecimentos afigurou-se-nos sólido e consistente, confirmando assim a versão dos factos alegada na petição inicial.

Foi igualmente tido em conta, para fixação da matéria de facto provada, o depoimento da testemunha F..., que, no essencial, reiterou as palavras do Autor, com quem é casada.

Seguidamente, o depoimento da testemunha D..., funcionária do Réu, desempenhando atualmente as funções de subdiretora de sucursal.

Referiu que é funcionária bancária há 22 anos e que contactou diversos clientes do Réu, entre os quais o Autor, por telefone, acrescentando que explicou-lhes sempre tudo muito direitinho, de forma pormenorizada, designadamente que as ações subiam e desciam e que se podia ganhar ou perder.

Até aqui, o relato dos acontecimentos desta testemunha afigurou-se-nos coerente e convincente.

Porém, na parte final do seu depoimento, esta testemunha optou por uma postura mais cautelosa, com evidente e demasiada ponderação, aderindo sem grande convicção à versão dos factos apresentada pelo banco Réu, que a arrolou como testemunha, o que inquinou a sua credibilidade: Desde logo, referiu e reiterou que o Autor fala português sem qualquer dificuldade, realidade que não se verifica e da qual frontalmente discordamos. Por outro, afirmou que esclareceu todas as dúvidas que o Autor lhe transmitiu, mas acabou por não indicar uma única, com o rigor e segurança exigíveis nesta sede ...

Foi ainda confrontada com uma afirmação da testemunha F..., que referiu em audiência que esta testemunha lhe disse que a culpa da desvalorização das poupanças era da Grécia e que tinha sido o Estado (leia-se Estado Português) a fazer isso, dizendo não se recordar se lhe tinha dito isso ou não, sendo visível o seu grande nervosismo nesta resposta ...

E, finalmente, também não soube precisar quantos contactos tinha tido com o Autor ...

Mas há mais: quando lhe foi perguntado se o Autor teria entendido o que lhe disse, esta testemunha, em primeiro lugar, hesitou. Só depois de evidente ponderação, mas, ainda assim, de forma atabalhoada, afirmou que o Autor não ficou com dúvidas. Ora, foi óbvio, pelo seu depoimento de parte, que o Autor (à semelhança da sua mulher, a testemunha F...) já não possui grande capacidade oratória na língua portuguesa, denotando inclusivamente falta de vocabulário e uma lógica de construção de frases pouco perceptível, certamente devido à sua escolaridade rudimentar e à sua permanência na Suíça há vários anos.

Daí que não se pode atribuir credibilidade a esta testemunha, quando refere com grande segurança que o Autor a entendeu bem e que não ficou com dúvidas. Do nosso modo de ver, esta testemunha procurou fazer valer em audiência uma versão dos factos mais favorável à parte que a arrolou, a sua entidade empregadora, o que retirou credibilidade ao seu depoimento.

A última testemunha inquirida, E..., não demonstrou conhecer com rigor e profundidade qualquer facto relevante.

O Tribunal considerou ainda a diversa documentação constante dos autos:

- folhas 9 verso e 10: gráfico relativo à posição integrada do Autor no Réu com referência à data de 23ABR2014;
- folhas 10 verso e 11: extrato combinado datado de 30JAN2015;
- folhas 11 verso e 12: missiva dirigida pelo banco Réu ao Autor, datada de 26MAI2015, alusiva à oferta pública de troca a que se referem os pontos 12) e 13) dos factos provados;
- folhas 12 verso e 13: extrato combinado datado de 30JUN2015;
- folhas 13 verso: ordem de venda de ações, com a assinatura do Autor e com a data de 27MAI2015;
- folhas 14 a 15 verso: boletim de aceitação da oferta pública de troca de valores mobiliários emitidos pelo C... e pelo C4..., assinado pelo Autor e com a data de 27MAI2015, relativo à troca de 880 obrigações por ações do C...;
- folhas 16 e 16 verso: missiva dirigida pelo Autor ao Réu, datada de 8DEZ2016;
- folhas 17: missiva dirigida pelo Réu ao Autor, em resposta à anterior, datada de 9FEV2017;
- folhas 17 verso e 18: extrato combinado datado de 30NOV2015;
- folhas 122 verso: missiva dirigida pelo Réu ao Autor, datada de 19NOV2007, classificando-o como “investidor não profissional”.

*

Em suma, a versão dos acontecimentos retratada na petição inicial logrou adesão probatória, nos termos expostos, convencendo assim o Tribunal da sua verificação, sobretudo pela consideração favorável do depoimento de parte do Autor e da testemunha que arrolou, em face do relato sólido e consistente dos acontecimentos. Também se considerou para fixação da matéria de facto provada – quer da petição inicial, quer da contestação – o depoimento da testemunha D..., no segmento em que o mesmo se revelou credível.

No mais, pelos motivos já abordados, o seu depoimento não pode ser tido em conta.

Em todo o caso, as palavras do Autor e da testemunha F... e desta testemunha foram analisadas e conjugadas, necessariamente, com o pano de fundo das regras da experiência comum e das máximas da vida.

Os demais depoimentos não assumiram grande peso na decisão tomada a propósito da factualidade alegada pelas partes.

Os documentos espelham objetivamente o seu teor.

A ausência de prova explica a matéria de facto não provada.

Um considerando final: A prova nunca é uma certeza lógica, mas tão-só o (alto) grau de probabilidade, tido por suficiente para as necessidades práticas da vida. Por isso que, quando houve, quanto à realidade de alguns factos, divergências nos diversos depoimentos produzidos, e quando não mereceu maior credibilidade um que outro, suscitando-se assim uma dúvida relevante, houve que fazer recurso ao critério estabelecido no artigo 414º do Código de Processo Civil.

Todos os “meios de prova” foram entrecruzados e confrontados entre si, fazendo-se sobrelevar os seus pontos de coerência e, da sua ponderação global, retirando-se – sempre que adequado – as inerentes ilações e pertinentes presunções judiciais.

*

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: (i) *indicar os factos impugnados*; (ii) *a prova de que se pretende fazer valer*; (iii) *identificar o vício do julgamento de facto*, o qual se encontra expresso na motivação probatória. Nesta última vertente assume particular relevância afastar a prova ou o sentido conferido pelo tribunal recorrido, demonstrando que o julgamento dos factos foi errado, devendo o mesmo ser substituído por outros juízos, alicerçados pela prova indicada pelo recorrente.

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 ónus de impugnação, sendo através do mesmo que se fixam os pontos da controvérsia, possibilitando-se o seu conhecimento pela Relação, que *formará a sua própria convicção* sobre a factualidade impugnada (Acs. STJ de 04/mai./2010, Cons. Paulo Sá; 14/fev./2012, Cons. Alves Velho, www.dgsi.pt). 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) NCPC), alargando estes para o reexame da factualidade impugnada (**recurso de apelação ampliada**). Mas em ambas as situações, 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 for de conhecimento oficioso (Ac. STJ de 11/dez./2012, Cons. Alves Velho, www.dgsi.pt).

*

O recorrente Banco suscita o reexame da matéria de facto em dois momentos distintos e relativamente a factualidades igualmente diferenciadas. Assim, na sua 14.ª conclusão impugna os pontos 6, 7, 8 dos factos provados, a partir do que está assente no item 9, bem como do extracto de 31/jan./2015, bem como dos depoimentos das testemunhas F... (min. 00:54 a 01:25 e min. 31:53 a 32:25) e de D... (min. 04:46 a 08:41 e min. 09:13 a 11:26). Mais adiante na sua conclusão 18) sustenta que “No provimento desta subsidiária ampliação do objecto do recurso, devem, assim, terem-se por não provados os factos dados por provados na sentença sob os números 6, 7, 8, 10, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24,25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34 e 35 do elenco dos factos dados por provados e como provados os factos dados por não provados sob os números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12 e 13 do respectivo elenco”, não indicando qualquer depoimento, mediante transcrição, mediante o qual se possa chegar à sua impugnação – estando parte destes itens no elenco anterior. A propósito tece unicamente considerações da atendibilidade das declarações de parte, não sendo de atender à mesma, quando esta não surge corroborada. Vejamos distintamente cada uma destas impugnações.

*

No que concerne à 1.ª tranche dos factos impugnados e começando com o depoimento transcrito da testemunha F..., esposa do autor, podemos constatar que a mesma nada adiante sobre a positividade da matéria impugnada, tanto mais que não assistiu à conversa existente entre este último e a outra testemunha gerente de conta daquele outro, aquando da subscrição das ações do R. Banco. No que concerne ao depoimento da testemunha D..., reconhecemos que o Tribunal recorrido não concedeu credibilidade ao mesmo, chegando a tecer a seguinte motivação probatória: “Daí que não se pode atribuir credibilidade a esta testemunha, quando refere com grande segurança que o Autor a entendeu bem e que não ficou com dúvidas. Do nosso modo de ver, esta testemunha procurou fazer valer em audiência uma versão dos factos mais

favorável à parte que a arrolou, a sua entidade empregadora, o que retirou credibilidade ao seu depoimento”. Por outro caminho segue o Banco recorrente ao sustentar na sua 11.ª) conclusão de que “O depoimento prestado pela testemunha do Banco, D... de seu nome, ao contrário do erradamente referido na sentença recorrida, é inteiramente sólido, merecendo ser ponderado no sentido de conferir crédito à versão dos factos apresentada pelo Banco C...”. No entanto, será de convir que a motivação probatória da sentença recorrida faz ainda apelo às declarações de parte do A. B... para sustentar os factos provados.

Convenhamos que as versões do A. B... e da testemunha D... são diametralmente opostas quanto ao cerne da factualidade controvertida, mormente o que foi revelado ao primeiro pela segunda aquando daquela assinatura. Porém, muito embora existam divergências, também não deixam de existir convergências, designadamente a data em que foi assinado o documento designado por “Ordem de compra/Venda de Instrumentos Financeiros”, constante a fls. 13v., o qual foi assinado pelo primeiro na presença da segunda. Nas suas declarações o A. B..., o qual começou por declarar ser “operador de machine” [00:18 – 00:20], afirmou, entre outras coisas, que aquela testemunha no decurso de uma conversa telefónica ocorrida antes dessa “assinatura”, ter-lhe-á dito e transcrevendo a suas palavras: “vou mandar uma carta que nosso diretor propôs para mandar a todos os clientes para assinar um papel para recuperar os 5.000,00 euros” [05:03 – 05:17], esclarecendo que iria a Portugal, não tendo assinado a carta na Suíça [05:58]. E quando relatou o que então ocorreu quando esteve na agência do Banco R. em Portugal [06:18 – 06:30] afirmou o seguinte: “É para assinar aqui [06:20]. Assinei ela tirou fotocópia, tirou cópia, deu-me de volta e mais nada”, sustentando mais à frente que “nunca falámos de ações” [12:33 – 13:39]. No que concerne ao anterior investimento através de obrigações [23:21 – 23:30], referiu a dado momento o seguinte “Obrigações? Não sabia o que era isso” [26:23], dando a entender que procurava sempre uma “poupança segura”. Por sua vez, o depoimento da testemunha D..., subdiretora da sucursal de ... do C..., sendo na ocasião gestora de clientes na sucursal da ..., licenciada em matemáticas aplicadas, primou no seu depoimento, quando estava a ser instada pelo advogada do R. Banco, pela afirmação “exactamente” [03:45, 03:47, 03:54, 04:14, 04:18, 04:23; 05:45-05:49, 05:55, 06:48, 07:43, 07:52, 08:08, 10:46, 13:09 - 13:11, 13:42, 13:55, 14:35, 14:43, 14:48, 15:24, 15:48, 16:22, 16:34, 17:11, 18:31, 18:46, 18:56, 19:24, 20:01, 20:02, 20:10, 20:21, 20:27, 20:40], já para não falar no “sim” ou “sim, sim”, “claro que sim” [04:24, 04:37, 14:49, 16:11, 20:31]. Aliás, tal ocorreu em virtude de algumas das perguntas então formuladas pelo mesmo Senhor advogado serem manifestamente sugestivas, como sucedeu quando leu o próprio articulado do R. Banco, questionando do seguinte modo: “A funcionária que atendeu o A. deu-lhe notícia da oferta pública, tendo-lhe explicado a operação tal qual como ela era, que era trocar obrigações por ações?” “Exatamente” “Ele sabia o que era obrigações por ações, tinha consciência?” “Exatamente” [12:28 – 12:46]. Ora, este tipo de inquirição contende com o artigo 516.º, n.º 3 do NCPC, no qual se estipula que **“O juiz deve obstar a que os advogados tratem desprimorosamente a testemunha e lhe façam perguntas ou considerações impertinentes, sugestivas, capciosas ou vexatórias”** – sendo nosso o negrito. E quando o tribunal recorrido se mantém passivo perante uma inquirição sugestiva, que se prolonga ao longo de 20 minutos, a Relação quando está perante a impugnação da matéria de facto, a qual tem essencialmente por base tal depoimento, terá que desvalorizar o mesmo, porquanto não existiu propriamente uma narração espontânea dos acontecimentos, mas antes um incentivo persuasor para uma certa e precisa resposta.

No entanto, esta testemunha chegou a afirmar que “todas estas operações têm que ser presenciais, pela complexidade delas” [09:11 – 09:43], “ele sabia o que era” [12:06], mas em nenhum momento mencionou o que em concreto lhe foi explicitado, mormente quando está em causa uma pessoa, com a 2.ª classe. E esta Relação também constata que tal afirmação está em contradição com os próprios documentos do R. Banco, designadamente quando o mesmo enviou para o A. uma missiva cujo assunto era “OFERTA PÚBLICA DE TROCA”, datada de 26/mai./2015, a fls. 12v, onde numa única página publicitava essa oferta e apresentava na parte final um destacável que bastava assinar e enviar ao R. Banco, de modo a subscrever tais ações, que corresponde ao seguinte:

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

Como se pode constatar não existe qualquer explicitação dos riscos desta oferta e muito menos que esses esclarecimentos fossem dirigidos à pessoa concreta do A., tratando-se antes de um puro expediente publicitário, mas cuja consequência com uma

mera aposição de assinatura conduzia à subscrição de tais ações. Ora informar passa por comunicar, colocar em comum, o que aqui não aconteceu, como decorre das declarações de parte do autor, ao sustentar que nada lhe foi explicitado, e do próprio testemunho de D..., porquanto a mesma em nenhum momento precisou o que foi esclarecido àquele. Aliás, o próprio documento que foi posteriormente assinado pelo autor também nada explícita em concreto e numa linguagem acessível quanto aos riscos da operação, veiculando apenas generalidades, como ocorre com a seguinte passagem “Compreendo os riscos envolvidos e possuo todas as informações necessárias para uma tomada de decisão esclarecida e fundamentada”. Mas que riscos estavam envolvidos? Quais as informações necessárias que foram prestadas? Nada disso consta do documento, sendo antes um documento tabular, como resulta da seguinte passagem:

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

No entanto, encontramos algumas advertências dirigidas ao investidor no boletim de aceitação de oferta fls. 14-15, sendo certo que este documento é composto por 3 páginas, que o A. também assinou. Porém e como constatamos este documento está redigido em letras minúsculas, de tamanho reduzido, surgindo a referida assinatura do A. na última folha, com um x antes da mesma, de modo a indicar onde o mesmo devia assinar, sendo esse assinalamento desnecessário se o autor tivesse lido efetivamente esse escrito. Desse documento destacamos as seguintes passagens:

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

Ora daqui não resulta que o A. tenha lido este texto e, muito menos, que ao ler percebeu o que estava a assinar. Aliás, a linguagem utilizada é bastante esotérica para uma pessoa com as habilitações literárias do A.. Como exemplo será de questionar o que significa para uma pessoa com a 2.ª classe que “O preço de mercado das Ações C... é e pode ser volátil”? Certamente que nada. E para se perceber o nível de (i)literacia da pessoa que em concreto está aqui em causa, transcrevemos a seguinte passagem da sua exposição de 08/dez./2016 dirigida ao R. Banco:

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

Basta atentar na linguagem do documento emanado pelo R. Banco e confrontar o mesmo com o documento oriundo do A., para se perceber a distância de alfabetismo que vai entre um e outro, a que acresce a disparidade entre as habilitações da representante do R. Banco e aqui testemunha (licenciada em matemáticas aplicadas) e o próprio A. (2.ª classe). Nestes casos, a exigência de esclarecimento é muito maior e a testemunha D..., na ocasião gerente da conta do A., não soube precisar e esclarecer no seu depoimento o que na ocasião informou a este último, ficando a sua versão dos acontecimentos por generalidades, para além dos já referidos 36 (trinta e seis) “exactamente”. Assim e perante a versão distinta apresentada pelo A., por um lado, e pela referida testemunha, por outro lado, os documentos anteriormente referenciados fazem propender a convicção probatória desta Relação, para aquela primeira versão, incluindo o facto do mesmo nem sequer saber o que são obrigações e muito menos subordinadas. Assim e em suma, a convicção probatória desta Relação, conjugando todos os depoimentos prestados e não apenas os indicados pelo R. Banco, que foram integralmente auditados e conjugados com a prova testemunhal, vão no sentido que o A. tinha uma plena relação de confiança com o R. Banco, bastando para eventuais opções de rentabilização dos seus “depósitos bancários” ser “aconselhado” pelo banco para seguir tais sugestões – naturalmente com previsões de ampliação do seu capital. E quando aconselhado pelos representantes ou colaboradores do R. Banco, era natural que perante uma relação de acentuada confiança que o A. aceitasse tais propostas, sem que, no entanto, soubesse o que estava a aceitar. E numa pessoa originária de Cabo Verde, que vem para Portugal e depois vai trabalhar para a Suíça, como “operador de machine”, o que o mesmo espera é manter as suas poupanças seu capital, resultado das suas poupanças e do esforço do seu trabalho, depositado e aforrado no banco. Nada mais. Daí que e sem necessidade de mais considerações, esta primeira tranche de factos impugnada mantenha-se tal como ficou provado em 1.ª instância.

*

No que concerne à segunda tranche de factos impugnados, que correspondem aos itens 6, 7, 8, 10, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24,25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34 e 35 dos factos provados e itens 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12 e 13 dos factos não

provados, importa tecer algumas considerações prévias sobre a relevância das declarações de parte, no contexto da livre apreciação da prova, sendo certo que os itens 6, 7 e 8 já foram apreciados.

O NCPC preceitua no seu 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, acrescem-se ainda os de natureza substantiva elencados no Código Civil, como os de natureza 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 NCPC), com destaque para a prova ilícita (417.º, n.º 3 NCPC). Mas também existem outros condicionantes, estes até mais fortes, porquanto decorrem dos direitos humanos e constitucionais, como sucede com o direito 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, 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, nem 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) – como seja o da legalidade das provas –, como ainda condicionado pelos critérios legais que disciplinam a sua instrução (b), estando, por isso, submetido às 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 dos factos, incluindo a sua análise crítica, seja motivado (c).

O que está aqui essencialmente em causa é a valoração das declarações de parte e a sua relevância probatória. A possibilidade das declarações de parte surge no seguimento da Reforma de 1995 (Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12/dez.; DR I-A, n.º 285) do então Código Processo Civil de 1961. Assim, no então reformulado artigo 266.º passou-se a consagrar o princípio da cooperação, preceituando-se n.º 2 que “O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-se a fornecer esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência”. Mais acrescentou-se no subsequente n.º 3 que “As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhe forem pedidos, sem prejuízo do n.º 3 do artigo 519.º”. A propósito, será ainda de referir que tais normativos deveriam ser conjugados com o princípio da livre apreciação da prova, então da previsão do artigo 655.º, n.º 1 do então Código de Processo Civil – que agora corresponde ao citado 607.º, n.º 5 do NCPC.

Na ocasião e a partir essencialmente daquele bloco normativo, certa jurisprudência passou a sustentar que a par do depoimento de parte, o qual tem em vista a confissão probatória, seria de ponderar as declarações de parte então prestadas, na medida em que estas não traduzam qualquer confissão, podendo o tribunal valorar livremente tais declarações – neste sentido Ac. STJ de 02/out./2003 (Cons. Ferreira Girão), 09/mai./2006 (Cons. João Camilo) e 16/mar./2011 (Cons. Távora Víctor), em www.dgsi.pt. Por sua vez, o NCPC passou a dispor no artigo 466.º, n.º 1 que “As partes podem requerer, até ao início das alegações orais em 1.ª instância, a prestação de declarações sobre factos em que tenham intervindo pessoalmente ou de que tenham conhecimento direto”, aditando no n.º 3 que “O tribunal aprecia livremente as declarações de parte, salvo se as mesmas constituírem confissão”. Este meio de prova foi previamente explanado na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 113/XII do seguinte modo: “Prevê-se a possibilidade de prestarem declarações em audiência as próprias partes, quando face à natureza pessoal dos factos a averiguar tal diligência se justifique, as quais são livremente valoradas pelo juiz, na parte em que não representarem confissão” (Diário da Assembleia da República, II-A, n.º 41, 30/nov./2012, 3.º Suplemento, p. 9).

A propósito, a jurisprudência tem essencialmente sufragado três posições quanto à valoração das declarações de parte, umas mais restritivas e outra nem tanto, surgindo como que mais ampla. De acordo com as teses restritivas, encontramos a posição da corroboração, segundo a qual as declarações de parte apenas seriam

atendíveis se tivessem o mínimo de certificação noutra qualquer elemento de prova (Ac. TRP de 20/nov./2014 e 17/dez./2014, ambos Des. Pedro Martins, sendo que neste último afasta-se essa verificação através de depoimentos indiretos; TRP de 17/dez./2014, Des. Pinto dos Santos), mormente nos casos de divórcio (TRP de 23/abr./2018, Des. Ana Paula Amorim). Ainda na tese da restringência, mas seguindo uma posição de indicição, sustenta-se que estando em causa um facto essencial, as declarações de parte devem estar acompanhadas de outra prova que o sustente ou indicie (TRP de 23/mar./2015, Des. José Eusébio de Almeida; TRP de 20/06/2016, Des. Manuel Domingos Fernandes). Por último, a tese ampla considera que as declarações de parte, enquanto meio de prova, podem e devem ser consideradas, sendo valoradas livremente pelo tribunal, conjugando-a com as demais provas produzidas, sem qualquer hierarquização (Ac. TRL de 26/abr./2017; Des. Pires de Sousa; TRP de 26/out./2017, Des. Rita Romeira).

A propósito e uma vez que o Código Civil não estabeleceu qualquer regime substantivo das declarações de parte, enquanto meio de prova, podemos acolher que tais declarações apenas têm relevo se incidirem sobre factos em que a parte tenha intervindo pessoalmente ou sejam do seu conhecimento direto, trata-se, por isso, de *prova direta*. Por sua vez, as declarações de parte, como qualquer outra prova oral, não se convertem automaticamente numa demonstração imediata e suficiente dos factos a provar, trata-se antes de uma *prova habilitada*, cuja valoração está sujeita à livre apreciação do tribunal, pelo que à partida e não existindo qualquer condicionante legal e constitucional de prova, está sujeita à livre apreciação do tribunal, mormente à sua análise crítica, como decorre expressamente do citado artigo 466.º, n.º 3 NCPC. Para o efeito, será de submeter as declarações de parte, como qualquer outra prova oral, a um standard de valoração judicial, que passa pela sua credibilidade subjetiva (a), designadamente a sua razão de ciência e os seus interesses (pessoal, profissional ou qualquer outro), a credibilidade objetiva (b), mormente no confronto com prova pré-constituída, a verosimilhança da sua versão (c), tanto ao nível da coerência narrativa, do contexto descritivo e eventual corroboração periférica.

Retomando o caso em apreço, não será de afastar desde logo as declarações de parte do A. apenas porque o mesmo reveste essa condição de parte, tanto mais que a sua versão dos acontecimentos está perifericamente corroborada pelos próprios documentos do R. Banco, onde consta a assinatura daquele. Temos é que submeter esses documentos igualmente a uma análise crítica, como anteriormente já deixámos expresso. No entanto, no seguimento das anteriores considerações expendidas no reexame da 1.ª tranche dos factos provados e uma vez que o A. assinou o boletim de aceitação de oferta fls. 14-15, ainda que o tenha efectuado sem estar esclarecido do que estava a subscrever, haverá que reformular alguns dos factos provados e não provados. Nesta conformidade e sem prejuízo da improcedência da generalidade da impugnação da matéria de facto, impõe-se que a redação dos itens 15), 16), 19), 20) 23), 24), 25), 30) e 33) dos factos provados (fp) e 11 dos factos não provados (fnp) seja reformulada nos seguintes termos:

15 fp. O Autor jamais autorizou ou permitiu de forma esclarecida a troca das suas 880 obrigações poupança taxa fixa – capital garantido no valor de €46.250 – “C2...” por ações do Réu, limitando-se a apor a sua assinatura na última página do Boletim de Aceitação de Oferta de fls. 14-15, datado de 27/mai./2015 (artigo 13º da petição inicial, artigo 26º da contestação).

16 fp. O Réu na sequência do anteriormente referido no item 15, trocou as referidas 880 obrigações por 488010 ações, com o valor de mercado, em 15JUN2015, de €38.064,68 (trinta e oito mil e sessenta e quatro euros e sessenta e oito cêntimos) (artigo 14º da petição inicial).

19. fp. O Autor nunca autorizou nem deu qualquer ordem que tivesse por base uma informação antecipada e precisa do que estava a subscrever em MAI e JUN2015 para efectuar a troca das suas obrigações por ações, sem prejuízo do referenciado no item 15 dos factos provados (artigo 17º da petição inicial)

20. fp. E isto porque a gerente de conta do Réu nunca lhe prestou quaisquer esclarecimentos claros e precisos sobre o produto que vendeu ao Autor, jamais tendo informado o Autor do valor das ações, do significado da volatilidade do mercado, do risco de perdas e ganhos associados a tal produto financeiro (artigo 18º da petição inicial).

23. fp. Mas aquando do anteriormente referenciado em 22) o Autor nunca deu ordem à funcionária do Réu para comprar ações (artigo 21º da petição inicial).

24. fp. Na sequência da subscrição do Boletim de Aceitação de Oferta de fls. 14/15 e anteriormente mencionado em 15 dos factos provados, a quantia de €46.250 da conta do Autor, foi colocada em ações do Réu, sem que o autor soubesse em concreto o que eram tais ações, qual a sua rentabilidade e risco associado (artigo 22.º da petição

inicial)

25. fp. Quando o Autor veio a Portugal foi-lhe pedido pela gerente de conta que assinasse uma ordem de venda de 488009 ações, com data de 27MAI2015 (artigo 23º da petição inicial).

30. fp. Quando o Autor assinou os documentos referidos em 25) e 26) foi efetuada a venda das suas obrigações (artigo 29º da petição inicial).

33. fp. O Autor ficou convencido, quando assinou os documentos a que se referem os pontos 25) e 26), que os seus €46.250, de poupanças, não iriam ser investidos em produtos de risco (artigo 32º da petição inicial).

11 fnp. Que quando o Autor após a sua assinatura referenciada em 15 dos factos provados, fê-lo de modo resoluto, voltando a dizer que queria a troca que lhe era proposta, mesmo conhecedor dos riscos inerentes, (artigo 26º da contestação)

*

b) Prescrição do direito

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), estabelece no seu artigo 324.º, n.º 2 que “Salvo dolo ou culpa grave, a responsabilidade do intermediário financeiro por negócio em que haja intervindo nessa qualidade prescreve decorridos dois anos a partir da data em que o cliente tenha conhecimento da conclusão do negócio e dos respectivos termos.” Por sua vez, o Código Civil preceitua no seu artigo 309.º que “O prazo ordinário de prescrição é de vinte anos”.

A jurisprudência e perante a literalidade daquele segmento normativo, tem sustentado que o referenciado prazo específico de prescrição de 2 (dois) anos não se aplica quando haja dolo ou culpa grave por parte do intermediário financeiro, estando nestas situações sujeito ao prazo ordinário de 20 anos – neste sentido e entre outros o Ac. STJ 10/abr./2018 (Cons. Fonseca Ramos), assim como os Ac. TRP de 06/mar./2018 (Des. Rodrigues Pires), 10/abr./2018 (Des. Carlos Querido), 30/mai./2018 (Des. Maria Cecília Agante), 11/out./2018 (Des. Inês Moura).

Ora perante os factos provados nos itens 12 a 20, agora estabilizados, consta que o A. não assinou nem devolveu a carta de maio/junho de 2015 e quando subscreveu a oferta pública de troca de valores mobiliários subordinados (itens 12 a 14), não estava devidamente esclarecido do que estava a subscrever e quais os possíveis impactos futuros que daí podiam advir (itens 15, 16, 18, 19, 20), designadamente informações sobre o risco de perda de ações (itens 17, 20, 33). Nesta conformidade e uma vez que o R. Banco actuou, no mínimo, com culpa grave, o prazo de prescrição que está aqui em causa é de vinte anos, da previsão do artigo 309.º do Código Civil, e não de dois anos do artigo 324.º, n.º 2 do CVM., pelo que nesta parte o recurso do A. terá que proceder.

*

c) A relevância da relação contratual entre as partes e o seu cumprimento

i) A relação contratual

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.) – na apreciação desta e demais questões seguiremos de perto o Ac. TRP de 07/fev./2019, www.dgsi.pt. 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 aprover” (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 objeto 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, 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 objeto 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, podemos constatar que a relação originária entre o A. e o R. Banco era essencialmente bancária e não de investimento mobiliário, passando a sê-lo quando este último passou vender obrigações e ações ao balcão das suas sucursais.

*

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 objetiva, 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 projeto 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 objetiva*, 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 proteção 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 conexos, 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, não este último diploma aqui aplicável), 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).

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 objetiva, 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 atual 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 objetivo 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 atividade 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 2015. Na disciplina dessa atividade e na sequência das exigências reafirmadas e aperfeiçoadas pelo Decreto-Lei n.º 1/2008, de 03/jan., passou a estipular-se 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**” – sendo nosso o negrito, agora e adiante. Por sua vez, no atual 75.º, respeitante ao critério de diligência, 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”.

Mais adiante 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. Acrescentou-se no artigo 77.º, respeitante ao dever de informação e de assistência, e no seu n.º 1 “As instituições de créditos devem informar os clientes sobre a remuneração que oferecem pelos fundos recebidos e os elementos dos produtos oferecidos, bem como sobre o preço dos serviços prestados e outros encargos a suportar pelos clientes”. 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.

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 objeto da sua atividade, impondo a sua responsabilização quando infringjam a respetiva 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. Na leitura da jurisprudência holandesa, este especial dever de cuidado (*bijzondere zorgplicht*) tem sido densificado em três vetores: (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.

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 que 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 vetores 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, na actual redação 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 *objetivos* 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 proteção do cliente e também da preservação da eficiência do mercado, o artigo 309.º do CVM n.º 1, por via do Decreto-Lei n.º 357-A/2007, de 31/out. (DR I, n.º 201), 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” enquanto no n.º 2 estabelece 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 – 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 no seu n.º 1, na redação conferida pelo Decreto-Lei n.º 357-A/2007, de 31/out., 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).

*

No caso em apreço, temos de atender à factualidade provada nos itens 7, 8, 12 a 17, 19, 20, 23, 24 e 33 que atenta a reformulação descritiva desta Relação, passou a ter a seguinte redação:

7. Sempre o Autor transmitiu aos funcionários do Réu, gerentes da sua conta, que não pretendia efetuar qualquer investimento ou aplicação sem garantia de capital e que apenas investia se houvesse garantia de capital seguro (artigo 7º da petição inicial).

8. Sempre foram assim tratadas as poupanças do Autor (artigo 8º da petição inicial).

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

12. Em MAI/JUN2015 o Autor recebeu em sua casa uma carta enviada pelo Réu, dizendo que o Réu anunciou uma oferta pública de troca de valores mobiliários subordinados por ações do Réu (artigo 11º da petição inicial).

13. Tal carta continha um destacável para ser assinado pelo Autor, acordando na troca proposta (primeira parte do artigo 12º da petição inicial).

14. O Autor não o assinou nem o devolveu ao Réu (segunda parte do artigo 12º da petição inicial).

15. O Autor jamais autorizou ou permitiu de forma esclarecida a troca das suas 880 obrigações poupança taxa fixa – capital garantido no valor de €46.250 – “C2...” por ações do Réu, limitando-se a apor a sua assinatura na última página do Boletim de Aceitação de Oferta de fls. 14-15, datado de 27/mai./2015 (artigo 13º da petição inicial, artigo 26º da contestação).

16. O Réu na sequência do anteriormente referido no item 15, trocou as referidas 880 obrigações por 488010 ações, com o valor de mercado, em 15JUN2015, de € 38.064,68 (trinta e oito mil e sessenta e quatro euros e sessenta e oito cêntimos) (artigo 14º da petição inicial).

17. O Réu foi intermediário financeiro na aquisição das supra mencionadas ações, através da gerente de conta do Autor, não tendo a gerente dado informações sobre o produto em causa, ocultando assim ao Autor o risco de perda de valor subjacente às ações (artigo 15º da petição inicial).

.....
.....

.....
19. fp. O Autor nunca autorizou nem deu qualquer ordem que tivesse por base uma informação antecipada e precisa do que estava a subscrever em MAI e JUN2015 para efectuar a troca das suas obrigações por ações, sem prejuízo do referenciado no item 15 dos factos provados (artigo 17º da petição inicial)

20. fp. E isto porque a gerente de conta do Réu nunca lhe prestou quaisquer esclarecimentos claros e precisos sobre o produto que vendeu ao Autor, jamais tendo informado o Autor do valor das ações, do significado da volatilidade do mercado, do risco de perdas e ganhos associados a tal produto financeiro (artigo 18º da petição inicial).

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

23. fp. Mas aquando do anteriormente referenciado em 22) o Autor nunca deu ordem à funcionária do Réu para comprar ações (artigo 21º da petição inicial).

24. fp. Na sequência da subscrição do Boletim de Aceitação de Oferta de fls. 14/15 e anteriormente mencionado em 15 dos factos provados, a quantia de €46.250 da conta do Autor, foi colocada em ações do Réu, sem que o autor soubesse em concreto o que eram tais ações, qual a sua rentabilidade e risco associado (artigo 22.º da petição inicial)

33. O Autor ficou convencido, quando assinou os documentos a que se referem os pontos 25) e 26), que os seus €46.250, de poupanças, não iriam ser investidos em produtos de risco (artigo 32º da petição inicial).

Perante esta factualidade, não podem restar quaisquer dúvidas que o R. Banco violou os mais elementares deveres de informação em relação ao A., enquanto seu cliente bancário, um típico aforrista, não só no exercício da sua atividade bancária, mas também enquanto intermediário financeiro.

*

Na responsabilização civil desta conduta omissiva do dever de informação, preceitua-se no artigo 304.º - A, 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”, referindo o seu n.º 2 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 sustentado 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 304.º-A, podemos constatar que o mesmo consagra expressamente a compensação do *dano consequência*. E isto porque o texto daquele segmento normativo refere-se precisamente aos “danos causados a qualquer pessoa em consequência ...”, como seja pela violação dos deveres respeitantes à organização e ao exercício da sua atividade e não ao dano resultado daí decorrentes. Assim, o nexos de causalidade material e jurídica exigido pelo artigo 563.º do Código Civil centra-se nas consequências decorrentes da violação do dever de informação – neste sentido Ac. STJ de 18/set./2018, Cons. Salreta Pereira, 11/dez./2018, Cons. Ana Paula Boularot. No entanto, tem surgido ultimamente um posicionamento no STJ no sentido de que está em causa um *dano resultado*, devendo este surgir mediante um intenso nexos de causalidade com aquele dever de omissão de informação esclarecida, chegando a sustentar-se a tradicional versão da *conditio sine qua non* – neste sentido Ac. STJ de 05/mai./2018 (Cons. Sousa Lameira), 11/out./2018 (Cons. Maria do Rosário Morgado), 24/jan./2019 (Cons. Abrantes Galdes), 26/mar./2019 (Cons. Alexandre Reis) e 13/set./2019 (Cons. Sousa Lameira), todos em www.dgsi.pt.

Por sua vez, o Código Civil estipula no seu artigo 805.º, n.º 1 que “O devedor só fica constituído em mora depois de ter sido judicial ou extra-judicialmente interpelado para cumprir”, consagrando-se no subsequente artigo 806.º, n.º 1 que “Na obrigação pecuniária a indemnização corresponde aos juros a contar do dia da constituição em

mora”, estando, por isso, a determinação do prejuízo prefixada. De acordo com o artigo 559.º, n.º 1 do Código Civil “Os juros legais e os estipulados sem determinação de taxa ou quantitativo são os fixados em portaria conjunta dos Ministros da Justiça e das Finanças e do Plano”, pelo que a taxa de juros legal é de 4 % ao ano, de acordo com a Portaria n.º 291/03, de 08/abr.

Perante os factos provados, não restam quaisquer dúvidas que foi a falta de um esclarecimento adequado e personificado dirigido ao A., o qual era da incumbência do R. Banco, que levou aquele a subscrever as mencionadas ações do C..., o qual teve como consequência a perda em 15JUN2015, de € 38.064,68 (trinta e oito mil e sessenta e quatro euros e sessenta e oito cêntimos), conforme decorre dos seguintes factos provados:

16. O Réu na sequência do anteriormente referido no item 15, trocou as referidas 880 obrigações por 488010 ações, com o valor de mercado, em 15JUN2015, de € 38.064,68 (trinta e oito mil e sessenta e quatro euros e sessenta e oito cêntimos) (artigo 14º da petição inicial).

31. E o Autor ficou convicto que a funcionária do Réu colocou o seu dinheiro numa aplicação segura e com as características e garantias de um depósito a prazo, jamais pretendendo comprar ações do Réu (artigo 30º da petição inicial).

32. Nunca foi intenção nem foi vontade do Autor investir em produtos de risco e o Autor sempre informou a sua gerente de conta e os funcionários do Réu que não queria aplicar as suas poupanças em produtos de risco, o que a gerente de conta sabia, pois o Autor já era cliente do Réu há mais de dez anos e nunca comprou quaisquer produtos associados a risco (artigo 31º da petição inicial).

33. O Autor ficou convencido, quando assinou os documentos a que se referem os pontos 25) e 26), que os seus €46.250, de poupanças, não iriam ser investidos em produtos de risco, mas sim integrados na sua conta à ordem (artigo 32º da petição inicial).

Nesta conformidade, o prejuízo do A. consistiu na subscrição de ações a 15/jun./2015, cujo valor foi na ocasião de €38.064,68 (trinta e oito mil e sessenta e quatro euros e sessenta e oito cêntimos), tendo o R. Banco sido citado para esta ação em 29/set./2018 – fls. 21. Daí que o prejuízo do A. não seja os peticionados €44.000 (quarenta e quatro mil euros), nem sejam devidos juros desde 11/jun./2015.

*

Nos termos e fundamentos expostos impõe-se a revogação da sentença recorrida.

*

No provimento recurso, as suas custas ficam a cargo do recorrente e recorrido, na proporção de 14 % para o A. e 86 % para o R. Banco, o mesmo sucedendo com a ação – 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 conceder provimento ao recurso interposto pelo A. B..., alterando-se a matéria de facto na sequência da ampliação do recurso do Réu Banco C..., S.A. e, em consequência, revoga-se a sentença recorrida, condenando-se este último a pagar àquele a quantia de €38.064,68 (trinta e oito mil e sessenta e quatro euros e sessenta e oito cêntimos), acrescidos de juros legais, cuja taxa presente é de 4 % ao ano, desde a citação ocorrida em 29/set./2018 e até integral pagamento.

Custas do recurso a cargo do recorrente e recorrido, na proporção de 14 % para o A. e 86 % para o R. Banco, o mesmo sucedendo com a ação.

Notifique.

Porto, 20 de fevereiro de 2020
Joaquim Correia Gomes
António Paulo Vasconcelos
Filipe Carço