TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO | CÍVEL

Acórdão

Processo	Data do documento	Relator
370/14.3TVPRT.P3	6 de março de 2025	Carlos Cunha Rodrigues Carvalho

DESCRITORES

Intermediação financeira > Contrato de swap > Dever de informação

---

SUMÁRIO

I - A previsão normativa do contrato swap consta do art.2.º, nº1, al.e), do Código dos Valores Mobiliários, código aprovado pelo DL nº489/99, de 13.11, cuja última alteração consta da Lei nº1/2025, de 06-01 (52ª versão).

II - Pelo contrato de swap as partes acordam trocar entre si fluxos de caixa associados a activos financeiros em data futura: «as partes obrigam-se ao pagamento recíproco e futuro de duas quantias, expresso na mesma moeda ou em moedas diferentes, numa ou várias datas predeterminadas, calculadas por referência a fluxos financeiros associados a um determinado activo financeiro subjacente, geralmente uma determinada taxa de câmbio ou juro.»

III - Nos swap de juros os contraentes acordam em, durante um determinado período, proceder a pagamentos recíprocos de juros, determinados com base em diferentes índices, ou de taxa variável/taxa fixa, tendo por referência um dado valor de capital subjacente.

IV - Os swaps são contratos complexos, atípicos, consensuais, aleatórios e diferenciais, consubstanciando um “antídoto face a flutuações monetárias e às taxas de juro».

V - A álea própria do contrato é, pois, em cada caso, a variação das taxas de juros, dos câmbios, dos preços de certas matérias-primas, etc.

VI - A natureza aleatória dos contratos swap não os arreda, em absoluto, da aplicação do instituto previsto no art. 437.º do CC. Todavia, essa natureza, deve reflectir-se de um modo superlativo na apreciação dos requisitos legais do instituto – resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias.

VII - O intermediário financeiro deve informar espontânea e detalhadamente o cliente sobre todas as características do swap, com vista a proporcionar uma decisão de investimento informada e esclarecida.

VIII - O rigor, completude das informações, dependem do grau de conhecimento e experiência dos clientes que pretendam subscrever os instrumentos financeiros, devendo ser tanto maiores quanto menor for o grau de conhecimento do cliente.

TEXTO INTEGRAL

Proc. 370/14.3TVPRT.P3

*

Acordam no Tribunal da Relação do Porto:

I. A..., Limitada, NIPC ..., com sede na rua ..., ..., Loja ..., ... – V. N. Famalicão e **B...**, Lda, NIPC ..., com sede na rua ..., ..., Loja ..., ... - V. N. de Famalicão, intentaram acção declarativa comum contra **Banco 1..., S. A.,** NIPC ..., com sede na Praça ..., ... Porto, formulando os seguintes pedidos:

a) Deve ser julgada admissível a coligação entre as primeira e segunda autoras.

b) Deve ser resolvido o contrato de swap de taxa de juro, celebrado entre o réu e o A..., Lda., por alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, condenando-se o réu a indemnizar a autora na quantia de 140.052,67 euros, acrescida de juros de mora desde a citação até integral pagamento;

c) Deve ser declarada nula e de nenhum efeito a cláusula 3.ª alínea c) do contrato de swap de taxa de juro, assinado pelo A..., Lda em causa nestes autos, por ser uma cláusula, cujo conteúdo é falso e contrário à verdade;

d) Deve ser resolvido o contrato de swap de taxa de juro, celebrado entre o réu e a B..., Lda, por alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, condenando-se o réu a indemnizar a autora na quantia de 124.913,56 euros, acrescida de juros de mora desde a citação até integral pagamento;

e) Deve ser declarada nula e de nenhum efeito a cláusula 3.ª alínea c) do contrato de swap de taxa de juro, assim do pela B..., Lda, em causa nestes autos, por ser uma cláusula, cujo conteúdo é falso e contrário à verdade.

Subsidiariamente,

f) Deve ser declarado nulo, por usura, o contrato de swap de taxa de juro, celebrado entre o réu e o A..., Lda, condenando-se o réu a indemnizar a autora na quantia de 140.052,67 euros, acrescida de juros de

mora desde a citação até integral pagamento;

g) Deve ser declarado nulo, por usura, o contrato de swap de taxa de juro, celebrado entre o réu e a B..., Lda, condenando-se o réu a indemnizar a autora na quantia de 124.913,56 euros, acrescida de juros de mora desde a citação até integral pagamento.

Subsidiariamente,

h) por violação do princípio da boa fé, dever de informação e das regras constantes das cláusulas contratuais gerais deve ser declarado nulo e de nenhum efeito o contrato celebrado com o A..., Lda objeto desta ação - swap de taxa de juro -, condenando-se o réu a restituir a quantia de 140.052,67 euros, acrescida dos juros de mora que se vencerem a partir da citação;

i) por violação do princípio da boa fé, dever de informação e das regras constantes das cláusulas contratuais gerais deve ser declarado nulo e de nenhum efeito o contrato celebrado com a B..., Lda, objeto desta ação, - swap de taxa de juro -, condenando-se o réu a restituir a quantia de 124.913,56 euros, acrescida dos juros de mora que se vencerem a partir da citação.

Subsidiariamente,

j) Deve o réu ser condenado a pagar ao autor a quantia global de 140.052,67 euros, a título de danos patrimoniais sofridos e decorrentes da celebração do contrato com a sociedade A..., Lda, decorrente da violação dos seus deveres, designadamente de informação e de boa fé, à taxa legal, desde a citação até efetivo e integral pagamento;

l) Deve o réu ser condenada a pagar ao autor a quantia global de 124.913,56 euros, a título de danos patrimoniais sofridos e decorrentes da celebração do contrato com a sociedade B..., Lda, decorrente da violação dos seus deveres, designadamente de informação e de boa fé, à taxa legal, desde a citação até efetivo e integral pagamento.

Alegam sumariamente e em síntese que:

- são pequenas empresas, nunca classificadas como investidores qualificados, sendo os respectivos sócios pessoas simples, inexperientes em matéria de contratação de instrumentos financeiros derivados, não possuindo nos seus quadros ninguém habilitado nessa área;

- o R. sabia desde 2007 que, num curto prazo, as taxas de juro iam começar a descer, como ocorreu ao longo de vários anos;

- promoveu assim o R de forma avassaladora junto de múltiplos clientes a outorga de contratos de swap de taxas de juro;

- em reunião de curta duração foi pelo R. apresentado àquelas o produto swap de taxa de juro, referindo tratar-se de uma excelente oportunidade de investimento com vista a evitar prejuízos com taxas de juros e a reequilibrar as que pagavam relativamente a mútuos contraídos;

- propôs que o juro a fixar seria de 4.050%, que aquelas pagariam, ficando dispensados de pagar o que derivasse do aumento dessa taxa;

- os sócios respectivos ficaram convencidos que poderiam denunciar os contratos a qualquer momento como ocorria como ocorria com o R, o que veio a não ficar contratualizado, que o negócio era um negócio sem risco, apenas com vantagens;

- uma semana depois foram apresentados pelo R. aos sócios daquelas sociedades os contratos de swap, ainda não assinados por si, encontravam-se pré-elaborados, não foram lidos nem explicados[1], tendo sido assinados sem os referidos sócios, após lida apenas a primeira página, sem se aperceberem dos riscos e por depositarem confiança nas pessoas do banco.

Descrevendo o conteúdo dos contratos assinados, deles relevando a taxa fixa suprarreferida, o indexante da taxa flutuante em Euros, os prazos acordados, incluindo para pagamento dos juros, a faculdade de denúncia por parte do Banco 1..., a ausência de igual faculdade em relação a elas, alegam ainda e em síntese que:

- na sequência dos contratos o Banco 1... passou a debitar e a creditar os valores resultantes dos citados contratos, nelas abertas;

- tendo-se saldado em 140.052,67 Euros o valor total debitado à A..., 124.913,56 Euros em relação à B..., deixando-se de cumprir em 31 de maio de 2011 e 28 de fevereiro de 2011, respectivamente;

- perante a manifestação de pretenderem cessar os contratos, pelo R. foi sempre afirmado que não o podiam fazer senão com o a pagamento de quantia avultada.

Pretendendo fundar a resolução dos contratos nos termos do art.437.º do CC invocam factualidade através da qual se procura justificar a alteração anormal das circunstâncias que estiveram subjacentes ao contratado, concretamente a conjuntura resultante da crise de subprime que levou a taxa de juros a fixar-se em menos de 0,181%.

Como causa de pedir dos pedidos subsidiários[2] invocam factualidade através da qual procuram

demonstrar a actuação fora dos ditames da boa fé por parte do réu, na fase preliminar e contemporânea à celebração dos contratos, concretamente, vista a natureza das swaps e a qualidade de intermediária financeira do Banco 1..., a omissão informativa, esclarecedora e aconselhadora dos negócios em crise, igualmente procurando demonstrar a usura e a natureza aleatória daqueles contratos e com vista a serem classificados de jogo e aposta.

Citado o R. contestou, impugnando, directa, por desconhecimento e motivadamente, visando expor a contratação regular, ponderada, com conhecimento esclarecido e informado

Após uma aturada exposição jurídica das questões que se entendiam dever ser tratadas, invocam-se as seguintes excepções:

- invocação abusiva da alteração anormal das circunstâncias;

- quanto à alegada nulidade dos contratos com fundamento no art.1245.º do CC: não repetição do (que pudesse ser) indevido;

- prescrição do alegado direito de indemnização por violação de deveres de informação.

Conclui pela improcedência da acção.

Por despacho de 22.1.2015, foram notificadas as demandantes a fim de responderam à contestação, o que fizeram através de peça contendo dois artigos.

Por decisão de 16.3.2015 foi dispensada a audiência prévia, proferido saneador, remetendo para final o conhecimento das excepções invocadas pelo R.

Foi identificado o objecto do litígio e definido os temas da prova[3].

*

Por sentença datada de 17.6.2015, foi a B... declarada insolvente no âmbito do processo 5144/15.0TVNF, o mesmo ocorrendo em relação à A..., esta por decisão de 25.6.2015 e no âmbito do processo 5261/15.8T8VNF.

Por decisões proferidas em apensos destes autos (A e B) foram habilitados para prosseguir os termos da acção AA e BB, respectivamente no lugar daquela e desta.

*

Prosseguindo os autos, na audiência de julgamento realizada no dia 13 de Dezembro de 2023, com oposição do R., os demandantes vieram ampliar o pedido por forma a que os efeitos da resolução do contrato, por alteração das circunstâncias constantes das alíneas b) e d) dos pedidos constantes da P.I. devam ser reportados à data de 30/11/2008 ou, subsidiariamente, que se decida que os referidos efeitos se reportem à data que o Tribunal der como provada em que ocorreu a descrita alteração de circunstâncias.

*

Concluída a audiência de discussão e julgamento, foi proferida sentença, no início da qual se deferiu a referida ampliação e decidindo-se a final:

«Pelo exposto, julga-se a presente acção improcedente por não provada, e consequentemente absolve-se o réu dos pedidos.»

*

Do assim decidido os AA habilitados interpuseram recurso de apelação oferecendo alegações e formulando as seguintes **CONCLUSÕES:**

1. O primeiro ponto de discordância relativamente à sentença de que se recorre é alteração da decisão sobre a legislação aplicável ao caso destes autos, e existem vários motivos que na modesta opinião dos recorrentes levam a essa alteração, entre eles, o facto de o Tribunal a quo ter dado como provado que a apresentação de produtos financeiros de 13.07.2007 se destinou apena à sociedade B..., o único gerente das empresas CC não esteve presente nessa reunião e existiu uma outra reunião em 20.11.2007, destinada a apresentar novas sugestões de gestão do risco de taxa de juro. E só nessa data o A... pretendeu aderir àqueles produtos, resultando destes factos que se só naquela data entrou na negociação a sociedade A..., pelo que, quanto a esta sociedade, as obrigações informativas que entraram em vigor em 01.11.2007, mesmo pela interpretação que faz o Tribunal a quo tinham de ser cumpridas. E quanto à sociedade B... as negociações não ficaram concluídas em 13.07.2007, onde foram apenas apresentados os produtos, e só em 20.11.2007, começaram as negociações e só em 23.11.2007 se passou para a fase decisória da negociação e se decidiu optar um tipo de swap pelo que é aplicável a estes dois swaps em causa nestes autos a nova legislação de interesse e ordem pública imposta pelo D.L.357-A/2007 de 31.10, que visa proteger os consumidores/investidores.

2. O D.L.357-A/2007 tem norma transitória, o art.º 18º,que quanto a estas matérias apenas refere: “Direito transitório”: 6 - Os intermediários financeiros devem prestar, a quem seja seu cliente a 1 de Novembro de 2007, a informação prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 312.º do Código dos valores Mobiliários, na redacção dada pelo presente decreto-lei.”

3. Todas as obrigações informativas do referido decreto-lei começaram a ser exigidas muito antes de 01.11.2007, pois já tinham ocorrido sérias advertências sobre os riscos da "bolha imobiliária" e a crise do subprime de 2006 foi revelada a todos os bancos a partir de fevereiro de 2007.

4. O decreto-Lei n.º 357-A/2007, procedeu à transposição da diretiva n.º 2004/39/CE do Parlamento e do Conselho de 21 de abril de 2004, que não deixa de ser um corpo normativo emanado por entidades Europeias e, como tal, sujeita ao primado do direito comunitário previsto constitucionalmente no art.º 8º, n.º 4 da CRP.

5. O princípio tempus regit actum constitui a regra geral de aplicação das leis no tempo, dele decorrendo que "a lei nova é de aplicação imediata" e os princípios gerais sobre a aplicação da lei no tempo plasmados no art.º 12º do CC, levam a concluir que as obrigações informativas se aplicam a todos os contratos celebrados após a entrada em vigor do referido diploma, pois, os efeitos dos contratos são regulados pela lei vigente no momento da sua conclusão.

6. A aplicação da referida legislação ao caso destes autos necessariamente impõe decisão diversa, porquanto não tendo o banco réu provado que cumpriu por escrito os seus deveres informativos e tendo ficado provada a grave crise com efeitos a partir de 15.09.2008, impõe-se julgar procedente o pedido feitos pelos autores, nos termos ampliados, pormenorizados e especificados em que foram feitos, e deferidos na sentença, ou seja, devem ser declarados resolvidos os contratos de swaps em causa nestes autos por alteração anormal de circunstâncias, devolvendo-se aos autores tudo o que foi pago/debitado depois de 30.11.2008, acrescido de juros. 7. O presente recurso tem por objetivo não apenas a interpretação e aplicação da lei aos factos dados como provados, como também a reapreciação da prova produzida, documental e testemunhal (gravada), tendo em vista a impugnação da decisão sobre a matéria de facto, em consonância com o disposto no art.º 662.º do CPC, razão pela qual deverá a decisão recorrida, no que tange à matéria de facto impugnada, ser alterada, uma vez que os elementos de prova carreada para o processo impõem decisão diversa.

8. Deve ser dado com provado que: "Desdeoano2000atéaoanode2010, sociedade A..., Lda e sociedade B..., Lda nunca foram investidores qualificados ou profissionais." E este facto não foi dado como provado, o meio de prova que impõe esta alteração é o requerimento feito pelo Banco réu, via citius, datado de 23.06.2021, com a referência 29294476, em que o mesmo vem informar os autos que as sociedades B... e A... não estiveram qualificadas como investidores qualificados ou profissionais, designadamente entre os anos de 2000 e 2010. Estes factos foram alegados pelas autorasnosartigos6ºe 19º da petição inicial: "6º Assim, tendo em atenção a legislação em vigor, verifica-se que a sociedade A... nunca foi um investidor qualificado, 19º Assim, tendo em atenção a legislação em vigor, verifica-se que a sociedade B... nunca foi um investidor qualificado.

9. Os autores alegaram nos artigos 7º e 20º da petição inicial: 7º Os sócios e gerente do A... são pessoas simples e até hoje, com exceção dos contratos juntos aos autos, nunca contrataram qualquer operação bancária especial ou complexa, nem nunca contrataram operações com instrumentos financeiros derivados, são assim absolutamente inexperientes nestas matérias desconhecendo as suas regras mais básicas. 20º O gerente e sócios da B... são pessoas simples e até hoje, com exceção dos contratos juntos aos autos, nunca contrataram qualquer operação bancária especial ou complexa, nem nunca contrataram operações com instrumentos financeiros derivados, são assim absolutamente inexperientes nestas matérias desconhecendo as suas regras mais básicas. Os sócios e gerente das sociedades, na qualidade de pessoas singulares, também nunca foram investidores qualificados ou profissionais. Termos em que se impõe que seja dado como provado que: "Desde o ano de 2000 até 2010, os sócios e gerente da sociedade A... e da sociedade B..., na qualidade de pessoas singulares, nunca foram investidores qualificados ou profissionais." Estes factos foram alegados e são de inegável relevância para a decisão, além de que resultaram claramente demonstrados da instrução e da discussão da causa através do requerimento apresentado pelo banco réu, via citius, datado de 25.11.2021, com a referência 30633730, em que vem informar os autos que estas pessoas nunca foram investidores profissionais ou qualificados, sendo este o meio de prova que impõe tal alteração de decisão.

10. Se for entendimento deste venerando Tribunal que, quanto ao gerente e sócios estes factos não estão expressamente alegados e os mesmos, na modesta opinião dos recorrentes, são factos principais que integram a causa de pedir, cabe ao Tribunal a assunção de uma posição ativa na aquisição da factualidade que importa à boa decisão da causa, pois ao Juiz reconhece-se a possibilidade de considerar factos instrumentais, bem como essenciais à procedência da pretensão formulada, que sejam complemento ou concretização de outros que a parte haja oportunamente alegado e de os utilizar quando resultem da instrução e da discussão da causa e desde que a parte interessada manifeste vontade de deles se aproveitar e à parte contrária tenha sido facultado o contraditório. No caso dos autos foi o próprio banco réu que facultou a informação aos autos através do indicado requerimento. Pede-se assim a este venerando Tribunal se digne alterar a decisão de facto e se digne ordenar que seja aditada à decisão de facto que "Desde o ano de 2000 até 2010, CC e DD, sócios e gerente da sociedade A... e B..., nunca foram investidores qualificados ou profissionais." O meio de prova que o impõe é aquele requerimento feito pelo próprio banco réu.

11. Foi alegado nos artigos 10º e 23º da petição inicial, que os contratos de swap de taxa de juro em causa nestes autos constituíram um ato isolado das empresas A... e B..., 10º Os contratos de swap de taxa de juro, que estão em causa nestes autos, constituíram um ato isolado na experiência empresarial do A.... 23º Os contratos de swap de taxa de juro, que estão em causa nestes autos, constituíram um ato isolado na experiência empresarial da B.... O primeiro meio de prova que impõe que estes factos sejam dados como provados é o requerimento feito pelos autores no ponto IV dos meios de prova requeridos na petição inicial em que os mesmos pediram que o banco réu fosse notificado para juntar aos autos todos os contratos swap celebrados entre si e as sociedades B... e A.... Por douto despacho de 14.08.2015 do Tribunal a quo

determinou que, em 20 dias, o réu Banco 1... juntasse aos autos aqueles elementos documentais, o réu Banco 1... não juntou, e especificou em resposta ao doutamente ordenado: “Não foi possível aos serviços do R. localizar, até à data, documentos do tipo daqueles cuja junção é requerida pelas AA. que sejam contemporâneos da contratação dos swaps objecto dos autos.” E até hoje também não os juntou. Os outros meios de prova que impõe que se dê como provado estes factos são os depoimentos das testemunhas, EE, FF, GG, CC, inquiridos em audiência de julgamento, e todas elas responderam que aqueles dois swaps de taxas de juros foram o único swap que cada uma daquelas empresas assinou. Assim, na audiência que ocorreu no dia 13.12.2023, durante a inquirição da testemunha, Dr. EE, cujo início ocorreu pelas 10:04:05h e termo 10:55.38h, e ao minuto: 11:17, do seu depoimento, esta testemunha respondeu nos termos que foram transcritos no iten VI deste recurso, que se dá aqui como reproduzido. E ainda na audiência de julgamento de 13.12.2023, durante a inquirição da testemunha, Dr. FF, testemunha comum, dos autores e réu, cujo início ocorreu pelas 10:56:39h e termo 12:04.20h, e ao minuto: 11.25, do seu depoimento, esta testemunha respondeu nos termos que se transcreveram no iten VI deste recurso, que se dá aqui como reproduzido. E ainda na audiência de julgamento de 13.12.2023, durante a inquirição da testemunha, Dr.ª GG, testemunha dos autores, cujo início ocorreu pelas 14:16:43h e termo 15:26.16h, e ao minuto: 19.02, do seu depoimento, esta testemunha respondeu nos termos que se transcritos no iten VI deste recurso, que se dá aqui como reproduzido. E ainda a testemunha CC, que na audiência de julgamento de 13.12.2023, durante a sua inquirição com início pelas 15:27:29h e termo 16:36.40h, e ao minuto: 13.03, do seu depoimento, esta testemunha respondeu nos termos que foram transcritos no iten VI deste recurso, que se dá aqui como reproduzido. Todos estes depoimentos estão gravados e atentos estes meios de prova os recorrentes entendem ser da mais elementar justiça que estes factos sejam aditados à decisão de facto e propõem que tal matéria seja dada como provada nos seguintes termos: “Os contratos de swaps de taxa juro em causa nestes autos foram os únicos contratos de swap assinados pelas empresas B... e A....”

12. Na sentença de que se recorre foi dado como provado no artigo 64º da decisão de facto que: “A crise económica e financeira, que se instalou a partir de 15.09.2008, fez descer de forma acentuada as taxas de juros.”. Os recorrentes entendem que deveria constar da decisão de facto a concreta taxa de juro efetivamente paga nos referidos contratos de swap pelas empresas B... e A... ao longo da sua execução. Os autores alegaram na primeira parte do artigo 73º da petição inicial: “O profundo desequilíbrio que se verifica nos contratos, em causa nestes autos, resulta da significativa descida das taxas de juro (que acabou por acontecer e que chegou abaixo dos 0,181%),” E ainda no artigo 96º da petição inicial, os autores alegaram que: “Ora, como os factos comprovam, a crise económica e financeira instalou-se a partir de 15.09.2008, tendo-se repercutido no contrato de swap, pelo que, a partir do mês de novembro do ano de 2008, a taxa de juro começou a descer a um ritmo acelerado, ultrapassando mesmo o impensável, abaixo de 0,181%.”. Os meios de prova que impõe decisão mais pormenorizada são os documentos juntos com a petição inicial, em concreto, os autores juntaram aos autos vinte documentos, pelo requerimento de 05.05.2014, com a referência citius: 2800460 e pelo requerimento de 05.05.2014, com a referência citius: 2800464, que constituem os recibos emitidos pelo banco réu relativamente aos valores pagos e debitados ao longo da execução dos contratos de swap em causa nestes autos. Ora, esses vinte recibos/documentos

(dez recibos relativos a cada uma das sociedades) atestam com exatidão a taxa de juro que dá causa ao valor a pagar ou a receber pelas respetivas sociedades, demonstrando em pormenor e ao longo do contrato a sua evolução. O artigo 64º dos factos provados deve ser aditado e conter a seguinte redação: "A crise económica e financeira, que se instalou a partir de 15.09.2008, fez descer de forma acentuada as taxas de juro, e quanto aos contratos de swap em causa nestes autos, a taxa de juro exigida e que permitiu ao réu debitar os valores que cobrou, melhor descritos nos artigos 9º e 10º da decisão de facto, em 26.11.2008, foi de 3,901%; em 25.02.2009, foi de 1,848%; em 27.05.2009, foi de 1,270%; em 26.11.2010, taxa de juro foi de 1,028%; em 24.02.2011, taxa de juro foi de 1,088%; em 28.11.2011, taxa de juro foi de 1,477%."

13. Um outro ponto de discordância quanto à decisão da matéria de facto dada como provada é o facto alegado pelas autoras empresas, na petição inicial, no artigo 73º, segunda parte: "resulta da significativa descida das taxas de juro (que acabou por acontecer e que chegou abaixo dos 0,181%), provocada por grave crise financeira, com grande divergência da taxa, superior, que as partes representaram como possível e a que o contrato pretendia assegurar." E também mesmo facto foi alegado no artigo 79º da petição inicial, em que as autoras alegaram: "As circunstâncias que despoletaram a descrita crise financeira e económica não eram de modo algum previsíveis e continuam a ser absolutamente anormais." E quanto a esta matéria o banco réu no artigo 106º da sua contestação alegou: "No que respeita à evolução futura da taxa Euribor os colaboradores do R. Não disseram e muito menos asseguraram que ela iria subir, oque os colaboradores do Banco 1... referiram, com base nos dados que revelavam o que vinha sendo a evolução das taxas de juro, foi que a taxa Euribor a 3 meses vinha registando uma subida desde meados de 2005 e que a expectativa do mercado era de que a taxa se mantivesse num nível elevado, podendo registar uma subida moderada." Na audiência que ocorreu no dia 13.12.2023, durante a inquirição da testemunha, Dr. EE, cujo início ocorreu pelas 10:04:05h e termo 10:55.38h, a qual foi gravada em sistema sonoro e consta do registo digital da prova. E ao minuto: 14.15, do seu depoimento, esta testemunha respondeu nos termos que foram transcritos no ponto VIII deste recurso, que aqui se dá por reproduzido. Na audiência que ocorreu no dia 13.12.2023, durante a inquirição da testemunha, Dr. FF, cujo início ocorreu pelas 10:56:39h e termo 12:04.20h, a qual foi gravada em sistema sonoro e consta do registo digital da prova. E ao minuto: 24.39, do seu depoimento, esta testemunha respondeu nos termos que se transcreveram no ponto VIII deste recurso. Na audiência que ocorreu no dia 13.12.2023, durante a inquirição da testemunha, CC, cujo início ocorreu pelas 15:27:29h e termo 16:36.40h, a qual foi gravada e consta do registo digital da prova. E ao minuto: 48.21, do seu depoimento, esta testemunha respondeu nos termos que foram transcritos no ponto VIII deste requerimento. E ainda na audiência que ocorreu no dia 24.01.2024, durante a inquirição da testemunha, HH, cujo início ocorreu pelas 15:11:02h e termo 16:48.26h, a qual foi gravada em sistema sonoro e consta do registo digital da prova. E ao minuto: 28.17, do seu depoimento, esta testemunha respondeu nos termos que foram transcritos no ponto VIII deste requerimento. Ora, todas estas testemunhas inquiridas durante a audiência de julgamento responderam que em 2007, a crise que se revelouem2008, era inesperada e imprevista. Constitui ainda um facto notório e conhecido de todos que em 2007 ninguém contava com uma crise da dimensão daquela que ocorreu em

2008. Em face dos meios de prova expostos e dos factos notórios e conhecidos de todos, salvo o devido respeito por diferente entendimento, os autores/recorrentes entendem que deve ser dada como provada a matéria alegada no artigo 73º, segunda parte e 79ª da petição inicial, propondo os recorrentes que seja dado como provado o seguinte facto: "Quando as partes assinaram os contratos de swap em causa nestes autos, as circunstâncias que despoletaram a descrita crise financeira que ocorreu e que se constatou a partir de meados de setembro de 2008 não eram previsíveis e existiu grande divergência da taxa de juro que as partes representaram como possível que viesse a ocorrer e aquela que ocorreu e a que o contrato pretendia assegurar."

14. A sentença de que se interpõe recurso deu como provado no ponto 27º da decisão de facto da mesma: "As AA. eram servidas por pessoas com formação na área financeira, que mostravam ter conhecimentos especificamente na área dos swaps." E no ponto 57º deu como provado: O Dr. FF demonstrava ter conhecimento dos contratos de swap. As empresas A... e B... eram empresas da área da construção civil e não faziam investimentos, como ficou, aliás, provado no artigo 1º da decisão de facto. O depoimento do Dr. FF que ocorreu na audiência de julgamento do dia 13.12.2023, cujo início ocorreu pelas 10:56:39h e termo 12:04.20h, a qual foi gravada em sistema sonoro e consta do registo digital da prova. E aos 25 segundos do seu do seu depoimento esta testemunha respondeu nos termos que foram transcritos no ponto IX deste recurso, que aqui se dá por reproduzido. Em suma, estes dois factos dados como provados nos artigos 27º e 57º da decisão de facto tem de ser dados como não provados, o que se pede seja assim decidido por este venerando Tribunal.

15. O Tribunal a quo na sentença deu como provados o seguinte facto: 25º Os referidos sócios das AA. tinham já, à data em que os contratos foram negociados e celebrados, grande experiência na negociação e conclusão de contratos financeiros de grande vulto com diversas instituições bancárias "e na realização de investimentos em produtos financeiros complexos e de risco, seja no Banco 1... seja noutras instituições financeiras." Os recorrentes entendem que aqueles factos que estão sublinhados do artigo 25 da decisão de facto não podem ser dados como provados e têm de ser dados como não escritos e não provados. Aquela parte do indicado ponto da decisão de facto não assentou num questionário escrito. Os invocados extratos bancários que supostamente fundamentam tal decisão, são todos de 2008 ou de data posterior, nenhum demonstra a subscrição de swaps, nem demonstra a subscrição de produtos financeiros complexos. Na decisão daqueles pontos de facto o Tribunal a quo olvidou que, até àquela data, aquele(s) foram o único swap de taxa de juro subscrito pelas sociedades A... e B.... Nestes autos não existem extratos ou documentos bancários que demonstrem investimentos em produtos financeiros complexos anteriores a 2008, ou que revelem investimentos em produtos financeiros complexos, nem a sentença enumera quais são esses instrumentos financeiros complexos, nem o pode fazer, pois os mesmos não existem. A sentença não enumera, nem descreve nenhum produto financeiro que o gerente da empresa tivesse assinado antes de 2008. Assim, na modesta opinião dos recorrentes tal facto dado como provado tem de ser dado como não escrito e não provado, porque além de vago e genérico é impreciso e conclusivo e assim deve ser declarado pelo Tribunal, vício que se invoca. Compete ao Tribunal verter na decisão qual

a concreta prova que teve em conta e que factos da mesma retirou e isto quanto a este ponto não existe verdadeiramente, pois o que existe foi feito de forma demasiado vaga e imprecisa, ou seja, remeter para os extratos, sem referir quais, que produtos financeiros é que os mesmos revelam e em que datas foram feitos e de que valores é algo de demasiado vago e revela a obscuridade e deficiente fundamentação deste ponto da decisão. A acrescer a estes factos, o gerente e os sócios são um eng. Técnico e de um professor de EVT do ciclo sem formação em swaps ou produtos financeiros. As testemunhas Dr. FF e Dr. EE todos responderam em tribunal e forma clara sobre esta matéria, na empresa ninguém sabia nada desta matéria. Eram todos investidores não qualificados e este foi o primeiro e único swap que assinaram, nas suas vidas. Na audiência que ocorreu no dia 13.12.2023, durante a inquirição da testemunha, Dr. FF, cujo início ocorreu pelas 10:56:39h e termo 12:04.20h, a qual foi gravada e consta do registo digital da prova. E aos 25 segundos do seu do seu depoimento, esta testemunha respondeu nos termos que se transcreveram no iten X deste recurso e que se dá aqui como reproduzido. E na audiência que ocorreu no dia 13.12.2023, durante a inquirição da testemunha, Dr. EE, cujo início ocorreu pelas 10:04:05h e termo 10:55.38h, a qual foi gravada em sistema sonoro e consta do registo digital da prova. E ao minuto: 7:13, do seu depoimento, esta testemunha respondeu nos termos que se transcreveram no item X deste recurso e que se dá aqui como reproduzido. Nestes autos, no vol. 7, os docs. de p. 1415 e 1416, existe uma informação prestada pelo Banco 2... relativa a um documento de 17.07.2008, onde consta o perfil investidor das empresas e dos sócios, atestando tal documento que estas pessoas têm um perfil conservador. Este banco em 2008 fez teste de adequabilidade do A..., B..., sócios e gerente e resultou que os clientes, quanto seu ao perfil de investidor em produtos financeiros complexos têm perfil desadequado! Este resultado consta destes autos do documento que está na pag. 1450, do vol. 8. Na sequência dessa informaçãoo indicadobancofezuma advertência a estas pessoas, dizendo que os mesmos não têm perfil adequado para subscrever este tipo de produtos financeiros. Este documento combinado com os demais depoimentos demonstra que não pode ser dado como provado a parte final do artigo 25º dos factos provados da sentença: “os sócios das autoras eram muito experientes na realização de investimentos em produtos financeiros complexos e de risco, seja no Banco 1... seja noutras instituições financeiras.” Quanto a este artigo dos factos provados na sentença devem ser retiradas as partes sublinhadas nestas conclusões, devendo ser dado como provado apenas: “Os referidos sócios das AA. tinham já, à data em que os contratos foram negociados e celebrados, grande experiência na negociação e conclusão de contratos financeiros de grande vulto com diversas instituições bancárias.”

16. Na sentença de que se recorre, no artigo 30º dos factos provados foi fixado “O R., de quem as AA. e os seus sócios eram clientes há já muitos anos, sabia do nível de conhecimentos dos representantes das AA. e da sua capacidade para perceberem as características dos contratos que vieram a concluir.” Na opinião dos autores deve retirar-se dos factos provados neste artigo 30º a parte sublinhada pelos mesmos motivos e pelos mesmos meios probatórios indicados no ponto 15 das conclusões deste recurso, tais como o depoimento do Dr. FF, e Dr. EE, e a informação escrita prestada pelo Banco 2..., que consta no vol. 7, os docs. de p. 1415 e 1416, de 17.07.2008, e o documento que atesta o perfil desadequado das autoras sociedades e do seu gerente e sócios que consta de pag. 1450, do vol. 8, pois tais meios de prova são

manifestamente opostos a esta decisão de facto e não existem documentos escritos que atestem quais eram aqueles conhecimentos e capacidade, designadamente em perceber swaps de taxa de juro, os depoimentos prestado em audiência e os documentos escritos indicados no ponto 15 destas conclusões impõem que no artigo 30º dos factos provados deve ficar apenas provado que: "O R., de quem as AA. e os seus sócios eram clientes há já muitos anos."

17. Na sentença de facto o Tribunal a quo deu como provado no artigo 47º dos factos provados: "Os representantes das AA. revelaram perceber bem o conteúdo dessas sugestões de gestão do risco de taxa de juro." Ora, na opinião dos autores este facto tem de ser dado como não provado. Estas pessoas não estão qualificadas pelo que são apenas consumidores e este foi o primeiro e único swap que assinaram. Na audiência que ocorreu no dia 13.12.2023, durante a inquirição da testemunha, Dr. FF, cujo início ocorreu pelas 10:04:05h e termo 10:55.38h, a qual foi gravada em sistema sonoro e consta do registo digital da prova. E aos minutos 10.04 do seu do seu depoimento, esta testemunha respondeu nos termos que se transcreveram no iten XIII deste recurso, que aqui se dá como reproduzido. Acresce a todos os estes meios de prova a informação escrita prestada pelo Banco 2..., que consta no vol. 7, os docs. de p. 1415 e 1416, de 17.07.2008, e o documento que atesta o perfil desadequado das autoras sociedades e do seu gerente e sócios que consta de pag. 1450, do vol. 8, que atesta que estas pessoas não têm perfil adequado para subscrever este tipo de produtos financeiros. O que tudo impõe que a matéria de facto constante do artigo 47º dos factos provados da sentença seja dada como não provado.

18. Deve dar-se como provado que: "Nas reuniões que precederam os swaps, durante as negociações e até à conclusão, o banco réu e os seus colaboradores só mostraram o produto swap alertando para o risco da subida das taxas de juro e não alertaram expressamente para o risco da descida, não fizeram um questionário ao perfil de investidor, nem teste de adequabilidade, destinado a apurar se os clientes compreendiam os riscos, não informaram os clientes por escrito de que estavam em conflito de interesses com o mesmo e não entregaram aos clientes simulação prática com os juros a descer." Assim, na audiência que ocorreu no dia 13.12.2023, durante a inquirição da testemunha, Dr. FF, cujo início ocorreu pelas 10:04:05h e termo 10:55.38h, a qual foi gravada em sistema sonoro e consta do registo digital da prova. E aos minutos 10.04 do seu depoimento, esta testemunha respondeu nos termos que se transcreveram no iten XIII deste recurso, que aqui se dá como reproduzido e inexistem nos autos documentos que atestem que aquelas obrigações informativas tenham sido prestadas. O banco réu não cumpriu as suas obrigações informativas, não fez um questionário ou teste de adequabilidade, por escrito, ou seja, fez não explicou bem nem deu informação completa sobre a funcionalidade do produto swap, quer às empresas A... e B..., quer ao gerente CC e ao outro sócio DD; não entregou a estas pessoas simulação prática das taxas de juro a descer; não informou que o banco era contraparte em conflito de interesses com os clientes e autoras/recorrentes; não advertiu os clientes de que os mesmos não tinham perfil adequado para a operação de swaps de taxa de juro e não informou o cliente por escrito, não entregou simulação prática dos juros a descer. Os meios de prova que impõe esta decisão são todas as testemunhas ouvidas em audiência, que responderam que isto não foi feito e as testemunhas indicadas pelo banco ainda

acrescentaram: “Não tínhamos de fazer!”. Ora, todos estes factos foram alegados na petição inicial, nos artigos: 99º O recurso a este tipo de instrumentos financeiros, obriga a que as instituições financeiras façam um especial trabalho de informação para garantir que o cliente compreende o verdadeiro alcance e conteúdo dos mesmos, especialmente no que diz respeito ao risco patrimonial do produto, mas nada disto aconteceu. 100º A ré e os seus representantes nada explicaram ou informaram às sociedades A... e B... nem aos seus representantes acerca dos contratos de swap de taxa de juro e dos seus riscos. 106º São deveres da ré proteger os legítimos interesses dos seus clientes, atuar de acordo com a boa fé e com elevados padrões de diligência, lealdade e transparência, de conhecer o cliente, de se informar junto do clientes dos seus conhecimentos e experiências e capacidades, de avaliar o carácter adequado da operação, dever de fazer questionários ao cliente para perceber se ele compreende a assunção do risco, prestar informação sobre operações e instrumentos financeiros com os quais o cliente está familiarizado. 107º A ré tem ainda o dever de questionar a frequência com que o A... e B... e os seus gerentes realizaram operações com instrumentos financeiros, a natureza desses instrumentos, o volume dessas operações, o nível de habilitações e a profissão do cliente, se o cliente não prestar tais informações o Banco 1... não poderá avaliar a adequação da operação, tem assim o dever de se informar e dever de informar, a informação tem de ser compreendida pelo cliente, o Banco 1... tem o dever de informar pormenorizadamente o cliente acerca dos riscos que irá assumir com a subscrição do produto em causa e tem de evitar situações de conflito de interesse.

Os meios de prova que impõem esta alteração são os depoimentos da testemunha Dr. FF que ocorreu no dia 13.12.2023, cujo início ocorreu pelas 10:04:05h e termo 10:55.38h, a qual foi gravada em sistema sonoro e consta do registo digital da prova. E aos minutos 10.04 do seu do seu depoimento, esta testemunha respondeu nos termos que se transcreveram no iten XIII deste recurso, que aqui se dá aqui como reproduzido. E, de qualquer forma, resulta dos factos provados que o Tribunal a quo não deu como provado que o banco réu recolheu qualquer informação do gerente das empresas e nem sequer lhe explicou o que quer que fosse, pois, o único gerente da empresa em 2007 e 2008 foi sempre e apenas CC, como consta das certidões comerciais das empresas à data, cfr. docs. n.º 1 e 2, juntos com a petição inicial, e depois por requerimento citius de 09.02.2023.

19. Em 2008 e 2009, as empresas A... e B... sentiram a crise profunda da economia e em consequência tiveram de despedir muita gente, as vendas que tinham para fazer ficaram paradas, pois estavam dependentes dos ditames do mercado, sendo que esta crise financeira ou recessão, conhecida de todos, pôs em causa todo o setor da construção civil e também aquelas empresas, A... e B.... E este facto não ficou provado. No artigo 78º da petição inicial as autores alegaram que a crise se fez repercutir nos contratos, em concreto: esse efeito refletiu-se, direta e intrinsecamente, no contrato de swap de taxa de juro objeto desta ação, que tinha precisamente na sua essência e base a taxa de juro e por esse efeito, o referido contrato sofreu um grande e repentino desequilíbrio, verificando-se que o A... e a B..., num curto espaço de três meses, passaram a ter um encargo e um prejuízo grave decorrente desse contrato. Estes factos foram alegados e são de inegável relevância para a decisão, além de que resultaram claramente

demonstrados da instrução e da discussão da causa. Mas se ainda assim este venerando Tribunal não entender que estão alegados, na modesta opinião dos recorrentes, estes também são factos principais que integram a causa de pedir, cabe ao Tribunal a assunção de uma posição ativa na aquisição da factualidade que importa à boa decisão da causa, por forma a aproximar-se da verdade material e alcançar uma posição mais justa do processo. Ao Juiz, para além da atendibilidade dos factos que não carecem de alegação e de prova, reconhece-se a possibilidade de considerar, mesmo oficiosamente, os factos instrumentais, bem como essenciais à procedência da pretensão formulada, que sejam complemento ou concretização de outros que a parte haja oportunamente alegado e de os utilizar quando resultem da instrução e da discussão da causa e desde que a parte interessada manifeste vontade de deles se aproveitar e à parte contrária tenha sido facultado o contraditório. Pede-se assim a este venerando Tribunal se digne alterar a decisão de facto e se digne ordenar que seja aditada à decisão de facto aquele ponto da matéria de facto. Os meios de prova que o impõe são o depoimento do Dr. EE que ocorreu no dia13.12.2023, cujo início ocorreu pelas 10:04:05h e termo 10:55.38h, a qual foi gravada em sistema sonoro e consta do registo digital da prova. E ao minuto: 14.15, do seu depoimento, esta testemunha respondeu nos termos que se transcreveram no iten XIV deste recurso. E ainda o depoimento do Dr. FF, prestado na audiência que ocorreu no dia 13.12.2023, cujo início ocorreu pelas 10:56:39h e termo 12:04.20h, a qual foi gravada em sistema sonoro e consta do registo digital da prova. E ao minuto: 24.39, do seu depoimento, esta testemunha respondeu nestes termos que se transcreveram no iten XIV deste recurso. Na audiência que ocorreu no dia 13.12.2023, durante a inquirição da testemunha, CC, cujo início ocorreu pelas 15:27:29h e termo 16:36.40h, a qual foi gravada em sistema sonoro, cujo depoimento foi gravado e consta do registo digital da prova. E ao minuto: 48.21, do seu depoimento, esta testemunha respondeu nos termos que se transcreveram no iten XIV deste recurso. Constitui ainda um facto notório que todas as empresas emPortugal emfinais de2008entraramemcrise e os relatórios do banco de Portugal juntos aos autos com a petição inicial também o referem. Em face destes meios de prova impõe-se alterar a decisão de facto e aditar o seguinte facto: “Em 2008 e 2009, as empresas A... e B... sentiram a crise profunda da economia e em consequência tiveram de despedir muita gente, as vendas que tinham para fazer ficaram paradas, pois estavam dependentes dos ditames do mercado, sendo que esta crise financeira ou recessão, conhecida de todos, pôs em causa todo o setor da construção civil e também aquelas empresas, A... e B....”

20. (omitido)

21. Em conclusão, os recorrentes pedem a este venerando Tribunal que proceda à alteração da decisão da matéria de facto, nos termos indicados nos itens 8 a 20 das conclusões deste recurso, melhor especificadas nos itens IV a XIV deste recurso, pois a decisão sobre a mesma padece de erro notório, evidente e manifesto. Dos descritos depoimentos e documentos juntos aos autos não pode resultar qualquer hesitação no julgador quanto à matéria de facto que se pretende que seja alterada. Analisando os meios de prova supra indicados, salvo o devido e muito respeito por diferente entendimento, constitui é verdadeiramente obrigação deste venerando Tribunal, em correta interpretação do n.º 1 do art.º 662º do CPC alterar a matéria de facto quando a prova produzida o justifica, como é o caso, pelo que se impõe alterar os

indicados pontos da decisão de facto, bem como aditar os pontos de decisão de facto também sugeridos pelos recorrente, nos termos indicados, pois são factos evidentes que resultaram demonstrados em audiência de julgamento e dos documentos não impugnados, o que se impõe fazer, nos termos nas alíneas a) e b) do n.º 2 do art.º 5º e do n.º 1 do art.º 662º, todos do CPC.

22. A cláusula 3º, alínea c) dos contratos de swap é nula e nada revela quanto ao cumprimento dos deveres que se impunham ao banco réu. Reitera-se aqui o depoimento da testemunha Dr. FF na audiência que ocorreu no dia 13.12.2023, cujo início ocorreu pelas 10:04:05h e termo 10:55.38h, a qual foi gravada em sistema sonoro e consta do registo digital da prova. E aos minutos 10.04 do seu do seu depoimento, esta testemunha respondeu nos termos que se transcreveram no iten XVI deste recurso, que aqui se dão por reproduzidas. Este depoimento é claro nada foi explicado às empresas, não foram cumpridos os deveres informativos, mas ainda assim as empresas declaram na referida cláusula que perceberam tudo e que foi tudo muito bem explicado. Esta é claramente uma declaração nula, ou uma declaração que não pode produzir efeito. As sociedades A... e B..., o seu gerente e o outro sócio declararam na cláusula 3ª, alínea c) de cada um dos referidos contratos de swap assinados o seguinte: "Os riscos resultantes da celebração do presente contrato são do perfeito conhecimento da EMPRESA, tendo sido devidamente ponderados e tomados em conta no processo de formação e decisão da sua vontade de contratar;" Ora, a firmação de exoneração do banco, supra-referida, é meramente vaga, e, portanto, na prática nula, pois as duas reuniões que precederam o swap por um lado, são manifestamente insuficientes para apresentar um produto destes, em 2007 constituía evidente novidade e, por outro lado, nessas reuniões tinha de se alertar por escrito as clientes para um cenário histórico de subida da taxa de juro, como vinha acontecendo desde o princípio de 2007. Para se considerar demonstrado o dever de informação não basta provar que a celebração dos contratos foi precedida de reuniões e a referida cláusula nos termos e da forma em que está redigida não impede que seja dado como provada a falta de cumprimento dos deveres informativos impostos do banco réu.

23. O banco réu não provou que cumpriu os seus diversos deveres de informar os clientes, sucedendo que, o dever de informação é cominado imperativamente pelo D.L. 357-A/2007 de 31.10, pelo princípio da boa fé fixado no art.º 227º, e também pelo disposto nos arts. 485º, 486º, 762º, 798º e 799º todos do Código Civil, e ainda arts. 73º a 76º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras e também pelos arts.º 7º, 293º, n.º 1, 304º, n.º 1, 2 e 3, 304º-A, n.º 1 e 2, 312º, n.º 1, 312º-A, 312º-B, 312º-C e 312º-E, e 314º do Código dos Valores Mobiliários e pelo arts. 6º, 16º e 17º do D.L. 446/85, de 25.10 e ainda pelos arts.º 1º, al. a e c), 52º, n.º 3 e alínea b) do art.º 60º, art.º 81º al. i) e 99º, al. e) da Constituição da República Portuguesa. O swap é um derivado e como tal expressamente sujeito à regulamentação constante do Código dos Valores Mobiliários (CVM) – art.º 2º, n.º 1, e é apenas permitido a intermediários financeiros devidamente autorizados – art.º 293º, n.º 1, alínea a) do CVM. Ora, resulta assim que o banco réu devia prestar, relativamente aos serviços oferecidos, todas as informações necessárias para uma tomada de decisão esclarecida e fundamentada, incluindo as respeitantes a todos os riscos especiais envolvidos nas operações a realizar – art.º 312º, n.º 1, alínea e) do CVM e estas informações deviam ter

sido ser prestadas por escrito, ainda que sob forma padronizada – art.º 312º, n.º 4 do CVM. Aplicam-se assim aos swaps em causa nestes autos as exigências dos arts. 312º-A e seguintes do CVM, em particular, o banco réu não devia ter dado ênfase aos benefícios da operação, sem ter fornecido igualmente uma informação correta e clara dos riscos que ela implicava, nomeadamente em matéria de descida das taxas de juro, como o impõe o disposto no art.º 312-A, n.º 1, alínea b) do CVM. E estes deveres claramente o banco réu não cumpriu.

24. Impõe assim esta legislação o dever do banco de proteger os interesses dos seus clientes art.º 304º, n.º 1 CVM, o dever de atuar de acordo com a boa fé art.º 304º, n.º 2 CVM e o dever de conhecer o cliente, o banco réu tinha de fazer o "Questionário do Perfil do Investidor" art.º 314º do CVM, e não fez, nem provou nos autos que o fez, para saber se o cliente compreende os riscos do contrato e que percebe a extensão da assunção do risco e também para se perceber com que instrumentos está familiarizado art.º 314º-B, n.º 1 do CVM e tinha ainda a obrigação de que a informação prestada tem de o ser de forma a que o cliente a compreenda, ou seja, o banco tem o dever de informar pormenorizadamente os riscos que o cliente está a correr, obrigação decorrente do art.º 312-A, n.º 1, c) CVM, o que o banco réu não fez nem demonstrou que o fez. Assim, sem o referido questionário o banco não poderá avaliar a adequação da operação ao cliente art.º 314º da CVM. Em suma, o banco tem o dever de se informar e de informar, cfr. arts. 304º-A, 312º, 312º-A, n.º1 alínea c)e 312º-G, e 314º, n.º 1 e 2 todos do CVM. Se o cliente não presta esta informação, porque no banco não a pediu, o banco não poderá avaliar a adequação da operação ao cliente cfr. art.º 304º-A e 314º, n.º 1 e 2 do CVM.

25. As empresas A... e B... e os sócios e gerente eram investidores não qualificados ou não profissionais e este foi o primeiro e único swap que assinaram nas suas vidas (arts. 304º nº 3 e nº 5 e 312º do CVM), e, em consequência, o banco réu era obrigado a categorizar o cliente e adequar o serviço prestado ao perfil do cliente e ainda dar cumprimento à regra da adequação ao serviço do cliente, cfr. arts. 304º, nº 1, e 317º, nº 1 do CVM e não o fez.

26. O banco tem o dever de informar o cliente do conflito de interesses como as autoras sociedades alegaram no art.º 107º da petição inicial, ora, a lei é clara, como o impõem os arts. 309º a 309-F, e 312º, n.º 1 alínea c) todos do CVM a informação do conflito de interesses tem de ser comunicada por escrito e de forma expressa aos clientes e não foi, pelo que, também ocorreu esta falha informativa.

27. Em suma, todos estes deveres informativos foram violados pelo banco réu, aliás não ficou provado sequer que o único gerente das empresas estivesse presente nas reuniões que ocorreram o que revela a forma leviana como tais reuniões foram preparadas.

28. Quanto às referidas omissões informativas presume-se a culpa da entidade bancária no que tange à violação dos deveres de informação que são decorrência dos princípios da lealdade, transparência e de respeito pelos interesses patrimoniais do consumidor, cfr. arts. 799º do CC e 304º-A, n.º 2 do CVM e porque

não obstante terem sido celebrados por empresas, ainda assim, para efeito do CVM os clientes ou são investidores qualificados (profissionais) ou são investidores não qualificados (consumidores), e as empresas em causa nestes autos eram consumidores, termos em que é sobre o banco réu que recaí o ónus de provar o cumprimento dos deveres de informação que lhe são impostos pelo CVM, nos termos do disposto no n.º 3 do art.º 5º da LCCG (Cláusulas Contratuais Gerais), aplicável ex vi do disposto no art.º 321º do CVM.

29. O banco réu tem assim o ónus da prova de que entregou por escrito ao gerente da empresa, durante as negociações aquelas informações escritas e esta violação do dever de informação que impende sobre intermediário financeiro leva a presumir a sua conduta como culposa, nos termos do disposto no art.º 314º, n.º 2, do CVM.

30. Ora, sendo o contrato de swap um contrato aleatório, incide sobre o banco réu, pela sua experiência e conhecimento das circunstâncias internacionais do negócio que se propõe celebrar, a obrigação de prestar ao cliente esclarecimentos especiais que este não estava sequer em condições de colocar e foi esta informação essencial que o banco réu não forneceu.

31. As sociedades A... e B... e o seu gerente tinham de declarar por escrito que eram plenamente conhecedoras do conteúdo e do risco da operação, e que lhe tinham sido prestados pelo banco todas as informações e esclarecimentos solicitados, nomeadamente sobre o facto de poderem, no caso de a evolução das condições do mercado não serem favoráveis, registar uma perda financeira com a operação e sobre esta matéria nada declararam.

32. O banco réu não apresentou às clientes qualquer simulação prática dos efeitos do swap nos cenários adversos de descida continuada de taxas de juro euribor, e apenas lhe garantiu (benefícios) que o contrato iria estabilizar os encargos com créditos anteriormente contraídos, sendo esse, aliás, o fim para que foram contratados os swaps, ou seja, para equilibrar os demais juros que a empresa tinha a pagar. Os clientes não foram alertados nem advertidos para as consequências práticas da descida da taxa euribor, senão não teriam negociado o swap apenas como proteção para a subida das taxas de juro, tê-lo-iam negociado para a descida.

33. As empresas A... e B... nem na data da contratação nem nas negociações se aperceberam de que não podiam sair do contrato quando quisessem e não foram alertadas para este ponto.

34. No último trimestre de 2008, apareceu não uma qualquer crise, mas ocorreu a mais profunda e sincronizada recessão económica mundial e também portuguesa das últimas décadas, decorrendo deste facto que o ambiente económico em Portugal ficou péssimo e a economia estagnou.

35. Em 2008 e 2009, estas empresas A... e B... sentiram a crise profunda da economia e em consequência tiveram de despedir muita gente, as vendas que tinham para fazer ficaram paradas, pois estavam

dependentes dos ditames do mercado, sendo que esta crise financeira ou recessão, conhecida de todos, pôs em causa todo o setor da construção civil e também aquelas empresas, A... e B... e aquela crise verificou-se na execução dos contratos de swap de taxas de juro o surgimento de fatores que afetaram de maneira anómala e imprevista aquilo que era previsível em 2007, termos em que, a partir de 15.09.2008, ocorreu assim uma modificação insólita da base negocial em que as partes fundaram a celebração dos contratos, que assume caracter objetivo, respeita a ambos os contraentes e alteração foi de tal forma que claramente subverteu a economia do contrato tornando-o gravemente lesivo para uma das partes, in casu, para as aderentes A... e B....

36. Os contratos em causa nestes autos devem ser resolvidos por alteração anormal de circunstâncias (art.º 437º do CC), pois existiu uma divergência grave entre a realidade existente e pressuposta em 2007, e aquela que veio a ocorrer a partir do último trimestre de 2008, desde 15.09.2008, e esta divergência não foi uma qualquer divergência, mas foi uma divergência gigantesca que afetou de forma gravíssima o equilíbrio do contrato, pois a alteração é manifestamente anormal e no mínimo anómala.

37. Ora, quando um contrato é feito com o objetivo de as aderentes receberem um valor, para este montante auxiliar à sua estabilização financeira, determinando desta forma a gestão de risco de subida das taxas de juros que viessem a ocorrer, salta à vista que, a partir de 15.09.2008, os dois contratos de swap em causa nestes autos se revelaram de forma gritante desequilibrados e com um sentido oposto e inverso ao anunciado e àquele que era previsível em 2007.

38. Após 30.11.2008, data do primeiro vencimento de prestações depois de 15.09.2008, o desequilíbrio de prestações foi muito grande, pois o contrato assinado tem subjacente o risco de variação da taxa de juro, mas o risco previsto é o risco tolerável, isto é, o risco razoável e de algum modo previsível na conjuntura económica e financeira vigente à data da celebração do contrato, altura em que o A... e a B... e também o réu podiam valorar, com conhecimento de causa, se a proposta do banco satisfazia ou não os seus interesses. Em virtude dessas flutuações a situação financeira das aderentes ficou altamente desproporcionada em relação ao custo que adviria à instituição financeira da resolução do contrato. O prejuízo das aderentes é um prejuízo que tem de ser considerado gravemente atentatório do princípio da boa fé, pois alteraram-se de forma muitíssimo relevante das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar que se modificaram de forma anormal, pelo que exigir a obrigação à parte lesada afeta gravemente os princípios da boa-fé contratual, tanto mais que a alteração claramente não está coberta pelos riscos do negócio.

39. Além dos factos expostos constata-se que existiu lesão para as empresas A... e B... e as prestações a pagar por estas sociedades tornaram-se demasiado onerosas, resultando deste facto que exigir o cumprimento daquelas obrigações afeta gravemente o princípio da boa fé e claramente tais montantes a pagar não estavam cobertos pelos riscos do contrato. Termos em que o cumprimento dos contratos de swap corresponde a uma exigência reveladora de injustiça material pois o contrato é inexigível por

onerosidade excessiva e tal prejuízo das aderentes é um prejuízo que tem de ser considerado gravemente atentatório do princípio da boa fé.

40. Em novembro de 2008 as empresas A... e B... não estavam em mora e existe uma correlação direta, que ficou factualmente demonstrada, entre a crise económica geral e a atividade económica concreta das autoras e os swaps em causa nestes autos.

41. Impõe-se ainda trazer à colação, por um lado, o disposto no art.º 438º do CC, onde se dispõe que a parte lesada não goza do direito de resolução ou modificação do contrato se estava em mora no momento em que a alteração das circunstâncias se verificou, saltando à vista que estas empresas só entraram em mora em maio de 2011. E, finalmente, salta à vista que a alteração anormal de circunstâncias está completamente fora do domínio e controlo das partes e aquela alteração não teve origem num qualquer facto praticado por qualquer das partes. Neste processo as autoras recorrentes deduzem pedido de indemnização com duplo fundamento: falta de cumprimento de obrigações informativas por parte do banco réu, cruzando tal pedido com alteração grave da euribor resultante da crise, o que qualificam como alteração anormal de circunstâncias.

42. A partir da verificação cumulada destes "factos" poderá afirmar-se que entre as prestações realizadas e a causa da resolução – a alteração das circunstâncias -existe um vínculo que legitima a resolução de todas elas, nos termos do art.º 434.º, n.º 2, do CC. Sendo o n.º 2 do art.º 434º do CC aplicável à resolução do contrato de swap de taxa de juro, em razão da alteração das circunstâncias, não deverão considerar-se abrangidas pela eficácia resolutiva as prestações realizadas antes desse momento.

43. Ora, como resulta dos factos provados, a crise económica e financeira instalou-se a partir de 15.09.2008, é assim de aplicar o instituto da alteração das circunstâncias conforme com o sentido normativo do disposto no n.º 2 do art.º 434º, do CC, pois quanto ao momento da verificação do requisito de que a exigência das obrigações assumidos pela parte ofenda gravemente o principio da boa - fé, deverá tomar-se em consideração, entre outros, o facto de o prejuízo só justificar a resolução ou modificação do contrato quando se verifique um profundo desequilíbrio do contrato, sendo intolerável, em conformidade com a boa-fé, que o lesado o suporte.

44. Existiu assim um dano grave, considerável ou descomunal das sociedades A... e B... e o cumprimento das obrigações contratuais para com o banco réu depois de 15.09.2008 ofende gravemente a boa-fé, e não pode desligar-se da estrutura de onerosidade que as partes inicialmente conjeturaram para o contrato de swap de taxa de juro.

45. Termos em que devem considerar-se abrangidas pela eficácia resolutiva as prestações realizadas depois desse momento 15.09.2008, ou seja, a primeira prestação depois daquela data ocorreu em 30.11.2008, pois perante este quadro de crise económica e financeira, é contrário aos ditames da boa–fé

pretender que apenas o A... e B... fossem oneradas pelos seus efeitos nefastos.

46. A obrigação de manutenção dos contratos de swap ofende o sentimento de justiça e seria no mínimo excessivo não se poderem resolver estes contratos de swap, por alteração anormal de circunstâncias, contatando-se que existe uma relação de tensão entre o princípio da autonomia privada e o princípio da boa fé e nesse contexto, por evolução das circunstâncias, o cumprimento do contrato tem de deixar de representar uma exigência de segurança jurídica, pois o seu cumprimento revela-se um efeito perverso do sistema, que o direito, enquanto realização da justiça, não pode tolerar.

47. A sentença, salvo o muito e devido respeito por diferente entendimento, ao decidir como decidiu violou relevantes disposições legais e conferiu-lhe interpretação que as mesmas não comportam, pelo que, deve, assim, numa boa aplicação do direito, ser revogada a sentença de que se recorre, proferindo-se acórdão que julgue o presente recurso procedente, por violação das regras de direito, supramencionadas e, em consequência, deve ser substituída por outra nos termos propugnados nestas conclusões.

*

O R. apresentou contra-alegações, ampliando o recurso nos termos do art. 636.º do C.P.C.), pedindo o conhecimento, se necessário se mostrar, da prescrição da respectiva responsabilidade que pudesse ser-lhe imputada nos termos do art. 304º-A, n.º 2, do CVM

Conclui nos seguintes termos:

1.ª — O recurso interposto deve ser julgado totalmente improcedente relativamente à impugnação do julgamento da matéria de facto.

2.ª — A este propósito, há que realçar desde logo que os Apelantes não puseram em causa qualquer um dos pontos da matéria considerada “não provada”, que assim se cristalizou nos seus precisos termos e transitou em julgado.

3.ª — Isto põe em causa a maior parte das pretensões dos Apelantes quanto à alteração das decisões da matéria de facto porquanto o seu deferimento tornaria a Sentença incongruente, dando-se como provada factualidade que, adiante, se dava como não provada ou seria incongruente ou contraditória com a anterior.

4.ª — As decisões relativas à matéria de facto que os Apelantes tentam pôr em crise não podem ser alteradas porquanto, para a sua maior parte, os Apelantes não cumprem os ónus previstos nas alíneas b) do n.º 1 do art. 640.º e a) e b) do n.º 2 do mesmo artigo, preferindo transcrever longos trechos de depoimentos na maior parte das vezes sem relevância para o pretendido.

5.ª — Mas essas decisões de facto não podem nem devem ser alteradas porquanto o Recorrido apresentou nas suas alegações de resposta abundantes depoimentos (até do próprio CC) e documentos que não só contrariam como impedem todas e cada uma das pretensões dos Apelantes quanto à alteração das decisões da matéria de facto, que assim devem manter-se inalteradas (com excepção, obviamente, da correcção de lapso requerida com a apresentação das presentes alegações).

6.ª — Nos pontos XVI e seguintes da sua alegação, os Apelantes discutem a aplicação do direito aos factos provados relativamente a três questões: a alegada nulidade da cláusula 3.ª dos contratos de swap (ponto XVI), a pretensa violação de deveres de informação (ponto XVII), a suposta alteração anormal das circunstâncias (pontos XVIII a XX). E, na parte inicial da alegação, no ponto II, invocam uma outra questão jurídica, da lei aplicável.

7.ª — A matéria efectivamente provada não dá apoio, porém, a nenhuma das questões suscitadas pelos Apelantes.

8.ª — A questão da lei aplicável levantada pelos Autores não tem qualquer relevância, uma vez que foram cumpridas pelo Réu as obrigações informativas que sobre ele recaíam, e isto quer sejam vistas à luz da lei vigente à data em que foi feita a apresentação dos swaps às Autoras originárias quer sejam aferidas à luz da revisão do CVM entrada em vigor em Novembro de 2007.

9.ª — Quando a negociação com vista à conclusão dos contratos se iniciou, não estava ainda em vigor a reforma legislativa invocada pelos Autores, sendo certo que o curtíssimo espaço de tempo que mediou entre aquele início de vigência e o fecho dos contratos levou a que o mesmo tivesse ocorrido num momento que era ainda de transição e adaptação que sempre explicaria e justificaria a suposta omissão, sendo absolutamente indevido olhar para ela com os olhos de hoje, volvidos mais de 15 anos de vigência e aperfeiçoamento desse regime legal.

10.ª — Em face da factualidade apurada nos presentes autos, caem por completo os fundamentos em que os Apelantes procuraram fundar a acção, e agora o presente recurso, no que à suposta violação de deveres de informação diz respeito.

11.ª — Em concreto, mostram-se cumpridas as obrigações resultantes dos artigos 312.º, n.º 1, 312.º-A, 312.º-B, 312.º-C e 312.º-E do CVM, bem como dos artigos 73.º a 76.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras — o Banco forneceu, relativamente aos serviços prestados, todas as informações necessárias para uma tomada de decisão esclarecida e fundamentada por parte das suas Clientes, incluindo informações sobre a sua própria actividade e sobre o instrumento financeiro aqui em causa, a sua natureza e os seus riscos, e prestou essas informações com antecedência suficiente relativamente à conclusão dos contratos. E foram também cumpridos os ditames do artigo 7.º do CVM,

dado que a informação prestada se revelou completa, verdadeira, actual, clara, objectiva e lícita, nenhuma prova tendo sido produzida que permita infirmar esta asserção.

12.ª — Verifica-se, portanto, que os contratos que vieram a ser concluídos foram objecto de uma apresentação cuidadosa e detalhada pelo Banco às empresas em duas reuniões com vários meses de distância entre uma e outra, em que tudo foi devidamente explicado e esclarecido, e que as Autoras originárias puderam ponderar devidamente e formar a sua decisão. Ficou também demonstrado que lhes foi fornecida informação, seja verbalmente seja em suporte escrito, que lhes permitiu estudar as alternativas apresentadas e escolher celebrar os contratos e fazê-lo na modalidade que entenderam.

13.ª — A factualidade provada demonstra, além disso, que os contratos de swap efectivamente celebrados nada tinham de complexo, pois que se tratava tão-somente se fazer com que, na prática, as empresas fixassem a taxa do seu endividamento: onde estavam a pagar taxa variável passaram, por efeito do swap, e na medida do valor do mesmo, a pagar taxa fixa. Em rigor: continuavam a pagar pelos seus empréstimos taxa variável Euribor a 3 meses, mas recebiam essa mesma taxa do Banco ao abrigo do swap, em contrapartida de lhe entregarem a taxa fixa acordada.

14.ª — Os factos provados demonstram também a capacidade das Autoras primitivas e dos seus representantes e colaboradores para compreenderem os contratos que celebraram.

15.ª —Não tem qualquer fundamento o pedido de declaração de nulidade da cláusula 3.ª, alínea c), dos contratos de swap, na qual as Autoras primitivas declaravam que “Os riscos resultantes da celebração do presente contrato são do perfeito conhecimento da Empresa, tendo sido devidamente ponderados e tomados em conta no processo de formação e decisão da sua vontade de contratar”.

16.ª — Não é clara a fundamentação deste pedido de declaração de nulidade, atenta a remissão genérica que é feita pelos Autores na petição inicial para os artigos 6.º, 16.º e 17.º da lei das cláusulas contratuais gerais, parecendo que o que se questiona é, também aqui, que tenha sido cumprido o dever de informação — o que é confirmado na alegação dos Autores no presente recurso. Ora, como se viu, esse dever foi devidamente cumprido pelo Banco 1..., pelo que nada obstava a que as Autoras originárias assumissem, como efectivamente assumiram, que os contratos foram precedidos do fornecimento da informação necessária por parte do Réu e que os riscos deles decorrentes foram devidamente ponderados e considerados na decisão de contratar.

17.ª — Aliás, para contestarem essa realidade, os Autores vêem-se forçados a contrariar a própria realidade tal como foi provada na acção — nomeadamente, a defender que a informação contratual tinha de ser prestada por escrito sob pena de não relevar, o que é duplamente incorrecto: não só não existia tal obrigação como, ainda assim, a informação foi efectivamente fornecida em suporte escrito, que foi facultado às Autoras originárias (factos provados n.ºs 39, 40 e 51!

18.ª — Ainda que se entenda que é aplicável na situação dos autos o artigo 314.º do CVM, na redacção decorrente da entrada em vigor do DL n.º 357-A/2007, de 31 de Outubro, deve considerar-se que o Réu sempre teria dado cumprimento às exigências de tal norma.

19.ª — Uma vez que decorreram muito mais de dois anos desde a celebração dos contratos, que são de 2007, até à citação do Réu para a presente acção, prescreveu qualquer responsabilidade que pudesse alguma vez ser (e não pode) imputada ao Réu nos termos do art. 304º-A, n.º 2, do CVM — prescrição essa que aqui se invoca e o Réu requer seja conhecida (se necessário for, por via da ampliação do objecto do recurso – art. 636.º do C.P.C.), prevenindo, por dever de patrocínio, a eventualidade de procedência do recurso.

20.ª — Não há lugar, na situação em apreço, à aplicação de tal regime da alteração anormal das circunstâncias previsto no artigo 437.º do Código Civil.

21.ª — Desde logo, segundo entendimento doutrinal pacífico, o regime do preceito citado nunca poderia ser invocado quanto às prestações já cumpridas dos swaps aqui em causa, pois apenas vale para prestações que estão ainda por efectuar quando se invoca a alteração das circunstâncias; por outro lado, o mesmo regime também não pode ser invocado, no caso concreto dos contratos de swap deste processo, quanto às prestações em falta nesses contratos, porque a mora das Autoras primitivas relativamente a essas prestações antecedeu a invocação da alegada alteração, pelo que não se verifica o requisito negativo do art. 438.º do Código Civil.

22.ª — Depois, e mesmo que fosse possível em abstracto aplicar este preceito na situação em análise, a verdade é que não ocorreu uma alteração anormal ou imprevisível das circunstâncias em que as que as partes tenham fundado a decisão de contratar, ou seja, quanto à base do negócio.

23.ª — É certo que a convicção das partes, quando os contratos foram celebrados, era de que a Euribor iria provavelmente ou tendencialmente manter-se elevada, mas esse não era o único cenário possível: podia naturalmente acontecer, ainda que não fosse isso o mais provável, que a Euribor descesse para menos de 4,05%, e que o fizesse em medida que não se podia antecipar — e ambas as partes tinham disso perfeita consciência, tanto mais que tal é expressamente ressalvado nas apresentações escritas entregues nas reuniões, nas quais o Banco advertiu as Autoras de que, num cenário de descida de taxas de juro abaixo de 4,05%, pagariam o diferencial entre a taxa Euribor a 3 meses e aquele montante.

24.ª — Precisamente porque esses outros cenários não estavam excluídos é que foi viável a celebração dos contratos de swap, tendo o Banco 1... conseguido encontrar outra instituição, a C..., que lhe assegurou a cobertura da operação (facto provado n.º 62).

25.ª — A alteração ocorrida não é, por isso, anormal e imprevisível.

26.ª — Por outro lado, não é verdade que a inexistência de descida das taxas de juro tenha integrado a base negocial em que as partes assentaram a decisão de contratar.

27.ª — O Banco apresentou às suas Clientes um produto que acreditava poder servir os seus interesses, em facedas previsões existentes no mercado, mas advertiu-as do risco de a evolução do mercado ser diferente, pelo que não pode daqui retirar-se que o Banco tivesse assumido como essencial na sua decisão de contratar que a evolução das taxas seria favorável ao cliente até ao termo do contrato. Essa não foi, reitera-se, uma circunstância na qual se tivesse fundado a sua decisão de contratar, não tendo por isso integrado a base do negócio.

28.ª — Em terceiro lugar, a descida e manutenção das taxas de juro abaixo da taxa fixa paga pelas Autoras originárias nos contratos de swap não comporta uma lesão das Autoras para efeitos do art. 437º do Código Civil.

29.ª — O equilíbrio de interesses subjacente aos contratos não foi prejudicado pelo facto de um cenário muito menos provável ter vindo a registar-se, após mais de um ano de vigência do contrato, e de as Autoras terem tido de passar a desembolsar o valor contratualmente previsto para essa eventualidade.

30.ª — Entre os cenários a que se atendeu na construção dos swaps estava também aquele em que a Euribor descesse abaixo do valor da taxa fixa e as Autoras tivessem de desembolsar as quantias correspondentes (cfr. os Documentos n.º 3 e 4 da petição inicial e 4 e 5 da contestação) — embora tivesse com certeza sido atribuída uma probabilidade reduzida à eventualidade de isso suceder por um período longo de tempo e de a descida ser mais acentuada. Ora, não é admissível, sem romper com o equilíbrio contratual, impedir a concretização desse cenário.

31.ª — Se isto que é assim em geral, relativamente a qualquer swap, é ainda mais gritante relativamente aos contratos em causa na presente acção, por via dos quais as Autoras trocaram pagar montantes calculados a taxa fixa por contrapartida de receber montantes calculados a uma taxa variável, com o fito de transformar, em financiamentos a uma taxa fixa, empréstimos que tinha contraído a uma taxa variável.

32.ª — Por via desses swaps, as Autoras originárias quiseram proteger-se de uma subida da taxa Euribor, houvesse o que houvesse, por contrapartida de renunciarem à vantagem decorrente de uma sua descida. Ora, seria insólito que, tendo beneficiado efectivamente dessa protecção, pudessem depois ganhar a dois carrinhos, aproveitando igualmente da descida da Euribor.

33.ª — Acresce ainda que, como supra se referiu já, tendo descido a taxa Euribor, o alegado prejuízo decorrente da obrigação de pagar a taxa fixa prevista no contrato de swap é compensado por benefício

idêntico auferido pelas Autoras primitivas nos contratos de crédito que lhe estão subjacentes, decorrente dos menores encargos com a taxa de juro (calculada por referência à mesma Euribor) paga pelas Autoras nesses contratos.

34.ª — A descida da Euribor não causou às Autoras originárias nenhum prejuízo: o que elas pagaram e ainda têm a pagar ao Réu corresponde exactamente à poupança que obtiveram com a descida da Euribor nos seus financiamentos cujos juros se encontravam indexados à evolução dessa taxa.

35.ª — Em quarto e último lugar, a suposta alteração das circunstâncias sempre estaria, em qualquer caso, abrangida pelos riscos próprios do contrato — seja os riscos típicos desta espécie contratual, seja os concretamente contemplados ou tidos em vista pelas partes —, o que só por si arredaria qualquer ofensa grave da boa fé na exigência do cumprimento das obrigações das Autoras (ofensa que também não existiria, de todo o modo, caso este requisito fosse autónomo dos respeitantes à lesão e aos riscos do contrato).

36.ª — Desde logo, é extremamente discutível que a norma do artigo 437.º se aplique a contratos aleatórios, já que, como afirma um reputado autor, LARENZ, nestes cada uma das partes está consciente da incerteza da evolução futura, intervindo neles, em vez da equivalência das prestações, a equivalência das chances de ganhos e de perdas"

37.ª — Depois, e sempre segundo autorizada doutrina, as descidas das taxas de juro verificada após a crise financeira de 2008 não constituem, em si mesmas, uma alteração anormal das circunstâncias mas sim um risco próprio do contrato, o que exclui a aplicação do artigo 437.º do Código Civil — nesse sentido, veja-se PAULO MOTA PINTO, in RLJ ano 144, Setembro-Outubro 2014, p. 53.

38.ª — Tal como diz CALVÃO DA SILVA, a flutuação dos juros por referência à evolução da Euribor é o objecto e a causa deste swap concretamente celebrado, pelo que não pode deixar de considerar-se coberta pelos riscos próprios deste contrato a prestação aleatória da parte onerada com o pagamento do saldo líquido resultante da possível compensação das obrigações recíprocas ligadas por uma relação de interdependência nos termos precisos e transparentes acordados para uma certa duração. A onerosidade dita excessiva e superveniente entra na normal álea do contrato concreto aqui em causa (ob. cit. p. 366).

39.ª — Assim, uma vez que nenhum dos requisitos da aplicação do art. 437.º do Código Civil se pode considerar preenchido na situação sub judice, improcede na totalidade o pedido principal deduzido na acção, como bem se decidiu na Sentença recorrida.

40.ª — Ainda que assim não fosse — no que, obviamente, não se concede —, sempre haveria de improceder aquele pedido por este ser abusivo.

41.ª — A alteração anormal das circunstâncias invocada pelas Autoras decorreria da crise financeira mundial, teria ocorrido no dia 15 de Setembro de 2008 (o que foi objecto da ampliação do pedido deduzida pelos Autores mas não recebeu qualquer prova) e ter-se-ia repercutido nos contratos de swap a partir de Novembro de 2008. Significa isto que as Autoras originárias já desde Setembro ou, pelo menos, desde Novembro de 2008 que conheciam a verificação do facto alegadamente gerador da alteração anormal das circunstâncias.

42.ª — A prova produzida confirmou, porém, que nos quase 6 anos que se passaram desde então até à propositura da presente acção nunca, a não ser na petição inicial, as Autoras invocaram perante o Réu a suposta alteração anormal das circunstâncias para daí retirarem a resolução ou nulidade dos contratos ou para solicitarem a restituição das prestações efectuadas.

43.ª — Isto para além de que os contratos continuaram a ser cumpridos pelas Autoras até final de Fevereiro de 2011.

44.ª — O largo período de tempo entretanto decorrido, bem como a conduta entretanto adoptada pelas Autoras, criaram no Réu a confiança legítima de que as Autoras não iriam pôr em causa os contratos com esse fundamento.

45.ª — As Autoras, ao omitirem qualquer reacção à suposta alteração anormal das circunstâncias desde 2008 até agora, e ao agirem, pelo contrário, de forma incompatível com a atribuição de relevância a tal pretensa alteração, ficaram inibidas de exercer o suposto direito de resolução do contrato.

46.ª — Assim, ainda que a crise financeira tivesse efectivamente originado uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes assentaram a decisão de contratar, os Autores sempre estariam impedidos de a invocar na acção, sob pena de incorrerem em abuso do direito – questão que, prevenindo, por dever de patrocínio, a eventualidade de procedência do recurso, o Réu requer seja conhecida (se necessário for, por via da ampliação do objecto do recurso – art. 636.º do C.P.C.).

47.ª — Em resultado de todo o exposto, improcedem na íntegra todos os fundamentos do recurso, pelo que deve julgar-se o mesmo totalmente improcedente, confirmando-se a douta Sentença recorrida.

*

O recurso foi admitido como de apelação, com subida nos próprios autos e efeito suspensivo por despacho de 9.12.24, nele também, e previamente, na sequência de requerimento do R. de 13.11.24, se ter rectificado o facto 9 como provado[4], igualmente se mandando eliminar o facto dado como provado sob o art.10 e por o mesmo já constar do facto descrito sob o art.11.

*

Foram colhidos os vistos legais.

*

II.

O tribunal **a quo julgou provada a seguinte factualidade:**

1º A sociedade A..., Lda, doravante designado por A..., é uma sociedade que foi constituída e foi registada em 04.05.1984, dedica-se à atividade de prestação de serviços de engenharia e arquitetura, elaboração de projetos de construção civis, elétricos e mecânicos, compra e venda de propriedades, laboratório de cópias heliográficas e fotocópias e empreiteiro de obras públicas e industrial de construção civil, tem o capital social de 250.000,00 euros e tem a sua sede na rua ..., ..., Loja ..., ... – V. N. de Famalicão.

2º A sociedade B..., Lda, doravante designada por B..., é uma sociedade que foi constituída e foi registada em 14.06.1993, dedica-se à atividade de compra e venda de propriedades, tem o capital social de 250.000,00 euros e tem a sua sede na rua ..., imóvel ..., Loja n.º ..., ... – V. N. de Famalicão.

3º A ré é uma instituição de crédito com vasta experiência na área financeira e no mercado de derivados.

4º No dia 23.11.2007, as sociedades B... e A... e a ré celebraram, cada uma, um contrato de swap de taxa de juro, com conteúdos exatamente iguais, o da B... com a referência ... e o do A... com a referência ....

5ºOs referidos contratos assinados pela ré com o A... e a B... foram assinados com as seguintes cláusulas e termos: [5]

(……)

6º Em 23.11.2007, o A... celebrou com a ré um contrato de swap de taxa de juro, com início em 30.11.2007 e data de vencimento em 30.11.2012, tendo por montante nominal a quantia de 2.000.000,00 euros (dois milhões de euros), com a referência o n.º ....

7º Em 23.11.2007, a B... celebrou com a ré um contrato de swap de taxa de juro, com início em 30.11.2007 e data de vencimento em 30.11.2012, tendo por montante nominal a quantia de 2.000.000,00 euros (dois milhões de euros), com a referência o n.º ....

8º Na sequência dos descritos contratos, a ré passou a debitar ou creditar os valores resultantes dos

descritos contratos, nas contas abertas no Banco 1..., com o n.º ... titulada pela B..., e, n.º ..., titulada pelo A....

9º Desde 30.11.2007 até 30.11.2012, a ré debitou ao A...[6] os seguintes valores na referida conta bancária:

PERÍODO Banco 1... A PAGAR Banco 1... A RECEBER SALDO

30-11-2007 a 29-02-2008 23.978,50€ 20.475,00€ 3.503,50€

29-02-2008 a 30-05-2008 22.173,67€ 20.475,00€ 1.698,67€

30-05-2008 a 29-08-2008 24.554,83€ 20.475,00€ 4.079,83€

29-08-2008 a 28-11-2008 25.095,78€ 20.475,00€ 4.620,78€

28-11-2008 a 27-02-2009 19.721,72€ 20.475,00€ -753,28€

27-02-2009 a 29-05-2009 9.342,67€ 20.475,00€ -11.132,33€

29-05-2009 a 31-08-2009 6.632,22€ 21.150,00€ -14.517,78€

31-08-2009 a 30-11-2009 4.191,06€ 20.475,00€ -16.283,94€

30-11-2009 a 26-02-2010 3.505,33€ 19.800,00€ -16.294,67€

26-02-2010 a 31-05-2010 3.441,44€ 21.150,00€ -17.708,56€

31-05-2010 a 31-08-2010 3.572,67€ 20.475,00€ -17.127,33€

31-08-2010 a 30-11-2010 4.489,33€ 20.475,00€ -15.985,67€

30-11-2010 a 28-02-2011 5.140,00€ 20.250,00€ -15.110,00€

28-02-2011 a 31-05-2011 5.560,89€ 20.700,00€ -15.139,11€

31-05-2011 a 31-08-2011 7.308,89€ 20.700,00€ -13.391,11€

31-08-2011 a 30-11-2011 7.785,56€ 20.475,00€ -12.689,44€

30-11-2011 a 29-02-2012 7.467,06€ 20.475,00€ -15.604,22€

29-02-2012 a 31-05-2012 5.095,78€ 20.700,00€ -13.007,94€

34-05-2012 a 31-08-2012 3.439,78€ 20.700,00€ -17.260,22€

31-08-2012 a 30-11-2012 1.456,00€ 20.475,00€ -19.019,00€

193.953,18€ 411.075,00 € - 217.121,82€;

10º[7]

11º Desde 30.11.2007 até 30.11.2012, o réu debitou/creditou à B... os seguintes

valores na referida conta bancária:

PERÍODO Banco 1... A PAGAR Banco 1... A RECEBER SALDO

30-11-2007 a 29-02-2008 23.978,50€ 20.475,00€ 3.503,50€

29-02-2008 a 30-05-2008 22.173,67€ 20.475,00€ 1.698,67€

30-05-2008 a 29-08-2008 24.554,83€ 20.475,00€ 4.079,83€

29-08-2008 a 28-11-2008 25.095,78€ 20.475,00€ 4.620,78€

28-11-2008 a 27-02-2009 19.721,72€ 20.475,00€ -753,28€

27-02-2009 a 29-05-2009 9.342,67€ 20.475,00€ -11.132,33€

29-05-2009 a 31-08-2009 6.632,22€ 21.150,00€ -14.517,78€

31-08-2009 a 30-11-2009 4.191,06€ 20.475,00€ -16.283,94€

30-11-2009 a 26-02-2010 3.505,33€ 19.800,00€ -16.294,67€

26-02-2010 a 31-05-2010 3.441,44€ 21.150,00€ -17.708,56€

31-05-2010 a 31-08-2010 3.572,67€ 20.475,00€ -17.127,33€

31-08-2010 a 30-11-2010 4.489,33€ 20.475,00€ -15.985,67€

30-11-2010 a 28-02-2011 5.140,00€ 20.250,00€ -15.110,00€

28-02-2011 a 31-05-2011 5.560,89€ 20.700,00€ -15.139,11€

31-05-2011 a 31-08-2011 7.308,89€ 20.700,00€ -13.391,11€

31-08-2011 a 30-11-2011 7.785,56€ 20.475,00€ -12.689,44€

30-11-2011 a 29-02-2012 7.467,06€ 20.475,00€ -15.604,22€

29-02-2012 a 31-05-2012 5.095,78€ 20.700,00€ -15.604,22€

34-05-2012 a 31-08-2012 3.439,78€ 20.700,00€ -17.260,22€

31-08-2012 a 30-11-2012 1.456,00€ 20.475,00€ -19.019,00€;

12º A partir de 28 de Fevereiro de 2011, a sociedade B... deixou de cumprir.

13º A partir de 31 de Maio de 2011, a sociedade A... deixou de cumprir.

14º No dia 17.03.2010, as sociedades A... e B... enviaram, cada uma, uma carta para a ré, que esta recebeu no dia 18.03.2010, a pedir a anulação dos descritos contratos, nos seguintes termos:

Ex.mo Presidente do Conselho de Administração

Banco 1..., S.A. ... – Edifício ...

... ...

Assunto.: SWAP de taxa de juro realizado entre o Banco 1..., S.A. e a A..., Lda, em 23 de Novembro de 2007.

V/ Ref.ª: ... Ex.mos Senhores

A firma A..., Lda, vem muito respeitosamente junto de V. Exas. expor e solicitar o seguinte:

Em Novembro de 2007, foi celebrado o contrato em título.

No decorrer da operação, fomos percebendo, que a mesma teria implicações para as quais nunca fomos alertados, traduzindo-se em custos avultados que temos vindo a suportar, ainda que com enorme esforço.

Em finais de Novembro de 2008, numa reunião havida com representantes do Banco, foi-nos dado saber do provável cancelamento do SWAP, previsto no n.º 3 do referido contrato.

Tal porém não aconteceu.

Mediante o descrito anteriormente, propusemos uma eventual revisão das condições acordadas. Aconteceram várias reuniões com esse mesmo objectivo.

A solução apresentada era manifestamente inaceitável (junto remetemos cópia para v/ apreciação).

Entretanto, percebemos não existir vontade em encontrar uma solução que reduzisse as perdas, até ao limite do comportável.

À volta do assunto, importa agora fazer uma reflexão séria, que conduza a uma solução justa e equilibrada com base nos pressupostos que passamos a descrever:

Sempre existiu a melhor relação de confiança com os serviços da V/ instituição;

Apesar disso, aquando da apresentação do SWAP, é nossa opinião que, não foi tido em devida conta o perfil do investidor;

Este produto financeiro foi-nos apresentado como investimento, supostamente gerador de lucros, sem qualquer referência a risco ou potenciais perdas;

A própria estrutura do contrato, não tem dados suficientes para uma correcta explicitação dorisco;

Não tem, por exemplo, qualquer alusão aos efeitos demolidores, que eventuais alterações na Euribor pudessem provocar.

Os custos avultados decorrentes dessa operação, melhor demonstrado no quadro abaixo, são incomportáveis para uma estrutura como a nossa, traduzindo-se numa onerosidade excessiva.

PERÍODO Banco 1... A PAGAR Banco 1... A RECEBER SALDO

30-11-2007 a 29-02-2008 23.978,50€ 20.475,00€ 3.503,50€

29-02-2008 a 30-05-2008 22.173,67€ 20.475,00€ 1.698,67€

30-05-2008 a 29-08-2008 24.554,83€ 20.475,00€ 4.079,83€

29-08-2008 a 28-11-2008 25.095,78€ 20.475,00€ 4.620,78€

28-11-2008 a 27-02-2009 19.721,72€ 20.475,00€ -753,28€

27-02-2009 a 29-05-2009 9.342,67€ 20.475,00€ -11.132,33€

29-05-2009 a 31-08-2009 6.632,22€ 21.150,00€ -14.517,78€

31-08-2009 a 30-11-2009 4.191,06€ 20.475,00€ -16.283,94€

30-11-2009 a 26-02-2010 3.505,33€ 19.800,00€ -16.294,67€

26-02-2010 a 31-05-2010 3.441,44€ 21.150,00€ -17.708,56€

SALDO ACUMULADO -62.787,78€

Nesta perspectiva, solicitamos à Ex.ma Administração, a anulação do SWAP aqui em causa.

Certos do melhor acolhimento desta nossa pretensão, apresentamos os nossos melhores cumprimentos, ..., 2010, Março,17

15º. Por carta datada de 22.04.2010, a ré respondeu ao A... e à B... informando-os que se optassem pelo cancelamento dos descritos contratos de swap teriam de pagar 157.000,00 euros, cada sociedade, por esse cancelamento ou denúncia.

16º Em 31.12.2007, a situação líquida da sociedade A... era de 1.102.420,03 euros, o activo total era de 2.556.470,43 euros, e o volume de negócios líquido foi de 440.904,78 euros.

17º Durante o ano de 2005, 2006 e 2007, a sociedade A... celebrou vários contratos de mútuo, alguns com hipoteca outros sem hipoteca, e abriu uma conta caucionada junto do Banco réu, e durante o ano de 2007.

18º Em 31.12.2007, a situação líquida da sociedade B... era de 1.099.596,83 euros (negativo), o ativo total

era de 4.692.336,66 euros, e o volume de negócios líquido foi de 2.900.0320,87 euros.

18ºA - Durante o ano de 2005, 2006 e 2007, a sociedade B... celebrou vários contratos de mútuo, alguns com hipoteca outros sem hipoteca, e abriu uma conta caucionada junto do Banco réu, e durante o ano de 2007.

19º À data em que foram concluídos os contratos em causa nos presentes autos, ou seja, em 2007, ambas as AA. estavam em crescimento e expansão da sua actividade de construção civil.

20º A A... foi, nomeadamente, responsável pela construção de dois dos maiores centros grossistas do norte do país.

21º Em Julho de 2007, a B... tinha registado no Banco de Portugal crédito financeiro no valor global de cerca de 7 milhões de euros, concedido pelo R. e por outras instituições de crédito.

22º A A..., por seu turno, também em Julho de 2007, tinha registado no Banco de Portugal crédito financeiro no valor global de cerca de 700.000 euros.

23º Estava então em conclusão um processo de concessão de crédito à promoção imobiliária pelo Banco 1... à A... no valor de 2,4 milhões de euros,

24º Os sócios das primitivas AA., Eng.º CC e o Dr. DD, eram pessoas com um património financeiro muito elevado e com participações em diversas empresas.

25º Os referidos sócios das AA. tinham já, à data em que os contratos foram negociados e celebrados, grande experiência na negociação e conclusão de contratos financeiros de grande vulto com diversas instituições bancárias e na realização de investimentos em produtos financeiros complexos e de risco, seja no Banco 1... seja noutras instituições financeiras.

26º O Dr. DD era e é uma pessoa muito interessada em produtos financeiros e sempre realizou investimentos em produtos sofisticados e de risco, como acções, fundos de investimento de médio e alto risco e aplicações sem garantia de capital.

27º As AA. eram servidas por pessoas com formação na área financeira, que mostravam ter conhecimentos especificamente na área dos swaps.

28º Os AA tinham um responsável pela área financeira de então, Dr. FF.

30º O R., de quem as AA. e os seus sócios eram clientes há já muitos anos, sabia do nível de

conhecimentos dos representantes das AA. e da sua capacidade para perceberem as características dos contratos que vieram a concluir.

31º O crédito concedido às AA. pelo Banco 1... pagava juros a uma taxa variável, calculada com base na taxa Euribor a 90 dias.

32º Entre a B... e o Banco 3..., S.A. (do grupo Banco 1...) havia sido celebrado no dia 20 de Setembro de 2005 um contrato de mútuo com garantia hipotecária pelo qual foi concedido pelo Banco à B... um empréstimo de € 2.000.000, pelo prazo de 42 meses, com vista à construção do imóvel objecto da hipoteca, empréstimo esse que vencia juros a uma taxa calculada tomando por base a taxa Euribor a 90 dias acrescida de 2,5%; esse empréstimo foi depois reforçado em mais € 200.000, por contrato de 19 de Julho de 2007, sendo que esse reforço de empréstimo vencia juros calculados igualmente com base na taxa Euribor a 90 dias acrescida de 2,5%.

33º Entre a A... e o R., por seu turno, foi celebrado em 29 de Novembro de 2007 um contrato de mútuo com hipoteca pelo qual foi concedido pelo Banco à A... um empréstimo de € 2.400.000, pelo prazo de 36 meses, com vista à construção dos imóveis objecto da hipoteca, empréstimo esse que vencia juros a uma taxa calculada tomando por base a taxa Euribor a 90 dias acrescida de 1%.

34. Atento o nível de exposição ao risco de taxa de juro das AA. e, em especial, da B..., o R., através do gerente de conta das AA., Dr. II, propôs-se fazer uma apresentação de soluções de gestão daquele risco por ele comercializadas.

35º Foi realizada nas instalações das AA. uma reunião, em 13 de Julho de 2007, para serem apresentados os produtos de gestão do risco de taxa de juro disponibilizados pelo R.

36º Nessa reunião estiveram presentes, pelo Banco, o gerente de conta das AA., Dr. II, da Sucursal ..., e o Dr. HH, da Direcção de Venda de Produtos de Tesouraria, e, pelas AA., o Dr. DD, seu sócio, e o responsável financeiro, Dr. FF.

37º No decurso dessa reunião, os colaboradores do Banco 1... apresentaram aos representantes das AA. várias soluções para gestão do risco de taxa de juro suportado pela B..., relativamente a um valor de dívida de € 2.000.000.

38º As sugestões apresentadas visavam proporcionar várias alternativas, segundo um princípio de gestão equilibrada do risco de taxa de juro da dívida global, cabendo ao cliente escolher a que considerasse mais adequada de acordo com o respectivo perfil de gestão de risco e com as suas próprias expectativas.

39ºAs sugestões constavam de um documento intitulado “B... Lda – Proposta de cobertura de risco de taxa

de juro; Montante: Eur 2.000.000; Prazo: 5 anos; 13 de Julho de 2007".

40º Os representantes das AA. ficaram com cópia desse documento.

45º Na apresentação que efectuou, o Dr. HH recorreu também a mapas com a evolução das taxas Euribor e das taxas de swap, de que também forneceu cópias aos representantes das AA..

46º Todas as soluções constantes do documento foram explicadas aos representantes das AA. nessa reunião, e foram esclarecidas todas as dúvidas por eles suscitadas.

47º Os representantes das AA. revelaram perceber bem o conteúdo dessas sugestões de gestão do risco de taxa de juro.

48º Os representantes das AA. e o seu gestor de conta, Dr. II, foram falando algumas vezes sobre esta matéria.

49º Em 20 de Novembro de 2007 foi realizada uma nova reunião sobre o tema da gestão do risco da taxa de juro nas instalações das AA., na qual estiveram presentes as mesmas pessoas que haviam participado na reunião de 13 de Julho de 2007.

50º Nesta segunda reunião, foram apresentadas pelos representantes do R. novas sugestões de gestão do risco de taxa de juro relativamente ao endividamento da B..., para um valor global de 2 milhões de euros, sugestões essas elaboradas de acordo com as circunstâncias do mercado então vigentes.

51º As sugestões constavam de um documento intitulado "B... Lda – Proposta de cobertura de risco de taxa de juro; Montante: Eur 2.000.000; Prazo: 5 anos; 20 de Novembro de 2007".

52º Os representantes das AA. mostraram-se interessados na concretização da cobertura do risco de taxa de juro e ficaram de reflectir e de dar uma resposta.

53º Nessa reunião, o Dr. DD referiu que haveria interesse em realizar também uma operação de cobertura de risco de taxa de juro relativamente à A..., igualmente para um valor global de crédito de 2 milhões de euros, em condições idênticas às que viessem a ser escolhidas para a B....

54º No dia 23 de Novembro, foi comunicada ao réu a opção das AA. pela solução identificada na apresentação do R. sob o n.º 6, seja para a B... seja para o A....

55º Logo nesse mesmo dia 23 de Novembro de 2007, o R. enviou por telefax duas comunicações, uma a cada uma das AA., pelas quais as informava de que nessa data haviam ficado fechadas as operações de

swap entre elas ajustadas, dando nota das principais condições desses swaps, documentos que as AA. assinaram, carimbaram e devolveram

56º Foram entregues pelo R. aos AA para assinatura os dois originais dos contratos de swap, que depois recolheu assinados pelos dois sócios das AA.

57º O Dr. FF demonstrava ter conhecimento dos contratos de swap.

60º Foram depois ainda subscritos pelas AA. os "documentos de confirmação" de cada um daqueles contratos, nos quais se reproduzem os principais termos e condições dos swaps acordados entre as partes

61º Para garantia das responsabilidades assumidas pelas AA. nos contratos de swap, foram por elas subscritas e avalizadas pelos seus sócios duas livranças em branco, acompanhadas de acordos de preenchimento pelos quais autorizavam o R. a preencher as livranças até ao valor máximo de 100.000 euros (quanto a cada uma das livranças), "proveniente das responsabilidades assumidas pelo signatário perante este mesmo Banco, emergentes do contrato de cobertura de taxa de juro, sob a forma de Swap de Taxa de Juro, no montante de 100.000 Euros, incluindo os respectivos juros compensatórios e moratórios, comissões, impostos e demais encargos acrescidos ou que vierem a acrescer".

62º Depois de concluídos os contratos com as AA., o R. concluiu um contrato de swap com o C..., por um valor de 4 milhões de euros, no qual o R. assumiu perante este banco uma posição idêntica às contraídas perante ele pelas AA., obrigando-se a pagar uma taxa fixa de 4,05% contra o recebimento de uma taxa variável correspondente à Euribor a 3 meses.

63º A partir de 15.09.2008, ocorreu uma crise e uma profunda alteração do contexto socioeconómico existente em Portugal e ocorreu uma crise financeira.

64º A crise económica e financeira, que se instalou a partir de 15.09.2008, fez descer de forma acentuada as taxas de juro.

*

E deu como não provados os seguintes factos:

1. Os sócios e gerente do A... são pessoas simples e até hoje, com excepção dos contratos juntos aos autos, nunca contrataram qualquer operação bancária especial ou complexa, nem nunca contrataram operações com instrumentos financeiros derivados, inexperientes nestas matérias desconhecendo as suas regras mais básicas.

2. Na empresa e nos seus quadros ninguém, alguma vez, teve formação na área de mercados financeiros, em derivados, em swaps ou em swaps de taxa de juro, não têm assim quaisquer conhecimentos de instrumentos ou produtos financeiros ou derivados, nem de mercados financeiros e nada percebem de swap de taxa de juro, desconhecem por completo a área de atividade de produtos financeiros e derivados.

3. O gerente e sócios da B... são pessoas simples e até hoje, com excepção dos contratos juntos aos autos, nunca contrataram qualquer operação bancária especial ou complexa, nem nunca contrataram operações com instrumentos financeiros derivados, inexperientes nestas matérias desconhecendo as suas regras mais básicas.

4. Com formação ligada ao comércio e um desenhador que concluiu o ensino secundário, todos com formação ligada à área da construção civil, na certeza de que na empresa e nos seus quadros ninguém, alguma vez, teve formação na área de mercados financeiros, em derivados, em swaps ou em swaps de taxa de juro, não têm assim quaisquer conhecimentos de instrumentos ou produtos financeiros ou derivados, nem de mercados financeiros e nada percebem de swap de taxa de juro, desconhecem por completo a área de atividade de produtos financeiros e derivados.

5. Pelo menos desde meados de 2007, a ré sabia que, num curto prazo, as taxas de juro iam começar a descer e que desceriam ao longo de 2008, 2009 e 2010.

6. O Banco 1... promoveu assim de forma anormal, junto de múltiplos clientes, a assinatura de contratos de swap de taxas de juro, tais como os que foram assinados pelas sociedades A... e B....

7. Numa reunião que durou cerca de meia hora duas pessoas ligadas ao Banco 1..., uma da agência de ... e um alegado especialista também ligado ao Banco 1..., deslocaram-se à sede do A... e apresentaram o produto swap de taxa de juro, aos sócios e gerentes das duas empresas, referindo que o swap era uma excelente oportunidade de investimento para que o A... e a B... não tivessem prejuízo com as taxas de juro e, durante a referida reunião, deram a entender que, nos anos seguintes, as taxas de juro iriam subir.

8. Durante a referida reunião os representantes do Banco 1... referiram ainda que este contrato de swap era um excelente negócio e uma oportunidade única.

9. Aqueles responsáveis referiram aos sócios e gerentes do A... e B... que no contrato de swap de taxa de juro que lhe propunham fixava-se um limite da taxa de juro dentro da qual o A... e B... apenas pagavam a taxa de juro prevista no contrato, que fixavam em 4,050%, sendo que, se essa taxa aumentasse o A... e B... pagariam sempre aquela taxa inicial de 4,050%.

10. Os gerentes e sócios do A... e B... ficaram convencidos de que podiam denunciar o contrato a celebrar com a ré, quando o entendessem, pois a ré podia fazê-lo quando entendesse.

11. Os sócios e gerentes do A... e B... nunca se aperceberam de que o contrato que iam assinar poderia acarretar qualquer risco ou encargo e, consequentemente, a perda de valores significativos.

12. Após tal reunião, cerca de uma semana depois, os dois funcionários, ligados ao Banco 1..., apareceram novamente na sede do A..., com os contratos de swap de taxa de juro, ainda não assinados pela ré, para serem assinados pelos sócios e gerentes do A... e B....

13. Entre a primeira reunião e a assinatura dos contratos de swap não existiu nenhuma outra reunião, não foi prestada qualquer informação nem sequer existiu qualquer contacto entre o Banco 1... ou os seus funcionários e representantes e os sócios e gerentes do A... e B....

14. Os contratos em causa apenas foram apresentados ao A... e B..., no dia e no momento em que foram assinados, 23.09.2007, não foram lidos aos sócios e gerentes do A... e B..., e os mesmos não os leram integralmente, e os funcionários do Banco 1..., apenas os exibiram e pediram que fossem assinados de imediato.

15. Os sócios e gerentes do A... e B... não obstante terem rubricado os referidos contratos, em todas as suas páginas, apenas leram a primeira página de cada um dos contratos e assinaram no seu final.

16. No dia da assinatura dos contratos, os sócios e gerentes do A... e B..., antes de assinarem e rubricarem os contratos, não os leram de forma calma e integralmente e os mesmos não foram enviados ao seu cuidado ou das sociedades que representavam, uns dias antes, para eles os lerem e conhecerem em pormenor.

17. Após assinarem os descritos contratos os sócios e gerentes do A... e B... não ficaram com cópia dos mesmos e o banco réu ficou de enviar cópia dos referidos contratos para as sedes das sociedades B... e A..., mas não o fez, só o tendo enviado mais dois anos e meio depois de assinados.

18. Estes contratos de swap de taxa de juro não ficaram indexados ou anexos a qualquer contrato de mútuo, os seus valores nada tem a ver com os montantes em dívida das referidas sociedades ao Banco 1..., os prazos dos contratos de swap não estavam conexionados com os prazos dos contratos de mútuo realizados pelas autoras junto do Banco 1..., ou seja, se as autoras pagassem os seus créditos e nada ficassem a dever ao Banco 1..., continuariam a ter de pagar os valores que constam destes contratos de swap de taxa de juro.

*

III.

É consabido que resulta dos arts.635º, n.ºs3 a 5 e 639º, n.ºs1 e 2, ambos do CPC, que o objeto do recurso está delimitado pelas conclusões das respetivas alegações[8], sem prejuízo das questões cujo conhecimento é oficioso.

Assim, em síntese, do que resulta das conclusões, caberá apreciar as seguintes questões:

1. Da impugnação da matéria de facto

a) - factos que se pretendem provados:

a.1 - 6 e 19, **7 e 20 da p.i**.
a.2 - 10 e 23 da p.i.
a.3 - 64[9] dos factos assentes
a.4 – 73 e 79 da p.i.
a.5 – 99, 100, 106 e 107 da p.i.
a.6 – 78 da p.i.

b) – factos que se pretendem não provados

b.1 – 27 e 57 dos factos provados

b.2 – 25 dos factos provados

b.3 – 30 dos factos provados

b.4 – 47 dos factos provados

2. – Do direito

a) - A resolução dos contratos de swap celebrados entre a B..., S.A. e o A..., S.A. (A...) e o Banco 1..., S.A, em Novembro de 2007, com fundamento na alteração anormal das circunstâncias, nos termos do disposto no art. 437º do Código Civil;

b) - A nulidade das alíneas c) da cláusula 3.ª dos referidos contratos de swap de taxas de juro;

c) A declaração de nulidade dos contratos por violação do princípio da boa fé, por violação de deveres de informação e das regras aplicáveis às cláusulas contratuais gerais.

d) Indemnização dos Réu;

e)- Prescrição dos direitos invocados pelos autores.

*

Isto posto, abalancemo-nos para a apreciação do objecto do recurso propriamente dito.

1.- Da impugnação da decisão da matéria de facto

Acompanhando o que se afirmou no acórdão da Relação do Porto de 5.12.24 e proferido no processo 245/22.2T8PRD-C.P1[10], diremos:

«O presente recurso versa sobre o sentido da decisão da matéria de facto constante da sentença recorrida.

Os termos em que a Relação pode conhecer da matéria de facto impugnada em sede de recurso constam, no essencial, do art.º 662.º do Código de Processo Civil.

De acordo com o disposto no n.º 1 deste preceito, a Relação deve alterar a decisão proferida sobre a matéria de facto, se os factos tidos como assentes, a prova produzida ou um documento superveniente impuserem decisão diversa.

Por seu turno, nos termos do n.º 2, a Relação deve ainda, mesmo oficiosamente:

a) ordenar a renovação da produção da prova quando houve dúvidas sérias sobre a credibilidade do depoente ou sobre o sentido do seu depoimento;

b) ordenar, em caso de dúvida fundada sobre a prova realizada, a produção de novos meios de prova;

c) anular a decisão proferida na 1.ª Instância quando, não constando do processo todos os elementos que, nos termos do número anterior, permitam a alteração proferida sobre a decisão da matéria de facto, repute deficiente, obscura ou contraditória a decisão sobre pontos determinados da matéria de facto, ou quando considere indispensável a ampliação desta;

d) determinar que, não estando devidamente fundamentada a decisão proferida sobre algum facto essencial para o julgamento da causa, o tribunal de 1º instância a fundamente, tendo em conta os depoimentos gravados ou registados.

Da leitura de tais dispositivos legais resulta que à Relação é, em sede de recurso em que esteja em causa a impugnação da matéria de facto, conferido um grau de autonomia especialmente relevante.

Na realidade, se, confrontada com a prova globalmente produzida, o seu juízo decisório for diverso do da 1.ª Instância, à Relação incumbe hoje, não a faculdade ou a simples possibilidade, mas um verdadeiro dever de introduzir as alterações que tenha por convenientes ou acertadas.

Por outro lado, se, confrontada com essa mesma prova, reputá-la insuficiente ou mesmo inconsistente, deverá, mesmo sem impulso das partes nesse sentido, o mesmo é dizer oficiosamente, ordenar a renovação de prova já produzida ou mesmo a produção de novos meios de prova.

Em sede de reapreciação da matéria de facto, cabe à Relação, por conseguinte, formar a sua própria convicção quanto à prova produzida, convicção essa que, caso divirja da firmada em 1.ª instância, prevalecerá sobre esta.

Ou seja, e como refere António Santos Abrantes Geraldes, a Relação atua nesta sede com "autonomia decisória" e "como verdadeiro tribunal de instância", ao qual compete "introduzir na decisão da matéria de facto impugnada as modificações que se justificarem, desde que, dentro dos poderes de livre apreciação dos meios de prova, encontre motivo para tal" (in Recursos em Processo Civil, Almedina, 2022, p. 334).

A posição que a Relação deve adotar quando confrontada com um recurso em matéria de facto deve, pois, ser a mesma da 1.ª Instância aquando da apreciação da prova após o julgamento, valendo para ambos o princípio da livre apreciação da prova, conforme resulta, aliás, do disposto nos art. ºs 607.º, n.º 5 e 663.º, n.º 2 do CPC.

O mesmo é dizer, com Remédio Marques, que a "Relação tem o poder-dever de formar a sua convicção própria sobre a prova produzida e sobre a correção do julgamento da matéria de facto, não se devendo escusar a fazê-lo com base no princípio da livre convicção do julgador da 1.ª instância" (in Acção declarativa à luz do Código revisto, p. 637-638, apud José Lebre de Feitas, Armando Ribeiro Mendes e Isabel Alexandre, in Código de Processo Civil Anotado, Vol. 3.º, p. 172).

Só assim se garantirá, de resto, a efetiva sindicância, por parte da Relação, do julgamento da matéria de facto levado a cabo em 1.ª instância e, com isso, o princípio fundamental do duplo grau de jurisdição (v., neste sentido, e entre muitos outros, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 24-09-2013, de 26-05-2021 e de 04-11-2021, todos disponíveis na internet, no sítio com o endereço www.dgsi.pt).

A autonomia decisória com que a Relação deve encarar a reapreciação da matéria de facto não pode implicar, contudo, a consideração genérica e indiscriminada de todos os factos e meios de prova já tidos

em conta pela 1.ª Instância, como se aquela reapreciação impusesse a realização de um novo julgamento.

Dispõe, com efeito, o art.º 640.º, n.º 1 do CPC que quando seja impugnada a decisão sobre a matéria de facto, deve o recorrente obrigatoriamente especificar, sob pena de rejeição:

.- os concretos pontos de facto que considera incorretamente julgados (alínea a);

.- os concretos meios probatórios, constantes do processo ou de registo ou gravação nele realizada, que impunham decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnada diversa da recorrida (alínea b);

.- a decisão que, no seu entender, deve ser proferida sobre as questões de facto impugnadas (alínea c).

Por outro lado, de acordo com a alínea a) do n.º 2, sempre que os meios de prova que, nos termos da alínea b) do n.º 1 devem ser especificados, tenham sido gravados, incumbe ao recorrente 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.

Resulta de tais normativos legais que sobre o recorrente que pretenda ver sindicado pela Relação o julgamento da matéria de facto feito em 1.ª instância recai o ónus de, não só circunscrever e delimitar a concreta matéria de facto de cujo julgamento discorda, como o de enunciar os meios de prova que deveriam ter conduzido a decisão diversa - apontando, neste caso, em se tratando de depoimentos gravados, as passagens da gravação ou procedendo à transcrição dos excertos relevantes - e, ainda, o de indicar o sentido da decisão que, na sua perspetiva, deve ser proferida.

O sistema adotado pelo legislador quanto ao julgamento da matéria de facto pela Relação, ao invés de uma solução pautada pela simples “repetição dos julgamentos” e “pela admissibilidade de recursos genéricos contra a decisão da matéria de facto”, consiste, pois, num sistema caracterizado “por restringir a possibilidade de revisão de concretas questões de facto controvertidas relativamente às quais sejam manifestadas e concretizadas divergências por parte do recorrente”, como corolário do “princípio do dispositivo que se revela através da delimitação do objeto do recurso (da matéria de facto) através das alegações” (v., neste sentido, António Santos Abrantes Geraldes, in ob. cit., p. 195 e 341).

Isto, aliás, com reflexos na aferição da própria admissibilidade do recurso em matéria de facto, já que, como decorre expressamente do corpo do preceito que acaba de ser transcrito, o ónus que recai sobre o recorrente deve ser cumprido sob pena de rejeição do próprio recurso.

Do sistema assim concebido pelo legislador podemos entrever, em suma, e como se referiu no Acórdão do STJ de 29-10-2015, um “ónus primário ou fundamental de delimitação do objecto e de fundamentação concludente da impugnação”, bem como de “um ónus secundário – tendente, não propriamente a

fundamentar e delimitar o recurso, mas a possibilitar um acesso mais ou menos facilitado pela Relação aos meios de prova gravados relevantes" (sublinhados nossos; Acórdão disponível na internet, no sítio com o endereço www.dgsi.pt).

Sublinhe-se, ainda, que com a impugnação da decisão da matéria de facto proferida em 1.ª instância pretende-se, passe a redundância, alterar o julgamento feito quanto aos factos que, por via da impugnação, se reputam mal julgados.

Isto, contudo, não como fim em si mesmo, mas como meio ou instrumento de, mediante a alteração do julgamento dos factos impugnados, se poder concluir que - afinal - existe o direito que em 1.ª instância não foi reconhecido ou, pelo contrário, que não existe o direito que o foi; o mesmo é dizer, como meio de provocar um diverso enquadramento jurídico dos factos do levado a cabo em 1.ª instância e, com isso, obter uma decisão diversa da nele proferida quanto ao fundo da causa.

A impugnação da decisão da matéria de facto tem, por conseguinte, como referido no Acórdão da Relação de Guimarães de 15-12-2016, "carácter instrumental", "não se justifica(ndo) a se, de forma independente e autónoma da decisão de mérito proferida, assumindo um carácter instrumental face à mesma" (Acórdão proferido no processo n.º 86/14.0T8AMR.G1, disponível na internet, no local já antes citado).

O seu fim último é, assim, como também referido no Acórdão da Relação de Coimbra de 24-04-2012, naquele citado, "conceder à parte uma ferramenta processual que lhe permita modificar a matéria de facto considerada provada ou não provada", não com esse único intuito, mas sim "de modo a que, por essa via, obtenha um efeito juridicamente útil ou relevante".

Por este motivo, o tribunal de recurso não deve conhecer a impugnação da matéria de facto sempre que, como se escreveu no Acórdão da Relação de Coimbra de 27-05-2014, também citado naqueloutro, "o(s) facto(s) concreto(s) objeto da impugnação for insuscetível de, face às circunstância próprias do caso em apreciação e às diversas soluções plausíveis de direito, ter relevância jurídica, sob pena de se levar a cabo uma atividade processual que se sabe, de antemão, ser inconsequente" (sublinhado nosso).»

A benefício da decisão que se impõe, importa também **afirmar o seguinte, transcrevendo o escrito no Ac. da Relação de Guimarães de 2.11.27**[11]**:**

«(…) o âmbito de apreciação do Tribunal da Relação, em sede de impugnação da matéria de facto, estabelece-se de acordo com os seguintes parâmetros: só tem que se pronunciar sobre a **matéria de facto impugnada** pelo Recorrente; sobre essa matéria de facto impugnada, tem que realizar um **novo julgamento**; e nesse novo julgamento **forma a sua convicção de uma forma autónoma**, mediante a reapreciação de **todos os elementos probatórios** que se mostrem acessíveis (e não só os indicados pelas partes).

Importa, porém, não esquecer - porque (como se referiu supra) se mantêm em vigor os **princípios da imediação**, **da oralidade**, **da concentração** e **da livre apreciação da prova**, e o julgamento humano se guia por padrões de probabilidade e não de certeza absoluta -, que o uso, pela Relação, dos poderes de alteração da decisão da 1ª Instância sobre a matéria de facto só deve ser usado quando seja possível, com a **necessária segurança**, concluir pela **existência de erro de apreciação** relativamente a concretos pontos de facto impugnados.

Por outras palavras, a alteração da matéria de facto só deve ser efectuada pelo Tribunal da Relação quando o mesmo, depois de proceder à audição efectiva da prova gravada, conclua, **com a necessária segurança**, no sentido de que os depoimentos prestados em audiência, conjugados com a restante prova produzida, **apontam em direcção diversa**, e delimitam uma conclusão diferente daquela que vingou na 1ª Instância. «Em caso de dúvida, face a depoimentos contraditórios entre si e à fragilidade da prova produzida, deverá prevalecer a decisão proferida pela primeira Instância em observância aos princípios da imediação, da oralidade e da livre apreciação da prova, com a consequente improcedência do recurso nesta parte» (Ana Luísa Geraldes, «Impugnação e reapreciação da decisão sobre a matéria de facto», Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Lebre de Freitas, Vol I, pág. 609).

Vejamos então por estar o recurso, quanto à impugnação da matéria de facto, apesar de tudo, em condições legais de ser apreciado**[12].**

Factos que se pretendem relevados e provados.

(Conclusões 8 a 10 – ponto IV e V das alegações)

a.1 - 6 e 19, **7 e 20 da p.i**.

Pretendem-se provados os seguintes factos a coberto dos artigos da p.i. atrás referidos:

- “Desde o ano 2000 até ao ano de 2010, a sociedade A..., lda e a sociedade B..., Lda **nunca foram investidores qualificados ou profissionais**.”

- “Desde o ano de 2000 até 2010, os sócios e gerente da sociedade A... e da sociedade B..., na qualidade

de pessoas singulares, **nunca foram investidores qualificados ou profissionais.”**

Funda-se esta pretensão no disposto no artº312 nº1 al.b)[13], do CVM, bem como nos art.312-A e 312-B, do CVM, à data dos contratos em vigor, e demais preceitos aplicáveis e que se citarão na fase da apreciação jurídico substantiva da causa.

Verdadeiramente decisivo será apurar se as primitivas AA. foram de facto esclarecidas e informadas do negócio em que acabaram por se envolver e contratar, **e se são, através de quem as representou, entidades com literacia financeira.**

O cerne é, pois, saber se houve informação consistente com vista a decisão esclarecida e fundamentada e se quem a recebeu a dominava de forma capaz.

Os factos referidos são tão só relevantes porque, se se estiver perante investidor **classificado** como não qualificado ou profissional, esse dever de informar surgirá, pela natureza das coisas e em decorrência legal, mais exigível e pormenorizado.

É esta a razão de ser da necessidade de se apurar se estamos ou não perante investidores qualificados ou profissionais, **portanto qualificação que, do ponto de vista material, tem subjacente o nível de literacia financeira de quem contrata**.

De facto, como se refere no Ac. do STJ de 30.11.2022**[14]** «(..) é pacífico que o Réu, enquanto instituição de crédito, deve assegurar, nomeadamente quanto aos clientes, «elevados níveis de competência técnica (…) condições apropriadas de qualidade e eficiência», actuando «com diligência, neutralidade, lealdade (…) e respeito consciencioso dos interesses que lhes estão confiados», «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 mesmos (RGICSF, art. 73º, 74º e 75º).

Quanto aos deveres de informação previstos no artigo 312.º, “destaca-se o grau de detalhe da lei na definição dos elementos informativos a transmitir ao cliente actual ou potencial e a previsão de um conteúdo diferente, consoante os destinatários da informação sejam investidores qualificados ou não qualificados” (reza o preâmbulo do DL 357-A/2007).

É certo, como dito, que o referido Dec.-lei nº 357-A/2007, veio introduzir algumas alterações legislativas, nomeadamente ao CVM. No entanto, **não foram, propriamente, alterações de vulto e aqui relevantes**, pois, afinal, mais não veio fazer do que densificar tais deveres de informação, densificação essa determinantemente impulsionada pela Directiva n.º 2004/39/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril (que aquele diploma veio transpor para a ordem jurídica interna), relativa aos mercados de instrumentos financeiros, sendo que aquele Dec.-lei teria servido apenas para tornar mais

claros e completos (esses deveres), que já podiam ser derivados da redação anterior do art. 312º do CVM.

Ou seja, parece-nos claro que a redacção do CVM à data do DL 357-A/2007 (aqui aplicável) em nada belisca o entendimento sufragado nos vários acórdãos já anteriormente relatados pelo ora relator sobre esta mesma matéria e em situações factuais de todo semelhantes à presente, máxime as considerações gerais expostas supra e que aqui se aplicam inteiramente. Sendo que neste âmbito se impõe acentuar, sobremaneira, que o intermediário financeiro se encontra vinculado a prestar «todas as informações necessárias para uma tomada de decisão esclarecida e fundamentada», a esse respeito vindo estabelecido que «a extensão e a profundidade da informação devem ser tanto maiores quanto menor for o grau de conhecimentos e de experiência do cliente»».

Referir que se pode estar perante alguém formalmente classificado como investidor não qualificado pela entidade ou intermediário financeiro e tratar-se, de facto, **do ponto de vista material, de alguém com literacia financeira quanto baste para decidir esclarecidamente**.

Por conseguinte, a circunstância de ser dada por provado que se está perante alguém que é **formalmente classificado** como investidor não qualificado ou profissional pela entidade ou intermediária financeira, pode contender com outra matéria relevada como provada ou não provada que aponte noutro sentido do **ponto de vista material**.

A **classificação** ou registo formal como investidor não qualificado ou profissional, **que não é o que se pretende provado, de facto[15],** redundaria, por conseguinte, em algo sem qualquer relevo para a decisão.

O que se pretende provado não é a **classificação ou registo formal** das primitivas AA (e seus representantes) pelas instituições financeiras. A benefício da pretensão dos AA habilitados pretende-se que se assuma que aquelas (e seus representantes) nunca foram investidores qualificados ou profissionais, ou seja, manifestamente uma perspectiva material e para a prova da qual a classificação que delas tivesse sido feita pela R. (ou outras instituições) funcionaria como adjuvante probatória.

Também por ser assim, ser a perspectiva material referida que se pretende provada, como bem nota o R. [16], ter-se-á de relevar que existe matéria não posta em causa que aponta em sentido inverso, dado que, naturalmente, tem implicação na decisão a tomar sob pena de submeter a decisão a uma patologia inadmissível.

A única prova convocada pelos AA habilitados pode não ser suficiente para dar como provado o que pretendem, como de facto não é.

Convocam eles o seguinte:

- requerimento apresentado pelo Banco réu nestes autos, via citius, datado de 23.06.2021, com a referência 29294476[17], o informando que as sociedades B... e A... não estiveram qualificadas como investidores qualificados ou profissionais, designadamente entre os anos de 2000 e 2010;

- requerimento apresentado pelo banco réu, via citius, datado de 25.11.2021, com a referência 30633730[18] informando que os sócios e gerente destas sociedades, quer CC, quer DD, também não estiveram qualificadas como investidores profissionais ou qualificados designadamente entre os anos de 2000 e 2010.

Da decisão recorrida, resulta da sua motivação, uma apreciável e consistente motivação:

«No que concerne, à vasta prova documental salienta-se:

Quanto aos conhecimentos na área financeira dos sócios gerentes das primitivas autoras (subscritoras dos contratos de swap), espelhados nos seus investimentos (privados), em produtos financeiros complexos e de risco, refere-se:

- investimentos pelo Eng. CC e Dr. DD, através do Banco 1..., mas também, e sobretudo, através do Banco 2...: acções de empresas cotadas em bolsas estrangeiras, obrigações estruturadas, fundos de investimento, seguros de capitalização (os chamados unit linked); contratos de gestão de carteira.

- Subscrição, por CC, de obrigações ..., de obrigações "... (2.ª versão)" no mercado do Luxemburgo, de obrigações ..., também no mercado do Luxemburgo, de obrigações ..., todas elas classificadas como produto complexo e as últimas como tendo um "nível de risco Agressivo" (Documentos n.ºs 7, 8, 9 e 10 juntos por carta do Banco 2... de 21.7.2017**[19]**, referência Citius 15721441); as "..." também subscritas por CC, que são igualmente qualificadas como produto complexo e com um perfil de risco agressivo, sendo que, relativamente a elas, o banco em causa fez até uma advertência de que elas não estariam em conformidade com a informação transmitida pelo Cliente quanto ao seu perfil de risco, tendo este mantido a vontade de subscrever tal produto (Documento n.º 12 junto por carta do Banco 2... de 21.7.2017, referência Citius 15721441); as "..." subscritas por CC, que são igualmente qualificadas como produto complexo e com um perfil de risco "dinâmico" (Documento n.º 13 junto por carta do Banco 2... de 21.7.2017, referência Citius 15721441); as "..." e "..., ...", subscritas por CC, qualificadas como produto complexo e com um perfil de risco agressivo, implicando possibilidade de perda da totalidade do capital investido e risco de rendimento nulo ou negativo (Documentos n.ºs 15 e 16 junto com a carta do Banco 2... de 11.01.2018, referência Citius 17396597)-

- conforme resulta do Documento n.º 3 junto com o requerimento das Autoras de 20.7.2016, o valor de investimentos dos dois sócios no Banco 2... ascendia, em 2008, a mais 1 milhão de euros, e que o Dr. DD

forneceu informação sobre a sua experiência financeira que levou aquele Banco a qualificá-lo como de perfil de risco “moderado”, tendo declarado, nomeadamente, ter “bastante relação”, na sua profissão, com o sector financeiro (Documento n.º 1 junto com a carta do Banco 2... de 21.07.2017, referência Citius 15721441).

- Investimentos junto do Banco 1... referentes a obrigações, acções, PPA (planos de poupança acções, seguros de capitalização, e fundos de investimento, assinalando-se também que CC era titular de um contrato de gestão de carteira (Documento n.º 1 junto com o requerimento do Réu de 5.07.2022, referência Citius 32746882.

Salienta-se que para garantir o cumprimento de obrigações decorrentes do swap para as empresas, estas subscreveram livranças de 100.000,00 euros avalizadas pelos sócios DD e CC (Documentos n.ºs 6, 7, 8 e 9 juntos com a contestação), o que atenta a experiência dos subscritores, indicia que tinham conhecimento que do contrato poderiam advir responsabilidades para eles.»

Incontornável no seu rigor.

Relevou ainda a prova testemunhal, concretamente de CC (sócio gerente as primitivas autoras), II (funcionário do Banco 1... que no ... acompanhava as sociedades B... e A... desde 1998), HH (funcionário do Banco 1..., onde desempenha funções na Direcção de Operações de Tesouraria e Mercados), JJ (funcionária do Banco 1...), KK (funcionário do Banco 1..., onde desempenha as funções de director comercial da rede de empresa que sucedeu em funções à testemunha anterior), LL (funcionária do Banco 1..., onde desempenha a função de gestora de negócios).

O R. convoca os depoimentos que trata a fls.11 verso a 33 do seu articulado de contra-alegações.

Ouvidas as testemunhas referidas, na relação com os documentos assinalados pelos AA habilitados, factos provados e não provados que se aceitaram, documentos abundantes e referidos na motivação da sentença, a conclusão que se retira é que estamos perante contratantes com apreciável conhecimento dos produtos financeiros, envolvidos em outros negócios financeiramente complexos[20], donde, não obstante não terem estado **classificados** como investidores qualificados ou profissionais, tinham literacia financeira consistente.

Porque o que de facto se pretende não é a classificação ou registo formal[21] atrás referida, porque o que de facto releva não é esse aspecto mas sim a perspectiva material, essa que de resto não se compadece com a conformação sugerida dos «factos a assentar» por serem conclusivos[22], improcede o recurso neste segmento.

Os AA. primitivos por via de quem as representava eram substantivamente investidores com literacia

financeira o que, contende com a mera formalidade de não estarem como tal classificados. Diremos que eram materialmente investidores qualificados.

*

(Conclusão 11 - ponto VI das alegações)

a.2 - 10 e 23 da p.i.

Pretende-se provado o seguinte facto: “Os contratos de swaps de taxa juro em causa nestes autos foram os únicos contratos de swap assinados pelas empresas B... e A....”

Temos para nós por correcto afirmar que, na economia da decisão que se impunha e impõe, este facto é absolutamente irrelevante em termos de como tal ser autonomizável.

Serviria ele como facto instrumental para prova da inexperiência das AA primitivas na actuação e contratação de produtos financeiros.

Em relação a isto, como sinaliza correctamente o R., foram convocados outros factos.

Como atrás se referiu a impugnação da matéria de facto é instrumental, servindo para “conceder à parte uma ferramenta processual que lhe permita modificar a matéria de facto considerada provada ou não provada”, não com esse único intuito, mas sim “de modo a que, por essa via, obtenha um efeito juridicamente útil ou relevante.

(...) o tribunal de recurso não deve conhecer a impugnação da matéria de facto sempre que, o(s) facto(s) concreto(s) objeto da impugnação for insuscetível de, face às circunstância próprias do caso em apreciação e às diversas soluções plausíveis de direito, ter relevância jurídica, sob pena de se levar a cabo uma atividade processual que se sabe, de antemão, ser inconsequente”

Por conseguinte, muito sumariamente, afirmamos que não se conhecerá desta matéria por despicienda.

*

(Conclusão 12 - ponto VII das alegações)

a.3 - 64 dos factos assentes **– 73 e 96 da p.i.**

Pretende-se concretizada a descida de juros referida no ponto 64 da sentença e nos seguintes termos:

"A crise económica e financeira, que se instalou a partir de 15.09.2008, fez descer de forma acentuada as taxas de juro, e quanto aos contratos de swap em causa nestes autos, a taxa de juro exigida e que permitiu ao réu debitar os valores que cobrou, melhor descritos nos artigos 9º e 10º da decisão de facto, em 26.11.2008, foi de 3,901%; em 25.02.2009, foi de 1,848%; em 27.05.2009, foi de 1,270%; em 26.11.2010, taxa de juro foi de 1,028%; em 24.02.2011, taxa de juro foi de 1,088%; em 28.11.2011, taxa de juro foi de 1,477%."

O facto constante do ponto 64º da sentença tem a seguinte redacção:

«A crise económica e financeira, que se instalou a partir de 15.09.2008, fez descer de forma acentuada as taxas de juro»

Convoca-se para o efeito os documentos id. na p.i., vinte, e juntos por requerimento de 5.5.14.

Refere o R. que se trata de concretização desnecessária e redundante ante o que consta de pontos 9 e 11 da sentença.

De facto assim parece, uma vez que pela análise dos débitos e créditos assentes naqueles pontos «acede-se» à evolução negativa da taxa de juros e com reflexo perante as obrigações assumidas pelos AA primitivos.

Mas, por outro lado, entendeu o tribunal a quo conformar a descida das taxas no ponto 64 nos termos em que o fez, ou seja, de forma não concretizada, naturalmente com vista a permitir uma mais rápida e clara noção da evolução das taxas.

Não obstante fê-lo de forma conclusiva.

O R. não se opõe aos termos em que se pretende a concretização, apenas refere que é redundante.

Com vista a permitir retirar alguma utilidade do que se assentou no ponto 64º da sentença, cremos que se impõe a sua concretização, para o efeito se encontrando suporte do acervo documental referido pelos recorrentes e produzidos pelo R..

Altera-se, por conseguinte a formulação do ponto 64 da sentença nos termos propostos, mas expurgando dele o segmento conclusivo:

"A partir de 15.09.2008, e quanto aos contratos de swap em causa nestes autos, a taxa de juro exigida e

que permitiu ao réu debitar os valores que cobrou, melhor descritos nos artigos 9º e 11º**[23]** da decisão de facto, em 26.11.2008, foi de 3,901%; em 25.02.2009, foi de 1,848%; em 27.05.2009, foi de 1,270%; em 26.11.2010, taxa de juro foi de 1,028%; em 24.02.2011, taxa de juro foi de 1,088%; em 28.11.2011, taxa de juro foi de 1,477%."

*

(Conclusões 13 - ponto VIII das alegações)

a.4 – 73 e 79 da p.i.

Pretende-se provado o seguinte facto: "Quando as partes assinaram os contratos de swap em causa nestes autos, as circunstâncias que despoletaram a descrita crise financeira que ocorreu e que se constatou a partir de meados de setembro de 2008 não eram previsíveis e existiu grande divergência da taxa de juro que as partes representaram como possível que viesse a ocorrer e aquela que ocorreu e a que o contrato pretendia assegurar."

Os AA. habilitados convocam o testemunho do Dr. EE, Dr. FF, CC, HH, depoimentos que se trabalham no ponto VIII das alegações.

O R. convoca os depoimentos e II, HH, LL.

Ao tribunal caber julgar factos, deles de seguida se extraindo, em processo silogístico, a necessária conclusão.

Ora, o que se pretende assente é, em si, uma conclusão a extrair de factos provados.

A que circunstâncias se referem os recorrentes despoletadoras da crise financeira?

Implicaria alegação factual.

O mesmo juízo se faz em relação ao sobrante que se deseja relevado.

De todo o modo dizer que, quanto à representação como possível da variação das taxas (abaixo do valor fixado pelas partes), ou sejam o sobrante que se deseja provado, nada a propósito foi referido pelos testemunhos indicados.

Fica-se sem saber até onde foi a variação representada pelas primitivas AA[24], o mesmo em relação à sua duração.

No entanto, mesmo que factualmente houvesse de ser ajuizada tal representação, é a mesma dado que pouco relevo tem.

De facto, estamos perante contratos com uma relevante componente aleatória, sendo a variação da taxa de juro o aspecto que caracteriza o risco próprio deles, a sua matriz, sendo essa variação, ao fim ao resto, o incremento que leva as partes a contratar: uma delas, em regra uma instituição financeira, apostando para que lucre com ela; a outra dela se protegendo.

É a variação do juro que leva as partes a contratar[25], é a sua volatilidade, que está na origem do acordo, volatilidade própria do mercado capitalista onde a taxa de juros tem funções de controlo macro-económico, nomeadamente da inflação, nomeadamente visando promover a expansão económica, libertando liquidez .... etc.

Por conseguinte, vista a natureza conclusiva do que se pretende provado e, ainda que factualmente densificado, salvo caracterizando situações de absoluta anormalidade, a sua irrelevância, improcede a impugnação neste segmento.

*

(Conclusão 18 – ponto XIII das alegações)

a.5 – 99, 100, 106 e 107 da p.i.

Pretende-se provado o seguinte facto:

«Nas reuniões que precederam os swaps, durante as negociações e até à conclusão, o banco réu e os seus colaboradores só mostraram o produto swap alertando para o risco da subida das taxas de juro e não alertaram expressamente para o risco da descida, não fizeram um questionário ao perfil de investidor, nem teste deadequabilidade, destinado a apurar se os clientes compreendiam os riscos, não informaram os clientes por escrito de que estavam em conflito de interesses com o mesmo e não entregaram aos clientes simulação prática com os juros a descer.”

Conforma-se o texto que antecede com base no alegado nos artigos da p.i. supra epigrafados, todos de

conteúdo basicamente vago, conclusivo[26] (naturalmente por isso o tribunal a quo não os relvou), ou seja, extraiu-se de um texto, longo, o que de possível e factual dele resulta.

Mas de factual tem muito pouco, coisa que, para nós ainda, apesar da filosofia do novo CPC, continua a ser encargo da parte trazer ao processo[27] para que, suscetível de prova, ser ajuizado.

Acresce que o que se pretende assente conflitua com a matéria provada sob os pontos 4, 5, 6, 7, 34 a 56 e 60 a 62, como bem nota o R, factos que não se atacaram com excepção dos constantes no ponto 30 e 47.

Mostra-se, pois, comprometido assentar o que se pretende, sendo certo que o que foi selecionado (como provados e não provados) o foi em função do perfil da causa de pedir desta acção, do factualmente susceptível de ser selecionado (ainda assim com algumas conclusões e vaguidades), tanto bastando para deles se extraírem as consequências necessárias.

Não obstante, ainda assim, vejamos.

Convoca-se para prova do que se pretende assente o depoimento do Dr. FF.

O conteúdo, naquilo se poderia relevar, é genericamente infirmado pelos depoimentos ouvidos e sinalizados para o efeito.

E a sentença faz eco disso em segmentos concretos.

Motivou-se a benefício desta matéria:

«FF (gestor financeiro e ex-funcionário do A... onde trabalhou 7/8 anos, prestando serviços a esta essencialmente na área de contabilidade) (...), [d]estacou que o Dr II do Banco 1... que funcionava como um consultor e era próximo dos sócios, numa reunião no A... apresentou vários tipos de swap ‘s com 3 ou 4 cenários diferentes quanto a prazos. Confirmou a apresentação de simulações para os vários cenários apenas na perspectiva da subida de taxas de juro. O cenário da descida das taxas não foi ponderado.

Não se recorda quanto reuniões se realizaram, mas referiu a grande confiança que os sócios tinham no Dr. II e a preocupação sentida com a subida dos juros, bem como entre a 1ª reunião e a assinatura do contrato mediou cerca de um mês. Recorda-se de ter visto os documentos. Nas reuniões foram colocadas diversas perguntas que foram respondidas pelo Drº II.

Explicou, de modo genérico, o funcionamento do contrato de swap que equiparou a uma taxa fixa, ou seja, a um mecanismo de estabilização da taxa de juro. Não se lembra se caso em concreto existiam livranças associadas, o que era habitual.»

(…)

CC (sócio gerente as primitivas autoras) (…) [s]alientou que não fez qualquer teste de adequação e os contratos de swap foram sugeridos pelo Banco 1… (Dr. II) para proteger as empresas do risco da subida dos juros.

Não se lembra da negociação em concreto mas reconhece que tudo teria sido falado previamente com o objectivo de ficarem protegidos contra a subida de juros. Participou numa reunião, em que esteve Dr. BB e na qual foi explicado com clareza com funcionavam os contratos de swap e que existia a possibilidade de perdas. Os documentos ficaram na empresa e as restantes reuniões foram com o irmão.

(…)

II (funcionário do Banco 1… que no … acompanhava as sociedades B… e A… desde 1998).

(…)

O contrato de swap foi apresentado numa reunião no meio do ano de 2007 e a operação fechada mais tarde e depois de mais 2 ou 3 reuniões para esclarecimento de dúvidas.

A apresentação foi feita pelo Dr. HH (Departamento de Operações de Tesouraria e Mercados) tendo esclarecidos todas as perguntas colocadas pelo Prof DD. Numa reunião posterior foi apresentado pelo Dr. BB um plano/fluxograma com a simulação dos juros e responsabilidades. O Eng. DD não esteve em nenhuma reunião, mas o irmão falava com ele. Descreveu-os como clientes experientes em lidar com o banco O swap ficou ligado ao valor médio de endividamento, mas não a nenhum empréstimo em concreto.

Assinalou ainda, que não era previsível a descida de taxas de juros.»

Não pode deixar de se considerar o conteúdo dos contratos assinados, a literacia financeira de quem os subscreveu[28], e da qual já nos referimos, igualmente de quem assessorou[29] em nome das primitivas AA. a sua negociação.

Não joga com as regras da experiência que pessoas esclarecidas não questionem tudo no quadro duma contratação do jaez que se julga, sociedades que se movem nos negócios, representadas e assessoradas por gente naturalmente desperta e sagaz. Não é verossímil. Não é verosímil que as AA primitivas apenas se tenham retido na única possibilidade de obterem vantagens quando é notório que nenhuma instituição financeira surge no mercado para perder dinheiro. Teriam de ter equacionado, teriam de ter questionado ainda que superficialmente.

Dos contratos resulta claro a possibilidade da baixa da taxa de juros e consequências, de resto claramente assumida pela subscrição pelas primitivas AA de livranças, títulos de crédito avalizados pelos respectivos sócios, coisa não infirmada[30]/[31].

A motivação é consistente no que nela se declara, dela se extraindo com rigor porque com apoio probatório real a razão porque se assentou matéria que conflitua com o que se pretende provado.

Dizer por fim que o que se pretende provado, de conteúdo vago, e quanto a um eventual conflito de interesses, está resolvido pelo que se assentou no ponto 62[32] da sentença, facto que não foi impugnado. O R. foi básica e unicamente um intermediário financeiro na contratação.

Improcede a impugnação neste segmento.

*

(Conclusão 19 - ponto XIV das alegações)

a.6 – 78 da p.i.

Pretende-se assentar o seguinte facto:

“Em 2008 e 2009, as empresas A... e B... sentiram a crise profunda da economia e em consequência tiveram de despedir muita gente, as vendas que tinham para fazer ficaram paradas, pois estavam dependentes dos ditames do mercado, sendo que esta crise financeira ou recessão, conhecida de todos, pôs em causa todo o setor da construção civil e também aquelas empresas, A... e B....»

Apoia-se tal pretensão para o efeito no alegado no artº78 da p.i. cujo teor é o seguinte:

«Ora, esse efeito refletiu-se, direta e intrinsecamente, no contrato de swap de taxa de juro objeto desta ação, que tinha precisamente na sua essência e base a taxa de juro e por esse efeito, o referido contrato sofreu um grande e repentino desequilíbrio, verificando-se que o A... e a B..., num curto espaço de três meses, passaram a ter um encargo e um prejuízo grave decorrente desse contrato»

Trata-se de matéria absolutamente irrelevante para suportar a decisão que se impunha e se impõe nos presentes autos em função do perfil da causa de pedir.

Provado, nada aproveitará à decisão a benefício dos recorrentes.

De resto trata-se de sugestão excessivamente vaga, conclusiva, que, assente, seria imprestável[33]/[34].

Improcede a impugnação também nesta parte.

*

Factos que se pretendem não provados.

(Conclusões 14, 15, 16 e 17 - ponto IX, X, XI e XII das alegações)

b.1 – 27 e 57 dos factos provados

b.2 – 25 dos factos provados

b.3 – 30 dos factos provados

b.4 – 47 dos factos provados

É a seguinte a matéria que se pretende remetida para os não provados

«27º As AA. eram servidas por pessoas com formação na área financeira, que mostravam ter conhecimentos especificamente na área dos swaps.

57º O Dr. FF demonstrava ter conhecimento dos contratos de swap.

25º Os referidos sócios das AA. tinham já, à data em que os contratos foram negociados e celebrados, grande experiência na negociação e conclusão de contratos financeiros de grande vulto com diversas instituições bancárias e na realização de investimentos em produtos financeiros complexos e de risco, seja no Banco 1... seja noutras instituições financeiras**[35]**.

30º O R., de quem as AA. e os seus sócios eram clientes há já muitos anos, sabia do nível de conhecimentos dos representantes das AA. e da sua capacidade para perceberem as características dos contratos que vieram a concluir. [36]

47º Os representantes das AA. revelaram perceber bem o conteúdo dessas sugestões de gestão do risco de taxa de juro.»

Convoca-se para o efeito o depoimento do Dr. FF, EE[37] e documentos (v.7, p.1415 e 1416, v.8, p.1450).

O R. trabalha igualmente o depoimento aquele então funcionário do A..., MM, II, JJ.

Já nos referimos a propósito da literacia financeira de quem representava e assessorava as primitivas AA, para supra se remetendo.

Não obstante reforçando.

Do depoimento das testemunhas indicadas resulta aquilo que já se concluiu e que se mostra muito consistente para assentar os factos dados como provados.

Claríssimo o trecho do depoimento da testemunha suporte da pretensão dos recorrentes aos 00.48.49 e ss. Sabia do que se contratava, tinha-o estudado na faculdade e pelos vistos continuava a dominar o funcionamento do instrumento financeiro em causa.

Por vezes basta uma simples, subliminar ou descuidada afirmação em certo sentido para obliterar tudo quanto massivamente se pretendeu afirmar em sentido contrário.

Também as demais testemunhas indicadas pelo R.[38], ouvidas na sua integralidade, contextualizando-as e relacionando-as, incluindo com outros factos e documentos[39]/[40], permitem considerar consistente a decisão do tribunal a propósito dos factos postos em crise, quer quanto às AA primitivas (de quem as representava), quer quanto a quem as assessorava. Retém-se, a título de exemplo, a afirmação das testemunhas:

- JJ, ao minuto 17.57 e ss: «eram pessoas conhecedoras … informadas, muito bem informadas … faziam-se acompanhar por director financeiro … tinham acompanhamento profissional, por parte deles próprio e … etc…»

- II aos minutos 18:25 ss – «pessoas com conhecimento em termos financeiros … gente que percebia de investimento, bolsa, risco, taxa de risco …eram muitos aguerridos … propostas que apresentavam primeiro já tinham de ir com a consciência de que estavam a apresentar preço de acordo como o perfil deles já tinha … marralhavam preços, spreads.

Dizer de resto que, como se referiu supra, **e quanto a todos os factos que neste item são objecto de novo ajuizamento**, «(…) que o uso, pela Relação, dos poderes de alteração da decisão da 1ª Instância sobre a matéria de facto só deve ser usado quando seja possível, com a necessária segurança, concluir pela existência de erro de apreciação relativamente a concretos pontos de facto impugnados.

(…) Em caso de dúvida, face a depoimentos contraditórios entre si e à fragilidade da prova produzida, deverá prevalecer a decisão proferida pela primeira Instância em observância aos princípios da imediação, da oralidade e da livre apreciação da prova, com a consequente improcedência do recurso nesta parte»

Pelo exposto, também neste segmento improcede a impugnação.

*

De tudo o decidido, releva tão só a concretização do facto 64 dos factos assentes.

Resulta provado que "A crise económica e financeira, que se instalou a partir de 15.09.2008, fez descer de forma acentuada as taxas de juro, e quanto aos contratos de swap em causa nestes autos, a taxa de juro exigida e que permitiu ao réu debitar os valores que cobrou, melhor descritos nos artigos 9º e 10º da decisão de facto, em 26.11.2008, foi de 3,901%; em 25.02.2009, foi de 1,848%; em 27.05.2009, foi de 1,270%; em 26.11.2010, taxa de juro foi de 1,028%; em 24.02.2011, taxa de juro foi de 1,088%; em 28.11.2011, taxa de juro foi de 1,477%."

O facto assente constante do ponto 64 da sentença passará a ter a redacção que antecede.

*

2.- Do Direito

Decorre do objecto dos autos, coisa de resto inquestionada e competentemente qualificado na sentença posta em crise, que estamos perante dois contratos de swap de taxa de juro.

É, de resto, com essa qualificação que se assentou que «no dia 23.11.2007, as sociedades B... e A... e a ré celebraram, cada uma, um contrato de swap de taxa de juro, com conteúdos exatamente iguais, o da B... com a referência ... e o do A... com a referência ...».

Correndo-se o risco de nos repetirmos ante ao já profundamente tratado na sentença, importa fazer previamente algumas considerações relativamente aos contratos em crise e com vista à sua caracterização.

São denodadamente contratos que se traduzem numa das modalidades de instrumentos financeiros.

Instrumento cuja criação tem subjacente como o escopo «servir como meio de gestão de activos e passivos

das empresas e outras instituições, mediante os quais as partes contratantes se comprometem a trocar, entre si, fluxos de tesouraria, durante determinado período acordado, nomeadamente de taxas de juro, acções, obrigações, divisas, matérias-primas, mercadorias e outros activos ou passivos financeiros compatíveis com esse tipo contratual.»**[41]**

A sua previsão normativa[42] consta do art.2.º, nº1, al. e)[43], do Código dos Valores Mobiliários (CVM), código aprovado pelo DL nº489/99, de 13.11, cuja última alteração consta da Lei nº1/2025, de 06-01 (52ª versão).

Só vieram a ter consagração legislativa expressa com o D.L. nº 357-A/2007, de 31 de Outubro, transpondo a Directiva n.º 2004/39/CE do Parlamento e do Conselho de 21 de Abril.

A doutrina autorizada, já exaustivamente citada pela jurisprudência, define esta modalidade de instrumento financeiro, contrato de «swap (literalmente, troca ou permita)», como aquele «pelo qual as partes acordam trocar entre si fluxos de caixa associados a ativos financeiros em data futura: «rectius», as partes se obrigam ao pagamento recíproco e futuro de duas quantias, expresso na mesma moeda ou em moedas diferentes, numa ou várias datas predeterminadas, calculadas por referência a fluxos financeiros associados a um determinado activo financeiro subjacente, geralmente uma determinada taxa de câmbio ou juro.»[44]

Nesta categoria negocial identificam-se modalidades diversas, ditadas, como refere Fernando A. Ferreira Pinto[45] «pelo engenho e pela criatividade características dos mercados financeiros», é possível constatar a existência de certas regularidades do ponto de vista jurídico».

Dentre elas, na economia da qualificação dos contratos em crise, relevam os swap de juros.

Através destes, «os estipulantes acordam em, durante um determinado período de tempo, efectuar pagamentos recíprocos de juros, determinados com base em diferentes índices, ou de taxa variável/taxa fixa, tendo por referência um dado valor de capital subjacente»[46].

Na definição de José A. Engrácia Antunes, nos contratos swaps de juros «(“interest rate swaps”, “Zinssatzswap”) — aliás, hoje bastante mais frequentes e relevantes —, as partes contratantes acordam trocar entre si quantias pecuniárias expressas numa mesma moeda, representativas de juros vencidos sobre um determinado capital hipotético, calculados por referência a determinadas taxas de juro fixas e/ou variáveis: estes contratos podem também, por seu turno, **revestir duas variantes fundamentais, consoante o cálculo dos juros de uma das partes se realiza a taxa fixa e o da outra a taxa variável (“coupon swap”) ou mediante a aplicação a ambas de taxas variáveis definidas em bases distintas (“basis rate swap**”)»**[47]**

«O contrato gera, assim, fluxos de pagamentos futuros, a cargo das partes, que correspondem a obrigações pecuniárias de carácter reiterado»[48].

Como se refere na sentença posta em crise, «[e]m suma, o que o contrato de swap de taxa de juro proporcionará, as empresas têm através deste instrumento a possibilidade de controlar da forma que acham mais vantajosa conforme as suas expectativas a taxa de juro a pagar por determinado activo subjacente que tenham contratado, sem ter que modificar o contrato principal relativo ao mesmo, isto é, obtêm o mesmo efeito que resultaria da renegociação das condições de financiamento, alterando a taxa de juro, mas evitando o pagamento do prémio devido pelo termo antecipado do contrato de mútuo. Após a celebração do contrato de swap, existirão pagamentos periódicos a serem feitos nos dois sentidos, numa data pré-determinada, sendo que normalmente se opera a compensação entre as quantias reciprocamente em dívida, sendo pago apenas o diferencial pela parte cujo montante a liquidar seja superior, o que será obviamente determinado conforme a evolução real que se verificar das taxas de juro.»

Para que à sua caracterização releva também referir que são contratos complexos, atípicos, consensuais, aleatórios[49] e diferenciais, consubstanciando um "antídoto face a flutuações monetárias e às taxas de juro»[50], por conseguinte um instrumento ao dispor da utilização das empresas e demais agentes económicos em vista da redução da exposição ao risco, um instrumento de cobertura de risco. É, todavia, também um instrumento de especulação nesse risco.[51]

«Por outro lado, correspondem geralmente a contratos-quadro (ou, mesmo, a contratos normativos) de conteúdo padronizado — resultando este da adopção de modelos contratuais facultados por organizações internacionais, sendo o mais conhecido, precisamente, o Master Agreement preparado pela 1SDA (International Swaps and Derivatives Associatiom).»[52]/[53]

Não está, no caso vertente, em crise a qualificação dos contratos identificados na matéria de facto, para tanto bastando o mero relance sobre os factos. Releva substantivamente o que resulta do facto 5:

«(…)

Base de Cálculo dos Juros em EUR: Act / 360 Taxa Fixa: 4,05%

Pagador da Taxa Fixa: A... LDA

Pagador da Taxa Flutuante: Banco 1...

(…)

Assim:

Se Euribor 3 Meses > 4,05% A empresa recebe o diferencial Indexante Efectivo = 4,05% entre a Euribor 3 Meses e 4,05%

Se Euribor 3 Meses < 4,05% A empresa paga o diferencial entre Indexante Efectivo = 4,05% (...).»

*

Estamos, de facto perante contratos swaps, que, até 2008, altura da deflagração da crise de subprime, eram pouco «visíveis».

«Revelaram-se» com essa crise, com o colapso do banco Lehman Brothers[54], atingindo inúmeras instituições financeira dos «dois lados do atlântico» e propagando os seus efeitos às dívidas soberanas, com vários países europeus confrontados com a interrupção do financiamento do mercado a preços viáveis, surgindo em seu socorro o FMI e o BCE através de programas de assistência, igualmente sendo decisiva a intervenção do Sistema Europeu de Bancos Centrais fornecendo aos bancos a liquidez (redução das taxas de juro de referência) que os mercados não renovaram, intervindo nos mercados primário ou secundário[55], tudo, pois, com reflexo no preço do dinheiro oferecido pelas banca.

Se em outubro de 2008 as taxas Euribor atingiram o seu pico mais elevado de sempre, perto dos 5,5%, um ano depois negociavam em torno de 1%. Subidas ligeiras até 2011, após se culminando com as taxas Euribor em valores negativos em 2015.

Estavam criadas as condições macro-económicas para se refletiriam no contexto dos contratos de swap, indignando e sublevando quem apostou na subida da taxa de juro, na procura de refúgio ao risco, e a «vê em terrenos negativo» com consequente aumento exponencial dos seus encargos perante quem apostou na descida e, em regra, especulando, à procura de lucro.

Refere-se no Ac. do STJ de 22.06.17[56]/[57]: «Menezes Cordeiro, numa abordagem genérica das operações financeiras desta natureza que estavam em curso quando foi despoletada a crise financeira de 2008, afirma que não havia certezas quando à descida da taxa EURIBOR que veio a verificar-se, mas que “a probabilidade existia e era razoável”, acrescentando que “banqueiros houve que investiram nessa base”, numa estratégia que levou a que paradoxalmente os lucros subissem com a baixa da taxa de juros, informação que não teria sido prestada aos clientes que foram confrontados com a outorga ou com a renovação de contratação de produtos derivados. Mais incisivamente conclui que “a grande maioria dos swaps, em Portugal, como no estrangeiro, foi concluída com aderentes que não representaram minimamente os riscos envolvidos”.

Estes dados permitem afirmar que, em tese, diferendos, como o presente, em que a execução de contratos

de swap acabou por contrariar as expetativas que foram geradas quanto aos efeitos projetados, encontram a solução ajustada no plano do incumprimento do dever de informação (a cargo do proponente de cláusulas contratuais gerais) ou do dever de informação específico (que recai sobre as instituições ou intermediários financeiros, nos termos que constam dos arts. 312.º e seguintes do CVM ou dos artigos 73.º e segs. do RGICSF, aprovado pelo Dec. Lei nº 292/92, de 31-12).

Noutros casos, discute-se o modo como foram percecionadas pelos clientes as informações prestadas em torno de produtos financeiros e que constituíram a base do negócio».

*

Isto posto, importa conhecer da primeira questão alinhada supra, apesar de, em rigor, a mesma devesse ser a última por se tratar de instituto «tendente a ser aplicado quando não haja lugar aos mecanismos adequados a resolver as vulgares patologias do contrato, por exemplo, em sede de violação dos deveres de informação nas negociações preliminares (art.º 227.º do CC) ou em caso de falta ou vício da vontade negocial (artigos 240.º e seguintes do CC).»**[58]**

Seguimos, no entanto, o alinhamento dos pedidos constantes da p.i., de resto como o fez a sentença:

«Os autores (habilitados) pretendem com a presente acção que seja declarada a resolução dos contratos de swap celebrados entre a B..., S.A. e o A..., S.A. (A...) e o Banco 1..., S.A, em Novembro de 2007, com fundamento numa alteração anormal das circunstâncias, nos termos do disposto no art. 437º do Código Civil e que, com esse mesmo fundamento, se condene o Banco 1... no pagamento de uma indemnização.

Invocam também a nulidade das alíneas c) da cláusula 3.ª dos referidos contratos de swap de taxas de juro.

Subsidiariamente, os autores pedem a declaração de nulidade dos contratos (...) por violação do princípio da boa fé, por violação de deveres de informação e das regras aplicáveis às cláusulas contratuais gerais (com obrigação de restituição por parte do Banco 1...), e condenação do Banco 1... em indemnização por alegados danos patrimoniais sofridos em consequência da celebração dos contratos, e da alegada violação, pelo Banco 1..., dos seus deveres de informação e do princípio da boa fé.»

a)

A resolução dos contratos de swap celebrados entre a B..., S.A. e o A..., S.A. (A...) e o Banco 1..., S.A, em Novembro de 2007, com fundamento na alteração anormal das circunstâncias, nos termos do disposto no art. 437º do Código Civil.

Reza o artº 437º do Código Civil que "se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato."

Este preceito é uma salvaguarda de equilíbrio contratual perante uma modificação inesperada da base negocial.

São requisitos legais para que a parte lesada com o contrato se possa louvar do citado instituto os seguintes:

a) que a alteração a ter por relevante diga respeito a circunstâncias em que as partes tenham fundado a decisão de contratar;

b) que essas circunstâncias tenham sofrido uma alteração anormal;

c) que a estabilidade contratual nos seus termos iniciais envolva lesão para uma das partes;

d) que a manutenção do contrato, ou dos seus termos, afete gravemente princípios da boa-fé;

e) que a situação não se encontre abrangida pelos riscos próprios do contrato**[59]**;

f) que a parte lesada não esteja em mora no momento em que se verifica a alteração de circunstância.

A **propósito da alteração das circunstâncias**, enquanto causa de resolução ou modificação do contrato a que se alude no predito dispositivo legal, escreve Ana Prata: «Significa isto que:

- a) se as circunstâncias constitutivas da base negocial objectiva, isto é, os pressupostos, expressos ou não, em que ambas as partes fizeram assentar a decisão de celebrar aquele contrato e de o concluir naqueles moldes vierem, posteriormente a essa conclusão, a sofrer uma alteração que, com a informação e prudência razoáveis, nenhuma das partes pudesse ter previsto;

b) se essa alteração superveniente se reflectir no equilíbrio – máxime económico – formalizado no contrato de tal modo que o respectivo cumprimento nos termos convencionados constituiria para uma das partes um sacrifício tão desrazoável que a sua exigência poderia qualificar-se como violadora da boa fé, ou se tal modificação privar o contrato da possibilidade de realizar a finalidade económica ou social que tinha ou que tinha para um dos contraentes;

c) se a alteração daquelas circunstâncias e consequente distorção do contrato não se contiverem dentro

dos riscos próprios daquele tipo contratual (e isto quer ele seja aleatório quer não o seja) – isto na medida em que qualquer contrato, máxime de execução não instantânea, comporta riscos que as partes não podem ignorar – então a parte lesada tem direito a requerer a resolução do contrato ou a respectiva modificação, de modo a adequá-lo ao novo quadro económico e/ou social em que vai ser cumprido»[60].

Por incontornável também não podemos deixar de citar, acompanhando-o, o que se defendeu no acórdão do STJ Ac. STJ de 22.06.2017, já citado.

Refere-se em tal acórdão[61] ««[a]inda que assim enunciados de forma analítica, a ponderação de cada um desses pressupostos não deve ser feita de forma atomizada ou parcelar, numa lógica conceptual subsuntiva, mas na sua implicação recíproca, já que a alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar não é alheia ao risco inerente ao próprio negócio, nem a verificação de tais requisitos e das suas consequências poderão deixar de ser perspetivados à luz de uma ponderação mais global dos princípios orientadores da boa fé e da tutela da confiança.

Como refere Almeida Costa, citando Enneccerus/Lehmann:
«(…) todas as fórmulas só dão linhas directrizes gerais e não devem aplicar-se esquematicamente, mas apenas tendo em consideração o conjunto de circunstâncias do caso concreto. Será sempre decisivo que o direito à resolução seja exigência imperiosa da boa fé, segundo a situação em conjunto, tida em conta a finalidade do contrato.»

Por outro lado, tratando-se de conceitos indeterminados, o seu preenchimento não deve ser realizado de modo abstrato, apriorístico, sob um prisma marcadamente categorial, mas antes mergulhando na substancialidade do caso concreto.

(…)

Ante este quadro referencial, interessa-nos aqui, em particular, saber em que medida é que o instituto da alteração anormal das circunstâncias se mostra aplicável aos contratos aleatórios em que se traduzem os contratos de swap, em especial os de permuta de taxas de juro, já que em tais contratos o risco assumido pelas partes revela-se, por natureza, de horizontes bastante distendidos ou diluídos.

Todavia, tem-se vindo a entender que o referido instituto não está proscrito aos contratos aleatórios**, embora, na prática, se admita que terá um alcance reduzido, dada a álea a que estão sujeitos**.»

Refere Henrique Sousa Antunes ««[à] competência do regime da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias não deve subtrair-se a categoria dos contratos aleatórios, quando a alteração «exceder apreciavelmente todas as flutuações previsíveis na data do contrato» (Vaz Serra, 1957:381). Neste contexto, devem ser vistas, em nosso juízo, os contratos de swap. A aleatoriedade pode excluir a

relevância da anormalidade, em razão dos riscos próprios do contrato, mas é incapaz de submeter os efeitos do negócio à imprevisibilidade. A suscetibilidade de antecipação das consequências de uma conduta humana própria constitui um pressuposto da imputação do dano. Nestes termos, as situações de afectação da grande base negocial excedem, quantas vezes, a anormalidade que caracteriza o risco dos contratos aleatórios (…).»»**[62]**

A doutrina e a jurisprudência dominante têm, pois, admitido a aplicação do instituto em causa aos contratos Swaps, caracterizados que são por serem contratos aleatórios.

Estes contratos, como modalidade de contratos financeiros, como resulta da sua enunciação que atrás se fez, têm subjacente uma evidente e acentuada assunção do risco de variação dos factores relevantes.

Não é uma «aposta no escuro», mas é ainda uma aposta em algo que não se pode ter por seguro, e, nalgumas modalidades, **por exemplo os contratos de swap de permuta de taxas de juro sem associação a um contrato de financiamento subjacente**, o risco que lhes está subjacente importa que sejam considerados de contratos especulativos. [63]

«(…) apesar de ser frequentemente apontada como causa ou função do contrato de swap a cobertura de risco, ou seja, a sua transferência para uma entidade bancária, ou a sua atenuação ou supressão, por forma a que, por regra geral, as empresas possam proteger-se contra variações desfavoráveis das taxas de juro sobre financiamentos que anteriormente lhes tenham sido concedidos e assim minorarem os prejuízos que daí lhes possam advir na hipótese de subida de tais taxas – é esta a hipótese normal, caso em que ocorre a situação denominada hedging, na qual, se as taxas de juro efetivamente subirem, a parte financiada recebe mais pelo contrato de swap do que aquilo que tem de pagar ao Banco pelo mesmo contrato, dessa forma conseguindo minorar o prejuízo resultante de ter de pagar mais, devido à subida das taxas de juro, na execução do contrato base -, certo é que também tem sido reconhecido que tal contrato pode ser utilizado com finalidades puramente especulativas sobre a taxa de juro, - a que, como veremos abaixo, nada obsta -, só para uma das partes ou para ambas, conforme só uma ou ambas visem através do swap realizar operações lucrativas com base na futura evolução das taxas de juro, sendo então o swap utilizado sem ligação a qualquer outro contrato (contrato subjacente), situação denominada trading. Neste caso, o swap tem natureza financeira, pois tem uma finalidade de financiamento por parte do cliente do Banco, sendo este que tem uma finalidade especulativa, e não é complemento de nenhum outro. (….)»**[64]**

Volvendo-nos ao caso vertente temos por assente e com relevo para a questão em análise os seguintes factos:

(….)

4º No dia 23.11.2007, as sociedades B... e A... e a ré celebraram, cada uma, um contrato de swap de taxa de juro, com conteúdos exatamente iguais, o da B... com a referência ... e o do A... com a referência ....

5ºOs referidos contratos assinados pela ré com o A... e a B... foram assinados com as seguintes cláusulas e termos: [65]

(.....)

6º Em 23.11.2007, o A... celebrou com a ré um contrato de swap de taxa de juro, com início em 30.11.2007 e data de vencimento em 30.11.2012, tendo por montante nominal a quantia de 2.000.000,00 euros (dois milhões de euros), com a referência o n.º ....

7º Em 23.11.2007, a B... celebrou com a ré um contrato de swap de taxa de juro, com início em 30.11.2007 e data de vencimento em 30.11.2012, tendo por montante nominal a quantia de 2.000.000,00 euros (dois milhões de euros), com a referência o n.º ....

(...)

9º Desde 30.11.2007 até 30.11.2012, a ré debitou ao A... os seguintes valores na referida conta bancária:

PERÍODO Banco 1... A PAGAR Banco 1... A RECEBER SALDO

30-11-2007 a 29-02-2008 23.978,50€ 20.475,00€ 3.503,50€

29-02-2008 a 30-05-2008 22.173,67€ 20.475,00€ 1.698,67€

30-05-2008 a 29-08-2008 24.554,83€ 20.475,00€ 4.079,83€

29-08-2008 a 28-11-2008 25.095,78€ 20.475,00€ 4.620,78€

28-11-2008 a 27-02-2009 19.721,72€ 20.475,00€ -753,28€

27-02-2009 a 29-05-2009 9.342,67€ 20.475,00€ -11.132,33€

29-05-2009 a 31-08-2009 6.632,22€ 21.150,00€ -14.517,78€

31-08-2009 a 30-11-2009 4.191,06€ 20.475,00€ -16.283,94€

30-11-2009 a 26-02-2010 3.505,33€ 19.800,00€ -16.294,67€

26-02-2010 a 31-05-2010 3.441,44€ 21.150,00€ -17.708,56€

31-05-2010 a 31-08-2010 3.572,67€ 20.475,00€ -17.127,33€

31-08-2010 a 30-11-2010 4.489,33€ 20.475,00€ -15.985,67€

30-11-2010 a 28-02-2011 5.140,00€ 20.250,00€ -15.110,00€

28-02-2011 a 31-05-2011 5.560,89€ 20.700,00€ -15.139,11€

31-05-2011 a 31-08-2011 7.308,89€ 20.700,00€ -13.391,11€

31-08-2011 a 30-11-2011 7.785,56€ 20.475,00€ -12.689,44€

30-11-2011 a 29-02-2012 7.467,06€ 20.475,00€ -15.604,22€

29-02-2012 a 31-05-2012 5.095,78€ 20.700,00€ -13.007,94€

34-05-2012 a 31-08-2012 3.439,78€ 20.700,00€ -17.260,22€

31-08-2012 a 30-11-2012 1.456,00€ 20.475,00€ -19.019,00€

193.953,18€ 411.075,00 € - 217.121,82€;

11º Desde 30.11.2007 até 30.11.2012, o réu debitou/creditou à B... os seguintes

valores na referida conta bancária:

PERÍODO Banco 1... A PAGAR Banco 1... A RECEBER SALDO

30-11-2007 a 29-02-2008 23.978,50€ 20.475,00€ 3.503,50€

29-02-2008 a 30-05-2008 22.173,67€ 20.475,00€ 1.698,67€

30-05-2008 a 29-08-2008 24.554,83€ 20.475,00€ 4.079,83€

29-08-2008 a 28-11-2008 25.095,78€ 20.475,00€ 4.620,78€

28-11-2008 a 27-02-2009 19.721,72€ 20.475,00€ -753,28€

27-02-2009 a 29-05-2009 9.342,67€ 20.475,00€ -11.132,33€

29-05-2009 a 31-08-2009 6.632,22€ 21.150,00€ -14.517,78€

31-08-2009 a 30-11-2009 4.191,06€ 20.475,00€ -16.283,94€

30-11-2009 a 26-02-2010 3.505,33€ 19.800,00€ -16.294,67€

26-02-2010 a 31-05-2010 3.441,44€ 21.150,00€ -17.708,56€

31-05-2010 a 31-08-2010 3.572,67€ 20.475,00€ -17.127,33€

31-08-2010 a 30-11-2010 4.489,33€ 20.475,00€ -15.985,67€

30-11-2010 a 28-02-2011 5.140,00€ 20.250,00€ -15.110,00€

28-02-2011 a 31-05-2011 5.560,89€ 20.700,00€ -15.139,11€

31-05-2011 a 31-08-2011 7.308,89€ 20.700,00€ -13.391,11€

31-08-2011 a 30-11-2011 7.785,56€ 20.475,00€ -12.689,44€

30-11-2011 a 29-02-2012 7.467,06€ 20.475,00€ -15.604,22€

29-02-2012 a 31-05-2012 5.095,78€ 20.700,00€ -15.604,22€

34-05-2012 a 31-08-2012 3.439,78€ 20.700,00€ -17.260,22€

31-08-2012 a 30-11-2012 1.456,00€ 20.475,00€ -19.019,00€;

17º Durante o ano de 2005, 2006 e 2007, a sociedade A... celebrou vários contratos de mútuo, alguns com hipoteca outros sem hipoteca, e abriu uma conta caucionada junto do Banco réu, e durante o ano de 2007.

18ºA - Durante o ano de 2005, 2006 e 2007, a sociedade B... celebrou vários contratos de mútuo, alguns com hipoteca outros sem hipoteca, e abriu uma conta caucionada junto do Banco réu, e durante o ano de 2007.

(…)

21º Em Julho de 2007, a B... tinha registado no Banco de Portugal crédito financeiro no valor global de cerca de 7 milhões de euros, concedido pelo R. e por outras instituições de crédito.

22º A A..., por seu turno, também em Julho de 2007, tinha registado no Banco de Portugal crédito financeiro no valor global de cerca de 700.000 euros.

(…)

24º Os sócios das primitivas AA., Eng.º CC e o Dr. DD, eram pessoas com um património financeiro muito elevado e com participações em diversas empresas.

25º Os referidos sócios das AA. tinham já, à data em que os contratos foram negociados e celebrados, grande experiência na negociação e conclusão de contratos financeiros de grande vulto com diversas instituições bancárias e na realização de investimentos em produtos financeiros complexos e de risco, seja no Banco 1... seja noutras instituições financeiras.

26º O Dr. DD era e é uma pessoa muito interessada em produtos financeiros e sempre realizou investimentos em produtos sofisticados e de risco, como acções, fundos de investimento de médio e alto risco e aplicações sem garantia de capital.

27º As AA. eram servidas por pessoas com formação na área financeira, que mostravam ter conhecimentos especificamente na área dos swaps.

28º Os AA tinham um responsável pela área financeira de então, Dr. FF.

(….)

31º O crédito concedido às AA. pelo Banco 1... pagava juros a uma taxa variável, calculada com base na taxa Euribor a 90 dias.

32º Entre a B... e o Banco 3..., S.A. (do grupo Banco 1...) havia sido celebrado no dia 20 de Setembro de 2005 um contrato de mútuo com garantia hipotecária pelo qual foi concedido pelo Banco à B... um empréstimo de € 2.000.000, pelo prazo de 42 meses, com vista à construção do imóvel objecto da hipoteca, empréstimo esse que vencia juros a uma taxa calculada tomando por base a taxa Euribor a 90 dias acrescida de 2,5%; esse empréstimo foi depois reforçado em mais € 200.000, por contrato de 19 de Julho de 2007, sendo que esse reforço de empréstimo vencia juros calculados igualmente com base na taxa Euribor a 90 dias acrescida de 2,5%.

33º Entre a A... e o R., por seu turno, foi celebrado em 29 de Novembro de 2007 um contrato de mútuo com hipoteca pelo qual foi concedido pelo Banco à A... um empréstimo de € 2.400.000, pelo prazo de 36 meses, com vista à construção dos imóveis objecto da hipoteca, empréstimo esse que vencia juros a uma taxa calculada tomando por base a taxa Euribor a 90 dias acrescida de 1%.

34. Atento o nível de exposição ao risco de taxa de juro das AA. e, em especial, da B..., o R., através do gerente de conta das AA., Dr. II, propôs-se fazer uma apresentação de soluções de gestão daquele risco por ele comercializadas.

35º Foi realizada nas instalações das AA. uma reunião, em 13 de Julho de 2007, para serem apresentados os produtos de gestão do risco de taxa de juro disponibilizados pelo R.

36º Nessa reunião estiveram presentes, pelo Banco, o gerente de conta das AA., Dr. II, da Sucursal ..., e o Dr. HH, da Direcção de Venda de Produtos de Tesouraria, e, pelas AA., o Dr. DD, seu sócio, e o responsável financeiro, Dr. FF.

37º No decurso dessa reunião, os colaboradores do Banco 1... apresentaram aos representantes das AA. várias soluções para gestão do risco de taxa de juro suportado pela B..., relativamente a um valor de dívida de € 2.000.000.

38º As sugestões apresentadas visavam proporcionar várias alternativas, segundo um princípio de gestão equilibrada do risco de taxa de juro da dívida global, cabendo ao cliente escolher a que considerasse mais adequada de acordo com o respectivo perfil de gestão de risco e com as suas próprias expectativas.

39ºAs sugestões constavam de um documento intitulado “B... Lda – Proposta de cobertura de risco de taxa de juro; Montante: Eur 2.000.000; Prazo: 5 anos; 13 de Julho de 2007”.

40º Os representantes das AA. ficaram com cópia desse documento.

45º Na apresentação que efectuou, o Dr. HH recorreu também a mapas com a evolução das taxas Euribor e das taxas de swap, de que também forneceu cópias aos representantes das AA..

46º Todas as soluções constantes do documento foram explicadas aos representantes das AA. nessa reunião, e foram esclarecidas todas as dúvidas por eles suscitadas.

47º Os representantes das AA. revelaram perceber bem o conteúdo dessas sugestões de gestão do risco de taxa de juro.

48º Os representantes das AA. e o seu gestor de conta, Dr. II, foram falando algumas vezes sobre esta matéria.

49º Em 20 de Novembro de 2007 foi realizada uma nova reunião sobre o tema da gestão do risco da taxa de juro nas instalações das AA., na qual estiveram presentes as mesmas pessoas que haviam participado na reunião de 13 de Julho de 2007.

50º Nesta segunda reunião, foram apresentadas pelos representantes do R. novas sugestões de gestão do risco de taxa de juro relativamente ao endividamento da B..., para um valor global de 2 milhões de euros, sugestões essas elaboradas de acordo com as circunstâncias do mercado então vigentes.

51º As sugestões constavam de um documento intitulado "B... Lda – Proposta de cobertura de risco de taxa de juro; Montante: Eur 2.000.000; Prazo: 5 anos; 20 de Novembro de 2007".

52º Os representantes das AA. mostraram-se interessados na concretização da cobertura do risco de taxa de juro e ficaram de reflectir e de dar uma resposta.

53º Nessa reunião, o Dr. DD referiu que haveria interesse em realizar também uma operação de cobertura de risco de taxa de juro relativamente à A..., igualmente para um valor global de crédito de 2 milhões de euros, em condições idênticas às que viessem a ser escolhidas para a B....

54º No dia 23 de Novembro, foi comunicada ao réu a opção das AA. pela solução identificada na apresentação do R. sob o n.º 6, seja para a B... seja para o A....

55º Logo nesse mesmo dia 23 de Novembro de 2007, o R. enviou por telefax duas comunicações, uma a cada uma das AA., pelas quais as informava de que nessa data haviam ficado fechadas as operações de swap entre elas ajustadas, dando nota das principais condições desses swaps, documentos que as AA. assinaram, carimbaram e devolveram

56º Foram entregues pelo R. aos AA para assinatura os dois originais dos contratos de swap, que depois recolheu assinados pelos dois sócios das AA.

57º O Dr. FF demonstrava ter conhecimento dos contratos de swap.

60º Foram depois ainda subscritos pelas AA. os "documentos de confirmação" de cada um daqueles contratos, nos quais se reproduzem os principais termos e condições dos swaps acordados entre as partes

61º Para garantia das responsabilidades assumidas pelas AA. nos contratos de swap, foram por elas subscritas e avalizadas pelos seus sócios duas livranças em branco, acompanhadas de acordos de

preenchimento pelos quais autorizavam o R. a preencher as livranças até ao valor máximo de 100.000 euros (quanto a cada uma das livranças), "proveniente das responsabilidades assumidas pelo signatário perante este mesmo Banco, emergentes do contrato de cobertura de taxa de juro, sob a forma de Swap de Taxa de Juro, no montante de 100.000 Euros, incluindo os respectivos juros compensatórios e moratórios, comissões, impostos e demais encargos acrescidos ou que vierem a acrescer".

62º Depois de concluídos os contratos com as AA., o R. concluiu um contrato de swap com o C..., por um valor de 4 milhões de euros, no qual o R. assumiu perante este banco uma posição idêntica às contraídas perante ele pelas AA., obrigando-se a pagar uma taxa fixa de 4,05% contra o recebimento de uma taxa variável correspondente à Euribor a 3 meses.

63º A partir de 15.09.2008, ocorreu uma crise e uma profunda alteração do contexto socioeconómico existente em Portugal e ocorreu uma crise financeira.

64º A crise económica e financeira, que se instalou a partir de 15.09.2008, fez descer de forma acentuada as taxas de juro, e quanto aos contratos de swap em causa nestes autos, a taxa de juro exigida e que permitiu ao réu debitar os valores que cobrou, melhor descritos nos artigos 9º e 10º da decisão de facto, em 26.11.2008, foi de 3,901%; em 25.02.2009, foi de 1,848%; em 27.05.2009, foi de 1,270%; em 26.11.2010, taxa de juro foi de 1,028%; em 24.02.2011, taxa de juro foi de 1,088%; em 28.11.2011, taxa de juro foi de 1,477%.

Decorre da matéria assente, concretamente a constante dos factos 34-54 que o objectivo estrutural das primitivas AA e que as levou a contratar as swaps em crise era estabilizar a taxa de juros que teriam de suportar em decorrência de vários compromissos financeiros[66], com o R. e outras instituições, em valores relevantes e atrás assentes – factos 17 /18-A /21 / 22.

Mas também dela decorre que a procura desse objectivo (primacial, digamos assim) envolvia risco, um risco que se distribuía entre os contraentes em função da variação da taxa de referência escolhida.

Igualmente decorre da matéria de facto (64º) que a crise económica e financeira, que se instalou a partir de 15.09.2008, fez descer de forma acentuada as taxas de juro, e quanto aos contratos de swap em causa nestes autos, a taxa de juro exigida e que permitiu ao réu debitar os valores que cobrou, melhor descritos nos artigos 9º e 10º da decisão de facto, em 26.11.2008, foi de 3,901%; em 25.02.2009, foi de 1,848%; em 27.05.2009, foi de 1,270%; em 26.11.2010, taxa de juro foi de 1,028%; em 24.02.2011, taxa de juro foi de 1,088%; em 28.11.2011, taxa de juro foi de 1,477%.

Sabemos nós, como já se afirmou, que a crise que esteve subjacente à baixa relevantíssima da Euribor, chegando inclusivamente a terreno negativo, não era previsível. Ainda que fosse expectável (como deve ser por a economia viver de ciclos e conjunturas, de altos e baixos) a baixa da Euribor, estava longe das

previsões a dimensão da mesma, surpreendendo inclusive inúmeras instituições financeira e bancos centrais.

Não custa, pois, reconhecer que a evolução das taxas não era previsível (mas como veremos estava ainda dentro da margem do risco do negócio), por conseguinte que, no caso, interferiu ao nível da previsibilidade relacionada com os fluxos financeiros que se anteciparam e emergentes dos contratos em crise.

Diremos, pois, que (a) «as circunstâncias constitutivas da base negocial objectiva, isto é, os pressupostos, expressos ou não, em que ambas as partes fizeram assentar a decisão de celebrar aquele contrato e de o concluir naqueles moldes vierem, posteriormente a essa conclusão», sofreram uma «alteração que, com a informação e prudência razoáveis, nenhuma das partes» podia «ter previsto»**[67]**/**[68]**.

E estará observado o segundo dos requisitos alinhado por Ana Prata, ou seja (b) «se essa alteração superveniente se reflectir no equilíbrio – máxime económico – formalizado no contrato de tal modo que o respectivo cumprimento nos termos convencionados constituiria para uma das partes um sacrifício tão desrazoável que a sua exigência poderia qualificar-se como violadora da boa fé (…)»[69]?

Da matéria de facto (21º, 22º, 32º e 33º) resulta uma enorme exposição das primitivas AA ao crédito concedido pela R. e outras instituições, como resulta o valor nominal de 2 milhões de euros sobre o qual se aplicavam as taxas de referência vertentes.

Resulta igualmente assente que o valor exigido para o «cancelamento» dos contratos ascendia a 157.000,00€ em 22.04.2010 (15º).

Considerar também que, de acordo com o art.434.º, nº2, ex vi art.439.º, ambos do CC, com reflexo no montante susceptível de ser reconhecido como devido caso a resolução se operasse, ou seja, o prejuízo, a lesão, não se relevariam as prestações já cumpridas. Importa referir que a acção só deu entrada em 2.5.2014.

A propósito refere Henrique Sousa Antunes, citando Monteiro Pires, ««na hipótese da alteração das circunstâncias, a resolução visa neutralizar os efeitos de uma superveniência contratual que distorceu o sentido da execução do contrato, pelo que, logo ao abrigo da ressalva fixada pela parte final do artº434.º nº1, será possível salvaguardar os actos de cumprimento já verificado até ao momento em que a alteração das circunstâncias se torne eficaz.»[70]

De facto, os swaps, conferindo às partes posições jurídicas permutáveis relativas a determinadas quantias pecuniárias em data ou datas futuras previamente fixadas, são contratos de execução sucessiva ou periódica.

A sua concretização implica várias prestações ao longo da respectiva «vida», donde se lhes aplicar o n.º 2 do artigo 434.º do CC.[71]

Vista a dimensão do endividamento das primitivas AA que com os contratos se pretendia estabilizar, na relação com a respectiva perda em função da flutuação taxa Euribor, a hipótese de «resgate» dos contratos pelo valor acima referido, não temos por consistente a conclusão que o agravamento do endividamento se mostra desproporcionado em relação ao custo que para o banco R possa advir da resolução do contrato, em termos de ser considerado como prejuízo gravemente atentatório do princípio da boa fé.

Notar, a propósito, que está assente (62º) que depois de concluídos os contratos, o R. concluiu um contrato de swap com o C..., por um valor de 4 milhões de euros, no qual o R. assumiu perante este banco uma posição idêntica às contraídas perante ele pelas AA., obrigando-se a pagar uma taxa fixa de 4,05% contra o recebimento de uma taxa variável correspondente à Euribor a 3 meses.

Todavia, ainda que se concedesse a observância do segundo dos requisitos referidos **temos por inverificado o último**[72]: c) se a alteração daquelas circunstâncias e consequente distorção do contrato **não se contiverem dentro dos riscos próprios daquele tipo contratual** (e isto quer ele seja aleatório quer não o seja) – isto na medida em que qualquer contrato, máxime de execução não instantânea, comporta riscos que as partes não podem ignorar – então a parte lesada tem direito a requerer a resolução do contrato ou a respectiva modificação, de modo a adequá-lo ao novo quadro económico e/ou social em que vai ser cumprido.»

Emerge da matéria de facto que o «leitmotiv» da sugestão ou apresentação das soluções que viriam a ser acolhidas decorria do «nível de exposição ao risco de taxa de juro das AA. e, em especial, da B...» - facto 34.

Por conseguinte, não custa aceitar que o banco tenha enfatizado em especial que a contratualização das swaps iria potencialmente estabilizar os encargos assumidos pelas primitivas AA.

Todavia, sem embargo de se constatar que os contratos eram um produto financeiro de protecção do risco de taxa de juro, resulta provada matéria mais que suficiente que aponta no sentido de as AA primitivas conhecerem o risco que o que contrataram comportava riscos relevantes, por conseguinte que existia um álea relevante naquilo em que aceitaram assumir, que os negócios tinham natureza marcadamente aleatória (24.º-30.º, 34º-40º, 45.º-53.º, 57.º).

Afirmando-se, como já se afirmou, que não obstante a natureza aleatória dos contratos em causa, não estão, em absoluto, excluídos do âmbito de aplicação do art. 437.º do CC, essa natureza, contudo, deve reflectir-se de um modo superlativo na apreciação dos requisitos legais do instituto, nomeadamente neste

último que ora se analisa.

Maria Clara Calheiros**[73]** afirma que "não deverá ser considerada como alteração de circunstâncias ... uma qualquer e inesperada reviravolta nas taxas de juro ou de câmbio do mercado, **pois neste caso a alteração verificada encontra-se abrangida pelo risco inerente e pela própria finalidade do negócio**". [74]

"o contrato de swap é um contrato aleatório, residindo nessa aleatoriedade o seu interesse para as partes. A álea própria do contrato é, pois, em cada caso, a variação das taxas de juros, dos câmbios, dos preços de certas matérias-primas, etc.".

Conclui que não poderá entender-se que "a descida acentuada das taxas de juro não configurava um risco próprio do contrato, pois se é justamente a possibilidade que ocorra esta subida ou descida abrupta que leva à celebração do contrato de swap pelas partes»[75]/[76]

Não obstante a relevante variação, em prejuízo das primitivas AA, da taxa de juro em face do referencial onde fixaram o ponto de partida do risco, não temos como negar que ainda assim tal variação fazia parte da matriz do risco das swaps de juros.

Em jeito de remate quanto a este fundameno do recurso, diremos com Abrantes Geraldes[77]: «É verdade que a crise financeira abalou todos os países onde funciona a economia de mercado e que, na ocasião em que foi celebrado o contrato dos autos, a Euribor a 3 meses se situava entre os 4% e os 5%, pretendendo a A., ainda assim, cobrir os riscos da sua variação. Essa taxa baixou a níveis históricos como resultado de uma política do BCE para enfrentar a crise(ainda que o historial desse índice seja relativamente curto para gerar expectativas acerca da sua evolução).

Porém, não cremos que se possa basear a resolução de um contrato de natureza financeira, **a que estava associado o risco de oscilação da taxa referencial**, num factor que não seria porventura esperado por nenhuma das partes (pelo menos pela A.), **mas que não se inscrevia na margem da imprevisibilidade correspondente às exigências de uma figura cuja aplicação deve ser excepcional.**

Os autores que se têm debruçado sobre esta e outras crises financeiras, sustentados em dados estatísticos, apontam para a alternância das crises ou dos ciclos económicos e financeiros, com reflexos designadamente nas taxas de juros ou nas taxas de câmbio. Consequentemente restringem a invocação de alterações circunstanciais como motivo de resolução ou de modificação de contratos de derivados a ocorrências verdadeiramente extraordinárias**[78] e que não se inscrevam na álea própria de tais**

contratos.

A generalidade da doutrina nacional tem enunciado algumas das situações que podem motivar a invocação da alteração anormal das circunstâncias, mas nenhuma delas inclui situações como aquela que foi invocada pela A. em torno da descida acentuada da Euribor, como efeito reflexo, ainda que inesperado, de uma crise financeira internacional.

A nível deste Supremo Tribunal de Justiça o único aresto em que se admitiu essa solução foi o de Justiça, de 10-10-13, ainda assim em oposição frontal com o Ac. deste STJ de 26-1-16 (ambos em www.dgsi.pt), sendo que as circunstâncias que rodearam o caso que foi apreciado neste último apresenta mais semelhanças com o caso concreto.

A análise de outros arestos mais antigos deste Supremo, em face de outros fenómenos semelhantes que tiveram repercussões negativas noutros contratos (v.g. "25 de Abril" e subsequente programa de nacionalizações e de expropriações, descolonização, crises bolsistas, etc.) **revela uma fortíssima tendência para restringir a aplicabilidade do art. 437º do CC.**

De um e de outro lado se pode concluir que apenas são elegíveis para o efeito eventos de todo inesperados, o que, relativamente a negócios de risco como o contrato de swap, deve ser interpretado superlativamente de modo a abarcar apenas os que extravasem o âmbito da respectiva álea contratual(**Maria Clara Calheiros**, O contrato de Swap no contexto da actual crise financeira, CDP, nº 42º, pág. 12, **Calvão da Silva**, ob. cit., pág. 554, ou **Diogo Pereira Duarte**, na RDS, ano VII, nº 1, pág. 232).

Tal não ocorre, em meu entender, no caso concreto.»

Conclui-se que as alterações das circunstâncias e consequente distorção do contrato **contiveram-se dentro dos riscos próprios dos contratos em crise.**

Pelo exposto, improcede o recurso nesta parte.

*

b) - A nulidade das alíneas c) da cláusula 3.ª dos contratos de swap de taxas de juro e violação dos deveres de informação.

c) A declaração de nulidade dos contratos por violação do princípio da boa fé, por violação de deveres de informação e das regras aplicáveis às cláusulas contratuais gerais.

Funda-se o recurso igualmente na falta de explicação e informação pelo R. do conteúdo dos contratos,

nessa medida, afirmando-se que a cláusula 3º, alínea c) [79] dos contratos de swap é nula e nada revela quanto ao cumprimento dos deveres que se impunham ao banco réu.

Por conseguinte as duas questões supra alinhadas acabam por estar relativamente interligadas.

Se não houve explicação e informação do conteúdo dos contratos a cláusula referida estará ferida, como feridos estarão os contratos por ausência daquela explicação e informação ao abrigo dos artigos 7.º, n.º 1, 312.º, n.º 1, alínea a), e 314.º do Código dos Valores Mobiliários, na redação anterior introduzida pelo Decreto-Lei n.º 357-A/2007, de 31 de outubro, dos arts. 73º a 76º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras e também pelos arts.º 7º, 293º, n.º 1, 304º, n.º 1, 2 e 3, 304º-A, n.º 1 e 2, 312º, n.º 1, 312º-A, 312º-B, 312º-C e 312º-E, e 314º do Código dos Valores Mobiliários.

A propósito dos deveres de informação que se impunham ao R. debatem-se os AA pela consideração do que veio impor o D.L. 357-A/2007 de 31.10, densificando, nomeadamente, os deveres informativos pelos intermediários financeiros (com entrada em vigor no dia 1 de Novembro).

Vejam-se os seguintes factos, de resto alguns deles convocados pelos recorrentes:

4º No dia 23.11.2007, as sociedades B... e A... e a ré celebraram, cada uma, um contrato de swap de taxa de juro, com conteúdos exatamente iguais, o da B... com a referência ... e o do A... com a referência ....

6º Em 23.11.2007, o A... celebrou com a ré um contrato de swap de taxa de juro, com início em 30.11.2007 e data de vencimento em 30.11.2012, tendo por montante nominal a quantia de 2.000.000,00 euros (dois milhões de euros), com a referência o n.º ....

7º Em 23.11.2007, a B... celebrou com a ré um contrato de swap de taxa de juro, com início em 30.11.2007 e data de vencimento em 30.11.2012, tendo por montante nominal a quantia de 2.000.000,00 euros (dois milhões de euros), com a referência o n.º ....

35º Foi realizada nas instalações das AA. uma reunião, em 13 de Julho de 2007, para serem apresentados os produtos de gestão do risco de taxa de juro disponibilizados pelo R.

36º Nessa reunião estiveram presentes, pelo Banco, o gerente de conta das AA., Dr. II, da Sucursal ..., e o Dr. HH, da Direcção de Venda de Produtos de Tesouraria, e, pelas AA., o Dr. DD, seu sócio, e o responsável financeiro, Dr. FF.

37º No decurso dessa reunião, os colaboradores do Banco 1... apresentaram aos representantes das AA. várias soluções para gestão do risco de taxa de juro suportado pela B..., relativamente a um valor de dívida de € 2.000.000.

38º As sugestões apresentadas visavam proporcionar várias alternativas, segundo um princípio de gestão equilibrada do risco de taxa de juro da dívida global, cabendo ao cliente escolher a que considerasse mais adequada de acordo com o respectivo perfil de gestão de risco e com as suas próprias expectativas.

39ºAs sugestões constavam de um documento intitulado "B... Lda – Proposta de cobertura de risco de taxa de juro; Montante: Eur 2.000.000; Prazo: 5 anos; 13 de Julho de 2007".

49º Em 20 de Novembro de 2007 foi realizada uma nova reunião sobre o tema da gestão do risco da taxa de juro nas instalações das AA., na qual estiveram presentes as mesmas pessoas que haviam participado na reunião de 13 de Julho de 2007.

50º Nesta segunda reunião, foram apresentadas pelos representantes do R. novas sugestões de gestão do risco de taxa de juro relativamente ao endividamento da B..., para um valor global de 2 milhões de euros, sugestões essas elaboradas de acordo com as circunstâncias do mercado então vigentes.

51º As sugestões constavam de um documento intitulado "B... Lda – Proposta de cobertura de risco de taxa de juro; Montante: Eur 2.000.000; Prazo: 5 anos; 20 de Novembro de 2007".

52º Os representantes das AA. mostraram-se interessados na concretização da cobertura do risco de taxa de juro e ficaram de reflectir e de dar uma resposta.

53º Nessa reunião, o Dr. DD referiu que haveria interesse em realizar também uma operação de cobertura de risco de taxa de juro relativamente à A..., igualmente para um valor global de crédito de 2 milhões de euros, em condições idênticas às que viessem a ser escolhidas para a B....

54º No dia 23 de Novembro, foi comunicada ao réu a opção das AA. pela solução identificada na apresentação do R. sob o n.º 6, seja para a B... seja para o A....

Tendemos, pois, para relevar o citado DL no que trouxe de inovação no que concerne à exigência do tempo, forma e quantidade e qualidade da informação devida aos investidores.

Não obstante, porque o processo negocial já estaria praticamente concluído, instruído com a informação fornecida, completa, temos para nós, não se dever absolutizar as exigências que o tal DL trouxe.

Todo o processo negocial, podemos dizer assim, com excepção de uma última reunião e apenas quanto à B..., realizada cerca de 15 dias depois da entrada em vigor do D.L. 357-A/2007, estava concluído (factos 49 e 50).

Importará relevar a composição societária das primitivas AA. A B... estaria esclarecida antes da entrada em vigor daquele DL, como já o estava a A....

Por isso também não é de todo descabido relevar o que de muito substantivamente se escreveu a propósito do dever de informar no AUJ nº8/2022, de 06-12-2021 (tirado com base na versão do CVM na versão anterior ao citado DL)[80].

Invoca-se que o banco réu não provou que cumpriu os seus diversos deveres de informar os clientes, sucedendo que, o dever de informação é cominado imperativamente pelo D.L. 357-A/2007 de 31.10, pelo princípio da boa fé fixado no art.º 227º, e também pelo disposto nos arts. 485º, 486º, 762º, 798º e 799º todos do Código Civil, e ainda arts. 73º a 76º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras e também pelos arts.º 7º, 293º, n.º 1, 304º, n.º 1, 2 e 3, 304º-A, n.º 1 e 2, 312º, n.º 1, 312º-A, 312º-B, 312º-C e 312º-E, e 314º do Código dos Valores Mobiliários e pelo arts. 6º, 16º e 17º do D.L. 446/85, de 25.10 e ainda pelos arts.º 1º, al. a e c), 52º, n.º 3 e alínea b) do art.º 60º, art.º 81º al. i) e 99º, al. e) da Constituição da República Portuguesa.

Não se questiona que as primitivas AA. foram confrontadas com contratos tipo, com a opção de os subscrever ou não, ou seja, com quase nula possibilidade de conformação do respectivo clausulado, o que relevará para ajuizar do dever de informação que ao abrigo do LCCG se impõe.

Por ser assim importa apurar da eventual violação do dever de informação imposto pelo D.L. 446/85, de 25.10.

Pretende-se com este diploma proteger a parte mais fraca de uma relação contratual, concretamente na fase das negociações.

Como se refere no Ac. do STJ de 14.6.16, «[a] intenção legislativa é a de proscrever todas aquelas disposições genéricas postas no contrato que só para excesso de ganho de um se assinala ao outro e com o objectivo de obter uma injustificada responsabilidade, mercê de ele se apresentar inferiormente tutelado.

É no rumo do que mais genericamente a nossa lei consagra - art.º 227.º do C.Civil - que se reafirma aqui o princípio da boa-fé na formação dos contratos, deste modo impondo que as partes contratantes procedam lealmente na fase pré-contratual e cominando o dever de indemnizar o lesado pelos prejuízos por ele sofridos àquele que, culposamente, a eles deu causa, em virtude de ter agido com desonestidade e indignidade nos preliminares do contrato e com vista à sua concretização.

A "**culpa in contrahendo**" constitui um campo normativo muito vasto que permite aos Tribunais a prossecução dos fins jurídicos, com uma latitude grande de movimentos, cobrindo as três áreas por que, em termos históricos, se espraiou a figura, antes de recebida pelo legislador de 1966: **a dos deveres de**

protecção, informação e de lealdade- **Menezes Cordeiro;** Da Boa-Fé em Direito Civil; pág. 582.»**[81]**

Releva o art.6.º do citado diploma, estipulando este preceito que «1 - O contratante que recorra a cláusulas contratuais gerais deve informar, de acordo com as circunstâncias, a outra parte dos aspectos nelas compreendidos cuja aclaração se justifique. 2 - Devem ainda ser prestados todos os esclarecimentos razoáveis solicitados.»

Por seu turno o art.5.º, n.º2 reza que «[a] comunicação deve ser realizada de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência.»

É à entidade proponente que compete o ónus de demonstrar que fez a adequada comunicação das cláusulas gerais do contrato ao aderente – art.5.º n.º3 da LCCG

Acompanhando a sentença (não temos como não o fazer), diremos que na conformação da LCCG o legislador não tratou o aderente como pessoa inábil e incapaz de adoptar os cuidados inerentes à celebração do contrato, e por isso lhe exigiu também um comportamento diligente tendo em vista o conhecimento real e efectivo das cláusulas contratuais que lhe estão a ser impostas, de resto como também releva da boa fé, igualmente a acompanhando quando refere que, quanto mais técnico for o clausulado, maior exigência de informação se impõe, de resto obrigação decorrente até dos termos o art.227 do CC[82] e art.5.º, n.º2 da LCCG[83], mas sempre tendo presente que a obrigação de comunicar, informar e esclarecer[84], não é uma obrigação de resultado, antes de meios.

No caso em apreço a cláusula em crise deve ser lida conjuntamente com a remanescente factualidade que demonstra que o conteúdo contratual[85] foi devidamente explicado, tanto mais que se estava perante aderentes com literacia financeira.

Vejam-se os seguintes factos, além de outros dos quais se retira que as primitivas AA tinham um substancial volume de negócios, contratavam com a banca em valores muitos relevantes, por conseguinte disso também se retirando algo quanto à respectiva experiência financeira:

4º No dia 23.11.2007, as sociedades B... e A... e a ré celebraram, cada uma, um contrato de swap de taxa de juro, com conteúdos exatamente iguais, o da B... com a referência ... e o do A... com a referência ....

5ºOs referidos contratos assinados pela ré com o A... e a B... foram assinados com as seguintes cláusulas e termos: [86]

6º Em 23.11.2007, o A... celebrou com a ré um contrato de swap de taxa de juro, com início em 30.11.2007 e data de vencimento em 30.11.2012, tendo por montante nominal a quantia de 2.000.000,00 euros (dois milhões de euros), com a referência o n.º ....

7º Em 23.11.2007, a B... celebrou com a ré um contrato de swap de taxa de juro, com início em 30.11.2007 e data de vencimento em 30.11.2012, tendo por montante nominal a quantia de 2.000.000,00 euros (dois milhões de euros), com a referência o n.º ....

24º Os sócios das primitivas AA., Eng.º CC e o Dr. DD, eram pessoas com um património financeiro muito elevado e com participações em diversas empresas.

25º Os referidos sócios das AA. tinham já, à data em que os contratos foram negociados e celebrados, grande experiência na negociação e conclusão de contratos financeiros de grande vulto com diversas instituições bancárias e na realização de investimentos em produtos financeiros complexos e de risco, seja no Banco 1... seja noutras instituições financeiras.

26º O Dr. DD era e é uma pessoa muito interessada em produtos financeiros e sempre realizou investimentos em produtos sofisticados e de risco, como acções, fundos de investimento de médio e alto risco e aplicações sem garantia de capital.

27º As AA. eram servidas por pessoas com formação na área financeira, que mostravam ter conhecimentos especificamente na área dos swaps.

28º Os AA tinham um responsável pela área financeira de então, Dr. FF.

30º O R., de quem as AA. e os seus sócios eram clientes há já muitos anos, sabia do nível de conhecimentos dos representantes das AA. e da sua capacidade para perceberem as características dos contratos que vieram a concluir.

35º Foi realizada nas instalações das AA. uma reunião, em 13 de Julho de 2007, para serem apresentados os produtos de gestão do risco de taxa de juro disponibilizados pelo R.

36º Nessa reunião estiveram presentes, pelo Banco, o gerente de conta das AA., Dr. II, da Sucursal ..., e o Dr. HH, da Direcção de Venda de Produtos de Tesouraria, e, pelas AA., o Dr. DD, seu sócio, e o responsável financeiro, Dr. FF.

37º No decurso dessa reunião, os colaboradores do Banco 1... apresentaram aos representantes das AA. várias soluções para gestão do risco de taxa de juro suportado pela B..., relativamente a um valor de dívida

de € 2.000.000.

38º As sugestões apresentadas visavam proporcionar várias alternativas, segundo um princípio de gestão equilibrada do risco de taxa de juro da dívida global, cabendo ao cliente escolher a que considerasse mais adequada de acordo com o respectivo perfil de gestão de risco e com as suas próprias expectativas.

39ºAs sugestões constavam de um documento intitulado "B... Lda – Proposta de cobertura de risco de taxa de juro; Montante: Eur 2.000.000; Prazo: 5 anos; 13 de Julho de 2007".

40º Os representantes das AA. ficaram com cópia desse documento.

45º Na apresentação que efectuou, o Dr. HH recorreu também a mapas com a evolução das taxas Euribor e das taxas de swap, de que também forneceu cópias aos representantes das AA..

46º Todas as soluções constantes do documento foram explicadas aos representantes das AA. nessa reunião, e foram esclarecidas todas as dúvidas por eles suscitadas.

47º Os representantes das AA. revelaram perceber bem o conteúdo dessas sugestões de gestão do risco de taxa de juro.

48º Os representantes das AA. e o seu gestor de conta, Dr. II, foram falando algumas vezes sobre esta matéria.

49º Em 20 de Novembro de 2007 foi realizada uma nova reunião sobre o tema da gestão do risco da taxa de juro nas instalações das AA., na qual estiveram presentes as mesmas pessoas que haviam participado na reunião de 13 de Julho de 2007.

50º Nesta segunda reunião, foram apresentadas pelos representantes do R. novas sugestões de gestão do risco de taxa de juro relativamente ao endividamento da B..., para um valor global de 2 milhões de euros, sugestões essas elaboradas de acordo com as circunstâncias do mercado então vigentes.

51º As sugestões constavam de um documento intitulado "B... Lda – Proposta de cobertura de risco de taxa de juro; Montante: Eur 2.000.000; Prazo: 5 anos; 20 de Novembro de 2007".

52º Os representantes das AA. mostraram-se interessados na concretização da cobertura do risco de taxa de juro e ficaram de reflectir e de dar uma resposta.

53º Nessa reunião, o Dr. DD referiu que haveria interesse em realizar também uma operação de cobertura de risco de taxa de juro relativamente à A..., igualmente para um valor global de crédito de 2 milhões de

euros, em condições idênticas às que viessem a ser escolhidas para a B....

57º O Dr. FF demonstrava ter conhecimento dos contratos de swap.

60º Foram depois ainda subscritos pelas AA. os “documentos de confirmação” de cada um daqueles contratos, nos quais se reproduzem os principais termos e condições dos swaps acordados entre as partes

61º Para garantia das responsabilidades assumidas pelas AA. nos contratos de swap, foram por elas subscritas e avalizadas pelos seus sócios duas livranças em branco, acompanhadas de acordos de preenchimento pelos quais autorizavam o R. a preencher as livranças até ao valor máximo de 100.000 euros (quanto a cada uma das livranças), “proveniente das responsabilidades assumidas pelo signatário perante este mesmo Banco, emergentes do contrato de cobertura de taxa de juro, sob a forma de Swap de Taxa de Juro, no montante de 100.000 Euros, incluindo os respectivos juros compensatórios e moratórios, comissões, impostos e demais encargos acrescidos ou que vierem a acrescer”.

Desta factualidade resulta a efectiva comunicação, informação e esclarecimento do conteúdo dos contratos, sendo que as primitivas AA estavam representadas por pessoas capazes, com relevante grau de literacia financeira.

Certeiro o referido pela sentença em face da factualidade provada: «(...) resulta que os colaboradores do Réu que intervieram na apresentação e negociação dos contratos de swap acompanhavam a actividade das empresas e conheciam bem as características destas últimas e os seus sócios gerentes.

Assim, na apresentação e negociação dos contratos, adequaram as suas explicações à capacidade dos sócios e gerentes das empresas assessorados pelo seu colaborador, nomeadamente do Dr. FF, para compreenderem os objectivos e funcionamento dos contratos de swap e dos riscos envolvidos.»

Não se vislumbra qualquer nulidade da cláusula 3.º, al.c) dos contratos.

*

E dela resulta, a benefício do que importa ainda conhecer, que «[o]s riscos resultantes da celebraçãodo presente contrato são do perfeito conhecimento daEMPRESA, tendo sido devidamente ponderados e tomados em conta no processo de formação e decisão da sua vontade de contratar".

Não se suscitam dúvidas que o R actuou como intermediário financeiro, facto que se retira da matéria de facto assente no confronto com os art. 289.º, n.º 1 e 293.º, n.º 1, alínea a), do Código dos Valores Mobiliários, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de novembro.

Isto posto importa muito sumariamente alinhar alguns preceitos[87].

Estabelece o art.7 do CVM, na redacção dada pelo DL n.º 357-A/2007, de 31 de Outubro que:

«1 - A informação respeitante a instrumentos financeiros, a formas organizadas de negociação, às atividades de intermediação financeira, à liquidação e à compensação de operações, a ofertas públicas de valores mobiliários e a emitentes deve ser completa, verdadeira, atual, clara, objetiva e lícita.

2 - O disposto no número anterior aplica-se seja qual for o meio de divulgação e ainda que a informação seja inserida em conselho, recomendação, mensagem publicitária ou relatório de notação de risco.

3 - O requisito da completude da informação é aferido em função do meio utilizado, podendo, nas mensagens publicitárias, ser substituído por remissão para documento acessível aos destinatários.

4 - À publicidade relativa a instrumentos financeiros e a atividades reguladas no presente Código é aplicável o regime geral da publicidade.»

Como instituição de crédito, o R. banco estava e está sujeito às regras de conduta fixadas no RGICSF, designadamente as constantes dos artigos 73.º, 74.º e 75.º, na redação então em vigor, incumbindo aos seus administradores e empregados proceder, nas relações com os clientes (e nas relações com outras instituições), com diligência, neutralidade, lealdade, discrição e respeito consciencioso dos interesses que lhes estão confiados, bem como informar com clareza os clientes sobre os elementos caracterizadores dos produtos.

Consagra o art.304 do CVM, na redacção dada pelo DL n.º 357-A/2007, de 31 de Outubro, que:

«1 - Os intermediários financeiros devem orientar a sua atividade no sentido da proteção dos legítimos interesses dos seus clientes e da eficiência do mercado.

2 - 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.

3 - 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 objetivos de investimento do cliente.

4 - Os intermediários financeiros estão sujeitos ao dever de segredo profissional nos termos previstos para o segredo bancário, sem prejuízo das exceções previstas na lei, nomeadamente o cumprimento do disposto

no artigo 382.º

5 - Estes princípios e os deveres referidos nos artigos seguintes são aplicáveis aos titulares do órgão de administração e às pessoas que dirigem efetivamente a atividade do intermediário financeiro ou do agente vinculado e aos colaboradores do intermediário financeiro, do agente vinculado ou de entidades subcontratadas, envolvidos no exercício ou fiscalização de atividades de intermediação financeira ou de funções operacionais que sejam essenciais à prestação de serviços de forma contínua e em condições de qualidade e eficiência.»

Reza o art.312 do CVM, na redacção dada pelo DL n.º 357-A/2007, de 31 de Outubro, em vigor à data da celebração dos contratos:

«1 - O intermediário financeiro, deve prestar, relativamente aos serviços que ofereça, que lhe sejam solicitados ou que efectivamente preste, todas as informações necessárias para uma tomada de decisão esclarecida e fundamentada, **incluindo nomeadamente as respeitantes**:

a) Ao intermediário financeiro e aos serviços por si prestados;

b) À natureza de investidor não qualificado, investidor qualificado ou contraparte elegível do cliente, ao seu eventual direito de requerer um tratamento diferente e a qualquer limitação ao nível do grau de protecção que tal implica;

c) À origem e à natureza de qualquer interesse que o intermediário financeiro ou as pessoas que em nome dele agem tenham no serviço a prestar, sempre que as medidas organizativas adoptadas pelo intermediário nos termos dos artigos 309.º e seguintes não sejam suficientes para garantir, com um grau de certeza razoável, que serão evitados o risco de os interesses dos clientes serem prejudicados

d) Aos instrumentos financeiros e às estratégias de investimento propostas;

e) Aos riscos especiais envolvidos nas operações a realizar;

f) À sua política de execução de ordens e, se for o caso, à possibilidade de execução de ordens de clientes fora de mercado regulamentado ou de sistema de negociação multilateral;

g) À existência ou inexistência de qualquer fundo de garantia ou de protecção equivalente que abranja os serviços a prestar;

h) Ao custo do serviço a prestar.

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

3 - A circunstância de os elementos informativos serem inseridos na prestação de conselho, dado a qualquer título, ou em mensagem promocional ou publicitária não exime o intermediário financeiro da observância dos requisitos e do regime aplicáveis à informação em geral.

4 - A informação prevista no n.º 1 deve ser prestada por escrito ainda que sob forma padronizada.

(...) »

Dispõe artº 314º do CVM, na redacção dada pelo DL n.º 357-A/2007, de 31 de Outubro:

«1. - O intermediário financeiro solicita ao cliente informação relativa aos seus conhecimentos e experiência em matéria de investimento no que respeita ao tipo de instrumento financeiro ou ao serviço considerado, que lhe permita avaliar se o cliente compreende os riscos envolvidos, nos termos previstos na legislação da União Europeia.

2 - Se, com base na informação recebida ao abrigo do número anterior, o intermediário financeiro julgar que a operação considerada não é adequada àquele cliente deve adverti-lo, por escrito, para esse facto, devendo o cliente confirmar, por escrito, que recebeu a advertência em causa.

3 - No caso do cliente se recusar a fornecer a informação referida no n.º 1 ou não fornecer informação suficiente, o intermediário financeiro deve adverti-lo, por escrito, para o facto de que essa decisão não lhe permite determinar a adequação da operação considerada às suas circunstâncias.

4 - As advertências referidas nos n.os 2 e 3 podem ser feitas de forma padronizada.

(...)»

O artigo 312-A do CVM reza sobre a qualidade da informação, com enfoque especial àquela que é devida a investidor não qualificado. O art.312-B refere-se ao momento da prestação da informação e o art.312-C à informação relativa a intermediário financeiro, em especial a investidor não qualificado (sendo qualificado terá de a solicitar). O art.312-E trata da informação relativa aos instrumentos financeiros[88].

Não obstante a propósito dos preceitos na versão anterior ao citado DL, mantém actualidade afirmar com o AUJ 8/2022: «[d]a leitura destes preceitos resulta um conjunto de exigências impostas pela «necessidade de "compensação dos desequilíbrios e assimetrias entre as partes, com o fito de manter o equilíbrio equitativo da relação jurídica", i.e., como uma decorrência do princípio da paridade jurídica. Assim, numa

fase preliminar, o intermediário financeiro deve informar espontânea e detalhadamente o cliente sobre todas as características de cada instrumento financeiro cuja negociação seja equacionada, com vista a proporcionar uma decisão de investimento informada e esclarecida. Fala-se, sob esta perspectiva, de uma "transparência informativa" (Sofia Nascimento Rodrigues, A Protecção dos Investidores em Investimentos Mobiliários, Almedina, fevereiro, 2001, pp. 37 e ss).»**[89]**

Ainda acompanhando o citado Ac. de fixação de jurisprudência, invocando o Acórdão do STJ, de 10/04/2018 (processo n.º 753/16.4TBLSB.L1.S1), diremos em jeito de síntese que «O dever de conhecimento do perfil do cliente, sobretudo nos casos de investidores não qualificados, a avaliação não só da sua capacidade de investimento como a de suportar o risco inerente ao produto que pretende adquirir, para ajuizar se certa transação é adequada ao cliente - suitability test - impõe ao intermediário financeiro um rigoroso dever pré-contratual de informação, que não se queda pelo padrão do bom pai de família, mas antes, dada a profissionalidade do banco/intermediário financeiro, lhe impõe um grau de diligência muito mais acentuado, devendo atuar como "diligentissimus pater famílias" não sendo toleráveis procedimentos que possam sequer ser incursos em culpa leve ..., a informação divulgada pelo intermediário financeiro deve ser apresentada de modo a ser compreendida pelo destinatário médio; e ser apresentada de modo a não ocultar ou subestimar elementos, declarações ou avisos importantes.»»

Dispõe o art.304 do CVM na versão do citado DL:

«1 - Os intermediários financeiros devem orientar a sua atividade no sentido da proteção dos legítimos interesses dos seus clientes e da eficiência do mercado.

2 - 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.

3 - 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 objetivos de investimento do cliente.

(...)»

Mais uma vez se enfatiza que a «profundidade e a extensão das informações dependem do grau de conhecimento e experiência dos clientes que pretendam subscrever os instrumentos financeiros, devendo ser tanto maiores quanto menor for o grau de conhecimento do cliente (importando referir que o intermediário financeiro deverá informar-se dos conhecimentos e experiência do cliente, em matéria de investimentos, bem como dos objetivos por ele prosseguidos, devendo fazer compreender ao seu cliente (investidor) de forma clara e objetiva os riscos envolvidos nas operações propostas - artigo 304.º, n.º 3, do

CVM), encontrando-se estabelecida uma regra de proporcionalidade inversa entre a densidade daquele dever por parte do intermediário e o grau de conhecimentos e experiência do cliente (falando-se em geometria variável no cumprimento do dever em causa, cf. Acórdão do STJ, de 4 de outubro de 2018)"[90].

Por fim dispõe o art.304.º-A do citado diploma:

«1 - 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 atividade, que lhes sejam impostos por lei ou por regulamento emanado de autoridade pública.

2 - 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.»

Percorrendo toda factualidade provada, que já se foi repetidamente «debitando», constata-se, usando da referida aplicação ponderada do que de novo trouxe o DL n.º 357-A/2007, a substancial literacia de quem nos negócios se envolvia (47º Os representantes das AA. revelaram perceber bem o conteúdo dessas sugestões de gestão do risco de taxa de juro)[91], igualmente e **muito decisivamente** o conteúdo da cláusula 3.ºc dos contratos (Os riscos resultantes da celebração do presente contrato são do perfeito conhecimento da EMPRESA, tendo sido devidamente ponderados e tomados em conta no processo de formação e decisão da sua vontade de contratar), conclui-se que o R actuou em observância do que lhe era imposto, ainda que se admitindo num ou noutro aspectos, substantivamente de residual relevo, tivesse falhado.

De todo o modo, nunca no jaez para inquinar os contratos.

Quem contratou como contratou tinha o acervo informativo necessário, a dimensão técnica e a literacia financeira consistente para se autodeterminar esclarecidamente (cl.3-c: Os riscos resultantes da celebraçãodo presente contrato são do perfeito conhecimento da EMPRESA, tendo sido devidamente ponderados e tomados em conta no processo de formação e decisão da sua vontade de contratar).

Em face de tudo o referido, improcede também nesta parte o recurso, com isto ficando prejudicado o conhecimento do remanescente alinhado, incluindo a prescrição invocada pelo R..

**

IV.

Pelo exposto, acorda-se em negar provimento ao recurso, confirmando-se a decisão apelada.

Custas a cargo dos apelantes, por terem ficado vencidos (art. 527.º do Cód. Proc. Civil).

Notifique.

*

***

*

Sumário:

.....

.....

.....

Porto, 6/3/2025
Carlos Cunha Rodrigues Carvalho
Isabel Peixoto Pereira
Ana Luísa Loureiro

_____

[1] Assim fundando a pretensão de ver declarada a nulidade da cláusula 3. al.c) dos contratos e na medida que dela consta que os riscos resultantes (…) são do perfeito conhecimento das empresas, tendo sido devidamente ponderados e tomados em conta no processo de formação e decisão da vontade contratar, igualmente e também a benefício da procedência dos pedidos subsidiários constantes das al.h) e i).
[2] Pedidos subsidiários constantes das al.h) a l).
[3] Identificação do objecto do litígio:
1. Resolução do contrato de swap de taxa de juro, celebrado entre a autora A... e o réu Banco 1..., por alteração anormal das circunstâncias, e obrigação de indemnizar a cargo do réu Banco 1....
2. Nulidade da cláusula 3ª, aliena c), do referido contrato de swap.
3. Resolução do contrato de swap de taxa de juro, celebrado entre a autora B... e o réu Banco 1..., por alteração anormal das circunstâncias, e obrigação de indemnizar a cargo do réu Banco 1....
4. Nulidade da cláusula 3ª, aliena c), do referido contrato de swap.

5. [Subsidiariamente] Nulidade do contrato de swap de taxa de juro, celebrado entre a autora A... e o réu Banco 1..., por usura, e obrigação de indemnizar a cargo do réu Banco 1....
6. [Subsidiariamente] Nulidade do contrato de swap de taxa de juro, celebrado entre a autora B... e o réu Banco 1..., por usura, e obrigação de indemnizar a cargo do réu Banco 1....
7. [Subsidiariamente] Nulidade do contrato de swap de taxa de juro, celebrado entre a autora A... e o réu Banco 1..., por violação do princípio da boa fé, dever de informação e regras aplicáveis às cláusulas contratuais gerais, e obrigação de restituir a cargo do réu Banco 1....
8. [Subsidiariamente] Nulidade do contrato de swap de taxa de juro, celebrado entre a autora B... e o réu Banco 1..., por violação do princípio da boa fé, dever de informação e regras aplicáveis às cláusulas contratuais gerais, e obrigação de restituir a cargo do réu Banco 1....
9. [Subsidiariamente] Obrigação do réu Banco 1... indemnizar a autora A... pelos danos patrimoniais sofridos, decorrentes da celebração do contrato e resultantes da violação dos seus deveres de informação e de boa fé.
10. [Subsidiariamente] Obrigação do réu Banco 1... indemnizar a autora B... pelos danos patrimoniais sofridos, decorrentes da celebração do contrato e resultantes da violação dos seus deveres de informação e de boa fé.
11. Explicação do réu Banco 1... às Autoras, adequada às circunstâncias da contratação e às pessoas das Autoras, das características, riscos, finalidades e encargos das operações de gestão do risco da taxa de juro e dos concretos contratos celebrados.
12. Invocação abusiva da alteração anormal das circunstâncias.

13. Impossibilidade de repetição do (que pudesse ser) indevido nas obrigações naturais.
14. Prescrição do direito de indemnização por violação de deveres de informação.
*

Temas da prova:
1. Caracterização societária e empresarial da autora A....
2. Perfil da autora A... como potencial subscritora de produtos financeiros derivados e conhecimento de tal realidade pelo réu Banco 1....
3. Caracterização societária e empresarial da autora B....
4. Perfil da autora B... como potencial subscritora de produtos financeiros derivados e conhecimento de tal realidade pelo réu Banco 1....
5. Conhecimento pelo réu Banco 1... da situação de descida das taxas de juro, em data prévia à celebração dos contratos com as Autoras.
6. Termos e circunstâncias da negociação, contratação e execução da operação de swap de taxa de juros, entre a autora A... e o réu Banco 1....
7. Termos e circunstâncias da negociação, contratação e execução da operação de swap de taxa de juros, entre a autora B... e o réu Banco 1....
8. Alteração anormal das circunstâncias.

9. Violação, pelo réu Banco 1..., dos deveres bancários de informação e de actuação de boa fé.

*

10. Circunstâncias que rodearam a celebração, entre o réu Banco 1... e as Autoras, dos contratos identificados nos autos (nomeadamente a prestação de informações e esclarecimentos, a entrega de documentação, o conhecimento por parte das Autoras do funcionamento e do risco inerente ao produto derivado contratado, a assinatura consciente de documentos, o cumprimento de deveres informativos e a negociação de concretos pontos dos contratos celebrados).

11. Actuação das Autoras, perante o réu Banco 1..., a partir do momento em que a execução dos contratos passou a ser-lhes desfavorável.

[4] Passando a dele constar: «Desde 30.11.2007 até 30.11.2012, o réu debitou/creditou ao A... os seguintes valores na referida conta bancária; PERÍODO Banco 1... A PAGAR Banco 1... A RECEBER SALDO», seguindo-se as datas e os valores constantes da redação original do facto.

[5] Vide sentença.

[6] Com a rectificação ulterior referida na nota 4.

[7] Eliminado por despacho de 9.12.24

[8] Cfr. a citação da doutrina a propósito no Ac. do STJ de 6.6.2018 proc. 4691/16.2T8LSB.L1.S1: (a) António Santos Abrantes Geraldes - «[a]s conclusões exercem ainda a importante função de delimitação do objeto do recurso, como clara e inequivocamente resulta do artigo 635º, n.º 3, do CPC. Conforme ocorre com o pedido formulado na petição inicial, as conclusões do recurso devem corresponder à identificação clara e rigorosa daquilo que se pretende obter do tribunal Superior, em contraposição com aquilo que foi decidido pelo Tribunal a quo.» - in Recursos no Novo Código de Processo Civil, 2017 – 4ª edição, Almedina, página 147. / (b) Fenando Amâncio Ferreira - «[n]o momento de elaborar as conclusões da alegação pode o recorrente confrontar-se com a impossibilidade de atacar algumas das decisões desfavoráveis. Tal verificar-se-á em dois casos; por preclusão ocorrida aquando da apresentação do requerimento de interposição do recurso, ou por preclusão derivada da omissão de referência no corpo da alegação. Se o recorrente, ao explanar os fundamentos da sua alegação, defender que determinada decisão deve ser revogada ou alterada, mas nas conclusões omitir a referência a essa decisão, o objeto do recurso deve considerar-se restringido ao que estiver incluído nas conclusões.» - in Manual dos Recursos em Processo Civil, Almedina, 2000, página 108 / (c) José Augusto Pais do Amaral - «[o] recorrente que tenha restringido o âmbito do recurso no requerimento de interposição, pode ainda fazer maior restrição nas conclusões da alegação. Basta que não inclua nas conclusões da alegação do recurso alguma ou algumas questões, visto que o Tribunal ad quem só conhecerá das que constem dessas conclusões.» - Direito Processual Civil, 2013, 11ª edição, Almedina, páginas 417/418.

[9] Concretização da taxa mínima a que se chegou.

[10] Do qual fomos adjunto.

[11] Proc.501/12.8TBCBC.G1

[12] Louva-se o esforço dos IL. advogados ao optarem pela transcrição, rigorosa, dos depoimentos nos quais se apoiam.

[13] «Artigo 312.º

Deveres de informação

1 - O intermediário financeiro deva presta, relativamente aos serviços que ofereça, que lhe sejam solicitados ou que efetivamente preste, todas as informações necessárias para uma tomada de decisão esclarecida e fundamentada, incluindo as respeitantes:

a) Ao intermediário financeiro e aos serviços por si prestados;

b) À natureza de investidor não profissional, investidor profissional ou contraparte elegível do cliente, ao seu eventual direito de requerer um tratamento diferente e a qualquer limitação ao nível do grau de proteção que tal implica (..)»

[14] Proc.1558/17.0T8LRA.C1.S1

[15] Basta atentar à conformação do que se pretende provado.

[16] Fls.10 do seu articulado de contra-alegações: «[d]eve ainda sublinhar-se que o deferimento das pretensões dos Recorrentes conflituaria, directa ou indirectamente, com diversa matéria considerada provada na Sentença, nomeadamente sob os pontos 17, 18-A, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 32, 33, 46, 47, 49, 50, 51, 53, 57 e 61, de entre outros (sendo que, no recurso, e relativamente aos artigos acabados de referir, os Recorrentes só puseram em causa as decisões relativas aos pontos 25, 27, 47 e 57).

[17] «No que se refere aos Autores originários, A..., Lda., e B..., Lda., o Réu informa que estes não estiveram qualificados como investidores profissionais ou qualificados.»

[18] «Réu vem dar cumprimento ao ordenado no douto despacho de 12.10.2021, informando que CC e DD não estiveram registados ou qualificados como investidores profissionais ou qualificados.»

[19] 24.7.2017 e não 21.7.2017.

[20] A título de exemplo (só a esse título, no mais se remetendo para a identificação densificada na motivação da sentença) veja-se o documento junto pelo DB a 24.7.2017 e do qual consta que, DD tem 75% do seu património investido ou aplicado em activos financeiros líquidos (acções cotadas, obrigações, FIM, depósitos estruturados ...., o mesmo ocorrendo em relação a CC, este em percentagem mais reduzida (50%), deles também resultando que se encara com alguma razoabilidade o risco que os investimentos a que se propõem acarretam, resultando se conformam em perder até 5% do seu património, a partir do qual »descartariam» as aplicações.

[21] Que se assentaria com facilidade, referindo-se que as AA. primitivas não eram classificadas como investidoras qualificadas ou profissionais.

[22] Impunha-se a alegação de factualidade que, provada, permitisse concluir-se que se estaria perante investidor não qualificado ou profissional.

[23] Tendo sido eliminado o ponto 10, a remessa é feita para o ponto 11 – vide nota 7.

[24] Pertinente a afirmação do R: «(…) com efeito, não se pode dizer se existiu (ou não) grande divergência da taxa de juro que as partes representaram como possível que viesse a ocorrer e aquela que ocorreu e a que o contrato pretendia assegurar pois nem sequer se sabe qual a taxa de juro que as partes teriam representado como possível que viesse a ocorrer ou que o contrato pretendia assegurar.»

[25] Falamos de swap de taxas de juro.

[26] - O recurso a este tipo de instrumentos financeiros, obriga a que as instituições financeiras façam um especial trabalho de informação para garantir que o cliente compreende o verdadeiro alcance e conteúdo dos mesmos, especialmente no que diz respeito ao risco patrimonial do produto, mas nada disto aconteceu (vago);

- A ré e os seus representantes nada explicaram ou informaram às sociedades A... e B... nem aos seus representantes acerca dos contratos de swap de taxa de juro e dos seus riscos (vago);

- São deveres da ré proteger os legítimos interesses dos seus clientes, atuar de acordo com a boa fé e com elevados padrões de diligência, lealdade e transparência, de conhecer o cliente, de se informar junto do clientes dos seus conhecimentos e experiências e capacidades, de avaliar o carácter adequado da operação, dever de fazer questionários ao cliente para perceber se ele compreende a assunção do risco, prestar informação sobre operações e instrumentos financeiros com os quais o cliente está familiarizado (vago e conclusivo).

- A ré tem ainda o dever de questionar a frequência com que o A... e B... e os seus gerentes realizaram operações com instrumentos financeiros, a natureza desses instrumentos, o volume dessas operações, o nível de habilitações e a profissão do cliente, se o cliente não prestar tais informações o Banco 1... não poderá avaliar a adequação da operação, tem assim o dever de se informar e dever de informar, a informação tem de ser compreendida pelo cliente, o Banco 1... tem o dever de informar pormenorizadamente o cliente acerca dos riscos que irá assumir com a subscrição do produto em causa e tem de evitar situações de conflito de interesse (vago e conclusivo).

[27] «Como é consabido, e conforme se refere no acórdão da Relação de Lisboa, de 26/11/2009, «um dos princípios estruturantes do direito processual civil é o princípio do dispositivo, a que alude o artigo 264º/1 do CPC.

Conforme este princípio, cabe às partes alegar os factos que integram o direito que pretendem ver salvaguardado, impondo ao juiz o dever de fundamentar a sua decisão nesses factos (…).

Segundo A. dos Reis "o princípio do dispositivo é, substancialmente, a projecção, no campo processual, daquela autonomia privada que, dentro dos limites marcados pela lei, encontra a sua afirmação mais enérgica na figura tradicional do direito subjectivo; até onde a lei substancial reconhecer tal autonomia, mesmo para a coordenar melhor com os fins colectivos, o princípio dispositivo deverá ser coerentemente mantido no processo civil, como expressão irrefragável do poder atribuído aos particulares, de dispor da sua esfera jurídica própria".

Conservaram-se, por isso, no Código Civil, como afirmações de princípio, os aforismos da

sabedoria antiga: ne procedat judex ex officio, ne eat judex ultra petita partium, judex secundum allegata et prabata decidere debet.

Suprimir estes princípios equivaleria a reformar, mais do que o processo, o próprio direito privado.» - Ac. da RL de 22.06.2023, proc.2121/11..5TBVCT-B.G1

[28] Para que serviria, face ao perfil de quem representava e assessorava as primitivas AA «fazer um questionário ao perfil de investidor, teste deadequabilidade, destinado a apurar se os clientes compreendiam os riscos (…) entregar simulação prática com os juros a descer» se era matéria dominada?

[29] Conhecia o produto, até o estudou na faculdade, diz a passos no seu depoimento, de resto como assinala a transcrição feita pelos recorrentes.

[30] Facto 61º da sentença: «Para garantia das responsabilidades assumidas pelas AA. nos contratos de swap, foram por elas subscritas e avalizadas pelos seus sócios duas livranças em branco, acompanhadas de acordos de preenchimento pelos quais autorizavam o R. a preencher as livranças até ao valor máximo de 100.000 euros (quanto a cada uma das livranças), "proveniente das responsabilidades assumidas pelo signatário perante este mesmo Banco, emergentes do contrato de cobertura de taxa de juro, sob a forma de Swap de Taxa de Juro, no montante de 100.000 Euros, incluindo os respectivos juros compensatórios e moratórios, comissões, impostos e demais encargos acrescidos ou que vierem a acrescer".

[31] Só equacionada a possibilidade de descida da taxa de juro é que se compreende a subscrição de garantias pessoais, de resto avalizadas pelos sócios das primitivas AA.

[32] «62º Depois de concluídos os contratos com as AA., o R. concluiu um contrato de swap com o C..., por um valor de 4 milhões de euros, no qual o R. assumiu perante este banco uma posição idêntica às contraídas perante ele pelas AA., obrigando-se a pagar uma taxa fixa de 4,05% contra o recebimento de uma taxa variável correspondente à Euribor a 3 meses.»

[33] «A clareza e o rigor do discurso jurídico são essenciais à redação de qualquer decisão eficaz, devendo caracterizar todos os seus momentos. A adoção de um discurso judiciário caduco é geradora de equívocos. Respondendo à questão que nos ocupa, concluímos dizendo que é manifestamente errada a inclusão de proposições de direito na pronúncia de facto.

Sinalizado o erro, tais proposições devem ser tidas por imprestáveis, inúteis ou irrelevantes – vale qualquer predicação que evidencie a sua inidoneidade para, no lugar de um facto, servir de premissa ao silogismo judiciário –, mas nunca por inexistentes ou não escritas.» - Paulo Ramos Faria- Escrito ou não escrito, eis a questão! (A inclusão de proposições de direito na pronúncia de facto). Julgar Online, Novembro 2017

[34] Remete-se para o que atrás se referiu, incluindo o que da nota 27 consta.

[35] Referem os recorrentes, tratar-se, na parte sublinhada que se impugna, ponto contendo matéria vaga.

Será um pouco, mas ainda com ressonância factual suficiente para resultar ajuizado.

[36] Apenas se pretende não provada a parte sublinhada.

[37] Únicas cujo depoimento é «trabalhado» pelos recorrentes, como bem nota o R (pag.98 da

sua peça), e que, como também bem afirma o R., terão pouco (salvo uma especial razão de ciência que, de todo, não se mostra invocada) em que se apoiarem para afirmarem, a benefício da impugnação do que consta do ponto 30 da sentença, qual o real e efectivo grau conhecimento da demandada quanto aos sócios das primitivas a AA e suas empresas.

[38] Quanto ao facto 25, na parte que se impugna, são os próprios recorrentes a admitir, embora não concordem que assim tivesse ocorrido, que o tribunal teve como estribo os depoimentos dos funcionários da R.. Ora esses funcionários conheciam com quem negociavam, o Banco 1... era «parceiro» das AA. primitivas.

[39] Dizer que os documentos, que identificam investimentos em produtos financeiros, a benefício do que se impõe decidir quanto ao ponto 25º, ao contrário do que afirmam os recorrentes, ainda que posteriores à contratação, vista a data da constituição das sociedades e seu aviamento (vide, a título de ex., factos não impugnados, os pontos 21, 22, 23, 24), são um forte indício que, trabalhado sob a bitola da normalidade, permite reforçar a conclusão que o investimento em produtos financeiros complexos não começou com os contratos em crise.

[40] Vide nota 22, releve-se igualmente por consistente e rigoroso o que se afirmou na motivação, e já citado:

«Quanto aos conhecimentos na área financeira dos sócios gerentes das primitivas autoras (subscritoras dos contratos de swap), espelhados nos seus investimentos (privados), em produtos financeiros complexos e de risco, refere-se:

- investimentos pelo Eng. CC e Dr. DD, através do Banco 1..., mas também, e sobretudo, através do Banco 2...: acções de empresas cotadas em bolsas estrangeiras, obrigações estruturadas, fundos de investimento, seguros de capitalização (os chamados unit linked); contratos de gestão de carteira.

- Subscrição, por CC, de obrigações ..., de obrigações "... (2.ª versão)" no mercado do Luxemburgo, de obrigações ..., também no mercado do Luxemburgo, de obrigações ..., todas elas classificadas como produto complexo e as últimas como tendo um "nível de risco Agressivo" (Documentos n.ºs 7, 8, 9 e 10 juntos por carta do Banco 2... de 21.7.2017[40], referência Citius 15721441); as "..." também subscritas por CC, que são igualmente qualificadas como produto complexo e com um perfil de risco agressivo, sendo que, relativamente a elas, o banco em causa fez até uma advertência de que elas não estariam em conformidade com a informação transmitida pelo Cliente quanto ao seu perfil de risco, tendo este mantido a vontade de subscrever tal produto (Documento n.º 12 junto por carta do Banco 2... de 21.7.2017, referência Citius 15721441); as "..." subscritas por CC, que são igualmente qualificadas como produto complexo e com um perfil de risco "dinâmico" (Documento n.º 13 junto por carta do Banco 2... de 21.7.2017, referência Citius 15721441); as "..." e "..., ...", subscritas por CC, qualificadas como produto complexo e com um perfil de risco agressivo, implicando possibilidade de perda da totalidade do capital investido e risco de rendimento nulo ou negativo (Documentos n.ºs 15 e 16 junto com a carta do Banco 2... de 11.01.2018, referência Citius 17396597)-

- conforme resulta do Documento n.º 3 junto com o requerimento das Autoras de 20.7.2016, o valor de investimentos dos dois sócios no Banco 2... ascendia, em 2008, a mais 1 milhão de euros, e que o Dr. DD forneceu informação sobre a sua experiência financeira que levou aquele Banco a qualificá-lo como de perfil de risco "moderado", tendo declarado, nomeadamente, ter "bastante relação", na sua profissão, com o sector financeiro (Documento n.º 1 junto com a carta do Banco 2... de 21.07.2017, referência Citius 15721441).

- Investimentos junto do Banco 1... referentes a obrigações, acções, PPA (planos de poupança acções, seguros de capitalização, e fundos de investimento, assinalando-se também que CC era titular de um contrato de gestão de carteira (Documento n.º 1 junto com o requerimento do Réu de 5.07.2022, referência Citius 32746882.

Salienta-se que para garantir o cumprimento de obrigações decorrentes do swap para as empresas, estas subscreveram livranças de 100.000,00 euros avalizadas pelos sócios DD e CC (Documentos n.ºs 6, 7, 8 e 9 juntos com a contestação), o que atenta a experiência dos subscritores, indicia que tinham conhecimento que do contrato poderiam advir responsabilidades para eles.»

[41] Ac. STJ de 22.06.2017, proc.540/11.6TVLSB.L2.S1 – Relator: Manuel Tomé.

[42] «(....) figura contratual de origem anglo-saxónica, depois acolhida no direito europeu e "pour cause" na legislação nacional – cf., respectivamente, as Directivas 88/361/CEE de 24 de Junho; a das execuções aos artigos 67.º e n.º 1 do 56.º do TUE [Livre circulação de capitais e não restrição a essa livre circulação e respectivos pagamentos]; 93/22/CEE, de 10 de Maio [investimentos no domínio dos valores mobiliários]; 2003/6/CE, de 28 Janeiro [abuso de informação privilegiada e manipulação do mercado].

Mas foi a Directiva 2004/39/CE, de 21 de Abril (DMFI) [Directiva dos Mercados de Instrumentos Financeiros] que fixou o conceito de "instrumento financeiro" em termos de regulação do mercado de capitais.

Previu os "swaps" na alínea 4.ª do Anexo I. Secção C.

O "swap" é dogmatizado no Código dos Valores Mobiliários, assim adquirindo reconhecimento expresso no nosso direito (artigo 2.º n.º 1, alíneas c) a f).» - Ac. do STJ de 11.2.2015, proc.309/11.8TVLSB.L1.S1

[43] «Artigo 2.º

Âmbito de aplicação material:

(...)

e) As opções, os futuros, os swaps, os contratos a prazo e quaisquer outros contratos derivados relativos a: i) Valores mobiliários, divisas, taxas de juro ou de rendibilidades, licenças de emissão ou relativos a outros instrumentos derivados, índices financeiros ou indicadores financeiros, com liquidação física ou financeira; ii) Mercadorias, variáveis climáticas, tarifas de fretes, taxas de inflação ou quaisquer outras estatísticas económicas oficiais, com liquidação financeira ainda que por opção de uma das partes; iii) Mercadorias, que possam ser objeto de liquidação física, desde que sejam transacionados em mercado

regulamentado ou em sistemas de negociação multilateral ou organizado, com exceção dos produtos energéticos grossistas negociados em sistema de negociação organizado que só possam ser liquidados mediante entrega física, nos termos da legislação da União Europeia, ou, não se destinando a finalidade comercial, tenham características análogas às de outros instrumentos financeiros derivados; (…)»

[44] José Engrácia Antunes, Os Instrumentos Financeiros, 4º Ed., p.246.

[45] Contratos de swap concluídos entre entidades com sede em território nacional - jurisdição e lei. Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva Volume II, p.800

[46] Fernando A. Ferreira Pinto, op. e loc. cit., citando Maria Clara Calheiros, O Contrato de Swap, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

[47] José A. Engrácia Antunes, Direito dos contratos comerciais, Setembro 2009, Almedina, p.651.

[48] Fernando A. Ferreira Pinto, op. e loc. cit..

[49] Voltaremos a esta característica, por decisiva, no quadro da análise da questão central dos presentes autos, a alegada alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão e contratar – art.437.º do CC.

[50] Maria Clara Calheiros, «O Contrato de Swap» 2000, 18, in Studia Iurídica.

[51] José Engrácia Antunes, Os Instrumentos Financeiros, 4º Ed., p.247: «(…) mas podem igualmente ser utilizados com um objectivo de exposição a tal risco, procurando lucrar ou tirar partido de uma aposta no curso da evolução do valor desse mesmo activo no mercado.»

[52] Fernando A. Ferreira Pinto, op. e loc. cit..

[53] ««(…) estamos diante de contratos consensuais que, todavia, revistem forma escrita voluntária (art.222.º do CCivil), uma vez que remetem usualmente para contratos-quadro ou modelos contratuais padronizados («master agreements») que contêm um conjunto de condições gerais que virão a enquadrar e regular diferentes contratos individuais de permuta financeira celebrados entre as partes: esses contatos-quadros correspondem, quase invariavelmente, a contratos de adesão cujo conteúdo foi determinado unilateralmente e de antemão por uma das partes (banco), consubstanciando num conjunto de cláusulas contratuais padronizadas a que as contrapartes (clientes) se limitam a aderir ou subscrever em bloco – estando sujeito, por conseguinte, ao regime da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais (Decreto Lei n.º446/85, de 25 de outubro). Tais contratos-modelos são elaborados por organizações internacionais, com particular destaque para a «USDA – International Swaps na Derivatives Association»: atualmente, o contrato modelo em vigor é o «2002ISDA Mster Agreemente»» - José Engrácia Antunes, Os Instrumentos Financeiros, 4º Ed., p.253

[54] «A crise, que viria a ser conhecida como Grande Recessão, iniciou-se nos EUA, em meados de 2007, com o subprime. No entanto, as vulnerabilidades que propiciaram o seu aparecimento e rápida propagação internacional tiveram origem muito antes, durante a Grande Moderação, período de aparente estabilidade macroeconómica e financeira ao longo de mais de uma década.

Durante a Grande Moderação, perante a complacência das autoridades, observou-se uma forte expansão do apetite e tomada de risco. A expansão do crédito observada, desproporcionada face ao crescimento económico e à capacidade de reembolso dos agentes económicos, com particular expressão nos EUA, foi acompanhada do recurso à titularização e inerente transferência de risco, o chamado modelo 'originar para distribuir'.

Com o mesmo nível de capital, as instituições originadoras de crédito tomavam risco em excesso, ao mesmo tempo que se apropriavam dos resultados associados, na convicção de que diluíam o risco ao reparti-lo sob a forma de títulos financeiros e produtos derivados que criavam e distribuíam.

Na prática, o risco foi sendo sistematicamente subavaliado pelas agências de rating e transferido de forma opaca, tendo-se concentrado em instituições agregadoras como as norte-americanas Fannie Mae e a Freddie Mac e, na Europa, em investidores institucionais de economias com excedentes de liquidez de perfil aforrador, predominantemente do norte, que captavam poupanças e as investiam em produtos financeiras estruturados tendo por base crédito imobiliário norte-americano – ativos aparentemente pouco arriscados e de retorno apelativo.

Neste contexto, o colapso do banco Lehman Brothers em setembro de 2008 – o culminar de um conjunto de tensões observadas desde o verão de 2007 – causou uma onda de choque que reverberou por todo o mundo.» Intervenção do Governador, Carlos da Silva Costa, na visita ao Bank Al-Maghrib: "A crise de 2007: origens, propagação, resposta e desafios" - acessível através do Portal do Banco de Portugal.

[55] Carlos da Silva Costa, intervenção cit.

[56] Cfr. Ac. STJ de 22.06.2017, proc.540/11.6TVLSB.L2.S1, igualmente a bibliografia aí citada no trecho transcrito.

[57] «A resposta europeia à crise internacional foi feita de forma coordenada, utilizando sobretudo a política orçamental e a política monetária. Aos governos com margem de manobra orçamental foi aconselhado um aumento da despesa pública, sobretudo de investimento. O Banco Central Europeu procedeu a uma descida rápida das taxas de juro, para estimular a economia.» - Crises na economia portuguesa: de 1910 a 2022. Filha da crise financeira internacional: 2008:T1 — 2009:T1, p.52 – Fundação Francisco Manuel dos Santos.

[58] Cfr. Ac. STJ de 22.06.2017, proc.540/11.6TVLSB.L2.S1 – Relator: Manuel Tomé.

[59] «Como sucede, por exemplo, nos contratos de swap», refere Sandra dos Reis Luís, afirmando em nota de rodapé, no entanto, que «[n]ão estando, em todo o caso, totalmente excluída a aplicação do instituto a este tipo de contratos» - A alteração anormal das circunstâncias: o artigo 437.º do Código Civil e a situação pandémica: reflexos contratuais - Julgar Online , Julho 2020. P.5

[60] Dicionário Jurídico" Vol. I, 5ª Edição, pág.ª 106.

[61] Remete-se para o Ac. a indicação que nele se faz da bibliografia que cita.

[62] Comentário ao art.437.º do CC, in Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das

Obrigações em Geral, UCP Editora, p.157.

[63] STJ Ac. STJ de 22.06.2017, já citado, p.24

[64] Ac. STJ de 3.5.2016, proc.27/14.5TVPRT.P1.S1 – relator Silva Salazar.

[65] Vide sentença, relevando o seguinte trecho:

«(...)

Base de Cálculo dos Juros em EUR: Act / 360 Taxa Fixa: 4,05%

Pagador da Taxa Fixa: A... LDA

Pagador da Taxa Flutuante: Banco 1...

(...)

Assim:

Se Euribor 3 Meses > 4,05% A empresa recebe o diferencial Indexante Efectivo = 4,05% entre a Euribor 3 Meses e 4,05%

Se Euribor 3 Meses < 4,05% A empresa paga o diferencial entre Indexante Efectivo = 4,05% (...).»

[66] Assim afastada se encontra a classificação dos contratos em causa como de swap de permuta de taxas de juro essencialmente especulativo, com relação aos quais é ainda mais difícil operar o instituto em causa.

[67] Ana Prata supra citada.

[68] Verificado, naqueloutra nomenclatura enunciada, os requisitos alinhados sob a al. a) - que a alteração a ter por relevante diga respeito a circunstâncias em que as partes tenham fundado a decisão de contratar – e b) -que essas circunstâncias tenham sofrido uma alteração anormal.

[69] Naqueloutra nomenclatura enunciada nos requisitos alinhados sob as al. c) - que a estabilidade contratual nos seus termos iniciais envolva lesão para uma das partes – e d) - que a manutenção do contrato, ou dos seus termos, afete gravemente princípios da boa-fé.

[70] Comentário ao art.437.º do CC, in Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das Obrigações em Geral, UCP Editora, p.162

[71] Ac. STJ de 10.10.13, proc.1387/11.5TBBCL.G1.S1.

[72] Naqueloutra nomenclatura enunciada o requisito alinhado sob as al. e)-que a situação não se encontre abrangida pelos riscos próprios do contrato.

[73] Citada no voto de vencido de Abrantes Geraldes no Ac. do STJ de 22.6.17, voto este que se acompanha.

[74] O Contrato de Swap, pág. 122.

[75] O contrato de Swap no contexto da actual crise financeira, em Cadernos de Direito Privado, nº 42º, pág. 5.

[76] Veja-se a doutrina no mesmo sentido citada no voto vencido referido: Pedro Gonzalez e João Ventura, em apreciação crítica do Ac. do STJ, de 10-10-13 (Contrato de swap e alteração das circunstâncias, em Cadernos da CMVM, nº 48, págs. 73 e 78; Calvão da Silva, Contratos bancários e alteração das circunstâncias, no BFDUC, ano 90º, tomo II, pág. 550; Diogo Pereira Duarte, em anot. ao Ac. da Relação de Lisboa, de 8-5-14 (A regulação contratual do risco e a

alteração das circunstâncias a propósito dos swaps, na RDS, ano VII, nº 1, págs. 227 e 232); A. Barreto M. Cordeiro, Manual de Direito dos Valores Mobiliários, pág. 232; Paulo Câmara, Manual de Direito dos Valores Mobiliários, págs. 201 e 202; Engrácia Antunes, Os derivados, em Cadernos da CMVM, nº 30, págs. 92, 101 e 118.

[77] Citado voto vencido.

[78] Asserção que parece negar a natureza da alteração anormal à oscilação de que se trata, de resto na mesma linha se defendendo na sentença, e com arrimo em doutrina autorizada e que se cita - de Calvão da Sila - SILVA, J. Calvão, op. cit, in RLJ nº3986, ano 143º, 2014, p.370.: ««Não são, pois, de todo imprevisíveis as crises financeiras, dada a sua natureza cíclica na dinâmica do capitalismo, sendo visível o encurtamento dos ciclos nos últimos anos, com recessões sucessivas: nos EUA em Outubro de 1987 (a Ney York Stock Exchange caiu numa segunda-feira negra cerca de 22%, mais do que em 1929); na União Europeia em 2001/02; nos EUA em 2002/03. Não sendo, pois de todo imprevisível, poder-se-á dizer anormal a descida de taxas de juros depois do sub-prime ocorrido em Agosto de 2007 nos EUA? Cremos que não» Podemos assim afirmar que, a crise que provocou a descida abruta das taxas de juro não pode ser fundamento, para a resolução do contrato com base na alteração anormal das circunstâncias, justamente porque como acabamos de ver essa alteração não é anormal (….).»

[79] "Os riscos resultantes da celebraçãodo presente contrato são do perfeito conhecimento daEMPRESA, tendo sido devidamente ponderados e tomados em conta no processo de formação e decisão da sua vontade de contratar".

[80] «No âmbito da responsabilidade civil pré-contratual ou contratual do intermediário financeiro, nos termos dos artigos 7.º, nº 1, 312º nº 1, alínea a), e 314º do Código dos Valores Mobiliários, na redação anterior à introduzida pelo Decreto-Lei n.º 357-A/2007, de 31 de outubro (….).»

[81] Proc. 2100/13.8TJLSB.L1.S1

[82] Donde emerge o postulado da boa fé imposto no quadro preliminar e formativo do contrato.

«O espírito boa-fé é um ar que deve circular em toda a vida do contrato» – (Trabucchi, Instituzione Di Dirrito Civile, Padova, 1980, p. 607), manifestando-se como a honradez no cumprimento das obrigações, como um dever de guardar fidelidade à palavra dada e não defraudar a confiança ou não abusar dela (Larenz, Derecho das Obligaciones, T.1, p.142). A boa-fé manifesta-se em vários momentos da vida do contrato, em especial também na sua génese e conformação.

[83] Ac. STJ, de 13.09.2016

II- O cumprimento das prestações impostas pelos arts. 5.º e 6.º da LCCG, cuja prova onera o predisponente, convoca deveres pré-contratuais de comunicação das cláusulas (a inserir no negócio) e de informação (prestação de todos os esclarecimentos que possibilitem ao aderente conhecer o significado e as implicações dessas cláusulas), enquanto meios que radicam no princípio da autonomia privada, cujo exercício efectivo pressupõe que se encontre bem

formada a vontade do aderente ao contrato e, para tanto, que este tenha um antecipado e cabal conhecimento das cláusulas a que se vai vincular, sob pena de não ser autêntica a sua aceitação.

III - Por isso, esse cumprimento deve ser assumido na fase de negociação e feito com antecedência necessária ao conhecimento completo e efectivo do aderente, tendo em conta as circunstâncias (objectivas e subjectivas) presentes na negociação e na conclusão do contrato, a importância deste, a extensão e a complexidade (maior ou menor) das cláusulas e o nível de instrução ou conhecimento daquele, para que o mesmo, usando da diligência própria do cidadão médio ou comum, as possa analisar e, assim, aceder ao seu conhecimento completo e efectivo, para além de poder pedir algum esclarecimento ou sugerir qualquer alteração.

IV - É certo que as exigências especiais da promoção do efectivo conhecimento das cláusulas contratuais gerais e da sua precedente comunicação, que oneram o predisponente, têm como contrapartida, também por imposição do princípio da boa-fé, o aludido dever de diligência média por banda do aderente e destinatário da informação, com intensidade e grau dependentes da importância do contrato, da extensão e da complexidade (maior ou menor) das cláusulas e do nível de instrução ou conhecimento daquele, de quem se espera um comportamento leal e correcto, nomeadamente pedindo esclarecimentos, depois de materializado que seja o seu efectivo conhecimento e informação sobre o conteúdo de tais cláusulas.V - Porém, essa constatação, em caso algum, poderá levar a admitir que o predisponente fique eximido dos deveres que o oneram, ou a conceber como legítimas uma sua completa passividade na promoção do efectivo conhecimento das cláusulas contratuais gerais e, sobretudo, uma ausência de comunicação destas ao aderente com a antecedência necessária ao conhecimento completo e efectivo, até para que o mesmo possa exercitar aquele seu dever de diligência, nos apontados termos. Uma tal concepção conduziria a inversão não consentida da hierarquia legalmente estatuída entre os deveres do predisponente e do aderente.

[84] Uma das três frentes que o D.L. nº 446/85 (LCCG) consagra na tutela e protecção da parte mais fraca (o aderente).

[85] De resto, sequer se mostra muito complexo os termos como funcionariam os contratos, relevando para o efeito que tudo se centrava, fixada a taxa, na oscilação dos juros, assim se ditando a «sorte» dos contraentes.

[86] Vide sentença.

[87] Menezes Cordeiro, em "Direito Bancário", in Suplemento da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 1997, p. 24, diz que o "Direito dos actos bancários é, fundamentalmente, um direito contratual: ele submete-se ao Direito das Obrigações, com os desvios ditados pela natureza comercial dos actos em causa e, ainda, com as especificidades propriamente bancárias, que tenham aplicação». Por assim ser, convocam-se também os artº798, 799.º, n.º1, 563.º do CC.

[88] Tudo na versão introduzida pelo D. 357-/2007.

[89] Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 8/2022 Processo n.º 1479/16.4T8LRA.C2.S1-A

[90] Ac. de fixação de jurisprudência citado.

[91] Não se provou que as primitivas AA eram «investidores não qualificados».

Fonte: http://www.dgsi.pt