

## APOSTAMOS NUM CONTRATO SWAP DE TAXA DE JURO?

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03-05-2016, no Processo n.º 27/14.5TVPRT.P1.S1

O identificado aresto concluiu que *"o contrato em causa não enferma de qualquer nulidade, ele é em si mesmo válido ainda que o montante nominal inscrito no contrato (€ 1.000.000,00) não tenha qualquer correspondência a quaisquer financiamentos ou obrigações que a Autora tivesse perante o Banco Réu"*.

Muita tinta e papel já foram gastos a analisar o conceito e a legalidade dos Contratos de Swap de Taxa de Juro, sendo vários os processos em que se debateu a validade destes contratos. Porém, pese embora o debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria, não se formou ainda uma jurisprudência maioritária no sentido da validade ou invalidade intrínsecas destes acordos complexos.

O que é um Contrato de Swap? Segundo o disposto no Anexo I, Secção C, 6) da Diretiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21/04/2004 e de acordo com a definição prevista no ponto 5.210 do Regulamento n.º 549/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21/05/2013, o Contrato de Swap é um instrumento financeiro derivado que consiste num acordo contratual *"entre duas partes que acordam na troca, ao longo do tempo e segundo regras predeterminadas, de uma série de pagamentos correspondentes a um valor hipotético de capital entre elas acordado"*, podendo estes configurar *"swaps de taxas de juro, os swaps cambiais e os swaps de divisas"*.

Os contratos de swap de taxa de juro, porventura os mais comuns no domínio do financiamento das empresas, são acordos pelos quais as partes acordam a troca (swap) da taxa de juro variável por uma fixa, procurando acautelar o risco subjacente à flutuação das taxas de juro da EURIBOR (o denominado *hedging*). A questão está em saber se é juridicamente aceitável a celebração destes contratos sobre um capital hipotético, sem que exista qualquer acordo de financiamento subjacente. Dito de outra forma, se o Direito permite ter como válido um acordo com uma instituição financeira baseado num capital virtual sobre o qual se aplicarão as taxas de juro, pers-

petivando eventual lucro recíproco, através da conclusão de um negócio jurídico especulativo (o denominado *trading*).

Após a eclosão da crise económico-financeira de 2008 tornou-se claro que as perspetivas de evolução económica dos agentes económicos que recorreram a estes instrumentos se frustraram. Prisioneiros de contratos que obrigavam a remunerar financiamentos a taxas bem superiores às de mercado, motivaram-se a discutir a questão, entre outras, da validade destes acordos.

Num primeiro momento pareceu que os tribunais nacionais tenderiam a não reconhecer o valor jurídico pressuposto na sua celebração. Mas um recente acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, baseado na referida legislação europeia – diretamente aplicável ao ordenamento jurídico nacional por via do artigo 8.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa - veio determinar que *"os contratos de swap nos quais o valor nominal não tem qualquer correspondência com o passivo ou os financiamentos da contraente, não são proibidos"*.

No que concerne ao contrato de swap de taxa de juros, a problemática ergue-se, justamente, em torno da configuração como instrumento financeiro derivado, ou seja, na inexistência de um ativo subjacente àquele contrato. A doutrina que subjaz a este entendimento jurisprudencial apoia-se na ideia de que essa derivação não exige que haja contratos subjacentes, ou seja, permite que qualquer ativo seja passível de ser configurado como o ativo subjacente do contrato de swap de taxa de juro, pois, como se expressa no acórdão do STJ *"é de entender que os swaps de taxas de juro com referência a um capital, quer real, quer hipotético ou nominal, que não têm o propósito direto de cobertura de risco, constituem instrumentos financeiros legais, não proibidos por lei, como o não são aqueles cujo valor nominal não corresponde a um passivo real"*.



JOÃO PEDRO MALTEZ  
Advogado Estagiário

Esta newsletter é meramente informativa, sendo gratuitamente disponibilizada a destinatários selecionados pela FALM, estando vedada a sua reprodução e circulação não expressamente autorizadas. A informação nela contida tem caráter geral e não substitui o aconselhamento jurídico para a resolução de casos concretos. Caso não pretenda receber por esta via novas edições desta newsletter, por favor queira comunicá-lo para [info@falm.pt](mailto:info@falm.pt)

10 anos