

CONTRATO DE SWAP DE TAXAS DE JURO, JOGO E APOSTA E ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS QUE FUNDARAM A DECISÃO DE CONTRATAR

INTEREST RATE SWAP AGREEMENTS, GAMBLING AND WAGERING AGREEMENTS AND CHANGING IN THE CIRCUMSTANCES UNDER WHICH THE CONTRACT WAS FORMED

PAULO MOTA PINTO

Professor Auxiliar de Direito Civil na Universidade de Coimbra.
paulomotapinto@gmail.com

Recebido em: 11.09.2015
Aprovado em: 29.10.2015

ÁREA DO DIREITO: Empresarial

RESUMO: O regime jurídico dos contratos de *swap* de taxas de juro tem sido discutido, tanto em Portugal, como noutras ordens jurídicas. Justifica-se, por isso, a análise do tema, começando pelo contrato de *swap* de taxas de juro em geral (1), analisando depois a sua relação com o regime do contrato de jogo e aposta (2), e tratando, finalmente, dos termos em que poderá ser aplicado a *swaps* de taxas de juro o instituto da alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, designadamente em resultado da crise financeira iniciada em Portugal em 2007/2008.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos de swap de taxas de juro – Contratos de aposta – Contratos de jogo – Alteração de circunstâncias.

ABSTRACT: The legal framework of interest rate swap agreements has been debated in Portugal as well as in other legal systems. Thus, it has become necessary to analyze this subject: first, by investigating interest rate swap agreements in general (I), then, by verifying its relation with gambling and wagering agreements (II), and finally, by examining the conditions that allow the application of the rules governing change in the circumstances under which the contract was formed, especially due to the financial crisis that initiated in Portugal in 2007/2008.

KEYWORDS: Interest rate swap agreements – Wagering agreements – Gambling agreements – Change in circumstances.

Sumário: 1. O contrato de *swap* de taxa de juro: 1.1 O contrato de *swap* de taxa de juros. Noção e modalidades; 1.2 Características do contrato de *swap* de taxas de juro – em particular, a sua aleatoriedade; 1.3 Qualificação do contrato de *swap* e de taxas de juro; 1.4 As finalidades prosseguidas com o contrato de *swap* de taxa de juros: cobertura e gestão do risco de variação das taxas de juros, redução dos custos de financiamento, especulação e arbitragem; 1.5 Licitude e eficácia do contrato de *swap* de taxa de juro no direito português; 1.6 A celebração de contratos de *swaps* de taxas de juro como instrumentos financeiros derivados e sua disciplina – 2. O contrato de *swap* de taxas de juro e o regime do jogo e aposta (art. 1.245.º do CC): 2.1 Os contratos de jogo e aposta e o seu regime civilístico; 2.2 A distinção entre o contrato de *swap* de taxas de juro e os contratos de jogo e aposta; 2.3 Desnecessidade de correspondência do valor "nocial"

do contrato de *swap* de taxas de juro a um ativo ou passivo subjacente, para sua distinção dos contratos de jogo e aposta; 2.4 Inaplicabilidade do regime do jogo e aposta ao contrato de *swap* de taxas de juro e eficácia das obrigações resultantes deste contrato – 3. O instituto da resolução ou modificação do contrato por alteração anormal das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar (“base do negócio”) e o contrato de *swap* de taxas de juro: 3.1 O instituto da alteração anormal das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar (“base do negócio”); 3.2 Referência à alteração anormal das circunstâncias no direito comparado e as suas explicações dogmáticas; 3.3 Alteração anormal da “base do negócio” e “riscos próprios do contrato” nos contratos aleatórios, em particular nos contratos com finalidades também especulativas; 3.4 A jurisprudência portuguesa sobre a alteração anormal das circunstâncias: uma justificada aplicação cautelosa; 3.5 As condições de relevância da alteração anormal de circunstâncias no contrato de *swap* de taxa de juro; 3.6 Inexistência de uma “alteração anormal” das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar o *swap* de taxas de juro como efeito da descida da taxa Euribor em resultado da crise financeira de 2008.

1. O CONTRATO DE SWAP DE TAXAS DE JURO

1.1 O contrato de swap de taxas de juros. Noção e modalidades

a) Os contratos de *swap* constituem o grupo mais importante dos instrumentos derivados negociados fora de bolsa, no chamado “mercado de balcão” (ou OTC – *over the counter*). Desde os anos 1980 do século passado, os contratos de *swap* impuseram-se de forma imparável no mercado, de tal modo que o valor bruto do mercado de *swaps* de taxas de juro era avaliado pelos Bancos de Pagamentos Internacionais, em junho de 2013, em cerca de US\$ 13,6 biliões, correspondendo a valores “nacionais” superiores a US\$ 425 biliões.¹

O termo *swap* resulta do inglês *to swap* (trocar, permutar) e denota a troca de pagamentos, fluxos pecuniários ou outros ativos, mas não constitui uma designação unitária de um tipo contratual. Antes se alberga sob essa designação uma multiplicidade de contratos que se desenvolveram sob o impulso da prática contratual na economia, e não do legislador ou da jurisprudência. As formas mais antigas de *swap* tiveram origem no *swap* cambial (entrega de divisas imediatamente, combinada com um negócio inverso a prazo) e nos empréstimos paralelos e nos empréstimos cruzados entre empresas de diferentes países.²

1. Veja o documento sobre estatísticas do mercado de derivados, disponível na internet em [www.bis.org/statistics/dt1920a.pdf].

2. Maria Clara Calheiros, *O contrato de swap*, Coimbra: Coimbra Ed., 2000, p. 21 e ss., *Studia Iuridica* vol. 51, Domingos Ferreira, *Swaps e outros derivados*, Lisboa: Rei dos Livros, 2011, p. 98 e ss. Distinguindo diversas “gerações” de contratos de *swap*, v. Paul Goris, *The legal aspect of swaps: an analysis based as economic substance*, London: Graham & Trotman, 1994, p. 47 e ss.