

CONTRATOS DE SWAP

I - Contrato de *swap*, ou de permuta financeira, é o contrato através do qual uma parte transfere o risco económico inerente a um activo para outra parte, em troca de uma remuneração; concretamente as partes obrigam-se (i) ao pagamento recíproco e futuro de duas quantias pecuniárias, (ii) na mesma moeda ou em moedas diferentes, (iii) numa ou várias datas predeterminadas, (iv) calculadas por referência a fluxos financeiros associados a um activo subjacente, geralmente, a uma determinada taxa de juro.

II - São seus caracteres o serem contratos a prazo; consensuais, (não estando sujeitos a forma legal obrigatória, excepto nos casos em que se insiram em serviços de intermediação financeira com o público investidor), não reais (cuja formação requer a mera declaração das partes contratantes), sinalagmáticos (sendo fonte para ambas as partes de obrigações ligadas entre si por um nexo de reciprocidade), patrimoniais (onde está, em regra, afastado qualquer "*intuitu personae*", sendo irrelevante a pessoa ou a qualidade dos contratantes), onerosos (envolvendo atribuições patrimoniais para ambas as partes) e aleatórios (no sentido em que é o risco e incerteza que fornece a própria causa e objecto contratuais).

III - Quanto ao seu objecto, dividem-se em duas modalidades fundamentais: os swaps de dívidas (as partes acordam permutar ou trocar entre si quantias pecuniárias expressas em duas moedas diferentes, calculadas mediante a aplicação de uma taxa de câmbio predeterminada) e os de juros (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).

IV - A resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias depende da verificação dos seguintes requisitos: (i) que haja alteração relevante das circunstâncias em que as partes tenham fundado a decisão de contratar, ou seja, que essas circunstâncias se hajam modificado de forma anormal, e que (ii) a exigência da obrigação à parte lesada afecte gravemente os princípios da boa-fé contratual, não estando coberta pelos riscos do negócio.

V - Nos contratos, como os referidos em I em que as partes visam justamente negociar sobre a incerteza, o risco fornece o próprio objecto contratual pelo que a alteração das circunstâncias tem de ser de apreciável vulto ou proporções extraordinárias: o prejuízo só justifica a resolução ou modificação do contrato quando se verifique um profundo desequilíbrio do contrato, sendo intolerável com a boa - fé que o lesado o suporte.

VI - Tal profundo desequilíbrio pode resultar da significativa descida das taxas de juro (que chegou abaixo dos 3,95%), provocada por grave crise financeira, com grande divergência da taxa, superior, que as partes representaram como possível e a que o contrato pretendia assegurar (*in casu*, 5,15%).

VII - Os swaps, que conferem 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 realização exige várias prestações, durante o tempo de vigência do contrato –pelo que se lhes aplica o n.º 2 do artigo 434º do Código Civil.

I – INTRODUÇÃO:

As distorções económicas geradas pela crise financeira que teve início em 2007/2008 têm-se feito sentir de forma notória na nossa sociedade, impulsionando uma acentuada litigiosidade.

Alguns destes litígios opõem entidades públicas a intermediários financeiros, enquanto outros respeitam a disputas envolvendo bancos e particulares.

É, neste segundo âmbito, que nos propomos tecer umas ligeiras considerações ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10/10/2013, que apreciou e decidiu um litígio que tinha por objecto a resolução de um contrato de swap de taxa de juros, com fundamento na alteração anormal de circunstâncias, por força da crise financeira ocorrida a 15/09/2008, nos EUA.

II – O CASO EM DISCUSSÃO:

Uma empresa industrial que fabricava peúgas para exportação (doravante autora) celebrou com um determinado Banco (doravante réu) um contrato de locação financeira imobiliária que tinha por objecto um pavilhão industrial, cujas rendas eram variáveis, porque associadas à taxa EURIBOR.

O representante da autora era uma pessoa simples, que, no dia-a-dia, trabalhava na produção de peúgas e nunca antes tinha contratado qualquer operação bancária complexa.

Depois de celebrado o aludido contrato de locação financeira, um responsável da dependência de Braga do Banco, apareceu na sede da autora, incentivando-a a celebrar um outro contrato, com vista a fixar a taxa de juro dentro de determinados limites/barreiras, dado que a taxa de juros dos empréstimos bancários se encontrava, nessa altura, muito alta e temia-se que continuasse a subir, o que determinaria a satisfação de rendas cada vez mais elevadas.

Realçando as vantagens deste novo contrato, o representante do Banco fazia saber à autora que, em vez de esta correr o risco de ver as rendas do contrato de locação financeira subirem sem limite, fixar-se-ia, por efeito deste novo contrato, um limite/barreira dentro do qual a autora pagaria sempre a mesma taxa de juro base prevista nesse contrato, ainda que a taxa de juro subisse para além desse limite/barreira, pelo que a prestação da autora referente ao contrato de locação financeira manter-se-ia exactamente no mesmo valor.

Este contrato permitiria, pois, cobrir o risco inerente a potenciais aumentos da taxa compensatória.

Nesse contexto, foi afirmado à autora que, nesse contrato que o réu lhe propunha, se fixava um limite da taxa de juro dentro do qual a autora apenas pagava a taxa de juro prevista no contrato, ou seja 4,55%, sendo que, se essa taxa de juro aumentasse até ao limite de 5,15%, a autora pagaria sempre aquela taxa de juro inicial de 4,55%.

Caso a taxa de juro ultrapassasse aquele limite dos 5,15%, a autora teria que pagar a taxa de juro correspondente, perdendo todo e qualquer benefício. Nesse caso, o réu poderia fazer cessar o contrato.

Correspondentemente, caso a taxa de juro descesse até aos 3,95%, a autora continuaria a pagar a taxa de juro de 4,55%. E, caso a taxa de juro descesse abaixo dos 3,95%, a autora teria, por sua vez, o direito de fazer cessar o contrato, por forma a pagar a taxa de juro real e efectiva.

Alegava a autora que, com esta explicação do Banco, ficou convencida que o réu podia denunciar o contrato a partir da taxa de juro dos 5,15% e que a autora, por sua vez, também o poderia fazer se a taxa descesse abaixo dos 3,95% e que só por isso aceitou celebrar com o réu o referido contrato.

No âmbito dessas negociações, o réu apresentou à autora, em 8/08/2008, um documento escrito denominado “contrato de swap de taxa de juro com barreira”, antecipadamente redigido por ele e com todas as condições que o mesmo aí entendeu colocar, tendo ficado provado que a autora nunca antes discutiu com o representante do Banco quaisquer das condições específicas insertas nas cláusulas desse contrato, a não ser a fixação da taxa de juro e o limite/barreira a partir do qual o contrato podia ser denunciado.

A 8/08/2008, data da assinatura do referido contrato, a taxa de juro Euribor a três meses encontrava-se no valor de 4,96% e no dia 30/09/2008

encontrava-se a 5,277%, tendo subido até ao valor de 5,395%, em 9/10/2008.

De Agosto a Dezembro de 2008, a autora pagou sempre a taxa de juro a 4,55%.

Será legítimo que nos interroguemos, como é que, tendo a taxa de juro alcançado um valor que ultrapassava os 5,15%, o Banco não denunciou o contrato, como lhe era permitido, continuando a cobrar a taxa de 4,55%?

A resposta não será difícil se tivermos em conta que a crise económica e financeira, que se instalou a partir de 15/09/2008, fazia prever uma acentuada descida das taxas de juro, o que não terá passado despercebido ao mundo financeiro, não sendo, além disso, curial denunciar um contrato com um mês de vigência.

E, de facto, a partir do mês de Janeiro de 2009, a taxa de juro começou a descer a um ritmo acelerado, descendo abaixo do limite dos 3,95%.

Neste circunstancialismo e perante os valores dos débitos lançados pelo Banco, a autora questionou de imediato o réu sobre o débito desses valores, tendo-lhe este respondido que esse débito tinha a ver com o facto de a taxa de juro ter descido abaixo do limite/barreira de 3,95%, estando, por isso, a autora obrigada a pagar-lhe a diferença entre a taxa de juro Euribor que se foi verificando ao longo desses três meses e a taxa de 4,55%

Perante esta resposta, a autora comunicou ao réu que pretendia de imediato pôr fim ao contrato, face ao incumprimento contratual, tendo o réu esclarecido a autora que, para o fazer, teria de pagar um valor superior a € 50.000, tal como constava do contrato escrito, mas ao contrário do que ela cogitava.

Nos meses subsequentes, o réu continuou a debitar à autora em cada mês a diferença entre a taxa de juro fixada no contrato (4,55%), e a taxa de juro que então vigorava.

A autora pagou esses valores apenas para não incorrer numa situação formal de incumprimento bancário, pois que, caso não pagasse, o réu comunicaria esse facto ao Banco de Portugal, que, por sua vez, o difundiria por todos os Bancos, sendo certo que essa informação, a ocorrer, poria de imediato em causa a credibilidade da autora junto de todos os Bancos e dos seus clientes, o que seria absolutamente desastroso para a sua estabilidade económica.

III – A ACÇÃO PROPOSTA PELA AUTORA CONTRA O BANCO

Surgiu, assim, esta acção, em que a autora peticionava, a título principal, que fosse declarado nulo e de nenhum efeito o contrato objecto da acção, condenando-se o réu a restituir a quantia correspondente aos débitos lançados pelo réu, a partir de Janeiro de 2009, acrescidos dos juros de mora, vencidos a partir da citação.

Pedia, subsidiariamente, que se anulasse o contrato por erro na transmissão da declaração e erro sobre o objecto do negócio.

Ou, caso assim se não entendesse, pedia que se declarasse resolvido o contrato por alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar e, em qualquer um dos casos, ordenando-se a restituição à autora dessa mencionada quantia, acrescida de juros de mora.

A 1ª Instância julgou improcedente o pedido principal e o 1º dos pedidos subsidiários mas procedente a acção com fundamento na alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, condenando o réu, como, nesta parte, havia sido peticionado.

A autora conformou-se com a decisão. Outro tanto não aconteceu com o réu que apelou para o Tribunal da Relação de Guimarães, ficando o objecto do recurso circunscrito à resolução do contrato por alteração anormal das circunstâncias.

Apesar de a Relação haver confirmado, por unanimidade, a sentença recorrida, formando-se, conseqüentemente, a dupla conforme, impeditiva da revista normal, o réu lançou mão do recurso de revista extraordinária, que a “Formação” admitiu, porquanto “a realidade jurídica normativa revestia, no caso sub judicio, manifesta dificuldade e complexidade”, reclamando “aturado estudo e reflexão, porque se trata de questão nova que à partida se revela susceptível de provocar divergências, por força da sua novidade e originalidade que obrigam a operações exegéticas de elevado grau de dificuldade, susceptíveis de conduzir a decisões contraditórias”.

IV - CARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO DE SWAP.

Uma vez que as decisões versaram sobre um contrato de swap de taxas de juro, será certamente oportuno tecer umas ligeiras considerações prévias sobre este contrato.

São várias as modalidades de contratos de swap, em geral divididas quanto ao respectivo objecto e finalidade, sendo os mais conhecidos os swaps de divisas e os swaps de taxa de juros.

Nos swaps de divisas, as partes acordam permutar ou trocar entre si quantias pecuniárias expressas em duas moedas diferentes, calculadas mediante a aplicação de uma taxa de câmbio predeterminada: estes contratos podem implicar meramente a troca do capital ou envolver simultaneamente a troca de juros periódicos, a qual pode ser realizada a taxa fixa para ambas as partes, a taxa fixa para uma das partes e taxa variável para outra, ou a taxas variáveis, embora indexadas a diferentes referenciais, para ambas as partes.

Nos swaps de taxa de juros, 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 ou mediante a aplicação a ambas de taxas variáveis definidas em base distintas.

Aqui, interessa-nos essencialmente o contrato de swap de taxa de juro, porquanto foi este o contrato objecto de análise no acórdão do STJ, ora em apreço.

O CMV não fornece uma definição legal do contrato de swap a qual é, no entanto, consensual entre a doutrina.

Na definição de José Engrácia Antunes, “swap é o contrato pelo qual as partes se obrigam ao pagamento recíproco e futuro de duas quantias pecuniárias, na mesma moeda ou em moedas diferentes, numa ou várias datas predeterminadas, calculadas por referência a fluxos financeiros associados a um activo subjacente, geralmente a uma dada taxa de câmbio ou de juro¹”.

No mesmo sentido, se vem pronunciando a jurisprudência, considerando que o swap de taxa de juro é “o contrato pelo qual as partes acordam trocar entre si quantias pecuniárias expressas numa mesma moeda, representativas dos juros vencidos sobre um determinado capital hipotético, calculado por referência a determinadas taxas de juro”.

Trata-se de um contrato através do qual uma parte transfere o risco económico inerente a um activo para outra parte, em troca de uma remuneração², obrigando-se concretamente as partes (i) ao pagamento

¹ Engrácia Antunes, *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra, 2009, página 647 e seguintes. Pode também ver-se do mesmo autor, *Os Instrumentos Financeiros*, página 167 e seguintes.

recíproco e futuro de duas quantias pecuniárias, (ii) na mesma moeda ou em moedas diferentes, (iii) numa ou várias datas predeterminadas, (iv) calculadas por referência a fluxos financeiros associados a um activo subjacente, geralmente, e neste caso específico, a uma determinada taxa de juro.

Anote-se que, nestes contratos, o montante de referência de capital é virtual ou nocional. O contrato envolve apenas fluxos financeiros, ficando o apuramento da prestação de juro dependente do valor, a dado momento, das taxas de juro que, aplicadas ao capital nocional, permitirá determinar a quantia pecuniária devida.

Os swap de taxa de juro constituem, ainda, instrumentos financeiros derivados (artigo 2º, n.º 1, alínea e) do CVM), o que significa que, enquanto “derivados”, um dos seus elementos mais característicos corresponde ao facto de se tratar de um produto negociado no mercado de balcão.

Os contratos de swap são contratos nominados mas atípicos, isto é, têm um “nomen” na lei mas, não obstante, não encontram aí um modelo regulativo típico.

Estes contratos revestem usualmente, além da sua característica fundamental de contratos a prazo, uma natureza consensual, (não estando sujeitos a forma legal obrigatória, revestem, todavia, usualmente forma escrita voluntária (artigo 222º do Código Civil), uma vez que

remetem frequentemente para modelos contratuais padronizados que contêm um conjunto de condições gerais que virão a enquadrar e regular os diferentes contratos individuais de permuta financeira celebrados entre as partes), não real, (cuja formação requer a mera declaração das partes contratantes), sinagmática (sendo fonte para ambas as partes de obrigações ligadas entre si por um nexo de reciprocidade), patrimonial (onde está, em regra, afastado qualquer “intuitu personae”, sendo irrelevante a pessoa ou a qualidade dos contratantes), onerosa (envolvendo atribuições patrimoniais para ambas as partes) e aleatória.

Dentro destas apontadas características, importará realçar o carácter aleatório deste contrato³.

Na verdade, “na generalidade dos contratos de swap de taxa de juro, a prestação e a contraprestação só se apuram e concretizam perante a determinação de dadas taxas de juro em certo momento, circunstância esta fora do controlo das partes.

É de certa evolução das taxas de juro que resultará o apuramento das prestações e, subsequentemente, de um saldo desfavorável a uma das partes, saldo esse que poderá ser significativo, resultando numa desproporção ou desequilíbrio superveniente.

O valor da prestação debitória não é conhecido aquando da celebração do contrato e depende de um facto futuro e incerto: a equação interna do

³ Ac. TRL de 17/02/2011 (Correia Mendonça), Ac. TRL de 21/03/2013 (Azeredo Coelho), Ac. TRG de 31/01/2013 (Conceição Bucho) e Ac. STJ de 10/10/2013 (Granja da Fonseca).

contrato, a medida do ganho e da perda das partes, depende de uma variável exógena.

É ainda incerto se a finalidade visada pelo cliente quanto à cobertura de um risco externo ao contrato pode, ou não, materializar-se.

As partes, quando contratam, não sabem quem ficará onerado com o desequilíbrio, nem em que medida, mas não ignoram que o mesmo existirá.

Quer dizer, ao contratar, ambas as partes sabem e assumem que existirá um desequilíbrio contratual na pendência do contrato: as suas expectativas são, porém, inversas, o que leva a que ambas estejam dispostas a correr o risco de uma desvantagem, por considerarem mais provável que auferam uma vantagem⁴”.

Importará ainda realçar que os contratos de swap, em particular os swap de taxa de juro, são também contratos onerosos e com carácter sinalagmático.

“A prestação debitória é calculada pela diferença entre dois valores e apenas nesta medida se pode dizer que do ponto de vista dos fluxos financeiros, uma das partes auferirá um benefício, o qual implica, correlativamente, um custo ou desvantagem para a contraparte.

⁴ Catarina Monteiro Pires, Obra citada, página 6.

Contudo, há reciprocidade sinalagmática e podem, por isso, ser convocados os mecanismos próprios deste contrato perante uma perturbação da prestação imputável a uma das partes⁵”.

É comum que a função económica do swap se traduza na cobertura de um risco associado a um outro contrato.

Este aspecto prende-se, porém, com a causa do negócio.

Daqui não resulta que entre este acordo e o contrato de onde provém o risco se estabeleça uma união de contratos ou, sequer, uma relação de acessoriedade. O swap é causal mas independente do contrato base.

Em resumo, “o contrato de swap de taxa de juro consiste num acordo de pagamento recíproco de juros baseados em diferentes índices, ou de taxa variável/taxa fixa, por certo período de tempo. Os fluxos de pagamento são ambos efectuados na mesma moeda, sendo o cálculo do montante dos juros realizado a partir de um dado valor de capital subjacente, que não chega a ser trocado⁶”.

Na análise jurídica destes contratos deverá atender-se à finalidade das partes na definição do objecto, na medida em que tal finalidade determinará as normas aplicáveis. Assim, na forma simples das permutas de divisas e de taxas de juro é, em regra, finalidade do cliente a cobertura

⁵ Catarina Monteiro Pires, Obra citada, página 6.

⁶ Maria Clara Calheiros, o Contrato de Swap, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Juridica, n.º 51, Coimbra Editora.

do risco cambial e/ou do risco de flutuação das taxas de juro, enquanto será finalidade do banco (intermediário ou não na permuta) a finalidade especulativa.

V – A RESOLUÇÃO DO CONTRATO E O PROBLEMA DA ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS EM CONTRATOS ALEATÓRIOS.

Defendiam as instâncias que, tendo ocorrido uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, tal circunstância tornava o contrato muito mais gravoso para a autora, permitindo-lhe o direito à resolução do contrato.

O réu discordava desta decisão, pois, segundo ele, “a principal consequência da classificação do contrato de swap na categoria dos contratos aleatórios é a não aplicação do regime do artigo 437º do Código Civil com base na alteração das circunstâncias”.

Em face das teses em confronto, **o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça procurou verificar se, uma vez celebrado o aludido contrato de swap, teria ocorrido alteração anormal das circunstâncias, existentes à data dessa celebração.**

E se, tendo ocorrido essa alteração anormal das circunstâncias, existentes à data dessa celebração, tal facto tornaria o contrato muito mais gravoso para uma das partes. E, nesse caso, se devia esta, mesmo

assim, cumpri-lo tal como foi ajustado ou poderia dá-lo sem efeito ou, pelo menos, satisfazê-lo em termos menos onerosos.

Não se desconhece que o Código Civil não contempla uma norma expressa sobre alteração das circunstâncias em contratos aleatórios.

Porém, muito embora não tivesse vingado a proposta de Vaz Serra⁷ no sentido de consagrar o caso especial dos contratos aleatórios na lei, a admissibilidade de uma modificação ou resolução de um contrato aleatório em virtude da alteração das circunstâncias tem sido admitida entre nós, ainda que em termos limitados⁸, ora reservando o artigo 437º do Código Civil para casos manifestamente excepcionais, ora admitindo a intervenção daquele preceito para hipóteses em que a variação exceda consideravelmente a margem de risco do próprio contrato⁹.

Assim, considera Almeida e Costa¹⁰ que o lesado poderá valer-se de algum dos direitos previstos no artigo 437º, contanto que se verifiquem os seguintes requisitos:

- a) – A alteração a ter por relevante deve dizer respeito a circunstâncias em que as partes tenham fundado a decisão de contratar.
- b) – É necessário que essas circunstâncias fundamentais hajam sofrido uma alteração anormal.

⁷ Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias, BMJ, 68º,1957, páginas 293 e seguintes e páginas 332 e seguintes.

⁸ Prof. Galvão Telles, Manual dos Contratos em Geral, página 343 e seguintes.
Prof. Almeida Costa, Direito das Obrigações, 5ª edição, páginas 265 a 271.

⁹ M. Lima Rego/R. Carvalho da Silva, “Os seguros de riscos catastróficos”, em Direito das Catástrofes Naturais, coordenação Amado Gomes, Coimbra, 2012, páginas 270 e seguintes e páginas 287/288.

¹⁰ Direito das Obrigações, 5ª edição, páginas 265 a 271.

- c) – Torna-se indispensável, além disso, que a estabilidade do contrato envolva lesão para uma das partes.
- d) – Mostra-se ainda forçoso que tal manutenção do contrato ou dos seus termos afecte gravemente os princípios da boa - fé.
- e) – Também é necessário que a situação não se encontre abrangida pelos riscos próprios do contrato.
- f) – Exige-se, por último, a inexistência de mora do lesado.

Face aos requisitos enunciados, por um lado, e aos riscos próprios do contrato, por outro, sem esquecer a eventual afectação dos princípios da boa – fé com a manutenção do contrato ou dos seus termos, perguntar-se-á se o contrato de swap que as partes celebraram se poderá incluir no n.º 1 do artigo 437º.

Apresenta-se melindroso o problema “quanto aos contratos aleatórios, em cuja essência intervém a álea, pois os seus efeitos dependem de um facto futuro e incerto, pelo menos temporariamente¹¹”.

“Todavia, não parece contrariar a lei a aceitação de uma fórmula que admita poderem os contratos aleatórios **«ser resolvidos ou modificados quando a alteração das circunstâncias exceder apreciavelmente todas as flutuações previsíveis na data do contrato»**, com a possível ressalva de as partes não se haverem sujeitado a efeitos análogos resultantes de outras causas”.

¹¹ Direito das Obrigações, 5ª edição, páginas 271 a 273.

No mesmo sentido, Vaz Serra, Anotação ao Acórdão do STJ de 17/02/1980, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 113º, página 311.

Especificamente, no caso particular do contrato de swap, Lebre de Freitas¹² salienta não estar excluída a aplicação do artigo 437º, pois, mesmo dentro da álea contratual, poderiam verificar-se “variações de tal modo consideráveis que excedam a margem razoável de risco próprio do contrato, em medida que as partes não representaram e ponha gravemente em causa o equilíbrio contratual”.

No caso em apreço, o contrato de swap foi concretizado, numa altura em que as taxas de juro dos empréstimos bancários se encontravam muito altas, temendo-se que continuassem a subir, correndo a autora o risco de ver as rendas cada vez mais elevadas, porque associadas à taxa Euribor.

O contrato apresentava-se vantajoso para a autora se a taxa de juro subisse acima dos 4,55% mas não ultrapassasse os 5,15%. O Banco precaveu-se para o caso dessa subida ultrapassar a barreira dos 5,15%.

Porém, ao contrário do que as expectativas anunciavam, constatou-se que, a partir do mês de Janeiro do ano de 2009, a taxa de juro começou a descer e a descer a um ritmo acelerado, ultrapassando em queda o limite/barreira da taxa (3,95%) contratada.

Porém, no contrato escrito, nada se referia quanto a uma queda das taxas de juro abaixo dos 3,95%.

¹² Contrato de swap, página 962.

Ora, se não era tolerável para o réu suportar uma taxa de juro que ultrapassasse a barreira dos 5,15%, mantendo a taxa 4,55% fixada, também não era tolerável obrigar a autora a suportar uma taxa de juro abaixo dos 3,95%, ultrapassando o limite/barreira contratado, e manter a referida taxa de 4,55%. A boa-fé dos contratantes assim o exigia.

Importará realçar que a descida da taxa de juros nos mercados internacionais, em consequência da crise económica e financeira, que se instalou a partir de Setembro de 2008, que não era de modo algum previsível, não foi uma qualquer descida. Foi uma descida repentina e acentuada e reflectiu-se directa e intrinsecamente neste contrato de swap, que tinha precisamente na sua essência e base a taxa de juro.

O referido contrato sofreu, por esse efeito, um grande e repentino desequilíbrio, verificando-se que a autora, no curto espaço de três meses, passou a ter um encargo e um prejuízo consideravelmente graves, decorrentes desse contrato.

VI – A CRISE FINANCEIRA

Conforme adverte Carneiro da Frada¹³, a propósito de saber se a actual crise financeira representa uma grande alteração das circunstâncias, “a forma inopinada e profunda, como a actual crise eclodiu, com a surpresa de muitos ou de quase todos, mesmo especialistas, parece apontar nesse sentido. Entre os factores a ponderar, há que considerar a dimensão da sua ocorrência, a sua não antecipabilidade generalizada e o facto de

¹³ Crise Financeira Mundial e Alteração das Circunstâncias: Contratos de Depósito versus Contratos de Gestão de Carteiras, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 69, páginas 633 e seguintes.

radicar em causas interdependentes múltiplas que ultrapassam o poder de actuação e influência dos actores económicos singulares (por mais ponderosos que sejam) e se protejam mesmo, como crise global, para além dos limites dos países e das várias zonas económicas do planeta)” (vide páginas 682 do trabalho citado).

VII – RISCO PRÓPRIO DO CONTRATO DE SWAP

Ficando demonstrada, como ficou, que se verificou a alteração das circunstâncias, havia que analisar se esta repentina e acentuada descida da taxa de juros cabia dentro do risco próprio do contrato celebrado, para efeitos do disposto na alínea e) do n.º 1 do artigo 437º do Código Civil.

O contrato de swap tem subjacente o risco de variação da taxa de juro.

Tal como se infere dos ensinamentos da doutrina, não poderá, porém, deixar de se considerar que 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 a autora e também o réu podiam valorar, com conhecimento de causa, se a proposta do banco satisfazia ou não os seus interesses.

No apontado contexto, parece-nos de aceitar que o réu, ao celebrar tal contrato, não representou certamente a possibilidade de beneficiar de forma tão desproporcionada quando em comparação com as vantagens

que poderiam advir para a autora, em resultado de uma crise que também não estava nas suas previsões.

Deste modo, atendendo à boa – fé que terá norteado o banco nos preliminares do contrato, não será razoável, perante as actuais circunstâncias, que se queira fazer valer de cláusulas que não foram equacionadas para um quadro de crise como o actual, em que as consequências do cumprimento do contrato, no que à autora respeita, ultrapassam o grau de risco nele previsto e com que as partes poderiam razoavelmente contar.

Assim, nas circunstâncias actuais, a exigência das obrigações que do contrato decorrem para a autora não estão cobertas pelo risco próprio do contrato.

Aliás, perante este quadro de crise económica e financeira, como os factos provados demonstram, seria contrário aos ditames da boa – fé pretender que apenas a autora fosse onerada pelos seus efeitos nefastos.

VIII – TIPO DE DANOS

Discordava ainda o Banco do acórdão da Relação, porque, mesmo admitindo esse desequilíbrio superveniente ocorrido e que a exigência do cumprimento do contrato se revelaria manifestamente abusiva, tornar-se-ia indispensável, para que as instâncias se pudessem servir do instituto da alteração das circunstâncias, que tivesse verificado um dano grave, considerável, descomunal, o que, em seu entender, se não verificaria.

Seria assim?

Como atrás se referiu, para que ocorra a alteração anormal das circunstâncias, torna-se necessário que a alteração deva ser significativa, assumindo apreciável vulto ou proporções extraordinárias.

Isto significa que, se a existência de um prejuízo é condição necessária da aplicação dos artigos 437º a 439º do Código Civil, não é suficiente, porquanto não é qualquer prejuízo que o lesado pode invocar, tornando-se necessário que ele atinja certa dimensão.

O prejuízo só justifica a resolução ou modificação do contrato quando se verifique um profundo desequilíbrio do contrato, sendo intolerável com a boa - fé que o lesado o suporte”¹⁴.

Ora, as instâncias demonstraram de forma categórica, como atrás se salientou, que, perante o desequilíbrio supervenientemente ocorrido, a exigência do cumprimento contrato revelar-se-ia manifestamente abusiva, pela desconsideração da alteração anormal entretanto ocorrida, afectando o princípio da igualdade, imposto pela exigência da boa – fé, na execução contratual.

¹⁴ Vide Ac. TRL de 10/04/2008.

Que nos contratos de swap de taxa de juros se possa verificar um desequilíbrio entre as prestações das partes, em caso de flutuação da taxa de juros, faz parte da essência do próprio contrato.

Na verdade, o motivo essencial que preside á celebração de contratos de swap é precisamente a cobertura e gestão do risco associado à volatilidade das taxas de juro.

Só que, no caso concreto, esse desequilíbrio foi extremamente agravado pela crise financeira, situação essa que não decorreu de um normal desenrolar da situação económica, tratando-se, pelo contrário, de uma situação excepcional, completamente anormal no sistema financeiro, verificando-se que, por esse efeito, o referido contrato sofreu um grande e profundo desequilíbrio, passando a autora a suportar, por via disso, um assinalável encargo e um enorme prejuízo, como o desequilíbrio das prestações comprova, de tal modo que, neste contexto, a manutenção do contrato feriria os princípios da boa – fé que devem nortear a celebração dos contratos e na qual as partes alicerçaram a decisão de contratar.

Neste circunstancialismo, parece-nos justificada a resolução do contrato de swap celebrado.

IX - DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 434º, N.º 2 DO CÓDIGO CIVIL À RESOLUÇÃO DO CONTRATO DE SWAP.

Ao contrário do que havia sido decidido pela Relação, argumentava o Banco que o contrato de swap é um contrato de execução periódica pelo que, sendo o n.º 2 do artigo 434º do Código Civil aplicável à sua resolução por alteração das circunstâncias, as prestações realizadas antes desse momento não deveriam considerar-se abrangidas pela eficácia resolutiva.

E manifestamente com razão.

A resolução do contrato vem prevista nos artigos 432º e seguintes e consiste na extinção da relação contratual por declaração unilateral de um dos contratantes, baseada num fundamento ocorrido posteriormente à celebração do contrato.

Ao contrário da revogação, a resolução processa-se sempre através de um negócio jurídico unilateral. Consequentemente, nesta situação a extinção do contrato ocorre por decisão unilateral de uma das partes, não sujeita ao acordo da outra.

A resolução caracteriza-se ainda por ser normalmente de exercício vinculado, no sentido de que só pode ocorrer se porventura se verificar um fundamento legal ou convencional que autorize o seu exercício (artigo 432º, n.º 1). Assim, se ocorrer esse fundamento, o contrato pode ser resolvido. Se não ocorrer, a sua resolução não é permitida (cfr. artigo 406º, n.º 1).

Deste modo, o direito de resolução dum contrato, enquanto meio de extinção do vínculo contratual, quando não convencionado pelas partes, depende da verificação de um fundamento legal, correspondendo, nessa medida, ao exercício de um direito potestativo vinculado (artigo 432º).

Fica, pois, a parte que invoca o direito à resolução obrigada a alegar e a demonstrar o fundamento que justifica a destruição do vínculo contratual (resolução fundamentada).

O artigo 433º determina que a resolução é equiparada, na falta de disposição especial, à nulidade ou anulabilidade do contrato. Aplica-se, portanto, o artigo 289º que, ao estabelecer uma ineficácia superveniente do contrato, com eficácia retroactiva, visa colocar as partes na situação em que estariam se o contrato não tivesse sido celebrado.

“A equiparação com o regime da invalidade do negócio é, no entanto, quebrada em dois aspectos: (i) possibilidade da resolução não ter eficácia retroactiva e (ii) tutela de terceiros¹⁵”.

“Quanto ao primeiro aspecto, a regra é que a resolução do contrato é de eficácia retroactiva, o que implica que esta determine, não apenas a extinção para o futuro das obrigações das partes, mas também o surgimento de obrigações de restituição, destinadas a colocar as partes no mesmo estado em que se encontravam antes da celebração do contrato.

¹⁵ Menezes Leitão, Direito das Obrigações, Volume II, 6ª edição, página103.

Admite-se, porém, que essa retroactividade possa não ocorrer se ela contrariar a vontade das partes ou a finalidade da resolução (artigo 434º, n.º 1). (...).

Quanto à finalidade da resolução, ela parece dever referir genericamente à situação prevista no n.º 2. Efectivamente, nos contratos de execução continuada ou periódica seria contrário ao fim da resolução admitir a restituição de prestações já pagas, uma vez que estas tinham como contrapartida uma troca com outras prestações, já definitivamente realizada.

Por isso, apenas no caso de essa troca ainda se não ter verificado é que se justifica determinar a restituição das prestações já efectuadas¹⁶”.

O contrato de swap é, claramente, um contrato duradouro de execução sucessiva ou periódica, pois o seu cumprimento não se esgota numa só prestação, antes exige a realização de várias, durante todo o tempo de vigência do contrato¹⁷.

De facto, como salienta a Prof. Maria Clara Calheiros¹⁸, “o decurso do tempo exerce influência sobre o swap, nomeadamente sobre o conteúdo e montante das prestações que este envolve. Basta recordar que as partes se obrigam, por seu intermédio, a realizar uma série de pagamentos, cujo

¹⁶ Menezes Leitão, Direito das Obrigações, Volume II, 6ª edição, página 104.

¹⁷ Maria Clara Calheiros, obra citada, página 81 e doutrina por ela citada.

¹⁸ Maria Clara Calheiros, obra citada, página 81 e doutrina por ela citada.

montante exacto dependerá do cálculo a ser feito em cada momento, segundo regras contratualmente determinadas¹⁹”.

“Por conseguinte, aplicar-se-ão ao swap, inevitavelmente, as regras específicas das obrigações duradouras no que respeita a aspectos tão essenciais à execução do contrato como sejam as consequências do incumprimento e os efeitos da resolução e da nulidade e anulabilidade²⁰”.

Deste modo, nos contratos de swap a resolução não terá efeitos retroactivos, à semelhança das obrigações de execução continuada ou periódica.

Tinha, por isso, razão o Banco, quando afirmava que, sendo o n.º 2 do artigo 434º do Código Civil aplicável à resolução do contrato de swap, em razão da alteração das circunstâncias, não deveriam considerar-se abrangidas pela eficácia resolutiva as prestações realizadas antes desse momento.

Ora, a crise económica e financeira instalou-se a partir de 15 de Setembro de 2008, tendo-se repercutido no contrato de swap, pelo que, a partir do mês de Janeiro do ano de 2009, a taxa de juro começou a descer a um ritmo acelerado, ultrapassando mesmo o limite/barreira dos 3,95%

¹⁹ Sobre a essencialidade no contrato de swap da periodicidade das prestações a efectuar, diz COSTA RAN, LLUIS, El contratode Permuta Financiera, in Revista Juridica de Catalunya, n.º 1, 1990, página 71: “O contrato de swap estabelece uma cláusula específica, o detalhe do calendário correspondente ao vencimento dos pagamentos a cumprir por ambas as partes. Tanto a vontade das partes como o interesse determinante do fim negocial do swap induzem-nos a afirmar que o tempo de cumprimento das obrigações assumidas no contrato de swap é essencial”.

²⁰ Vide Mota Pinto, Teoria Geral do Direito Civil, 4ª edição, página 627 a 629.

contratado, tendo a autora comunicado ao réu, em Janeiro de 2009, que pretendia pôr termo ao contrato, com esse fundamento.

Assim sendo, dever-se-iam considerar abrangidas pela eficácia resolutive as prestações realizadas a partir dessa data, sendo aliás essas as prestações que a autora peticionava.

Deste modo, embora, ao contrário do acórdão da Relação, se considere o contrato de swap como um contrato de execução periódica, essa circunstância não assumiu, no caso concreto, relevância nas prestações peticionadas.

Minhas senhoras e meus senhores:

Foi este o encadeamento lógico seguido no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça.

Trata-se de uma matéria complexa, nunca antes discutida, razão por que todas as iniciativas como estas serão bemvindas, contribuindo naturalmente para que os Tribunais possam decidir e decidir melhor.

Ao CEJ, na pessoa do seu Exc.^{mo} Director, o meu obrigado e certamente o obrigado de todos aqueles que já hoje têm, ou amanhã terão, a difícil missão de aplicar (ou ajudar a aplicar) o Direito, pelo manancial de preciosa informação que nos será oferecida, no final deste Curso.

Disse.

Lisboa, 21 de Fevereiro de 2014

Manuel Fernando Granja da Fonseca