

Os contratos de swap no Supremo Tribunal de Justiça

Em 21.03.2013 o Tribunal da Relação de Lisboa referindo-se a contratos de swap afirma “*estes acordos, denominados por (Calheiros, 2000) como «contrato feliz» por não terem sido objecto de litígios judiciais (...) têm surgido nos tribunais muito raramente*”, dizendo ter encontrado apenas cinco acórdãos publicados pelos tribunais de segunda instância e nenhum do Supremo Tribunal de Justiça (STJ)¹.

Sucedeu que, cerca de meio ano após a publicação deste acórdão, foi publicada uma decisão do STJ que veio mudar esta tendência, uma vez que decidiu a resolução de um contrato de swap por entender que a crise do *subprime* ocorrida entre 2008 e 2009 e a descida acentuada das taxas de juro dela resultante, consubstanciou uma alteração anormal das circunstâncias que permitia à empresa que contratara o swap a respectiva resolução².

Esta decisão inovadora originou vários pedidos judiciais de resolução deste tipo de contrato³.

Os argumentos mais comuns invocados pelas empresas são (i) a alteração anormal das circunstâncias consubstanciada numa alteração acentuada da taxa de juro; (ii) o incumprimento dos deveres de informação por parte das instituições bancárias com quem foram negociados os contratos e (iii) a qualificação deste tipo de contrato como jogo de fortuna e azar, proibido em certos termos no direito português.

¹ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 2587/10.0TVLSB.L1-6, disponível em www.dgsi.pt.

² Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 1387/11.5TBBCL.G1.S1, de 10.10.2013, disponível em www.dgsi.pt.

³ Desde 2013 é possível encontrar mais de uma dezena de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal de Justiça sobre os contratos de swap.

Frequentemente os tribunais não chegam a dirimir sobre o mérito da questão, por entenderem não terem competência territorial, dado que em muitos casos o contrato de swap é celebrado ao abrigo de um contrato-quadro internacional que os sujeita à lei inglesa ou ao tribunal arbitral.

Vejamos com maior detalhe cada um destes argumentos nas decisões do STJ.

Alteração anormal das circunstâncias

Nos termos da lei, se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal e sempre que de tal alteração resulte que a exigência das obrigações assumidas no contrato afecte gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato, a parte lesada poderá resolver ou modificar o contrato⁴. Embora em 2013, o STJ tenha aceite este argumento, em 2016, novamente perante um caso em que a alteração das circunstâncias foi invocada com base no argumento de que a descida dos juros resultante da crise do *subprime* consubstanciou uma alteração anormal das circunstâncias, dado que a quebra abrupta resultou de uma intervenção estatal, a nível europeu, através de políticas de correcção monetária para fazer frente à crise, não sendo por isso um comportamento normal e expectável das taxas [e tendo o Banco contra-alegado que sendo o swap um contrato aleatório, no sentido em que sendo o risco e a incerteza que fornecem a própria causa e objecto contratuais, a alteração da taxa de juro estaria coberta pelos riscos do próprio contrato, afastando-se a existência de uma alteração anormal das circunstâncias], o STJ entendeu que

⁴ Cf. artigo 437.º do Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966.

a crise do *subprime* não consubstanciou uma alteração anormal das circunstâncias, afirmando aliás o contrário. Para o tribunal, a crise do *subprime* era previsível, e com ela a baixa da taxa de juro, referindo a este respeito que “[a] crise estava anunciada e só quem andou distraído ou se deixou imbuir nos enlevos de entes que não são credíveis ou então quis aproveitar – enquanto o sistema funcionou, ainda que os mais capacitados anunciassem a impérvia dos factores que estavam presentes no tecido económico – os benefícios enquanto eles lhe fossem favoráveis”, concluindo que a crise não constituiu uma anormalidade, mas antes um “ciclo em que o sistema se refocila, de tempos a tempos”, pelo que não se verificava uma alteração anormal das circunstâncias⁵.

O incumprimento dos deveres de informação

Em 2010 uma empresa de construção civil instaurou uma acção contra um banco português peticionando a declaração de nulidade de contrato de *swap* de taxa de juro, com base no facto de o Banco nunca a ter elucidado sobre o conteúdo e efeitos do referido contrato. O tribunal de primeira instância veio a decidir a favor da empresa, declarando o contrato nulo, decisão que veio a ser confirmada pelo tribunal da relação, o que levou o banco a interpor recurso para o STJ que concluiu pela validade do contrato⁶.

Nos termos da lei, os bancos, enquanto intermediários financeiros, devem prestar todas as informações necessárias para uma tomada de

decisão esclarecida e fundamentada, nomeadamente as informações respeitantes aos instrumentos financeiros, aos riscos especiais envolvidos nas operações a realizar, devendo fazê-lo de forma completa, verdadeira, actual, clara, objectiva e lícita, para que a informação possa ser compreendida pelo destinatário médio⁷.

Por outro lado, tendo o tribunal considerado que o contrato em causa consubstanciava um contrato de adesão, aplicam-se-lhe ainda as regras relativas às cláusulas contratuais gerais, nos termos das quais o banco, recorrendo a este tipo de cláusulas, deve comunicá-las à contraparte na íntegra, 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 efectivo por quem use de comum diligência, devendo ainda informar, de acordo com as circunstâncias, essa contraparte dos aspectos compreendidos nas cláusulas cuja aclaração se justifique e efectuar os esclarecimentos razoáveis solicitados⁸.

No caso, o STJ considerou ter sido provado que os deveres que incumbiam sobre o banco tinham sido cumpridos, tendo o contrato sido explicado à empresa (incluindo em reuniões onde estava presente o representante da empresa, pessoa formada e entendida no negócio imobiliário), foram expostas as vantagens e riscos da operação. A que acrescia o facto de a empresa ser uma sociedade comercial com um volume de negócios considerável e com necessidade de

⁵ Assim, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26.01.2016, processo n.º 876/12.9TVLSB.L1.S1. No mesmo sentido, veja-se o Acórdão de 27.01.2015, processo n.º 876/12.9TBBNV-A.L1.S1, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁶ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16.06.2015, processo n.º 1880/10.7TVLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

⁷ Cf. artigos 7.º, 312.º, 312.º-A, 312.º-C, 312.º-E, todos do Código dos Valores Mobiliários. De acordo com parecer apresentado no processo pelo Professor Pinto Monteiro, destinatário médio deve ser entendido como um destinatário com o cuidado, zelo e atenção médios, colocado na situação do destinatário em concreto, nomeadamente no que toca às capacidades, conhecimentos e experiência deste.

⁸ De acordo com os artigos 5.º e 6.º do Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro.

recurso habitual a financiamento bancário. O STJ entendeu, por isso, revogar a decisão inferior, sustentando a validade do contrato.

O contrato de swap como um jogo de fortuna ou azar e a especulação

Jogos de fortuna ou azar são aqueles cujo resultado é contingente por assentar exclusiva ou fundamentalmente na sorte⁹, referindo o Código Civil que este tipo de contrato não é válido no ordenamento jurídico português¹⁰. Em 29.01.2015, o STJ concluiu que um contrato de *swap* era nulo pois, no entender do tribunal, não visar a cobertura de um risco mas sim a especulação (*i.e.* a geração de proveitos decorrente da aplicação da taxa de juro a um determinado valor nocional, num dado momento) e não tendo sido feita prova de uma operação de cobertura pelo Banco, o contrato era contra a ordem pública e, como tal nulo¹¹.

Este acórdão sucedeu à decisão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21.03.2013, que qualificou um contrato de *swap* como um contrato de aposta, concluindo também pela respectiva nulidade, referindo que “[c]omo a relação de derivação integra o swap que nela se funda, a manutenção do contrato após a cessação do endividamento degrada-o em mera aposta, suscitando a excepção de jogo (...) ou seja, o contrato de swap apenas pode ser caracterizado enquanto tal se dos seus termos for claro que cobre um risco (no caso de flutuação de taxa de juros) e que o cobre relativamente a uma (ou várias) operação financeira devidamente caracterizada. (...) Quando assim não seja, quando da análise do

*clausulado contratual não resultar a derivação, o contrato tem de ser analisado independentemente da realidade subjacente de que abstrai. (...) Nesta situação, o contrato é um produto financeiro abstracto, configurando efectivamente um contrato de aposta*¹².

Já em 2016 o STJ tomou uma posição diversa, na sequência de um recurso interposto por uma empresa que procurava obter a declaração de nulidade do contrato de *swap*, com o argumento de que se tratava de um contrato de jogo e aposta. Em sentido contrário, o STJ conclui que o contrato de *swap* não era nem um contrato de jogo, nem de aposta, mas “*um contrato típico e normativamente organizado e estruturado, validamente aceite e consagrado nas ordens jurídicas internacionais, nomeadamente no direito comunitário*¹³, e não um contrato meramente especulativo, como aderga de ser o jogo e aposta”, sustentando a respectiva validade, ainda que o contrato não contivesse, como não continha, menção à cobertura de uma realidade subjacente¹⁴.

A (in)competência dos tribunais judiciais portugueses

Em grande parte das decisões dos tribunais superiores portugueses, a decisão não envolveu a análise do mérito dos argumentos supra analisados, pois o STJ conclui pela

¹² Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 2587/10.0TVLSB.L1-6, disponível em www.dgsi.pt.

¹³ Previsto no Regulamento (UE) n.º 549/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio, relativo ao sistema europeu de contas nacionais e regionais na União Europeia, pontos 5.210 e 5.211 e previsto no ordenamento jurídico português no código dos Valores Mobiliários (art. 2.º, 1.º, e), em virtude da transposição da Directiva n.º 2004/39/CE, do Parlamento europeu e do Conselho, de 21 de Abril (DMIF).

¹⁴ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26.01.2016, processo n.º 876/12.9TVLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt. No mesmo sentido, afastando o contrato de *swap* do jogo ou aposta, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11.02.2015, processo n.º 309/11.8TVLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

⁹ Cf. artigo 1.º do Decreto-Lei 422/89, de 2 de Dezembro.

¹⁰ Assim, artigo 1245.º do Código Civil.

¹¹ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29.01.2015, processo n.º 531/11.7TVLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

incompetência dos tribunais portugueses para a respectiva análise.

Nos casos em análise, as partes acordaram em sede do contrato-quadro subjacente submeter os potenciais litígios relacionados com o mesmo aos tribunais ingleses – isto porque o contrato-quadro usado consistia no *ISDA Master Agreement*, um contrato *standard* que se encontra sujeito à lei inglesa ou nova-iorquina¹⁵, conforme acordado entre as partes. As empresas procuram afastar esta cláusula sustentando que a relação em causa não tem conexão com outras jurisdições que não a portuguesa, pelo que deverá ser dirimida pelos tribunais portugueses. A questão da competência dos tribunais portugueses foi tratada pelo STJ, em Acórdão de 04.02.2016¹⁶, que teve origem numa acção interposta por uma empresa da Madeira contra um banco português, tendo a referida empresa argumentado que as partes do contrato de *swap* eram portuguesas, o contrato havia sido celebrado em Portugal e o lugar de cumprimento das obrigações era igualmente Portugal, pelo que se tratava de uma relação puramente interna que deveria ser dirimida pelos tribunais portugueses. Como tal, havia que atender-se à norma do direito português que estipula que são proibidas cláusulas de escolha de foro que impliquem graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra parte o justifiquem¹⁷.

¹⁵ Referimo-nos ao *ISDA Master Agreement*, publicado pela “International Swaps and Derivatives Association”, nos termos do qual as partes acordam em submeter os litígios decorrentes deste tipo de contrato aos tribunais de Londres ou de Nova Iorque, consoante a lei escolhida pelas partes seja a lei inglesa ou nova-iorquina (de acordo com a cláusula 13(b) do contrato).

¹⁶ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 04.02.2016, processo n.º 536/14.6TVLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁷ Assim, cláusula 19, g) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, relativo ao regime das cláusulas contratuais gerais.

O banco, por sua vez, contra-argumentou que o pacto de jurisdição constante do contrato era elemento suficiente da estraneidade do litígio, a que acrescia o facto de o banco ter sede em Espanha, estando a actuar através de uma sucursal portuguesa, actuando no contrato como uma entidade com múltiplas sucursais (“multibranch party”) o que lhe conferia o direito a celebrar transacções em múltiplas jurisdições; argumentou ainda que o contrato encontrava-se a cobrir os riscos de um contrato de financiamento em que eram mutuantes bancos estrangeiros, redigido em inglês e sujeito à lei inglesa, e que o *swap* sendo um produto do mercado internacional, que implica a celebração de transacções de cobertura, pondo em jogo interesses do mercado internacional, estando por isso em causa uma relação com conexão a múltiplos ordenamentos jurídicos.

O STJ conclui pelo carácter internacional da questão, com base na argumentação usada pelo banco, afastando a aplicação do regime português, nomeadamente no que diz respeito à necessidade de a escolha do foro não causar inconvenientes à uma das partes¹⁸, concluindo que qualquer interpretação demasiado exigente da lei comunitária que requeira uma ligação profunda do litígio à ordem jurisdicional a que se atribui competência para dele se conhecer implicaria uma desproporcional restrição ao princípio da autonomia da vontade, condicionando-a muito para lá do que seria razoável e adequado.

Nos termos da legislação europeia que regula as decisões em matéria civil e comercial, se as partes, das quais pelo menos uma se encontre domiciliada no território de um Estado-membro, tiverem convencionado que um tribunal ou os

¹⁸ Veja-se nota anterior.

tribunais de um Estado-Membro têm competência para decidir quaisquer litígios que tenham surgido ou que possam surgir de uma determinada relação jurídica, esse tribunal ou esses tribunais terão competência¹⁹.

Esta tem sido, de resto, a posição uniforme do STJ nos mais recentes acórdãos, no sentido de admitirem a validade dos pactos de jurisdição incluídos nos contratos-quadro subjacente aos contratos de *swap*²⁰.

No mesmo sentido têm decidido as decisões deste tribunal no que respeita à atribuição de jurisdição aos tribunais arbitrais constante do contrato-quadro, contestadas por algumas empresas por serem contrárias à lei e aos bons costumes²¹, considerando-as válidas e aplicáveis a todos os contratos celebrados ao abrigo do contrato-quadro subjacente²².

Conclusão

Desde 2013 que as decisões judiciais sobre contratos de *swap* têm vindo a aumentar, sendo expectável que a tendência se mantenha. Se há matérias sobre as quais parece haver alguma uniformidade e, como tal, estabilidade – referimo-nos por exemplo à validade dos pactos de jurisdição usados pelas partes neste tipo de contratos – outras questões suscitam interpretações diversas, pelo que importa que essas questões sejam consideradas pelas partes

no momento de negociação e celebração do contrato, em especial no que respeita à informação prestada ao cliente sobre a operação em causa e respectivos riscos, inclusivamente em relação à possível alteração das cláusulas de juro, sendo ideal incluir esta informação no corpo do próprio contrato e, por outro lado, a clarificação sobre a cobertura pretendida com o contrato, se aplicável.

¹⁹ Artigo 23.º do Regulamento (CE) 44/2001, de 16 de Janeiro, conhecido como o Regulamento de Bruxelas I.

²⁰ Assim, veja-se o Acórdão, de 26.01.2016, processo n.º 540/14.4TVLSB.S1, Acórdão, de 11.02.2015, processo n.º 877/12.7TVLSB.L1-A.S1,

²¹ Artigo 280.º do Código Civil.

²² Neste sentido, variando nos argumentos que dão origem às acções, veja-se o Acórdão do Tribunal de Justiça, de 26.04.2016, processo n.º 1212/14.5T8LSB.L1.S1 e o Acórdão de 09.07.2015, processo n.º 1770/13.1TVLSB.L1.S1, o Acórdão, de 02.06.2015, processo n.º 1279/14.6TVLSB.S1, Acórdão de 28.05.2015, processo n.º 2040/13.0TVLSB.L1.S1, disponíveis em www.dgsi.pt.