

O Contrato de *Swap*

O *CREDIT DEFAULT SWAP* E O SEGURO DE CRÉDITO

2017

Maria Emília Teixeira

Doutora em Direito

Professora Auxiliar da Universidade Portucalense

Advogada

O CONTRATO DE SWAP

O *CREDIT DEFAULT SWAP* E O SEGURO DE CRÉDITO

AUTORA

Maria Emília Teixeira

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

Rua Fernandes Tomás, nºs 76-80

3000-167 Coimbra

Tel.: 239 851 904 · Fax: 239 851 901

www.almedina.net · editora@almedina.net

DESIGN DE CAPA

FBA.

PRÉ-IMPRESSÃO

João Jegundo

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

ARTIPOL - ARTES TIPOGRÁFICAS, LDA.

Julho, 2017

DEPÓSITO LEGAL

428646/17

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.



GRUPOALMEDINA

BIBLIOTECA NACIONAL DE PORTUGAL – CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

TEIXEIRA, Maria Emília

O contrato de Swap : o Credit Default Swap e o seguro de crédito. – (Teses de doutoramento)

ISBN 978-972-40-7038-4

CDU 347

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO I – DO CONTRATO DE <i>SWAP</i> EM GERAL	17
1.1. Origem e evolução histórica	17
a) Fonte e desenvolvimento do contrato de <i>swap</i>	17
b) Os primeiros mercados de <i>swap</i>	24
1.2. Noção e enquadramento jurídico	26
1.2.1. Noção jurídica	26
1.2.2. Enquadramento jurídico	30
1.3. Características jurídicas do contrato de <i>swap</i>	38
1.3.1. Contrato comercial, patrimonial e obrigacional	40
1.3.2. Contrato bilateral e sinalagmático	41
1.3.3. Contrato oneroso	45
1.3.4. Contrato <i>intuitu personae</i> ou <i>intuitu pecuniae</i>	47
1.3.5. Contrato duradouro e de execução periódica e diferida	50
1.3.6. Contrato comutativo ou aleatório	51
1.3.7. Da exceção do jogo e aposta	58
1.3.8. Contrato típico ou atípico	77
1.4. A derivação como antítese da abstração	78
1.5. Da alteração superveniente das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar	84
1.5.1. Crise financeira e seus reflexos nos contratos de <i>swap</i>	84
1.5.2. O contrato de <i>swap</i> e a alteração anormal das circunstâncias	98
2. As finalidades do contrato <i>swap</i>	111
2.1. <i>Hedging</i>	114
2.1.1. Riscos cuja cobertura as partes visam assegurar	116
2.1.2. Risco de Crédito	118

i)	Risco de incumprimento	119
a)	Risco de liquidação	119
b)	Risco de contraparte	120
ii)	Risco de Mercado	121
a)	Risco de câmbio	121
b)	Risco de taxas de juro	122
2.1.3.	Risco de liquidez	122
2.1.4.	Risco de País	122
i)	Risco político ou soberano	123
ii)	Risco económico	123
2.1.5.	Riscos envolvidos na própria operação de <i>swap</i>	124
2.2.	<i>Arbitrage</i>	125
2.3.	<i>Trading</i>	128
2.3.1.	Os especuladores e os <i>hedgers</i>	133
3.	Forma do contrato	138
3.1.1.	Princípio da Consensualidade	138
3.1.2.	Contratos-tipo	145
3.2.	<i>International Swaps and Derivatives Association – ISDA</i>	147
4.	<i>Swap</i> : contrato de adesão	160
4.1.	Dos deveres de comunicação e de informação e esclarecimento	164
4.1.1.	Do Dever de Comunicação	164
4.1.2.	Do Dever de informação/ esclarecimento	166
4.2.	Definição do perfil do cliente/investidor segundo a DMIF e CVM	170
4.3.	Prestação de informações pela instituição financeira no âmbito da negociação do contrato e seu <i>modus operandi</i> na contratação	179
4.4.	Cláusula do “método do valor de mercado” para aferir o valor do contrato	188
5.	Formas de cessação do contrato	189
5.1.	Da Caducidade	191
5.2.	Da Denúncia	191
5.3.	Da Resolução	193
5.4.	Abuso de direito	197
5.5.	Da invalidade jurídica do contrato de <i>swap</i> puramente especulativo por ofensa à ordem pública	200
5.6.	O <i>swap</i> reversal	203
5.7.	A cessão da posição contratual	204
5.7.1.	O mercado primário e secundário dos <i>swaps</i>	206
5.7.2.	A Câmara de Compensação	207
5.7.3.	O Regulamento EMIR	208
5.7.4.	Pontos de contacto entre o Regulamento EMIR e a Dood-Frank Act	216

6. Modalidades de <i>swaps</i>	217
6.1. <i>Swaps</i> de taxas de juro	219
6.2. <i>Swaps</i> de divisas ou cambiais	223
6.2.1. Swap combinado de divisas e de taxa de juro	224
6.3. <i>Credit default swap</i>	224
6.4. <i>Swaps</i> exóticos	225
6.4.1. Zero-Coupon Swaps	225
6.4.2. Rouller-Coaster Swaps	225
6.4.3. Indexed and floating principal swaps	225
6.4.4. Forward start swaps	225
6.4.5. Collapsible swaps	225
6.4.6. Amortising swaps	226
6.4.7. Accreting swaps ou set-up swaps	226
6.4.8. Equity swaps	226
6.4.9. Commodity swaps	227
CAPÍTULO II – DO CREDIT DEFAULT SWAP EM ESPECIAL	229
1. Noção jurídica e estrutura contratual	231
1.1. Noção	231
1.2. Modalidades	238
1.2.1. Single-name credit default swaps	238
1.2.2. Multi-name credit default swaps	238
a) <i>Basket default swaps</i>	239
b) <i>Portfolio default swaps</i>	239
c) <i>Equity default swaps</i>	239
1.3. Estutura contratual	240
2. Risco Sistémico dos <i>credit default swaps</i>	243
3. Finalidades prosseguidas	251
4. Riscos	253
5. Impactos da cessão da posição contratual	255
6. O caso português	258
CAPÍTULO III – <i>CREDIT DEFAULT SWAP</i> : UM SEGURO DE CRÉDITO	263
1. A causa do negócio jurídico	264
2. Diferenças entre <i>credit default swap</i> e contrato de seguro	268
2.1. Atividade regulamentada	271
2.2. Obrigatoriedade de efetuar provisões e reservas	275
2.3. Determinabilidade dos riscos transferidos	280
2.4. Apuramento de prejuízos para cálculo de indemnização	281
2.5. Titularidade efetiva da fonte do risco	282

O CONTRATO DE SWAP

2.6.	Possibilidade de sub-rogação da seguradora ao credor	287
2.7.	Princípio do descoberto obrigatório	289
3.	Semelhanças entre <i>credit default swap</i> e o contrato de seguro	290
3.1.	Estrutura contratual e obrigações das partes	291
3.2.	Objeto e finalidade	294
3.3.	Sinistro e evento de crédito	296
3.4.	Avaliação prévia dos devedores do segurado ou da entidade de referência. Informações a prestar no momento da celebração do contrato	301
3.5.	Moral hazard	304
4.	Do princípio da desconsideração da forma jurídica e a aplicação analógica	305
4.1.	Da desconsideração da forma jurídica	305
4.2.	A aplicação analógica	306
	NOTAS CONCLUSIVAS	311
	BIBLIOGRAFIA	317
	JURISPRUDÊNCIA CITADA	325