

Fruto da sua naturalidade anglo-saxónica, o *swap*, ou o contrato de *swap*, consiste essencialmente numa troca. Aliás, não fosse a antedita origem, que perpetuou o estrangeirismo, e provavelmente o contrato de *swap* denominar-se-ia de contrato financeiro de troca ou qualquer outro assente no seu elemento base: a própria troca.

Com efeito, os *swaps*, parentes chegados dos *forwards* e dos contratos de futuros, traduzem-se num acordo de troca, estabelecido entre duas contrapartes, de dois fluxos monetários durante um lapso temporal predeterminado.⁽¹⁾

pondente aumento da sua complexidade técnica), também o respectivo regime de tributação tem verificado um ajustamento à realidade vigente, resultando esta situação numa crescente complexidade do respectivo regime fiscal aplicável.

Contrato de *swap* de taxa de juro

O contrato de *swap* de taxa de juro consiste na realização simultânea de transacções, em dois sentidos – à vista e a prazo (*spot* e *forward*), de uma ou mais taxas de juro contra outra ou outras taxas de juro, ambas fixas ou variáveis.

Swaps de taxa de juro - a problemática da sua tributação equitativa

Os swaps, parentes chegados dos forwards e dos contratos de futuros, traduzem-se num acordo de troca, estabelecido entre duas contrapartes, de dois fluxos monetários durante um lapso temporal predeterminado.

Por João Pedro A. Luis e Tiago dos Santos Matias

Alvo de uma crescente sofisticação, fruto de uma cada vez maior competitividade neste mercado, o *swap* poderá traduzir-se não apenas num excelente instrumento de cobertura de riscos⁽²⁾, tendo subjacente dois fluxos monetários das mais diversas naturezas, mas também num interessante instrumento financeiro derivado para investidores.

Dito isto, não é de estranhar a constante mutação dos produtos financeiros derivados que tem vindo a verificar-se, nos últimos anos, no mercado nacional e internacional.

Assim sendo, com o crescimento e diversificação deste tipo de produtos (e corres-

Trata-se de um produto estruturado à medida das necessidades das entidades envolvidas, e cuja principal característica é permitir transformar as responsabilidades em termos de taxa de juro, de acordo com as correspondentes expectativas, quanto a uma subida ou descida das taxas de juro.

Neste tipo de contratos, em cada situação, encontram-se implícitas as seguintes trocas:

- uma contraparte compra à vista uma determinada taxa de juro A em “troca” de outra taxa de juro B; ou, doutra forma,
- essa mesma contraparte, vende essa taxa de juro B por “troca” daquela taxa de juro A, numa transacção a prazo, com data-valor futura previamente fixada.

Assim, no contrato de *swap* de taxa de juro, o ganho ou perda de cada uma das partes consistirá na diferença entre a taxa de juro da transacção a prazo e taxa de juro da transacção à vista (*swap point* ou ponto de *swap*).

Neste contexto, apesar de, aparentemente, a tributação dos *swaps* de taxa de juro não apresentar questões complexas, como veremos de seguida só na aparência assim acontece, podendo surgir importantes questões tributárias relacionadas com este tipo de instrumentos financeiros derivados, as quais a não serem acauteladas poderão pôr em causa a própria natureza do produto e, bem assim, a sua viabilidade económica, pelo que se propõe a análise da sua tributação, mormente a questão da retenção a fonte, quer em sede de IRS quer em sede de IRC, a efectuar sobre os rendimentos, obtidos em território nacional, decorrentes deste tipo muito particular de instrumentos financeiros derivados que são os *swaps* de taxa de juro.

Enquadramento fiscal

De acordo com o disposto no Código do Imposto sobre os Rendimentos de Pessoas Singulares (IRS), os ganhos decorrentes de *swaps* de taxa de juro devem ser enquadrados como rendimentos de capitais⁽³⁾, estando sujeitos a tributação, por retenção na fonte, a uma taxa de 20 por cento⁽⁴⁾ (quer sejam auferidos por sujeitos passivos residentes quer não residentes em território nacional) quando devidos por entidade que disponha ou deva dispor de contabilidade organizada (abaixo identificada como 'Entidade A')⁽⁵⁾⁽⁶⁾.

Neste contexto, os ganhos sujeitos a retenção na fonte poderão corresponder:

- À diferença positiva entre os juros recebidos e pagos no âmbito do *swap* de taxa de juro⁽⁷⁾; ou,
- Aos ganhos decorrentes do pagamento e recebimento de valores de regularização, no caso de haver lugar à cessação ou anulação do *swap* de taxa de juro⁽⁸⁾.

Assim sendo, os anteditos ganhos decorrentes de *swaps* de taxa de juro deverão

ser objecto de retenção na fonte num dos seguintes momentos⁽⁹⁾:

- Diferença positiva de juros: na data de vencimento/pagamento de juros;
- Recebimentos/pagamentos de valores de regularização: na data de liquidação das operações.

Dito isto, e conforme supra referido, aparentemente a tributação dos *swaps* de taxa de juro não apresenta questões de maior. No entanto, dadas as especificidades inerentes a este tipo de instrumentos financeiros derivados, importará aprofundar a análise dos seguintes casos particulares:

1. Cessação ou anulação de *swaps* de taxa de juro com pagamento ou recebimento de valores de regularização;
2. Pagamento/recebimento desfasado de juros no âmbito do *swap* de taxa de juro;
3. Pagamento de prémios no decorrer do *swap* de taxa de juro.

Cessação ou anulação de *swap* de taxa de juro com pagamento ou recebimento de valores de regularização

Havendo lugar à cessação ou anulação de um *swap*, com pagamento e recebimento de valores de regularização, os ganhos resultantes deverão ser objecto de retenção na fonte, à taxa de 20 por cento⁽¹⁰⁾, sendo responsável pela retenção do imposto devido a entidade devedora dos rendimentos, contraparte no contrato de *swap*, que procede ao pagamento dos rendimentos.

O momento da retenção na fonte deve ocorrer na data da liquidação da operação, devendo ser tomados em consideração, para efeitos do apuramento do ganho/perda, todos os fluxos financeiros pagos/recebidos no âmbito do *swap* de taxa de juro nessa data.

Neste contexto, fruto dos fluxos financeiros gerados pelo respectivo *swap* de taxa de juro, em cada momento, apenas uma das partes na operação irá obter ganhos decorrentes destes instrumentos financeiros derivados. Deste modo, apenas estes rendimentos deverão estar sujeitos a retenção na fonte (sobre o seu valor líquido) e, em função desse apuramento, a contraparte na



João Pedro A. Luis
• TOC n.º 59 975



Tiago dos Santos Matias
• Advogado

operação, que seja devedora dos mesmos, encontrar-se-á obrigada a proceder a essa retenção na fonte.

Pagamento/recebimento desfasado de juros no âmbito do *swap* de taxa de juro

Se o regime tributário supra não suscita questão de maior, por ter subjacente a simultaneidade dos fluxos financeiros envolvidos, o mesmo já não se poderá dizer sempre que exista desfasamento temporal entre tais fluxos de sentido inverso, situação em que subsiste a dúvida de como deverá ser efectuada a retenção na fonte, uma vez que o apuramento do montante sobre o qual deverá incidir a taxa de imposto consiste na diferença positiva entre os juros recebidos e pagos no âmbito do *swap* de taxa de juro. Ora, havendo desfasamento de pagamentos, regra geral, tal facto impossibilita aferir qual o ganho ou perda das partes em cada momento em que exista o pagamento de valores, porquanto tal facto apenas se afigurará possível quando do respectivo pagamento em sentido inverso.

A este respeito importa notar que as autoridades tributárias já emitiram o seu entendimento nesta matéria, no qual se conclui (ou indicia, na medida em que o seu Ofício não se encontra isento de dúvidas) no sentido da retenção na fonte dever ser efectuada no momento do vencimento dos juros a pagar, deduzindo ao seu montante o valor dos juros, com referência ao mesmo prazo, que a contraparte receberia se a operação fosse interrompida naquele momento.

Em nosso entender, esta posição deve ser cuidadosamente interpretada, uma vez que a mesma pressupõe que, no momento do vencimento dos juros a pagar, os juros a receber posteriormente já estão fixados e são conhecidos e, portanto, trata-se apenas de especializar o fluxo do *swap* mais longo (*forward*).

Contudo, se no momento do vencimento dos juros a pagar, os juros a receber não são ainda certos (por hipótese, a taxa de juro só é conhecida no dia em que se vence o juro), então considera-se que não se deverá proceder da mesma forma.

Neste sentido, em cada momento de vencimento/pagamento de juros, deverá ser aferido se os juros a receber na "perna" contrária do *swap* de taxa de juro se encontram já fixados e, consequentemente, se o seu montante poderá ser especializado para o período de tempo correspondente aos juros a pagar naquela data.

Em caso afirmativo, e se a diferença entre juros a pagar e a receber for positiva, a 'Entidade A' será devedora de um rendimento à contraparte, decorrente do *swap* de taxa de juro, pelo que deverá proceder a retenção na fonte sobre essa diferença caso a contraparte não beneficie de isenção ou dispensa de retenção na fonte.

Caso contrário, se aquela diferença for negativa, a 'Entidade A' obterá um rendimento decorrente do *swap*, pelo que não terá que proceder a qualquer retenção na fonte sobre o montante de juros vencidos/pagos naquela data.

Por outro lado, caso os juros a receber na "perna" contrária do *swap* de taxa de juro não se encontrem já fixados e, nesse sentido, o seu montante não poder ser especializado para o período de tempo correspondente aos juros a pagar naquela data, em nossa opinião (apesar de não existir qualquer esclarecimento por parte da administração tributária sobre qual a melhor forma de proceder nestes casos), adoptando um procedimento prudente⁽¹²⁾, a 'Entidade A' deverá proceder à retenção na fonte sobre o montante dos juros vencidos/pagos, independentemente de qual possa vir a ser o valor a receber da contraparte referente à "perna" contrária do respectivo *swap* de taxa de juro.

No entanto, ainda que tal posição seja a mais prudente não podemos deixar de fazer notar que tal solução conflitua com a própria ideia base do *swap* na medida em que tal implicará um tratamento autónomo de cada um dos fluxos financeiros, como se fossem independentes, quando a própria essência dos mesmos consiste na sua troca.

Assim sendo, na nossa opinião, havendo lugar a pagamentos desfasados sem que seja possível conhecer a expectativa da contraparte e, como tal, sem ser possível proceder à antedita especialização, atenta a natureza do *swap*, dever-se-ia proceder à tributação

dos ganhos quando os mesmos fossem definitivamente conhecidos.

Ou seja, sendo o *swap* uma troca de fluxos financeiros, quando:

- os mesmos não sejam simultâneos; e,
- não seja possível conhecer ambos quando do pagamento de um, o momento adequado para efectuar a retenção deveria ser, não no acto do pagamento, mas sim no acto do vencimento de ambas as pernas do *swap*, pois apenas nesse momento é possível conhecer os ganhos do *swap*, da troca.

No entanto, cientes que tal poderá constituir um risco para a cobrança do imposto, entendemos que nesse caso, e independentemente da responsabilidade da retenção dever ser da entidade devedora do rendimento, a entidade beneficiária do mesmo deverá ser incumbida da obrigação acessória de verificação da realização da retenção ou entrega do imposto que se afigurar devido no momento de recebimento, caso não haja sido efectuada a retenção (tendo a obrigação acessória de verificar tal facto), sob pena de, por via da tributação, descaracterizar-se a própria operação de *swap*: a qual passará, assim, a ser qualificável instrumento financeiro derivado constituído por dois *fowards* paralelos e independentes.

Pagamento de prémios no decorrer do *swap* de taxa de juro

Os *swaps* de taxa de juro poderão incluir igualmente o pagamento de fluxos financeiros no início da operação ou em datas intermédias, os quais poderão não ter uma natureza de juros.

Também nesta sede já vieram as autoridades tributárias esclarecer que, é seu entendimento que, esses fluxos financeiros iniciais ou intermédios, efectuados no âmbito de *swaps* de taxa de juro, deverão ser assimilados a juros, pelo que as regras de retenção na fonte aplicáveis a esses fluxos deverão ser em tudo semelhantes às regras acima expostas. Assim, caso o *swap* de taxa de juro determine um pagamento inicial pela 'Entidade A', esse montante deverá ser objecto de retenção na fonte à taxa de 20 por cento, no pressuposto

de não existir ainda a possibilidade de especialização de juros ou outros fluxos financeiros a receber (adoptando também neste caso, e à semelhança do ponto anterior, um procedimento prudente no sentido de evitar eventuais penalizações decorrentes do facto da entidade a isso obrigada vir a efectuar uma retenção na fonte inferior ao exigido).

Por outro lado, caso o *swap* de taxa de juro determine o pagamento/recebimento de fluxos financeiros intermédios que sejam perfeitamente conhecidos e, nesse sentido, passíveis de especialização, os mesmos deverão ser considerados nas datas de vencimento/pagamento de juros ou outros fluxos financeiros na parte relativa ao período de tempo correspondente aos juros a pagar nessa data.

Conclusão

Em suma, em cada momento de vencimento/pagamento de juros no âmbito de *swap* de taxa de juro, a 'Entidade A' deverá considerar, para efeitos do apuramento dos rendimentos que possam estar a ser pagos à contraparte, todos os fluxos financeiros a receber no âmbito do *swap* relativos àquele período, neles se incluindo:

- os juros a receber; e,
- o montante dos fluxos financeiros intermédios.

No caso destes fluxos financeiros não serem passíveis de especialização, por não serem totalmente conhecidos, não existindo qualquer indicação em contrário, e adoptando o procedimento mais prudente, de acordo com o regime tributário actualmente vigente, os mesmos deverão ser considerados, para efeitos do apuramento de rendimentos sujeitos a retenção na fonte, apenas nas datas do respectivo vencimento/pagamento, ainda que, salvo melhor opinião, tal leve à descaracterização do próprio instrumento financeiro derivado subjacente a este rendimento e, como tal, seja, porventura, susceptível de ser considerada uma solução iníqua e injusta.

Ora, é precisamente nestas situações, em que os pagamentos dos juros são desfasados no tempo, que mais dúvidas se levantam relativamente à forma mais correcta de tributar na fonte este tipo de rendimentos.

Com efeito, apesar da administração tributária ter já emitido uma opinião sobre qual, no seu entendimento, seria a forma mais correcta de proceder nestes casos, a mesma não contemplou, nessa sua exposição, as situações em que os fluxos financeiros a receber da contraparte não são ainda conhecidas nesse momento.

E a pergunta que se coloca é a seguinte: Qual o montante do rendimento sobre o qual deverá ser efectuada a respectiva retenção na fonte?

Ora, se por um lado a prudência aconselha a considerar o montante sujeito a retenção na fonte como apenas o valor conhecido à data (não considerando a "perna" contrária por esta ser ainda desconhecida), originando este procedimento um valor de retenção na fonte muito superior ao rendimento realmente obtido, por outro, levantam-se também questões concertantes ao princípios de justiça fiscal, onde não se deverá tributar algo que não seja rendimento do respectivo sujeito passivo e, bem assim, do princípio da verdade material, na medida em que tal tributação conduzirá à descaracterização do próprio instrumento financeiro derivado subjacente ao rendimento em causa, configurando assim, um desrespeito pela verdade material e pela substância da própria operação.

Acresce que, cumpre ainda ponderar que, se relativamente aos sujeitos passivos de imposto residentes, esta tributação adicional tem apenas um efeito temporário⁽¹¹⁾, no que diz respeito aos sujeitos passivos não residentes, caso não apresentem declaração de rendimentos em território nacional, este facto deverá ter efeitos permanentes, penalizando de forma visível a competitividade dos agentes económicos nacionais na comercialização deste tipo de produtos face a entidades não residentes.

Outras formas de proceder nestas situações poderiam ser aqui equacionadas, nomeadamente, considerar o juro da "perna" contrária (apenas para efeito de retenção na fonte) como o valor de mercado para um juro do mesmo tipo num prazo semelhante nessa data, minimizando, desta forma, o efeito negativo sobre os agentes económicos decorrente desta situação.

Neste contexto, se é certo que não se afigura possível que a Lei contemple todas as situações, não o será menos que a tributação se faça em respeito do acto subjacente e da sua natureza, sob pena de se tributar não o facto tributário ocorrido mas sim um facto ficcionado pela Administração Tributária para fazer face a limitações ou incorrecções da letra da lei..

Pelo que, em nosso entendimento, neste caso, a Administração Tributária deverá ter a preocupação de, também ela, acompanhar e possibilitar a evolução e inovação operada pelos operadores económicos, permitindo-lhes o acesso a um mercado de capitais livre de influências e constrangimentos externos ao mesmo, sob pena da correspondente perda de competitividade originada pela aplicação de normas pouco ajustadas às novas realidades e que distorçam a normal utilização dos respectivos instrumentos financeiros. ★

(Texto recebido pela CTOC em Janeiro de 2007)

⁽¹⁾ *In Corporate Finance*, by Ross, Westerfield and Jaffe, Fifth edition of McGraw-Hill International Editions.

⁽²⁾ A este respeito importa ter presente que, nos termos da alínea b) do n.º 5 do artigo 78.º do CIRC, não são aceites, fiscalmente, como operações de cobertura as operações efectuadas por fundos de investimento, incluindo fundos de fundos, fundos de capital de risco, fundos de pensões, empresas de seguros e instituições de crédito e outras instituições financeiras.

⁽³⁾ Alínea q) do número 2 do artigo 6.º do Código do IRS.

⁽⁴⁾ Alínea c) do número 3 do artigo 71.º do Código do IRS.

⁽⁵⁾ De referir que a mencionada taxa de retenção na fonte também deverá ser aplicável a sujeitos passivos de IRC.

⁽⁶⁾ De referir também que nos encontramos aqui a proceder à análise do caso geral, não tendo sido nossa preocupação proceder ao estudo de situações particulares onde se possam aplicar isenções ou dispensas de retenção na fonte, nomeadamente nos casos em que os beneficiários dos rendimentos sejam Fundos de Pensões ou Instituições Financeiras respectivamente.

⁽⁷⁾ Alínea b) do número 6 do artigo 5.º do Código do IRS

⁽⁸⁾ Número 7 do artigo 5.º do Código do IRS.

⁽⁹⁾ Artigo 98.º do Código do IRS.

⁽¹⁰⁾ Idem.

⁽¹¹⁾ Uma vez que vão poder deduzir essa retenção na fonte sofrida no momento da apresentação da sua declaração de rendimentos.

⁽¹²⁾ Minimizando desta forma, o risco de eventuais penalizações, decorrente do facto da entidade a isso obrigada vir a efectuar uma retenção na fonte inferior ao exigido.