



JOÃO MARIA LARCHER NEVES SANTOS CARVALHO

**A (HIPOTÉTICA) REMUNERAÇÃO DO MUTUÁRIO.
EFEITOS DAS TAXAS DE JURO DE REFERÊNCIA NEGATIVAS EM
CONTRATOS DE CRÉDITO BANCÁRIO.**

Dissertação com vista à obtenção do grau
de Mestre em Direito - Ciências Jurídico-
Empresariais

Orientadora:

Doutora Joana Farrajota, Professora Convidada da Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa

Junho de 2017

A (hipotética) remuneração do mutuário. Efeitos das taxas de juro de referência negativas em contratos de crédito bancário.

Declaração anti-plágio

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão correctamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

Modo de citar e outras convenções

A presente dissertação não foi escrita ao abrigo das regras do novo Acordo Ortográfico.

As citações ao longo do texto são feitas pelo nome completo do autor, pelo nome completo do título da obra, pelo editor, pelo ano de publicação e pelos números de página para que se remete.

As abreviaturas estão identificadas por ordem alfabética na Lista de Abreviaturas que se segue.

Abreviaturas

Ac. – Acórdão

BCE – Banco Central Europeu.

BdP – Banco de Portugal

BIS – Bank for International Settlements

Carta Circular 26/2015/DSC – Carta Circular n.º 26/2015/DSC emitida pelo BdP em 2015/03/30.

CC – CC português.

cit. – Citado(a).

DL 133/2009 - Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho.

DL 171/2007 - Decreto-Lei n.º 171/2007, de 8 de Maio.

DL 220/94 - Decreto-Lei n.º 220/94, de 23 de Agosto.

DL 240/2006 - Decreto-Lei n.º 240/2006, de 22 de Dezembro.

DL 349/98 - Decreto-Lei n.º 349/98, de 11 de Novembro.

DL 430/91 - Decreto-Lei n.º 430/91, de 2 de Novembro.

DL 446/85 - Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro.

DL 51/2007 - Decreto-Lei n.º 51/2007, de 7 de Março.

DL 58/2013 - Decreto-Lei n.º 58/2013, de 8 de Maio.

DL 88/2008 - Decreto-Lei n.º 88/2008, de 29 de Maio.

ed. – Edição.

EURIBOR - *Euro Interbank Offered Rate.*

LIBOR - *London Interbank Offered Rate*.

LOBP – Lei Orgânica do Banco de Portugal estabelecida pela Lei n.º 5/98, de 31 de Janeiro, conforme sucessivamente alterada.

RGICSF - Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, conforme sucessivamente alterado.

ss. – seguintes.

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

Declaração

Declaro que o corpo da dissertação, incluindo espaços e notas, ocupa um total de 195.458 caracteres.

Resumo

A entrada em terreno negativo das taxas EURIBOR coloca questões jurídicas com significativo impacto na contratação e execução de operações de crédito bancário em que o montante de juros a pagar deva ser determinado em função da variação deste indexante.

O presente trabalho analisa, primeiro, a possibilidade de limitação, por via contratual, da variação negativa dos indexantes e, seguidamente, os efeitos da variação negativa dos indexantes em contratos que não prevejam tais limitações. Quanto a esta última hipótese, estuda-se, em particular, a possibilidade de, de tal variação, poder resultar uma redução da margem contratada e, no limite, uma obrigação de pagamento do mutuante ao mutuário.

Palavras chave: taxas de juro negativas; juros negativos; EURIBOR negativas; crédito bancário; mútuo bancário.

Abstract

The entry into negative territory of EURIBOR rates poses legal questions with significant impact on the entry into and execution of banking credit transactions where the amount interest payable is to be determined by reference to the variation of such rate.

This study analyses firstly the possibility of contractually agreeing on a limit to the negative variation of reference rates and secondly the impact of the negative variation of reference rates in agreements that do not provide for such limits. Regarding the latter, the essay analyses, in particular, the possibility of such negative variation resulting in a reduction of the agreed margin and in an actual payment obligation of the lender towards the borrower.

Key words: negative interest rates; negative interests; negative EURIBOR; banking credit; banking loans.

I – ENQUADRAMENTO

1. Introdução, enunciação de problemas e delimitação do âmbito da investigação

1.1 Introdução e enunciação de problemas

De acordo com os dados apresentados no Boletim Estatístico do BdP de Maio de 2017¹, o financiamento bancário em Portugal² totalizava, em Abril de 2017, 202.322 milhões de euros, dos quais 76.122 milhões de euros constituem créditos concedidos a sociedades não financeiras e 126.200 milhões de euros, créditos concedidos a particulares. Deste, uma parte muito significativa é remunerada a uma taxa de juro *variável*³, habitualmente correspondente à cotação que apresente um determinado índice de referência para um determinado prazo – por regra, a EURIBOR⁴ para os prazos de 1, 3, 6 ou 12 meses – acrescida de uma margem (ou *spread*).

Entre Março de 2015 e Fevereiro de 2016, a EURIBOR para os prazos de 1, 3, 6 e 12 meses evoluiu para valores negativos⁵, tendo-se assim mantido até hoje.

A generalidade dos índices de referência tradicionalmente utilizados pela banca portuguesa para determinação dos juros a pagar pelos seus clientes no âmbito de

¹ Disponível em <https://www.bportugal.pt/publicacao/boletim-estatistico>.

² As estatísticas constantes do Boletim Estatístico do BdP abrangem os empréstimos concedidos por entidades do sector financeiro residentes em Portugal incluindo, além dos bancos, caixas económicas e caixas de crédito agrícola mútuo, instituições financeiras não monetárias que concedem crédito, nomeadamente instituições financeiras de crédito, sociedades financeiras para aquisições a crédito, sociedades de *leasing* e de *factoring* e sociedades de garantia mútua.

³ Por contraposição aos que são remunerados a uma taxa de juro fixa. Não existem dados estatísticos do BdP relativamente à repartição do crédito bancário em função da sua forma de remuneração. Contudo, sendo esta uma estrutura de preço privilegiada no crédito hipotecário e no crédito às empresas, creio poder assumir-se, com relativa segurança, que a grande maioria será remunerado a uma taxa variável.

⁴ Do inglês *Euro Interbank Offered Rate*. A definição oficial de EURIBOR consta do Código de Conduta da EURIBOR (*Euribor® Code of Conduct*), datado de 1 de Outubro de 2013 (e alterado em 1 de Junho de 2016), emitido pelo Instituto Europeu dos Mercados Monetários nos termos do qual “EURIBOR” significa a taxa de depósitos interbancários denominados em euros oferecida em países da União Europeia e Associação Europeia de Comércio Livre por um banco de primeira linha a outro, pelas 11:00 horas de Bruxelas” (“*Euribor® is the rate at which euro interbank term deposits are being offered within the EU and EFTA countries by one prime bank to another at 11.00 a.m. Brussels time*”).

⁵ Em 19 de Janeiro de 2015, a EURIBOR para o prazo de 1 mês apresentou uma cotação de -0,002%. Em 21 de Abril de 2015 a EURIBOR para o prazo de 3 meses apresentou uma cotação de -0,001%. Em 6 de Novembro de 2015 a EURIBOR para o prazo de 6 meses apresentou uma cotação de -0,002% e, finalmente em 5 de Fevereiro de 2016 a EURIBOR para o prazo de 12 meses apresentou uma cotação de -0,002%. O histórico das cotações das EURIBOR para cada um dos seus prazos encontra-se disponível em <https://www.emmi-benchmarks.eu/euribor-org/euribor-rates.html>.

operações de crédito contratadas (ou a contratar) apresenta pois, actualmente, valores negativos⁶.

Da conjuntura económica acima referida resultam implicações e questões jurídicas muito relevantes para as operações de crédito contratadas ou a contratar em Portugal, em especial, quanto à forma de determinação dos juros a pagar pelos mutuários aos bancos mutuantes para remuneração do crédito concedido, ou a conceder, por estes, ao abrigo de contratos de crédito que prevejam a aplicação de taxas de juro variáveis. Nomeadamente:

1. Deve entender-se que a taxa de juro variável resulta, exclusivamente, da operação matemática de soma do valor da cotação do índice de referência e da margem contratada, pelo que o valor do índice de referência, quando negativo, deve ser adicionado à margem, reduzindo o respectivo valor⁷? **Ou, pelo contrário**, deve entender-se que a margem contratada é, pela sua natureza, insusceptível de redução, pelo que a variação negativa da taxa de juro deve ocorrer exclusivamente na sua componente variável (*i.e.*, o índice de referência) até ao limite da respectiva componente fixa (*i.e.*, a margem), tendo, assim, como limite zero?
2. Caso se entenda não existir impedimento a que o valor do índice de referência, quando negativo, possa ter por efeito uma redução da margem contratada, deve então também admitir-se que daí possa resultar uma obrigação de pagamento do mutuante ao mutuário? **Ou, pelo contrário**, deve entender-se que o contrato de mútuo que está na base da obrigação de pagamento de juros é, pela sua natureza, insusceptível de dar origem ao surgimento de uma tal obrigação?
3. Poderão as respostas às questões anteriores variar em função do acordo contratual estabelecido entre mutuante e mutuário e, em caso afirmativo,

⁶ Em 13 de Abril de 2017, A EURIBOR para o prazo de 1 mês apresentava uma cotação de -0,372%, a EURIBOR para o prazo de 3 meses, uma cotação de -0,331%, a EURIBOR para o prazo de 6 meses, uma cotação de -0,246% e a EURIBOR para o prazo de 12 meses, uma cotação de 0,120% (dados disponíveis em <https://www.emmi-benchmarks.eu/euribor-org/euribor-rates.html>).

⁷ E assim fazendo com que a taxa de juro (variável) a aplicar para determinação dos juros a pagar seja inferior à margem contratada.

poderão as partes introduzir contratualmente limites às variações negativas dos índices de referência e/ou das prestações de juros **ou, pelo contrário**, esta possibilidade está-lhes vedada por imposição de lei?

O presente texto procurará, numa primeira parte (Título I), como enquadramento do estudo que se propõe realizar, expor brevemente a política monetária que deu origem à entrada dos principais índices de referência europeus em valores negativos (a política de juros negativos ou *Negative Interest Rate Policy*) e, seguidamente, caracterizar, do ponto de vista teórico-jurídico, o mútuo bancário, enquanto operação de crédito bancário paradigmática, e a respectiva convenção de juros.

A segunda parte do texto (Título II) centrar-se-á no estudo das questões acima enunciadas, de acordo com o seguinte fio condutor: primeiro, analisará a possibilidade de introdução de limites contratuais à variação negativa de indexantes. Seguidamente, analisará a variação negativa de indexantes em contratos em execução, e, em especial, o hipotético surgimento, neste contexto, de uma obrigação de pagamento ao mutuário.

A parte final (Título III) será dedicada a uma reflexão sobre os temas analisados, síntese conclusiva e a algumas notas em matéria de política legislativa.

1.2 Delimitação do âmbito da investigação

O presente estudo incide sobre a generalidade dos contratos de crédito bancário⁸, sem distinção consoante a modalidade concreta deste⁹, tomando, no entanto, como

⁸ Para uma delimitação do conceito de crédito bancário, veja-se PATRÍCIO, J. Simões, *Direito de Crédito – Introdução*, Lex, 1994, p. 15 e ss. e CORDEIRO, António Menezes, *Direito Bancário*, 6.ª ed., Almedina, 2016, p. 669.

⁹ Como tal, abrangerá, quanto à natureza da operação de crédito, contratos de mútuo, contratos de abertura de crédito, contratos de conta-corrente, entre outros. Quanto à natureza das partes, abrangerá, quanto ao mutuante, contratos celebrados por instituições de crédito ou sociedades financeiras, e, quanto ao mutuário, contratos celebrados por pessoas singulares, pessoas colectivas, consumidores ou não-consumidores. Quanto à finalidade, abrangerá contratos de crédito ao consumo, à aquisição, construção e realização de obras em habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento e para aquisição de terrenos para construção de habitação própria ou contratos de crédito pessoal ou sem finalidade específica. Quanto ao regime jurídico aplicável, abrangerá contratos aos quais sejam aplicáveis regimes especiais tais como o do crédito ao consumo, crédito à habitação ou das cláusulas contratuais gerais. Ficam assim excluídos, embora por mera conveniência terminológica, determinados contratos que, não sendo tecnicamente de crédito, são contratos de financiamento de natureza análoga, como a locação financeira, aluguer de longa duração, o *factoring*, *confirming*. As conclusões aqui apresentadas ser-lhes-ão aplicáveis, *mutatis mutandis*, ainda que com as devidas adaptações.

referência o mútuo bancário, enquanto *figura matricial* do crédito bancário¹⁰.

Quanto se imponha e justifique, assinalar-se-ão especificidades que poderão decorrer da natureza de determinada operação de crédito, da qualidade do mutuário, da finalidade do crédito ou do regime jurídico que lhe possa ser especificamente aplicável. No entanto, pretende-se que as conclusões que aqui se apresentam sejam aplicáveis, de forma tendencialmente uniforme, à generalidade dos contratos de crédito bancário.

Estes aparecerão assim, nas páginas que se seguem, designados, unitariamente, como *contratos de crédito bancário*¹¹.

Ora, se, por um lado, o âmbito do presente estudo se estende à generalidade dos contratos de crédito, por outro, encontra, também nestes, o seu limite.

Não se abordam, assim, salvo pontuais referências de aproximação, os efeitos das taxas de juro de referência negativas em outras figuras contratuais, em especial em instrumentos de cobertura de risco de taxa de juros (em concreto, contratos de *swap* ou *cap* de taxa de juro) ou títulos de dívida emitidos por sociedades comerciais. Se, aqui e ali, as reflexões aqui feitas poderão aproveitar ao estudo que se possa vir a fazer relativamente aos efeitos das taxas de juro de referência negativas em tais figuras, estas apresentam especificidades várias que impõem um estudo autónomo do problema. A delimitação aqui feita exclui assim, também, o potencial impacto da variação negativa das taxas de juro (e dos indexantes, em particular) nos depósitos bancários, matéria que encerra questões igualmente importantes, mas de que não pode ocupar-se, também, este estudo. Sem prejuízo, aqui se verá como são temáticas

¹⁰ CORDEIRO, António Menezes, *Direito Bancário...cit.*, p. 671.

Nesta medida, acompanha-se, Miguel Brito Bastos quando indica que “*devido à sua particular vocação de aplicação transtípica, a relevância do regime do mútuo transcende largamente a resolução dos problemas colocados por contratos de mútuo*”. (*O Mútuo Bancário, Ensaio Sobre a Estrutura Sinalagmática do Contrato de Mútuo*, Coimbra Editora, 2015, p. 10).

¹¹ Os contratos de crédito bancário objecto do presente estudo circunscrevem-se, no entanto, àqueles que, entre estes, reúnam o seguinte conjunto de características específicas: sejam contratos regidos por lei portuguesa, prevejam que as obrigações pecuniárias neles assumidas sejam cumpridas em euros e em que o crédito concedido vença juros a uma taxa de juro variável.

umbilicalmente ligadas¹².

Creio que da delimitação proposta não resultará um prejuízo para o estudo que aqui se pretende realizar.

Finalmente, o âmbito do presente trabalho encontra limites na sua natureza jurídica, e não económica, pelo que as incursões aqui feitas em matérias de natureza económica têm como único propósito permitir um muito geral (e, certamente, incompleto, mas ainda assim, creio, útil) enquadramento das causas económicas na origem dos problemas jurídicos aqui tratados.

¹² Pontualmente surgirão, ao longo do texto, indicadas outras matérias concretas de que, sem prejuízo da relevância das mesmas e da interconexão com as aqui tratadas, o presente trabalho se não pode ocupar.

2. Contextualização económica: política de juros negativos (*Negative Interest Rate Policy*)

1. É unanimemente notado¹³ que a entrada das principais taxas de juro de referência em terreno negativo decorre, indirectamente, de uma política monetária seguida pelo BCE que implicou a descida da taxa de juro oferecida por este para a realização de depósitos junto desta instituição para valor negativos¹⁴.

O presente capítulo apresenta um breve enquadramento económico deste contexto, o qual, apesar de eminentemente não jurídico, se mostra fundamental para uma leitura integrada da problemática em causa¹⁵.

2. Na prossecução de objetivos macroeconómicos¹⁶, o BCE baixou, em Junho de 2014, a taxa de juro oferecida para depósitos realizados junto da instituição (a *deposit facility rate*) para terreno negativo¹⁷. Esta política, que teve como propósito fornecer estímulos à economia europeia por forma a fazer subir a taxa de inflação¹⁸, teve como efeito imediato ter passado a ser devida ao BCE uma remuneração por depósitos efectuados junto do banco.

Esta circunstância levou, por sua vez, a que a evolução das principais taxas de juro de referência do mercado interbancário para operações denominadas em euros – em especial a EURIBOR e a LIBOR¹⁹ – acompanhassem essa tendência, entrando

¹³ Ver, por todos, JOBST, Andreas (Andy) e LIN, Huidan: “Negative Interest Rate Policy (NIRP): Implications for Monetary Transmission and Bank Profitability in the Euro Area”, *IMF Working Paper WP/16/172*, 2016, p. 7.

¹⁴ São três as taxas de juro de referência do BCE: a taxa de juro da facilidade permanente de depósito, a taxa de refinanciamento e a taxa da facilidade de financiamento permanente.

¹⁵ Para um enquadramento alternativo, feito com o mesmo intuito, veja-se BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *Direito Civil e Sistema Financeiro*, Princípiã, 2016, p. 162.

¹⁶ Para um enquadramento geral mas suficientemente completo do tema, veja-se CŒURÉ, Benoît, “Assessing the implications of negative interest rates”, Discurso no *Yale Crisis Forum*, Yale School of Management, 28/07/2016 (New Haven: Universidade de Yale), 28 de Julho de 2016.

¹⁷ Em 11 de Junho de 2014 o BCE fixou a taxa de juro da facilidade permanente de depósito em -0,10%. Com efeitos deste 16 de Março de 2016, esta encontra-se fixada em -0,40%.

¹⁸ Para um maior enquadramento destas políticas veja-se BECH, Morten Linnemann e MALKHOZOV, Aytel, “How have central Banks implemented Negative Interest Rates?” *BIS Quarterly Review*, Março 2016 e DANTHINE, Jean-Pierre, “The Interest Rate unbound?”, *Brookings Conference on Negative Interest Rates. The Lessons from Europe*, EIEF, Roma, 2016.

¹⁹ Do inglês *London Interbank Offered Rate*.

também terrenos negativos²⁰.

3. A decisão do BCE, que acompanha decisões no mesmo sentido tomadas por outros bancos centrais²¹, representa a inversão do paradigma de que existiria um limite mínimo da taxa de juro: o chamado *zero lower bound*²².

Os efeitos económicos das políticas de taxas de juro negativas têm sido objecto de importantes estudos, em especial, no que diz respeito ao respectivo impacto na rendibilidade dos bancos²³. Retornaremos a alguns destes no capítulo final, onde serão feitas breves notas em matéria de política legislativa, na medida em que dos mesmos resultam importantes elementos a ter em consideração na reflexão que há a fazer-se neste domínio. É disso exemplo a assinalada tendência verificada na banca sob estudo de não renumerar negativamente os depósitos efectuados por clientes e os potenciais impactos da mesma na forma de financiamento de operações activas e suas potenciais repercussões no cumprimento dos requisitos prudenciais a que os bancos

²⁰ A descida da taxa de juro da facilidade permanente de depósito do BCE pretendeu incentivar a circulação de reservas bancárias no mercado interbancário, o que teve influência na EONIA (do inglês *Euro OverNight Index Average*, a qual corresponde à média ponderada das taxas de juro de todas as operações de empréstimo não garantidas, com maturidade no dia seguinte, realizadas no mercado interbancário em países da União Europeia e Associação Europeia de Comércio Livre) e, consequentemente, nas taxas de referência do mercado interbancário para operações denominadas em euros. Para uma explicação sobre a relação de causa efeito entre a taxa de depósitos do BCE e as taxas de juro de referência no mercado interbancário, veja-se JOBST, Andreas (Andy) e LIN, Huidan: “Negative Interest...*cit.* p. 7; DANTHINE, Jean-Pierre, “The Interest Rate...*cit.*, p. 7.

²¹ Para uma análise das decisões dos bancos centrais dinamarquês, sueco, suíço e japonês veja-se JOBST, Andreas (Andy) e LIN, Huidan: “Negative Interest...*cit.* HUNT, Benjamin e LAXTON, Douglas: “The Zero Interest Rate Floor (ZIF) and its implications for Monetary Policy in Japan” *IMF Working Paper WP/01/186*, 2001 e TURK, Rima A., “Negative Interest Rates: How big a challenge for Large Danish and Swedish Banks?” *IMF Working Paper WP/16/198*, 2016.

²² A possibilidade de ultrapassagem deste limite está em grande medida relacionada com o facto dos custos de detenção e guarda de numerário poderem, em determinados contextos económicos, como o actual, justificar que o limite mínimo efectivo da taxa de juro de depósitos possa ser negativo. Para uma leitura da teoria económica associada ao *zero lower bound* e à ultrapassagem deste limite veja-se RUCHIR, Agarwal, e KIMBALL, Miles, “Breaking the Zero Lower Bound”, *IMF Working Paper No. 15/224*, 2015 e BUITER, Willem H. e PANIGIRTZOGLU, Nikolaos “Overcoming the zero bound on nominal interest rates with negative interest on currency: Gesell’s solution”, *The Economic Journal*, Vol. 113, No. 490, 2003, p. 723-746.

²³ Parece consensual o entendimento de que estas políticas não afectaram, no curto prazo, a rendibilidade dos bancos e tiveram um efeito positivo no aumento da actividade de concessão de crédito na zona euro (ver, a título exemplificativo JOBST, Andreas (Andy) e LIN, Huidan: “Negative Interest...*cit.*, p.19. Alguns autores notam, no entanto, que no médio longo prazo estas poderão provocar um efeito de erosão nessa mesma rendibilidade, por exemplo, BORIO, Claudio, GAMBACORTA, Leonardo e HOFMANN, Boris: “The influence of monetary policy on bank profitability”, *BIS Working Paper no. 514*, 2015, p. 17; GENAY, Hesna e PODJASEK, Rich, “What is the impact of low interest rate environment on bank profitability? *Chicago Fed Letter (Chicago: Federal Reserve Bank of Chicago)*, 2014 ou PESHEV, Petar e BEEV, Ivaylo, “Negative Nominal Interest Rates on Loans. The newly-Established Normal Practice?”, *Economic Alternatives*, Issue 2, 2016.

se encontram sujeitos²⁴.

4. A teoria económica referente a políticas de taxas de juro negativas reflecte sobre os efeitos puramente económicos destas políticas, ignorando, ou não se interessando, a maior parte das vezes, pelas limitações que poderão decorrer de eventuais restrições legais ou contratuais à plena produção dos mesmos. Assim, admite, nos diversos modelos teóricos apresentados, a aplicação de taxas de juro negativas a depósitos bancários, financiamentos bancários ou emissões de dívida²⁵.

Deve notar-se, em qualquer caso, que parte dos textos assinala, apesar de tudo, que os efeitos desta política macroeconómica poderão vir a ser limitados por via contratual ou por força de lei²⁶.

O presente trabalho pretende contribuir para o estudo de tais limitações à luz da lei portuguesa.

²⁴ Esta tendência parece poder trazer incentivos à substituição de fontes de financiamento das operações activas (em concreto, depósitos por financiamento no mercado interbancário), com potencial impacto relevante nos rácios de liquidez a observar pelos bancos nos termos do RGICSF e do Regulamento (UE) n.º 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013 relativo aos requisitos prudenciais para as instituições de crédito e para as empresas de investimento. Para um desenvolvimento desta matéria, veja-se ANGELINI, Paulo, NERI, Stefano e PANETTA, Fabio, “The interreaction between Capital Requirements and Monetary Policy”, *Journal of Money, Credit and Banking*, Vol. 46, No. 6, 2014, p. 1073-112.

²⁵ A título de exemplo, veja-se Working Group on Negative Mortgage Rates, “Negative mortgage Rates”, *Danish Ministry of Business and Growth report*, 2015, p. 9.

²⁶ A título de exemplo, veja-se BECH, Morten Linnemann e MALKHOZOV, Aytek, “How have central Banks...*cit*”, p. 39.

3. Contextualização normativa: o mútuo bancário, enquanto arquétipo do crédito bancário, e a convenção de juros

1. Exposto sucintamente o contexto económico que deu origem ao surgimento de taxas de juro de referência negativas, passamos agora a uma breve identificação do quadro normativo no qual devem ser analisadas as questões sob estudo.

2. Podemos designar de contratos de crédito bancário, genericamente, todos *“aqueles negócios que têm por objecto a prestação de dinheiro ou disponibilidades monetárias pelo bancos aos seus clientes”*²⁷.

Entre estes, assume especial posição o mútuo bancário²⁸, enquanto figura matriz do crédito bancário²⁹.

Acompanhando a definição proposta por ENGRÁCIA ANTUNES³⁰, podemos designar como contratos de mútuo bancário *“aqueles pelo qual o banco (mutuante) entrega ou se obriga a entregar uma determinada quantia em dinheiro ao cliente (mutuário), ficando este obrigado a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade (“tantundem”), acrescido dos correspondentes juros”*.

O regime jurídico aplicável ao contrato de crédito bancário assenta, essencialmente, no regime do mútuo civil (artigos 1142.º e ss. do CC), complementado pelas regras especiais do regime do mútuo mercantil previsto nos artigos 394.º e ss. do Código

²⁷ ANTUNES, José Augusto Engrácia, “Os Contratos Bancários”, *Estudos Em Homenagem Ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Almedina, 2011, p. 96.

²⁸ Para doutrina dedicada ao mútuo, veja-se SERRA, Adriano Vaz, “Notas acerca do contrato de mútuo”, *Revista de Legislação e Jurisprudência* n.º 93, 1960, p. 65 a 69; ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos II. Conteúdo, Contratos de troca*, 3.ª ed., Almedina, 2012, p. 137 a 149; TELLES, Inocêncio Galvão, *Contratos Cíveis (Projecto completo de um título do futuro CC Português e respectiva Exposição de Motivos)*, RFDUL, vol. IX-X, 1953-54; VARELA, João Antunes, “Anotação ao acórdão do STJ, de 21 de Abril de 1980”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 114.º, 1981-1982, Coimbra Editora, 1982, p. 108 e ss.; VARELA, João Antunes, “Anotação ao acórdão do STJ, de 10 de Dezembro de 1985”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 124.º, 1991-1992, Coimbra Editora, 1982, p. 269 e ss.; REDINHA, João, “Contrato de Mútuo”, *Direito das Obrigações*, 3.º vol. coordenação António Menezes Cordeiro, AAFDL, 1991, p. 185 e ss.; LEITÃO, Luís M. T. de Menezes, *Direito das Obrigações, volume III – Contratos em especial*, 10.ª ed., Almedina, 2015, p. 343 a 379.

Para doutrina especificamente dedicada ao mútuo bancário, veja-se MADEIRA, Joaquim Luís, “Mútuo Bancário”, *Temas de Direito Bancário*, ed. Autor, 1999 e BASTOS, Miguel Brito, *O Mútuo Bancário. Ensaio Sobre a Estrutura Sinalagmática do Contrato de Mútuo*, Coimbra Editora, 2015.

²⁹ ANTUNES, José Augusto Engrácia, “Os Contratos Bancários...cit., p. 96. e, CORDEIRO, António Menezes, *Direito Bancário...cit.*, p. 669.

³⁰ ANTUNES, José Augusto Engrácia, “Os Contratos Bancários...cit., p. 96.

Comercial³¹.

Para além deste regime de base, o (reduzido) regime transversalmente aplicável à generalidade do *mútuo bancário* vem estabelecido num conjunto de normas dispersas³².

Adicionalmente, a lei estabelece regimes especificamente aplicáveis a categorias de crédito específicas.

Tem, neste contexto, especial relevo o regime do *crédito à habitação*, o qual se encontra essencialmente estabelecido no DL 349/98, que regula a concessão de crédito para aquisição, construção e realização de obras de conservação ordinária, extraordinária e de beneficiação de habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento, bem como para aquisição de terreno para construção de habitação própria permanente, e o DL 51/2007, que regula as práticas comerciais das instituições de crédito e assegura a transparência da informação por estas prestada no âmbito da celebração de tais contratos³³ e o regime do crédito ao consumo estabelecido no DL 133/2009³⁴.

Finalmente, e na medida em que, tanto os contratos de *crédito ao consumo* como os de *crédito à habitação* são, por regra, celebrados com recurso a cláusulas elaboradas sem prévia negociação individual e cujo conteúdo o destinatário não pode influenciar, é ainda, a estes, aplicável o regime das cláusulas contratuais gerais estabelecido no DL 446/85.

3. O *mútuo bancário* é, tipicamente, oneroso, importando, por regra, o vencimento de juros.

³¹ A lei comercial qualifica os empréstimos concedidos pelos bancos como actos de comércio, estando estes contratos bancários sob a égide do art.º 362.º C.Com., e, sendo assim, de natureza mercantil, segundo o art.º 2.º desse mesmo diploma legal, qualquer que seja a condição pessoal do mutuário e o destino do empréstimo.

³² Quanto a requisitos de forma, o Decreto-Lei n.º 32765, de 29 de Abril de 1943, quanto à classificação e contagem do prazo das operações de crédito, aos juros remuneratórios, à capitalização de juros e à mora do devedor, o DL 58/2013 e, quanto à informação em matéria de taxas de juro e outros custos das operações de crédito a prestar aos clientes, o DL 220/94.

³³ Complementados pelo Aviso 2/2010, de 30 de Março de 2010 e pela Instrução 45/2012, de 17 de Dezembro de 2012, ambos do BdP.

³⁴ Complementados Instrução 12/2013, de 17 de Junho de 2013 do BdP.

A obrigação de juros está, conforme salienta MENEZES CORDEIRO³⁵, “*no cerne do mútuo*” e mais largamente, de todo o comércio bancário³⁶.

O regime geral da obrigação de juros vem estabelecido nos artigos 559.º e s. do CC. Esta é, por regra, determinada em função de uma taxa, a qual pode ser fixa, variável ou mista.

Tem entendido maioritariamente a doutrina³⁷ e jurisprudência³⁸ portuguesas que as taxas de juro aplicáveis às operações bancárias se encontram liberalizadas em função do disposto no artigo 2.º do Aviso 3/93 do BdP e, por conseguinte, não sujeitas aos limites previstos nos artigos 1146.º do CC e 102.º do Código Comercial. Não sendo este debate essencial ao estudo das matérias que se pretendem abordar, não iremos, aqui, desenvolver esta matéria. Sem prejuízo, assinala-se que esta interpretação tem vindo a ser posta em causa³⁹.

Quanto à determinação dos juros bancários, estes encontram-se sujeitos a um regime de contagem e arredondamento específico constante, designadamente, do DL 240/2006⁴⁰, que estabelece as regras a que deve obedecer o arredondamento da taxa de juro quando aplicada aos contratos de crédito para aquisição, construção e realização de obras em habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento e para aquisição de terrenos para construção de habitação própria celebrados entre as instituições de crédito e os seus clientes e o DL 171/2007, que estabelece as regras a que deve obedecer o arredondamento da taxa de juro quando aplicado aos demais contratos de crédito e de financiamento.

Cumpre ainda, aqui, assinalar-se a emissão, pelo BdP, da Carta Circular

³⁵ CORDEIRO, António Menezes, *Direito Bancário...cit.*, p. 676.

³⁶ É do maior interesse a discussão que, ao longo da história, foi sendo feita sobre a legitimidade do juro, tema que apenas por constrangimentos decorrentes da natureza do presente estudo não irão, aqui, ser desenvolvidos. Para um resumo desta discussão veja-se, a título de exemplo, CORDEIRO, António Menezes, *Direito Bancário...cit.*, p. 677 e NEVES, F. Correia das, *Manual dos Juros*, Almedina, 1989, p. 65 e ss.

³⁷ Ver, por todos ANTUNES, José Augusto Engrácia, “Os Contratos Bancários...*cit.*”

³⁸ Veja-se, por exemplo, o Ac. STJ de 7 de Novembro de 2002.

³⁹ Neste sentido, VASCONCELOS, Pedro Pais de, “Taxas de Juro de Crédito ao Consumo – Limites Legais” *Direito Bancário*, Centro de Estudos Judiciários (coord), CEJ, 2015, p. 151 e ss. e BASTOS, Miguel Brito, *O Mútuo Bancário...cit.*, p. 151.

⁴⁰ Complementado pela Carta Circular nº 1/2008/DSB, de 9-1-2008.

26/2015/DSC, que aborda, especificamente, a problemática dos efeitos da variação negativa dos indexantes em contratos de crédito⁴¹.

4. É, pois, neste quadro regulamentar que procuraremos, no título seguinte, encontrar resposta às questões sob estudo.

⁴¹ A qual será objecto de análise no Capítulo 2 do Título II, onde iniciaremos a análise à primeira das questões sob estudo.

II – A VARIAÇÃO NEGATIVA DE INDEXANTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

1. Notas introdutórias

1. Exposto sinteticamente o contexto económico que determinou a adopção de políticas de taxas de juro negativas (e, consequentemente, a entrada em terreno negativo das principais taxas de juro de referência) e feito o enquadramento normativo no âmbito do qual as questões em análise se colocam – o mútuo bancário, enquanto paradigma do crédito bancário, e a convenção de juros, enquanto estrutura remuneratória deste - o presente capítulo aborda as implicações jurídicas decorrentes da entrada em valores negativos das taxas de juro de referência utilizadas para determinação dos juros a pagar ao abrigo de contratos de crédito bancário, assim como a possibilidade de limitação das mesmas por via contratual.

Para este efeito, o presente título analisa, numa primeira parte, a possibilidade de limitação, por via contratual, da variação negativa dos indexantes (Capítulo 2). Seguidamente, serão analisados os efeitos da variação negativa dos indexantes em contratos em execução e que não prevejam tais limitações, em particular, a possibilidade de, de tal variação, poder resultar uma redução da margem contratada e, no limite, uma obrigação de pagamento do mutuante ao mutuário (Capítulo 3).

2. Conforme ficou dito no Capítulo 3 do Título I, a problemática dos efeitos da variação negativa dos indexantes em contratos de crédito, e respectiva limitação por via contratual foi já expressamente abordada pelo BdP por via da emissão da Carta Circular 26/2015/DSC, tendo, a análise da mesma ficado adiada para o presente Título.

Face à evidente relevância que a emissão deste instrumento contempla, o estudo das questões analisadas no presente Título II, terá como ponto de partida o teor da Carta Circular 26/2015/DSC.

3. Como nota introdutória final, deve referir-se que a Carta Circular 26/2015/DSC é emitida ao abrigo do disposto no artigo 17.º, n.º 1 da LOBP, nos termos do qual

competete ao BdP “*exercer a supervisão das instituições de crédito, sociedades financeiras e outras entidades que lhe estejam legalmente sujeitas, nomeadamente estabelecendo diretivas para a sua atuação (...)*”.

Ora, tendo a “directiva” constante da Carta Circular 26/2015/DSC sido emitida através de carta-circular e dado o teor eminentemente interpretativo da mesma, parece poder questionar-se qual a natureza jurídica deste acto e, consequentemente, quais os seus efeitos.

Com efeito, não é claro, no quadro jurídico aplicável, nomeadamente a LOBP e o RGICSF, qual o enquadramento jurídico geral aplicável a avisos, instruções e cartas-circulares do BdP. Na verdade, embora todos estes sejam emitidos ao abrigo da competência genericamente atribuída ao BdP nos termos do artigo 17.º da LOBP, as circunstâncias que determinam a emissão de um ou outro instrumento não se encontram identificadas na lei. Também a força jurídica destes instrumentos (avisos, instruções e, sobretudo, cartas-circulares) é pouco clara. Podemos em qualquer caso, retirar do artigo 210.º, alínea m) do RGICSF que a violação de “regulamentos” emitidos em cumprimento ou para execução de preceitos imperativos da legislação específica que rege a atividade das instituições de crédito e das sociedades financeiras configura uma contraordenação prevista e punível nos termos do referido artigo. No entanto, em linha com o que aqui se refere, não parece, pelo menos, ser esta a “vocação” de uma carta-circular. Esta leitura é aliás suportada pelas referências que constam do *site* do BdP ao teor das cartas-circulares, aí se dizendo, nomeadamente, serem estas “orientações de carácter não normativo”.

A natureza jurídica de uma carta-circular emitida pelo BdP e o não acatamento de uma directiva estabelecida pelo BdP nos termos do artigo 17.º da LOBP, em especial, quando esta é transmitida através de carta-circular é, contudo, um problema que vai além do âmbito do presente estudo, razão pela qual não será aqui desenvolvido⁴².

⁴² Aproveitando, contudo, para, sinteticamente, apontar um outro exemplo bem ilustrativo da importância que deve merecer a reflexão acerca da natureza jurídica dos actos praticados pelo BdP ao abrigo do artigo 17.º da LOBP: a atrás aludida contestação ao entendimento maioritário da doutrina e jurisprudência portuguesas de que as taxas de juro aplicáveis às operações bancárias se encontram liberalizadas em função do disposto no artigo 2.º do Aviso 3/93 do BdP tem vindo a ser feita, em boa parte, com base na argumentação de que os

4. Os capítulos seguintes procedem à análise das questões acima enunciadas à luz do ordenamento jurídico português, tendo como ponto de partida a análise do entendimento expresso na Carta Circular 26/2015/DSC quanto às mesmas (independentemente da natureza e efeitos jurídicos deste instrumento), contendo também uma exposição da leitura que considero dever ser feita da mesma, no pressuposto do acatamento do entendimento aí transmitido (independentemente de se concordar, ou não, com o mesmo).

avisos do BdP não têm força para afastar os regimes da usura previstos nos artigos 1146.º do CC e 102.º do Código Comercial. Veja-se, a este respeito, VASCONCELOS, Pedro Pais de, “Taxas de Juro de Crédito ao Consumo...cit., p.151 e ss. e BASTOS, Miguel Brito, O Mútuo Bancário...cit., p. 151.

2. A limitação contratual da variação negativa do indexante à luz do ordenamento jurídico português

1. Entre as questões que se colocam com a entrada dos indexantes em valores negativos, uma pode ser, desde logo, abordada de forma relativamente autónoma: podem as partes, à luz do princípio da liberdade contratual estabelecido no artigo 405.º do CC, limitar, por via contratual, os efeitos decorrentes de tais variações negativas ou, pelo contrário, existirão *limites na lei* que impeçam (ou restrinjam) esta possibilidade⁴³?

Trata-se, nesta disposição legal, da consagração do princípio da autonomia privada. Autonomia tem o significado de um poder, conferido por lei, de as partes contratuais modelarem por si sós, não por qualquer determinação exterior, as regras comuns da conduta recíproca. E autonomia privada, ou autonomia contratual, significa, pois, a liberdade de os sujeitos determinarem com a vontade própria o conteúdo das obrigações que pretendem assumir, ou das modificações que pretendam introduzir no património próprio. Em princípio os sujeitos privados são livres de obrigarem-se como quiserem. Mas determinar e estabelecer o conteúdo ou regulamento contratual significa definir a composição, o rearranjo recíproco dos interesses das partes, co-envolvidos na operação económica a que e para que o contrato é convocado à vinculatividade. Assim, no quadro do problema proposto assume um relevo particular esta pergunta sobre como se opera essa determinação, a quem compete o poder de a operar. Deve, neste contexto, procurar-se resposta sob uma abordagem realista: o contrato mais não é do que o pano de fundo jurídico de uma operação económica, ou seja o "*instrumento legal para o exercício de iniciativas económicas*"⁴⁴.

⁴³ Este é, naturalmente, do ponto de vista conceptual, um problema que surge a montante da questão central de saber qual o tratamento a dar à variação negativa de contratos em execução que não prevejam tais limites, abordada no capítulo seguinte. No entanto, opta-se por esta sistemática no tratamento das questões sob estudo na medida em que se considera ser esta a melhor abordagem sequencial: com efeito, dada a relativa autonomia deste problema, esta pode ser tratada desde logo, deixando para uma fase seguinte a análise à problemática central a abordar (*i.e.*, os efeitos da variação do indexante e, em especial, o hipotético surgimento, neste contexto, de uma obrigação de pagamento do banco ao mutuário).

⁴⁴ ROPPO, Enzo, *O Contrato*, trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Almedina, 1988, p.127. Para uma leitura aprofundada sobre o princípio da autonomia privada, veja-se RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O Problema do Contrato. As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Almedina, 1999, p. 21 e 234 e ss., NETO, Francisco dos Santos Amaral, «A Autonomia Privada como princípio

2. Conforme referido nas notas introdutórias ao presente título, a possibilidade de introdução de limites contratuais à variação negativa do indexante foi expressamente abordada pelo BdP por via da emissão da Carta Circular 26/2015/DSC, instrumento que tomaremos como ponto de partida para a reflexão quanto à admissibilidade de introdução de tais limites à luz do ordenamento jurídico português e cujo teor se encontra transcrito, parcialmente, abaixo.

“(…)

1. As instituições de crédito devem respeitar as condições estabelecidas para a determinação da taxa de juro nos contratos de crédito e de financiamento celebrados com os respetivos clientes.

Com efeito, tendo em conta o princípio da eficácia dos contratos consagrado na lei geral e, bem assim, o disposto no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 240/2006, de 22 de dezembro, e nos artigos 1.º e 3.º do Decreto-Lei n.º 171/2007, de 8 de maio, preceitos em que se estabelece, designadamente, que, quando a taxa de juro aplicada a contratos de crédito e de financiamento esteja indexada a um índice de referência, deve resultar da média aritmética simples das cotações diárias do mês anterior ao período de contagem de juros, entende este Banco que, nos contratos de crédito e de financiamento em execução, não podem ser introduzidos limites à variação do indexante que impeçam a plena produção dos efeitos decorrentes da aplicação desta regra legal.

2. Conquanto não seja admissível a previsão de cláusulas que impeçam a plena produção dos efeitos decorrentes da evolução dos indexantes para valores negativos por força do disposto no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 240/2006, de 22 de dezembro, e nos artigos 1.º e 3.º do Decreto-Lei n.º 171/2007, de 8 de maio, as instituições de crédito podem, por outras vias, acautelar os efeitos da referida evolução nos

*contratos de crédito e de financiamento que venham a celebrar no futuro*⁴⁵.

(...)“.

3. O entendimento do BdP quanto à impossibilidade de limitação, por via contratual, da variação negativa de indexantes, assenta pois, essencialmente, no seguinte: na medida em que o artigo 3.º do DL 240/2006 e os artigos 1.º e 3.º do DL 171/2007⁴⁶ estabelecem que, quando a taxa de juro aplicada a contratos de crédito e de financiamento esteja indexada a um índice de referência, esta deve resultar da média aritmética simples das cotações diárias do mês anterior ao período de contagem de juros, não podem assim, nos contratos de crédito e de financiamento em execução, ser introduzidos limites à variação do indexante impeditivos da plena produção dos efeitos decorrentes da aplicação destas regras legais.

Devemos, então, questionar se este efeito - *i.e.*, a impossibilidade de estabelecer limites à variação negativa de indexantes - decorre, ou deve decorrer, efectivamente, das normas legais aqui invocadas, *i.e.*, do artigo 3.º do DL 240/2006 e dos artigos 1.º e 3.º do DL 171/2007.

4. A última intervenção legislativa no regime estabelecido no DL 240/2006 e no DL 171/2007 ocorreu em 2008⁴⁷, e, assim, em momento bem anterior à adopção de políticas de taxas de juro negativas por parte de bancos centrais europeus, em

⁴⁵ Refira-se, aqui, que as “outras vias” a que o BdP aqui alude dizem respeito a à contratação, em simultâneo com a operação de crédito, de instrumentos de cobertura de risco de taxas de juro. Esta possibilidade, independentemente dos respectivos méritos, não é, no entanto, relevante para efeitos do presente estudo na medida em que o procedimento sugerido deixa sem resposta as questões que aqui se colocam.

⁴⁶ Veremos, no capítulo seguinte, a potencial relevância deste conjunto normativo no impacto da variação negativa de indexantes em contratos em execução que não prevejam cláusulas limitativas desta mesma variação. Aqui, a análise circunscreve-se à sua relevância para efeitos da determinação da possibilidade de introdução de tais cláusulas.

⁴⁷ Este regime abrangia, originalmente, apenas o crédito à aquisição, construção e realização de obras em habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento e para aquisição de terrenos para construção de habitação própria. Posteriormente, o âmbito de aplicação destas normas foi alargado com a entrada em vigor do DL 171/2007 estendendo-se à generalidade dos contratos de crédito e de financiamento celebrados por instituições de crédito e sociedades financeiras que não se encontravam já abrangidos pelo âmbito de aplicação original do DL 240/2006. Seguidamente, o DL 88/2008 veio restringir o âmbito de aplicação deste regime (apesar do preâmbulo deste diploma falar em mera “clarificação”, mas esta discussão não é relevante para este efeito) na medida em que o DL 171/2007 passou a estabelecer que nos contratos de crédito e financiamento celebrados entre instituições de crédito ou sociedades financeiras com entidades que não sejam consumidores, a aceção prevista no n.º 1 do artigo 2.º da Lei 24/96 de 31 de Julho, o disposto no artigo 3.º do DL 240/2006 será aplicado salvo se as partes dispuserem expressamente de outro modo.

particular, pelo BCE. Parece, por isso, desde logo, pacífico poder afirmar-se não ter o legislador, nos diferentes momentos legislativos em causa, representado a circunstância de o indexante poder vir a apresentar valores negativos. Por esta razão, não terá, assim, naturalmente, tido como propósito, com a produção deste conjunto normativo, impor às partes a contabilização do valor negativo que um indexante eventualmente apresente na determinação da taxa de juro a aplicar às operações de crédito em questão.

Na verdade, conforme se retira da leitura dos preâmbulos dos diplomas legais em questão, este conjunto normativo teve como propósito apenas promover uma certa uniformização das práticas a adoptar pelas instituições de crédito na fixação do valor do indexante utilizado para determinação das taxa de juro aplicáveis a determinados créditos bancários⁴⁸. Procurou-se evitar práticas abusivas e discricionárias que se vinham verificando na execução destes contratos, em particular, no arredondamento, em alta, destas taxas de juro⁴⁹.

Neste contexto, o artigo 3.º do DL 240/2006 estabelece como critério que o valor do indexante deve resultar da média aritmética simples das cotações diárias do mês anterior ao período de contagem de juros⁵⁰. Nesta medida, tem como propósito evitar que o banco selecione, de forma discricionária, o dia de fixação do valor do indexante (e, conseqüentemente, que selecione aquele em que este apresente um valor elevado). Haverá também, com esta regra, uma certa intenção de procurar impor um critério

⁴⁸ Originalmente, ao abrigo de contratos de *crédito à habitação*, tendo o respectivo âmbito de aplicação sido posteriormente alterado, conforme anotação acima.

⁴⁹ Nos termos do preâmbulo do DL 240/2006 “*O arredondamento da taxa de juro é uma prática relativamente recente que se encontra intrinsecamente ligada ao valor do spread oferecido pelas instituições de crédito aos seus clientes. Os arredondamentos em alta têm permitido fixar em escalões superiores a taxa anual nominal aplicada aos contratos de crédito à habitação. (...) o Governo decide legislar no sentido de uniformizar os critérios utilizados no arredondamento e no indexante da taxa de juro.*” Nos termos do preâmbulo do DL 171/2007 “*Com a aprovação [DL 240/2006] o Governo pôs termo à possibilidade de arredondamento em alta da taxa de juro aplicada aos contratos de crédito para aquisição, construção e realização de obras em habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento e para aquisição de terrenos para construção de habitação própria. (...) no sentido de uniformizar os critérios utilizados no arredondamento e no indexante da taxa de juro aos diversos contratos de crédito ou de financiamento, o Governo decide legislar no sentido de lhes aplicar o regime previsto no [DL 240/2006] para o chamado «crédito à habitação»*”.

⁵⁰ Este preceito foi, posteriormente, objecto de um esclarecimento do BdP, transmitido por via da Carta Circular nº 1/2008/DSB, de 9 de Janeiro de 2008. Considerando as dúvidas entretanto surgidas a propósito do mesmo, o BdP decidiu chamar a atenção para o facto de este artigo não permitir que as instituições de crédito procedam à revisão do indexante com uma periodicidade diferente da do prazo a que o mesmo se reporta.

equitativo na determinação do valor do indexante: escolhe-se um determinado período de referência (no caso, 30 dias), verifica-se, dia a dia, a cotação do indexante em questão, calcula-se a média destes valores e determina-se o valor do indexante com recurso às regras de arredondamento previstas no artigo 4.º do DL 240/2006. Em teoria, as partes ficarão, assim, menos expostas a fenómenos pontuais que se possam verificar, *i.e.*, descidas ou subidas anormais em determinados momentos⁵¹.

O artigo 3.º do DL 240/2006 não prevê, pois, de forma expressa, regras a aplicar no caso de as cotações do indexante apresentarem valores negativos.

Sem prejuízo, poderá, de facto, pôr-se a hipótese de o artigo 3.º do DL 240/2006 poder, com recurso às regras gerais da interpretação plasmadas no artigo 9.º do CC, e considerando todos os elementos de interpretação - gramatical, histórico, sistemático e teleológico -, ser interpretado no sentido de dele resultarem, também, regras a aplicar na determinação da cotação diária do indexante, em especial, no caso de esta apresentar valores negativos⁵².

Ora, neste contexto, com recurso ao elemento gramatical, uma interpretação estritamente literal do preceito em causa parece, efectivamente, permitir a leitura que dele, aparentemente, faz o BdP. Esta implicaria o seguinte raciocínio: se o valor do indexante deve resultar da média aritmética simples das cotações diárias do indexante e estas apresentam valores negativos (durante o mês anterior ao do período de contagem de juros relevante), devem então estes ser contabilizados na determinação do valor do indexante a utilizar da fixação dos juros em questão.

⁵¹ Muito embora a análise ao mérito desta regra se afaste já do âmbito deste trabalho, assinala-se desde já que o legislador repensou (restringindo) o seu âmbito de aplicação porquanto estabeleceu, com a alteração introduzida ao artigo 1.º do DL 171/2007 pelo artigo 3.º do DL 88/2008 que, nos contratos celebrados com entidades que não sejam consumidores na acepção do n.º 1 do artigo 2.º da Lei 24/96 de 31 de Julho, esta regra apenas será aplicada se as partes não dispuserem expressamente de outro modo. Esta revisão da regra em causa será de extrema importância para efeitos da reflexão a fazer-se, no ponto seguinte, quanto ao sentido do entendimento do BdP.

⁵² Refira-se que não nos parece estarmos aqui perante uma lacuna na lei, a integrar nos termos do artigo 10.º do CC (hipoteticamente, mediante aplicação do 3.º do DL 240/2006) na medida em que, muito embora, a disponibilidade das partes em matéria de fixação dos termos da convenção de juros encontre, na lei, certos limites, esta encontra-se sujeita ao princípio geral da liberdade contratual consagrado no artigo 405.º do CC. Assim, a impossibilidade de introdução de limites contratuais à variação negativa do indexante apenas poderá resultar de uma limitação legal à sua introdução e não da integração de uma lacuna da lei. Inexistindo, tal limitação, não há lacuna mas norma geral aplicável: o artigo 405.º do CC.

No entanto, esta interpretação parece circunscrever-se à letra da lei, deixando de parte outros elementos interpretativos essenciais. Na verdade, conforme bem refere MAFALDA MIRANDA BARBOSA⁵³, a interpretação do preceito em questão deve afastar-se “*de um mero exercício hermenêutico-linguístico*” havendo que “*ter em conta quer a teologia da regra, quer os princípios normativos que se tornam actuates a este ensejo*”.

Para o efeito, creio, desde logo, de particular relevância notar-se, com recurso aos elementos histórico e teleológico, o que acima se expôs quanto ao momento da feitura desta norma e às motivações do legislador na feitura da mesma: evitar práticas abusivas e discricionárias que se vinham verificando na execução destes contratos, em particular, no arredondamento, em alta, destas taxas de juro.

Ora, a limitação, por via contratual, da variação negativa do indexante corresponde, não a uma actuação do banco na execução do contrato não prevista contratualmente, mas sim, pelo contrário, ao expreso estabelecimento de um acordo quanto à forma de cálculo do indexante, pelo que uma interpretação do artigo 3.º do DL 240/2006 da qual resulte a impossibilidade de fixação de um tal acordo parece, embora não contrariando, ir além da *ratio* da lei.

Acresce que o artigo 3.º do DL 240/2006, em concreto, impõe, efectivamente, como vimos, que seja feita uma média das cotações que o indexante apresente no mês anterior ao período de contagem de juros, mas já não estabelece qualquer regra para a forma de determinação da cotação do indexante em cada um dos dias. Nessa medida, as referências ao cálculo matemático a fazer para determinação do indexante (média aritmética simples e regras de arredondamento aplicáveis) reportam-se, sempre, à média das cotações do mês anterior ao período de contagem de juros e não à cotação que o indexante apresenta. Não se retiram, pois, no meu entender, desta norma elementos interpretativos que indiciem dever esta norma, face às circunstâncias actuais (*i.e.*, o ambiente de taxas de juro de referência negativas) ser

⁵³ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *Direito Civil e Sistema Financeiro...cit.*, p. 173.

interpretada no sentido de proibir que as partes acordem, por via contratual, um limite à variação negativa do indexante.

Nesta medida, creio não dever o artigo 3.º do DL 240/2006 ser interpretado no sentido de que do mesmo resulta uma obrigatoriedade de contabilização de cotações negativas de indexantes na fixação do respectivo valor⁵⁴, ainda que as partes tivessem acordado a respectiva exclusão.

O impacto desta conclusão no tratamento a dar a contratos em execução (e que não prevejam cláusulas limitativas da variação negativa do indexante) será visto no capítulo seguinte.

Relativamente ao impacto da mesma na possibilidade de introdução, por via contratual, de limitações à variação negativa de indexantes, fica, então, aqui expresso o descordo quando ao entendimento transmitido pelo BdP através da Carta Circular 26/2015/DSC, na medida em que a mesma se baseia numa interpretação que, salvo melhor opinião, vai além do significado do artigo 3.º do DL 240/2006.

Do restante conjunto normativo de onde poderiam ser retiradas limitações legais à possibilidade de impor, por via contratual, limites à variação negativa de indexantes - em especial, os artigos 102.º do Código Comercial, 559.º, 559.ºA, 1146.º, 1164.º e 1167.º do CC, 4.º do DL 51/2007, 3.º do DL 430/91 ou do regime do crédito ao consumo estabelecido no DL 133/2009, que dispõem sobre o mútuo, convenções de juros e formas da sua determinação - não resultam, igualmente, tais limitações^{55/56}.

Assim, sem prejuízo do que de seguida se referirá quanto a cláusulas sujeitas à disciplina do DL 446/85, parecem, regra geral, admissíveis, no ordenamento jurídico

⁵⁴ Acresce que uma conclusão em sentido oposto não permitiria, em meu entender, cumprir com o critério interpretativo objectivista constante do número 3 do artigo 9.º do CC na medida em que está longe de estar demonstrado que essa seria a solução mais acertada.

⁵⁵ Refira-se que esta conclusão reforça, com recurso ao elemento sistemático, a interpretação atrás feita do artigo 3.º do DL 240/2006.

⁵⁶ Já quanto a variações “positivas” das taxas de juro, pode entender-se que as mesmas encontram limites legais no regime de usura aplicável a determinadas categorias de contratos - em especial, os sujeitos ao regime estabelecido no artigo 28.º do DL 133/2009 e aqueles aos quais for aplicável o disposto no artigo 1146.º do CC - e, inclusivamente, no regime geral de anulabilidade de negócios usurários estabelecidas nos artigos 282.º a 284.º do CC.

português⁵⁷, em respeito pelo princípio da liberdade contratual consagrado no artigo 405.º do CC, cláusulas limitativas da variação negativa do valor do indexante utilizado na determinação de juros a pagar ao abrigo de contratos de crédito bancário.

5. Deve, no entanto, reflectir-se sobre a potencial qualificação de cláusulas limitativas da variação negativa do indexante (ou, por outras palavras, da variação do indexante que se mostre desfavorável unicamente ao banco) como abusivas quando as mesmas de encontrem inseridas em contratos de crédito bancário sujeitos à disciplina do DL 446/85.

Efectivamente, conforme já aludido no Capítulo III do Título I, tanto os contratos de crédito bancário sujeitos ao âmbito de aplicação do DL 133/2009, como aqueles que se destinam à aquisição de habitação são, por regra, celebrados com recurso a cláusulas elaboradas sem prévia negociação individual e cujo conteúdo o destinatário não pode influenciar, ficando assim tais contratos abrangidos pelo âmbito de aplicação do DL 446/85⁵⁸.

Merecem, neste contexto, especial referência as recentes apreciações feitas pelos tribunais espanhóis às apelidadas “*clausulas suelo*”⁵⁹.

Os tribunais espanhóis têm, nos últimos anos, sido chamados a pronunciar-se sobre a legalidade de cláusulas apostas em determinados contratos de crédito bancário onde, essencialmente, se estabelece que a taxa de juro a aplicar para determinação do juro a pagar pelo cliente ao banco não poderá, em nenhuma circunstância, ser inferior a um determinado valor⁶⁰.

Em suma, tem entendido a jurisprudência espanhola que as cláusulas *suelo*, que vinham sendo incluídas por parte da banca espanhola em contratos de crédito

⁵⁷ Não se considerando, para efeitos desta afirmação, conforme referido nas notas introdutórias ao presente título, a Carta Circular 26/2015/DSC como instrumento normativo.

⁵⁸ Para um desenvolvimento da temática da aplicabilidade do DL 446/85 a contratos bancários, veja-se BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *Direito Civil e Sistema Financeiro...cit.*, p. 175 e CORDEIRO, António Menezes, *Direito Bancário...cit.*, p. 503.

⁵⁹ Em particular, as decisões do *Tribunal Supremo (sala de lo Civil)* num. 241/2013 de 9 de Maio, num. 139/2015 de 25 de Março e num. 123/2017 de 24 de Fevereiro.

⁶⁰ Para uma síntese destes desenvolvimentos, veja-se BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *Direito Civil e Sistema Financeiro...cit.*, p. 172 e 173.

bancário (em concreto, em condições gerais aplicáveis a crédito hipotecário), violam requisitos de transparência e de adequação de informação fornecida a consumidores, constantes da lei espanhola⁶¹, devendo, assim, ser consideradas abusivas por violação do princípio geral da boa fé.

Não pretendendo, naturalmente, o presente trabalho reflectir sobre o mérito das decisões dos tribunais espanhóis quanto a esta matéria, ou nem tão-pouco sobre aspectos de lei espanhola⁶², as referidas decisões representam um interessante ponto de partida para a análise desta problemática ao abrigo da lei portuguesa, em concreto do regime das cláusulas contratuais gerais estabelecido no DL 446/85.

Neste contexto, deve, no entanto, salientar-se que as decisões em questão se fundam, essencialmente, em violações de requisitos de transparência e de adequação de informação fornecida a consumidores e não propriamente no conteúdo do acordo estabelecido, deveres que, embora de extrema relevância no comércio bancário⁶³, são acessórios às questões aqui analisadas na medida em que estas se reportam à admissibilidade (ou inadmissibilidade) do acordo em si.

Ora, quanto à substância do acordo em questão, devemos analisar se o mesmo se enquadra, ou não, em alguma das situações previstas nos artigos 21.º ou 22.º do DL 446/85, ou se poderá ser considerado contrário à boa fé por força da aplicação do princípio geral constante do artigo 15.º deste diploma.

Quanto ao possível enquadramento das cláusulas limitativas da variação negativa de indexantes em alguma das situações previstas artigos 21.º ou 22.º do DL 446/85, foi questionada por MAFALDA MIRANDA BARBOSA⁶⁴ a possibilidade de estas serem enquadráveis na situação prevista na alínea c) do artigo 22.º. Não estamos, no entanto, aqui, perante um caso de alteração dos termos do contrato, mas tão-somente

⁶¹ Em particular, da *Ley General para la Defensa de los Consumidores e Usuarios y otras leyes complementares* aprovado pelo *Real Decreto Legislativo 1/2007* de 16 de Novembro de 2007.

⁶² Para um desenvolvimento do tema à luz do ordenamento jurídico espanhol ver, entre outros, ROMERO, Javier Dominguez, “Inaplicación del tipo de interés negativo. La cláusula cero en préstamos hipotecarios”, *Indret – Revista para el análisis del derecho*, Janeiro 2016.

⁶³ Em particular, os que decorrem do DL 51/2007 ou do DL 133/2009 ou mesmo do próprio DL 446/85.

⁶⁴ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *Direito Civil e Sistema Financeiro...cit.*, p. 178.

perante um termo contratual que estabelece, *ab initio*, a forma de determinação dos juros a pagar pelo que - como bem conclui, aliás, a Autora - esta previsão legal não se aplicará.

Quanto à possibilidade de as cláusulas em apreço poderem, ainda assim, ser consideradas nulas por violação do princípio geral da boa fé estabelecido no artigo 15.º do DL 446/85, creio, também, ser esta de afastar.

Nos termos do artigo 15.º do DL 446/85 são proibidas as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa fé, proibição essa concretizada no artigo 16.º, que determina dever, neste contexto, atender-se, nomeadamente, à confiança suscitada, nas partes, pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, pelo teor deste e ainda por quaisquer outros elementos atendíveis, assim como ao objectivo que as partes visam atingir negocialmente.

Tem sido entendido, nomeadamente, por ALMENO DE SÁ, que o regime de proibições constante do DL 446/85, visa, fundamentalmente, assegurar um adequado equilíbrio de interesses dos dois contraentes, devendo, assim, considerar-se nula a cláusula que “*implicar uma significativa desvantagem para o cliente, não normativamente suportada pela convocação de um interesse de igual ou similar valor para a entidade bancária.*”⁶⁵. Podemos encontrar uma aplicação desta linha de argumentação ao caso aqui analisado no já citado estudo de MAFALDA MIRANDA BARBOSA ⁶⁶.

Ora, neste contexto, parece-me importante, antes mesmo de apresentar os argumentos que poderiam ser aduzidos pelos bancos para sustentar o seu legítimo interesse na introdução de cláusulas de limitação da variação negativa do indexante, referir o seguinte: ao devedor interessa, *apenas*, qual a taxa de juro a suportar, e que esta seja a menor possível, independentemente das regras que o credor venha a fixar para a respectiva determinação. Por outras palavras, ao cliente interessará, sobretudo, que as taxas de juro propostas sejam as menores possíveis, independentemente de o

⁶⁵ SÁ, Almeno de, *Direito Bancário*, Coimbra Editora, 2008, p. 42.

⁶⁶ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *Direito Civil e Sistema Financeiro...cit.*, p. 179.

acordo de juros prever o pagamento de juros a uma taxa fixa, variável ou mista, ou mesmo de o acordo da taxa variável estabelecer uma taxa fixa mínima (a margem), sobretudo se deste acordo puder resultar uma redução da margem proposta.

Assim, desde que sejam cumpridos os deveres de informação que impendem sobre o Banco na contratação do crédito em questão⁶⁷, sejam cumpridas as regras de cálculo dos juros aplicáveis⁶⁸ e sejam respeitados os limites máximos das taxas de juro previstos na lei⁶⁹, a forma de estruturação do preço da operação é, por regra, deixada a cargo do proponente do crédito (o banco). Este, tipicamente, proporá ao cliente a melhor proposta comercial que lhe pode apresentar⁷⁰. Neste contexto, é compreensível que, caso a introdução de uma cláusula de limitação da variação negativa do indexante permita ao banco apresentar uma melhor proposta ao cliente (porquanto permite que o banco proponha uma margem que, de outro modo, lhe seria impossível propor), seja permitido ao banco propor tal limitação ao cliente, não se encontrando motivos para que a mesma seja proibida: com efeito, a sua introdução encontra sustentação num legítimo interesse do banco (a protecção da margem) e, na verdade, também do cliente (possibilitar-lhe obter do banco uma proposta comercial que, de outra forma, este não lhe poderia formular).

Nesta medida, não vejo motivos para que o acordo de juros, contido em cláusulas sujeitas à disciplina do DL 446/85, que preveja a limitação da variação negativa do indexante, seja considerado atentatório do princípio geral da boa fé constante do artigo 15.º deste diploma pelo simples facto de impor um limite que impede a plena produção dos efeitos que poderiam decorrer da variação negativa do indexante, caso

⁶⁷ Em especial as que decorrem, no caso de contratos de crédito à habitação, crédito conexo e outros créditos garantidos por hipoteca ou por outro direito sobre imóvel, do DL 349/98, DL 51/2007, do Aviso 2/2010, Instrução 45/2012, estes, do BdP, e, no caso de contratos de crédito ao consumo, do DL 133/2009, Instrução 12/2013 do BdP (e ainda, relativamente a ambas as categorias, os deveres gerais que decorrem do DL 446/85), e ainda, relativamente aos demais contratos de crédito bancário, os decorrentes do DL 220/94.

⁶⁸ Em especial, as decorrentes do DL 240/2006, DL 171/2007 e DL 58/2013.

⁶⁹ Em especial, as decorrentes do artigo 28.º do DL 133/2008, deixando-se, aqui, de parte do debate sobre a aplicabilidade dos limites da usura previstos no artigo 559.º-A do CC a contratos de crédito bancário ao qual atrás foi feita referência.

⁷⁰ Sendo, neste contexto, indiferente se o acordo de juros proposto estabelece que o financiamento é remunerado a uma taxa fixa de 2 por cento, a qual poderá ser acrescida do valor de um determinado indexante, caso este seja positivo ou se estabelece o pagamento de juros à taxa correspondente ao valor do indexante (sujeito a um limite de variação mínimo de zero) acrescido de uma margem de 2 por cento. Seriam, simplesmente, duas formas distintas de prever o mesmo efeito.

o mesmo não existisse.

Reconhece-se, no entanto, um certo mérito no argumento de que uma cláusula que apresente um limite à variação negativa, mas não apresente um limite à respectiva variação positiva possa ser causador de um desequilíbrio desproporcionado na relação contratual, por sua vez atentatório dos princípios da boa fé. Sem prejuízo, na medida em que o banco é livre de utilizar as estruturas de preço que bem entenda, nomeadamente, privilegiar estruturas de taxa fixa (historicamente mais onerosas para o cliente) e, inclusivamente, de incluir nos respectivos contratos sujeitos ao âmbito de aplicação do DL 446/85, nos termos da alínea a) do número 2 do artigo 22.º do referido diploma, cláusulas que lhes confirmem o direito de alterar a taxa de juro ou o montante de quaisquer outros encargos aplicáveis, desde que respeitadas determinadas condições, e assim, no limite, contratualizar que a margem aumentará, no valor contrário, sempre que o indexante apresente valores negativos (o que nem a referida alínea a) do número 2 do artigo 22.º do DL 446/85 nem a Carta Circular nº 32/2011/DSC, de 17-05-2011, do BdP, que regulamenta esta matéria, parecem proibir), não me parece que, interpretado o conjunto normativo aplicável aos contratos de financiamento celebrados através de contratos de adesão, se deva concluir que uma cláusula limitativa da variação, exclusivamente, negativa possa ser considerada contrária à boa fé. A esta linha de argumentação acresce, ainda, o facto de a lei portuguesa prever, aliás, um certo “limite máximo” para a taxa de juro aplicável a boa parte dos contratos sujeitos ao âmbito de aplicação do DL 446/85: as regras da usura (proibida) constantes do artigo 28.º do DL 133/2009.

Em suma, entendo assim que, mesmo quando inseridas em contratos sujeitos ao âmbito de aplicação do DL 446/85, o conteúdo de cláusulas desta natureza seria admissível⁷¹.

6. Sem prejuízo do exposto, conforme indicado nas notas introdutórias do presente título (Capítulo 1), considerando a relevância do poder directivo do BdP no exercício

⁷¹ Sem prejuízo de, naturalmente, dever a respectiva redacção cumprir todas as exigências legais em matéria de clareza e transparência da informação prestada ao cliente, sob pena das cominações legais aplicáveis.

da actividade bancária, estabelece-se, seguidamente, aquela que entendo dever ser a interpretação a fazer-se do entendimento expresso pelo BdP na Carta Circular 26/2015/DSC, independentemente do debate que pode ser feito quanto à natureza e efeitos jurídicos deste instrumento e de se concordar, ou não, com a fundamentação aí aduzida.

Admitamos então que, entendendo o BdP não ser admissível a introdução, por via contratual, de limites que impeçam a plena produção dos efeitos decorrentes da evolução dos indexantes para valores negativos *por força da aplicação do artigo 3.º do DL 240/2006 e dos artigos 1.º e 3.º do DL 171/2007*, os bancos assim o não farão.

Neste contexto, importa referir o seguinte: com a alteração introduzida pelo artigo 3.º do DL 88/2008 ao artigo 1.º do DL 171/2007⁷², aos contratos de crédito e de financiamento celebrados por instituições de crédito ou sociedades financeiras com entidades que não sejam consumidores na acepção do n.º 1 do artigo 2.º da Lei 24/96 de 31 de Julho, o disposto no artigo 3.º do DL 240/2006 passou a ser aplicado (apenas) se as partes não dispuserem expressamente de outro modo. O preâmbulo deste diploma refere, aliás, que esta alteração visou permitir uma maior adequação da forma de determinação do indexante às necessidades específicas de financiamentos destas entidades⁷³.

Assim sendo, parece lógico concluir-se que, nos contratos que não se encontrem sujeitos ao âmbito de aplicação do artigo 3.º do DL 240/2006, (*i.e.*, os contratos de crédito e de financiamento celebrados por instituições de crédito ou sociedades financeiras com entidades que não sejam consumidores na acepção do n.º 1 do artigo 2.º da Lei 24/96 de 31 de Julho em que as partes tenham expressamente acordado uma forma de determinação do indexante diferente da estabelecida no artigo 3.º do DL 240/2006), poderão ser introduzidas cláusulas limitativas da variação negativa

⁷² Que, como vimos, estendeu, na sua redacção original, o âmbito de aplicação do artigo 3.º do DL 240/2006, à generalidade dos contratos de crédito e de financiamento celebrados por instituições de crédito ou sociedades financeiras que não se encontravam já abrangidos pelo respectivo âmbito de aplicação.

⁷³ Esta alteração permitiu assim às partes a fixação do valor do indexante, nomeadamente, por referência a um dia específico. Por outras palavras, permite a utilização da *spot rate* do indexante (taxa de juro cotada em um determinado dia) na determinação da taxa de juro a aplicar.

dos indexantes sem tal contrarie o entendimento do BdP expresso na Carta Circular 26/2015/DSC.

Parece-me, aliás, poder ir-se um pouco mais além: na medida em que, com a alteração ao artigo 1.º do DL 171/2007 pelo artigo 3.º do DL 88/2008, se passou a permitir que as partes em causa estabeleçam livremente as regras aplicáveis à determinação do valor do indexante, parece não contrariar também o entendimento do BdP a introdução de cláusulas limitativas da variação negativa dos indexantes em contratos em que, tendo podido as partes afastar a forma de determinação do valor do indexante prevista do artigo 3.º do DL 240/2006, optaram, no exercício da liberdade contratual que lhes é conferida pela lei, não o fazer, sujeitando apenas a variação do valor indexante ao limiar mínimo acordado.

Assim, o âmbito de aplicação do entendimento do BdP veiculado na Carta Circular 26/2015/DSC deve circunscrever-se aos contratos directamente sujeitos ao âmbito de aplicação do artigo 3.º do DL 240/2006 (*i.e.*, crédito à aquisição, construção e realização de obras em habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento e para aquisição de terrenos para construção de habitação própria) e aos contratos que, encontrando-se sujeitos âmbito de aplicação do DL 171/2007 (*i.e.*, generalidade dos contratos de crédito e de financiamento celebrados por instituições de crédito e sociedades financeiras que não se encontravam já abrangidos pelo âmbito de aplicação original do DL 240/2006), tenham sido celebrados com consumidores na acepção do n.º 1 do artigo 2.º da Lei 24/96 de 31 de Julho.

Ficam, assim, excluídos do âmbito de aplicação da Carta Circular 26/2015/DSC todos aqueles contratos de crédito que, encontrando-se sujeitos âmbito de aplicação do DL 171/2007, tenham sido celebrados com entidades que não sejam consumidores na acepção do n.º 1 do artigo 2.º da Lei 24/96 de 31 de Julho, pelo que, relativamente, a estes, será admissível a introdução de cláusulas limitativas da variação do valor do indexante (não o sendo, no entanto, relativamente aos demais).

7. Em suma, entendo o seguinte:

- O ordenamento jurídico português (em especial, DL 240/2006) não impõe a contabilização das cotações negativas que o indexante apresente na determinação do respectivo valor.
- Assim, em respeito pelo princípio da liberdade contratual, são admissíveis no ordenamento jurídico português cláusulas limitativas da variação do valor do indexante.
- Mesmo quando inseridas em contratos sujeitos ao âmbito de aplicação do DL 446/85, o conteúdo de cláusulas limitativas da variação do valor do indexante é admissível.
- Pretendendo as partes conformar-se com o entendimento expresso pelo BdP na Carta Circular 26/2015/DSC, este admite, ainda assim, a inserção de cláusulas limitativas da variação do valor do indexante em contratos de crédito que, encontrando-se sujeitos âmbito de aplicação do DL 171/2007, tenham sido celebrados com entidades que não sejam consumidores na acepção do n.º 1 do artigo 2.º da Lei 24/96 de 31 de Julho (não o admitindo, no entanto, relativamente aos demais).

3. A variação negativa do indexante em contratos que não prevejam expressamente a respectiva limitação.

3.1 Notas preliminares

Na sua redacção mais habitual, as cláusulas de pagamento de juros constantes dos contratos de crédito bancário sob estudo preveem que o mutuário pagará ao banco juros à taxa de juro EURIBOR,⁷⁴ acrescida de uma margem.

Em determinados contratos, encontramos uma definição, mais ou menos completa, de EURIBOR⁷⁵ e uma cláusula de contagem e vencimento dos juros⁷⁶, também ela, mais ou menos completa.

Nos contratos que, como se viu acima, admitam a introdução de limites à variação negativa do indexante, quando a mesma tenha sido introduzida⁷⁷, a forma de determinação dos juros a pagar resultará, pois, estritamente do acordo estabelecido entre as partes. Por regra, este determinará que, caso, na(s) data(s) relevante(s) para determinação dos juros a pagar, o valor do indexante se situe em terreno negativo, o mesmo deve ter-se como zero, implicando assim que, nestas situações a taxa de juro corresponda à margem acordada⁷⁸.

Já os efeitos da variação negativa de indexantes em contratos que não contenham disposições que visem limitar esta variação carecem de análise mais aprofundada, a qual será feita nas páginas que se seguem.

⁷⁴ Apesar de o indexante poder ser outro (nomeadamente a LIBOR denominada em euros), a EURIBOR é o indexante mais comumente utilizado em operações de crédito bancário em euros.

⁷⁵ A definição de EURIBOR concretamente inserida em contratos de crédito bancário poderá variar, nomeadamente em função do regime de cálculo dos juros relevante.

⁷⁶ Nestas disposições prevê-se, usualmente, a periodicidade do pagamento de juros, os respectivos períodos de contagem e as convenções aplicáveis (nomeadamente, forma de arredondamento do indexante e contagem de juros).

⁷⁷ A prática para este efeito é a introdução de disposições que prevejam que a variação negativa do indexante se encontra sujeita a um mínimo de zero ou que, caso negativo, o valor do indexante a ter em consideração para efeitos da determinação da taxa de juro a aplicar será zero. Ambas as formulações parecem eficazes para o efeito e, aliás, em linha com a proposta de redacção formulada, desde 12 de Setembro de 2011, pela *Loan Market Association* para utilização nas minutas padrão produzidas por esta associação.

⁷⁸ No caso de um contrato de mútuo que vença juros a uma taxa de juro correspondente à soma da EURIBOR a 3 meses acrescida de uma margem de 1% e no dia em que o valor da EURIBOR deva ser determinado a respectiva cotação seja -0,01%, a taxa de juro a aplicar para efeitos da determinação dos juros a pagar na data de pagamento de juros correspondente será 1% (1%+0 e não (1%+(-0,01%))).

É, pois, oportuno aqui recordar que esta questão admite, do ponto de vista teórico, duas respostas. A primeira, que a taxa de juro variável resulta, exclusivamente, da operação matemática de soma do valor da cotação do índice de referência e da margem contratada, pelo que o valor do índice de referência, quando negativo, deve ser adicionado à margem, reduzindo o respectivo valor, e fazendo, assim, com que a taxa de juro (variável) a aplicar para determinação dos juros a pagar seja inferior à margem contratada^{79/80}. A segunda, que a margem contratada é, pela sua natureza, insusceptível de redução, pelo que a variação negativa da taxa de juro (variável) a aplicar para determinação de juros deve ocorrer, exclusivamente, na sua componente variável (*i.e.*, o índice de referência) até ao limite de zero, tendo, assim, a variação negativa da taxa de juro (ainda que variável) como limite a respectiva componente fixa (*i.e.*, a margem)⁸¹.

3.2 A variação negativa do indexante à luz do ordenamento jurídico português

Ficou atrás exposto o entendimento quanto à possibilidade de limitação, por via contratual, à luz do ordenamento jurídico português, da variação negativa de indexantes e, em paralelo, aquela que parece ser a melhor interpretação a dar ao transmitido, quanto a esta possibilidade, pelo BdP através da Carta Circular 26/2015/DSC.

Ficou, também aí, desde logo, exposto, por ser instrumental à conclusão a que se chegou, o entendimento de que o DL 240/2006 deve ser interpretado no sentido de não conter qualquer obrigatoriedade de contabilização de cotações negativas de

⁷⁹ No exemplo acima de um contrato de mútuo que vença juros a uma taxa de juro correspondente à soma da EURIBOR a 3 meses acrescida de uma margem de 1% e no dia em que o valor da EURIBOR deva ser determinado a respectiva cotação seja -0,01%, a taxa de juro a aplicar para efeitos da determinação dos juros a pagar na data de pagamento de juros correspondente será 0,90% ($1\% + (-0,01\%) = 0,90\%$).

⁸⁰ Para efeitos da reflexão feita no presente capítulo, não analisaremos a possibilidade de a variação negativa do indexante poder operar não, directamente, uma redução da margem contratada por via da operação matemática aqui descrita, mas sim, indirectamente, uma redução por via de compensação legal do montante que seria hipoteticamente devido pelo banco ao devedor em função das cotações negativas do indexante com o montante de juros a pagar por aplicação da margem. Este ponto será, no entanto, analisado no capítulo seguinte.

⁸¹ No exemplo de um contrato de mútuo que vença juros a uma taxa de juro correspondente à soma da EURIBOR a 3 meses acrescida de uma margem de 1% e, no dia em que o valor da EURIBOR deva ser determinado a respectiva cotação seja -0,01%, a taxa de juro a aplicar para efeitos da determinação dos juros a pagar na data de pagamento de juros correspondente será 1% ($1\% + 0$ e não $1\% + (-0,01\%)$).

indexantes na fixação do respectivo valor, tendo ficado, no entanto, adiada a análise do impacto destas conclusões no tratamento a dar a contratos em execução (que, naturalmente, não contenham disposições no sentido de impor tais limites)⁸².

Ora, neste contexto, importa agora referir também o seguinte: pelos mesmos motivos que entendo que o DL 240/2006 não impõe uma obrigatoriedade de contabilização de cotações negativas do indexante na fixação do respectivo valor, entendo, igualmente, que do mesmo não resulta qualquer regra (supletiva) que obrigue a tal contabilização no caso de o contrato não conter limites contratuais à variação negativa do indexante.

Adicionalmente, do restante quadro normativo aplicável à determinação de *juros bancários*⁸³ não parece resultar, imperativa ou supletivamente, tal obrigatoriedade.

Em suma, entendo não resultar do ordenamento jurídico português qualquer obrigatoriedade (seja de carácter imperativo ou supletivo) de contabilização de cotações negativas do indexante na fixação do respectivo valor, no caso de o contrato não conter limites contratuais à variação negativa do indexante.

Assim, aqui chegados, devemos questionar se, pelo contrário, do referido conjunto normativo resultarão elementos interpretativos no sentido de entender existirem limites legais (imperativos ou supletivos) à variação negativa dos indexantes⁸⁴.

Creio, também, que não.

Conforme vimos já, o artigo 3.º do DL 240/2006, é a disposição que mais de perto

⁸² Recorde-se que, em função da interpretação feita pelo BdP do artigo 3.º do DL 240/2006, o entendimento do BdP quanto a esta questão é, como já vimos, o que de “*nos contratos de crédito e financiamento em execução não podem ser introduzidos limites à variação do indexante que impeçam a plena produção dos efeitos decorrentes da aplicação da regra [constante do artigo 3.º do DL 240/2006]*”.

⁸³ Em especial, o artigo 102.º do Código Comercial, os artigos 559.º, 559.º-A, 1146.º, 1164.º e 1167.º do CC e os artigos 4.º do DL 51/2007 e o artigo 3.º do DL 430/91.

⁸⁴ Aqui nos referimos, exclusivamente, à variação negativa de indexantes enquanto elemento de determinação da taxa de juro a pagar pelo mutuário ao mutuante, com exclusão, portanto, do efeito que poderá hipoteticamente decorrer do facto de a taxa de juro global vir a apresentar um valor negativo, o qual será analisado separadamente no capítulo seguinte.

aborda esta matéria⁸⁵.

Ora, se, de acordo com o exposto no número antecedente, entendo que da referida disposição se não deve retirar uma obrigatoriedade de contabilizar, na determinação do valor do indexante, eventuais cotações negativas que se verifiquem no mês de referência relevante, entendo que da mesma não resulta também uma regra que, imperativa ou supletivamente, estabeleça tais limites. O propósito da norma era o que já acima se indicou e, assim, nada terá ficado estabelecido quanto à possibilidade de o indexante apresentar valores negativos, seja no sentido de estes serem contabilizados na determinação do indexante, seja no sentido de a margem dever ser, em qualquer caso, ser preservada.

Da mesma forma, não parece resultar do restante conjunto normativo potencialmente relevante⁸⁶, a existência de limites legais (imperativos ou supletivos) à variação negativa de indexantes, nem tão-pouco elementos interpretativos que permitam interpretar qualquer destes preceitos nesse sentido, com recurso aos critérios fixados no artigo 9.º do CC^{87/88}.

E estaremos perante uma lacuna na lei, a integrar nos termos do artigo 10.º do CC?

Parece também que não, com base na argumentação já apresentada no capítulo antecedente: na ausência (acima defendida) de normas que imponham regras para a

⁸⁵ Conforme referido no sub-capítulo 2.1 do presente título, as demais disposições aplicáveis ao cálculo de juros devidos ao abrigo dos contratos sob estudo – nomeadamente o artigo 102.º do Código Comercial, os artigos 559.º, 559.º-A, 1146.º, 1164.º e 1167.º do CC e os artigos 4.º do DL 51/2007 e o artigo 3.º do DL 430/91 – não se mostram relevantes para efeitos do estudo aqui realizado, na medida em que da aplicação das mesmas não decorre qualquer implicação na forma de fixação do valor de um indexante que seja utilizado na determinação dos juros a pagar.

⁸⁶ Uma vez mais, em especial, o artigo 102.º do Código Comercial, os artigos 559.º, 559.º-A, 1146.º, 1164.º e 1167.º do CC e os artigos 4.º do DL 51/2007 e o artigo 3.º do DL 430/91.

⁸⁷ Mas também não pela existência de uma regra supletiva de desconto do valor do indexante, quando negativo, à margem contratada, conforme defendido no capítulo antecedente.

⁸⁸ Sem prejuízo, é interessante notar que o preâmbulo do DL 240/2006 opera, na explicação dos seus objectivos, uma clara distinção entre aquilo que é a componente fixa da taxa (a margem) e aquilo que é a sua componente variável (o indexante), indicando inclusivamente como um dos propósitos deste diploma conferir “a mesma visibilidade” a uma e a outra. A separação entre uma e outra componente pode ser retirada, também, do artigo 4.º do DL 240/2006, na medida em que manda aplicar as regras de arredondamento aí previstas ao indexante apenas. Poderíamos aqui estar perante um indício de que o legislador sempre considerou a margem como um elemento imutável na determinação da taxa de juro global e, assim, insusceptível de redução. Creio, no entanto, não ser este um elemento interpretativo suficientemente forte para suportar, por si só, o entendimento de que ele existe um “limite legal” à variação negativa do valor do indexante.

forma de contabilização do valor do indexante quando este apresente valores negativos, vale, o princípio geral da liberdade contratual consagrado no artigo 405.º do CC.

Assim, na ausência de limites legais à variação negativa dos indexantes, deve olhar-se ao acordo estabelecido entre as partes, nele procurando encontrar resposta às questões aqui em análise.

3.3 A variação negativa do indexante à luz do acordo contratual estabelecido

Começando por relembrar, pela sua centralidade na teoria geral dos contratos, o princípio geral recebido no artigo 406.º do CC de que os contratos devem ser *pontualmente* cumpridos, olhemos então para o acordo estabelecido entre as partes no sentido de estabelecer como proceder nos casos em que o indexante utilizado para determinação da taxa de juro a aplicar apresente valores negativos.

Conforme referido no início do presente capítulo, a generalidade dos contratos de crédito sob estudo que não contenha cláusulas limitativas da variação negativa do indexante prevê que os juros a pagar se determinem por aplicação, aos montantes em dívida, de uma taxa de juro correspondente à soma de um indexante (por regra, a EURIBOR) e uma margem, nada se dizendo expressamente sobre como proceder se a componente variável desta equação, o indexante, apresentar valores negativos.

Não estando, no caso *típico* acima apresentado, esta circunstância expressamente prevista⁸⁹, devemos olhar às regras interpretativas estabelecidas nos artigos 236.º e ss. do CC^{90/91}.

⁸⁹ Por *expressamente previsto* deve, para este efeito, entender-se uma previsão contratual que estritamente mande deduzir, ou não deduzir, o valor de uma taxa de referência negativa à margem contratada.

⁹⁰ Por remissão do artigo 3.º do Código Comercial e do artigo 10.º do DL 446/85, são estas as regras legais a aplicar na interpretação da generalidade dos contratos sob estudo.

⁹¹ É extensa a doutrina dedicada ao estudo das regras interpretativas constantes dos artigos 236.º e seguintes do CC. O presente trabalho não tem, no entanto, pretensão de contribuir para este estudo, limitando-se a utilizar as regras aqui estabelecidas de forma instrumental na reflexão quanto ao problema interpretativo em causa. Para doutrina portuguesa dedicada ao tema, veja-se, por exemplo, ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos IV, Funções. Circunstâncias. Interpretação*. Almedina, 2014 ou DUARTE, Rui Pinto, *A Interpretação dos Contratos*, Almedina, 2016.

Vejamos, uma a uma, estas regras.

Nos termos do artigo 236.º do CC, a declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição de real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele. Sempre que o declaratório conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida.

Nos termos do artigo 237.º do CC, em caso de dúvida sobre o sentido da declaração, prevalece, nos negócios onerosos, o que conduzir ao maior equilíbrio das prestações.

Nos termos do artigo 238.º do CC, não pode a declaração valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto do respectivo documento, ainda que imperfeitamente expresso. Esse sentido pode, todavia, valer se corresponder à vontade real das partes e as razões determinantes da forma do negócio se não opuserem a essa validade.

Finalmente, de acordo com o artigo 239.º do CC, na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissos, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta.

Apliquemos, então, as regras supra citadas na interpretação do acordo estabelecido entre as partes.

Vimos que o texto *típico* estabelece, então, o pagamento de juros sobre os montantes de capital em dívida *à taxa EURIBOR acrescida de uma margem*.

Qual o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório atribuiria a esta declaração negocial, com recurso ao critério estabelecido no artigo 236.º do CC, na circunstância de a taxa EURIBOR apresentar um valor negativo?

A interpretação a dar-se à declaração negocial *típica* acima apresentada, com recurso apenas ao elemento literal, parece ser a de que a taxa de juro resulta, tão-somente, da soma dos dois valores apresentados e que, conseqüentemente, nada se dizendo

relativamente à variação negativa da componente variável do juro, deve este, quando negativo, ser somado ao valor da margem, assim reduzindo o respectivo valor. Parece ser este o sentido que o declaratório normal retiraria deste preceito.

Ora, tendo a considerar que, sendo este o entendimento que mais de perto acompanha o significado imediato da letra do acordo alcançado, deve este ser privilegiado, pelo que, na ausência de mais fortes argumentos no sentido de suportar uma interpretação em sentido contrário, deve o mesmo prevalecer.

Neste contexto, porém, deve questionar-se a existência de elementos bastantes à conclusão chegada. Em especial, deve questionar-se se este seria de facto o sentido que o declaratório normal deduziria do comportamento do declarante, ou mesmo se este poderia, razoavelmente, contar com ele.

Contribui, em grande medida, para esta reflexão a argumentação de que a estrutura de preço de uma operação de crédito assentaria, tradicionalmente, na separação entre os custos a suportar pelo banco por forma a poder conceder o financiamento em questão (habitualmente designados de custos de *funding*, estes, variáveis) e o ganho financeiro efectivo estabelecido pelo banco por este para aceitar conceder o financiamento (*i.e.*, a margem), o qual é estabelecido sob a forma de uma taxa percentual fixa, devendo, assim, esta manter-se intangível durante toda a vida do financiamento⁹².

Pela centralidade desta linha de argumentação na reflexão que aqui se pretende fazer, as páginas seguintes são dedicadas à análise deste argumento.

Como vimos já, esta linha de raciocínio assenta no facto de a convenção de juros variáveis se decompor, no modelo financeiro que está na sua origem, em dois elementos distintos: de um lado, os custos de financiamento que o banco há de suportar com a concessão do financiamento e de outro a margem a aplicar, sendo esta

⁹² Este foi, por exemplo, o entendimento da Associação Portuguesa de Bancos conforme consta do comunicado emitido por esta associação a 11 de Março de 2015 (acessível em http://www.apb.pt/sala_de_imprensa/comunicados/apb_sobre_as_euribor_negativas), entendimento esse, no entanto, não acolhido pelo BdP conforme se retira da Carta Circular 26/2015/DSC.

determinada, em grande medida, pelo risco de crédito associado à operação de crédito específica.

Ora, assim sendo, a plasticidade da taxa de juro *variável* resultaria, exclusivamente, das vicissitudes da sua componente incerta, porquanto a componente fixa da remuneração - a margem - teria sido fixada em função de circunstâncias concretas (o risco de crédito associado à operação), verificadas por referência a um momento concreto (a data da contratação ou da conclusão da análise de crédito), assim se convencioneando, pelo menos implicitamente, que esta componente permanece invariável durante toda a vida do financiamento⁹³.

O argumento, tem, no meu entender, mérito.

Parece razoável considerar que, à data da celebração de determinados contratos sob estudo⁹⁴, a expectativa do mutuário era, salvo acordo posterior com o banco, pagar-lhe juros à taxa resultante da soma do indexante e da margem. Ora, nesse sentido, a sua expectativa seria, (ressalvado um eventual acordo posterior com o banco) a de pagar sempre, pelo menos, juros correspondentes à margem contratada. Por outras palavras, é crível que o devedor tenha configurado como possível que o valor do indexante pudesse variar negativamente para um valor, no limite, de zero, mas que não tenha representado como possível poder vir a pagar ao banco juros determinados por aplicação de uma taxa de juro que não fosse, pelo menos, igual à margem contratada⁹⁵.

⁹³ A variação das circunstâncias que estiveram na base da fixação de determinado *spread* poderá, dependendo do acordo estabelecido entre as partes, e respeitando este quadro normativo aplicável, dar lugar a uma alteração unilateral da margem contratada. Esta é, no entanto, uma problemática diferente, que não será abordada directamente neste trabalho.

⁹⁴ Aqueles que tiverem sido contratados num momento em que as partes não pudessem razoavelmente antecipar a entrada de indexantes em terrenos negativos.

⁹⁵ Há, no entanto, um argumento que se poderia, desde logo contrapor: ainda que se entenda que a margem é, pela argumentação acima exposta, insusceptível de redução, na medida em que a componente variável da estrutura remuneratória pretende espelhar os custos em que o banco incorre para conceder o financiamento, os quais são repercutidos no cliente (podendo, assim, ser maiores ou menores consoante a variação do indexante utilizado), uma vez que a entrada do indexante em questão em valores negativos é indicativa de que o custo do banco com a concessão do financiamento se tornou, ele próprio, negativo, que motivo haveria para não fazer repercutir no cliente esta vantagem económica? A resposta a esta questão contempla níveis de complexidade diferentes. Veremos, adiante, a importância desta reflexão quando abordarmos o hipotético surgimento de uma obrigação de pagamento do mutuante ao mutuário e, também, quando abordarmos possíveis desenvolvimentos legislativos quando a esta matéria. Por hora, para efeitos da análise às disposições contratuais sob estudo à luz

No entanto, esta formulação, apesar de ser, efectivamente, defensável⁹⁶, não fica inequivocamente demonstrada uma vez que não parece certo que o declaratório normal deva ter suficientes conhecimentos sobre a estrutura típica de formação do preço de uma operação de crédito. Por outras palavras, não é certo que o declaratório normal deva deduzir do comportamento do declarante ser este o sentido da declaração negocial emitida.

Ora, aqui chegados, parecem admissíveis duas conclusões: a primeira, que a declaração negocial pode ser interpretada com recurso aos critérios estabelecidos no artigo 236.º do CC; a segunda, que subsistem dúvidas a dissipar com recurso ao critério estabelecido no artigo 237.º do CC (ou que a mesma, simplesmente, não dispõe sobre esta matéria, devendo esta lacuna ser integrada com recurso aos critérios estabelecidos no artigo 239.º do CC).

Parecem existir argumentos atendíveis para defender uma e outra posição⁹⁷.

Tendo a considerar em geral que, não obstante os méritos da argumentação apresentada quanto à intangibilidade da margem enquanto componente fixa da taxa de juro, o sentido literal do texto do acordo estabelecido entre as partes é suficientemente unívoco para que prevaleça. E nomeadamente porque, face à sua redacção, parece ser efectivamente esse o sentido que o declaratório normal lhe daria e que deduziria do comportamento do declarante (contribuindo decisivamente para esta conclusão o facto de não ter ficado demonstrado que o devedor esteja ou tivesse estado suficientemente informado sobre a forma típica de formação de preços de operações de crédito). Assim, tendo a considerar que, com recurso apenas às regras

do critérios interpretativos constantes dos artigos 236.º e seguintes do CC, bastará dizer-se que esta linha de contra-argumentação não tem suporte na letra do acordo celebrado entre as partes na medida em que não se retira de qualquer disposição *típica* que o indexante pretenda reflectir o custo de obtenção de recursos (custo de *funding*), não sendo, de igual forma, crível que o declaratório normal possa legitimamente retirar este sentido da declaração negocial emitida.

⁹⁶ Sendo tanto mais defensável quanto o grau de sofisticação do “declaratório normal” a utilizar para efeitos da aplicação do critério interpretativo aqui em questão.

⁹⁷ Em coerência com esta afirmação, a regra constante do artigo 238.º não parece ter utilidade na medida em que entendendo existirem argumentos para defender que a declaração negocial em questão pode ser interpretada em dois sentidos distintos (pelo que ambos terão um mínimo de correspondência com o texto do documento). Veremos adiante a hipótese de se entender estarmos perante uma lacuna contratual, a integrar nos termos do artigo 239.º do CC.

estabelecidas no artigo 236.º do CC, poderíamos já retirar da declaração negocial a resposta à questão aqui discutida.

No entanto, face à existência de argumentos igualmente atendíveis (acima expostos) para sustentar ser outro o sentido da declaração em análise, admito poder recorrer-se aos demais critérios interpretativos estabelecidos no CC.

O artigo 237.º do CC estabelece regras aplicáveis aos casos duvidosos. Ou seja, para os casos em que *“a declaração, consultados todos os elementos utilizáveis para a sua interpretação de harmonia com o critério fixado no artigo anterior, comporta ainda dois ou mais sentidos, baseados em critérios de igual força”*⁹⁸.

Em caso de dúvida sobre o sentido de uma declaração negocial, determina o artigo 237.º do CC dever prevalecer, nos negócios onerosos (como é o caso), o sentido que conduzir ao maior equilíbrio das prestações.

Tendo em consideração os dois sentidos que parecem poder ser atribuídos à declaração negocial das partes, qual deles conduziria então a um maior equilíbrio das prestações?

Também aqui parecem defensáveis duas interpretações.

A prestação do banco é, tipicamente, a realização do mútuo e a do devedor a restituição do capital, acrescida dos respectivos juros.

Em concreto, analisa-se aqui o sentido a dar a uma declaração negocial que estabelece os termos de uma das prestações a efectuar pelo devedor, o pagamento dos juros, ao abrigo da qual o devedor paga, sobre o capital em dívida, juros à taxa correspondente ao valor do indexante acrescido de uma margem.

Ora, uma interpretação possível seria a de que a redução da margem por via da variação negativa do indexante poderia conduzir a um desequilíbrio das prestações

⁹⁸ LIMA, Fernando Pires de, e VARELA, João Antunes, *Código Civil Anotado, Volume I, (artigos 1.º a 761.º)*, 4.ª ed. (ver. e act.), 1987, p. 224.

na medida em que poderia implicar que o credor fique obrigado à realização da sua prestação, enquanto o devedor possa, no limite, vir a ficar isento da respectiva contraprestação⁹⁹.

Em sentido contrário, poderá entender-se que, estabelecendo-se na convenção de juros sob estudo que os juros poderão variar, em sentido positivo, sempre que o valor do indexante variar positivamente, parece razoável admitir-se que a interpretação que conduz a uma maior equilíbrio entre as prestações é a de que estes deverão poder variar, de igual forma, em sentido negativo, em função da variação negativa do indexante, podendo assim, no limite, o valor do indexante, quando negativo, ser deduzido ao valor da margem¹⁰⁰. Por outras palavras, o devedor, por estar obrigado ao pagamento dos montantes de juros que resultem, sem limitação, da variação positiva do indexante, deverá poder beneficiar, também sem limitação (quanto à determinação do montante de juros a pagar), da variação negativa deste.

Entendendo-se que o problema interpretativo em causa deve ser resolvido com recurso aos critérios estabelecidos no artigo 237.º do CC, ambas as posições me parecem defensáveis¹⁰¹.

Opto, ainda assim, pela última.

Na verdade, as partes, ao acordarem o vencimento de juros a uma taxa de juro variável, acordaram, expressamente, que o devedor deve suportar os custos decorrentes da variação positiva do indexante. Nesta medida, a interpretação conducente ao maior equilíbrio entre as prestações parece ser a de que a variação negativa do indexante deve, de igual modo, produzir os seus efeitos na determinação da taxa de juro global a aplicar, ainda que desta interpretação possa resultar que a

⁹⁹ E, no limite, adquirir um direito a receber, do credor, nova prestação.

¹⁰⁰ Veremos, mais adiante, quais os limites (se existentes) a esta dedução.

¹⁰¹ Importa, no entanto, salientar que, quanto aos contratos sujeitos ao âmbito de aplicação do DL 446/85 – os quais correspondem, aliás, à maioria dos contratos de crédito sob estudo uma vez que a generalidade dos contratos celebrados com consumidores e dos contratos de *crédito à habitação* se encontra sujeita ao âmbito de aplicação deste regime legal - tendo em conta a regra constante do respectivo artigo 11.º, nos termos da qual as cláusulas contratuais gerais ambíguas têm o sentido que lhes daria o contratante indeterminado normal que se limitasse a subscrevê-las ou a aceitá-las, quando colocado na posição de aderente real, mas estabelecendo que, na dúvida, prevalece o sentido mais favorável ao aderente, deve a segunda prevalecer sobre a primeira.

mesma venha a ser, no limite, zero. Esta circunstância corresponderá, tão-somente, ao resultado do acordo negocial alcançado pelas partes no exercício da respectiva liberdade contratual. É também aquele o sentido que mais de perto acompanha o significado imediato da letra do acordo alcançado, o que me parece de relevar.

Sem prejuízo dos entendimentos acima expressos, parece-me também dever ser atendida a seguinte linha de argumentação: na medida em que as partes nunca configuraram como possível que o indexante viesse a apresentar valores negativos, a convenção de juros dispõe apenas quanto à forma de os determinar sempre que a componente variável dos juros se situa em terreno positivo, nada dispondo sobre como proceder quando o indexante apresente tais valores negativos.

Ora, neste caso, estaríamos perante uma lacuna contratual, a integrar à luz do disposto no artigo 239.º do CC.

Como vimos acima, nos termos deste preceito legal, na ausência de disposição especial¹⁰², a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissso, ou pelos ditames da boa fé, quando outra for a solução por eles imposta.

A primeira regra é, pois, a de atender à vontade presumível dos declarantes. Mas pode acontecer, como bem referem PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA¹⁰³ que, por essa via, se chegue a uma solução contrária aos princípios da boa fé, devendo, neste caso, prevalecer estes princípios.

Já a argumentação apresentada por PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA¹⁰⁴, de que o recurso aos ditames da boa fé reveste especial importância prática nos casos de não coincidência entre a vontade presumível de uma e de outra parte, me parece discutível. Não sendo, conforme já referido, o objectivo do presente trabalho contribuir para a doutrina que se dedica ao estudo da teoria geral da interpretação dos contratos, este ponto tem, no entanto, relevância para a análise que aqui se pretende

¹⁰² Que atrás vimos não existir.

¹⁰³ LIMA, Fernando Pires de, e VARELA, João Antunes, *Código Civil Anotado, Volume I...cit.*, p. 226.

¹⁰⁴ LIMA, Fernando Pires de, e VARELA, João Antunes, *Código Civil Anotado, Volume I...cit.*, p. 226.

fazer: esta regra manda, enfim, atender à vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissio. Ora, esta previsão resultaria, naturalmente, de um acordo entre as partes e não na emissão de declarações negociais autónomas. Por outras palavras, esta regra parece querer atender àquele que teria sido o acordo que as partes haveriam estabelecido se tivessem previsto o ponto omissio e não já como é que cada uma delas o teria proposto à outra (por outras palavras, manda atender à vontade contratual das partes e não de cada uma delas em separado).

Assim sendo, parece-me que, caso se entenda dever recorrer, para resolução do problema interpretativo em questão, à integração de uma lacuna contratual nos termos do artigo 239.º do CC, os critérios estabelecidos na lei diferirão ligeiramente dos estabelecidos no artigo 236.º do CC: se ali se procura atender ao sentido que o declaratório daria a uma declaração já emitida, aqui procura-se atender à vontade presumível das partes se tivessem previsto o ponto omissio.

Ora, no caso concreto, a assinalada diferença poderá conduzir a um resultado interpretativo distinto do alancado por aplicação dos critérios constantes do artigo 236.º do CC. Na verdade, se parece razoável considerar, como atrás considerámos, ser legítimo ao declaratório normal deduzir do comportamento do declarante que o sentido da declaração negocial implica que a variação do indexante, quando negativa, deve ser acrescentada à margem (reduzindo assim o respectivo valor)¹⁰⁵, já não parece seguro afirmar-se que esta seria, por regra, a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissio.

Diria aliás que, na maioria dos casos, a aplicação dos critérios estabelecidos no artigo 239.º poderá conduzir à solução interpretativa contrária. É indiscutível que a vontade do banco, caso tivesse previsto a circunstância de o indexante apresentar valores negativos teria sido (pelos motivos de forma de estruturação de preços de operações de financiamento já acima aludidos) o de assegurar que da mesma não poderia, em qualquer caso, resultar uma redução da margem contratada. Mas é também razoável

¹⁰⁵ Ou, pelo menos, que, na ausência de elementos interpretativos suficientemente fortes que permitam concluir que este mesmo declaratório normal devesse ter configurado ser outro o sentido da declaração ou, no limite, que a mesma poderia comportar um sentido diverso.

entender que o devedor, caso tivesse representado esta circunstância, não se teria oposto a tal previsão. Assenta este entendimento no seguinte: acordando as partes na limitação da variação negativa do indexante, torna-se desnecessário que o banco proponha (ou imponha) mecanismos adicionais de conservação da rendibilidade acordada para a operação (por via, por exemplo, de cláusulas indemnizatórias ou, pior ainda, de uma margem mais elevada do que a que estaria na disposição de oferecer caso ficasse estabelecida a respectiva intangibilidade), o que manifestamente faria se tivesse representado a circunstância de o indexante vir a apresentar valores negativos. Ora, neste contexto, parece-me defensável entender-se que o devedor teria interesse (também ele) em optar pela limitação da variação negativa do indexante.

Neste sentido, vejo com dificuldade que a declaração negocial referente à variação negativa de indexantes a integrar de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissis em questão possa ser outra que não a de contemplar que o valor do indexante a ter em conta para efeitos da determinação da taxa de juro global, não poderá, em qualquer caso, ser inferior a zero.

Em suma, entendo o seguinte:

- A declaração negocial em causa pode ser interpretada com recurso apenas às regras estabelecidas no artigo 236.º do CC. Nesse sentido, entendo dever prevalecer a interpretação de que, nada se dizendo quanto à limitação da variação negativa do indexante, deve o valor deste, quando negativo, ser somado à margem, reduzindo, assim, o respectivo valor.
- Caso, no entanto, se entenda que a declaração negocial em causa deve ser interpretada com recurso aos critérios adicionais estabelecidos no artigo 237.º do CC, parecem existir argumentos válidos para suportar um e outro entendimento (*i.e.*, redução da margem vs não redução da margem). Ainda assim, com recurso aos critérios estabelecidos neste artigo, entendo dever prevalecer a interpretação de que o valor negativo que o indexante apresente deve ser acrescido à margem, reduzindo o respectivo valor.
- Caso, no entanto, se entenda que estamos perante uma lacuna contratual a

integrar com recuso aos critérios estabelecidos no artigo 239.º do CC, vejo com dificuldade que a declaração negocial à integrar possa ser outra que não a de o valor do indexante, quando negativo, não será acrescido à margem, não reduzindo, assim, o respectivo valor.

3.4 Em especial:

3.4.1 A variação negativa do indexante como causa justificativa de modificação do contrato por alteração das circunstâncias

Ficou visto acima que, até determinado momento, as partes não previram, e não seria expectável poderem ter previsto, a circunstância de o indexante vir a apresentar valores negativos.

Vimos também a argumentação de que a redução da margem em virtude dos valores negativos que o indexante apresente contraria, frontalmente, os pressupostos em que o banco baseou o preço da operação de crédito, e, consequentemente, nos quais fundou a sua decisão de contratar.

Ora, independentemente da variação do indexante para valores negativos poder configurar uma circunstância que confira ao banco certos direitos contratuais, nomeadamente, de resolução contratual ou de alteração unilateral da margem contratada¹⁰⁶, pode questionar-se se esta não poderá conferir ao banco um direito à resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias nos termos admitidos no artigo 437.º do CC.

Esta é, contudo, uma matéria que não irá aqui ser desenvolvida^{107/108}.

¹⁰⁶ Tema esse que, como vimos acima, não é, no entanto, objecto do presente trabalho.

¹⁰⁷ Nesta medida, em especial, não é aqui tratada a questão de saber se a redução da margem se deve, ou não, considerar abrangida pelos riscos próprios do contrato.

¹⁰⁸ É extensa a doutrina disponível sobre o instituto da alteração das circunstâncias previsto no artigo 437.º CC. Para doutrina especificamente dedicada ao tema, veja-se ASCENSÃO, José de Oliveira, “Onerosidade excessiva por “Alteração das Circunstâncias””, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 65 – Vol. III, Dezembro 2005; CORDEIRO, António Menezes, *Da Alteração das Circunstâncias – a concretização do artigo 437.º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974*, AAFDL, 1987; DUARTE, Diogo Pereira, “Modificação dos contratos segundo juízos de equidade (contributo para a interpretação dos artigos 252.º, n.º2, e 437.º do Código Civil)”, *Separata da Revista “O Direito”*, ano 139.º, I, Almedina, 2007; FRADA, Manuel A. Carneiro, “Crise Financeira Mundial e Alteração das Circunstâncias: contratos de depósito vs. Contratos de

Sem prejuízo, deixo expresso o entendimento de que este regime, impõe, em qualquer caso, um importante requisito que, creio, não ficou demonstrado na análise feita nos capítulos antecedentes do presente título: que a exigência da obrigação (leia-se, no caso, a redução da margem) *afecte gravemente os princípios da boa fé*.

Na verdade, podendo concordar-se, ou não, com o entendimento de que a margem deve ser reduzida em função dos valores negativos que o indexante apresente, da argumentação atrás apresentada para sustentar esta posição, creio poder retirar-se, pelo menos, que tal entendimento não afecta, gravemente, os princípios da boa fé.

Ora, assim sendo, parece-me difícil poder defender-se a possibilidade de o banco poder proceder à resolução ou modificação unilateral do contrato por recurso ao instituto da alteração das circunstâncias previsto no artigo 437.º do CC¹⁰⁹.

3.4.2 O caso especial dos contratos já celebrados na vigência da política de taxas de juro negativas (que não prevejam expressamente a respectiva limitação)

Os entendimentos acima expressos têm como pressuposto que os contratos a que se referem foram celebrados num momento em que não era razoavelmente expectável que as partes pudessem ter representado a possibilidade de o indexante acordado para determinação da taxa de juro global a aplicar pudesse vir a apresentar valores negativos.

Ora, se esta é a problemática central da análise, deve ponderar-se se as respostas encontradas seriam outras caso o contrato em questão tiver sido celebrado num momento em que seria já expectável que as partes soubessem ou pelo menos

gestão de carteiras”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Dr. Sérvulo Correia*, Coimbra Editora, 2010; SERRA, Adriano Vaz, “Resolução ou Modificação dos contratos por alteração das circunstâncias”, *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 68, Julho, 1957; PROENÇA, José Carlos Brandão, *A Resolução do Contrato no Direito Civil*, Coimbra Editora, 1996.. Para uma análise da possibilidade de modificação ou resolução contratual de contratos de crédito à habitação em virtude da variação negativas das taxas de juro, veja-se BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *Direito Civil e Sistema Financeiro...cit.*, p. 166.

¹⁰⁹ Admitimos, no entanto, que a resposta poderia ser diversa no caso de, em virtude da redução da margem, poder surgir uma obrigação de pagamento do mutuante ao mutuário. O tema do hipotético surgimento de uma obrigação de pagamento ao mutuário será desenvolvido no capítulo seguinte. No entanto, em função das respostas que aí serão dadas, a temática resolução ou modificação contratual por alteração das circunstâncias não será retomada.

representassem, essa possibilidade.

Efectivamente, a partir de determinado momento, é legítimo pensar-se que a tendência de evolução negativa das taxas EURIBOR e a circunstância de as mesmas virem a apresentar, ou apresentarem já, valores negativos, em função da cobertura mediática de que foi alvo, passou ser conhecida da totalidade dos bancos e da generalidade dos potenciais mutuários.

A partir deste momento, não é mais possível afirmar que as partes desconheciam a possibilidade de o indexante vir a apresentar valores negativos pelo que, se assim é e as partes nada dispuserem quanto à limitação desta variação negativa, face aquele que vimos ser o texto do acordo de juros que consta tipicamente dos contratos sob estudo, deve entender-se que as partes não pretenderam, efectivamente, limitar a variação negativa do indexante. Esta leitura não me parece ser prejudicada pelo facto de os bancos terem prescindido da introdução de tais limites por forma a conformarem a sua prática com o entendimento do BdP quanto a esta matéria: tendo o banco aceite conformar-se com este, não lhe resta outra opção que não seja cumprir pontualmente o acordo estabelecido com o cliente¹¹⁰.

Nestes casos, parece-me efectivamente ser este o sentido da declaração negocial com recurso aos critérios estabelecidos no artigo 236.º do CC na medida em que seria este o sentido que um declaratório normal, colocado na posição de real declaratório, poderia deduzir do comportamento do declarante, sentido este com o qual o declarante poderia (aliás, deveria) razoavelmente contar.

¹¹⁰ Questão diferente é a de saber se as partes admitiram, consequentemente, o surgimento de uma obrigação de pagamento do banco ao mutuário em função da entrada da taxa de juro global em terreno negativo, a qual será abordada no capítulo seguinte.

4. A (hipotética) obrigação de pagamento ao mutuário

1. Ficaram acima expostos os possíveis caminhos interpretativos a percorrer para determinação dos efeitos decorrentes da evolução dos indexantes para valores negativos em contratos de mútuo que não prevejam limites à variação negativa do indexante em questão.

Ficou, em especial, exposto entendermos que, com recurso aos critérios interpretativos constantes do artigo 236.º do CC, a convenção de juros *típica* constante de tais contratos deve ser interpretada no sentido de o valor do indexante, quando negativo, dever ser acrescentado à margem, deduzindo, assim, o respectivo valor.

Os efeitos deste entendimento na execução dos contratos acima referidos conformam-se, aliás, com os efeitos que o BdP pretende ver retirados do entendimento que divulgou ter quanto a esta matéria (independentemente de este se encontrar suportado em argumentos de outra natureza).

No entanto, este entendimento conduz a nova interrogação: como devem então as partes proceder se, da adição do valor (negativo) do indexante¹¹¹ à margem contratada, resultar um valor, também ele, negativo? Por outras palavras: como proceder no caso de, em resultado da adopção da solução interpretativa acima indicada, a taxa de juro global vir a apresentar um valor negativo?

É oportuno lembrar as questões que genericamente se formularam quanto a esta matéria no capítulo introdutório deste trabalho: deve admitir-se que da circunstância da taxa de juro global apresentar um valor negativo possa resultar uma prestação de juros que apresente um valor negativo e que, por sua vez, tal circunstância origine uma obrigação de pagamento do mutuante ao mutuário ou, *pelo contrário*, deve entender-se que da convenção de juros em questão não pode, em circunstância alguma, resultar tal obrigação de pagamento?

¹¹¹ A fixar nos termos previstos no artigo 3.º do DL 240/2006, ou, caso admissível, nos termos livremente estabelecidos entre as partes.

Da mesma forma que procurámos, na lei e no contrato, resposta às questões colocadas pela entrada em terreno negativo do valor dos indexantes, procuraremos aí também, nas páginas que se seguem, respostas às interrogações acima enunciadas.

Cumpre, no entanto, aqui fazer uma clarificação conceptual.

A problemática objecto das páginas que se seguirão tem sido referida como a potencial *remuneração negativa* dos contratos de crédito¹¹². Trata-se de uma leitura conceptualmente útil do ponto de vista da análise económica do contrato, em particular dos efeitos que decorreriam do facto de a taxa de juro global do contrato apresentar valores negativos, mas, contudo, imprecisa. A aplicação de uma taxa percentual negativa sobre o capital em dívida resultaria num montante negativo, pelo que a remuneração seria, *nesta medida*, negativa. No entanto, o pagamento de um montante negativo é, naturalmente, um contrassenso e uma impossibilidade: o que verdadeiramente sucederia seria o surgimento de uma obrigação de pagamento em sentido inverso, no caso, do mutuante em favor do mutuário¹¹³. É desta possibilidade que tratam as páginas que se seguem.

2. Deve, desde logo, rejeitar-se que a resposta a estas questões decorra, necessariamente, da opção interpretativa tomada na resolução da problemática que lhe está subjacente. Em concreto: considerar-se que o valor do indexante, quando negativo, deve ser acrescentado à margem (deduzindo, assim, o respectivo valor) não implica que se tenha, obrigatoriamente, de concluir que, se desta operação matemática resultar um valor global negativo, então o mutuante fica obrigado a efectuar um pagamento ao mutuário. Uma resposta desta natureza não teria em consideração que da mesma resulta um efeito jurídico novo (e da maior importância) que deve ser, ele também, ponderado: o potencial surgimento de uma obrigação de

¹¹² Ver, por exemplo, as palavras do Governador do BdP em 27 e Abril de 2016 aquando da Audição Parlamentar N.º 45-COFMA-XIII, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheAudicao.aspx?BID=102002>.

¹¹³ Esta precisão técnica pode notar-se no Artigo 1.º da Decisão do BCE de 5 de Junho de 2014 relativa à remuneração de depósitos, saldos e reservas excedentárias (BCE/2014/23): “ (...) *uma taxa de juro negativa implica uma obrigação de pagamento, por parte do titular do depósito, ao banco central do Eurosistema relevante (...)*”.

pagamento do mutuante a favor do mutuário.

3. Admitir-se que, do acordo de pagamento de juros estabelecido entre o mutuante e o mutuário como retribuição do crédito concedido possa resultar uma obrigação de pagamento do mutuante ao mutuário representa uma alteração ao que vimos ser uma característica tradicionalmente apontada como central do mútuo oneroso e, em especial, do mútuo bancário: que o mutuário remunere o mutuante pela disponibilização do capital mutuado.

No entanto, devemos procurar saber se o Direito Bancário impõe esta característica e, se o faz, em que termos. Em especial, importa saber se, deste conjunto normativo, resulta ser juridicamente impossível que, do acordo de juros, estabelecido entre mutuante e mutuário, possa resultar um pagamento de juros daquele a este último.

Consoante as respostas obtidas às questões acima colocadas deveremos, finalmente, olhar ao acordo estabelecido entre as partes¹¹⁴, por forma a determinar como devem então os contratos sob estudo ser executados no caso de a soma da margem e do respectivo indexante resultar num valor negativo.

4. Um primeiro argumento quanto à impossibilidade de a circunstância em estudo poder resultar num pagamento do mutuante ao mutuário seria, desde logo o seguinte: admitir-se o surgimento de tal obrigação, e que do mesmo resulte a redução do montante da prestação de capital à qual a prestação de juros se reporta, poderia significar que o mutuário deixasse de cumprir, pontualmente, a obrigação a que ficou obrigado, por via do disposto no artigo 1142.º do CC, com a realização do mútuo: restituir outro tanto do mesmo género e qualidade.

Parece pacífico na doutrina¹¹⁵ que esta é, efectivamente, uma característica essencial

¹¹⁴ Relembre-se que em causa está, fundamentalmente, o tratamento a dar a contratos em curso, sem prejuízo do impacto que as resposta às interrogações aqui expostas poderão ter em contratos a celebrar no futuro (*i.e.*, poder vir a impor ou permitir certo tipo de soluções).

¹¹⁵ Veja-se, a título de exemplo, ENGRÁCIA ANTUNES: “*designa-se por empréstimo ou mútuo bancário o contrato pelo qual o banco (mutuante) entrega ou se obriga a entregar uma determinada quantia em dinheiro ao cliente (mutuário), ficando este obrigado a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade (“tantundem”), acrescido dos correspondentes juros.*”. (“Os Contratos Bancários...*cit.*”, p. 96). Aparentemente admitindo solução diversa, embora sem explicitação dos termos em que esta seria admissível veja-se, CORDEIRO, António Menezes, *Direito Bancário...cit.*, p. 668. Também, nesse sentido, afirma

do mútuo - o mutuário deve, em qualquer circunstância¹¹⁶, restituir ao mutuante o *tantundem*. Esta obrigação de restituição é, como vimos no Título I, elemento constitutivo do contrato¹¹⁷ - sem este não pode um contrato designar-se de mútuo.

Ora, resulta, assim, que um contrato de mútuo (celebrado ou a celebrar) não poderá admitir, sob pena de não configurar um verdadeiro contrato de mútuo, a possibilidade de vir a ser restituído ao mutuante um montante inferior ao que este emprestou ao mutuário¹¹⁸.

Mas quererá então isto dizer que, da circunstância de a taxa de juro global apresentar um valor negativo, não poderá, nunca, resultar uma obrigação de pagamento do mutuante ao mutuário?

Parece precipitada esta conclusão, na medida em que não considera os efeitos que podem decorrer do facto de as obrigações de restituição e pagamento de juros serem, não obstante a dependência de uma (a obrigação acessória de pagamento de juros) relativamente à outra (a obrigação principal de restituição do capital mutuado), autónomas entre si^{119/120}.

Com efeito, em função desta autonomia, é teoricamente possível configurar uma situação em que, mantendo-se o mutuário obrigado à realização da prestação *de*

MAFLADA MIRANDA BARBOSA: “*Em última instância, isto terá de nos levar a concluir que o ordenamento jurídico admite, sem que haja descaraterização do mútuo bancário, que o mutuário venha (teoricamente) a restituir menos capital do que o recebido.*” (*Direito Civil e Sistema Financeiro...cit.*, p. 166). A Autora suporta este entendimento no facto de o ordenamento jurídico, em especial, o artigo 3.º do DL 240/2006, impor que a variação do indexante se reflita necessariamente na determinação do juro. Parece-me, salvo melhor opinião, ser esta leitura do artigo 3.º do DL 240/2006 (independentemente de se concordar, ou não com ela) insuficiente para que se tenha de concluir que o ordenamento jurídico admite, que o mutuário possa vir a restituir ao mutuante menos capital do que o recebido. Haverá, sempre, que determinar-se a que título poderia esta redução operar, o que a Autora aparentemente não faz.

¹¹⁶ Excepção feita apenas a casos de não cumprimento legítimo nos casos em que se entenda estarem reunidos os requisitos de exercício de tal direito nos termos estabelecidos no artigo 248.º do CC.

¹¹⁷ Neste sentido, veja o que refere o Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra n.º 749/08.0TB TMR.C1, de 29 DE Junho de 2010 “*são elementos constitutivos do contrato de mútuo (artigo 1142.º do CC) a entrega a outrem de dinheiro ou coisa fungível e a obrigação de restituir a coisa ao mutuante*”.

¹¹⁸ A restituição de montante superior ao mutuado não parece também ser admissível: ou o excedente configuraria, contratualmente, um elemento remuneratório adicional ou a realização de uma prestação indevida, tendo o mutuário direito à respectiva restituição.

¹¹⁹ Vide artigo 561.º do CC.

¹²⁰ Assinalando esta autonomia, ver, por exemplo, PATRÍCIO. J. Simões, *Direito Bancário Privado*, Quid Juris?, 2004, p. 299-300; LIMA, Fernando Pires de, e VARELA, João Antunes, *Código Civil Anotado, Volume I...cit.*, p. 575.

capital no preciso montante em que está obrigado a realizá-la, possa, ainda assim, ter adquirido, por força da convenção de juros celebrada com o mutuante, um direito a receber do mutuante certo pagamento: admitindo-se esta possibilidade, verificar-se-ia, então, como procederia o mutuante ao pagamento em questão e, em especial, se estariam reunidos os requisitos para que tal pagamento pudesse operar-se por compensação, nos termos estabelecidos nos artigos 847.º e ss. do CC. Reunidos tais requisitos, seria então impreciso dizer-se, sem mais, que a prestação de capital seria *reduzida*: o montante entregue pelo mutuário ao mutuante para efeitos do cumprimento (parcelar) da obrigação principal de restituição do capital mutuado seria, efectivamente, inferior ao estabelecido no acordo entre as partes quanto ao parcelamento desta restituição, mas não porque tivesse passado a ser devido ao mutuante a restituição de um montante inferior ao que mutuou ao mutuário, apenas porque o mutuário adquiriu, *paralelamente*, um crédito sobre o mutuante, o qual compensaria, nos termos legais.

A questão de fundo parece, então, estar em saber se a convenção de juros estabelecida em contratos de mútuo admite que da mesma possa vir a resultar um pagamento do mutuante ao mutuário.

5. Questão prévia à acima enunciada é a de saber se o mútuo bancário tem, obrigatoriamente, de ser oneroso (ou remunerado) e, sendo-o, se tal se mostra impeditivo de se poder admitir o surgimento de uma obrigação de pagamento do mutuante em favor do mutuário.

A questão coloca-se na medida em que, sendo, como vimos, o mútuo bancário um empréstimo mercantil, a este se aplica o disposto no artigo 395.º do Código Comercial que determina que o empréstimo mercantil *é sempre remunerado*¹²¹.

¹²¹ Neste sentido, ENGRÁCIA ANTUNTES afirma que “(...) tal como o empréstimo mercantil, o empréstimo bancário é tipicamente um negócio oneroso, vencendo juros”. (*Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, 2009, p. 98); ANTÓNIO PEDRO A. FERREIRA “O mútuo bancário é, por definição, um empréstimo em dinheiro, de natureza comercial e obrigatoriamente sujeito a remuneração (...)” (*Direito Bancário*, Quid Juris, 2009, p. 627).

No entanto, conforme entende alguma doutrina¹²², esta disposição parece ter um carácter presuntivo e não impositivo pois não se vê motivo para as partes não poderem, em função de circunstâncias específicas, acordar a contratação de um mútuo gratuito.

Efectivamente, o mútuo bancário gratuito, ou não remunerado, não parece, ser, em si mesmo¹²³, proibido por esta, ou outra qualquer norma, sendo, assim, admissível.

Nesta medida, parece, também, admissível que, da convenção de juros inserida em contrato de mútuo bancário oneroso¹²⁴, possa resultar, por aplicação do acordo estabelecido, virem a não ser devidos – parcialmente, em uma ou mais datas de pagamento de juros, ou totalmente, em todas elas - juros ao mutuante.

Mantém-se, assim, a questão enunciada: poderá então resultar da convenção de juros estabelecida um pagamento do mutuante ao mutuário?

6. Vimos, no ponto anterior, que o contrato de mútuo bancário parece admitir que, do acordo de pagamento de juros estabelecido, resulte não serem devidos juros ao mutuante. Mas poderá, então, admitir-se que, da aplicação das regras estabelecidas nesse mesmo acordo de juros, resulte o surgimento de uma obrigação de pagamento do mutuante ao mutuário? Em caso afirmativo, que natureza teria a obrigação de pagamento em questão?

Devemos, aqui, olhar ao que ficou dito no Título II relativamente ao contrato de

¹²² Neste sentido, defende MENEZES CORDEIRO que “a retribuição “automática” [do empréstimo mercantil] tem, hoje, pouco mais sentido do que reforçar a presunção (...) de onerosidade do artigo 1145.º do CC. Na verdade, mesmo no Direito comercial, não vemos qualquer obstáculo a que, entre comerciantes e no exercício do seu comércio, sejam celebrados mútuos gratuitos.” (*Direito Bancário...cit.*, p.627).

¹²³ Esta conclusão não prejudica, naturalmente, a hipótese de se poder considerar contrário do fim social do mutuante a celebração de tal contrato na medida em que a sua celebração não se mostre justificada, mas esse é um problema de outra natureza. Interessa, para os efeitos deste trabalho, determinar apenas que o Direito Bancário admite a possibilidade de celebração de negócios desta natureza.

¹²⁴ No que especificamente diz respeito aos contratos sob estudo, deve dizer-se que o facto de não serem devidos juros ao mutuante em determinada data de pagamento (e mesmo que se admita, inclusivamente, o surgimento, nessa data, de uma obrigação de pagamento de juros ao mutuário) não parece implicar, necessariamente, que o mútuo perca o seu carácter oneroso: sendo as obrigações de pagamento de juros, em regra, periódicas, e devidas postecipadamente, apenas no final do contrato se poderia concluir, definitivamente, se o mútuo em questão foi, ou não remunerado. Assim, a defesa da impossibilidade do surgimento de uma obrigação de pagamento ao mutuante ao mutuário com base, apenas no argumento da exigência de onerosidade de o mútuo bancário deverá, em qualquer circunstância, ter em consideração este ponto.

mútuo e, em particular, quanto à convenção de juros.

7. A primeira análise a fazer é, naturalmente, se da convenção de juros pode resultar uma obrigação de pagamento de juros do mutuante ao mutuário.

Deve assinalar-se, desde logo, que, na medida em que o legislador não representou, na feitura da legislação especial que especificamente regula os juros ditos *bancários*¹²⁵, a possibilidade de o indexante de um juro variável vir a apresentar valores negativos, naturalmente não previu, também, a possibilidade de a taxa de juro global resultante da adição da margem ao valor do indexante vir, esta também, a apresentar um valor negativo. De igual forma, não contempla, também, a possibilidade de, por outra via, virem a ser pagos juros ao mutuário.

Na verdade, este conjunto legislativo dedica-se, em exclusivo, a regular a cobrança de juros pelos bancos aos seus clientes. Ora, nesta medida, e tendo especialmente em conta não ter o legislador previsto a possibilidade de a taxa de juro variável poder vir a apresentar num valor negativo¹²⁶, este não prevê, nem contém elementos interpretativos dos quais se possa, por si só, retirar, a admissibilidade (mas também não a inadmissibilidade) de virem a ser pagos juros ao mutuário.

Em qualquer caso, sendo esta uma matéria que transcende o campo do Direito Bancário, a resposta à questão em causa deve procurar-se no regime geral (de *direito comum*¹²⁷) aplicável ao mútuo e à convenção de juros que lhe seja acessória: os artigos 559.º, 559.-A e 1142 e s. do CC, assim como os artigos 395.º e ss. do Código Comercial.

8. O carácter *tipicamente* oneroso do mútuo e sua remuneração por via de pagamento de juros ficou visto no Título II.

Conforme aí se indicou, o artigo 1146.º do CC determina que as partes podem convencionar o pagamento de juros como retribuição do mútuo. Ficaram também aí

¹²⁵ Em especial, conforme vimos no Capítulo II, os DL 240/2006 e 171/2007.

¹²⁶ Não tendo, de igual forma, previsto a circunstância de o mutuante vir a fixar uma taxa de juro (fixa ou variável) negativa.

¹²⁷ PATRÍCIO. J. Simões, *Direito Bancário...cit.*, p. 302.

indicados os traços essenciais da obrigação de juros e as especificidades que pode assumir no caso particular do *juro bancário*¹²⁸.

O que de seguida se procurará determinar é a admissibilidade, ou inadmissibilidade, no ordenamento jurídico português, de, ao abrigo de um contrato de mútuo bancário, poder surgir uma obrigação de pagamento de juros ao mutuário.

9. Conforme ficou visto no Título II, não existe, no ordenamento jurídico português, uma definição legal de juro, nem tão-pouco de obrigação de juros (v. artigo 559.º e ss. do CC)¹²⁹.

Em qualquer caso, das diferentes propostas de definição do conceito de juro¹³⁰ parece resultar, desde logo, um ponto consensual¹³¹: o seu carácter remuneratório pela disponibilização do capital.

O juro é, assim, um rendimento do capital¹³², um preço a pagar pelo mutuário pelo

¹²⁸ Em rigor, do juro remuneratório do crédito bancário.

¹²⁹ Como assinala NEVES, F. Correia das, *Manual dos Juros...cit.*, p. 14.

¹³⁰ Veja-se, exemplificativamente, as seguintes: “juros são frutos civis constituídos por coisas fungíveis, que representam o rendimento de uma obrigação de capital” VARELA, João Antunes, *Das Obrigações em Geral*, I, Almedina, 2005, p.633; “[Juros são] frutos civis constituídos por coisa fungíveis, que o credor aufere como rendimento de uma obrigação de capital e que variam em proporção do valor deste capital, do tempo durante o qual se mantém a privação deste e da taxa de remuneração” LIMA, Fernando Pires de, e VARELA, João Antunes, *Código Civil Anotado, Volume I...cit.*, p. 395; “uma quantidade de coisas fungíveis que pode exigir-se como rendimento de uma obrigação de capital, em proporção da importância ou valor do capital e do tempo durante o qual se está privado da utilização dele”; SERRA, Adriano Vaz, “Obrigação de Juros...cit.”, p. 159; “juro é, com efeito, um rendimento ou remuneração de uma obrigação de capital (previamente cedido ou devido a outro título) vencível pelo simples decurso do tempo e que varia em função do valor do capital, da taxa ou cifra de remuneração e do tempo de privação.” NEVES, F. Correia das, *Manual dos Juros...cit.*, p. 18; “juro é a remuneração que deve ser paga, pelo beneficiário do crédito, ao credor pelo serviço que lhe presta quando lhe permite o uso da soma de dinheiro durante determinado período.” PIRES, José Maria, *Direito Bancário, As operações bancárias*, vol. II, Editora Rei dos livros, 1995, p.191 ou, ainda, a proposta de definição legal apresentada VAZ SERRA “I. Juro é uma quantidade de coisas fungíveis, que pode exigir-se como rendimento de uma obrigação de capital, em proporção do montante ou valor desta e do tempo durante o qual se está privado da utilização do mesmo capital.” (“Obrigação de Juros...cit.”, p. 169).

¹³¹ Bem identificado por BASTOS, Miguel Brito, *O Mútuo Bancário...cit.*, p. 141 e exemplificado na anotação 295 aí constante

¹³² Neste sentido, defende VAZ SERRA que “a obrigação de juros é uma obrigação acessória da obrigação de capital, não podendo nascer sem esta última, visto que o juro é um rendimento do capital (...). Os créditos das prestações de juros constituem a retribuição ou correspondente da cessão do capital (...)” (“Obrigação de Juros...cit.”, p. 163-165).

crédito que lhe é concedido^{133/134}. Nesta medida, como bem apontam alguns autores¹³⁵, aquele (o juro) não nasce sem este (o crédito).

Ora, é indiscutível que o capital em questão pertence ao mutuante. É este que o empresta ao mutuário. O mutuário, pelo contrário, não disponibilizou ao mutuante qualquer capital, mantendo-se na obrigação de restituir ao mutuante o capital que temporariamente este lhe disponibilizou¹³⁶.

Sendo, pois, o juro uma remuneração pela disponibilização do capital¹³⁷, e sendo ele disponibilizado pelo mutuante, caberá, eventualmente, ao mutuário¹³⁸, o pagamento de juros como remuneração do capital que tomou de empréstimo, mas nunca o mutuante poderia ficar sujeito a um tal pagamento na medida em que nenhum capital lhe foi disponibilizado. Faltaria a tal pagamento a característica que parece consensualmente ser identificada como necessária para estarmos perante um pagamento de juros: que estes remunerem o capital temporariamente disponibilizado¹³⁹.

¹³³ Como aponta SIMÕES PATRÍCIO “o elemento remuneração não traduz mais do que o custo a suportar pelo beneficiário do crédito pelo adiantamento ou abono que lhe é feito por forma a tornar possível imediatamente o consumo ou o investimento para a realização dos quais não tem capacidade financeira” (*Direito Bancário Privado...cit.*, p. 289). Já MENZES CORDEIRO refere assinala que “a obrigação de juros pressupõe uma outra – a de capital. Posto isto, ela é determinada em função do montante desta (...)” (*Direito Bancário...cit.*, p. 627).

¹³⁴ Nesta medida, certa doutrina prossegue ainda assinalando casos em que não estamos perante pagamentos de juros. Ver, a este respeito, por exemplo, NEVES, F. Correia das, *Manual dos Juros...cit.*, p. 25.

¹³⁵ Neste sentido, NEVES, F. Correia das, *Manual dos Juros...cit.*, p. 55; SERRA, Adriano Vaz, “Notas acerca do contrato de mútuo...cit.”, p. 163.

¹³⁶ Em outro tanto do mesmo género e qualidade.

¹³⁷ Neste sentido, veja-se, por exemplo, LIMA, Fernando Pires de, e VARELA, João Antunes, *Código Civil Anotado, Volume II...cit.*, p. 768; e PEREIRA, Maria de Lurdes, e MÚRIAS, Pedro, “Sobre o Conceito e Extensão do Sinalagma”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão*, II, Almedina, 2008, p. 386.

¹³⁸ Refira-se, a este propósito, o que refere MENEZES CORDEIRO: “o mutuário fica, essencialmente, adstrito a: - pagar a retribuição – os juros – quando a ela haja lugar e; - restituir o tantumdem, isto é, coisa do mesmo género, quantidade e qualidade.” (*Direito Bancário...cit.*, p. 626) e, também, SIMÕES PATRÍCIO; “(...) é possível distinguir duas contraprestações a cargo do beneficiário: a restituição do tantumdem, por um lado, mero correlato da atribuição feita pelo credor, e a retribuição dos juros, por outro, respeitante à concessão de um prazo (...)” (*Direito Bancário Privado...cit.*, p. 299).

¹³⁹ Cabe aqui uma breve nota para assinalar que, no caso de se aceitar a natureza sinalagmática do contrato de mútuo, esta conclusão saireforçada porquanto, nesta concepção se configura, por vezes, existir uma verdadeira relação sinalagmática entre a obrigação de disponibilização do capital e a obrigação de pagamento de juros, naturalmente impeditivas de serem cumpridas pela mesma parte. Não sendo, no entanto, esta contenda decisiva para a reflexão aqui apresentada, e por economia de espaço, deixamo-la de parte. Sem prejuízo, para efeitos da observação aqui anotada, veja-se PEREIRA, Maria de Lurdes, e MÚRIAS, Pedro, “Sobre o Conceito e Extensão do Sinalagma...cit.”, p. 382.

Pelo exposto, creio, assim, ser de rejeitar a possibilidade de um mutuante poder, em virtude da convenção de juros estabelecida com um mutuário para remuneração do capital por si disponibilizado, poder vir, ele, a ficar obrigado ao pagamento de juros ao mutuário, independentemente do acordo que com este tenha estabelecido.

Creio, aliás, poder ir-se (um pouco) mais além: na medida em que a convenção de juros, em sentido próprio, visa, unicamente, estabelecer os juros a pagar, desta não poderão resultar outros efeitos que não o pagamento de juros ao mutuante^{140/141}. Outro efeito, em especial, um pagamento do mutuante ao mutuário, a admitir-se, não seria nem juro nem resultado da convenção de juros estabelecida¹⁴². Teria outra natureza e resultaria de convenção de outro tipo.

10. Mas será esta conclusão suficiente para se poder concluir não ser então possível que resultem, do acordo estabelecido entre as partes¹⁴³, em determinadas circunstâncias, obrigações de pagamento do mutuante em favor do mutuário?

Parece-me precipitada tal afirmação.

Como bem ficou visto já em diferentes locais deste texto, tem primazia, nos contratos de crédito bancário, o princípio da liberdade contratual¹⁴⁴, pelo que nenhum motivo haverá para excluir, de princípio, poderem as partes acordar que, em determinadas circunstâncias, o mutuante tenha de efectuar um pagamento em favor do mutuário. O que acima ficou estabelecido (apenas) foi que este pagamento não seria um juro, na medida em que este se destina, necessariamente, a remunerar capital disponibilizado,

¹⁴⁰ Ou, no limite, a terceiro que este indique. Neste sentido, SERRA, Adriano Vaz, “Obrigação de Juros”, *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 55, Abril 1956, p. 164 e LIMA, Fernando Pires de, e VARELA, João Antunes, *Código Civil Anotado, Volume I...cit.*, p. 575. Sem prejuízo, estes últimos aí referem ser “*duvidoso, porém, que a obrigação possa considerar-se com a natureza própria das obrigações reguladas nos artigos 559.º e seguintes*”.

¹⁴¹ Note-se que, em coerência com o pressuposto aqui explicitado de que apenas podem ser devidos juros a quem tenha disponibilizado capital, o próprio legislador estabelece regras de contagem de juros em função do capital em dívida (vide, por exemplo, o artigo 6.º, n.º 3 do DL 58/2013)

¹⁴² Por outras palavras, porventura tecnicamente até mais certas: a variação negativa da taxa de juro, em sentido estrito, terá, necessariamente, como limite, zero.

¹⁴³ Embora já não da convenção de juros em sentido próprio.

¹⁴⁴ Neste sentido, assinala ENGRÁCIA ANTUNES que “*os contratos bancários são dominados pela autonomia privada: em via de princípio, as partes são livres de celebrar e fixar o conteúdo das suas relações contratuais bancárias.*” (“Os Contratos Bancários...cit.”, p. 80).

capital esse que o mutuário não disponibilizou ao mutuante.

Ora, assim sendo, a que outro título poderia ser devido um pagamento do mutuante ao mutuário?

Ainda antes de analisarmos que pagamentos poderiam ser estes, merece atenção a seguinte linha de raciocínio, ainda no âmbito do pagamento de juros: a configuração desta prestação como rendimento do capital mutuado, mas devido a pessoa diferente do mutuante, no caso, ao mutuário.

Para tal, teria de admitir-se que é o mutuário quem originalmente está obrigado ao pagamento do juro, mas que, em virtude de a taxa de juro global apresentar um valor negativo, este pagamento deveria ser cedido pelo mutuante ao mutuário, originando, assim, um pagamento *em sentido inverso*.

Esta construção é inviável pois padece de dois erros de lógica evidentes. Em primeiro lugar, se é o mutuário quem está obrigado ao pagamento do juro e a taxa de juro apresenta um valor negativo, o montante da prestação de juros (como ficou, aliás, defendido no capítulo anterior) será zero. Se assim é, nenhum montante haveria para o mutuante ceder ao mutuário. Em segundo lugar, mesmo que este montante existisse (e não existe), na medida em que é cedido a quem o paga originalmente, naturalmente que deixaria o mutuário na mesma situação em que se encontrava antes da realização do pretendo pagamento em questão.

Afastada esta possibilidade, é de afastar, também, agora já no campo das possibilidades de poder ser devido ao mutuário outro pagamento que não juros, a hipótese de este pagamento consubstanciar uma obrigação de disponibilização de capital adicional. Nada haverá a opor a que as partes acordem que, na circunstância de o indexante apresentar um determinado valor negativo¹⁴⁵, o montante mutuado deverá ser acrescido, mas tal acordo, ainda que condicionado à verificação de factos aos quais se reporta a obrigação secundária, diria, em exclusivo, respeito à obrigação principal e permaneceria a dúvida relativamente ao efeito da taxa de juro negativa na

¹⁴⁵ Ou a taxa de juro global. O efeito seria, no caso, exactamente o mesmo.

quantificação dos juros a pagar.

A que título poderia, então, conceber-se um pagamento do mutuante a favor do mutuário?

Um caso se poderá vislumbrar: um pagamento que vise restituir ao mutuário algo indevidamente recebido. Este caso é, aliás comum. Pode o banco cometer (e por vezes comete mesmo) erros de cálculo nos montantes de juros a pagar, seja por erro na determinação da taxa de juro a aplicar, seja por erro na contagem dos juros; pode um erro informático dar lugar a um débito da conta bancária do mutuário, por conta de um pagamento de capital, ou de juros, ou de ambos, que não era nessa data devido, ou, pelo menos, não naquele montante. Nestes casos, verificado o erro, está, naturalmente o banco obrigado à restituição ao mutuário dos montantes que indevidamente recebeu deste¹⁴⁶. Esta obrigação de restituição resulta, regra geral, do dever de indemnizar que impende sobre o banco ao abrigo do regime geral da responsabilidade contratual (artigos 798.º e ss. do CC) na medida em que tem origem no incumprimento de deveres assumidos pelo banco ao abrigo do contrato de crédito (de cálculo do juro, de realizar, de proceder ao débito da conta bancária do cliente para pagamento, nas datas acordadas, dos montantes que aí forem devido). Mas resultaria também do regime da repetição indevido no caso de o pagamento em excesso não ter tido origem em qualquer incumprimento contratual por parte do mutuante mas de um erro do mutuário. Estaríamos aqui no âmbito do regime repositivo estabelecido no artigo 476.º do CC.

Assim, poderia a variação negativa do indexante que desse origem a uma taxa de juro global negativa originar um incumprimento contratual por sua vez gerador de um direito indemnizatório do mutuário?

Não se concebe como isso poderia suceder. A variação do indexante não depende do mutuante, pelo que, desde logo, não estaria preenchido o primeiro requisito da

¹⁴⁶ Sem prejuízo de outra responsabilidade (civil ou contraordenacional) em que incorra em virtude da respectiva actuação, mas esse não é tema que para aqui releve.

responsabilidade civil: facto voluntário e ilícito do agente.

Poderia então questionar-se a possibilidade de a taxa de juro global negativa poder gerar uma obrigação de restituição com fundamento no instituto do enriquecimento sem causa, onde se insere o dever restitutivo estabelecido no artigo 476.º do CC.

De acordo com o princípio geral do regime do enriquecimento sem causa¹⁴⁷, *aquele que, sem causa justificativa, enriquecer à custa de outrem é obrigado a restituir aquilo que injustificadamente se locupletou.*

Por forma a podermos justificar o surgimento de uma obrigação de pagamento do mutuante ao mutuário com base no regime do enriquecimento sem causa teríamos, assim, que considerar que o mutuante, em virtude de o indexante apresentar um valor negativo, *enriquece, sem causa justificativa, à custa do mutuário.*

Concebe-se, de facto, poder ser feita uma determinada leitura dos factos que conduziria a um aparente injustificado enriquecimento do mutuante à custa do mutuário. Esta seria, em traços gerais, a seguinte:

Se a componente variável da taxa de juro (i.e., o indexante) corresponde ao custo que o banco tem de suportar para obter os fundos que disponibiliza ao mutuário e a mesma componente apresenta um valor negativo, então isto significará que o banco não só não suporta custos na obtenção dos fundos a disponibilizar ao mutuário como é remunerado por tomá-los. Esta remuneração do mutuante seria, assim, injustamente conseguida à custa do mutuário, devendo, pois, ser-lhe restituída.

Retomaremos, no capítulo final, esta linha de raciocínio, onde ficará feita a defesa de que esta assenta numa premissa que não está demonstrada.

Por ora, para efeitos de determinar se por esta via poderia surgir uma obrigação de pagamento do mutuante em favor do mutuário, será suficiente dizer-se que esta é de afastar por não se verificar o pressuposto essencial deste instituto: a ausência de causa justificativa. Com efeito, a obrigação de pagamento de juros e a forma de fixação da

¹⁴⁷ Estabelecido no artigo 473.º do CC.

mesma em função da variação de um indexante foi estabelecida no âmbito do acordo contratual estabelecido entre as partes¹⁴⁸, pelo que neste encontra a sua causa justificativa. É, assim, no cumprimento ou incumprimento do acordo estabelecido, e nas leis que o regulam, que deverá ser aferido este pretense injustificado enriquecimento do mutuante à custa do mutuário¹⁴⁹. E, como acima ficou dito, não se vê como poderia a variação do indexante resultar num incumprimento contratual por parte do mutuante.

11. Vistas e afastadas as possibilidades acima, sobra, creio, uma última: a de este pagamento ser devido ao mutuário como renumeração, não de um capital, mas de um serviço que este lhe preste.

Esta possibilidade merece reflexão mais aprofundada.

Que serviço poderia ser este?

Conforme vimos no capítulo introdutório, a *deposit facility rate* do BCE apresenta, actualmente, valores negativos. Em resultado, o depósito de fundos *overnight* junto do eurosistema acarreta, actualmente, um custo para os bancos.

Vimos, também, que é esta medida de política monetária do BCE que está na origem das taxas EURIBOR apresentarem, elas também, valores negativos. Em consequência, o depósito interbancário na zona euro, comporta, também ele, um custo para os bancos depositantes.

Nessa medida, a concessão de crédito aos seus clientes permite ao banco, pelo menos, reduzir os custos que teria com o depósito de tal capital junto do eurosistema ou do mercado interbancário¹⁵⁰. Por outras palavras: o banco encontra nos seus clientes um

¹⁴⁸ Objecto, aliás, de significativa regulamentação.

¹⁴⁹ Neste sentido, veja-se, a título exemplificativo, LEITE CAMPOS: “O enriquecimento não terá causa quando, segundo a lei, não devia pertencer àquele que dele beneficia, mas a outrem, sendo necessário averiguar, por interpretação ou integração da lei, se esta o quer radicar no beneficiado ou não, sendo que na primeira hipótese não ocorre o pressuposto falta de causa. Operando-se a deslocação patrimonial mediante uma prestação, a causa há-de ser a relação jurídica que essa prestação visa satisfazer, donde que se esse fim falta, as obrigações resultantes do negócio ficam sem causa” (*A Subsidiariedade da Obrigação de Restituir o Enriquecimento*, Almedina, 2003, p. 317 e 412).

¹⁵⁰ É este aliás, precisamente, um dos efeitos pretendidos da política de taxas de juro negativas: fomentar a concessão de crédito.

depositário menos oneroso.

Ora, se assim é, poderia aqui identificar-se um interesse do banco na disponibilização de fundos aos seus clientes para além do seu tradicional interesse em obter rendimento pelo crédito que concede: o facto de, em determinadas circunstâncias, lhe ser menos oneroso disponibilizar fundos aos seus clientes do que depositá-los junto do eurosistema ou do mercado interbancário. Na prossecução de tal interesse, o banco actua, no entanto, já não enquanto mutuante, mas enquanto depositante.

Efectivamente, o instituto jurídico que regula a entrega, a outrem, de certa coisa para que este a guarde e a restitua, quando lhe for exigida é o depósito e não o mútuo. Quando tenha por objecto coisas fungíveis, adquire a natureza de depósito irregular, sendo-lhe aplicáveis as regras constantes dos artigos 1205.º e 1206.º do CC, que remetam para o regime do mútuo na medida do possível.

Teria, assim, que admitir-se que, ao abrigo de um contrato de mútuo bancário celebrado entre um banco e um seu cliente, este último pudesse, em determinadas circunstâncias, assumir, no interesse do banco, uma obrigação de guarda de dinheiro que lhe é disponibilizado ao abrigo de tal contrato, sendo, por isso, remunerado¹⁵¹.

Mas poderia um cliente actuar como depositário de um banco e, podendo-o, seria contratualmente admissível que pudesse actuar na qualidade ora de mutuário ora de depositário ao abrigo de um mesmo contrato?

Nada parece, de princípio, obstar a que um banco celebre com terceiro um contrato de depósito irregular, embora a capacidade do cliente para celebrar tal acordo possa encontrar-se, limitada, desde logo pelo disposto no n.º 1 do artigo 8.º do RGICSF, que determina que, regra geral¹⁵², só as instituições de crédito podem exercer a

¹⁵¹ Poderíamos indicar como traços gerais de um acordo deste tipo os seguintes: o banco, na sua qualidade de mutuante, entrega ao cliente, na sua qualidade de mutuário, determinado montante, o qual é remunerado a taxa de juro variável correspondente à soma da margem e do valor do indexante, sempre que este apresente um valor positivo. Caso o indexante apresente um valor negativo, este é adicionado à margem, reduzindo o respectivo valor. Quanto o cômputo da taxa de juro global apresente um valor negativo, tal implicará que o montante mutuado passe a ser tido como depositado junto do cliente, sendo assim devida pelo banco, enquanto depositante, uma remuneração ao cliente, enquanto depositário, a qual seria calculada em função do valor negativo que taxa de juro apresentasse.

¹⁵² Com a ressalva constante do n.º 3 deste artigo.

atividade de recepção *do público* de depósitos ou outros fundos reembolsáveis, para utilização por conta própria.

Admita-se, no entanto, que em determinadas circunstâncias, a lei permite a celebração de um tal acordo.

Quanto à possibilidade de este acordo ser estabelecido em contrato onde uma das partes actue, em paralelo, enquanto mutuante e depositante e a outra enquanto mutuária e depositária, não se vê porque negar esta possibilidade mas daí decorreria um importante efeito: deixar este contrato de ser (apenas) um contrato de mútuo.

Com efeito, como bem aponta MENEZES CORDEIRO “*o Direito bancário material, enquanto Direito privado, é dominado pela autonomia privada, genericamente consignada no artigo 405.º/1 do CC. As partes podem, pois, celebrar os contratos que entenderem, designadamente: - associar, num mesmo contrato, regras provenientes de dois ou mais tipos contratuais; (...) – engendrar figuras contratuais inovatórias.*”¹⁵³.

Ora, as obrigações assumidas pelas partes ao abrigo de um acordo desta natureza não só não se esgotaria nas regras que regulam o mútuo como incorporaria também regras aplicáveis ao depósito irregular. Estaríamos aqui perante um contrato misto, em sentido estrito¹⁵⁴.

Cabe aqui lugar a duas breves notas sobre a figura do depósito irregular¹⁵⁵, com interesse para a análise do contrato misto que aqui estamos a considerar.

¹⁵³ CORDEIRO, António Menezes, *Direito Bancário...cit.*, p. 411.

¹⁵⁴ Veja, a este respeito, o que assinala MENZES CORDEIRO dever entender-se por contrato misto em sentido estrito “*contrato misto em sentido estrito: aqueles que resultem da junção, num único instrumento contratual, de cláusulas retiradas de dois ou mais contratos típicos, nos contratos de tipo duplo ou geminados: uma das partes está ligada à prestação típica de um contrato enquanto que a outra deve realizar a prestação própria do outro*” (*Direito Bancário...cit.*, p. 412).

¹⁵⁵ Para doutrina geral sobre a figura do depósito, veja-se, CORDEIRO, António Menezes, *Direito Bancário*; ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos...cit.*; TELLES, Inocêncio Galvão, *Contratos...cit.*, 1954; ANTUNES, João Tiago Morais, *Do contrato de depósito escrow*, Almedina, 2007; PROENÇA, José Carlos Brandão, “Do dever de guarda do depositário e de outros detentores precários: âmbito e função, critério de apreciação de culpa e impossibilidade de restituição”, *Direito e Justiça*, vol. III, tomo 2, 1994, pp. 50 e ss.; LEITÃO, Luís M. Teles de Menezes, *Direito das Obrigações...cit.*; CAMANHO, Paula Ponces, *O contrato de depósito bancário*, Almedina, 2015.

A primeira destas notas diz respeito à natureza da remuneração que aqui considerada.

O artigo 1206.º do CC, que fixa o regime aplicável ao depósito irregular, determina serem aplicáveis a este, na medida do possível, as normas relativas ao contrato de mútuo¹⁵⁶. Neste contexto, entende alguma doutrina serem inaplicáveis ao depósito irregular as disposições referentes a juros¹⁵⁷, sendo indicado, inclusivamente, que, caso estes existissem, remunerariam o capital e seriam, em regra, suficientes para atribuir ao acto a natureza de mútuo e não de depósito¹⁵⁸.

Ora, tal entendimento não obsta, naturalmente, a que o contrato de depósito irregular preveja uma remuneração do depositário, a qual segue o regime previsto no artigo 1200.º do CC.

É, pois, naturalmente, essa a remuneração que aqui se considera e não o pagamento de um juro: ficou já assente que este último é, exclusivamente, um mecanismo de remuneração do capital.

O segundo aspecto que poderia suscitar dúvidas quanto à admissibilidade da figura contratual aqui analisada diz respeito ao prazo para cumprimento da obrigação de restituição.

Com efeito, tem entendido alguma doutrina¹⁵⁹ que o artigo 1147.º do CC é, também ele, inaplicável ao depósito irregular. Ora, nesta medida, como se justificaria o facto de o cliente continuar a beneficiar dos prazos de reembolso constantes do contrato que celebra mesmo quanto, por virtude da variação do valor do indexante, se deveria considerar que este actua como depositário e não como depositante?

¹⁵⁶ Sem prejuízo, naturalmente, de lhe serem aplicáveis as normas reguladoras do contrato de depósito, com excepção das que são afastadas pela natureza fungível da coisa depositada. Neste sentido, veja-se LIMA, Fernando Pires de, e VARELA, João Antunes, *Código Civil Anotado, Volume II...cit.*, p. 862.

¹⁵⁷ Neste sentido, MENEZES CORDEIRO “são inaplicáveis [ao depósito irregular] as regras relativas ao mútuo oneroso – artigos 1145.º e seguintes todos do CC.” (*Direito Bancário...cit.*, p. 572).

¹⁵⁸ Neste sentido, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA “as disposições dos artigos 1145.º 1146.º e 1147.º do CC, que se referem ao mútuo oneroso, são inaplicáveis. Os juros, como retribuição do capital, são de per si suficientes para atribuírem ao acto a natureza de empréstimo e afastarem a de depósito” *Código Civil Anotado, Volume II...cit.*, p. 862).

¹⁵⁹ Veja-se, por exemplo, LIMA, Fernando Pires de, e VARELA, João Antunes, *Código Civil Anotado, Volume II...cit.*, p. 862.

Esta temática encontra-se amplamente discutida na doutrina relativamente à natureza jurídica do depósito bancário¹⁶⁰ e, em especial, no caso de depósitos a prazo, não reembolsáveis antecipadamente. Para efeitos da caracterização contratual que aqui ensaiamos, bastará, no entanto, dizer-se que nada parece obstar a que, em respeito pelo princípio da liberdade contratual, o depósito irregular que aqui configuramos tenha características próprias, incluindo que o prazo para a restituição da coisa depositada seja estipulado em favor tanto do depositante como do depositário¹⁶¹.

Creio poder dizer-se, então, o seguinte: é conceptualmente admissível um contrato no qual um banco se comprometa a, verificados determinados factos (*i.e.*, uma determinada cotação do indexante abaixo de zero) pagar ao cliente uma remuneração pela entrega de fundos que lhe fez ou fará. Esta entrega terá de ter-se por feita no interesse do banco, não enquanto mutuante mas enquanto depositante e, assim, revestir a natureza de depósito e não de mútuo. Quando este acordo conste de contrato onde, verificando-se outras circunstâncias (*i.e.*, a cotação do indexante apresentar um valor positivo ou, no limite, zero) os fundos serem entregues pelo banco na sua qualidade de mutuante, este contrato não será, no entanto, nem exclusivamente de mútuo, nem exclusivamente de depósito, mas misto.

12. Vimos então que, apenas neste último caso se admitiria o surgimento de uma obrigação de pagamento do mutuante ao mutuário.

Devemos agora ver se algum dos contratos de crédito bancário sob estudo poderia ser interpretado no sentido que aí se admitiu.

Ora, tal parece ser de rejeitar.

Conforme já explicitado no capítulo anterior, o acordo estabelecido entre as partes deve ser interpretado com recurso às regras interpretativas estabelecidas nos artigos

¹⁶⁰ Não é pacífica na doutrina a natureza jurídica a atribuir ao contrato de depósito irregular. Maioritariamente qualificado como uma modalidade de contrato de depósito (nesse sentido, veja-se, por exemplo, LEITÃO, Luís M. Teles de Menezes, *Direito das Obrigações...cit.*, pp. 442) tem também sido qualificado como de mútuo (neste sentido, CAMANCHO, Paula Ponces, *Do Contrato de Depósito Bancário*, Almedina, 1998, P. 209 e como misto (neste sentido, CORDEIRO, António Menezes, *Direito Bancário...cit.*, p. 572).

¹⁶¹ Neste contexto, assinala-se, aliás, que alguma doutrina tem vindo a qualificar o próprio contrato de depósito irregular, precisamente, como contrato misto.

236.º e ss. do CC.

Entendo, no entanto, que para efeitos de aferir se o acordo contratual estabelecido entre as partes pode ser interpretado no sentido de admitir que possa vir a ser devido um pagamento do mutuante ao mutuário¹⁶² bastarão as regras estabelecidas no artigo 236.º do CC.

Como oportunamente referido, aqui se estabelece, desde logo, que a declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição de real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele.

Assim, para legitimar uma interpretação no sentido acima indicado, haveria que conceber-se que um declaratório normal pudesse retirar da declaração negocial emitida que esta prevê que, verificando-se determinadas circunstâncias, os montantes mutuados passam a ter-se por depositados junto do mutuário e que, em resultado, o mutuante (agora depositante) passa a ficar obrigado ao pagamento de uma retribuição ao mutuário (agora depositário)¹⁶³.

Ora, apesar de ter, a respeito do já muito invocado princípio da autonomia privada, admitido esta figura contratual como sendo admissível, creio também dever reconhecer-se que esta admissão é sobretudo válida relativamente a contratos a celebrar: com efeito, serão, senão inexistentes, pelo menos desconhecidos, os contratos onde se tenha querido estabelecer um tal acordo de vontades.

Nessa medida, parece impossível admitir que pudesse um declaratório normal, ou mesmo o real declaratório, ter atribuído tal significado à declaração negocial em questão. Mais: parece-me de todo improvável que a pudesse ter sequer considerado.

Deve aliás, fazer-se apelo a um elemento adicional.

¹⁶² O qual, conforme atrás visto, apenas se admite poder existir enquanto pagamento remuneratório de uma função de depositário assumida, ainda que pontualmente, pelo mutuário.

¹⁶³ Por outras palavras, que o acordo contratual tivesse por base uma dupla finalidade para o banco: em determinadas circunstâncias, a disponibilização do capital e, noutras, a guarda do depósito.

A convenção de juros prevê um pagamento do mutuário ao mutuante pela remuneração do crédito que este lhe concedeu. Ora, a letra do acordo estabelecido para o efeito admite que se discuta, e foi isso que exactamente se fez no capítulo antecedente, se a obrigação de pagamento que daí resulta pode ser reduzida, e, no limite deixar de ser devida, em virtude dos termos do acordo estabelecido para a respectiva determinação. Aí se defendeu, aliás, a interpretação de que tal poderia ocorrer. No entanto, não parece haver qualquer elemento na letra do acordo celebrado que permita admitir-se poder vir a ser devido um pagamento ao mutuário como remuneração de um serviço que este preste ou possa eventualmente prestar ao mutuante^{164/165}.

Adicionalmente, deve dizer-se que, contrariamente ao que se entendeu relativamente aos contratos que tenham sido celebrados já em ambiente de taxas de juro negativas, ou relativamente aqueles que venham a ser celebrados no futuro, a ausência de estipulação de limite mínimo de variação do indexante não parece consubstanciar elemento interpretativo que permita sustentar a interpretação requalificativa acima indicada. O texto da declaração negocial continuaria suficientemente afastado de tal desenho contratual para que se pudesse considerar ser esse o sentido que lhe daria um declaratório normal.

É, pois, de rejeitar qualquer interpretação de um contrato de mútuo, celebrado ou a celebrar, que pretenda a sua qualificação como contrato misto de mútuo e depósito irregular, com as características que acima se apontaram, ou outras semelhantes, e que, conseqüentemente, atribua ao mutuário um direito a receber do mutuante uma retribuição calculada em função do valor negativo que a taxa de juro global possa vir a apresentar.

São, também, de rejeitar, por não se configurarem como juridicamente possíveis, outras formas de surgimento de tal obrigação de pagamento, em especial, as vistas

¹⁶⁴ Recorde-se que, nos termos do artigo 238.º do CC “*Nos negócios formais, não pode a declaração valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto do respectivo documento, ainda que imperfeitamente expresso.*”

¹⁶⁵ Recorde-se que pagamentos de outra espécie, em especial, o pagamento de “juros” ao mutuário, ficaram desde logo afastados no número anterior.

nos pontos antecedentes.

Assim, em síntese, creio poder simplesmente dizer-se que, da convenção de juros constante de um contrato de mútuo, não poderá, em qualquer circunstância, resultar um pagamento remuneratório ao mutuário¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Cabe ainda fazer-se uma nota final quanto à seguinte linha de raciocínio: considerar-se que da convenção de juros resulta, então, não um pagamento ao mutuário na data de pagamento de juros em questão, mas a obrigação de deduzir tal montante ao montante de juros que o mutuário vier a ficar obrigado a pagar na data de pagamento de juros seguinte, e assim sucessivamente. Ora, tendo em conta a natureza periódica da obrigação de juros, o que aqui juridicamente sucederia, seria, tão simplesmente, o surgimento, na data de pagamento de juro em questão (ou seja, na data em que a obrigação de juros deveria ser cumprida), de um crédito do mutuário sobre o mutuante, que acima defendi não ser possível.

Diferentemente, e em respeito do princípio da liberdade contratual, não se levantam objecções a que a convenção de juros estabeleça que a taxa de juro a aplicar no período de contagem de juros seguinte deva ser reduzida por dedução da taxa de juro (negativa) que se haja verificado no período de contagem de juros anterior. Este acordo diria, em qualquer caso, apenas respeito a redução uma da taxa de juro a aplicar ao período de contagem de juro seguinte (que poderá incidir sobre um montante de capital diferente) e, assim, não ao tratamento a dar aos juros a pagar quando a taxa de juro a aplicar durante o período de contagem de juros relevante se mostre negativa, o que é o objecto do presente estudo.

III - CONCLUSÕES E NOTAS EM MATÉRIA DE POLÍTICA LEGISLATIVA

1. Conclusões

Da exposição feita no capítulo antecedente resultam conclusões várias, as quais julgo pertinente sintetizar de seguida.

(i) Quanto à introdução de cláusulas limitativas da variação negativa de indexantes

Não resulta do quadro normativo aplicável aos contratos de crédito sob estudo a impossibilidade de serem contratualizados limites à variação negativa de indexantes utilizados na determinação dos juros a pagar ao abrigo dos mesmos. Em especial, tal limitação não resulta do artigo 3.º do DL 240/2006 ou do DL 446/85.

A introdução de cláusulas desta natureza deve, assim, considerar-se admissível nos termos da lei portuguesa, em respeito do princípio da autonomia privada plasmado no artigo 405.º do CC.

Pretendendo, no entanto, as partes conformar-se com o entendimento expresso pelo BdP na Carta Circular 26/2015/DSC, o âmbito de aplicação do mesmo deve circunscrever-se aos contratos directamente sujeitos ao âmbito de aplicação do artigo 3.º do DL 240/2006 (*i.e.*, crédito à aquisição, construção e realização de obras em habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento e para aquisição de terrenos para construção de habitação própria) e aos contratos que, encontrando-se sujeitos âmbito de aplicação do DL 171/2007 (*i.e.*, generalidade dos contratos de crédito e de financiamento celebrados por instituições de crédito e sociedades financeiras que não se encontravam já abrangidos pelo âmbito de aplicação original do DL 240/2006), tenham sido celebrados com consumidores na acepção do n.º 1 do artigo 2.º da Lei 24/96 de 31 de Julho.

Ficam, assim, excluídos do respectivo âmbito de aplicação todos aqueles contratos de crédito que, encontrando-se sujeitos âmbito de aplicação do DL 171/2007, tenham sido celebrados com entidades que não sejam consumidores na acepção do n.º 1 do

artigo 2.º da Lei 24/96 de 31 de Julho, pelo que, relativamente a estes, será, ainda assim, admissível a introdução de cláusulas limitativas da variação do valor do indexante (não o sendo, no entanto, relativamente aos demais).

(ii) Quanto aos efeitos da variação negativa de indexantes em contratos em execução que não contenham cláusulas limitativas de tal variação

O quadro normativo aplicável aos contratos de crédito sob estudo não contém regras que, obrigatória ou supletivamente, estabeleçam, ou dais quais se possa retirar, a forma de determinação das taxas de juro globais a aplicar no caso de o indexante em função do qual variem apresente valores negativos – esta deve procura-se no acordo contratual estabelecido entre as partes.

Com recurso aos critérios interpretativos estabelecidos no artigo 236.º do CC, entendo dever a convenção de juros *tipo* inserida nos contratos de crédito sob estudo ser interpretada no sentido de que o valor do índice de referência, quando negativo, deve ser adicionado à margem, reduzindo o respectivo valor, fazendo, assim, com que a taxa de juro global a aplicar para determinação dos juros a pagar seja inferior à margem contratada. Este entendimento mantém-se caso se entenda ser necessário recorrer aos critérios interpretativos estabelecidos no artigo 237.º CC

Caso, diferentemente, se entenda estarmos perante uma lacuna contratual, dever-se-á, pelo contrário, concluir que a declaração negocial a integrar com recurso aos critérios previstos no artigo 239.º do CC deverá estabelecer que o valor do indexante não poderá, em qualquer caso, ser inferior a zero.

(iii) Quanto à hipotética remuneração do mutuário em virtude da taxa de juro global apresentar um valor negativo

Não é juridicamente admissível o pagamento de juros ao mutuário porquanto estes se destinam a remunerar a disponibilização do capital e este continua sendo disponibilizado pelo mutuante e não pelo mutuário.

É conceptualmente admissível um contrato ao abrigo do qual um banco concedeu um

mútuo a um cliente e, adicionalmente, nele se comprometa a, verificados determinados factos, pagar ao cliente uma remuneração pela entrega de fundos que lhe fez ou fará. Este contrato não será já, no entanto, exclusivamente nem de mútuo, nem de depósito, mas misto.

Sem prejuízo do exposto, com recurso aos critérios interpretativos estabelecidos no artigo 236.º do CC, é, no entanto, de rejeitar a requalificação dos contratos de crédito sob estudo como contratos mistos de mútuo e depósito irregular que atribuam ao mutuário um direito a receber do mutuante uma retribuição calculada em função do valor negativo que a taxa de juro global viesse a apresentar.

São, também, de rejeitar outras formas de surgimento de tal obrigação de pagamento.

Pode, finalmente, simplesmente dizer-se que da convenção de juros constante de um contrato de mútuo não poderá, em qualquer circunstância, resultar um pagamento remuneratório ao mutuário.

2. Notas em matéria de política legislativa

1. As soluções jurídicas apresentadas neste trabalho, e acima sintetizadas, procuram, no essencial, encontrar, no ordenamento jurídico português, respostas a interrogações que decorrem de um efeito económico novo (a existência de taxas de juro de referência negativas) originado por uma política monetária, também ela, inovatória (a política de taxas de juro negativas ou *negative interest rate policy*), e que, aceitando-se o que ficou exposto ao longo do texto, o legislador não previu nem antecipou.

Nesta medida, e sem prejuízo das soluções interpretativas apresentadas (da lei e do contrato), o debate a fazer-se relativamente aos efeitos da variação negativa de indexantes não se esgota na análise do direito constituído, mas alarga-se, também, ao direito a constituir.

Assim, dedicam-se as páginas finais do presente trabalho a breves apontamentos quanto a possíveis opções legislativas a tomar no tratamento desta matéria.

Estes serão, no entanto, circunscritos a aspectos de natureza eminentemente técnica; o comentário a alterações legislativas decorrentes de opções de natureza política que possam vir a ser tomadas quanto a esta matéria deve, no meu entender, ser deixado a estudos de natureza política.

2. A primeira das opções legislativas a considerar será, naturalmente, a de nada legislar. Esta opção entenderia o quadro normativo actualmente em vigor como contendo já as regras necessárias à boa execução de contratos de crédito nos quais as partes acordem o pagamento de juros variáveis em função da variação de indexantes e os mesmos apresentarem valores negativos. Por outras palavras, consideraria as soluções apresentadas no presente trabalho, ou outras que se apresentem como alternativas, como suficientemente aptas à resolução das problemáticas que fomos identificando ao longo do trabalho.

Ora, sem prejuízo de considerar, como fico defendido, que algumas das interrogações que aqui se colocam encontram já resposta na própria natureza dos institutos jurídicos em causa, parece-me notório que a entrada dos indexantes em terreno negativo gera, no actual quadro normativo, legítimas dúvidas na execução dos contratos de crédito sob estudo, dúvidas essas que a emissão da Carta Circular 26/2015/DSC não logrou esclarecer na totalidade (tendo aliás, quiçá, gerado novas)¹⁶⁷.

Neste contexto, parece-me conveniente que as mesmas sejam clarificadas, em respeito, aliás, do princípio da segurança jurídica.

3. Que aspectos deveriam, então, ser objecto de clarificação por via legislativa?

A meu ver, três.

Desde logo, se está, ou não, vedado às partes limitar, por via contratual, a variação negativa do indexante.

De seguida, se, relativamente a contratos que não prevejam tais limites, os mutuantes

¹⁶⁷ E que, creio, saem reforçadas por se manter em aberto um debate legislativo quanto a esta matéria.

estão, ou não, obrigados a contabilizar, para efeitos da determinação do valor do indexante, as cotações negativas que este apresente durante o período de contagem de juros relevante, e se este valor, quando negativo, deve, ou não, ser adicionado à margem contratada, reduzindo o respectivo valor.

De seguida, se desta operação resultar uma taxa de juro global negativa, se a mesma origina uma obrigação de pagamento do mutuante ao mutuário.

Neste contexto, aceitando-se as soluções interpretativas propostas neste trabalho, e no sentido de lhes conferir expresse reconhecimento na lei, poderiam redigir-se as seguintes disposições (eventualmente a incluir no artigo 3.º do DL 240/2006 dado que este tem já como propósito uma certa disciplina das práticas bancárias em matéria de indexação de taxas de juro a aplicar em operações de crédito bancário).

1. [Sem prejuízo do disposto no [actual] artigo 3.º do DL 240/2006], em contratos de crédito bancário¹⁶⁸ em que a taxa de juro a aplicar variar em função do valor que um determinado índice de referência apresentar, podem as partes livremente convencionar limites à variação desta componente da taxa de juro.

2. Na ausência de fixação contratual de limites à variação negativa da componente variável de uma taxa de juro que varie em função do valor que um determinado índice de referência apresentar, devem as cotações negativas que o mesmo apresente ser contabilizadas na determinação do respectivo valor e este, quando negativo, ser adicionado à margem contratada, reduzindo o seu valor.

3. Sem prejuízo de outros efeitos que as partes acordem dar à circunstância de o valor do índice de referência apresentar um valor negativo, a variação negativa da taxa de juro decorrente da aplicação das regras previstas nos números antecedentes tem, em qualquer caso, como limite, zero¹⁶⁹.

Na medida em que as normas acima propostas visam estabelecer, por via de lei,

¹⁶⁸ Entendidos com o mesmo sentido que lhes é conferido no presente trabalho.

¹⁶⁹ Entendendo-se que não poderá, em qualquer circunstância, resultar da convenção de juros um pagamento de juros do mutuante ao mutuário, esta parece ser a forma tecnicamente mais acertada de prever este efeito da variação negativa do indexante.

soluções que resultam já daquela que entendo ser a melhor interpretação a fazer do quadro normativo vigente e do acordo contratual tipicamente estabelecido pelas partes, não vejo impedimento a que as mesmas se apliquem, também, a contratos em vigor antes da respectiva entrada em vigor, eventualmente excepcionando-se, relativamente à primeira regra proposta, casos em que exista expresse acordo em sentido contrário.

4. Creio poder dizer-se que as soluções legislativas acima propostas encontram, todas elas, origem no princípio da autonomia privada na medida em que este se apresenta como estruturante do Direito Bancário material¹⁷⁰.

Sem prejuízo do exposto, este princípio não é absoluto, encontrando limites em função de outros interesses juridicamente tuteláveis¹⁷¹.

Ora, neste contexto, facilmente se admite poderem vir a ser tomadas outras opções legislativas que venham limitar a liberdade contratual das partes quanto às matérias sob estudo em defesa de interesses que o legislador entenda merecedores de tutela jurídica. Em especial, admite-se que os interesses dos consumidores ou de certos devedores de crédito hipotecário possam motivar tais limitações.

No entanto, opções legislativas desta natureza decorrerão já da tomada de opções políticas¹⁷². Ora, cabendo o comentário a opções desta natureza, preferencialmente, ao estudo de decisões políticas, deixa-se aqui por comentar, também, o hipotético teor das mesmas.

Cabe, no entanto, neste momento, fazer o seguinte comentário: parece poder revestir especial interesse a reflexão relativamente à possibilidade de poderem vir a ser introduzidos limites mínimos à variação da componente variável da taxa de juro sem que, pelo contrário, sejam estabelecidos limites à sua variação máxima.

¹⁷⁰ ANTUNES, José Augusto Engrácia, “Os Contratos Bancários...*cit.*, p. 80 e CORDEIRO, António Menezes, *Direito Bancário...cit.*, p. 158

¹⁷¹ Nesse sentido, ANTUNES, José Augusto Engrácia, “Os Contratos Bancários...*cit.*, p. 80

¹⁷² Em rigor, a opção por uma intervenção meramente clarificadora quanto a esta matéria teria, também ela, subjacente uma opção política: não deverem outros interesses limitar o primado da autonomia privada.

Cabe, aqui, apesar de tudo, um comentário de natureza técnica: creio que esta reflexão deverá ser feita no quadro do regime da usura (proibida) pois foi sempre este o instituto preferencial de limitação (positiva) de taxas de juros.

Em qualquer caso, diga-se que a temática da limitação positiva das taxas de juro em operações de crédito bancário levanta, também ela, interessantes interrogações, embora de outra natureza, merecedoras, aliás, de estudo próprio.

5. Outro comentário que veio sendo adiado até este capítulo final diz respeito a um argumento de sustentação de que o indexante, quando negativo, deve originar uma obrigação de pagamento do mutuante ao mutuário: o facto de a circunstância de o indexante apresentar um valor negativo significar que o banco passa a obter uma remuneração, e já não a suportar um custo, pela obtenção dos recursos (*funding*) que, de seguida, mutua ao mutuário. Por outras palavras, se, quando o indexante apresenta um valor negativo, o banco repercute esse custo no cliente, então deveria também repercutir neste os ganhos que para o banco decorrem da circunstância de o indexante apresentar um valor negativo.

Este argumento assenta, pois, na premissa de que o custo de financiamento da operação de crédito em questão corresponde ao indexante utilizado para fixação da taxa de juro aplicável ou, se quisermos, em termos mais gerais, que o custo de financiamento das operações activas de um banco português corresponde, essencialmente, à EURIBOR.

Ora, se ficou visto, nos capítulos que antecedem, que esta linha de argumentação não serve como argumento de sustentação de opções interpretativas dos contratos de crédito bancário *típicos*, poderia, efectivamente, esta justificar uma alteração legislativa à luz do princípio do equilíbrio contratual¹⁷³.

No entanto, para que tal pudesse suceder, teria a premissa acima que se verificar.

¹⁷³ Princípio estudado em DUARTE, Rui Pinto, “O equilíbrio contratual como princípio jurídico”, *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, AA.VV., Organização Maria João Antunes, com a colaboração de Marta Cavaleira) Coimbra Editora, 2014, p. 1337 e ss.

Trata-se aqui, pois, de uma verificação eminentemente económica e não jurídica.

Ainda assim, deixam-se, quanto a esta matéria, breves considerações.

A primeira é a de rejeitar que a EURIBOR corresponda, juridicamente, a uma medida das taxas de juro cobradas por bancos de primeira linha na concessão de financiamento entre si. Esta corresponde, sim, relativamente a cada um dos prazos, à média das taxas de juro a que os bancos contribuidores consideram que bancos de primeira linha aceitariam realizar depósitos a prazo entre si.

Daqui se retiram, desde logo, algumas consequências.

Por um lado, não pode afirmar-se que a EURIBOR corresponda à taxa de juro à qual um banco de primeira linha aceita conceder um empréstimo a outro banco de primeira linha. Corresponde, sim, à qual, na opinião de determinados bancos contribuidores, estes aceitariam realizar depósitos (e não empréstimos) entre si. Ora, sem prejuízo da possível coincidência económica das duas operações - empréstimos e depósitos interbancários -, a mesma não resulta, pelo menos, da definição jurídica.

Por outro lado, a EURIBOR corresponde à média das taxas de juro às quais os bancos contribuidores consideram que bancos de primeira linha aceitariam realizar depósitos entre si e não a uma média das taxas de juro efectivamente praticadas.

Finalmente, as cotações apresentadas pelos bancos contribuidores dizem respeito, apenas, a operações entre bancos de primeira linha, pelo que não se retira, das regras de funcionamento da EURIBOR, que esta seja a taxa à qual bancos de primeira linha e bancos que não sejam considerados de primeira linha afeitam realizar depósitos entre si.

Daqui creio poder concluir-se, pelo menos o seguinte: olhando exclusivamente às regras de funcionamento da EURIBOR delas se não pode retirar que esta representa o custo de financiamento no mercado interbancário de um banco português.

Adicionalmente, outra consideração haverá a fazer relativamente à temática do custo de financiamento de operações bancárias activas.

Parte, pelo menos, do financiamento das operações activas dos bancos é obtido através da realização de operações passivas, em especial, com a recepção de depósitos¹⁷⁴. Os compromissos de redução dos rácios de alavancagem assumidos no Memorando de Entendimento sobre Condicionalismos Específicos de Política Económica assinado pelo Estado português, Banco de Portugal e a Comissão Europeia em 17 de Maio de 2011¹⁷⁵ tornaram, aliás, mais expressiva esta realidade na banca portuguesa¹⁷⁶.

Ora, quanto a esta matéria, o ordenamento jurídico português apresenta uma importante especificidade¹⁷⁷: qualquer que seja o modo de determinação da taxa de remuneração de um depósito, esta não pode, em quaisquer circunstâncias, ser *negativa*^{178/179}.

Aqui poderia ser aberto outro debate, também ele merecedor de estudo autónomo: o impacto da variação negativa das taxas de juro nos depósitos bancários.

Não podendo, em função das limitações que decorrem da natureza do presente trabalho, aqui realizar tal estudo, sempre se dirá que, como foi aliás dito no capítulo introdutório, estes são temas umbilicalmente ligados do ponto de vista económico, não só em função da semelhante função económica que ambos institutos apresentam¹⁸⁰, mas também por serem problemáticas decorrentes da mesma política económica. Nesta medida, é de presumir que uma reflexão legislativa quanto ao impacto das taxas de juro de referência negativas em contratos de crédito bancário

¹⁷⁴ Em reconhecimento (ainda que exagerado), veja-se CAMANHO, Paula Ponces, *Do Contrato de Depósito Bancário...cit.*, p. 209 e anotações 31, 32, 33.

¹⁷⁵ Disponível em http://ec.europa.eu/economy_finance/eu_borrower/mou/2011-05-18-mou-portugal_en.pdf.

¹⁷⁶ À qual aludiu, aliás, Benoît Cœuré, membro da Comissão Executiva do BCE, no seu recente discurso no *Yale Crisis Forum*, já aqui citado (“Assessing the implications of negative interest rates”, Discurso no *Yale Crisis Forum*, Yale School of Management, 28/07/2016 (New Haven: Universidade de Yale), 28 de Julho de 2016).

¹⁷⁷ Contrariamente ao que acontece, por exemplo, na Alemanha onde, entre meados 2016 e início de 2017, alguns bancos passaram a aplicar taxas de juro negativas a depósitos de determinadas categorias de clientes.

¹⁷⁸ Assim determina o número 4 do artigo 3.º do Aviso 6/2009 do BdP. Tecnicamente, deveria, no entanto, referir-se à impossibilidade de resultar uma obrigação de pagamento do depositante ao banco uma vez que, como vimos, a remuneração negativa é uma impossibilidade.

¹⁷⁹ Ambos são instrumentos de disponibilização de capital, um aos clientes bancários, o outro, aos bancos.

venha a abranger, também, o impacto destes na remuneração dos depósitos bancários.

Em qualquer caso, poder-se-á dizer, desde já, pelo menos o seguinte: pelo menos quanto à parcela de fundos que hajam sido captados pelos bancos, para realização de operações activas, através da captação de depósitos, não parece possível defender-se que os bancos obtiveram, aqui, uma remuneração na captação de tais recursos pois da respectiva taxa de remuneração não pode resultar uma remuneração negativa, *i.e.*, uma remuneração paga ao banco.

Creio poder dizer-se, então, que os argumentos acima confrontados não parecem poder ser justificativos de uma intervenção legislativa que venha limitar a autonomia das partes quanto a esta matéria, pois esta, assentando nestes argumentos, padeceria, parece-me, dos erros de análise acima explicitados.

6. Dito isto, reservam-se as linhas que nos restam a breves comentários finais, primeiro, ao debate legislativo até agora ocorrido na Assembleia da República quanto a esta matéria e, de seguida, ao tratamento que este tema tem merecido fora de Portugal.

Foram apresentados, quanto a esta matéria, 5 projectos de lei na Assembleia da República¹⁸¹, tendo os três primeiros – Projecto de Lei 827/XII, Projecto de Lei 833/XII e Projecto de Lei 837/XII, apresentados, em Março de 2015, respectivamente, por deputados dos grupos parlamentares do Bloco de Esquerda, Partido Comunista Português e Partido Socialista – sido rejeitados na votação na generalidade realizada em 2 de Abril de 2015 e os dois últimos - Projecto de Lei 52/XIII e Projecto de Lei 90/XIII apresentados, entre Novembro de 2015 e Janeiro de 2016, respectivamente, por deputados dos grupos parlamentares do Partido Comunista Português e Bloco de Esquerda¹⁸² – sido aprovados na votação na

¹⁸¹ Disponíveis em:

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=39842>;
<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=39936>;
<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=39151>;
<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=39264>;
<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=39269>.

¹⁸² No essencial, recuperando o que haviam já proposto estes grupos parlamentares com a apresentação dos precedentes Projecto de Lei 827/XII e Projecto de Lei 833/XII.

generalidade realizada em 8 de Janeiro de 2016. Seguiu-se a discussão, na especialidade, destes projectos na Comissão de Orçamento, Finanças e Modernização Administrativa, tendo, esta comissão procedido, entre Março e Abril de 2016, à audição do Director do Departamento de Supervisão Prudencial, Directora do Departamento de Supervisão Comportamental e Governador, todos do BdP.

Os projectos apresentados por Partido Socialista e Bloco de Esquerda apresentam, creio, soluções materialmente idênticas e que podem resumir-se nos termos seguintes: os bancos devem aplicar uma taxa de juro negativa aos contratos de crédito, mesmo que da soma do indexante e da margem contratada resulte um valor negativo¹⁸³. O projecto apresentado pelo Partido Comunista Português aborda, na verdade, outra matéria que, apesar de relacionada, e também ela de grande interesse, não é abordada no presente trabalho: a alteração unilateral de condições contratuais por parte dos bancos.

O reparo fundamental que julgo dever fazer-se às propostas legislativas apresentadas por Partido Socialista e Bloco de Esquerda é o de que as mesmas comportam importantes imperfeições técnicas na medida em que, desde logo, não concretizam como “aplicar” aos contratos de crédito o “valor negativo” da taxa de juro. Presume-se que, com esta formulação, se pretenda dizer que daqui surgirá uma obrigação de pagamento do banco ao cliente, mas ficaria, em qualquer caso, sem resposta o que me parece ser o ponto central da problemática aqui discutida: qual a natureza jurídica de tal obrigação de pagamento? Qualquer intervenção legislativa que, impondo uma obrigação de pagamento do banco ao mutuário, não permita caracterizar a respectiva natureza jurídica será, quando a mim, tecnicamente deficitária e, por conseguinte, de rejeitar.

Adicionalmente, quanto à exposição de motivos do Projecto apresentado pelo Bloco

¹⁸³ Pode ler-se no Projecto de Lei Projecto de Lei 837/XII que “o cálculo da taxa de juro deve ser sempre reflectivo e aplicado nos contratos de crédito (...) independentemente de resultar um valor negativo ou positivo / o disposto no número anterior é aplicável também nas situações em que a aplicação da taxa de juro com adição da margem (spread) assumia valores negativos” e, Projecto de Lei 90/XIII, que “Quando a aplicação do cálculo da taxa de juro (...) resultar um valor negativo, devo o mesmo ser reflectido e aplicado nas condições dos contratos de crédito (...). / o disposto no número anterior é aplicável também nas situações em que a aplicação da taxa de juro com adição da margem (spread) assumia valores negativos”.

de Esquerda, assinala-se que esta se baseia na linha de argumentação que acima contestámos de que os bancos estariam a obter financiamento a “custo negativo”. Valem, aqui, os argumentos aí apontados para rejeitar esta ideia.

No debate legislativo que há de continuar a fazer-se na especialidade, creio serem merecedores de ponderação aprofundada os contributos aportados a esta discussão pelo Director do Departamento de Supervisão Prudencial, Directora do Departamento de Supervisão Comportamental e Governador, todos do BdP aquando das audições a estes realizadas em Março e Abril de 2016 no âmbito da Comissão de Orçamento, Finanças e Modernização Administrativa¹⁸⁴.

Creio, das mesmas, dever, necessariamente, retirar-se o seguinte: a reflexão a fazer-se quanto ao tema aqui estudado, e quanto às propostas legislativas em discussão, não deve deixar de relacionar as soluções que venha a propor com os requisitos prudenciais a que os bancos se encontram sujeitos, nomeadamente os requisitos de fundos próprios e rácios de capital que decorrem do quadro regulatório actual¹⁸⁵ e dos *acordos de Basileia III*^{186/187}.

Parecem, neste contexto, de particular valor considerações feitas pelo Director do Departamento de Supervisão Prudencial do BdP relativamente ao potencial impacto prudencial das propostas apresentadas.

7. Breves notas finais quanto ao tratamento que este tema tem merecido no estrangeiro.

¹⁸⁴ Audições e elementos de apoio às intervenções disponíveis em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheAudicao.aspx?BID=101819> e <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheAudicao.aspx?BID=102002>.

¹⁸⁵ Em particular, artigos 138.º-A e seguintes do RGICSF e Regulamento (UE) n.º 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Junho de 2013.

¹⁸⁶ Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems December 2010 (rev June 2011).

¹⁸⁷ Para um desenvolvimento quanto a este quadro regulatório, veja-se COSTA, Tiago Manuel de Sousa Freitas, *Da Nova Arquitectura Europeia da Supervisão Bancária – Considerações a Propósito do Mecanismo de Resolução*, Universidade de Coimbra, 2015, p. 16 e ss. Para uma síntese deste quadro regulatório no contexto da problemática aqui analisada, veja-se BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *Direito Civil e Sistema Financeiro...cit.*, p. 180 e 181, embora, aqui como possível elemento justificativo da admissibilidade de cláusulas limitativas da variação negativa do indexante e não como elemento de reflexão em matéria de política legislativa.

Merecem, neste contexto, especial referência as já aqui referidas recentes apreciações feitas pelos tribunais espanhóis às apelidadas “*clausulas suelo*”, as quais serão certamente de utilidade na reflexão que haverá de fazer o legislador português quanto a esta matéria.

Assinalamos, contudo, aqui, três pontos que, nesse contexto, nos parecem relevantes: primeiramente, estas decisões dizem exclusivamente respeito à legalidade de introdução de cláusulas limitativas da variação negativa do indexante, não se pronunciando (pelo menos de forma expressa) sobre às demais problemáticas abordadas no presente trabalho. Seguidamente, deve ter-se em consideração que as cláusulas *suelo* não se destinavam, regra geral, a limitar a variação negativa do indexante no zero, mas num valor mais elevado. Finalmente, note-se que as decisões em questão se fundam essencialmente em violações de requisitos transparência e de adequação de informação fornecida a consumidores e não tanto no conteúdo do acordo estabelecido.

Nesta medida, deve, pois, ter-se em atenção que as decisões judiciais acima referidas não se reportam inteiramente, aos problemas abordados no presente estudo¹⁸⁸.

Na Holanda, é de assinalar a decisão do Organismo de Reclamações de Serviços Financeiros holandês (*Geschillencommissie Financiële Dienstverlening*) n.º 2016-143 de 31 de Março de 2016. Tendo a taxa de juro aplicável a um contrato de crédito hipotecário entrado em terreno negativo, ordenou aquele organismo o pagamento de “juros negativos” ao cliente porquanto o contrato de crédito não previa, expressamente, um limite à variação negativa da taxa de juro.

Já na Dinamarca, assinala-se o estudo encomendado pelo Ministério da Economia e Crescimento em Fevereiro de 2015 sobre diversos aspectos relativos às taxas de juro negativas¹⁸⁹, do qual constam referências à prática seguida por alguns bancos

¹⁸⁸ De igual forma, a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 21 de Dezembro de 2016, em resposta a reenvios prejudiciais de tribunais espanhóis: esta diz respeito aos efeitos que, por força do disposto no artigo 6.º, n.º 1, da Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, devem decorrer das nulidades declaradas pelos tribunais espanhóis.

¹⁸⁹ Em Janeiro e Fevereiro de 2015 o Banco Central dinamarquês fixou a sua principal taxa de referência em -0.75%.

dinamarqueses de aplicar taxas de juro negativas a contrato de crédito hipotecário^{190/191}.

Em França, assinala-se o estudo realizado por Gilles Endréo para a Associação de Obrigacionistas francesa (*Comité de Normalisation Obligataire*), o qual, embora centrado no tratamento de taxas de juro negativas em empréstimos obrigacionistas, contém considerações de interesse geral para o tratamento do tema que aqui tratamos, nomeadamente, a defesa da impossibilidade jurídica de pagamento de juros ao devedor.

Na Suíça, diversos estudos referem a prática de mercado seguida pela banca suíça de introdução de limitações à variação negativa do indexante abaixo de zero¹⁹².

Quanto a contratos regidos por lei inglesa, é de assinalar a publicação de um conjunto significativo de notas informativas produzidas por algumas das maiores firmas de advocacia da *city* de Londres¹⁹³ sobre o impacto das taxas de juro negativas em contratos de financiamento regidos por lei inglesa. Nestas, é consensualmente notado que, do princípio geral de direito contratual inglês de “*no implied term*”, resultará, regra geral, dever o indexante, quando negativo, reduzir a margem mas também que não possa surgir uma obrigação de pagamento do mutuante ao mutuário. É também consensual poderem as partes, por via contratual, acordar um limite à variação negativa do indexante.

Neste contexto, é também oportuno referir que a *Loan Market Association*, associação que, entre outras actividades, se dedica à preparação de minutas contratuais de financiamentos de vários tipos e que são utilizadas em algumas das

¹⁹⁰ Working Group on Negative Mortgage Rates, “Negative mortgage Rates...*cit.*”

¹⁹¹ É igualmente interessante notar as particularidades do mercado de crédito hipotecário dinamarquês assinaladas no relatório, em especial o facto de o custo de financiamento das operações activas da banca dinamarquesa se encontrar essencialmente suportado em emissões de dívida, também elas sujeitas a taxas variáveis.

¹⁹² Designadamente, BECH, Morten Linnemann e MALKHOZOV, Aytek, “How have central Banks...*cit.*”, e DANTHINE, Jean-Pierre, “The Interest Rate...*cit.*”

¹⁹³ A título de exemplo, vejam-se as notas informativas produzidas pelos seguintes sociedades: Slaughter and May (“Negative benchmarks in Europe: considerations for borrowers.”, *Finance Briefing*, June 2015) Clifford Chance (“Negative LIBOR – implications under syndicated lending documentation”, *Briefing note*, February 2015) e Simmons & Simmons (“Libor Floors: key points for consideration”, August 2015).

mais relevantes operações de financiamento na europa e no mundo, prevê, desde 12 de Setembro de 2011, a possibilidade de introdução de um limite de zero à variação negativa do indexante (seja a LIBOR ou a EURIBOR).

No plano comunitário, deve assinalar-se o facto de a Directiva 2014/17/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de Fevereiro de 2014, relativa a aos contratos de crédito aos consumidores para imóveis de habitação¹⁹⁴, prever expressamente a possibilidade de os contratos de crédito hipotecário conterem cláusulas limitativas da variação negativa das taxas de juro, possibilidade também expressamente reconhecida no já referido discurso de Benoît Cœuré, membro do Comité Executivo do BCE, proferido a 28 de Julho de 2016 no *Yale Financial Crisis Forum*.

Finalmente, assinala-se o anúncio feito pelo Banco Mundial em 30 de Setembro de 2016, informando de que os financiamentos do Banco Mundial contemplam um limite de zero à variação negativa da taxa de juro global.

Todos estes desenvolvimentos nos parecem, pois, de interesse para a reflexão legislativa que haverá de fazer-se, em Portugal, quanto a esta matéria.

¹⁹⁴ Cujo prazo máximo de transposição expirou em 21 de Março de 2016, sem que a mesma tenha sido objecto de transposição para o ordenamento jurídico português.

Bibliografia

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos II. Conteúdo, Contratos de troca*, 3.^a ed., Almedina, 2012

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos IV, Funções. Circunstâncias. Interpretação*. Almedina, 2014

ANGELINI, Paulo, NERI, Stefano e PANETTA, Fabio, “The interreaction between Capital Requirements and Monetary Policy”, *Journal of Money, Credit and Banking*, Vol. 46, No. 6, 2014

ANTUNES, João Tiago Morais, *Do contrato de depósito escrow*, Almedina, 2007

ANTUNES, José Augusto Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, 2009

ANTUNES, José Augusto Engrácia, “Os Contratos Bancários”, *Estudos Em Homenagem Ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Almedina, 2011

ASCENSÃO, José de Oliveira, “Onerosidade excessiva por “Alteração das Circunstâncias””, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 65 – Vol. III, Dezembro 2005

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *Direito Civil e Sistema Financeiro*, Princípia, 2016

BASTOS, Miguel Brito, *O Mútuo Bancário. Ensaio Sobre a Estrutura Sinalagmática do Contrato de Mútuo*, Coimbra Editora, 2015

BECH, Morten Linnemann e MALKHOZOV, Aytek, “How have central Banks implemented Negative Interest Rates?” *Bank of International Settlements Quarterly Review*, Março 2016 disponível em http://bis.org/publ/qtrpdf/r_qt1603e.pdf

BORIO, Claudio, GAMBACORTA, Leonardo e HOFMANN, Boris: “The influence of monetary policy on bank profitability”, *BIS Working Paper no. 514*, 2015

BUITER, Willem H. e PANIGIRTZOGLU, Nikolaos “Overcoming the zero bound on nominal interest rates with negative interest on currency: Gesell’s solution”, *The Economic Journal*, Vol. 113, No. 490, 2003, p. 723-746

CAMANHO, Paula Ponces, *Do Contrato de Depósito Bancário*, Almedina, 1998

CAMANHO, Paula Ponces, *O contrato de depósito bancário*, Almedina, 2015

CAMPOS, Diogo Leite, *A Subsidiariedade da Obrigação de Restituir o Enriquecimento*, Almedina, 2003

CŒURÉ, Benoît, “Assessing the implications of negative interest rates”, Discurso no *Yale Crisis Forum*, Yale School of Management, 28/07/2016 (New Haven: Universidade de Yale), 28 de Julho de 2016

CORDEIRO, António Menezes, *Da Alteração das Circunstâncias – a concretização do artigo 437.º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974*, AAFDL, 1987

CORDEIRO, António MENEZES, *Direito Bancário*, 6.^a ed., Almedina, 2016

DANTHINE, Jean-Pierre, “The Interest Rate unbound?”, *Brookings Conference on Negative Interest Rates. The Lessons from Europe*, EIEF, Roma, 2016

DUARTE, Diogo Pereira, *Modificação dos contratos segundo juízos de equidade (contributo para a interpretação dos artigos 252.º, n.º2, e 437.º do Código Civil)*, Separata da Revista “O Direito”, ano 139.º, I, Almedina, 2007

DUARTE, Rui Pinto, *A Interpretação dos Contratos*, Almedina, 2016

DUARTE, Rui Pinto, “O equilíbrio contratual como princípio jurídico”, *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, AA.VV., Organização Maria João Antunes, com a colaboração de Marta Cavaleira) Coimbra Editora, 2014

FRADA, Manuel A. Carneiro, “Crise Financeira Mundial e Alteração das Circunstâncias: contratos de depósito vs. Contratos de gestão de carteiras”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Dr. Sérvulo Correia*, Coimbra Editora, 2010

GENAY, Hesna e **PODJASEK**, Rich, “What is the impact of low interest rate environment on bank profitability? *Chicago Fed Letter (Chicago: Federal Reserve Bank of Chicago)*, 2014

HUNT, Benjamin e **LAXTON**, Douglas: “The Zero Interest Rate Floor (ZIF) and its implications for Monetary Policy in Japan” *IMF Working Paper WP/01/186*, 2001

JOBST, Andreas (Andy) e **LIN**, Huidan: “Negative Interest Rate Policy (NIRP): Implications for Monetary Transmission and Bank Profitability in the Euro Area”, *IMF Working Paper WP/16/172*, 2016

LEITÃO, Luís M. T. de Menezes, *Direito das Obrigações, volume III – Contratos em especial*, 10.^a ed., Almedina, 2015

LIMA, Fernando Pires de, e **VARELA**, João Antunes, *Código Civil Anotado, Volume*

I, (artigos 1.º a 761.º), 4.ª ed. (ver. e act.), 1987

LIMA, Fernando Pires de, e **VARELA**, João Antunes, *Código Civil Anotado, Volume II*, (artigos 762.º a 1250.º), 4.ª ed. (ver. e act.), 1997

MADEIRA, Joaquim Luís, “Mútuo Bancário”, *Temas de Direito Bancário*, ed. Autor, 1999

NETO, Francisco dos Santos Amaral, «A Autonomia Privada como princípio fundamental da Ordem Jurídica. Perspectivas estrutural e funcional», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correia*, II, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1989

NEVES, F. Correia das, *Manual dos Juros*, Almedina, 1989

PATRÍCIO. J. Simões, *Direito Bancário Privado*, Quid Juris?, 2004

PATRÍCIO, J. Simões, *Direito de Crédito – Introdução*, Lex, 1994

PESHEV, Petar e **BEEV**, Ivaylo, “Negative Nominal Interest Rates on Loans. The newly-Established Normal Practice?”, *Economic Alternatives*, Issue 2, 2016

PIRES, José Maria, *Direito Bancário, As operações bancárias*, vol. II, Editora Rei dos livros, 1995

PROENÇA, José Carlos Brandão, *A Resolução do Contrato no Direito Civil*, Coimbra Editora, 1996

PROENÇA, José Carlos Brandão, "Do dever de guarda do depositário e de outros detentores precários: âmbito e função, critério de apreciação de culpa e impossibilidade de restituição", *Direito e Justiça*, vol. III, tomo 2, 1994

REDINHA, João, “Contrato de Mútuo”, *Direito das Obrigações*, 3.º vol. coordenação António Menezes Cordeiro, AAFDL, 1991

RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O Problema do Contrato. As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Almedina, 1999

ROMERO, Javier Dominguez, “Inaplicación del tipo de interés negativo. La cláusula cero en préstamos hipotecarios”, *Indret – Revista para el análisis del derecho*, Janeiro 2016

RUCHIR, Agarwal, e **KIMBALL**, Miles, “Breaking the Zero Lower Bound”, *IMF Working Paper No. 15/224*, 2015

SÁ, Almeno de, *Direito Bancário*, Coimbra Editora, 2008

SERRA, Adriano Vaz, “Notas acerca do contrato de mútuo”, *Revista de Legislação e Jurisprudência* n.º 93, 1960

SERRA, Adriano Vaz, “Obrigação de Juros”, *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 55, Abril 1956

SERRA, Adriano Vaz, “Resolução ou Modificação dos contratos por alteração das circunstâncias”, *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 68, Julho, 1957

TELLES, Inocêncio Galvão, *Contratos Civis (Projecto completo de um título do futuro CC Português e respectiva Exposição de Motivos)*, RFDUL, vol. IX-X, 1953-54

TURK, Rima A., “Negative Interest Rates: How big a challenge for Large Danish and Swedish Banks?” *IMF Working Paper WP/16/198*, 2016

VARELA, João de M. Antunes, “Anotação ao acórdão do STJ, de 10 de Dezembro de 1985”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 124.º, 1991-1992, Coimbra Editora, 1982

VARELA, João Antunes, “Anotação ao acórdão do STJ, de 21 de Abril de 1980”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 114.º, 1981-1982, Coimbra Editora, 1982

VARELA, João Antunes, *Das Obrigações em Geral*, I, Almedina, 2005

VASCONCELOS, Pedro Pais de, “Taxas de Juro de Crédito ao Consumo – Limites Legais” *Direito Bancário*, Centro de Estudos Judiciários (coord), CEJ, 2015

Working Group on Negative Mortgage Rates, “Negative mortgage Rates”, *Danish Ministry of Business and Growth report*, 2015

Índice

I – ENQUADRAMENTO

1. Introdução, enunciação de problemas e delimitação do âmbito da investigação	10
1.1 Introdução e enunciação de problemas	10
1.2 Delimitação do âmbito da investigação	12
2. Contextualização económica: política de juros negativos (<i>Negative Interest Rate Policy</i>)	15
3. Contextualização normativa: o mútuo bancário, enquanto arquétipo do crédito bancário, e a convenção de juros.....	18

II – A VARIAÇÃO NEGATIVA DE INDEXANTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

1. Notas introdutórias	22
2. A limitação contratual da variação negativa do indexante à luz do ordenamento jurídico português.....	25
3. A variação negativa do indexante em contratos que não prevejam expressamente a respectiva limitação.	40
3.1 Notas preliminares.....	40
3.2 A variação negativa do indexante à luz do ordenamento jurídico português	41
3.3 A variação negativa do indexante à luz do acordo contratual estabelecido	44
3.4 Em especial:	54
3.4.1 A variação negativa do indexante como causa justificativa de modificação do contrato por alteração das circunstâncias	54
3.4.2 O caso especial dos contratos já celebrados na vigência da política de taxas de juro negativas (que não prevejam expressamente a respectiva limitação)	55
4. A (hipotética) obrigação de pagamento ao mutuário	57

III - CONCLUSÕES E NOTAS EM MATÉRIA DE POLÍTICA LEGISLATIVA

1. Conclusões	78
---------------------	----

2. Notas em matéria de política legislativa	80
---	----