

## *Direito bancário e alteração de circunstâncias*

PROF. DOUTOR ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO

*SUMÁRIO: I – Aspectos estruturais do Direito bancário: 1. Direito bancário material; 2. Princípios gerais e princípios bancários; papel e limites; 3. Aproveitamento dogmático e diferenciação conceitual; 4. O princípio da simplicidade; 5. O princípio da rapidez; 6. O princípio da ponderação bancária. II – A alteração das circunstâncias: 7. Problema de base e evolução; 8. A delimitação da alteração das circunstâncias; o erro; 9. O risco e a impossibilidade; 10. A interpretação e a integração contratuais; 11. A tutela da confiança; 12. A interpretação do artigo 437.º/1; 13. As grandes alterações de circunstâncias. III – A crise de 2009/2014 e o Direito bancário: 14. A crise de 2009/2014 e os contratos; 15. O reflexo dos princípios bancários; 16. As grandes alterações das circunstâncias no campo bancário; 17. A abertura de crédito. IV – Em especial: o problema dos swaps de taxas de juros: 18. Generalidades; 19. Seis decisões judiciais; 20. Apreciação doutrinária; 21. Atos aleatórios e pessoas coletivas; 22. A exigência técnico-jurídica de risco. 23. Dever de informar e deontologia bancária.*

### **I – Aspectos estruturais do Direito bancário**

#### **1. *Direito bancário material***

I. O Direito bancário material é o Direito do dinheiro. No seu duplo papel de bitola geral de valor e de meio universal de troca, o dinheiro suscita problemas próprios. Simplificando, diremos que, numa primeira fase, o dinheiro dá corpo a uma categoria específica de obrigações, isoladas pelo seu objeto: as obrigações pecuniárias. Numa segunda, ele anima contratos relacionados com o manuseio do dinheiro: simples, no início, como o mútuo e o depósito e complexos, depois, como a abertura de conta, os contratos financeiros e as garantias. Por fim, o dinheiro origina uma intervenção especializada do Estado, base do Direito bancário institucional.

As fases apontadas mais do que se sucedem: sobrepõem-se. E assim, o Direito bancário atinge estratos jurídico-normativos justapostos, numa fonte de interconexões crescentes e de institutos especialmente adaptados.

II. O século XIX trouxe, ao Direito, o grande desafio do controlo do Estado. Através de pequenos passos, de alguns recuos e de muita persistência, foi possível construir um subsistema normativo capaz de conter o Estado dentro de margens razoáveis e de assegurar as posições dos particulares. Assim nasceu o Direito administrativo e, mais latamente, o Direito Constitucional, em várias das suas vertentes. O século XX suscitou uma problemática quicá mais complexa: a do controlo do dinheiro e da finança.

Enquanto ligado a metais preciosos, o dinheiro obedecia às regras universais da oferta e da procura. A sua progressiva desmaterialização fez, dele, um produto puramente jurídico. Houve que controlar a sua criação. O dinheiro permite dominar os circuitos económicos, nas suas diversas fases. No limite, qualquer negócio patrimonial envolve uma dimensão bancária. A experiência, pautada por diversas crises, mostra que, em si mesmo, o dinheiro provoca injustiças e a própria autodestruição de riqueza. O controlo jurídico é inevitável, assente na necessidade de defesa dos particulares e do próprio interesse público.

III. Os vetores que fundamentam a aldeia global principiaram, justamente, pela mundialização do dinheiro. Neste nível, encontramos novas bases para o desenvolvimento do Direito bancário: a internacionalização dos produtos e de diversas figuras contratuais; o surgimento de disciplinas novas, como a dos serviços de pagamentos; a multiplicação das instâncias prudenciais.

## **2. *Princípios gerais e princípios bancários; papel e limites***

I. No campo bancário, têm aplicação os princípios gerais do Direito privado (tutela da pessoa, autonomia privada, boa-fé, responsabilidade civil e propriedade e sua transmissão) e do Direito público, nas áreas onde este aflui (legalidade, igualdade, imparcialidade, proporcionalidade e boa-fé).

Além disso, têm ainda uma aplicação tendencial os chamados princípios dos atos comerciais (internacionalidade, simplicidade e rapidez, clareza jurídica, publicidade e tutela da confiança e onerosidade).

Pergunta-se, agora, se para além disso, não será possível encontrar ou construir, no campo financeiro, princípios que tenham um conteúdo material essencialmente bancário.

II. A resposta é positiva. As realidades do manuseio profissional do dinheiro têm exigências que transparecem em múltiplos passos dos regimes em jogo. Cabe ao intérprete-aplicador concretizá-los, nos diversos problemas. Será, depois, tarefa de investigação e de construção científicas proceder ao seu levantamento e organizar princípios. Trata-se de uma tarefa na qual irão jogar os aspetos quantitativos

da repetição, em distintas ocasiões, de manifestações especificamente bancárias e os aspetos qualitativos da intensidade “bancária” que eles traduzam.

### 3. *Aproveitamento dogmático e diferenciação conceitual*

I. O Direito bancário, enquanto disciplina especializada a partir do Direito comercial, já por si retirado do Direito civil, desenvolve-se aproveitando a generalidade da matéria privada. Apenas nos pontos mais sensíveis às valorações do dinheiro se assiste à intervenção do Direito bancário. Isto dito, há que contar com o fenómeno da diferenciação conceitual.

II. No Direito bancário ocorrem diferenciações conceituais expressas – como era inevitável – em fórmulas linguísticas próprias.

Assim, conceitos como a relação bancária complexa, o descoberto em conta, o giro bancário ou a carta de conforto não têm correspondência nas grandes disciplinas privadas. Noutros casos, assistimos à utilização de estrangeirismos – particularmente: anglicanismos, muitas vezes por via norte-americana – que os juristas tentam assimilar, preconizando locuções equivalentes em vernáculo: *leasing* e locação financeira ou *factoring* e cessão financeira, como exemplos. Perante fórmulas conceituais tipicamente bancárias, haverá que ter um especial cuidado de definição precisa: o Direito bancário, como disciplina moderna, não deve refugiar-se em fórmulas dúbias que escondam, sob um isoterismo de linguagem, a incapacidade jurídico-científica de apurar os conceitos de trabalho.

III. A diferenciação conceitual acarreta um óbice: o da possível sobreposição linguística. Aparecendo, no Direito bancário, figuras diferenciadas, o intérprete-aplicador, na falta de designação adequada, recorre, muitas vezes, a conceitos habituais que, com a nova realidade, tenham algum parentesco. A partir daí, é natural a tendência para lhe aplicar o regime comum, esquecendo-se estarmos perante uma realidade autónoma, que exigiria soluções próprias.

Por exemplo:

- o depósito bancário: trata-se de um ato de execução de um contrato previamente celebrado: a abertura de conta; o conceito sobrepõe-se ao do contrato de depósito, levando o intérprete desprevenido a pensar que existe um contrato *ad hoc* de depósito bancário;
- a conta-corrente bancária: surge como um elemento típico do contrato de abertura de conta, com regras específicas, ditadas por cláusulas contratuais gerais; o conceito sobrepõe-se à conta-corrente comercial, cujas regras só caso a caso e após verificação, podem ser transpostas para o campo bancário;

- o penhor de conta bancária: trata-se de uma garantia específica que implica uma conta bancária com um saldo bloqueado; o seu titular responde, até à concorrência do saldo, por certa dívida; o conceito sobrepõe-se ao penhor bancário (de coisa), que segue regras específicas, com relevo para a inaplicabilidade da proibição de pactos comissórios, estranhos ao penhor de conta;
- o depósito solidário: trata-se de uma abertura de conta em que se acordou poderem os movimentos e outras operações ser praticados por apenas um dos contitulares; o conceito sobrepõe-se à solidariedade das obrigações, quando apenas traduz um regime contratual e não – ou não necessariamente – a aplicação da massa de regras sobre solidariedade, sem cuidadosa verificação prévia.

Postos estes aspetos, vamos considerar alguns princípios próprios do Direito bancário

#### 4. *O princípio da simplicidade*

I. No campo privado, a ideia de simplicidade impôs-se, no Direito comercial, por oposição a exigências de formalidades e de solenidades, requeridas pelo Direito civil. No Código Comercial, a simplicidade deu corpo às regras seguintes:

- liberdade de escrituração, salvas as limitações legais (30.º);
- liberdade de língua (96.º);
- liberdade de forma do mandato geral (249.º);
- possibilidade de provar o empréstimo mercantil por qualquer modo (396.º);
- possibilidade de celebrar penhor com entrega meramente simbólica da coisa empenhada (398.º, § único).

Joga a constatação de que muitas das formalidades ou das solenidades que acompanham certos atos resultam, apenas, das tradições: não desempenhariam de facto, um papel útil: poderiam ser alijadas no Direito comercial, mais próximo das “realidades da vida”.

No Direito bancário, as exigências de simplicidade seriam acentuadas e, sobretudo: efetivas. Tratando-se, para mais, de dinheiro: fica claro que qualquer diligência dispensável representa um custo de transação totalmente injustificado.

A atuação bancária tende a reduzir as formalidades ao mínimo exigível para a consubstanciação e ulterior prova dos atos. Esta exigência tem sido prosseguida com recurso aos seguintes três subprincípios:

- consensualismo e reformalização normalizada;
- uso da informática;
- unilateralidade.

II. Subprincípio concretizador da simplicidade será o do consensualismo. No Direito bancário – mais do que no Direito civil e no próprio Direito comercial – a vontade dos intervenientes produziria os seus efeitos, seja qual for a forma por que se revele. Podemos mesmo apontar, nalguns negócios-chave, uma caminhada para a simplificação formal. Quanto ao mútuo: no Direito civil, o mútuo superior a 2.500 euros exige documento assinado pelo mutuário; sendo superior a 25.000 euros, exige escritura pública ou documento particular autenticado (1143.º, do Código Civil); no Direito comercial, o mútuo celebrado entre comerciantes, seja qual for o seu valor, admite todo o género de prova (396.º, do Código Comercial); no Direito bancário, o mútuo, mesmo que a outra parte contratante não seja comerciante e seja qual for o seu valor, pode provar-se por escrito particular (artigo único do Decreto-Lei n.º 32.765, de 29 de abril de 1943).

Um percurso similar pode ser seguido no caso do penhor: no Direito civil, exige-se a entrega efetiva da coisa (666.º/1, do Código Civil); no Direito comercial, a entrega pode ser meramente simbólica (398.º, do Código Comercial); no Direito bancário, a entrega é dispensada (1.º do Decreto Lei n.º 29:833, de 17 de agosto de 1939).

Mas a partir de uma certa margem, o consensualismo joga contra a simplificação. Admitir, por exemplo, negócios puramente verbais redundaria em, mais tarde, se assistir a intermináveis discussões sobre o seu conteúdo. E o próprio ato de manifestar oralmente a vontade própria, mercê dos circunlóquios e das palavras de circunstância que sempre ocorrem, pode implicar complicações e perdas de tempo.

Por isso, no Direito bancário, a simplificação formal nunca vai ao ponto de dispensar a forma escrita ou equivalente. Negócios orais ou manifestações tácitas de vontade acabam por não ter lugar no manuseio profissional do dinheiro ou de outros valores.

As exigências da simplicidade acabam por induzir uma reformalização normalizada dos negócios jurídicos. Numa ponte para a rapidez, abaixo examinada, os particulares interessados são solicitados a manifestar a sua vontade através do preenchimento de formulários, reduzidos, muitas vezes, à simples aposição de cruces em quadrículas, com uma assinatura formal. A vontade pode ainda manifestar-se por via informática.

III. Num aspeto que se reporta, também, à rapidez, a simplificação bancária deve muito à informática e às tecnologias da informação. Podemos considerar que os progressos da banca, nas últimas décadas, se ficaram a dever a essa vertente dos nossos tempos.

Em traços largos, podemos considerar que a informática simplifica:

- a contratação e a prática de diversos atos bancários;
- a execução de deveres de informação e de comunicação, designadamente quanto às chamadas obrigações de caixa;
- a manutenção da contabilidade e o exercício da supervisão.

Além disso ela é eficiente, barata e não comete erros.

IV. Como concretização do princípio da simplicidade, um lugar especial assiste ao princípio ou subprincípio da unilateralidade. No Direito bancário, os atos apresentam-se, muitas vezes, sob a forma de simples cartas assinadas e não de contratos formais: uma regra que tem suscitado diversas dúvidas, que cumpre esclarecer.

A unilateralidade dos atos bancários pode ser real ou aparente. Será real nas hipóteses de vinculações pura e simplesmente unilaterais; será aparente nos casos em que tenha havido um acordo de vontades normal – portanto: um contrato – depois formalizado num texto assinado, apenas, por um dos intervenientes.

No Direito bancário, através da forma voluntária ou da forma convencional, as partes recorrem, muitas vezes, a um documento – normalmente uma carta – assinada, apenas, por uma delas – em regra, pelo cliente – para exprimir um acordo de vontades a que ambas chegaram. As “cartas” assinadas pelo cliente são negociadas previamente com o banqueiro; podem, mesmo, ser pura e simplesmente oferecidas, pelo banqueiro, para assinatura do cliente ou, até, assinadas em branco, mediante um acordo lateral quanto ao seu preenchimento. Nestas duas últimas hipóteses, como bem se compreende, há um suplemento de exigência da boa-fé, fonte de deveres de lealdade e de informação. Em suma: sempre que a lei se contente com uma assinatura ou, por maioria de razão, quando ela não exija qualquer forma, as partes podem contratar na base de documentos unilaterais.

De seguida, temos a hipótese de atos realmente unilaterais, isto é, de atos que, de facto, exprimam uma vontade unilateral do declarante, sobre a qual não tenha havido qualquer concordância do declaratário.

Tais hipóteses são pouco frequentes. No Direito bancário abundam as situações de relação. Mesmo perante uma declaração unilateral, a outra parte, ainda que tacitamente – p. ex.: concedendo crédito, prorrogando negócios ou emitindo garantias – acaba por dar o seu assentimento. Mas podem ocorrer.

O Direito civil tradicional era dominado pelo preconceito romanístico-liberal de que não pode haver compromissos senão por via do contrato. Porém, o que não se poderia conceber seria uma situação na qual uma pessoa lograsse, por si e

unilateralmente, vincular outra. Já não se compreenderia, num mundo de gente responsável, que uma pessoa não pudesse assumir, livremente e por si, válidos compromissos. Ultrapassado este obstáculo, temos ainda outros dois:

- o de que ninguém poderia ser beneficiado contra a sua própria vontade;
- o da natureza contratual da remissão e da doação, dobrada pela proibição de doação de bens futuros.

Trata-se de obstáculos superáveis, embora eles devam ser tidos em conta no regime que, depois, se venha a fixar. Na verdade, ninguém pode ser beneficiado sem dar o seu acordo; porém, tudo se resolve se se admitir a possibilidade do beneficiário de um ato unilateral renunciar, depois, à vantagem dele derivada. Quanto à natureza contratual da remissão e da doação – artigos 863.º/1 e 940.º/1, ambos do Código Civil: ela corresponde à construção histórica desses institutos, mas não permite extrapolar qualquer regra geral.

No Direito bancário, podemos proclamar uma tendência, determinada pelas necessidades de simplicidade, de predomínio de instrumentos unilaterais, *maxime*: de cartas. Isso é possível e totalmente eficaz por uma de três vias:

- ou por se tratar de verdadeiros contratos, apenas formalizados – como é possível, pela consensualidade – através de um escrito assinado por um interveniente;
- ou por se consubstanciar um ato unilateral claramente previsto na lei;
- ou, finalmente, por interpretação restritiva do artigo 457.º, do Código Civil.

## 5. *O princípio da rapidez*

I. Podemos distinguir, da simplicidade, a rapidez bancária e isso mau grado a evidente interligação entre ambos existente. Na rapidez não se trata tanto de simplificar o modo de praticar certos atos: antes de, atuando na própria substância de atos, facilitar a tomada de decisão conducente à sua celebração. A rapidez está ainda associada à crescente dimensão dos bancos e à necessidade de descentralizar, no seu seio, o processo decisório: apenas os negócios inabituais ou os de elevado montante subirão ao conselho de administração.

A rapidez exige, desde logo, normalização substancial. Apesar da capacidade de inovação imputável à banca, a grande maioria dos negócios segue caminhos já trilhados. Os negócios-tipo oferecidos aos clientes do banqueiro estão predefinidos. Perante um pedido de financiamento – por exemplo – o banqueiro começará por reconduzi-lo a um dos modelos que habitualmente disponibilize e que se lhe afigure adequado, em face das circunstâncias do caso. Se se tratar de uma aquisição imobiliária, o banqueiro irá, por exemplo, considerar o mútuo

hipotecário ou a locação financeira de imóveis; só por exceção irá estudar uma fórmula atípica.

Resulta daqui que, apesar de lidarmos, na banca, com um *numerus apertus* de atos, estes, na prática, obedecem a tipos predeterminados, legais ou sociais.

II. Para além da normalização nos negócios disponíveis, temos ainda uma normalização, a nível de negócios preconizados. Os clientes ou virtuais clientes do banqueiro são, desde logo, ordenados por “segmentos”, *prima facie* em função de rendimentos. Seguidamente, são-lhes propostos negócios consonantes com o “segmento” a que pertençam, de tal modo que se possa aproveitar, ao máximo, o potencial de rendibilidade bancária que cada um possa alcançar. A despersionalização daqui resultante pode ser temperada com um atendimento formal ou substancialmente individualizado, de acordo com o estado do mercado e a própria imagem do banqueiro considerado.

III. Corolário lógico das exigências substanciais de normalização é o recurso intensivo à contratação com recurso a cláusulas contratuais gerais.

As cláusulas contratuais gerais dos bancos coligiram os usos do sector e dão corpo a contratos básicos que não dispõem de regimes legais supletivos ou que, a esse nível, apenas desfrutam de leis muito elementares. A adesão a cláusulas gerais dispensa todo um processo de negociação e dissipa dúvidas quanto à realidade acordada. Ela permite, ainda, decisões descentralizadas, dentro das instituições de crédito. Operações delicadas, como o cálculo do risco, ficam facilitadas no recurso a cláusulas contratuais gerais: estas postulam o prévio estudo, por sectores, dessa matéria.

IV. A desmaterialização tem a ver com a possibilidade de representação e de comunicação das realidades atinentes à banca – e, *maxime*, do próprio dinheiro –, através de suportes automáticos e eletrónicos e portanto: imateriais, no sentido mais imediato do termo.

A desmaterialização do Direito bancário provocou o aparecimento – ou melhor: a difusão – de um instrumento novo: o dos cartões bancários, de crédito e de pagamento. Para além disso, toda a prática bancária foi profundamente alterada. As diversas operações jurídicas são processadas através de meios eletrónicos. Nalguns casos, elas ainda são acompanhadas por suportes escritos; noutros, prescindindo-se, por completo, desse resquício.

A contratação por computador traduz apenas, à partida, o prolongamento da mente e do braço humanos. Assim, o computador poderá estar programado para aceitar propostas formuladas em certos termos ou para formular, ele próprio, propostas sujeitas à aceitação do público. No entanto, parece evidente que o



aprofundamento da banca eletrónica acabará por bulir com múltiplos vetores negociais. E designadamente:

- as hipóteses negociais serão limitadas, de antemão, pela programação do autómato; a banca eletrónica anda, assim, paredes-meias com as cláusulas contratuais gerais;
- a interpretação negocial é limitada à estrita mensagem codificada introduzida no autómato.

Além disso, o Direito bancário, no seu conjunto, não pode deixar de ser afetado. A política monetária, a supervisão e a colaboração internacionais devem adaptar-se. As relações são simplificadas em extremo, tendendo para a abstração e, em certos cenários, para pôr em crise os contactos entre as pessoas e a própria confiança. Mesmo as instituições bancárias – e as mobiliárias – poderiam ser ladeadas através de uma teia de relações entre os interessados, assentes no ciberespaço.

A desmaterialização tem, depois, profundas consequências nos títulos de crédito e, em geral, nos valores mobiliários. Ela domina, além disso, toda a concretização do tráfego bancário.

## **6. O princípio da ponderação bancária**

I. O princípio da ponderação bancária, na terminologia que temos vindo a propor, equivale a um modo de realizar o Direito próprio do comércio bancário. Implica, fundamentalmente:

- uma fórmula de contratar;
- um esquema de interpretar o contratado;
- as garantias do cumprimento.

Nada impede outras entidades, mormente num sector financeiro alargado que englobe os seguros e os valores mobiliários, de recorrer a esquemas similares de ponderação. Originária e tipicamente eles têm, todavia, origem no manuseio profissional do dinheiro.

II. A ponderação bancária requer, em primeiro lugar, a prevalência das realidades patrimoniais, tal como relevam em termos de realização pecuniária. No limite, o cliente ideal para um crédito ... será o que dele não precise. O banqueiro procura avaliar a capacidade financeira do cliente, ponderando especialmente a faturação (*cash flow*) em detrimento do património e, quanto a este: procedendo a uma efetiva valoração perante o mercado (e não, por hipótese, em

face de valores oficiais dados pelas matrizes prediais ou por avaliações que não as do mercado). A realidade subjacente leva o banqueiro a privilegiar as abrangências negociais. Só por exceção um banqueiro irá praticar, com um seu cliente, um único ato bancário. E quando porventura o faça, será em prejuízo seu: uma abertura de conta, por exemplo, só por si, representa apenas um custo para o banqueiro. Os atos bancários estão vocacionados, em nome da realidade econômica que lhes subjaz, para se encadearem em séries ilimitadas. Daí resulta, de resto, o fenômeno da relação bancária complexa.

Ainda em nome da prevalência das realidades, temos a ideia de flexibilidade. A banca está, em princípio e com salvaguarda das preocupações de normalização já exaradas, disponível para estudar e para concretizar novos esquemas negociais. Fá-lo seja importando figuras novas oriundas de outros ordenamentos, seja adotando figuras antigas com objetivos financeiros, seja criando realidades contratuais novas.

Muitas vezes a capacidade inovatória da vida bancária ultrapassa a capacidade dos cultores da Ciência jurídico-bancária. Tal sucedeu, por exemplo e entre nós, com figuras como a cessão financeira ou as cartas de conforto, usadas na vida prática antes de, sobre elas, ter recaído qualquer estudo doutrinário. Além disso, encontramos uma permanente inovação em áreas que se revelaram sensíveis, como a dos derivados.

III. *Summo rigore*, a interpretação dos atos bancários deveria efetivar-se segundo as regras contidas nos artigos 236.º e seguintes do Código Civil. O recurso a cláusulas contratuais gerais implica, nos termos do artigo 10.º da LCCG, a utilização dessas mesmas regras. Se se atentar nas realidades do comércio de massas subjacentes à prática bancária, logo se vê a inviabilidade de uma interpretação individualizada dos vários atos.

No dia-a-dia da banca surge, pelo lado do banqueiro e, por vezes, também pelo lado do cliente, numerosos operadores ou empregados. Ora é essencial que, às declarações proferidas, todos deem o mesmo sentido. A normalização das grandes instituições e a praticabilidade dos próprios esquemas negociais bancários ficariam em crise quando se impusessem interpretações variáveis, em função dos concretos suportes humanos em presença.

Isso conduz-nos a uma interpretação essencialmente objetiva das declarações bancárias. Esta mesma dimensão reduz a aplicabilidade das figuras do erro na formação e na declaração: os atos valem pelo que, neles, esteja exarado.

Poderemos exprimir esta preocupação falando na regra do primeiro entendimento: a declaração negocial vale com o sentido codificado que dela resulte ou, na falta dele, com o do primeiro entendimento que, dela, o operador venha retirar. Essencial é que todos deem, à declaração, o mesmo sentido. Trata-se de

uma realidade insofismável. Poderíamos tentar, com ela, compatibilizar o artigo 236.º/1 do Código Civil: no campo bancário, o declaratório normal, colocado na posição do declaratório real aderiria ... ao primeiro entendimento. Uma fórmula algo artificial: o Direito deve acompanhar as realidades a que se aplique, assim se justificando o primeiro entendimento. Caberá, agora, aos técnicos juristas que redijam as cláusulas gerais ou os contratos encontrar fórmulas que façam corresponder o “primeiro entendimento” à efetiva substância pretendida pelas partes.

IV. No tocante ao tema dos incumprimentos e das sanções, no Direito bancário, pergunta-se se estamos perante um sector especialmente dominado pela confiança. No desenvolvimento das concretas relações bancárias, estabelece-se, em regra, uma relação unilateral de confiança, do cliente para com o banqueiro. O inverso, pelo menos à partida, não é exato. *Ab initio*, o cliente tem um conhecimento muito mais aprofundado sobre as suas próprias possibilidades, sobre o seu passivo e sobre a sua solvência, do que o banqueiro a quem ele recorra. O banqueiro tem consciência desse seu *deficit* de informação. É, assim, levado a tomar uma série de precauções que, em face de bons clientes, são não só inúteis como gravosamente encarecedoras dos produtos em jogo. Digamos que a relação bancária se inicia sob o signo da desconfiança, por parte do banqueiro, particularmente perante pessoas que não tenham *curricula* de (bons) devedores: aquelas, justamente, que, por não terem passivo, maior solvência apresentam. Daí a multiplicação de garantias que, muitas vezes, envolve o tráfego bancário.

As garantias fazem parte intrínseca do tráfego bancário. O banqueiro não procura, todavia, as garantias teoricamente mais fortes e, *maxime*: a hipoteca. Antes dá preferência a garantias pessoais, concedidas por entidades totalmente solventes e, *maxime*: por outros banqueiros ou pelo Estado.

Na vida real, a hipoteca é um produto caro; além disso, o seu funcionamento encontra-se bloqueado pelo colapso das ações executivas. Em operações de crédito comercial, a eficácia sancionatória confere clara preferência a garantias pessoais idóneas.

A sanção mais eficaz, no domínio bancário, é precisamente a hipótese do corte do crédito. Na vida comercial e no âmbito de uma relação bancária complexa, um incumprimento injustificado, por parte de um cliente, envolve, além de diversos vencimentos antecipados, a não-concessão de mais crédito. Tanto basta para paralisar a generalidade das empresas. Estas tudo farão para prevenir incumprimentos. O sistema autossustenta-se e isso mesmo sabendo que os esquemas coercivos do Estado, quando eficazes, funcionam em tempos e por preços proibitivos. No limite, temos as regras das insolvências, nas quais todos os credores que não estejam suficientemente apoiados em garantias especiais perdem dinheiro.

## II – A alteração das circunstâncias

### 7. *Problema de base e evolução*

I. Em Direito, diz-se alteração das circunstâncias a situação na qual um contrato regularmente celebrado seja colocado numa situação superveniente de grave desequilíbrio, por se ter modificado o circunstancialismo existente à data da sua conclusão. Essa eventualidade coloca um problema muito delicado: a autonomia privada exige que o contrato seja cumprido; mas a boa-fé veda o súbito enriquecimento, de uma das partes, à custa da outra. Em situações verdadeiramente escandalosas, o sentimento jurídico mandaria que o contrato fosse revisto ou, até, suprimido. Mas qual o *quantum* de injustiça necessário? E como reagir se o contrato atingido tiver sido desenhado precisamente para pôr uma das partes ao abrigo de riscos de flutuações?

As respostas vêm sendo dadas, ao longo dos séculos, sem se ter, ainda, encontrado um ponto de equilíbrio.

II. Com raízes greco-romanas, a alteração das circunstâncias ganhou relevância jurídica a partir do século XII, através dos canonistas. A sua divulgação deve-se a Bártolo, com a designação, que perduraria, de *clausula rebus sic stantibus*. A doutrina da *clausula* penetrou no Direito comum europeu dos séculos subsequentes. Ela postulava que a celebração dos contratos era sempre acompanhada da proposição *rebus sic stantibus*: a vigência contratual dependia da manutenção do *statu quo* próprio do momento da conclusão, sem o que a eficácia dos pactos ficava comprometida. O saber, no entanto, se a *clausula* devia ser reportada à vontade das partes ou, pelo contrário, ao próprio Direito objetivo, quais os requisitos exatos da sua verificação e eficácia e quais os seus efeitos concretos nos convênios atingidos, constituíam questões sem resposta, na época. A tradição do Direito comum foi interrompida no Humanismo, enquanto os jurisperitos elegantes franceses do século XVI passaram em silêncio a temática da *clausula*. Também o jusracionalismo, reagindo contra o pensamento anterior do Direito comum, porventura demasiado permissivo, foi, num primeiro tempo, favorável à relevância jurídica da alteração das circunstâncias. Deu-se, depois, uma evolução pendular: os juristas do século das luzes vieram a apoiar e, depois, a desamparar a doutrina da *clausula*.

Estas oscilações tão marcadas naquilo que constituiu o tronco comum da cultura jurídica continental explicam, em parte, a diversidade de soluções que a evolução histórica posterior veio a consagrar, no domínio da alteração das circunstâncias.

III. Com o advento das grandes codificações do século XIX, foi quebrada a unidade do pensamento jurídico europeu continental; a partir de então, o desenvolvimento histórico do tema deve ser dobrado por considerações comparatísticas.

O Direito francês, conservando a tradição dos juristas elegantes do humanismo, acima referida, clara no silêncio dos precursores do Código Napoleão e no deste mesmo diploma, negou qualquer relevância, no campo civil, à alteração das circunstâncias. A jurisprudência, particularmente apegada a uma regra rígida de respeito literal pelos contratos, tem sido conclusiva, no Direito privado, na recusa do reconhecimento da eficácia jurídica à modificação do circunstancialismo que tenha rodeado a celebração dos contratos. Esta posição não deve ser justificada com uma pretensa estabilidade da vida francesa, contraposta a convulsões mais marcadas, ocorridas na vizinha Alemanha. A França conheceu, em particular nos anos 1870-71, 1914-1918, década de trinta e 1939-45, devido respectivamente, à guerra franco-prussiana e à experiência da Comuna, à primeira guerra mundial, à grande depressão econômica e à segunda guerra mundial, convulsões políticas, econômicas e sociais profundas, que interferiram largamente no equilíbrio inicial de inúmeros contratos civis. Mesmo então, a jurisprudência recusou qualquer remédio, confirmando o dever de cumprimento escrupuloso dos contratos. Tal bloqueio deve ser imputado a uma certa rigidez dogmática do pensamento jurídico francês, preso nas teias da exegese. Mas outras justificações têm sido apontadas: no tratado de Planiol/Ripert/Esmein, explica-se que, nas situações paradigmáticas de alterações das circunstâncias, em períodos de guerra ou similares, nos quais a elevação dos preços das mercadorias provocava prejuízos aparentes nos fornecedores, receava-se que estes detivessem, ainda, reservas anteriores às hostilidades e que aproveitassem a modificação para realizar lucros suplementares: os tribunais temeram que, ao introduzir-se uma possibilidade generalizada de revisão dos contratos, se fosse premiar a má-fé e dificultar, em períodos delicados, a vida econômica do país.

Mas em compensação, o Direito administrativo francês construiu uma via própria para rever contratos atingidos por alteração de circunstâncias. Constatando que o interesse público exigia a manutenção dos contratos administrativos atingidos por alterações exteriores, os tribunais administrativos admitiram a teoria da imprevisão. Haveria que adaptar, em nome dos valores comuns, os contratos atingidos por circunstâncias imprevisíveis.

IV. Em Itália, o tema da alteração das circunstâncias, depois do impulso recebido no período do Direito comum, entrara em letargia progressiva. Ressalvadas algumas abertas à tradição da velha *clausula rebus sic stantibus*, pode considerar-se que, na sequência do Código Civil de 1865, e sob o influxo doutrinário do pensamento francês, ele fora recusado, na sua eficácia jurídica. As perturbações

profundas causadas pela guerra 1914-18 não levaram a qualquer abertura jurisprudencial: houve, antes, intervenções legislativas destinadas a solucionar problemas inesperados postos, aos contratos já celebrados, pelo novo estado de coisas.

Esta situação alterou-se um tanto, por razões científico-culturais. A forte pressão da doutrina alemã, sem grande significado em França e o peso dos estudos históricos, levaram a doutrina a admitir a revisão de contratos, por superveniências. Surge assim, no Código italiano de 1942, um artigo 1467.º, que dispõe:

Nos contratos de execução continuada ou periódica ou ainda de execução diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa pelo verificar de ocorrências extraordinárias e imprevisíveis, pode a parte que deva tal prestação pedir a resolução do contrato, com os efeitos estabelecidos no art. 1458.º (efeitos de resolução). A resolução não pode ser pedida se a onerosidade integrar a álea normal do contrato.

A parte contra a qual é pedida a resolução pode evitá-la oferecendo modificar equamente as condições do contrato.

A lei italiana seguiu, de certo modo, uma via própria. Não utilizou os quadros da velha *clausula rebus sic stantibus* do Direito comum, nem os da imprevisão administrativa francesa, nem as múltiplas construções que, a partir de meados do século XIX, viriam da Alemanha. Recorreu, antes, a uma ideia formal dita *onerosidade excessiva*. Esta, uma vez em vigor, teve um destino curioso: foi entendida, pela jurisprudência, apesar dos protestos de alguma doutrina, como uma consagração do conceito da pressuposição, de cariz subjetivista, e devido, sabidamente, a Windscheid. Com esta particularidade, não pode falar-se em qualquer incremento especial da eficácia jurídica da alteração das circunstâncias, no que toca à aplicação, pelos tribunais, do artigo 1467.º do Código Civil italiano. Certas limitações jurídico-culturais aos quadros do dogma da vontade a tanto terão conduzido.

V. O Direito alemão surge, nesta panorâmica, como campeão no domínio da alteração das circunstâncias. Num primeiro tempo, a pandectística, ainda sob influência do jusracionalismo tardio anterior, não se mostrou favorável à figura. Na pandectística tardia, pelo contrário, a alteração das circunstâncias foi considerada relevante, com recurso a outros expedientes técnicos. Muito focada foi a teoria da pressuposição, de Windscheid, subjetivo-voluntarística, que apesar de algumas adesões iniciais, caiu sob a crítica acesa de Otto Lenel, vendo recusada a sua consagração no Código Civil alemão de 1896. Surgiram numerosas outras tentativas doutrinárias de enquadramento da alteração das circunstâncias, de que se apresenta, apenas, um quadro sintético.

A *clausula rebus sic stantibus* foi recuperada, ainda que sem unidade de sentido: Stammler, apelando para uma ideia de efeito social conjunto – nada estranha ao “Direito justo” e ao “ideal social”, peças angulares do seu pensamento neo-kantiano – atribuiu-lhe um conteúdo objetivado enquanto Pfaff, na esteira de Bekker, apela a uma *clausula* subjetiva, a extrair do contrato pela interpretação. Esta oscilação da velha figura canonística manter-se-ia após entrada em vigor do Código alemão: enquanto Stahl requer uma *clausula* objetiva na base de um juspositivismo legalista, numa posição compartilhada, na forma, por Erik Kaufmann, assente numa “qualidade concreta da relação jurídica especial”, de sabor neo-hegeliano, Leetz subjetiviza-a, apelando para a interpretação dos contratos, a realizar de boa-fé. Pouco satisfatórias em termos científico-sistemáticos, estas construções não ofereciam hipóteses, aos intérpretes-aplicadores, de soluções concretas, claras e eficazes. Donde o surgir de outras construções, com relevo para a impossibilidade alargada. Esta, no entanto, levantou dificuldades dogmáticas que obrigaram a jurisprudência alemã a tentar saídas diversas, através da normatização pura e simples das alterações, da aplicação direta da boa-fé e da exceção de ruína, pouco tratadas na doutrina a qual, com algum sucesso, acabaria por lançar o esquema da inexigibilidade.

As indecisões da doutrina e a grave crise económica registada na Alemanha, no espaço entre as duas guerras, levaram a jurisprudência a reconhecer definitivamente eficácia à alteração das circunstâncias, em nome da boa-fé. Ora a boa-fé surge como conceito indeterminado, carecido de concretização ou preenchimento, num conjunto de processos de redução dogmática difícil, em que apenas aos poucos têm sido obtidos resultados. A consagração jurisprudencial da eficácia jurídica da alteração das circunstâncias teve o sabor de um remédio casuístico para injustiças evidentes. Num panorama dominado pela incerteza e pela instabilidade, a alteração das circunstâncias foi retomada, em termos de patente contacto com a pressuposição de Windscheid, através de Oertmann, que lançou o mote conhecido da base do negócio. Na sequência desta inovação, mais linguística do que substantiva, iniciou-se, de novo, a oscilação pendular entre as construções subjetivas e objetivas. A base do negócio foi, nominalmente, recebida na jurisprudência: incapaz de transmitir uma conceção doutrinária clara e unitária, ela funcionou mais como designação genérica para a própria ocorrência de uma alteração das circunstâncias, do que como teoria portadora de um regime para o problema. Num último esforço, Karl Larenz tentou fundir as grandes correntes anteriores, distinguindo uma base do negócio objetiva e uma subjetiva. A crítica foi imediata, generalizada e concludente, o que não impediu um certo sucesso desta conceção, não na sua terra de origem, mas em Portugal.

O sentido da evolução mais recente, diretamente relevante para o Direito português, será objeto de análise mais detida, a propósito das tendências atuais do

instituto. Uma especial atenção será ainda dada à consagração expressa, no BGB e na sequência da grande reforma de 2001/2002, da alteração das circunstâncias.

VI. Esta nota breve quanto à evolução histórico-comparatística da relevância jurídica da alteração das circunstâncias permite algumas conclusões importantes para o entendimento do instituto.

As evoluções diferentes – quando não opostas – entre as experiências francesa, italiana e alemã, mostram que não há uma relação direta e clara entre a alteração das circunstâncias e o estágio sócio-cultural aparentado pela sociedade onde o problema se punha.

De um modo geral, ficou claro que a alteração das circunstâncias reveste-se de eficácia jurídica quando a pressão de acontecimentos a isso conduza. Mal tal fenómeno não é fatal: a experiência francesa e, até certo ponto, a italiana, mostram que modificações infrajurídicas radicais, a serem enfrentadas, como deveria, aliás, suceder preferencialmente, pelo legislador, não obrigam a tomadas de posição particulares por parte da jurisprudência civil.

A eficácia jurídica da alteração das circunstâncias reveste-se, por fim, de um nível acentuadamente técnico-cultural. Desde a velha *clausula rebus sic stantibus* até às múltiplas aceções da base do negócio – e, mais além, às recentes evoluções doutrinárias sobre o tema, a que se fará referência – a alteração das circunstâncias pode ser enfrentada com instrumentação técnica diversificada: vários institutos jurídicos, por vezes distantes dos tradicionais, podem ser chamados a intervir.

O equacionar deste problema coloca assim um tema de Ciência do Direito no sentido próprio do termo: a Ciência da resolução de casos concretos. Apenas perante uma experiência jurídica concreta e à luz das decisões por ela legitimadas se pode indagar das saídas encontradas para o solucionar.

## 8. *A delimitação da alteração das circunstâncias; o erro*

I. A alteração das circunstâncias, até pelas suas características intrínsecas e pela sua ligação à boa-fé, tomou um largo espectro de aplicação. Na base das muitas teorias surgidas para a sua explicação, procede-se, hoje, a uma delimitação mais estrita. Múltiplas questões reconduzidas à alteração das circunstâncias podem ser solucionadas à luz de outros institutos, designadamente: do erro, do risco e da integração contratuais. Apenas se mantém o núcleo duro. Vamos ver.

II. O primeiro grupo de problemas que deve ser retirado da alteração das circunstâncias é o que se reporta a uma “base do negócio” puramente subjetiva. Na celebração, as partes podem ter assentado em representações decisivas para a formação e exteriorização da sua vontade. E essas representações podem não



corresponder à realidade, tal como era possível, na altura conhecê-la. Quer a presunção de Windscheid, quer a base do negócio, de Oertmann, reivindicariam, ainda aqui, aplicação. Na Alemanha, deu-se todo um movimento, bastante difícil, mas que se viu coroado de êxito definitivo, e que operou no sentido de, nessa conjuntura, aplicar não o regime da alteração das circunstâncias, mas o do erro. De facto, na denominada “alteração previsível” há, tão só erro das partes, numa conjunção que, como tal, deve ser tratada. Por isso se tem entendido, com unanimidade, na doutrina portuguesa, que a alteração verdadeira deve ser imprevisível. A orientação é correta.

III. No Direito português, este primeiro passo clarificador está, em extremo, simplificado, uma vez que o Código Civil autonomizou o “erro sobre a base do negócio” – artigo 252.º/2. Como adquirida, fica pois a ideia de que a lei portuguesa já reconheceu, de modo explícito, a depuração da alteração das circunstâncias, no que toca a aspetos atinentes, apenas, às representações das partes: estes integram, na verdade, o tema do erro.

## 9. *O risco e a impossibilidade*

I. Como segundo fator de delimitação da alteração das circunstâncias surge o risco, ou, de modo mais preciso, o conjunto de regras que imputam, a alguma das partes, o dano superveniente resultante da alteração.

Surgiram doutrinas que intentam reconduzir ao risco toda a problemática da alteração das circunstâncias. Tais doutrinas, ainda quando conseguissem uma focagem nova do tema, não encontravam, nelas próprias, as bitolas últimas de decisão. Mas se a redução global da alteração das circunstâncias ao risco levanta dificuldades, não há dúvidas de que, pelo menos em certas áreas, a modificação superveniente vai integrar normas claras sobre distribuição de risco. E quando isso suceda, estas aplicam-se, em detrimento dos dispositivos virados, de modo direto, para a alteração.

Tome-se um exemplo radical: pode o comprador de um automóvel, que já o haja recebido, pedir a resolução ou modificação do contrato de compra e venda, alegando uma subida inesperada no preço da gasolina? A resposta é negativa: a alteração registada, ainda quando anormal e imprevisível, dá-se numa esfera de risco exclusiva do comprador-proprietário, em todo alheia ao vendedor. Por isso se entende que, em regra, o regime do artigo 437.º só se aplica a contratos que não sejam de execução imediata.

II. Embora dispersas pelo seu articulado, o Código Vaz Serra compreende um conjunto sistemático de normas relativas ao risco nas situações jurídicas.

Manda o artigo 796.º/1:

Nos contratos que importem a transferência do domínio sobre certa coisa ou que constituam ou transfiram um direito real sobre ela, o perecimento ou deterioração da coisa por causa não imputável ao alienante corre por conta do adquirente.

Mantém-se vivo, no Direito português vigente, o velho aforismo *res domino suo perit*: o risco de danos nas coisas corpóreas corre por conta dos titulares de direitos reais sobre elas; o artigo 796.º/1 vai mais longe, clarificando uma zona de fronteira: a do risco em contratos transmissivos, quando ainda não tenha havido entrega da coisa ao adquirente – e salvo o caso particular do artigo 796.º/2: também aí, uma vez transferido o domínio, o risco corre pelo titular.

O artigo 807.º/1 dispõe:

Pelo facto de estar em mora, o devedor torna-se responsável pelo prejuízo que o credor tiver em consequência da perda ou deterioração daquilo que deveria entregar, mesmo que estes factos lhe não sejam imputáveis.

Trata-se da conhecida regra de inversão do risco, havendo mora do devedor. *A contrario*, deduz-se, que na pendência de uma obrigação, o risco pela perda ou deterioração daquilo que devia ser entregue corre pelo credor. É, no fundo, o aflorar da regra anterior, agora adaptada: os danos inimputáveis verificados em coisas corpóreas correm pelas pessoas que, a elas, tenham direitos de crédito. Tal sucede, porém, apenas, perante coisas certas e determinadas: se se tratar de uma obrigação genérica, o risco só corre pelo credor depois da concentração, a operar nos termos do artigo 541.º; até ela, “... o devedor não fica exonerado pelo facto de perecerem aquelas (coisas) com que se dispunha a cumprir” – artigo 540.º.

As regras próprias do risco, quanto a coisas corpóreas, sejam elas de direitos reais ou de direitos creditícios, e de que acima se deu conta, são complementadas, no tocante a pretensões de *facere*, por normas referentes à impossibilidade.

Nos termos do artigo 790.º/1,

A obrigação extingue-se quando a prestação se torna impossível por causa não imputável ao devedor.

Esta regra equivale a fazer correr o risco do “perecimento” do crédito pelo credor, enquanto a obrigação não for cumprida. Com o cumprimento, a relação obrigacional extingue-se: quaisquer danos ficam, então, na esfera onde se verificarem.

Nos denominados contratos bilaterais, o risco, de algum modo, distribui-se pelas partes: o credor vê desaparecer o seu direito pela impossibilitação da

prestação, mas exonera-se da contraprestação, tendo a faculdade, se já a houver realizado, de a reaver nos termos do enriquecimento sem causa – artigo 795.º/1. O mesmo esquema funciona na impossibilidade parcial, reduzindo-se, então, proporcionalmente, a contraprestação – artigo 793.º/1.

III. Para além destas normas gerais sobre risco, o Código Civil compreende várias regras especiais:

- *na locação*, o risco corre pelos dois intervenientes; porém, a privação ou diminuição não imputável ao locador nem aos seus familiares só permite a redução da renda no caso de uma ou outra exceder um sexto da duração do contrato – 1040.º/2;
- *na parceria pecuária*, o risco corre pelo parceiro proprietário – artigo 1126.º;
- *no comodato*, o risco básico corre pelo comodante, com cedências ao comodatário, nos casos específicos no artigo 1136.º/1 e 2;
- *no mútuo*, o risco corre pelo mutuário; será essa uma das utilidades do preceito contido no artigo 1144.º;
- *no depósito*, o risco corre nos termos gerais, pelo depositante (o proprietário); a regra aflora no artigo 1188.º/1;
- *na empreitada*, o risco de perda ou deterioração da coisa corre pelo proprietário – salva a hipótese de mora, em que se dá a inversão, artigo 1228.º/2;
- *na posse*, o risco corre pelo proprietário, quando ela seja de boa-fé e pelo possuidor, se for de má-fé; é o que se retira do artigo 1269.º.

IV. O sentido geral do sistema do risco, bastante harmonioso, é o seguinte: se o Direito atribui a um sujeito, através do esquema do direito subjetivo, uma vantagem, é justo que corra, contra ele, a possibilidade de dano superveniente casual. *Ubi commoda, ibi incommoda*. Qualquer alternativa, que consistiria fatalmente em colocar pessoas numa posição de desvantagem, sem que algum benefício as compense, iria provocar uma distorção exagerada e inexplicável na distribuição da riqueza.

Observa-se ainda que, em situações relativas – *maxime*, contratos bilaterais – o risco distribui-se por ambos os intervenientes.

Este quadro é alterado nos casos de danos culposos – altura em que funciona a responsabilidade por atos ilícitos – ou de imputação objetiva, por razões específicas, do risco, a terceiros – a denominada responsabilidade por risco, só possível “... nos casos especificados na lei” – artigo 483.º/2.

V. As regras do risco delimitam negativamente a alteração das circunstâncias: há que aplicar o regime respetivo, em detrimento do disposto no artigo 437.º/1.

O risco implica sempre um dano casual: nessa medida, é anormal e imprevisível. A não ser assim, todo o regime do risco ficaria inutilizado, caindo-se na alteração das circunstâncias. As normas de risco não são meros postulados técnicos: elas correspondem a imperativos de justiça, acima explicitados, firmes na lógica *ubi commoda, ibi incommoda*. Mais do que isso: numa junção que vem sendo reclamada, as normas de risco são requeridas pelas exigências de segurança das sociedades técnicas modernas; trata-se de uma planificação da distribuição de danos, acessível ao senso comum e que permite esquemas para a sua suportação, de que   exemplo acabado a atividade seguradora. A altera o das circunstâncias, pelo contrário,   um remédio de equidade, de concretiza o difícil e de saída imprevisível.

VI. O legislador português reconheceu-o, de modo explícito. Segundo o artigo 437. /1, só há lugar ao esquema da altera o das circunstâncias quando esta “... não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato”. Uma primeira interpreta o v , aqui, o não funcionamento da altera o dentro daquela margem normal de flutua o contratual: o negócio pode dar mais ou menos lucro, conforme os casos, numa álea que o Direito abandona   lógica do comércio privado; aí, não caberia qualquer remédio *ex bona fide*. Mas isso seria subaproveitar o preceito:   certo que a exigência das obriga oes assumidas, dentro da álea normal do contrato, nunca iria afetar “... gravemente os princípios da boa-fé ...”, antes constituindo um comportamento normal. Ao referir os riscos próprios do contrato, a lei não foi repetir-se: antes ressalvou as regras aplicáveis sobre o risco, dando, perante elas, natureza supletiva   própria altera o das circunstâncias. Compreende-se, a esta luz, o dispositivo do artigo 438. , que afasta o direito de resolu o ou modifica o do contrato por altera o das circunstâncias, quando a parte que dele se reclama esteja em mora. Não se trata de penalizar tal parte, num esquema punitivo em princípio estranho ao Direito civil, mas, tão-só, de um novo aflorar da primazia do risco: havendo mora, d -se a inversão do risco – de todo o risco – na esfera do devedor, pelo artigo 807. /1. Perante tal regra, não cabe aplicar o artigo 437. /1.

O Código Civil italiano alcançou o mesmo objetivo por outra via. O artigo 1467.  do *Codice* só admite o regime de altera o das circunstâncias “nos contratos de execu o continuada ou ainda de execu o diferida”: quando a execu o já tenha tido lugar, consumou-se a concentra o do risco – e de vantagens – nas antigas partes, passando a aplicar-se as regras que a este respeitam.

## 10. *A interpreta o e a integra o contratuais*

I. A contrata o   o domínio da autonomia privada. Os efeitos jurídicos são reportados ao Direito objetivo; mas no campo negocial, tais efeitos desencadeiam-se, em regra, por serem queridos pelas partes e na medida em que o sejam.

A vontade das partes surge, assim, como o meio mais indicado para enfrentar eventuais alterações das circunstâncias. Dada a regra da liberdade contratual – artigo 405.º do Código Civil – não oferece dúvidas a possibilidade de se estipular no domínio da alteração das superveniências negociais. Por um lado, o próprio artigo 437.º/1 do Código Civil, de acordo com uma característica comum aos preceitos obrigacionais, tem natureza supletiva, intervindo, apenas, quando as partes não tenham acordado num regime alternativo. Por outro, esse mesmo preceito apresenta, como locução fulcral, o facto da exigência de certas obrigações assumidas afetar gravemente os princípios da boa-fé; ora quando se tenha estipulado justamente em mira duma alteração das circunstâncias, é essa mesma boa-fé que requer o acatamento do ajustado. E por fim, o próprio regime do risco pode ser definido, direta ou indiretamente, pelas partes; como se viu, o risco delimita negativamente a aplicação do artigo 437.º/1 do Código Civil, como determina o final deste preceito.

II. A vontade das partes pode atuar, nas alterações de circunstâncias, por várias vias. Num primeiro grupo de casos, a interpretação contratual, conduzida em termos idóneos, revela que certo dispositivo, integrado no negócio e aparentemente atingido pela modificação ambiental, não o é, na realidade.

Seja o caso decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça, em 15 de abril de 1975. O litígio aí solucionado andava em torno de uma cessão de quotas societárias, com o preço pago em prestações, indexadas ao valor do ouro fino. A evolução monetária internacional levava, no entanto, a que, na vigência desse contrato, o ouro acusasse uma subida mais acentuada que o custo de vida em geral. Pedida a revisão desse contrato, o Supremo concedeu-a, entendendo que uma “atualização” feita em tais termos, contrariava a boa-fé: mesmo na falta de todos os pressupostos do artigo 437.º/1, a providência justificar-se-ia por abuso do direito – artigo 334.<sup>o1</sup>. A decisão encontrada é correta. Mas podia-se ter lá chegado pela interpretação contratual: de facto, fora vontade das partes precaver-se contra a desvalorização monetária e não especular com o valor do ouro, recolhendo as eventuais mais-valias que a sua alta pudesse proporcionar.

<sup>1</sup> STJ 15-abr.-1975 (José Garcia da Fonseca), BMJ 246 (1975), 138-141 (138, 139 e 141) = RLJ 109 (1976), 179-182 (180 e 181-182), com an. favorável, de Vaz Serra. Em RLx 25-fev.-1986 (Cura Mariano), CJ XI (1986) 1, 104-105 (105), aparecem referidos, também lado a lado, o abuso do direito e a alteração das circunstâncias; mas desta feita, já a vontade das partes não releva, havendo uma verdadeira questão de fundo, provocada pela desadaptação da lei: discutia-se a exigência, pelo inquilino, de obras ao senhorio, quando a degradação da renda houvesse tornado tal pedido completamente desajustado. Esta mesma ideia foi aplicada, em STJ 18-mar.-1986 (Magalhães Baião), BMJ 355 (1986), 175-179, para justificar a desadaptação de uma convenção internacional que, por isso, poderia ser contrariada pela lei interna, em nome de uma *clausula rebus sic stantibus*; esta orientação merece aplauso.

Desde o momento em que, contra o esperado pelas partes, o ouro tenha deixado de ser um indicador seguro, é a própria vontade negocial que requer a opção por outro fator de indexação<sup>2</sup>.

III. Num segundo grupo, a vontade das partes, tal como se depreende da interpretação contratual, estipulou, de modo direto, para a eventualidade de superveniências. Isso quer clausulando que o contrato cessa se houver alterações inesperadas – seria como que uma *clausula rebus sic stantibus* expressamente querida pelas contratantes – quer convencionando um regime particular, a funcionar perante modificações ambientais. Tal regime pode coincidir, ou não, com o que resultaria da aplicação do artigo 437.º/1 do Código Civil. Como já foi frisado, salva disposição injuntiva em contrário, toda esta temática vive dominada pela autonomia privada. O próprio artigo 437.º/1 não deixa, de modo algum, de o lembrar, quando inclui, como fulcro, uma referência à boa-fé: se as partes estipularem para a eventualidade de superveniências inesperadas, e se estas ocorrerem, a mesma boa-fé exige o honrar da palavra dada.

Sublinhe-se, ainda, que a própria estipulação sobre alterações futuras e eventuais pode ser limitada pela interpretação. Quando, no contrato, tenham sido incluídas cláusulas desse tipo, as partes não ficam à mercê de todos os azares do destino; ultrapassada uma certa medida, pode verificar-se que o clausulado não pretendeu ir mais além, no domínio da regulação de superveniência. Apenas a interpretação pode, caso a caso, determinar se as partes pretenderam equacionar toda e qualquer superveniência ou apenas alguma e algumas ou até que medida.

IV. Num terceiro tipo de casos, as partes enquadram as alterações das circunstâncias através do regime do risco acordado. Viu-se como as regras do risco delimitam o artigo 437.º/1 – ou disposições similares – aplicando-se, quando existam, em seu detrimento. O dispositivo legal sobre o risco pode, em princípio, ser modificado pelas partes. E isso por três ordens de fatores:

- as regras sobre risco estatuem em domínios patrimoniais privados, dominados pela disponibilidade: se se pode alienar uma posição ou inutilizar um direito, por maioria de razão se poderá sujeitá-lo, em termos jurídicos, a um risco que, em princípio, não lhe caberia;

<sup>2</sup> O mesmo esquema seria válido perante um fenómeno inverso, decidido, por exemplo, pelo Tribunal Federal Alemão, em 8-nov.-1972, DB 1972, 1527 = LM § 157 (D), n.º 27: celebrara-se um contrato com prestações monetárias sucessivas, indexadas ao valor do centeio; este, alvo de intervenção estadual, vê o seu valor a aumentar aquém dos índices gerais de preços; a interpretação deste contrato revela a intenção comum das partes em manter o preço real, e no de celebrar um contrato ligado cegamente ao valor do centeio: a própria interpretação impôs, pois, a correcção.

- a aplicação de várias regras sobre risco – as mais significativas – está, de modo expresso, subordinada à vontade das partes; assim, o artigo 796.º/1 postula que não haja reserva de propriedade (artigo 409.º) enquanto que a concentração das obrigações genéricas, essencial para que o risco corra pelo credor, pode operar por vontade das partes;
- nos casos excepcionais em que o legislador, com o fito de proteger a parte fraca no contrato, entendeu prescrever a injuntividade das regras sobre o risco, disse-o, de modo expresso; tal sucede no artigo 1126.º/3.

A adoção de certos modelos contratuais revela, com frequência, uma intenção de dispor sobre o risco. Tal eventualidade, a ser confirmada pela interpretação, afasta a alteração das circunstâncias. Assim, os contratos de fornecimento celebrados a longo prazo visam, justamente, seja concentrar o risco numa das partes, seja “codificar” as regras relativas à alteração das circunstâncias. Do mesmo modo, a opção por obrigações puramente pecuniárias pode trazer implícita uma ideia clara quanto a superveniências. No Direito bancário e dos seguros temos toda uma categoria – a dos contratos de risco – que, por definição, ficam fora da alteração das coisas: um ponto a retomar.

O Direito admite, ainda, contratos especialmente destinados a imputar certos riscos a um dos contratantes – e que não se confundem com cláusulas acessórias de risco, inseridas em negócios com outro escopo. O desenvolvimento industrial de tal atividade – a atividade seguradora – está reservado, por lei especial e pela própria constituição económica, a certas entidades.

V. A aplicação do artigo 437.º/1 do Código Civil fica, pois, delimitada pela vontade das partes e pela interpretação negocial. Apenas esta permite apurar se e em que medida foi um contrato atingido por superveniências enquanto, por outro lado, é lícito aos contratantes estipular para a hipótese de modificações ambientais, diretamente ou através de cláusulas sobre risco.

Para além de lícita, tal prática é, mesmo, desejável: transfere para a negociação o regime das superveniências e evita litígios futuros, permitindo encontrar as soluções mais adequadas para as ocorrências possíveis, de acordo com as aspirações das partes.

## 11. *A tutela da confiança*

I. Wolfgang Fikentscher propôs uma redução global da alteração das circunstâncias com base no princípio da proteção da confiança. Na sua extensão plena, a explicação não satisfaz. Mas ela pode ser aproveitada para delimitar a alteração das circunstâncias, nas suas fronteiras com a tutela da confiança legítima. Trata-se de

uma separação duplamente delicada: à vaguidade da alteração das circunstâncias soma-se a indeterminação da própria tutela da confiança.

Impõe-se, por isso e ainda que em termos sintéticos, recordar o perfil da proteção da confiança, tal como resulta da jurisprudência portuguesa atual, em correspondência com as diversas coordenadas históricas e científicas relevantes.

II. No Direito português vigente – de acordo, aliás, com o que ocorre nas outras ordens jurídicas – a proteção da confiança efetiva-se por duas vias:

- através de disposições legais específicas;
- através de institutos gerais.

As disposições legais específicas de tutela da confiança surgem quando o Direito retrate situações típicas nas quais uma pessoa que, legitimamente, acredite em certo estado de coisas – ou o desconheça – receba uma vantagem que, de outro modo, não lhe seria reconhecida. Como meros exemplos, é o que sucede com a posição dos sujeitos perante certos atos das associações e sociedades civis puras – artigos 179.º, 184.º/2 e 1009.º do Código Civil perante a procuração – artigo 266.º perante a anulação ou declaração de nulidade dos atos jurídicos – artigo 291.º – e perante a aquisição de coisa a comerciante artigo 1301.º – ou a herdeiro aparente – artigo 2076.º/1, todos do Código Civil.

Os institutos gerais suscetíveis de proteger a confiança aparecem ligados aos valores fundamentais da ordem jurídica e surgem associados, por forte tradição românica, a uma regra objetiva da boa-fé.

Preconiza-se, a propósito da tutela da confiança, no Direito positivo português vigente, a construção seguinte:

- a confiança é protegida quando se verifique a aplicação de um dispositivo específico a tanto dirigido;
- fora desses casos, ela releva quando os valores fundamentais do ordenamento, expressos como boa-fé ou sob outra designação, assim o imponham.

III. Um estudo aturado das previsões legais específicas que tutelam situações de confiança e das consagrações jurisprudenciais dos institutos genéricos, onde tal tutela tenha lugar, permite apontar os pressupostos da sua proteção jurídica. São eles:

- 1.º Uma situação de confiança conforme com o sistema e traduzida na boa-fé subjetiva e ética, própria da pessoa que, sem violar deveres de cuidado que ao caso caibam, ignore estar a lesar posições alheias;
- 2.º Uma justificação para essa confiança, expressa na presença de elementos objetivos capazes de, em abstrato, provocarem uma crença plausível;
- 3.º Um investimento de confiança consistente em, da parte do sujeito, ter havido um assentar efetivo de atividades jurídicas sobre a crença consubstanciada;



- 4.º A imputação da situação de confiança criada à pessoa que vai ser atingida pela proteção dada ao confiante: tal pessoa, por ação ou omissão, terá dado lugar à entrega do confiante em causa ou ao fator objetivo que a tanto conduziu.

A situação de confiança pode, em regra, ser expressa pela ideia de boa-fé subjetiva: a posição da pessoa que não adira à aparência ou que o faça com desrespeito de deveres de cuidado merece menos proteção.

A justificação da confiança requer que esta se tenha alicerçado em elementos razoáveis, suscetíveis de provocar a adesão de uma pessoa normal.

O investimento de confiança exige que a pessoa a proteger tenha, de modo efetivo, desenvolvido toda uma atuação baseada na própria confiança, atuação essa que não possa ser desfeita sem prejuízos inadmissíveis; isto é: uma confiança puramente interior, que não desse lugar a comportamentos, não conduz a nada.

A imputação da confiança implica a existência de um autor a quem se deva a entrega confiante do tutelado. Ao proteger-se a confiança de uma pessoa vai-se, em regra, onerar outra; isso implica que esta outra seja, de algum modo, a responsável pela situação criada.

IV. Os quatro requisitos acima apontados devem ser entendidos e aplicados com duas precisões importantes.

As previsões específicas de confiança dispensam, por vezes, algum ou alguns dos pressupostos referidos. Por exemplo, a aquisição *a non domino*, pelo registo, prevista no artigo 17.º/2 do Código de Registo Predial de 1984 – exemplo claro de tutela da confiança – opera a favor do terceiro que esteja de boa-fé (a situação de confiança), que tenha agido com base no registo prévio, a favor do alienante (a justificação da confiança) e que tenha adquirido a título oneroso (o investimento de confiança). A irrevogabilidade de atos administrativos ilegais exige a titularidade do direito concedida pela Administração (a justificação da confiança), com efeitos constitutivos mantidos por certo lapso de tempo (investimento de confiança) e levada a cabo pelo próprio Estado (a imputação da confiança). Como se vê, no caso da aquisição *a non domino* pelo registo, a lei dispensa a imputação da confiança; no da irrevogabilidade de atos administrativos ilegais, a confiança está totalmente objetivada: dispensa-se a boa-fé subjetiva.

Os requisitos para a proteção da confiança articulam-se, entre si, nos termos de um sistema móvel. Isto é: não há, entre eles, uma hierarquia e não são, em absoluto, indispensáveis: a falta de algum deles pode ser compensada pela intensidade especial que assumam alguns – ou algum – dos restantes. A mobilidade, assim entendida, dos requisitos em causa, ilustra-se, desde logo, com as situações acima sumariadas da aquisição pelo registo e da irrevogabilidade por atos administrativos. Outro exemplo sugestivo: no caso da confiança possessória – que também não oferece dúvidas por ser objeto de normas específicas – a falta de justificação e, até, de boa-fé subjetiva é compensável pelo intensificar do investimento de confiança: a posse não titulada ou, até, de má-fé, não deixa de levar à usucapião, desde que haja um alongamento dos prazos da sua duração.

V. A utilização do instituto genérico do abuso do direito na proteção da confiança pode operar com a mediação de tipos mais restritos de atos abusivos. De entre eles, importa relevar o *venire contra factum proprium* e a *surrectio*: no primeiro caso, uma pessoa assume uma atitude e, em momento posterior, outra atitude incompatível com a primeira; no segundo, uma pessoa vê surgir, na sua esfera, por força da boa-fé (objetiva), uma posição jurídica que, de outro modo, não lhe assistiria.

A discussão destas figuras é longa e algo complexa: elas podem, aliás, coincidir.

No fundamental, elas traduzem concretizações do princípio da proteção da confiança. Em rigor, não se pode, de facto, considerar os comportamentos contraditórios como absolutamente vedados: isso equivaleria a juridificar todas as ações humanas, encerrando a sociedade numa teia rígida de relações irrecusáveis. Mas quando, com uma primeira atuação, se vá suscitar a confiança legítima de outra pessoa, em termos tais que ela mereça proteção, a segunda atuação, por atingir a confiança protegida, é ilícita: contraria a boa-fé. Neste sentido, não se pode *venire contra factum proprium*. Na *surrectio*, a ideia básica é similar: por força da confiança legítima, uma pessoa vê-se investida numa posição jurídica que não pode ser atingida sem se atentar contra a boa-fé – e logo sem ilicitude.

A boa-fé objetiva constitui um princípio jurídico injuntivo: como tal, ela aplica-se necessariamente sempre que ocorram situações que o solicitem. Escapa, no Direito privado, à livre disponibilidade das partes.

VI. Recordado o sentido da tutela da confiança, cabe fixar as suas relações com a alteração das circunstâncias.

Em princípio, pode afirmar-se que as regras relativas à tutela – sejam elas específicas ou derivem elas de concretizações da boa-fé – prevalecem sobre as da alteração das circunstâncias: também neste ponto, o dispositivo das superveniências se manifesta supletivo. Noutros termos: a tutela da confiança delimita, de modo negativo, a alteração das circunstâncias.

O fenómeno explica-se, basicamente, com recurso aos esquemas atinentes ao risco, nos termos que seguem.

A tutela da confiança conduz a um redefinir das esferas de competência dos operadores jurídicos. Novas vantagens são atribuídas a certas pessoas, em detrimento de outras. Por esta via, assiste-se a uma distribuição de riscos, em termos gerais. A ordenação social efetuada, nos moldes da tutela da confiança, é uma comum regulação legal: não há que lhe aplicar a problemática das superveniências, que tem a ver com contratos e com a autonomia privada.

Assim, o contratante que, *in contrahendo* ou em momento posterior, tenha feito crer ao outro numa certa evolução factual, poderá ser responsabilizado, em nome da boa-fé; haveria aí, no entanto, um abuso do direito, na forma de

*venire contra factum proprium* e não uma situação de alteração de circunstâncias: o risco concentra-se na esfera da pessoa a quem a confiança tenha sido imputada pelo Direito.

Concluindo: sempre que, dos factos problemáticos, resulte uma situação de tutela da confiança, as regras de alteração das circunstâncias são preteridas: assim sucederá, como é claro, perante normas específicas de proteção da confiança como perante concretizações, nesse sentido, do abuso do direito.

## 12. *A interpretação do artigo 437.º/1*

I. Cabe agora, tendo em conta as coordenadas jurisprudenciais e doutrinárias acima apuradas, fixar a interpretação do artigo 437.º/1, do Código Civil<sup>3</sup>. Com uma prevenção: esse dispositivo estatui com recurso a vários conceitos indeterminados, com focagem particular para o da boa-fé. Nestas condições, ele requer uma concretização, só possível perante o caso concreto. A “interpretação” de tal preceito cinge-se, por isso, à indicação das grandes diretrizes que, por seu intermédio, o Direito português comunicou aos julgadores que o venham a aplicar.

II. O artigo 437.º/1 aplica-se a alterações nas circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar. A locução, através de Vaz Serra, situa-se na área de Oertmann<sup>4</sup>, tendo um laivo subjetivo no seu teor, hoje rejeitado. A alteração diz respeito ao circunstancialismo que rodeie o contrato, objetivamente tomado como tal, isto é, como encontro de duas vontades. A fórmula legal – e a própria base negocial oertmanniana – é, no entanto, útil:

– por indicar que não relevam superveniências a nível de aspirações subjetivas extracontratuais das partes; deve haver uma afetação do próprio contrato e, nessa medida, ambos os celebrantes ficam implicados<sup>5</sup>;

<sup>3</sup> STJ 28-mar.-2006 (Azevedo Ramos), Proc. 06A301, apontando os requisitos exarados nesse preceito.

<sup>4</sup> Veja-se a noção de “base do negócio” usada em STJ 28-mai.-2009 (Oliveira Vasconcelos), Proc. 107/06.

<sup>5</sup> Assim, a jurisprudência do Supremo, rejeitou, de modo constante, a possibilidade de rever contratos de mútuo celebrados para a compra de ações, quando estas, pela superveniência do fecho da bolsa, vieram a perder o seu valor: o objetivo extracontratual “compra de ações valiosas” não releva, para efeitos de subsistência do mútuo. *Vide* STJ 10-mai.-1979 (Miguel Caeiro), BMJ 287 (1979), 262-268 (265-266 e 267), STJ 17-jan.-1980 (Jacinto Rodrigues Bastos), BMJ 293 (1980), 323-326 (325), STJ 13-mai.-1980 (Oliveira Carvalho), BMJ 297 (1980), 302-308 (303 e 307-308) e STJ 20-abr.-1982 (Augusto Victor Coelho), BMJ 316 (1982), 255-258 (258). Cf., ainda, RPt 21-jan.-1982 (Júlio Santos), CJ VII (1982) 1, 261-264 (263). No mesmo sentido, quanto a outros tipos de mútuos, *vide* REv 10-mar.-1977 (Manuel Baptista Dias da Fonseca), BMJ 268

- por indicar que não interessam modificações no campo das aspirações subjetivas contratuais de apenas uma das partes; é o contrato – e logo os contratantes – que está em causa, e não as esperanças de lucro – ou de não perda – de somente um dos intervenientes, quando a lógica do negócio não esteja em causa<sup>6</sup>;
- por possibilitar a explicitação, por banda das partes, de quais as circunstâncias relevantes: afinal, se esse dado pode resultar implícito do contrato poderá, por maioria de razão, ser clausulado; inversamente, as partes podem estabelecer quais as circunstâncias irrelevantes.

Nos termos gerais, as “circunstâncias” devem ser provadas por quem se queira prevalecer do instituto<sup>7</sup>.

III. A alteração deve ser anormal. Este requisito prende-se com a imprevisibilidade<sup>8</sup>. Havendo alteração normal, as partes podiam ter previsto a sua ocorrência, tomando, na conclusão do contrato, as medidas necessárias. Não o tendo feito, as partes:

- ou pretenderam, com o seu silêncio, conseguir algum efeito especial, numa saída em si possível e lícita, que a interpretação permitirá revelar e confirmar;
- ou incorreram em erro, devendo seguir-se, nessa altura, o regime do artigo 252.º/2, do Código Civil.

(1977), 276-277 e REv 14-abr.-1977 (José Manso Preto), BMJ 269 (1977), 218-219; focando a necessidade de a “base negocial” se reportar a ambas as partes, RPt 17-mar.-1983 (Gama Prazeres), CJ VIII (1983) 2, 232-235 (234).

<sup>6</sup> Seria o caso de, no litígio decidido em STJ 15-abr.-1975 (José Garcia da Fonseca), BMJ 246 (1975), 138-141 = RLJ 109 (1976), 179-182, já referido, o cedente das quotas pagas a prestações indexadas ao valor do ouro vir alegar – e provar – que pretendia mesmo especular com esse fator: o contrato, em si, não era um contrato especulativo, pelo que a alteração deveria proceder, como procedeu. A questão foi, depois, frontalmente tratada em STJ 13-fev.-1986 (Serra Malgueiro), BMJ 354 (1986), 514-519 (518), onde se decidiu que a descolonização de Moçambique, apesar de inesperada, não relevava para efeito de resolver um contrato de renda vitalícia, por a alteração verificada não respeitar a circunstâncias determinantes do negócio. Na mesma linha, mas a propósito de um arrendamento, *vide* STJ 25-mai.-1982 (Manuel dos Santos Carvalho), BMJ 317 (1982), 249-254 (253).

<sup>7</sup> STJ 9-mar.-2010 (Helder Roque), Proc. 134/2000.

<sup>8</sup> Em STJ 7-nov.-1985, Proc. n.º 72.916, inédito, decidiu-se que a subida dos preços da habitação, sendo previsível, não era anormal; em sentido semelhante, RPt 17-jul.-1984 (Pinto Furtado), CJ IX (1984) 4, 232-235 (234). Quanto à desvalorização monetária, embora sem tomar posição, *vide* STJ 22-fev.-1983 (João Fernando Lopes Neves), STJ 324 (1983), 545-550 (8). Num caso em que as próprias partes fixaram a inalterabilidade do preço: RLx 11-dez.-1986 (Ricardo da Velha), CJ XI (1986) 5, 145-151 (150-151).

IV. Deve haver uma parte lesada. Uma alteração que não provoque prejuízos, no domínio contratual, a um dos celebrantes é, naturalmente, irrelevante. Calcula-se que o dano deve ter certa envergadura, para desencadear a aplicação do remédio extraordinário do artigo 437.º/1. A lei não disse qual, subordinando o tema à referência feita à boa-fé.

V. Tudo deve processar-se de tal modo que *a exigência, à parte lesada, das obrigações por ela assumidas, afete gravemente os princípios da boa-fé*. Reside, aqui, o âmago do dispositivo vigente quanto à alteração das circunstâncias. A boa-fé surge como conceito indeterminado que tende a exprimir o conjunto das valorações fundamentais do ordenamento vigente. A sua concretização só é possível no caso concreto. De qualquer modo, pode adiantar-se que a boa-fé vai intervir, pela lógica interna do artigo 437.º/1:

- na determinação das circunstâncias que, a serem afetadas, desencadeiam todo o processo; a primeira parte do preceito fala, apenas, em circunstâncias; do seu conjunto depreende-se, no entanto, que serão apenas aquelas que, a modificarem-se, vão bulir gravemente, com a boa-fé, isto é, com os dados últimos do sistema<sup>9</sup>;
- na concretização da anormalidade da alteração: modificações admissíveis à partida ou de significado menor não ferem, gravemente, a boa-fé;
- no prejuízo verificado: deve haver um dano considerável ou a exigência da obrigação assumida não vai afetar gravemente a boa-fé; torna-se difícil fixar um quantitativo percentual a partir do qual o dano é incompatível com a boa-fé; algumas decisões judiciais inculcam, no entanto, a ideia de prejuízos descomunais: em 6-Abr.-1978, o Supremo, concedeu a resolução de um contrato-promessa de compra e venda de prédio para reconstrução, prejudicado pela superveniência do Decreto-Lei n.º 455/74, que veio proibir as demolições: em consequência da alteração, o valor do prédio baixara de 5500 c. para 800 c.<sup>10</sup>; em 24-Abr.-1986, a Relação de Lisboa entendeu, também numa promessa de compra e venda, irrelevante uma subida de 300% a 400% no valor de uma fração, por ser previsível e já ter sido pago parte do preço<sup>11</sup>; numa decisão célebre, o Tribunal do *Reich* entendeu, em 28-Nov.-1923, quebrar o princípio do nominalismo, em nome da boa-fé, por força da inflação: a alteração registada, então, no valor da moeda, fora de 1 para 522 x 10<sup>9</sup>, atingindo, um mês mais tarde, 1 para 10<sup>12</sup> <sup>12</sup>; numa

<sup>9</sup> STJ 16-abr.-2002 (Pinto Monteiro), Proc. 02A654 faz um interessante apelo à confiança.

<sup>10</sup> STJ 6-abr.-1978 (Costa Soares), BMJ 276 (1978), 253-264 = RLJ III (1979), 338-345.

<sup>11</sup> RLX 21-abr.-1986 (Afonso Andrade), CJ XI (1986) 2, 118-123 (122).

<sup>12</sup> RG 28-nov.-1923, RGZ 107(1924),78-94 = JW 1924, 38-43 = DJZ 1924, 58-65.

decisão de 8-Fev.-1978, o Tribunal Federal Alemão negou a revisão por alteração das circunstâncias num contrato de fornecimento de combustíveis, não obstante ter havido uma modificação de valor da ordem de 1 para 6<sup>13</sup>; há na verdade, jurisprudência menos exigente: mas fica, de pé, a ideia de que, para haver atentado grave à boa-fé, tem de tratar de danos de vulto, considerando, como é natural, o valor do contrato em jogo<sup>14</sup>;

- na área em que se deu o prejuízo: havendo flutuações particulares ligadas ao contrato ou tratando-se de um negócio aleatório, qualquer dano aí localizado não impossibilita a exigência da obrigação assumida, em nome da boa-fé;
- no comportamento geral das partes: se foi estipulado ou, de algum modo, se se depreende do contrato, algum esquema para a eventualidade da alteração, não há atentado grave à boa-fé; muito pelo contrário: a própria boa-fé exige, então, o cumprimento do contrato.

VI. A exigência dos deveres assumidos não deve estar coberta pelos riscos próprios do contrato. Houve já a oportunidade de explicar que este preceito não pode ser reduzido à ideia de que não cabe a revisão ou a resolução, quando se deem alterações dentro da álea que todo o contrato, ainda que em medida variável, sempre implica. Tal álea está já duplamente salvaguardada no artigo 437.º/1, pela normalidade da modificação e pela boa-fé. Na verdade, as alterações registadas dentro da álea dos contratos são normais e não contudem com a boa-fé.

A ideia da lei é outra: trata-se de conferir, ao dispositivo do artigo 437.º/1 natureza supletiva, perante o regime legal ou contratual do risco e, mais latamente, a todas as regras de imputação de danos.

Este troço do preceito legal em análise tem, ainda, outro aspeto de maior relevo: permite a delimitação temporal do instituto da alteração<sup>15</sup>. Ponha-se o caso limite: celebrado um contrato de compra e venda e tendo havido cumprimento de parte a parte, será possível reabrir o processo contratual, com fundamento em

<sup>13</sup> BGH 8-fev.-1978, JZ 1978, 235-236 = JuS 1978, 487 = JR 1979, 60 = WM 1978, 322. A recusa teve, aqui, ainda outras razões importantes, a que se fará referência.

<sup>14</sup> A jurisprudência portuguesa, quando recusa o remédio da alteração das circunstâncias, não se limita, como é normal, a chamar a atenção para a insuficiência das modificações registadas. Anotem-se, de qualquer modo, mais alguns dados quantitativos: uma baixa de 34% no preço da cortiça é insuficiente para justificar a alteração das circunstâncias – STJ 18-mar.-1975 (José António Fernandes), BMJ 245 (1975), 490-494 (493) – outro tanto sucedendo com uma alta de 63% numa empreitada – STJ 17-jan.-1980 (Abel de Campos), BMJ 293 (1980), 301-307 (306-307). Referindo a exigência de “lesão grave”, também STJ 13-fev.-1986 (Serra Malgueiro), BMJ 354 (1986) 514-519 (519).

<sup>15</sup> Vide RLx 21-abr.-1986 (Afonso Andrade), CJ XI (1986) 2, 118-123 (121/II).

modificações ambientais? A resposta não pode deixar de ser negativa: o exemplo, acima dado, do comprador de um automóvel que pretenda restituí-lo por ter surgido uma alta nos combustíveis, ilustra a afirmação.

Deve, pois, entender-se que o artigo 437.º/1 implica uma alteração manifestada durante a vigência contratual e, como tal, feita valer. Encerrado, pelo cumprimento, um processo contratual, qualquer superveniência corre por conta das esferas jurídicas em que incida. Ou, nas palavras da lei: está coberta pelos riscos próprios do contrato.

Pode, naturalmente, suscitar-se uma questão de fronteiras: *quid iuris* quando, depois de encerrado um contrato, uma das partes venha alegar uma alteração das circunstâncias anterior? Qualquer alteração assenta num processo causal prolongado no tempo: assim sendo, tornar-se-ia possível vir, a todo o momento, impugnar contratos há muito esgotados pela efetivação das prestações respetivas, numa situação que merece o protesto justificado de Antunes Varela<sup>16</sup>.

A regra terá, pois, de ser a seguinte: a alegação da alteração das circunstâncias só é eficaz perante contratos pendentes, isto é, havendo, “contratos de execução continuada ou periódica ou ainda de execução diferida”. Depois do cumprimento, tudo quanto se alegue pertence aos “riscos próprios do contrato”. Mas esta regra não pode ser absolutizada: a existência de uma remissão expressa para a boa-fé veda qualquer conceptualismo rígido.

Pode assim suceder que, no caso concreto, haja que buscar saída diversa, alterando contratos já acatados; a grande questão reside, então, em saber se a Ciência do Direito dos nossos dias atingiu um desenvolvimento capaz de apontar soluções.

### **13. As grandes alterações de circunstâncias**

I. Tem um interesse particular testar o dispositivo do artigo 437.º do Código Civil perante as grandes alterações de circunstâncias, isto é, das modificações estruturais que venham bulir com a generalidade das variáveis económico-sociais que caracterizam uma sociedade. Os acontecimentos subsequentes a 25 de Abril de 1974 podem, em certa medida, considerar-se uma grande alteração de circunstâncias.

O fenómeno das grandes alterações de circunstâncias tem sido autonomizado nalguma doutrina. Kegel fala em grande base do negócio para denominar os perigos das calamidades, causados por fatores naturais ou humanos, *maxime* pelo Estado, através de guerras, medidas económicas ou esquemas similares; esse Autor defende, depois, que apenas nas alterações da “grande base do negócio” seria

<sup>16</sup> Antunes Varela, *Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias*, CJ VII (1982) 2, 7-17, com a colaboração de Henrique Mesquita.

ultrapassada a margem de risco singular, própria de cada contrato, exigindo-se, então, uma repartição igual dos danos. Flume refere alterações nas condições de existência social para traduzir a grande base do negócio de Kegel, no que é seguido por Esser/Schmidt.

Fiel à sua ideia de que a alteração das circunstâncias já não teria um regime próprio e autónomo, antes tendo sido desarticulada em vários institutos, Flume nega eficácia específica a tais alterações.

II. A lei portuguesa não autonomiza a hipótese de grandes modificações ambientais. Em princípio, deve concluir-se que ela é abrangida pelo artigo 437.º do Código Civil. Haveria mesmo, perante a ocorrência de tais modificações, uma facilidade acrescida na aplicação desse preceito: os seus requisitos verificar-se-iam com maior clareza, uma vez que as alterações radicais e generalizadas tendem a mexer em todas as circunstâncias (e logo nas visadas pelo artigo 437.º), são anormais, podem causar prejuízos de vulto e escapam, por vezes, a institutos já consagrados.

Não obstante, perante as grandes alterações das circunstâncias, a jurisprudência portuguesa tem sido cautelosa. Cabe ver como e porquê.

III. De um modo geral, o Supremo Tribunal de Justiça evitou aplicar o dispositivo do artigo 437.º/1 do Código Civil aos acontecimentos ocorridos durante a Revolução de 1974-75 ou dela derivados.

Assim, o fecho da bolsa não foi considerado, para efeitos de modificar os mútuos bancários destinados à compra de ações<sup>17</sup>. Tão-pouco, para esse mesmo efeito, foi dado relevo aos chamados “saneamentos” e “ocupações”<sup>18</sup>. As nacionalizações não concitaram a aplicação do artigo 437.º<sup>19</sup>, outro tanto acontecendo com a descolonização<sup>20</sup>. E no entanto, não haveria dúvidas em que acontecimentos

<sup>17</sup> Todos do STJ: 10-mai.-1979 (MIGUEL CAEIRO), BMJ 287 (1979), 262-268; 17-jan.-1980 (JACINTO RODRIGUES BASTOS), BMJ 293 (1980), 323-326; 13-mai.-1980 (OLIVEIRA CARVALHO), BMJ 297 (1980), 302-308; 20-abr.-1982 (AUGUSTO VICTOR COELHO), BMJ 316 (1982), 255-258. *Vide*, ainda, RPt 21-jan.-1982 (JÚLIO SANTOS), CJ VII (1982) 1, 261-264 (263); decidindo pela intangibilidade de mútuos bancários, perante as alterações subsequentes à Revolução de 1974-75, ainda que por vias diversas, *vide* REv 10-mar.-1977 (DIAS DA FONSECA), BMJ 268 (1977), 276-277 e 14-abr.-1977 (JOSÉ MANSO PRETO), BMJ 269 218-219.

<sup>18</sup> Todos do STJ: 13-dez.-1977 (OLIVEIRA CARVALHO), BMJ 272 (1978), 193-195; 6-jun.-1978 (MANUEL DOS SANTOS VÍTOR), BMJ 278 (1978), 110-113; 25-jan.-1983 (ANÍBAL AQUILINO RIBEIRO), BMJ 323 (1983) 415-419 (418).

<sup>19</sup> Todos do STJ: 8-fev.-1979 (Costa Soares), BMJ 284 (1979), 221-228; 12-jun.-1979 (Hernâni de Lencastre), BMJ 288 (1979), 369-372.

<sup>20</sup> Todos do STJ: 29-mar.-1979 (COSTA SOARES), BMJ 285 (1979), 262-268; 13-fev.-1986 (SERRA MALGUEIRO), BMJ 354 (1986), 514-519 (519-519).



desse tipo seriam, à partida, propícios para integrar o condicionalismo requerido pelo legislador de 1966, no tocante à alteração das circunstâncias.

A análise pormenorizada das diversas decisões em que o Supremo recusou a aplicação do artigo 437.º a situações derivadas da Revolução, não revela qualquer argumentação tendente a deter a figura perante as grandes alterações das circunstâncias. Foi sempre na base de razões técnicas variadas que o Supremo tomou as decisões: apenas no conjunto se revela a tendência francamente restritiva, de que acima se deu conta. Mas tal tendência existe e a sua explicação, embora delicada, não pode deixar de ser ensaiada.

IV. Pondere-se, antes de analisar o fenómeno em causa, a já referida decisão do Tribunal Federal Alemão de 8-Fev.-1978: na sequência do choque petrolífero de 1973, fora pedida a revisão de um contrato de fornecimento de combustíveis, cujo preço se alterara na ordem de 1 para 6; a modificação foi recusada, com a alegação sumária de que tal contrato iria acabar em breve<sup>21</sup>. A esse propósito, escreveu-se o seguinte:

Sob esta decisão (...) perfilam-se razões mais profundas: por um lado, sabia-se da existência, nas empresas do sector, interligadas, de reservas consideráveis de combustível, adquiridas aos preços antigos, o que, permitindo-se a revisão dos contratos, possibilitaria lucros consideráveis, em vez de perdas; por outro, numa situação de crise que se aproximava e cuja superação era imaginada, então, mais difícil do que o viria, na realidade, a ser, pareceu mau princípio desviar, através de medidas pontuais do poder judicial, o risco dos seus destinatários normais: em breve seria necessário atuar em grande escala numa dimensão onde, por razões técnicas e práticas – já que, em rigor, os tribunais dispõem de apetrechos jurídicos para o fazer – a intervenção, a dar-se, teria de ser legislativa. Isto é: a equidade aparente deixa adivinhar a ponderação das consequências da decisão.

Em traços largos, o problema é o seguinte. Ultrapassados os estádios exegéticos e positivistas na interpretação e aplicação da lei, veio a preconizar-se a ponderação teleológica das fontes do Direito. Hoje entende-se ir ainda mais longe: o atender à intenção da lei, requer que a própria decisão não seja tomada como algo desarticulado do contexto onde ela se vai inserir: há que ponderar as consequências que a própria decisão vai ter no caso considerado e na sociedade.

Perante um litígio, o tribunal é, na verdade, confrontado com uma questão concreta, que vai ser isoladamente decidida; não obstante “... o julgador terá em

<sup>21</sup> BGH 8-fev.-1978, JZ 1978, 235-236 =JuS 1978, 487 = JR 1979, 60 =WM 1978, 322.

consideração todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de obter uma interpretação e aplicação uniformes do direito” – artigo 8.º/3 do Código Civil.

V. Estes dois fatores contribuem para entender as cautelas dos tribunais perante o fenómeno das grandes alterações de circunstâncias.

Em face de uma modificação ambiental de vulto, todas as situações singulares são, em princípio, tocadas por igual. Uma decisão isolada que provoque determinada adaptação pode, noutros casos, ter consequências distorcidas: a sua ponderação requer a instrumentação própria dos departamentos técnicos que é suposto auxiliarem o legislador na sua tarefa. Por outro lado, a solução pontual solicita que todos os problemas análogos, uma vez colocados judicialmente, terão saída similar: a revisão de um contrato deixa esperar revisões de todos os pactos semelhantes, e assim por diante. Entra-se num domínio de grandes proporções, onde a regulação terá de ser genérica: de novo se solicita a intervenção do legislador.

O artigo 437.º existe e deve ser usado nos casos-limites em que não tenha aplicação qualquer outro instituto, nos termos já explanados. Perante grandes modificações ambientais, ele permanece como saída última para a afirmação da justiça, quando o sistema – a boa-fé – imperiosamente o exija.

Mas perante as referidas grandes alterações, os tribunais têm sido cautelosos. E bem se compreende essa sua atitude.

### III – A crise de 2009/2014 e o Direito bancário

#### 14. *A crise de 2009/2014 e os contratos*

I. A crise de 2009/2014 (datas de referência, no caso português) teve, na origem, uma perturbação financeira. Ganhou, depois, contornos económicos, pondo a nu os desequilíbrios estruturais causados, na União Europeia, pelo euro<sup>22</sup>. A crise teve, logo por si, uma série de consequências na vida social e jurídica. Além disso, ela obrigou o Estado português a pedir auxílio internacional. Esse auxílio teve, como contrapartida, a subscrição de um denominado memorando de entendimento com representantes do Fundo Monetário Internacional, do Banco Central Europeu e da Comissão Europeia (a Troika) que implicou uma série de medidas de reestruturação, com um alcance depressivo.

<sup>22</sup> Quanto à crise, à sua etiologia e às consequências jurídicas dela advenientes, *vide* o nosso *Direito bancário*, 5.ª ed. (2014), 131 ss.

II. No plano económico interno, os factos referidos implicaram uma escassez de financiamentos, uma quebra nos juros, uma baixa na procura e um retrocesso vincado nos investimentos. Múltiplos contratos foram atingidos. Assim e a título exemplificativo:

- foram interrompidos financiamentos, através da não-renovação de créditos, do súbito corte de patamares ou da exigência inexpectada de garantias exorbitantes;
- contratos de risco em curso viram aumentar, por vezes em termos exponenciais, a exposição a prejuízos;
- inviabilizaram-se investimentos em curso;
- contratos de longa duração viram alterados os seus parâmetros, tornando-se economicamente inviáveis;
- bens cuja aquisição estava em curso perderam, subitamente, o seu valor.

III. Por algumas das referidas vias – ou por várias, confluentemente – muitos contratos entraram em desequilíbrio. Esse fenómeno foi perceptível, em especial, no sector financeiro. Nuns casos, foram prejudicadas as instituições de crédito: a supressão do mercado interbancário, a multiplicação de incobráveis e a baixa nas taxas de juro, com reflexos drásticos sobretudo nos financiamentos a longo prazo, a tanto conduziram. Noutros, foi a vez dos clientes: cortes no crédito, altos juros e desequilíbrios nos contratos de risco (designadamente nos *swaps*), desta feita induzidos da baixa dos juros constituem situações típicas.

### **15. O reflexo dos princípios bancários**

I. Os princípios bancários acima ponderados têm um reflexo inevitável no domínio das alterações das circunstâncias, quando reportadas a contratos concluídos com instituições de crédito e relativos a dinheiro.

Desde logo, os princípios da simplicidade e da rapidez coadunam-se mal com clausulados complicados. Os contratos tendem a ser claros e definitivos. No que tange aos mútuos, pouco ou nada haverá a discutir: as importâncias mutuadas são para devolver, com os juros e nos prazos acordados. Muitas vezes os mútuos não têm, sequer, um escopo definido. Aquilo que o mutuário entenda fazer com os fundos mutuados é, perante o banqueiro, *responsabilidade inter alios acta*.

II. Também o princípio da ponderação bancária é pouco amigo de decisões *ad aequitatem*. O banqueiro avalia o risco das operações perante os dados existentes no momento da contratação. A partir daí, a insolvência do devedor joga contra ele. Não se vê como ir mais longe.

III. Com este pano de fundo, cumpre verificar como operam os institutos que delimitam a alteração das circunstâncias.

O regime do erro está muito presente. O cliente que acorde produtos bancários complexos sem uma representação correta quanto a aspetos nucleares do negócio pode sempre utilizar os meios disponíveis, no Código Civil. Todavia, salvo o que abaixo se dirá quanto ao dever de informação, essa via tem pouca saída prática. Quem peça um financiamento e tenha, disponíveis, a taxa de juros e os prazos de pagamento, não apresenta grande margem para invocar erro.

As regras sobre o risco são, também, pouco favoráveis à alteração das circunstâncias no campo bancário. Com efeito, nos negócios do dinheiro, existe uma fronteira bem definida: o financiador corre o risco da insolvência da contraparte e, acessoriamente, o de baixarem as condições de remuneração; o cliente assume a eventualidade do encarecimento da operação, da sua não renovação ou dos destinos que entenda dar aos fundos obtidos.

Finalmente, o recurso à interpretação e à integração dos negócios para enquadrar superveniências, claudica em face da regra do primeiro entendimento. Exceto em financiamentos complexos, ligados a contratos tipos *Project Finance*, não há margens interpretativas ou integrativas. Os contratos valem com o sentido que deles resulte.

## 16. *As grandes alterações das circunstâncias no campo bancário*

I. Foi explicado que, de um modo geral, os tribunais recusam aplicar a alteração das circunstâncias em situações de grandes modificações. Recorde-se o ocorrido com a Revolução de 1974-1975, com a descolonização e com as nacionalizações. O fenómeno, que em diversos níveis de explicação, confirma-se, perante a crise de 2009-2014.

A via mais simples, presente em diversos acórdãos de tribunais superiores, consiste em afirmar que as crises financeiras, pela sua natureza cíclica, não são verdadeiras alterações de circunstâncias<sup>23</sup>. Mas surgem outras construções, como a de considerar que não existe nexo de causalidade entre a desgraça de uma empresa vinhateira e a crise<sup>24</sup>.

II. A grande dificuldade em conferir eficácia às grandes alterações de circunstâncias no domínio financeiro reside na necessidade de bilateralizar qualquer

<sup>23</sup> RCb 5-nov.-2013 (José Avelino Gonçalves), Proc. 1167/10 e STJ 23-jan.-2014 (Granja da Fonseca), Proc. 1117/10.9.

<sup>24</sup> STJ 10-jan.-2013 (Orlando Afonso), Proc. 187/10.4; este acórdão revogou o muito interessante acórdão da RLx 14-jun.-2012 (Sérgio Almeida), Proc. 187/10.4, abaixo referido.

solução a que se chegue. Designadamente: porque não modificar os financiamentos a longo prazo, com exemplo no crédito à habitação, fortemente atingidos pela baixa das taxas de juro? Isso seria possível quer subindo os juros, quer reduzindo o prazo de vigência. As grandes alterações atingiram, em larga escala, o próprio sistema financeiro: não apenas os seus utentes.

III. Pergunta-se, todavia, se pontualmente e em situações de grande escândalo, não seria possível concretizar o instituto em estudo. Na verdade, uma “grande alteração de circunstâncias” não tem uma projeção uniforme: pode suceder que, no concreto, ela assuma tais proporções que se justifique o recurso extraordinário ao artigo 437.º/1. Vamos referir duas espécies:

*RLx 14-jun.-2012*: uma empresa vinhateira tinha negociado uma abertura de crédito por seis meses, renovável a não haver oposição; surgem múltiplas dificuldades derivadas da crise; o banco pretende pôr cobro ao contrato, impedindo a sua renovação; o Tribunal, ex 437.º, decidiu a modificação do contrato: transformou-o em mútuo, a pagar em 8 anos, em 32 prestações trimestrais<sup>25</sup>;

*STJ 10-out.-2013*: num caso de *swap* de taxa de juros, concluído com uma pequena empresa sem experiência, o Tribunal considerou que apesar de estar em causa um contrato de risco, este alcançara uma dimensão tão elevada, que ultrapassa qualquer margem prevista<sup>26</sup>; justifica-se a resolução ex 437.º/1.

Veremos se esta via pode ser aproveitada, justamente à luz de dois contratos bancários sensíveis: a abertura de crédito e o *swap* de taxas de juros.

## 17. *A abertura de crédito*

I. Na abertura de crédito, o banqueiro disponibiliza, ao seu cliente, um financiamento, até um patamar máximo, que o cliente pode utilizar, parcialmente ou por inteiro. A abertura de crédito é concluída por prazos curtos – em regra, seis meses – sendo renovável no seu termo: ou por acordo complementar ou automaticamente, a não haver oposição de alguma das partes.

II. Na prática bancária, a abertura de crédito tende a funcionar como um financiamento permanente, ainda que caro. Há, em regra, sempre renovações, de tal modo que as empresas beneficiárias contam, em permanência com os fundos em jogo. Caso o banqueiro comunique a não-renovação – o que, em regra, sucede quando surjam dificuldades na empresa mutuária – os resultados podem

<sup>25</sup> RLx 14-jun.-2012 (Sérgio Almeida), Proc. 187/10.4.

<sup>26</sup> STJ 10-out.-2013 (Granja da Fonseca), Proc. 1387/11.5.

ser catastróficos. A empresa é confrontada com a necessidade de reembolsar, de imediato, montantes elevados, para os quais não tem qualquer disponibilidade.

III. Dependendo de cada caso concreto, pode suceder que ocorra, entre as partes, uma forte relação de confiança no sentido de que uma determinada abertura de crédito não cesse *ex abrupto*. Em regra, sobretudo havendo garantias reais, como sucedeu em RLx 14-jun.-2012, o banqueiro acorda a transformação da abertura de crédito num mútuo que permita ao cliente pagar, num prazo razoável, o que deva.

Por isso, a decisão de RLx 14-jun.-2012 afigura-se correta, mas não pela via da alteração das circunstâncias. Esta, dado o regime do risco, é frágil, assim se explicando a revogação, pelo Supremo, do decidido na relação. Antes há que agir, na base da interpretação alargada do contrato, com intervenção da boa-fé e da confiança. No limite, dir-se-á que o banqueiro abusou do seu direito de não renovar o contrato.

IV. As questões suscitadas pelos *swaps* de taxas de juro serão objeto da rubrica subsequente.

#### **IV – Em especial: o problema dos *swaps* de taxas de juros**

##### **18. *Generalidades***

I. Tal como na Alemanha e em Itália, também em Portugal a crise económica teve reflexos sobre os contratos de *swap* de taxas de juro em vigor. Designadamente: o abaixamento das taxas de juro conduziu a que, sistematicamente e por valores crescentes, os banqueiros passassem a debitar cifras aos seus clientes. Estes, muitas vezes em dificuldades induzidas de problemas económicos, mormente quebras nas vendas, procuraram renegociar, com os banqueiros, as operações em curso.

II. Em certos casos tais renegociações conduziram a novos *swaps* que, com o decurso do tempo, vieram a revelar-se ainda mais danosos do que os iniciais.

Surgiram alguns litígios, que foram solucionados pelos tribunais. Temos conhecimento de seis decisões publicitadas: três da Relação de Lisboa, duas da de Guimarães e uma do Supremo Tribunal de Justiça.

Vamos ver.

## 19. *Seis decisões judiciais*

I. No primeiro caso, decidido a 17-fev.-2011, discutia-se uma providência cautelar, requerida contra o Banco Santander.

Uma sociedade por quotas veio requerer, cautelarmente, a suspensão de débitos em conta feitos pelo Banco. Alegou ter celebrado um contrato de permuta de taxas de juro, em 18-jul.-2007 que, num primeiro momento, lhe permitiu ganhar € 11.132,51; substituído por novo contrato, esse produto levou, até dez.-2008, a um prejuízo de € 183.410,10; tal contrato teria sido celebrado em erro; além disso, o banqueiro teria violado os deveres de boa-fé e de lealdade e, ainda, os deveres legais de informação, derivados do CVM. A primeira instância deu provimento ao requerente, decretando a suspensão pedida.

Interposto recurso, a Relação de Lisboa fixou os factos, entre os quais o ter-se exarado que o contrato teve, como objetivo, a gestão de risco de taxa de juro, mantendo-a num intervalo de 2,50% a 5,25%. A Euribor, entretanto, desceu continuamente, conduzindo a um endividamento crescente da empresa.

A Relação de Lisboa entendeu que o cliente estava devidamente informado e não podia eximir-se ao risco assumido. Revogou, por isso, a suspensão decidida em 1.<sup>a</sup> instância<sup>27</sup>.

II. No segundo, decidido em 25-set.-2012, discutia-se a ação de fundo relativa a esse mesmo caso.

A Relação de Lisboa entendeu que a sociedade era gerida por um sócio-gerente com vasta experiência comercial em matéria de recurso ao financiamento bancário, na ordem dos milhões de euros. Prosseguiu dizendo que esse sócio-gerente:

(...) arriscou na mira de vir a obter ganhos de acordo com a previsão da tendência de subida da taxa de juros; durante vários e consecutivos meses a aposta revelou-se bem sucedida e frutífera; porém, por força da verificação superveniente de acontecimentos económicos internacionais, na altura imprevistos e que, agora, são de todos conhecidos, as condições de mercado manifestaram-se profundamente adversas aos seus interesses (...).

Não se provou que o Banco tivesse conhecimento antecipado da crise. O Tribunal decidiu que, sendo os contratos para cumprir, a ação não tinha fundamento<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> RLx 17-fev.-2011 (Luís Correia de Mendonça), Proc. 2408/10.

<sup>28</sup> RLx 25-set.-2012 (Luís Espírito Santo), Proc. 2408/10.

III. Num terceiro caso, debatia-se o alcance de uma convenção de arbitragem incluída num *swap*. A 1.ª instância decidiu que ela não retirava competência ao Tribunal do Estado. A Relação de Guimarães confirmou essa orientação, em 8-mar.-2012<sup>29</sup>.

IV. O quarto caso diz respeito à questão de fundo subjacente à causa anterior. Foi dirimido pela Relação de Guimarães, em 31-jan.-2013.

Fora celebrado um contrato de *swap* de taxa com barreiras, contratado por indicação do banqueiro por um gerente com uma formação muito simples e que nunca contratara com bancos. A sociedade envolvida pediu a resolução do contrato por alteração das circunstâncias, uma vez que a evolução das taxas de juro levava a uma perda de € 44.709,38 ou, em todo o caso, a sua anulação por erro. A 1.ª instância deu provimento à ação, declarando resolvido o contrato, por alteração das circunstâncias. A Relação de Guimarães confirmou esse entendimento. Disse, designadamente<sup>30</sup>:

Por outro lado, esse desequilíbrio foi extremamente agravado pela crise financeira, situação esta que não decorreu de um normal desenrolar da situação económica.

Com efeito, a situação que se desencadeou a partir de Setembro de 2008, foi uma situação excepcional, completamente anormal no sistema financeiro que agravou de forma profunda a situação (pré-existente) de desequilíbrio das prestações, de tal modo que a sua manutenção feriria os princípios da boa-fé que devem nortear a celebração dos contratos, e na qual as partes alicerçaram a decisão de contratar.

O disposto no artigo 437.º do Código Civil pressupõe que se tenha produzido uma alteração anormal das circunstâncias que foram basilares para a decisão dos contraentes de tal modo que a base de negócio tenha desaparecido ou tenha sido substancialmente modificada; que a exigência das obrigações assumidas pela parte lesada afecte gravemente os princípios de boa-fé; que tal exigência não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato e que a parte lesada não esteja em mora no momento em que a alteração das circunstâncias se verificou.

E por isso, concordamos com a sentença recorrida quando conclui que “nas circunstâncias actuais a exigência das obrigações que do contrato decorrem para a autora não está coberta pelo risco próprio do contrato”. Efectivamente, os contratos *swap* são um instrumento financeiro especialmente vocacionado para a gestão do risco da taxa de juro; só que as alterações verificadas após Setembro de 2008, e a crise no sistema financeiro (que podemos considerar como um colapso à escala mundial) não pode ser considerada como risco normal, bem como as oscilações da taxa de juro (que se verificou com a falência do Lehman Brothers) como riscos próprios do contrato sob pena de se violarem gravemente os princípios da boa-fé contratual.

<sup>29</sup> RGM 8-mar.-2012 (Maria Luísa Ramos), Proc. 1387/11.

<sup>30</sup> RGM 31-jan.-2013 (Conceição Bucho), Proc. 1387/11.



V. Um quinto caso foi decidido pela Relação de Lisboa, em 21-mar.-2013. Fora celebrado um contrato de *swap* de taxas de juro, que acompanhava um financiamento, mas apenas em parte: liquidado este, o *swap* manter-se-ia, ainda, durante algum tempo. Mercê da evolução das taxas de juro, a empresa aderente passou a sofrer um prejuízo crescente. Veio dizer, em primeira instância, que o banqueiro continuou a cobrar juros, depois de pago o valor mutuado, pedindo a sua condenação. A 1.ª instância rejeitou a ação.

Em recurso, a empresa aderente veio ainda invocar a nulidade do contrato, por violação da Lei sobre cláusulas contratuais gerais. Cita um acórdão da Relação de Coimbra, inédito e que iria nesse sentido. A Relação de Lisboa desamparou este aspeto. Mas fez uma abordagem distinta: o contrato visou a gestão do risco; mas ao conservar-se, depois da cessação do endividamento, passou a ser uma mera aposta. Diz, designadamente<sup>31</sup>:

Ou seja, o contrato de *swap* apenas pode ser caracterizado enquanto tal se dos seus termos for claro que cobre um risco (no caso de flutuação de taxa de juros) e que o cobre relativamente a uma (ou várias) operação financeira devidamente caracterizada: um mútuo simples, um mútuo por conta caucionada, qualquer outro financiamento, possibilidade ou não de amortização dos mesmos, ou, até, eventualmente, possa envolver para uma das partes (o cliente da instituição financeira) a obrigação de manter o nível de financiamento que justificou o *swap*.

No caso dos autos, por exemplo, a previsão da Autora quanto ao financiamento que manteria ao longo da vigência do *swap* e a obrigação de o manter ou, contrariamente, a previsão das amortizações e a sua influência no *swap*.

Quando assim não seja, quando da análise do clausulado contratual não resultar a derivação, o contrato tem de ser analisado independentemente da realidade subjacente de que abstrai.

É esse o caso dos autos, uma vez que os instrumentos contratuais nada concretizam quanto à relação subjacente de que emanam.

Nesta situação, o contrato é um produto financeiro abstracto cuja transacção fora de Bolsa não encontra qualquer acolhimento no ordenamento jurídico, configurando efectivamente um contrato de aposta e não um *swap*.

(...)

Com o que concluímos que a análise do contrato o descaracteriza como *swap* de taxa de juros, pese embora a aparência, transformando-o num contrato de aposta, por nada ressaltar quanto à concreta ligação a uma realidade subjacente.

O artigo 1245.º, do CC, refere-se à aposta considerando-a não válida, apenas constituindo obrigações naturais quando lícito.

Ora, nada no ordenamento jurídico permite concluir pela licitude da aposta de taxas de juros com pagamento diferencial.

(...)

<sup>31</sup> RLx 21-mar.-2013 (Ana de Azeredo Coelho), Proc. 2587/10 = RLJ 42 (2013), 238-253.

A aposta que não possa qualificar-se de lícita, como é o caso do contrato em causa (nos termos dos artigos 159.º e 161.º, do DL 422/89), não é válida nem constitui fonte de obrigações civis, sendo cominada de nulidade pelo artigo 1245.º, do CC.

VI. A matéria chegou ao Supremo Tribunal de Justiça, que prolatou, sobre os *swaps*, uma primeira e importante decisão: a sexta, sobre *swaps*, no âmbito geral. Tal sucedeu em recurso interposto pelo Banco condenado, do acórdão da Relação de Guimarães de 31-jan.-2013, de que acima demos conta. O Supremo confirmou, em acórdão de 10-out.-2013, o decidido em Guimarães; entendeu revogado o contrato de *swap*, por alteração das circunstâncias<sup>32</sup>.

Citando Almeida Costa, o Supremo explica que mesmo os contratos aleatórios podem ser resolvidos ou modificados por alterações de circunstâncias, quando estas excedam apreciavelmente as flutuações previsíveis na data do contrato. Posto isto, foca dois pontos: (a) que tal como fora celebrado, havia um desequilíbrio entre as prestações das partes; (b) que esse desequilíbrio foi extremamente agravado pela crise financeira. O particular aderente passou, assim, a suportar um assinalável encargo e um enorme prejuízo, confirmado pelo desequilíbrio das prestações. A manutenção do contrato iria ferir os princípios da boa-fé.

Para além de algum apoio doutrinário<sup>33</sup> e das repercussões que já teve noutras decisões judiciais, não publicadas, este acórdão levou, ainda, a que a crise financeira de 2009-2014 fosse arvorada, na jurisprudência, a alteração das circunstâncias<sup>34</sup>. Num caso deste tipo, um bom banqueiro teria resolvido o problema pela negociação: levar, ao Supremo, um caso de manifesta injustiça, apenas conduziu à formação de uma corrente jurisprudencial contrária aos interesses da banca.

## 20. *Apreciação doutrinária*

I. O acórdão da RLx 25-set.-2012 mereceu uma anotação de Hélder M. Mourato<sup>35</sup>: desfavorável. Após cuidadosa análise do contrato, este Autor conclui que não estava em causa uma cobertura de risco, mas uma total especulação. Como tal, o contrato não seria válido, por implicar jogo ou aposta: quanto muito,

<sup>32</sup> STJ 10-out.-2013 (Granja da Fonseca), Proc. 1387/11.

<sup>33</sup> Em especial, Catarina Monteiro Pires, *Entre um modelo corretivo e um modelo informacional no Direito bancário e financeiro*, CDP 44 (2013), 3-22 (9 ss.).

<sup>34</sup> Assim, RGm 30-jan.-2014 (António Santos), Proc. 67/2, apresentando a crise como fundamento de redução salarial dos titulares dos órgãos de uma Fundação.

<sup>35</sup> Hélder M. Mourato, *Swap de taxa de juro: a primeira jurisprudência*, Cad MVM 44 (2013), 29-44, 43/I.

originária obrigações naturais. Já quanto a RGm 31-jan.-2013, o mesmo Autor discorda da aplicação do instituto da alteração das circunstâncias<sup>36</sup>.

José Lebre de Freitas, num escrito que surge indubitavelmente ligado à discussão prática dos *swaps*, em cenário de crise, traça um quadro em parte coincidente. De facto, o *swap* sem financiamento e, portanto, em que o valor de referência é apenas notional, surge como aposta, como tal devendo ser tratado. Já quanto à alteração das circunstâncias: o Autor entende que, mau grado o elemento aleatório dos *swaps*, esse instituto tem sempre aplicação. Basta que a alteração seja de tal monta que ultrapasse qualquer álea aceitável<sup>37</sup>.

João Calvão da Silva, pelo contrário, em anotação a RLx 21-mar.-2013, sustenta que os *swaps* foram reconhecidos nacional e internacionalmente sem a distinção de saber se, em concreto, acompanhavam um financiamento ou se, pelo contrário, surgiam meramente especulativos<sup>38</sup>. Receamos que tal orientação possa prejudicar os *swaps* e, em geral, os derivados. A presente crise permitiu mostrar as fraquezas da especulação. Esta só deve ser praticada por especialistas, entre si. A situações profundamente diferentes, devem corresponder regimes diferenciados. Ora se os *swaps*-garantia merecem apoio, os restantes concitam as cautelas do Direito.

II. Quanto ao acórdão do Supremo, de 10-out.-2013, impõem-se duas reflexões. A alteração das circunstâncias funciona sempre, mesmo perante contratos aleatórios. Mas sendo esse o caso, ela terá de ser de tal monta que ultrapasse o que a boa-fé permitiria exigir e, logo, deverá atingir uma amplitude que ultrapasse a (lata) atribuição de risco visualizada pelas partes. Logo, a pista da alteração das circunstâncias é operacional. No caso concreto, afigura-se que, perante os factos, houve, antes um claro problema de falta de informação; quiçá, mesmo: a quebra de um dever de não propor, ao aderente e dado o perfil deste, um contrato tão arriscado e tão difícil de entender, como o do *swap* de taxas de juro<sup>39</sup>.

A alteração das circunstâncias tem uma vertente delicada: não há razão para considerar que ela não possa ser invocada pelos banqueiros para, por exemplo, restabelecer o equilíbrio em contratos de longa duração, como os de crédito à habitação, que tenham sido atingidos pela prolongada e inexpectável descida da taxa de juro.

<sup>36</sup> *Idem*, 43-44.

<sup>37</sup> José Lebre de Freitas, *Contrato de swap meramente especulativo / Regimes de validade e de alteração das circunstâncias*, ROA 2012, 943-970 (968-970), as conclusões.

<sup>38</sup> João Calvão da Silva, anot. RLx 21-mar.-2013, RLJ 142 (2013), 253-269.

<sup>39</sup> Catarina Monteiro Pires, *Entre um modelo corretivo e um modelo informacional* cit., 14/II. De facto, uma saída do tipo da do BGH 22-mar.-2011 acima examinada, parece mais adequada. Nessa data, o Supremo Tribunal Alemão invalidou um *swap* justamente por inobservância dos deveres de informação.

III. A jurisprudência portuguesa, apesar das suas limitações, permite, com os comentários referidos, traçar uma linha coerente de raciocínio.

Com efeito, nos *swaps* de taxas de juro, há duas situações distintas: a de *swaps* que fazem uma gestão racional de taxas devidas por financiamentos existentes e a de *swaps ad nutum*, que não têm a ver com empréstimos subjacentes. No primeiro caso, o contrato é razoável e legítimo; no segundo, é uma pura aposta na evolução das taxas de juro, que deve ser sindicada pelos tribunais.

IV. É evidente que, como dito, qualquer contrato pode ser celebrado para “especulação”. Não se trata, porém, de aposta, quando tenha um efeito jurídico direto, que não o risco: a compra de ações ou de opções, como exemplos. Já um *swap* sem financiamento não tem qualquer outro efeito que não a captura do produto do risco. Fora de bolsa, trata-se de pura aposta. Acompanhamos, pois, a orientação da RLx 21-mar.-2013. Facultá-lo a sociedades comerciais comuns ou a empresas públicas só pode prejudicar os derivados, o mercado e a imagem da banca.

## 21. *Atos aleatórios e pessoas coletivas*

I. O *swap* de taxas de juro, numa reflexão que pode ser alargada a outros contratos relativos a derivados, pode apresentar duas faces distintas, que recordamos:

- a de um contrato de gestão do risco representado pelas oscilações de taxas de juro;
- a de um puro contrato especulativo, tipo aposta sobre a evolução das taxas.

O primeiro caso não suscita dúvidas. Associado a um mútuo, o *swap* de taxas de juro, se não contiver cláusulas exóticas ou exorbitantes, funciona como um instrumento de gestão, disponível para as empresas. Já o segundo não é tão simples: celebrado *ad nutum*, ele apenas faculta, às entidades aderentes, a hipótese de lucros ou de perdas, em função de dados aleatórios. Jogando com os grandes números, o banqueiro pode transformar esse tipo de contrato em negócio comum. Mas no que toca às empresas, estamos perante um jogo.

II. O primeiro óbice a enfrentar pelos *swaps ad nutum* é o da capacidade de gozo das pessoas coletivas que os celebrem. Uma sociedade pode celebrar contratos aleatórios? Pode jogar num casino? Pode comprar bilhetes de lotaria? Pode apostar nos cavalos? E quando o faça: pode envolver grandes quantias, contraindo dívidas, para o efeito?

À partida, um ato puramente aleatório deve ser aproximado de um ato gratuito. Aquando da sua celebração, não é possível saber se vai haver dano ou perda. Esta ocorre como uma possibilidade real, encarada pelo “jogador”, que a aceita. Mais: o “jogador” habitual sabe que vai perder; se for consciente, ou não joga ou admite que, fazendo-o, concede benefícios ao “casino”, a título gratuito e por que isso lhe dá prazer.

A natureza tendencialmente gratuita do jogo ou aposta é tão acentuada que cai nas malhas do artigo 6.º/2 do Código das Sociedades Comerciais. Estamos perante uma liberalidade que não podemos considerar “usual”.

Concluímos que as sociedades – e, genericamente, as pessoas coletivas – não têm capacidade de gozo para concluir negócios tipo-casino. Ficam envolvidos os *swaps* que, por estarem desligados de qualquer mútuo, não visem uma gestão do risco mas, tão-só, uma aposta sobre o futuro. Este mesmo raciocínio aplica-se a contratos que, ligados inicialmente a um mútuo, dele se desprendam, por assumirem autonomia: não cessam com o reembolso total, não acompanham o reembolso parcial e têm prazos próprios de vigência.

## **22. A exigência técnico-jurídica de risco**

I. Um *swap* de taxas de juro equivale a um contrato de risco. Mas risco em sentido técnico: incide sobre a eventualidade da supressão de uma vantagem assegurada pelo Direito. No domínio dos seguros, não são admissíveis contratos sem risco, isto é: um contrato pelo qual o “segurador” se obrigaria, contra um “prémio”, a realizar, a favor do beneficiário, uma prestação convencionada, no caso de ocorrer um evento aleatório. Tal evento deve ser um risco, em sentido técnico, ou o contrato que se lhe reporte é nulo, segundo o artigo 44.º da LCS<sup>40</sup>.

II. Pois bem: esta regra aplica-se aos *swaps*-casino ou *swaps* que não tenham a ver com a gestão de qualquer risco derivado de um mútuo existente. Eles não são lícitos, enquanto verdadeiros contratos sobre o risco: vale o citado artigo 44.º da Lei do Contrato de Seguro. Este preceito impõe a nulidade dos “seguros sem risco”. Mas essa locução deve ser entendida em termos materiais: não se trata, apenas, de contratos formalmente ditos “seguros”, mas de todos aqueles que, substancialmente, lhes equivalham.

De novo a fronteira passa entre os *swaps* que visem, efetivamente, a gestão do risco e aqueles que se traduzem numa pura aposta sobre o futuro dos juros.

<sup>40</sup> Vide o nosso *Direito dos seguros* (2013), 487 ss.

### 23. *Dever de informar e deontologia bancária*

I. Em termos mais puramente bancários, os contratos de *swap* de taxas de juro solicitam, no mais elevado grau, os deveres de informação bancários.

Na sua versão mais simples, a informação é fácil: deve ser prestada, com clareza. O particular aderente fica protegido contra a subida dos juros; mas não beneficia da sua descida. Nas demais, e de complexidade crescente, a informação torna-se complexa: deve ser ministrada por pessoal habilitado e a quem tenha conhecimentos e experiência.

Um ponto muito delicado deve (ou devia) ter sido esclarecido: perante a clivagem entre as taxas de juro de referência, praticadas pelo BCE e pela Reserva Federal Norte-americana, era de prever que, no médio e no longo prazo, houvesse uma baixa de juros, na Europa. Não havia certezas: mas a probabilidade existia e era razoável. Manifestamente: banqueiros houve que investiram nessa base. Onde o aparente paradoxo: os lucros sobem com a baixa dos juros. Ora tais informações não foram prestadas.

II. Em termos materiais não vale, como informação, o oferecer, para assinatura, documentos onde se diga que o particular aderente é experiente e tomou conhecimento dos riscos envolvidos. O Direito bancário dos nossos dias é substancialista, por oposição a formalista. Pela ordem material das coisas, nenhum gestor ou empresário, seja quais forem as suas habilitações académicas, irá reconhecer, para mais por escrito, que não tem conhecimentos, que não tem informação, que não assume riscos ou que não tem experiência. Declarações desse tipo não valem: devem ser submetidas a cuidadoso escrutínio.

A grande maioria dos *swaps*, em Portugal como no estrangeiro, foi concluída com aderentes que não se representaram minimamente os riscos envolvidos. Houve erro sobre o objeto do negócio, caindo-se na alçada do artigo 251.º, do Código Civil. Além disso, jogam todos os deveres de informação previstos nas leis da banca.

III. A realidade impõe, a nosso ver, um ponto suplementar – mas decisivo – de reflexão. Na verdade, os aderentes (salvo as grandes empresas) não conheciam o produto “*swap*”. Foram abordados pelos banqueiros, que lhes referiram as suas vantagens. A relação de confiança entre particulares e banqueiros é muito forte: o particular quer agradar ao banqueiro, subscrevendo os seus produtos e fica totalmente tranquilo, perante as iniciativas deste. Não se vai embrenhar no estudo de uma matéria complexa e na qual nenhum agente consciente pretenderá ter certezas.

O banqueiro tem, aqui, um extraordinário poder. Nos casos, ocorridos no início do século XXI, em que algumas agências bancárias propuseram, aos clientes,

a compra de ações do banco, ações essas que, depois, vieram a desvalorizar, houve uma imensa reação da supervisão (CMVM) e procedeu-se a uma série de arbitragens, que levaram à indenização dos privados. Pois bem: o caso dos *swaps* não é menor. Trata-se de um produto que, pela deontologia bancária, não devia ter sido “oferecido” a particulares. De resto, houve banqueiros e funcionários de banqueiros que recusaram fazê-lo.

A oferta, para adesão, a particulares, de um produto da maior complexidade, com riscos muito elevados é contrária à deontologia e, por aí, aos bons costumes. Segue-se a sua nulidade, por via do artigo 280.º/1, do Código Civil. Esta lógica, todavia, não se aplica linearmente a grandes empresas que tivessem, elas próprias, tomado a iniciativa de contactar diversos banqueiros, para efeitos de conclusão de *swaps*, com os quais, de resto, esperavam receber um financiamento gratuito.

Em qualquer caso: impõe-se, sempre, uma ponderação das circunstâncias concretamente relevantes.