

A PERSPICÁCIA DO DIREITO BANCÁRIO:
ENTRE A USURA E ESPECULAÇÃO

JÉSSICA CORREIA DE ALMEIDA



Publicação científico-jurídica
em formato digital
ISSN 2182-8242

Periodicidade anual
N.º 14 — Ano 2023

Propriedade e Edição:
© DataVenia
Marca Registada n.º 486523 – INPI

Internet: www.datavenia.pt
Contacto: correio@datavenia.pt

A Data Venia é uma revista científico-jurídica em formato digital, tendo por objeto a publicação de doutrina, artigos, estudos, ensaios, teses, pareceres, crítica legislativa e jurisprudencial, apoiando igualmente os trabalhos de *legal research* e de *legal writing*, visando o aprofundamento do conhecimento técnico, a livre e fundamentada discussão de temas inéditos, a partilha de experiências, reflexões e/ou investigação.

As opiniões expressas são da exclusiva responsabilidade dos respetivos autores e não traduzem necessariamente a opinião dos demais autores da Data Venia nem da sua administração.

A citação, transcrição ou reprodução dos conteúdos desta revista estão sujeitas ao Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

É proibida a reprodução ou compilação de conteúdos para fins comerciais ou publicitários, sem a expressa e prévia autorização da Administração da Data Venia e dos respetivos Autores.

A PERSPICÁCIA DO DIREITO BANCÁRIO:

ENTRE A USURA E ESPECULAÇÃO

Jéssica Correia de Almeida

Licenciada em Direito

Mestranda em Ciências Jurídico-Empresariais

SUMÁRIO

O presente trabalho tem como objetivo a análise da panorâmica do preponderante papel do direito bancário, numa sociedade de consumo, marcada por uma economia mundial impulsionada pela evolução das tecnologias da informação e, em constante troca de fluxos monetários e dos produtos financeiros, que lhe estão subjacentes.

Com o crescimento das relações contratuais, cresce também o número de interesses que se contradizem. Nestes termos, o estudo concerne numa abordagem das relações bancárias, e a problemática da sua conjuntura, débil à usura e especulação, pela própria natureza dos contratos bancários e essência das relações estabelecidas, com enfoque nos contratos de crédito ao consumo e swap de taxas de juro, e o seu equilíbrio contratual,

Neste contexto, onde atuações desmedidas causam consequências que afetam toda a sociedade, urge o direito bancário, ao qual se apela um modelo protetivo, que garanta

a concessão de crédito responsável, assim como uma resposta ao sobre-endividamento e combate de eventuais receios e cenários especulativos. É, assim, proposta uma análise da resposta normativa e institucional, às quais se veem a associar outros domínios, perspetivando-se a pluridimensionalidade do paradigma do direito bancário.

PALAVRAS-CHAVE: contratos bancários; boas práticas jurídicas; sobreendividamento; literacia financeira.

I. A perspicácia do direito bancário

i. O direito bancário e as relações contratuais: enfoque no crédito ao consumo.

Os bancos são entidades essenciais ao funcionamento da economia e o crédito é fundamental para o desenvolvimento da mesma. A atividade financeira de concessão de crédito está rodeada pelos mais diversos riscos, no entanto, a facilidade no acesso ao crédito que se deu a partir dos anos 90, “gerou a ilusão de um progresso sem limites”¹ e, a utilização de crédito bancários, pelos particulares, vulgarizou-se, com a elucidante ideia de se poder comprar qualquer coisa podendo pagar futuramente, em prestações mensais.

Num mercado que cada vez se torna mais sofisticado, um dos riscos da sociedade moderna, que densificou os seus padrões de consumo e, conseqüentemente, o recurso ao crédito, é o sobre-endividamento.² Neste sentido, mediante um relatório elaborado pelo Banco de Portugal, relativo a evolução dos novos créditos aos consumidores, entre agosto e setembro de 2022, as instituições de crédito portuguesas, cederam um montante de 327 milhões apenas a nível de crédito pessoal e cerca de 117 milhões a nível de cartões e descoberto³. Relativamente ao nível médio de endividamento das famílias portuguesas, o crédito por elas contraído trata-se, em grande parte, destinado ao consumo, sendo auferido um montante de 20, 7 mil milhões de euros, no final do mês de outubro⁴, refletindo um crescimento de 6,0% relativamente ao ano passado, em comparação à variação anual de 3,5% referente à zona euro.

Posto isto, é de todo o interesse considerar se tal se deve a uma concessão de crédito pouco criteriosa pois, onde o acesso ao crédito é fácil, o endividamento também o será. O fornecimento desmedido de crédito pode, de facto, se tornar mais danoso ao consumidor do que a própria situação financeira atual. Nestes

¹ Cfr. Centro de Estudos Judiciários, *Plano de Formação Contínua 2013-2014 – Direito Bancário*, E-book, 2015, p.6.

² FRADE, Catarina, *Sobreendividamento e soluções extrajudiciais: a mediação de dívidas*, I Congresso de Direito da Insolvência. Coimbra, Almedina, 2013, p.9.

³ Disponível em <https://www.bportugal.pt/page/evolucao-dos-novos-creditos-aos-consumidores-janeiro-de-2017>, consultado a 26.11.2022.

⁴ Disponível em <https://bpstat.bportugal.pt/conteudos/noticias/1808>, consultado a 26.11.2022.

termos, surgem conceitos tendenciosos e moralistas que acusam, de imediato, as instituições financeiras, de conceder crédito predatório, financiando pessoas que não tinham meios para vir a pagar ou as famílias, por adotarem um padrão de consumo acima das suas capacidades⁵.

Ainda que não possam ser ignoradas as transformações sociais e o contexto macroeconómico da contraparte do consumidor e das suas necessidades, nem sempre está na posição desfavorável que se presume, por vezes, o próprio age de má-fé, nomeadamente quando obtém financiamento para se ver livre de uma situação económica grave, sabendo ser incapaz de honrar o pacto. Logo, ainda que as instituições possam, presumivelmente, ter mais poder negocial, não deve ser adotada uma visão condescendente dos devedores, como forma de atribuir às mesmas a responsabilização pelas decisões dos contraentes.

O paradigma bancário, hiper-regulado⁶, pautado pela conjugação da globalização e autonomia privada, e pelos seus contratos, com relevância social e económica, tornou imperativa e, necessária, uma abordagem preventiva do sobre-endividamento, sob o garante de uma análise correta dos riscos inerentes à atividade bancária, numa perspetiva pluridimensional, enquadrando outros elementos, como políticas sociais e a formação dos consumidores.

ii. O risco da atividade bancária: breve referência a metodologias de avaliação.

Com o risco associado à atividade bancária e a necessidade de prevenção do sobre-endividamento, para além de imposições normativas, surgiram outras metodologias de avaliação e proteção do risco de crédito, pois, como “gerir um risco implica uma intervenção à priori nos factores que o alimentam”. Denote-se, desde já, que ainda que os concedentes profissionais tenham uma capacidade maior de avaliar o risco⁷, a, de antemão referida, abordagem preventiva envolve,

⁵ Cfr. SANTOS, Ana Cordeiro, FRADE, Catarina e OLIVEIRA, Miguel, *Perspetivas interdisciplinares sobre o consumo e crédito*, 2013, p.4.

⁶ Cfr. *Ibidem*, p.8.

⁷ VASCONCELOS, Miguel Pestana de, *Os limites máximos das taxas de juro das instituições de crédito e das sociedades financeiras*, Revista de Direito Comercial, 2018, p.653.

neste âmbito, agir sobre diversas variáveis em simultâneo, atuando sobre métodos de natureza não regulatória como a promoção da literacia financeira; os ficheiros de crédito⁸; assim como o reforço dos códigos de conduta das instituições financeiras e os sistemas de *rating* e *scoring* que permitem às mesmas de usufruir de proteção.

Com enfoque nestes dois últimos, Silva entende o *rating* como um cálculo da credibilidade de um obtentor de crédito sendo que, as instituições bancárias podem recorrer a um ranking interno, reunindo informações sobre determinadas características dos seus clientes, comparam as mesmas informações com dados já obtidos, ou optam pelo meio externo, sendo o *rating* elaborado por agências de classificação. Por sua vez, Batista configura o *scoring* como um modelo de avaliação da capacidade crédito, obtido através de informações registadas e cujos dados são convertidos em números, depois combinados, de modo a originar uma pontuação, sendo possível prever a probabilidade de um requerente de crédito entrar em incumprimento e, segundo o mencionado autor, obter uma revisão fidedigna, não obstante as que necessitam de intervenção humana.⁹

No entendimento de Catarina Frade, as soluções neste âmbito não se devem cingir a procedimentos estritamente judiciais, devendo ser favorecida uma lógica de solução extrajudiciais com mediação independente¹⁰, sendo que, “a prevenção do sobreendividamento é preferível à contenção dos seus danos”¹¹. De facto, o ocasional desequilíbrio entre as partes envolvidas e a crença na força na lei como único instrumento hábil para corrigir tal deformidade, numa época capitalista, contribuiu para a criação de um regime massificado, que pretende unicamente conceber uma irrisória igualdade das partes perante a lei.

Nestes termos, de modo a melhor afigurar esta problemática do risco, os meios de reconhecimento e prevenção devem ser interpostos também na

⁸ São um método de avaliação de solvabilidade do consumidor, tratando-se de “ bases de dados contendo informação sobre os devedores que participam no sistema financeiro “, cujo regime consta no decreto-lei nº204/2008, de 14 de outubro, Cfr. FRADE, Catarina, *Ob.cit.*, pp. 428 e ss.

⁹ Cfr. BATISTA, António, *A Gestão do Crédito como vantagem competitiva: Manual de crédito e cobranças*, 3ª edição, Porto: Vida Económica, 2004.

¹⁰ FRADE, Catarina, *A regulação do Sobreendividamento*, Tese de Doutoramento, Coimbra, 2007, p. 416.

¹¹ Cf. Reifner, *et al.*, 2003 apud FRADE, Catarina, *Ob.cit.*, p.422.

contraparte, exigindo a todos os intervenientes da relação bancária a possibilidade, e, o dever, de identificar e gerir o risco de incumprimento. Tal, traduz-se numa atuação sobre a complexa rede de interações pessoais e institucionais, que agregam o mercado de crédito, prevendo o risco e o sobre-endividamento também através de medidas como políticas sociais, quadros regulatórios e formação dos consumidores, nomeadamente, através do estímulo da literacia bancária¹², possibilitando o próprio consumidor de fazer uma correta autoanálise.

II. A lide entre a usura e especulação

i. O juro e a onerosidade excessiva

A possibilidade de o dinheiro gerar dinheiro remete aos primórdios séculos da igreja romana, com as reflexões dos grandes filósofos da Antiguidade, onde as cobranças relativas ao empréstimo de dinheiro, os denominados juros, eram considerados como uma forma de aproveitamento da necessidade do ser humano, existindo uma proibição absoluta dos mesmos.

No entanto, o desenvolvimento da atividade comercial determinou a necessidade de admitir a legitimidade desta cobrança e, com a influência do espírito liberal, na primeira metade do século XIX, a maior parte das leis restritivas acabaram por ser derogadas. Assim, se inicia uma fase de liberalização total da cobrança de juros, onde se associa à aceção do atual conceito de usura, seguindo-se uma fase de reação e limitação, no século XX, aquando se reconheceu merecer a tutela do direito público.¹³

O crédito ao consumo acelera a circulação de moeda e intensifica as trocas, através de uma antecipação à poupança, por parte do consumidor, que justifica o (proeminente) juro remuneratório pelo seu valor económico. Neste sentido,

¹² ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Direito do Consumo*, Almedina, 2005, pp. 37 e ss..

¹³ FERREIRA, Hugo Rosa, *Negação e repressão da usura no crédito bancário: análise de soluções em teoria e na prática*, Revista de direito das sociedades, 2013, pp.637-642.

Friedman¹⁴ entende que o juro deve corresponder à soma de um conjunto de realidades: à remuneração pela renúncia à preferência pela liquidez (teoria *keynesiana*) assim como ao custo do dinheiro e o risco de incumprimento pelos mutuários e eventuais imprevistos, não constituindo uma imoralidade ou aproveitamento de fragilidade económica, como visto na antiguidade.

A par do Direito, ética e moral que combatem a ganância e a usura dos juros ilícitos, o princípio da boa-fé é imprescindível, nomeadamente, quando propomos que instrumentos, com diferentes graus de coercibilidade, atuem sobre a complexa rede de interações pessoais e institucionais que agregam o mercado de crédito, isto é, recorrendo a mecanismos como o *soft law*¹⁵ o *compliance*¹⁶, através de políticas sociais, códigos de conduta, quadros regulatórios e formação dos consumidores, nomeadamente, através do estímulo da literacia bancária.¹⁷

ii. Reflexão sobre a liberdade de estipulação de taxas de juro: enfoque no contexto português.

Os juros, designadamente, remuneratórios convencionais, consistem no rendimento de uma obrigação de capital, determinando-se em função do montante de capital cedido, do tempo da cedência e de uma taxa¹⁸. O regime geral, desta obrigação, consta nos artigos 559º a 561º do Código Civil, sendo o mesmo complementado por de regimes específicos.

Num contexto de realidade política e social com hábitos intervencionistas na economia e, em particular, no sistema financeiro, o Banco de Portugal, em consonância com o Decreto-Lei nº644/75, de 15 de Novembro, que o instituiu, era

¹⁴FRIEDMAN, Milton, *Factors Affecting the Level of Interest Rates*” In *Proceedings of Conference on Savings and Residential Financing*, Chicago, 1968.

¹⁵ Referente a instrumentos normativos, sem força de lei, com o propósito de incentivar práticas e condutas.

¹⁶Trata-se de um instituto que, de uma forma sucinta, prevê o cumprimento das leis, normas e procedimentos internos das organizações, além de parcerias éticas, seja com o setor público ou privado e seus fornecedores.

¹⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Ob.cit.*, pp. 37 e ss..

¹⁸ Cfr.VASCONCELOS, Miguel Pestana de, *Ob.cit.*, 2018.

a entidade competente, nos termos do seu artigo 28 n.º1, alínea b), para fixar o regime das taxas de juro.

Com a integração europeia e a criação do euro, a concessão de crédito despreendeu-se de razoabilidade e receios, deixando de estar sujeita a fixação administrativa pelo Governo e, conseqüentemente originando uma liberalização das taxas de juro, nomeadamente nas referentes de crédito ao consumo, sendo que não lhes era colocada qualquer limitação, como sucedia em diplomas como o Código Comercial de 1833.

O Banco de Portugal, trata-se de uma pessoa coletiva de direito público, com autonomia administrativa e financeira, cuja missão se traduz na manutenção da estabilidade dos preços e do sistema financeiro. Nestes termos, estipulou, no artigo 2.º do aviso n.º3/93: “São livremente estabelecidas pelas instituições de crédito e sociedades financeiras as taxas de juro das suas operações, salvo nos casos em que sejam fixadas por diploma legal”, em consonância com a sua própria lei orgânica (L.O.B.P.P. 98), que, ao contrário da anteriormente mencionada, L.O.B.P. de 1975, não contém uma norma expressa¹⁹ que habilite o Banco Central de fixar limites de taxas de juro de operações bancárias (incluindo créditos ao consumo) superiores as regras gerais do Código Civil e do Código Comercial.

Assim, desde que foi aprovada a L.O.B.P. de 1990, as taxas de juro das operações bancárias passaram a ser livremente fixadas pelos bancos, de acordo com as regras do mercado, exceto se houver lei especial que estabeleça o contrário, como vai de acordo a maioria da jurisprudência²⁰. Esta libertação causa, ainda, discussão, nomeadamente no âmbito doutrinário, sendo relevante ponderar a sensatez de invalidar os limites estabelecidos, relevando aspetos como

¹⁹ Artigo 28.º, n.º 1: Com vista à orientação e controle das instituições de crédito, compete ao Banco, nomeadamente: a) Estabelecer diretivas para a atuação dessas instituições. b) Fixar o regime das taxas de juro, comissões e quaisquer outras formas de remuneração para as operações efetuadas pelas instituições de crédito ou por quaisquer outras entidades que atuem nos mercados monetário e financeiro.

²⁰ Neste sentido, os acórdãos do Tribunal da Relação do Porto, processo n.º 474/15.5T8ESP.P1, de 14/11/2017, assim como o referente ao processo n.º 67150/16.7YIPRT.P, de 11/4/2018.

o carácter regulamentário do referido aviso, a natureza das taxas de juros das operações bancárias e a sua supervisão, feita pelo Banco de Portugal.²¹

iii. O território débil dos contratos bancários

Os contratos bancários, e a concessão de crédito, são institutos onde as prestações contratuais facilmente se desequilibram, mormente devido às posições antagónicas das partes, relativamente ao poder negocial, onde, o consumidor que se encontre na débil situação de necessidade de crédito, tende a submeter-se a condições que facilmente se revelam excessivamente onerosas para o mesmo.

Esta concessão de crédito é feita comumente através de contratos de adesão, com cláusulas contratuais que estipulam as condições, previamente fixadas pela entidade financeira, às quais a contraparte, isto é, o consumidor, se sujeita com o objetivo único de obter o crédito que necessita. Nas palavras de Antunes Varela²², o contrato de adesão “É aquele em que um dos contraentes, não tendo a menor participação na preparação das respetivas cláusulas, se limita a aceitar o texto que o outro contraente oferece, em massa, ao público interessado”.

O crescimento das relações contratuais bancárias levou a uma racionalização jurídico-económica que, inevitavelmente, por conta da natureza humana, aumentou o número de interesses convergentes, geradores de conflitos, assim como os processos judiciais que visam diminuir os mesmos. Esta racionalização e a própria amplitude da sociedade moderna levaram ao crescente recurso aos contratos de adesão, sendo que nos defrontamos com um cenário fértil para práticas discordantes à boa-fé, através de modelos contratuais elaborados, com minúcia, sem possibilidade de discussão ou alteração de modificações. Como compreensível, tal se traduz em desequilíbrios na força negocial, tornando viáveis situações abusivas e inconvenientes, como o juro excessivo, que origina consequências civis e criminais, nomeadamente quando trespassamos para crime de usura.

²¹ Como é estabelecido no artigo 23º do seu regime.

²² VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, 10ª edição, Almedina, 2003 p. 262.

Assim, de modo a intentar uma compensação, surge o Decreto-Lei n.º446/85²³, que estipula o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, tutelando a autonomia privada e liberdade contratual, e, regulando, como se auferiu no ponto 2 do mesmo, “certas cláusulas” (que) “quando inseridas em contratos, se tornavam nocivas ou injustas”. Neste, constam diversos deveres procedimentais, entre os quais, o dever de comunicação e informação (artigo 5.º e 6.º), assim como a boa-fé (artigo 15.º).

A sociedade contemporânea exige que o direito a acompanhe, como um verdadeiro instrumento ético, impondo ao exercício dos direitos positivados, uma consciência e prática alinhada com a sua finalidade económica e social para efetivação dos direitos da cidadania. Com a prosperidade de conceitos, como a *corporate governance* e o *compliance*, podemos seguramente afirmar que o novo quadro comportamental tem como objetivo assegurar a transparência e ética empresarial das instituições de crédito.²⁴

iv. A consequência da onerosidade excessiva

Um dos maiores desafios do direito bancário prende-se com a conciliação da autonomia privada num modelo protetivo, tal como sucede com a problemática apresentada dos contratos de adesão. Em pleno 2022, sendo o regime geral da liberdade de estipulação de juro, as taxas de crédito ao consumo atingem um número elevado, ainda em relação ao EURIBOR²⁵ (*European Interbank Offered Rate*), taxa de referência média dos juros dos empréstimos entre bancos, na zona Euro, previsto no artigo 2.º, alínea g) do Decreto-Lei n.º220/94.

Se, o valor das taxas liga-se, entre outros aspetos, ao custo e ao risco de crédito, facto é que o nosso ordenamento não prevê limites legais às taxas do juro em análise, podendo tal risco ser facilmente valorizado. Neste sentido, face ao juro

²³ Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=837&tabela=leis&so_mio=05.12.2022, consultado a 05.12.2022.

²⁴ Cfr. OLIVEIRA, Fernando de, *Um Sistema Bancário Forte, Moderno e Confiável para o Crescimento Económico*, 2013, disponível em https://www.apb.pt/content/files/2013_10_02-Conferencia_Angola.pdf.

²⁵ Disponível em <https://www.euribor-rates.eu/pt/taxas-euribor-por-ano/2022/>, verificada a 15.12.2022.

excessivo “vigora regras gerais, que consistentemente preveem a usura, a nível civil e/ou no âmbito penal”²⁶, nos termos dos artigos 282º e 284º do Código Civil.

Neste paradigma, surgem vícios complexos, como a referida usura que, desde logo, recebeu condenação da Religião, com referência expressa no texto máximo do cristianismo. No entanto, se, no tempo de Aristóteles, o termo “usura” se remetia aos juros que, eram então condenados por filósofos, teólogos e políticos²⁷ como o lucro emergente de um contrato de mútuo, hoje ganhou uma nova abrangência. Assim, “o Código Civil de 1966 adotou um instrumento de análise do (des)equilíbrio interno do contrato”²⁸, projetado ainda no âmbito penal.²⁹

Analisando os mencionados artigos, conclui-se usura como uma figura híbrida³⁰, composta com a verificação cumulativa do elemento objetivo, isto é, a existência de uma desproporção excessiva inexplicável atendendo as circunstâncias do negócio jurídico avaliado casuisticamente, com o elemento subjetivo referente a situação de inferioridade do lesado, e a exploração da mesma por parte do usurário. O artigo 282º, proíbe o negócio usurário, sujeitando os mesmos à cominação da anulabilidade que, não é de conhecimento oficioso (artigo 287º, n.º1 do CC) podendo, no entanto, em alternativa, ser modificado por equidade nos termos do artigo 283º CC. Nestes termos, é gerada responsabilidade civil, podendo o lesado exigir uma responsabilidade pré-contratual, nos casos de o incumprimento dos deveres de comunicação e de informação, impostos na fase pré-negocial.³¹

Considerando o elemento sistemático do regime da usura, que se encontra no Capítulo II do mesmo diploma, se insere nos quadros “Objeto negocial.

²⁶ Cfr. VASCONCELOS, *Ob.cit.*, 2018, pp. 629-653.

²⁷ Cfr. VALLES y PUJALS J., *Del Préstamo a interés, de la usura y de la hipoteca*, Bosch, 1933, pp. 55 e ss.

²⁸ PASSINHAS, Sandra, *O problema das cláusulas contratuais gerais é o da usura em massa? Resposta a Pedro Pais de Vasconcelos*, Revista de direito comercial, 2018, p.4.

²⁹ No âmbito do artigo 226º do Código Penal.

³⁰ Isto é, entre os vícios de formação da vontade e os vícios de conteúdo do negócio jurídico. Cfr. CARVALHO, Jorge Morais, *Usura nos Contratos de Crédito ao Consumo*, Sub Judice – Justiça e Sociedade, n.º 36 – Crédito ao Consumo, Julho-Setembro, 2006, Coimbra, Almedina, p. 36.

³¹ Nomeadamente pelo Decreto-Lei n.º446/85, de 25 de outubro, que regula as cláusulas contratuais gerais.

Negócios usurários.”, o que demonstra o reconhecimento deste vício complexo na conjuntura do conteúdo do negócio, nomeadamente, como foi auferido pela “insuficiente liberdade e discernimento da vontade negocial do lesado na celebração do negócio”³², correspondente aos contratos bancários, e das suas típicas cláusulas contratuais gerais, as quais Pedro Pais de Vasconcelos tende a associar a usura em massa.³³

Sublinhe-se que, os contratos de concessão e negócios análogos auferem de um regime especial, que releva ser mencionado, introduzido pelo artigo 559º-A e 1146º n.º1 e n.º2 do Código Civil, que se reporta especificamente à regulamentação dos juros e clausulas penais usurárias. Perante tal, autores como Pires de Lima e Antunes Varela, entendem que estamos assim perante distintos tipos de usura, prevalecendo os limites objetivos desta última sobre os pressupostos previstos no artigo 282º do C.C., sendo a usura estabelecida quando os juros anuais excedam os juros legais. Esta doutrina afasta o regime geral dos negócios usurários, referente à anulabilidade e modificabilidade, invocando uma invalidade parcial e, conseqüentemente, à redução automática do excesso³⁴, isto é, reduzindo a taxa ao máximo legal, devendo ser restituído tudo aquilo que se tiver recebido para além do limite legal.³⁵

v. O regime geral dos juros no paradigma bancário

Tradicionalmente, o entendimento da jurisprudência portuguesa³⁶ salvaguarda o regime geral da liberdade de estipulação da taxa de juro, excluindo o sistema bancário deste regime típico, estando apenas sujeito, à regulação instituída pelo Banco de Portugal, que promoveu a liberação integral das taxas de

³² VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9ª. Edição, Almedina, 2022 pp. 625 e ss.

³³ *Ibidem*, p. 554.

³⁴ *Cfr.* LIMA, Fernando de Andrade Pires de, VARELA, João de Matos Antunes, João de, *Código Civil Anotado*, Vol. II. 4.ª ed., Coimbra Editora, 2010, p. 688.

³⁵ Fernando de Andrade Pires de, VARELA, João de Matos Antunes, João de, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.ª Ed., Coimbra Editora, pág. 261.

³⁶ Neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 03A1017, de 27/5/2003.

juro aplicáveis aos créditos bancários, mediante as regras estabelecidas no Decreto-Lei nº344/78 de 17 de novembro.

Este diploma foi, no entanto, plasmado num contexto de atividade bancária fortemente regulada sendo que, com a perspetiva a integração financeira no mercado único da Comunidade Europeia, ocorreu uma “progressiva liberalização da atividade financeira”³⁷, assim como uma “desestatização” ou “desgovernamentalização”. Nesta época surge o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (posteriormente analisado) e, entre os demais, se destaca o Aviso 3/93, de 20 de Maio de 1993, onde se lê, no seu nº2, “são livremente estabelecidas pelas instituições de crédito e sociedades financeiras as taxas de juro das suas operações, salvo nos casos em que sejam fixadas por diploma legal”.

Assim surge o Decreto-Lei nº58/2013, revogando o anterior, que se tornou inadequado e, regulando a matéria das operações de crédito, alterando a capitalização de juros, com referência ao anatocismo³⁸ e ao limite dos juros moratórios³⁹. Por conseguinte, é elaborado também o Decreto-lei nº133/2009, também denominado de Regime de Crédito ao Consumo, onde, entre as várias medidas adotadas, se destacam a obrigatoriedade, por parte do credor, de previamente avaliar a solvabilidade do consumidor (artigo 10º) e o afastamento da liberdade de forma, que consta no artigo 219º do Código Civil, nos termos do nº2 do seu artigo 12º, assim como impôs determinados requisitos na formação dos contratos, nos termos do nº3 a 5 do referido artigo.

Este diploma reforçou, ainda, os direitos do consumidor, entre os demais, consagrando o direito da livre revogação e a constituição de um conjunto de deveres pré-contratuais, designadamente, o dever de publicidade (artigo 5º) e o dever de prestar informações pré-contratuais e assistência (artigos 6º, 7º e 8º). Incorreu ainda numa uniformização da forma de cálculo e dos elementos

³⁷ Preambulo do referido decreto-lei, disponível em <https://www.bportugal.pt/legislacao/decreto-lei-no-582013-de-8-de-maio>.

³⁸ Previsto no âmbito do artigo 560 do Código Civil.

³⁹ Estes constituem uma obrigação pecuniária face a constituição de mora, nos termos do artigo 806 nº1 do código civil.

incluídos na TAEG⁴⁰, onde o Banco de Portugal fica apenas incumbido de um mero instigante exercício de consulta ao mercado, analisando as taxas médias praticadas no mercado para cada tipo de contrato de crédito ao consumo, como estabelecido no n.º3 do artigo 28 do referido Decreto-Lei.

Este regime, reforçado com o Decreto-Lei n.º42-A/2013, introduziu regras específicas quanto à usura, no âmbito do crédito ao consumo, nomeadamente através do cálculo auferido, que valida os contratos a celebrar no trimestre seguinte (artigo 28 n.º1), no entanto, não é oferecida nenhuma referência para o limite dos juros remuneratórios, aos quais nos designamos.

Apesar de o entendimento da jurisprudência diferenciar o limite usurário dos juros bancários do regime geral estipulado no Código Civil, como é possível auferir no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra⁴¹, processo n.º 3892/09.4T2AGD-A. C1, de 11/3/2014, assim como no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça⁴², processo n.º03ª1017, de 27/05/2003, surgem correntes doutrinárias minoritárias antagónicas.

Neste sentido, vozes como Silva Loureiro⁴³ e Menezes Cordeiro⁴⁴ que, face aos valores praticados, aceitam a aplicação do regime do artigo 1146º. Neste sentido, para lá do carácter regulamentar do mencionando aviso do Banco de Portugal que, não pode derrogar uma lei⁴⁵, fundamentam a sua posição com o Decreto-Lei n.º32/2003, de 17 de fevereiro, que, altera o artigo 102º do Código Comercial, aplicando aos juros comerciais aos referidos limites usurários (artigo 559º-A e 1146º do Código Civil), na falta de normas diversas, sendo que, com

⁴⁰ Referente à taxa anual de encargos efetiva global, que mede o custo do empréstimo para o cliente, por ano, em percentagem do montante emprestado, calculada nos termos da Instrução 26/2009 do Banco de Portugal.

⁴¹ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/bbb119b9b736b66180257cc100303fdf?OpenDocument>, consultado a 28.12.2022.

⁴² Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/abfb3928fbb60d9b80256ea80039fad4>, consultado a 28.12.2022.

⁴³ LOUREIRO, Carlos Gabriel da Silva, *Juros usurários no crédito ao consumo*, Revista de estudos politécnicos, 2007, pp. 265, ss..

⁴⁴ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil, Vol. XII*, Almedina, 2018, pág. 246

⁴⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Taxas de juro do crédito ao consumo: limites legais*, II Congresso de Direito Bancário, 2017, pp.336 e ss..

exceção do crédito ao consumo, que tem regras especiais sobre os limites das taxas de juros remuneratórias, nomeadamente, no artigo 28º do Decreto-Lei nº133/2009⁴⁶, o direito bancário português não auferir de legislação específica.

A mais recente e maioritária jurisprudência⁴⁷ continua a entender, no entanto, o direito bancário como um ramo de direito especial, com autonomia e princípios próprios que regulam a banca, sendo tal “doutrinário unânime”. Salvaguarda-se que, “No âmbito do direito bancário, e especificamente no quadro das operações de crédito por instituições financeiras, a regra foi sempre a de excluir os limites estabelecidos no Art. 1146.º do C.C.” pois, “A lei que o Aviso 3/93 pretende salvaguardar é a que resultaria de iniciativa do legislador que regulamentasse em especial o crédito bancário, como é o caso concreto do Art. 28.º do Dec.Lei n.º 133/2009 de 2/6”. Tal autonomia pode ser ainda auferida, tendo em consideração o já referido Decreto-Lei n.º 58/2013, de 8 de maio, que, no seu artigo 6.º regulou o cálculo e montante dos juros remuneratórios pressupondo a liberdade de fixação da taxa de juro.

Em suma, considera-se a existência de duas correntes. Por um lado, uma primeira que argumenta: “Desta feita e tendo em conta a hierarquia das fontes, o referido Aviso do Banco de Portugal não obsta, por si só, à aplicação às operações de crédito ativas das instituições de crédito e sociedades financeiras dos limites impostos pelos artigos 102.º do CCOM e 559.º-A e 1146.º do CCIV, assim como às consequências resultantes destas disposições”⁴⁸, isto é, “deveria ser interpretado como estabelecendo apenas a liberdade na fixação de juros remuneratórios pelos bancos dentro das balizas legais já fixadas”⁴⁹. Por outras palavras, ainda que os bancos não se encontrem limitados pelo diploma em questão, não exclui a lei geral, que consta no artigo 1146º, por aplicação do artigo 559º-A e pelo artigo 102º do Código Comercial.

⁴⁶ Resultado de uma transposição da Diretiva nº2008/48/CE, de 23 de Abril, do Parlamento Europeu e do Conselho para a ordem jurídica interna.

⁴⁷ Neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº20438/18.6T8LSB-A. L1-7.

⁴⁸ LOUREIRO, Carlos Gabriel da Silva, *Ob.cit.*, Revista de Estudos Politécnicos, Vol. V, n.º 8, 2007, pp. 265-280.

⁴⁹ *Ibidem.*

Em contrapartida, uma segunda corrente, constituída pela doutrina e jurisprudência dominante em matéria de juros e cláusulas penais usurárias, no âmbito das operações de crédito bancário, que sustenta “no domínio das operações e contratos bancários não há um limite máximo para as taxas de juros remuneratórios, estando (apenas) as instituições de crédito obrigadas a observar o dever de informação especial quanto aos valores das taxas de juro que praticam, nos termos do disposto artigo 3º do Dec.-Lei nº220/94, de 23 de Agosto”⁵⁰, estando a usura bancária apenas sujeita aos requisitos do artigo 282º nº1 do Código Civil, independentemente de serem ou não violados os limites do artigo 1146º.

Em conclusão, denoto o apontamento de Vasconcelos, que refere a desnecessidade de existência de um duplo regime, sobretudo considerando o afastamento, da regulamentação protetora do creditado, da maioria dos casos em que é concedido o crédito.⁵¹ Acautela-se, no entanto, perante a natureza e importância dos juros bancários, a necessidade de uma análise casuística e imparcial, da auferida usura, de onde podem ser filtradas situações alteração das circunstâncias, ou erro sobre a base do negócio, nomeadamente por parte de um cliente bancário que não age de acordo com a boa-fé.

No país vizinho, a lei espanhola estabeleceu a repressão da usura de maneira diferente, nomeadamente através da Ley de 23 de Julho de 1908, a Ley Azcárate, que estabelece três categorias de usura, assim como o limite máximo da taxa de juro aplicável, utilizada tribunais como parâmetro de apreciação da eventual qualificação⁵². Por sua vez, a solução italiana assenta na fixação, anual, por decreto do “ministro del tesoro” de limites máximas para diversos tipos de operações de concessão de crédito.⁵³

⁵⁰ Como consta do sumário do Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, processo nº 10757/06.0YYLSB-A.G1.

⁵¹ VASCONCELOS, Miguel Pestana de, *Ob.cit.*, 2018, p. 652

⁵² Como consta no SAP GI 1292/2022 - - ECLI:ES:APGI:2022:1292, Audiência Provincial de Girona, Ponente: Jose Isidro Rey HUIDOBRO.

⁵³ FERREIRA, Hugo Rosa, Negação e repressão da usura no crédito bancário: análise de soluções em teoria e na prática, *Revista de direito das sociedades*, 2013, p.14.

vi. O contrato de *swap* de taxa de juro: suscetível especulação.

A distribuição dos riscos da atividade entre os tomadores de crédito não é, em si, ilegal. De facto, o risco faz parte do preço do produto fornecido pelas instituições financeiras, sendo que, a sua distribuição deve ser feita por intermédio das taxas de juros, com a devida transparência quanto aos critérios de cálculo e distribuição.

No âmbito dos instrumentos financeiros derivados⁵⁴, os lucros podem ser maiores, mas também os perigos. Aqui se inserem os contratos de *swap*, que, de acordo com a jurisprudência⁵⁵, "ainda que remeta para um determinado "contrato-quadro" (...) é arquitetado individualmente (...) para poder refletir as necessidades concretas de cobertura de riscos inerentes".

Existem várias modalidades destes contratos, nomeadamente com diferentes objetos e finalidades, sendo que os contratos de *swap* de taxa de juro têm em si uma especial característica de aleatoriedade. Isto, pois, as partes, no momento da celebração do contrato, não têm conhecimento de qual delas ficará onerada com o *swap*, nem tão-pouco da medida do prejuízo. A função social e financeira dos derivados releva na análise da sua licitude pois, pode e tende a comportar especulação, podendo haver situações em que o contrato do instrumento financeiro cobre um valor além do risco efetivo.⁵⁶

Os contratos de *swap*⁵⁷ têm em si uma natureza consensual, no entanto, numa reflexão centrada na modalidade de taxas de juro⁵⁸, as partes contratantes acordam trocar entre si quantias pecuniárias, expressas numa mesma moeda, representativas de juros vencidos, com referência a determinadas taxas fixas ou

⁵⁴ De uma forma sucinta, trata-se de acordos financeiros estabelecidos através do valor de um ativo subjacente e que depende do ativo ao qual está vinculado.

⁵⁵ Neste sentido o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 309.11.8TVLSB.L1-7, de 13/05/2013, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/68ff44192c1db10780257d09002bf379?Op=OpenDocument&Highlight=0,309.11.8TVLSB.L1-7%20>

⁵⁶ Cfr. Centro de Estudos Judiciários, *Ob., cit.*, pp. 38-43.

⁵⁷ Disponível em <https://www.direitoemdia.pt/search/show/d8a684fa781bcc9f041ad58f08c134b2fc413113fcd2cec49ce591a8f964179>.

⁵⁸ Prevista no artigo 2.º, n.º1, e) do Código dos Valores Mobiliários.

variáveis sobre um hipotético capital. Da evolução das taxas de juro resultará assim o apuramento das prestações, resultando num saldo desfavorável a uma das partes, que pode resultar num desequilíbrio superveniente, levando a que estes contratos tenham duas faces distintas, podendo se tratar de um contrato de gestão de risco representado pelas oscilações da taxa de juro ou de um puro contrato especulativo.

Estes contratos vêm a ser considerados como contratos de adesão, subordinados ao regime das cláusulas contratuais gerais e, consequentemente submetendo as instituições financeiras, isto é, os contratantes, ao dever de comunicação e informação. Neste sentido, surge o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 1961/13.5TVLSB.L1. S1, cuja violação destes deveres conduziu à invalidade, nos termos do artigo 9.º n.º2 do Decreto-Lei 446/85, de todo o negócio, devido à amplitude e extensão das cláusulas contratuais gerais em causa.

Lebre de Freitas⁵⁹ entende que, ocorrendo uma alteração anormal das circunstâncias, existentes à data de celebração, a parte pode se socorrer da aplicação do artigo 437.º do Código Civil, não devendo este estar excluído do âmbito dos contratos *swap*, ainda que a aleatoriedade esteja na essência dos mesmos, face a volatilidade das taxas de juros. Tal justifica-se pela possibilidade de se verificarem circunstâncias que não decorrem de um normal desenrolar da situação económica, surgindo “variações de tal modo consideráveis que excedam a margem razoável de risco próprio do contrato, em medida que as partes não representaram e ponha gravemente em causa o equilíbrio contratual”. No entanto, quando estes contratos sejam meramente especulativos, “o contrato de *swap* de taxa de juro subsume-se no conceito de jogo ou aposta”, sendo nulo, nos termos do artigo 1245.º do Código Civil.⁶⁰

O autor entende assim, como necessário, distinguir o risco previsto, do risco tolerável face à conjuntura económica e financeira vigente à data de celebração do contrato, verificando se o mesmo se enquadra num pressuposto

⁵⁹ Cfr. FREITAS, Lebre de, *Contrato de swap meramente especulativo, Regime de Validade e de alteração de circunstâncias*, Revista de Ordem dos Advogados, Vol. IV, 2012, pp.944-970..

⁶⁰ *Ibidem*, p.969.

risco legal, equilibrado entre as partes, sob pena da invalidade do produto, sendo que, a resolução destes contratos bilaterais de execução periódica, não auferem de efeitos retroativos, à semelhança de outro tipo de obrigações.⁶¹ Para auferir uma efetiva alteração das circunstâncias, existem diversos fatores a ponderar, podendo ser suscitadas crises financeiras, ou até mesmo a época inflacionária que atualmente vivenciamos, nomeadamente com uma taxa de inflação fixada em 7.8% em 2022, a mais elevada desde 1992, segundos o Instituto Nacional de Estatística⁶² sendo necessária uma avaliação casuística e cautelosa.

Por sua vez, a corrente doutrinária maioritária entende que a volatilidade dos juros, no capitalismo, deve ser tida como normal e previsível⁶³, sendo que, nestes contratos de *swap* não se deve aplicar o regime da alteração das circunstâncias. Assim, se as partes aceitaram, de modo inequívoco, correr o risco de oscilação das taxas de juro, “a equivalência económica das prestações não deve constituir exigência do *swap*”. Nestes termos, os financiados, devem se demonstrar racionais no paradigma do *bonus paterfamilia*, no momento de aquisição deste produto, que tem a si associados riscos, que podem incorrer em benefício próprio ou para o financiador. De facto, entendo que alterar a distribuição do risco contratada, ainda que por alteração das circunstâncias, seria como desnaturalizar este tipo de contrato.

A instituição bancária deve ser norteada pelos deveres de informação e deontologia e boa-fé, sob pena de tais contratos, tratados como efetivos produtos, serem oferecidos aos particulares de forma desmedida e imprudente, nomeadamente com cláusulas desvaloráveis ou sem ponderação. Em consequência, a outra parte pode se salvaguardar, auferindo a nulidade do negócio jurídico, como sucede do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n° 1961/13.5TVLSB.L1.S1, podendo mesmo ser aplicado o artigo 280 n°1

⁶¹ PINTO, Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição, Coimbra Editora, 2012, pp. 627 a 629.

⁶² Disponível em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=577455859&DESTAQUESmodo=2 verificado a 15.12.2022.

⁶³ Pp.180-203.

do Código Civil.⁶⁴ Neste sentido, temos também como exemplo o Acórdão da Relação de Lisboa n.º de processo 2408/10, de 17 de Fevereiro de 2011, que entendeu que banco agiu de forma prudente, sendo que o cliente estava devidamente informado, não podendo eximir-se do risco assumido.

III. A multidisciplinidade do paradigma bancário

i. A boa conduta bancária

O direito bancário pode ser potencializado através de diversos patamares e tipos de solução, surgindo propostas desde a hiper regulamentação até à livre estipulação que se baseia no normal funcionamento das leis do mercado, designadamente no que toca à estipulação das taxas de juro.

Atualmente, estamos perante uma época de destaque da ideologia neoliberal, vinculada a uma ideia de responsabilização individual, que auto responsabiliza o consumidor, no entanto, o primeiro passo para um correto sistema protetivo e repressor da usura, para além de entender o mercado de crédito e o seu funcionamento, como os mecanismo de formulação da taxa de juro, passa por invocar sobretudo as boas práticas bancárias.

Os bancos são entidades legalmente habilitadas a praticar profissionalmente atos bancários, de forma lucrativa e tendencialmente exclusiva, com uma orgânica própria, capaz de responder ao complexo de deveres que vinculam o setor bancário, face salvaguarda do sistema e tutela dos direitos e interesses dos clientes.

O Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeira⁶⁵, doravante, RGICSF, estabelece as condições de acesso e de exercício de atividades das instituições de crédito e sociedades financeiras, refletindo, as diretivas comunitárias. O RGICSF, auferido no Decreto-Lei n.º298/92, de 31 de Dezembro, impõe a adoção de procedimentos e deveres gerais de conduta a observar pelas

⁶⁴ Cfr. CORDEIRO, António Menezes, *Direito bancário e alteração das circunstâncias*, Revista de Direito da Sociedade, 2014, pp. 388-389.

⁶⁵ Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=948&tabela=leis.

instituições de crédito, nomeadamente no seu título VI, entre os quais, assegurar a competência técnica, com diligência, neutralidade, lealdade e discrição e respeito consciencioso dos interesses que lhe estão confiados (artigo 73º e 74º).

Mediante a salvaguarda da parte mais débil da relação bancária e, com a preocupação de fazer assentar cada vez mais a atuação das instituições e empresas financeiras em princípios de ética profissional, o legislador elaborou regras que protejam, de forma eficaz, a posição do “consumidor”. Neste sentido, a orientação que estava imputada as atividades de intermediação de valores mobiliários⁶⁶ foi expandida, para as restantes atividades desenvolvidas pelas instituições de crédito, salvaguardando, os princípios e deveres incumbidos às mesmas.

Neste decreto, encontra-se previsto um conjunto de regras de conduta que “devem guiar a atuação das instituições de créditos, seus administrados e empregados nas relações com os clientes”⁶⁷, designadamente, no seu artigo 75º, consta a imposição do dever de informação sobre a remuneração e encargos, sendo que podem estabelecidos códigos de conduta (artigo 77º) de forma a garantir um procedimento diligente e claro.

O Banco de Portugal e a Comissão de Valores Mobiliários (CMVM) são as principais instituições encarregues de inspecionar a conformidade e adequação da conduta bancária, sendo que, ao longo de 2022 foram concluídos 710 processos, onde 432 respeitam a infrações de natureza comportamental, pelo Banco de Portugal.⁶⁸ No entanto, cabe naturalmente, em primeira linha, às próprias instituições de crédito a verificação dos requisitos para o exercício das suas funções, nomeadamente através do sistema de controlo interno imposto as mesmas, de forma a mitigar a ocorrência de erros e irregularidades.⁶⁹

Designadamente, o Banco de Portugal⁷⁰ aufere de competência para identificar, acompanhar e avaliar riscos sistémicos, bem como propor e adotar

⁶⁶ No âmbito do primeiro Código dos Valores Mobiliários, agora revogado pelo Decreto-Lei nº486/99.

⁶⁷ Como consta no preâmbulo.

⁶⁸ Disponível em <https://www.bportugal.pt/comunicado/sintese-da-atividade-sancionatoria-do-banco-de-portugal-em-2022>.

⁶⁹ Como conta no artigo 30º a) e b) do RGICSF.

⁷⁰ Nos termos da lei nº5/98, de 31 de janeiro.

medidas de prevenção e redução dos mesmos sendo que, neste sentido, tem vindo a emitir recomendações e avisos, transpondo diretivas da própria União Europeia, com a finalidade de aumentar a resiliência do sistema financeiro e assegurar uma proteção mais eficaz do consumidor, entre os quais, é possível destacar o Aviso n.º 4/2017⁷¹, que estabelece critérios a observar na avaliação da solvabilidades dos consumidores, assim como o já referido, Decreto-Lei n.º 133/2009⁷², de 2 Junho, relativa a contratos de créditos aos consumo e reforçando os direitos de informação pré-contratual e, como mencionado, obriga as instituições a avaliar, em momento prévio à celebração do contrato, a solvabilidade dos consumidores, ou ainda o Decreto-Lei n.º 220/94, de 23 de Agosto que estabelece o regime de informação incumbido as instituições de crédito, de forma a reforçar a transparência do mercado de crédito.

Posto isto, é claro e inequívoco que existe um esforço legislativo de forma a garantir uma usura em massa, impondo deveres de informação e incentivando as boas praticas no direito bancários, nomeadamente através de institutos como o *compliance*. Assim, o legislador tenta criar um equilíbrio harmónico entre as imposições legislativas e a autonomia da vontade, que entendo ser mais saliente no lado da instituição bancária, através da estipulação das taxas e formulação prévia das clausulas contratuais gerais sendo que, o adere “não só não tem qualquer possibilidade de contrapor um acabado projecto contratual próprio, como se vê inibido de ponderar e valorar, em todo o seu exacto alcance, o conteúdo das condições que lhe são apresentadas” .⁷³

ii. A prevenção e a gestão do incumprimento

A concessão responsável de crédito deve constituir um dos princípios base de conduta das instituições de crédito numa sociedade que densificou os seus

⁷¹Disponível em https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/cartas-circulares/277237026_3.docx.pdf.

⁷²Disponível em https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/legislacoes/447008488_1.doc.pdf.

⁷³ SÁ, Almeno de, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2001, p. 54.

padrões de consumo e recurso ao crédito.⁷⁴ *Ainda que o endividamento das famílias portuguesas tenha crescido a um ritmo acelerado ao longo das duas últimas décadas, esteve sempre associado a níveis baixos de incumprimento, mesmo tomando como referência o contexto europeu.*⁷⁵

Como resultado da degradação das condições económicas e financeiras, sentidas em 2012, entendeu-se como necessário um acompanhamento permanente e sistemático por parte das instituições, públicas e privadas. Neste sentido, foi estabelecido um conjunto de medidas promotoras da prevenção do incumprimento e da regularização das situações de incapacidade de cumprir os compromissos financeiros, viabilizando a reintegração do sobre endividado numa vida económica normal.⁷⁶

Assim surge o Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de Outubro, que prevê o acompanhamento e gestão das situações de risco de incumprimento e a regularização extrajudicial das referidas situações, consagrando os princípios e regras que as instituições de crédito devem cumprir para prevenção e regularização em casos de incumprimento de contratos de créditos que, por sua vez, constaram no aviso n.º 17/2012, revogado agora pelo aviso n.º 7/2021, com um reforço e aperfeiçoamento dos mesmos deveres.

Com o mencionado decreto, foram criados dois regimes de prevenção e gestão do risco de incumprimento: o Plano de Ação para o Risco do Incumprimento, doravante PARI, e o Procedimento Extrajudicial de Situações de Incumprimento, referido como PERSI, assim como a Rede de Apoio ao Consumidor Endividado (RACE).

À Associação de Defesa do Consumidor chegam casos de famílias com mais de dez créditos contraídos⁷⁷, onde se incluem, para além do crédito à habitação e

⁷⁴ FRADE, Catarina, *Ob.cit.*, 2013, p. 9.

⁷⁵ LOPES, Cláudia, FRADE Catarina, *The Way into Bankruptcy: Market Anomie and Sacrifice among Portuguese Consumers*, *Journal of Consumer Policy*, 35, 2012, pp. 477-496.

⁷⁶ Neste sentido, desenvolveu-se mais tarde o parecer exploratório do COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU - Defesa dos consumidores e gestão adequada do sobre-endividamento para prevenir a exclusão social, 2014, p. 38.

⁷⁷ Informação fornecida <https://www.cgd.pt/Site/Saldo-Positivo/casa-e-familia/Pages/como-ultrapassar-o-sobre-endividamento-familiar.aspx>

do crédito automóvel, créditos pessoais para viagens e compra de eletrodomésticos, bem como vários cartões de crédito utilizados na aquisição de produtos de necessidade básica. De facto, se tivermos em consideração o atual nível de endividamento das famílias portuguesas, o crédito por elas contraído destina-se, quase na sua totalidade, a fins de consumo (aqui incluímos o crédito para aquisição de habitação, entendida esta como a satisfação de uma necessidade pessoal).

De acordo com as estatísticas do Banco de Portugal, a taxa de endividamento dos particulares atingiu, em 2022, o valor de 4.1%, percentagem não alcançada desde 2017⁷⁸. A mesma entidade, no desenvolvido relatório de estabilidade financeira de novembro de 2022, auferiu uma percentagem de 96% de dívida de particulares relativamente ao rendimento disponível, apontando como precedente o aumento das taxas de juro bancárias e a redução do próprio rendimento disponível, em termos reais, nomeadamente devida a inflação sentida no último ano, colocando em risco, conseqüentemente, o incumprimento no crédito bancário.⁷⁹

O incumprimento pode ter em si motivos variados, desde deterioração das condições laborais, perda de rendimentos, desempregos, baixa médica ou eventuais imprevistos financeiros que destabilizem o orçamento familiar. O ideal será manter uma atitude preventiva, de modo a garantir capacidade de fazer aos compromissos de crédito, sendo que, o cliente em risco de incumprimento pode ainda solicitar à Central de Responsabilidades de Crédito, no Banco de Portugal, um mapa de responsabilidades de crédito para estabelecer e avaliar as suas responsabilidades com clareza.

Quando o risco de incumprimento se verifique, o cliente pode avisar a própria instituição de crédito, tendo esta o dever de prestar apoio e de colaborar para alcançar uma solução, através do já mencionado PARI. Este consiste num plano, previsto pelo Banco de Portugal, com o objetivo de obter rápidas ações de prevenção, onde as instituições de crédito têm a imposição de procedimentos que

⁷⁸ <https://bpstat.bportugal.pt/serie/12457867>

⁷⁹ <https://www.bportugal.pt/page/infografia-relatorio-de-estabilidade-financiera-de-novembro-de-2022>

asseguem o acompanhamento e a execução dos contratos de crédito, de forma permanente e sistemática, de forma a detetar, de forma precoce, eventuais riscos de não cumprimento dos compromissos financeiros, assim como lhes acarreta a promoção célere de medidas suscetíveis de prevenir o referido incumprimento.

Por sua vez, numa situação de mora do cliente e, quando são preenchidos os pressupostos do mesmo, surge o PERSI, um procedimento extrajudicial orientado para clientes que já tenham um ou dois meses de incumprimento, incumbindo à instituição a avaliar a capacidade financeira do devedor e o motivo de incumprimento, assim como, sempre que viável, apresentar propostas adequadas à situação financeira, objetivos e necessidades do consumidor, tendo em vista a regularização dos referidos contratos.⁸⁰

O mesmo diploma prevê, para uma efetiva implementação das medidas previstas, a criação de uma rede de apoio, isenta de encargos para os consumidores, destinada a informar, aconselhar e acompanhar os que se encontrem em mora ou em risco de incumprimento. Entre as quais, é possível designar a Rede de Apoio ao Consumidor Endividado (RACE), integrante na rede da Direção-Geral do Consumidor, e composta por entidades com a missão de informar, aconselhar e acompanhar os clientes bancários que se encontrem em risco ou já tenham estado em incumprimento. Existem ainda iniciativas à disposição dos consumidores, como o Gabinete de Apoio ao Sobre Endividado (GAS) ou, o Gabinete de Orientação ao Endividamento dos Consumidores (GOEC), que prestam apoio a centenas de famílias em situação de incumprimento.

Em suma, apesar de ser uma excelente iniciativa, entendo que estas situações de sobre-endividamento recorrentemente se agravam por vergonha ou por desconhecimento destas diversas entidades que existem para, de forma gratuita, ajudarem as famílias a cumprir os seus compromissos financeiros, podendo tal ser solucionado com a sua divulgação, através do pilar de desenvolvimento de toda a sociedade, isto é, a educação, neste caso do consumidor, através da promoção da literacia financeira.

⁸⁰ Preâmbulo do DL n.º227/2012, de 25 de Outubro.

iii. A literacia financeira

Após uma análise ao equilíbrio contratual bancário onde, foi possível auferir a posição, naturalmente mais débil, do consumidor e, de uma referência a uma concessão de crédito responsável, através das boas práticas bancárias e medidas de prevenção e gestão do de incumprimento, no seguimento do trabalho proposto, de perspetivar a eficiência do sistema bancário, englobando as suas múltiplas vertentes, para lá da normativa, segue-se uma abordagem à literacia financeira

A educação financeira está, incontestavelmente, a prosperar como um meio necessário num mercado financeiro, cujos produtos se têm tornado cada vez mais complexos, para uma competente proteção do consumidor, promovendo decisões informadas e adequadas. No seguimento das recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), com a implementação de planos de formação financeira, esta medida tendo vindo a ser sedimentada como um verdadeiro meio de prevenção de risco de incumprimento. No entanto, ao contrário dos anteriormente referidos, trata-se de um método intrínseco ao consumidor, não dependendo de terceiros para a sua efetivação.

Esta é uma medida que vem a ser debatida no âmbito das instâncias internacionais, sendo diversos programas de literacia financeira proferidos por vários países europeus, através de uma consciência promovida pela OCDE que, por sua vez, se encontra na primeira linha de reflexão da mesma como resposta ao sobre-endividamento dos consumidores, promovendo, há mais de 10 anos⁸¹, a transparência e fornecimento de informação.

É, de facto, necessário ter em conta as assimetrias de informação entre consumidores e instituições de crédito, sendo que o próprio Banco de Portugal, considera a literacia financeira como um fator mitigante para a redução do rácio

⁸¹ Neste sentido, OECD - Financial Literacy and Consumer protection: overlooked aspects of the crisis, disponível em <https://www.oecd.org/finance/financial-education/financialliteracyandconsumerprotection-overlookedaspectsofthecrisis-oecdrecommendation.htm>.

de endividamento dos particulares pelo próprio Banco de Portugal, assim como medidas de apoio governamentais.⁸²

Posto tal, é necessário fazer menção ao “Plano Nacional de Formação Financeira 2021-2025”⁸³, promovido pela mesma instituição e pela Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF), assim como pela CMVM. O programa em questão faz menção e associa-se com a “International Network on Financial Education”, concebida pela OCDE e reconhece a devida importância de um modelo de governação que promova a formação financeira, assumindo ainda as dificuldades de efetivação e execução do programa, como alcançar adequadamente os públicos-alvo.

Neste seguimento, em 2020, foi elaborado um “Relatório do 3º Inquérito à Literacia Financeira da população portuguesa”⁸⁴, onde Portugal ficou em 7º lugar no indicador global de literacia financeira, entre os 26 países participantes. Este é um resultado otimista, sendo ainda auferido que as dificuldades mencionadas têm vindo a ser superadas, nomeadamente com o maior recurso a canais digitais e redes sociais, que tem possibilitado a potencialização da consagração do programa.

IV. Breve análise de medidas perante um contexto de inflação

Considerando a panorâmica do direito e sistema bancário, à qual, este trabalho comprometeu a analisar, releva observar a mesma, num contexto atual, nomeadamente enquadrando a época inflacionária vigente, averiguando algumas das medidas implementadas, com vista a reprimir o risco de incumprimento e, conseqüentemente, situações de sobre-endividamento.

⁸² Como referido auferido no relatório de estabilidade financeira, disponível em <https://www.bportugal.pt/page/infografia-relatorio-de-estabilidade-financeira-de-novembro-de-2022>.

⁸³ Disponível em https://www.todoscontam.pt/sites/default/files/2022-02/plano_nacional_de_formacao_financeira_2021-2025.pdf.

⁸⁴ Disponível em <https://www.todoscontam.pt/sites/default/files/2021-06/relatorio3inqlf.pdf>, consultado a 20.01.2023.

O atual contexto de inflação que, em 2022 atingiu o valor percentual de 8,1⁸⁵, acelerou as perspectivas de normalização da política monetária, aplicada pelo Banco Central Europeu que objetiva, entre os seus vários objetivos, impedir um afastamento discrepado entre as taxas de juros dos países na zona euro e garantir a estabilidade dos preços. A inflação é definida, pelo Banco de Portugal⁸⁶, como o aumento generalizado dos preços dos bens e serviços consumidos pelas famílias podendo ter, em si, as mais variadas causas que, por sua vez não estão na cerne deste trabalho.

Com enfoque nas suas consequências, entende-se que se trata de um problema que afeta toda a sociedade, que, de forma generalizada, partilha de uma perda de rendimento real, o que, presumivelmente, sujeita o cumprimento dos compromissos financeiros dos mais vulneráveis. Nesta conjuntura, o Governo, não obstante o regime de prevenção das instituições financeiras, adotou um conjunto de medidas extraordinárias, reforçando o apoio direito às famílias, de forma a mitigar os efeitos do aumento dos preços dos bens essenciais, nomeadamente através do Decreto-Lei n.º57-C/2022, de 6 de setembro⁸⁷ e, o Decreto-Lei n.º80-A/2022 de 25 de novembro.

Este diploma impõe às instituições financeiras a obrigação de avaliar o impacto do aumento da taxa de juro na taxa de esforço dos mutuários, no que respeita a contratos de crédito para aquisição ou construção de habitação própria permanente, regime que vigora até 31 de dezembro de 2023.

Ainda que a redução da inflação constitua uma das responsabilidades primordiais da referida política monetária, certo é que, a sua solução passa por envolver a coordenação dos vários agentes económicos, tendo, naturalmente, os de mais relevo, como as instituições financeiras, um papel ainda mais preponderante. De facto, mediante o exposto, torna-se evidente a influência que estas acarretam na robustez e estabilidade do sistema financeiro, daí que, ainda que aufiram de uma panóplia de deveres e exigências que lhes percutem, o

⁸⁵ Disponível em <https://www.bportugal.pt/comunicado/comunicado-do-banco-de-portugal-sobre-o-boletim-economico-de-dezembro-de-2022>, consultado a 20.01.2023.

⁸⁶ Disponível em <https://bpstat.bportugal.pt/conteudos/paginas/1492>.

⁸⁷ Disponível <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/57-c-2022-200734337>.

Governo entendeu, como necessário, perante este contexto inflacionário, “robustecer os mecanismos preventivos das instituições para a situação de aumento das taxas de juro que se está a verificar”.⁸⁸

Posto tal, é ainda possível perspetivar um pertinente desenvolvimento destas medidas para outros tipos de concessão de crédito, designadamente para o consumo face ao seu relevo e, tal como exposto, se encargam de elevadas taxas de juro que, certamente sucedem como um inconveniente à questão que o mencionado decreto-lei tenciona regular, isto é, o sobre endividamento das famílias.

V. Conclusões

O sobre-endividamento e, conseqüentemente o risco de incumprimento dos contratos de crédito são, inegavelmente um problema atual com conseqüências em toda a conjuntura societária, onde o direito bancário aufere da difícil tarefa de garantir um modelo protetivo, assegurando equilíbrio contratual das partes, sem atentar a autonomia privada.

Tradicionalmente, os lucros da atividade bancária correspondem à diferença entre os juros que pagam pelos depósitos e os juros que cobram pelos empréstimos, e daí que a taxa de juros seja um dos elementos fundamentais nas negociações. Contudo, como acima se referiu, a legislação é pouco impositiva de limites máximos, sendo a onerosidade excessiva salvaguardada pelo legislador através da imposição de boas práticas jurídicas. Neste sentido, reconhece-se o seu devido esforço no estabelecimento de mecanismos de vistoria do risco, por parte das instituições financeiras as quais estabelece métodos de avaliação e impõe o cumprimento de deveres, como o da informação, assim como a estruturação de órgãos reguladores e supervisores do sistema financeiro e a possibilidade de o consumidor garantir controlo judicial quando o risco transportado para as taxas de juro se revela injustificado.

⁸⁸ Citação do preâmbulo do referido decreto-lei.

Ainda no âmbito legislativo, é imprescindível mencionar o desenvolvimento de procedimentos e medidas de acompanhamento, nomeadamente através do mencionado DL n.º 227/2012, de 25 de outubro, que consagra os dois regimes preventivos auferidos.

No entanto, de forma a efetivar a intenção do legislador e garantir a sua eficácia no plano prático é necessária uma perspetiva interdisciplinar entre o consumo e crédito, que se traduz, tal como ocorre no contexto europeu, e no seguimento das recomendações da OCDE na ampliação da capacidade, de ambas as partes, de avaliação e conhecimento do risco, implementando medidas, como a literacia financeira e planos de formação, possibilitando um cenário transparente e informado, onde é possível impor ao consumidor o dever de identificar e gerir o risco desse incumprimento e tomar decisões deliberadas.

ÍNDICE

I. A perspicácia do direito bancário	228
i. O direito bancário e as relações contratuais: enfoque no crédito ao consumo.	228
ii. O risco da atividade bancária: breve referência a metodologias de avaliação.	229
II. A lide entre a usura e especulação.....	231
i. O juro e a onerosidade excessiva	231
iii. O território débil dos contratos bancários.....	234
iv. A consequência da onerosidade excessiva	235
v. O regime geral dos juros no paradigma bancário	237
vi. O contrato de <i>swap</i> de taxa de juro: suscetível especulação.	242
III. A multidisciplinidade do paradigma bancário	245
i. A boa conduta bancária	245
ii. A prevenção e a gestão do incumprimento.....	247
iii. A literacia financeira.....	251
IV. Breve análise de medidas perante um contexto de inflação.....	252
V. Conclusões.....	254

Data  **enia**

REVISTA JURÍDICA DIGITAL
ISSN 2182-6242

Ano 11 • N.º 14 • novembro 2023

