



Faculdade de Direito
Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas

**O contrato de adesão e a alteração das circunstâncias: uma contribuição jurídica
para a compreensão do contrato de mútuo bancário.**

Rosa Alberto Nombora Dique
Maputo, Setembro de 2018

Rosa Alberto Nombora Dique

O contrato de adesão e a alteração das circunstâncias: uma contribuição jurídica para a compreensão dos contratos de mútuo bancário.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane para efeitos de obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas sob a orientação do Doutor Almeida Zacarias Machava.

UNIVERSIDADE EDUARDO MONDLANE
Faculdade de Direito

Maputo, Setembro de 2018

Declaração da originalidade

Eu, Rosa Alberto Nombora Dique, declaro que esta Dissertação de Mestrado é resultado da minha investigação pessoal, o seu conteúdo é original e todas as fontes consultadas estão devidamente mencionadas no texto, nas notas e na bibliografia final.

Declaro ainda que este trabalho não foi apresentado em nenhuma outra instituição para a obtenção de qualquer grau académico.

Rosa Alberto Nombora Dique

Agradecimentos

As minhas primeiras palavras de agradecimento ao Professor Doutor Armando Dimande, por ter sido o meu primeiro supervisor, obrigado professor!

Este trabalho não teria sido possível sem o apoio e compreensão do Senhor Doutor Almeida Zacarias Machava, ao qual agradeço pela aceitação no seguimento do mesmo e todos os arranjos sobre o trabalho final.

Aos meus professores do mestrado, pelos ensinamentos e sobretudo a capacidade de indagação, de facto, foram extremamente importantes, sobretudo o Professor Romano Martinez, o meu muito obrigado.

Os meus agradecimentos finais são para a minha família, esposo e filhas, pelo sacrifício e pelo encorajamento que sempre me transmitiram.

Dedicatória

Às minhas filhas, Evelyn Rosa de Jesus Cumbi e Simona de Carvalho Cumbi pelos momentos que não pude estar com elas.

Abreviaturas

AMB - Associação Moçambicana de Bancos.

Art. – Artigo

BC – Banco Central

BGB - Código Civil Alemão

CCG – Cláusulas contratuais gerais

CCiv - Código Civil

CCom – Código Comercial

Cfr – Confira

CRM - Constituição da República de Moçambique

DL – Decreto-lei

E- CAF- sistema informático de cadastro dos funcionários e agentes do Estado

GMD – Grupo Moçambicano da Dívida

LDC – Lei de defesa do consumidor

LICSF – Lei das instituições de crédito e sociedades financeiras

LT- Lei do Trabalho

OE – Orçamento do Estado

Op cit- “opere citato” (obra citada)

P. – Página

PP. – Páginas

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

Vol - Volume

ÍNDICE

Declaração da originalidade	iii
Agradecimentos	iv
Dedicatória.....	v
Abreviaturas.....	vi
Resumo	ix
INTRODUÇÃO.....	1
1. Delimitação do objecto da investigação e justificativa.....	1
2. Problema da investigação	2
3. Objectivos	3
3.1. Objectivo geral	3
3.2. Objectivos específicos	4
4. Metodologia da pesquisa.....	4
5. Organização do trabalho	5
CAPÍTULO I: O CONTRATO DE ADESÃO E A RELAÇÃO JURÍDICA BANCÁRIA	6
1.1. Condições gerais do contrato e o contrato de adesão.....	6
1.1.1. Conceptualização: contrato no geral e contrato de adesão	6
1.1.2. Cláusulas contratuais gerais: o debate sobre a sua formação, características, eficácia e regime aplicável.....	10
1.2. Do contrato bancário ao contrato do mútuo bancário.	14
1.2.1. Contrato bancário: da conceptualização, classificação à sua natureza.	14
1.2.1.1. Classificação do contrato bancário	16
1.2.1.2. Modalidades de Contrato Bancário	17
1.2.1.3. Natureza do contrato bancário	19
1.2.2. Do mútuo Bancário: Noção, objecto, características, efeitos e extinção.	20
1.2.3. Crédito ao consumo	26
CAPÍTULO II: DA ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS	30

2.1. Origem, desenvolvimento e regime Jurídico	31
2.2. Delimitação dogmática da alteração das circunstâncias.	37
b) Risco e a impossibilidade	38
c) A vontade das partes e a interpretação contratual	41
d) A tutela da confiança	42
2.3. Da interpretação do artigo 437 do Código Civil	42
2.4. A alteração das circunstâncias segundo o Código Civil Moçambicano, seu regime Jurídico.....	44
2.5. Das circunstâncias que levaram as partes a fundarem a decisão de contratar à sua alteração anormal.	46
2.6. Risco como consequência da alteração das circunstâncias.	48
2.7. A crise financeira moçambicana como alteração das circunstâncias nos contratos de mútuo bancário.	49
CAPÍTULO III: DA RESOLUÇÃO OU MODIFICAÇÃO DOS CONTRATOS DE MÚTUA BANCÁRIO COMO CONSEQUÊNCIA DA ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS. ..	
3.1. Pressupostos do direito à resolução ou modificação do contrato de mútuo bancário.	56
CONCLUSÕES	59
RECOMENDAÇÕES	60
BIBLIOGRAFIA	61

Resumo

O principal objectivo da presente dissertação é aprofundar o estudo da problemática jurídica sobre a modificação ou resolução de contrato de mútuo bancário resultante da alteração das circunstâncias. Com enfoque para os contratos de mútuo, recorreremos à pesquisa bibliográfica e documental, entrevistas e observação, incluindo conversas informais, para mostrar que mais do que um aspecto legal, a alteração das circunstâncias como fixado no Código Civil não é conhecida pelos mutuários, por isso, pouco ou nada faz-se uso dela, outrossim, os mutuários não têm conhecimento sobre os seus direitos para resolução ou modificação dos contratos ou pelo menos a sua modificação, e as instituições reguladoras (caso do Banco de Moçambique) pouco ou quase nada fazem em protecção dos consumidores e por fim, há lacunas legais que devem ser resolvidas o mais urgente possível, incluindo a divulgação da legislação existente.

Palavras-chave: Contrato de mútuo bancário, crise financeira, resolução ou modificação do contrato.

Abstract

The main objective of this dissertation is to study the juridical problems related to the modification or termination of the bank loan agreement resulting from the changed circumstances. With a focus on loan contracts, we used bibliographic and documentary research, interviews and observation, including informal conversations, to show that more than a legal aspect, the change of circumstances as established in Decree-Law 47344 (Civil Code) the borrowers are not aware of their rights to rescind the contracts or at least modify them, and to the regulatory institutions (in the case of Banco de Moçambique) little or almost nothing in consumer protection and finally, there are legal gaps that need to be addressed as urgently as possible, including the dissemination of existing legislation.

Key words: Bank loan agreement, financial crisis, resolution or modification of the contract.

INTRODUÇÃO

1. Delimitação do objecto da investigação e justificativa

O presente estudo trata da alteração das circunstâncias e o seu impacto nos contratos de adesão, mais concretamente, nos contratos de mútuo bancário. Por isso, o nosso objecto de análise jurídica é o contrato de adesão face a alteração das circunstâncias geradas pela crise financeira. Ao tratar deste estudo pretendemos, primeiro, prover informações sobre o contrato de adesão com principal enfoque para os contratos de concessão de crédito, segundo, tencionamos debruçarmo-nos sobre o instituto da alteração das circunstâncias, examinando a sua origem e evolução, o seu enquadramento dogmático, os seus pressupostos e efeitos, terminando com uma breve reflexão se a crise financeira poderá ser considerada como uma verdadeira alteração das circunstâncias. Por fim, um aspecto de maior relevo ligado aos dois primeiros, separado por questões metodológicas, dedica-se ao questionamento se os mutuários podem resolver ou modificar o contrato bancário por motivos de alteração das circunstâncias.

Com efeito, desse objecto surge a motivação em estudar o processo de formulação de uma argumentação técnico – jurídica sobre a incapacidade dos particulares cumprirem com as suas obrigações resultantes da celebração de contratos de empréstimos bancários. Outra motivação é cívica, pois relaciona-se com necessidade de envolver-se num exercício de reflexão sobre as bases legais que assistem aos consumidores para a resolução ou modificação do contrato de adesão, com especial enfoque para o contrato de mútuo bancário. Por fim, motiva-nos a necessidade de desenvolver um trabalho que apresente informações úteis sobre a compreensão jurídica de questões conjunturais ou mesmo situacionais, como é o caso da crise financeira que condicionam o dia-a-dia do cidadão.

Portanto, este estudo almeja agregar e, talvez, iniciar um debate sobre a necessidade de intensificar a supervisão das cláusulas abusivas nos contratos bancários e quiçá sensibilizar as instituições de defesa do consumidor a incentivar denúncias para estes tipos de casos, incluindo a sensibilização ao legislador doméstico a integrar com mais precisão estas matérias na lei civil, ou até específica, sobretudo por ser um período financeiramente

conturbado. Outrossim, este estudo visa suscitar um interesse das mídias, academia e governo por estudos sobre crise financeira/económica porque são novos para o nosso contexto e o seu impacto é grave para as famílias.

2. Problema da investigação

Desde 2016, Moçambique passa por uma crise financeira, causada principalmente pela manifestação pública de USD 1.2 biliões de empréstimos externos, com garantias do Estado, não revelados aos principais doadores do Estado, fazendo com que estes suspendessem o financiamento do Orçamento do Estado (OE) numa percentagem de 30%. Por conta disso, o metical depreciou e conseqüentemente, os preços de bens e serviços também aumentaram.¹

Decerto, esta crise veio alterar, de forma súbita, a capacidade dos particulares fazerem face aos compromissos por si assumidos junto da banca. Isto é, várias famílias, perderam a sua solvabilidade, pois, nos anos anteriores ao surgimento desta crise, estas tiveram acesso ao crédito de consumo que muitas vezes se sobrepôs à poupança e foi o meio mais rápido e eficaz para suprir as suas necessidades materiais.

Neste contexto, o crédito ao consumo assume-se como sendo a principal actividade bancária, ao lado de outros meios, igualmente relevantes, de concessão de crédito, conseqüentemente, as famílias ficam endividadas.

Na verdade, a problemática de endividamento e super endividamento do Estado já vem merecendo atenção desde 1998. É neste contexto que foram produzidas informações sobre a dívida em 1998, 1999, 2003, 2006 para mostrar que Moçambique se estava endividando sem contudo, ter uma sustentabilidade². A partir de 2005, Moçambique abraçou vários projectos de desenvolvimento em vários sectores, nomeadamente, transportes, agricultura, estradas, com base em empréstimos externos. A par disso, particulares endividaram-se, seja para compra de viatura, compra ou construção de habitação, entre várias necessidades.

¹ Mosca, João & Aiuba, Rabia. Conjuntura económica das dívidas ocultas. Maputo, Fórum de Monitoria do Orçamento. 2017.

² GMD, 2006.

É neste âmbito, que surge uma crise que no mínimo não era expectável que fosse motivada por "dívidas ocultas"³ e veio criar um forte impacto para os particulares: os seus rendimentos diminuíram em razão da diminuição dos salários, subsídios e desemprego, e desta forma, muitos deles deixaram de conseguir cumprir as suas obrigações, resultantes da celebração de contrato de empréstimo bancários. Aliado a isto, enquanto o Banco de Moçambique aumentava as taxas de referência, os bancos comerciais agudizavam as taxas de juros, no entanto, quando o Banco de Moçambique baixasse as taxas de referência, os bancos comerciais não baixavam as taxas de juros⁴. E em muitos destes casos, os juros alteravam-se sem que tivessem em conta a alteração dos salários dos mutuários, fazendo com que em muitos dos casos não se observasse o estatuído de não se ultrapassar a margem de 30% de descontos⁵ de salário no pagamento das taxas de juros.

Foi com base nestes problemas que o trabalho pretende responder às seguintes questões: consubstanciará a crise financeira moçambicana uma verdadeira alteração das circunstâncias? Se sim, e verificados os demais pressupostos da alteração das circunstâncias, o contrato de mútuo bancário deverá ser resolvido ou modificado a pedido do mutuário?

3. Objectivos

3.1. Objectivo geral

O principal objectivo desta investigação é compreender o fundamento jurídico para modificação ou resolução de contrato de mútuo bancário resultante da alteração das circunstâncias em Moçambique.

³ Designação usada pela opinião pública para chamar as dívidas contraídas pelo Estado moçambicano sem conhecimento dos principais doadores e da Assembleia da República.

⁴ In SoicoTelvisão, Jornal da noite do dia 11 de Abril de 2018. O Governador do Banco de Moçambique reconhece que os bancos comerciais estão a aplicar taxas de juro elevadas. (Informação verbal).

⁵ Número 4 do artigo 114, da Lei n° 23/2007, de 1 de Agosto, Lei de Trabalho

3.2. Objectivos específicos

Certo do propósito da empreitada proposta, a análise concentra-se no mapeamento, estudo, exame e explicação dos seguintes aspectos:

- a) Estudar o regime jurídico do contrato de adesão com enfoque para os contratos de concessão de crédito para o consumo ou de escopo – mútuo bancário;
- b) Examinar o instituto da alteração das circunstâncias, olhando para os pressupostos para considerar a crise financeira moçambicana uma alteração das circunstâncias; e
- c) Mostrar os contornos para a resolução ou modificação dos contratos de mútuo bancário com base na alteração das circunstâncias.

4. Metodologia da pesquisa

Em termos metodológicos, o presente trabalho é uma pesquisa qualitativa, pois recorre a duas principais técnicas, nomeadamente, a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental. Para além das técnicas arroladas, recorreu-se a observação e entrevistas focalizadas, sobretudo na definição do objecto de investigação e sua relevância social.

A pesquisa bibliográfica é de carácter obrigatório em estudos de género, porque é desenvolvida a partir de material já elaborado sobre qualquer assunto e depara desde logo com a existência de um número indefinido de livros e de artigos publicados⁶.

Certamente, a presente pesquisa não pretende esgotar o debate sobre o assunto, por isso, dedicou-se à inventariação global da informação disponível sobre o tema, com objectivo de seleccionar um lote e conseqüentemente um volume de dados que permitissem atingir um nível de percepção da realidade tão “apurada” quanto possível. Tal nível foi substancialmente melhorado com o estudo de fontes documentais (primárias e secundárias). Segundo Gil⁷, pesquisa documental “vale-se de materiais que não receberam ainda um tratamento analítico,

⁶ GIL, A. Carlos. Métodos e técnicas de Pesquisa Social. São Paulo: Atlas Editora, 1999. p. 65

⁷ GIL, A. Carlos, op cit., 1999.p 66.

ou que ainda podem ser reelaborados de acordo com os objectivos da pesquisa” com grande enfoque para a legislação.

Estas duas técnicas foram extremamente relevantes e aplicadas em todas as fases do presente trabalho, nomeadamente, na elaboração do projecto de pesquisa e por fim, na elaboração da presente dissertação.

Durante a elaboração da dissertação, a pesquisa recorreu ao trabalho de campo, com mistura entre observação e entrevistas focalizadas, com enfoque para as pessoas que no seu dia-a-dia lidam com os assuntos aqui mencionados. Foram consultadas pessoas que trabalham nos tribunais para se informar sobre a existência ou não de casos transitados em julgados cujo elemento fulcral seja o artigo 437 do CCiv. Também foram desenvolvidas "conversas" com alguns funcionários dos bancos comerciais com objectivo de aferir casos em que os mutuários tenham invocado o artigo 437 do CCiv para encetar uma acção de modificação ou resolução do contrato. Estes contactos foram extremamente relevantes durante a problematização do tema. A observação foi sempre mantida em cada visita junto ao banco ou nas várias intervenções públicas do governador do Banco de Moçambique.

Para Gil⁸ entrevista focalizada é livre, mas com enfoque específico, onde o “entrevistador permite ao entrevistado falar livremente sobre o assunto, mas, quando este se desvia do tema original, esforça-se para a sua retomada”. Neste sentido, as conversas decorreram sem gravação, somente com pequenas tomadas de notas, através de uma ficha previamente preparada para o efeito.

5. Organização do trabalho

O presente trabalho está dividido em três capítulos. O capítulo I dedica-se ao contrato de adesão e a relação jurídica bancária, cujo o principal objectivo é analisar o regime jurídico do contrato de adesão com enfoque para os contratos de concessão de créditos máxime os contratos de mutuo bancário.

Igualmente são abordados neste capítulo as cláusulas contratuais gerais desde a sua formação, regime jurídico, suas características e sua eficácia. No que se refere aos contratos

⁸ Idem, p. 120.

de mútuo bancário destacamos o seu conceito geral, sua classificação, suas modalidades e por fim a sua natureza, como também destacamos a noção, características, formas de extinção do mútuo bancário com enfoque para o crédito ao consumo.

Ressalta-se no Capítulo II a relevância de um debate profundo do Instituto da alteração das circunstâncias, desde a sua origem, seu regime jurídico até à sua delimitação dogmática. Também é abordada neste capítulo a crise financeira na vertente de catalisadora da alteração das circunstâncias.

O Capítulo III e último, dedica-se à resolução ou modificação dos contratos de mútuo bancário, ilustrando de que forma o contrato de mútuo bancário pode ser resolvido ou modificado face à alteração das circunstâncias.

CAPÍTULO I: O CONTRATO DE ADESÃO E A RELAÇÃO JURÍDICA BANCÁRIA

O nosso principal objectivo com o presente capítulo é examinar o regime jurídico do contrato de adesão com enfoque para os contratos de concessão de crédito para o consumo ou de escopo – mútuo bancário.

1.1. Condições gerais do contrato e o contrato de adesão.

1.1.1. Conceptualização: contrato no geral e contrato de adesão

Existem várias definições sobre o contrato, mas todas elas destacam a existência de um vínculo entre duas ou mais pessoas sobre um determinado interesse como a seguir veremos.

Para Carmo, o contrato é um acordo vinculativo, assente sobre duas ou mais declarações de vontades, substancialmente distintas, mas correspondentes e que visam estabelecer uma regulamentação unitária de interesses contrapostos, pese embora harmónicos entre si.⁹

⁹ CARMO, F. CUNHA Leal, *apud* ANTUNES Varela, Dicionário Jurídico, contratos e obrigações, VI, Escolar editora. Lisboa, 2015, p.55

A mesma linha é sustentada por Telles¹⁰ quando mostra que é este acordo vinculativo que se chama de acto que produz efeito jurídico, pois existe autonomia de vontades, o que ele chama de "auto-regulamentação dos interesses". Por isso, Costa¹¹ sintetiza afirmando que quando falamos de contrato estamos perante um negócio jurídico entre duas ou mais vontades divergentes, com objectivos e fins diversos que podem até ser opostos, mas que se ajustam reciprocamente.¹² Isto é, o contrato é o acto através do qual, as partes produzem tipificações recíprocas, pois o acto é que vai reger as acções das partes fazendo com que as acções de uma parte provoquem uma resposta da outra.

Sem dúvida, estes vínculos regulam as partes em diferentes contextos da vida social, económica, política e cultural. No nosso trabalho, o enfoque será para contrato de âmbito bancário¹³, com várias tipificações, sendo este um contrato de adesão.

O termo adesão vem do latim *Ad + herere* (para/e + agarrar/agrupar) e daí o substantivo feminino adesão como acção ou efeito de agrupar, agarrar. Por isso, Carmo¹⁴ mostra que o acto de aderir a um contrato é um negócio jurídico em que uma das partes assume uma posição como um dos contratantes, não em regime de substituição, mas sim, como co-titular dos seus direitos e obrigações.

Os contratos de adesão são comuns em diversas actividades comerciais em moçambique, como é o caso de operações bancárias, seguros, transportes aéreos, terrestres, marítimos, fornecimento de água, electricidade, internet, televisão, telefone entre outros.

Sem dúvida, um dos assuntos que tem levantado aceso debate na opinião pública, bem como na academia é o do contrato de adesão, sobretudo em relação à terminologia. Por exemplo, alguns doutrinários alegam existir contratos de adesão e contratos por adesão. Os primeiros seriam àqueles em que a forma de contratar, o aderente não pode rejeitar as

¹⁰ TELLES, Inocência Galvão. Manual dos Contratos em Geral. 4ª Ed. Lisboa: Coimbra, 2010.

¹¹ COSTA, Júlio de Almeida. Direito das Obrigações. 12ª Ed. Lisboa: Almedina, 2009, p.215.

¹² CARMO, Cunha Leal, op. cit., pp.55-56 *apud* ALMEIDA Costa, os contratos podem ser quanto ao tipo reais ou obrigacionais, quanto ao conteúdo unilaterais, sinalagmáticos, bilaterais ou não sinalagmáticos, gratuitos, onerosos podendo estes últimos serem cumulativos, aleatórios de execução instantânea e de execução sucessiva. Quanto a regulamentação e interpretação podem ser típicos ou nominados, atípicos ou inominados e mistos. Quanto ao modo de formação podem ser consensuais, solenes ou formais e contrato de adesão.

¹³ O contrato bancário, entendido como sendo um veículo jurídico da actividade económica de intermediação monetária, cfr. WATY, Teodoro Andrade, Direito Bancário, 2011, p. 83.

¹⁴ CARMO, Cunha Leal, op. cit., p.12.

cláusulas uniformes pré-estabelecidas. Neste caso, citam-se as estipulações unilaterais do direito público (fornecimento de luz e água). Os segundos, seriam aqueles em que o aderente pode aceitar ou não (caso de contrato de transporte, internet, telefone). Isto é, nestes últimos pressupõe-se que o aderente tem outras opções, razão pela qual a sua adesão é facultativa.

A discussão terminológica acima aludida não se mostra pertinente no presente trabalho, visto que no nosso ordenamento jurídico a LDC assim como o Código Comercial são unânimes em tratar como contrato de adesão e não por adesão.

No Direito Moçambicano, o regime dos contratos de adesão está consagrado na secção II do Capítulo II referente às cláusulas dos contratos nos artigos 474 e ss do CCom e 27 da LDC.

Com efeito, ocorre que a adesão prima por ser um acto em que uma das partes junta-se a outra, aceitando as condições desta, como muito bem mostra Waty¹⁵ quando diz que o contrato de adesão é aquele em que:

o conteúdo foi total ou parcialmente estabelecido de modo arbitrário e geral anteriormente ao período contratual e caracteriza-se pela ausência de negociação individual prévia em vista do acordo das vontades e apresenta-se, na maioria das vezes, sob forma de condições gerais¹⁶ ou individuais estabelecidas unilateralmente por uma das partes.

Na verdade, a definição acima destacada mostra que o contrato de adesão é o processo de submissão de uma das partes, pois não tem como negociar qualquer uma das cláusulas, o que é contrário do conceito geral de contrato acima apresentado. A Lei da defesa do consumidor (Lei nº 22/2009, de 28 de Setembro) estatui que no contrato de adesão existe uma autoridade competente que aprova as cláusulas, unilateralmente, para o fornecimento de um bem ou serviço, sem que a outra parte possa discutir muito menos modificar o seu conteúdo.

Efectivamente, o nº 1 do artigo 474 do CCom dispõe que:

¹⁵ WATY, Teodoro Andrade, op cit., pp.70-71.

¹⁶ As condições gerais do contrato podem integrar, formalmente o instrumento contratual predisposto ou constar de documento apartado estabelece o nº 2 do artigo 474 do CCom.

as condições gerais dos contratos, correspondentes às estipulações de conteúdo predisposto, quando elaboradas por uma das partes, sem negociação individual, para o efeito de celebração de um número indeterminado de contratos, são regidas pelo disposto naquele capítulo.

Da leitura do artigo anteriormente referenciado retiram-se os elementos essenciais que permitem definir e caracterizar os contratos de adesão, nomeadamente, a pré-elaboração, a rigidez e a generalidade.

Na verdade, quando uma das partes elabora a sua declaração negocial previamente, sem a negociação da outra parte estamos perante o acto de pré-elaboração, (as chamadas condições gerais) e quando se enuncia que o contrato é aplicável a todos os contratantes de uma forma genérica e indeterminada estamos perante a generalidade, e por fim quando não se estabelece um espaço para negociação estaríamos perante as regras rígidas.

Sem dúvida, o contrato de adesão caracteriza-se pela generalidade, rigidez, complexidade, natureza formulária (tudo está em papel impresso, devendo somente preencher e assinar) e por fim, produzem e reproduzem desigualdade entre as partes.¹⁷

Neste subponto, partimos da definição sobre contrato, em que destacamos que o mesmo se refere a um acordo entre duas ou mais partes, onde prevalece a autonomia das vontades destes, e por via disso, se assume que estamos diante de um negócio jurídico e que visa, sobretudo reger as acções das partes. E com base nesta definição, passamos à discussão sobre contrato de adesão, que é um acto em que uma das partes se junta à outra, aceitando as condições daquela, pois não existe negociação, por isso, não se verifica a manifestação das vontades, porque eles são pré-elaborados, gerais e rígidos. É pois, com base nestas três últimas características que a seguir vamos procurar discutir e explicar sobre a sua formação, características, eficácia e regime aplicável das cláusulas gerais.

¹⁷ Waty, Teodoro Andrade. op. cit.,2011, p.150.

1.1.2. Cláusulas contratuais gerais: o debate sobre a sua formação, características, eficácia e regime aplicável.

As cláusulas contratuais gerais são motivo de um aceso debate entre os estudiosos do direito no que se refere aos contratos de adesão. Não é nossa intenção esgotar, tão-somente, pretendemos mostrar o quão é uma área que tem merecido atenção devido a sua transversalidade e influência na vida económica e social dos cidadãos.

Tanto no domínio da legislação, bem como na doutrina verifica-se alguma variação terminológica que merece ser aludida¹⁸ a título exemplificativo encontramos a expressão "cláusulas contratuais gerais" empregue no n.º 2 do art. 475 do CCom e no n.º 1 do art. 23 da LDC, também destacamos o termo "condições gerais dos contratos" usados nos arts 474 a 476 ambos do CCom, "condições gerais dos contratos"¹⁹, a "condições contratuais gerais" e ainda "cláusulas gerais de contratação."

Para explicar esta complexidade linguística, trazemos o conceito dos dois termos. Para Oliveira de Ascensão as condições gerais do contrato referem-se às cláusulas predispostas unilateralmente para uma generalidade de pessoas, que não têm a possibilidade de discutir o seu conteúdo.²⁰ E as cláusulas contratuais gerais são aquelas elaboradas previamente e que os proponentes ou destinatários indeterminados se limitam a subscrever ou aceitar.²¹ Destes dois conceitos constatamos similaridades que se prendem ao facto de serem elaboradas previamente de forma unilateral para destinatários indeterminados e que as partes para quem se destinam cabe – lhes aceita-las.

Apesar da similaridade por nós constatada, dura crítica tem sido feita ao legislador²² nacional no sentido de que poderia ter evitado o uso do termo condições gerais dos contratos plasmados no artigo 474 do CCom e substituído por cláusulas gerais dos contratos, por se

¹⁸ Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira, "Cláusulas Contratuais Gerais e abusivas e o novo Código Civil," in www.fd.ulisboa.pt/pág.5, visitado em 11 de Julho de 2018 as 2 h e 20 min.

¹⁹ WATY, Teodoro Andrade, op. cit., 2011, p. 9.

²⁰ ASCENSÃO José Oliveira, op. cit., p.5.

²¹ Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro / in www.pgdlisboa.pt visitado aos s/d 2018.

²² Cfr, PAULINO, Augusto. A Tutela dos Consumidores de Produtos e Serviços Financeiros no Direito, Moçambicano, 2017, p. 236 e ss e OLIVEIRA Fragoso Américo, Contratos de Adesão no Novo Código Comercial in www.fd.ulisboa.pt/wp-content/2014/12. Visitado aos 6/07/2018

entender que o termo condição possui um significado técnico específico (arts. 270 a 277 do CCiv).

Ora, condição é uma cláusula acessória que deriva exclusivamente da vontade das partes e que faz depender os efeitos de um negócio jurídico à verificação de um evento futuro incerto. Para Ascensão²³ a expressão cláusula seria mais rigorosa para a caracterização da inserção de dispositivos negociais unilateralmente impostos por uma das partes.

No presente trabalho, preferimos o termo cláusulas contratuais gerais pelo facto de estarmos a tratar matéria do contrato bancário.²⁴

As cláusulas contratuais gerais, constituem parte essencial do Direito bancário e permitem a racionalização da contratação maciça com milhares de pessoas ganhando tempo e poupando incomodidade aos clientes.

No entanto, apesar de estas racionalizarem o tempo das instituições financeiras assim como dos clientes a questão prende-se com a necessidade de saber se as cláusulas contratuais gerais pré-elaboradas utilizadas por essas instituições sem influência do cliente no respectivo conteúdo, são justas, equitativas e razoáveis.

Para melhor explicação, recorremos à Waty²⁵, pois aponta duas correntes que discutem a formação das cláusulas contratuais gerais. Uma defende a não existência da manifestação das vontades no contrato de adesão e por via disso, não se observa a relação contratual. A segunda corrente defende que o aderente ao manifestar a sua vontade participa na relação, no acto da contratação e por isso se produz a bilateralidade. Na verdade, as duas correntes são unânimes ao admitirem a existência de dois tipos de cláusulas, designadamente, as acessórias e as essenciais. Estas últimas inalteráveis e só podem produzir efeito sobre o aderente quando inseridas de modo a complementar as acessórias. Por conseguinte, a questão em causa é que as cláusulas contratuais gerais questionam a liberdade de estipulação e não a

²³ *Contratos de Adesão no Novo Código Comercial* in www.fd.ulisboa.pt/wp-content/2014/12 visitado aos 6/07/2018, p.12

²⁴ WATY, Teodoro Andrade, op.cit., 2011, p. 152. A abertura da conta não dispõe de qualquer regime legal, é um tipo social, assentando somente em cláusulas contratuais gerais dos bancos comumente designadas "condições gerais" nos usos e legislação bancária.

²⁵ WATY, Teodoro Andrade, op. cit., 2011. P.148

liberdade de celebração²⁶ isto é, as partes podem celebrar o contrato mas, uma delas não tem a autoridade para estipular o conteúdo desse contrato o que de uma certa forma configura-se ao abuso contratual.

Não havendo uma liberdade *inter alia*, Cordeiro²⁷ afirma que as cláusulas devem ser efectivamente comunicadas e explicadas ao aderente e que a comunicação e a informação devem ser efectivas, integrais, adequadas e atempadas. Mesmo assim, prevalece o acordado²⁸ na falta de comunicação ou informação, as cláusulas são excluídas e corre-se o risco de nulidade parcial ou total do contrato e, o mesmo se diga das cláusulas surpresas, aquelas que constam de formulários após assinatura dos contratos.

No caso Português as Cláusulas Contratuais Gerais encontram-se consagradas no Decreto-Lei n° 446/85 de 25 de outubro, e para Moçambique a eficácia das cláusulas contratuais gerais está garantida por uma legislação dispersa, designadamente o Ccom (art. 471), LDC (art. 22) e o regulamento dos cartões bancários (art. 8) que tem em vista conter os poderes dos predisponentes dentro dos limites do admissível.

Outrossim, às cláusulas contratuais gerais aplica-se o regime do Código Civil à boa-fé (artigo 227, n° 1, 239, 702, n° 2), da ordem pública e dos bons costumes (artigo 280, n° 2), aos negócios usurários (artigo 282 e 283) ao critério dos juízos de equidade (artigo 400) e aos limites da disciplina convencional da responsabilidade civil (artigo 200, n° 2 e 809 e ss).

Neste subponto, mostramos que em Moçambique o risco de ineficácia das cláusulas contratuais gerais é maior, em virtude da existência de uma legislação mas de forma muito dispersa, Assim sendo, o debate sobre as cláusulas contratuais gerais recai sobre a questão da liberdade de estipulação e não de celebração do contrato, o que por sua natureza produz efeitos jurídicos.

Não só, a questão das cláusulas contratuais gerais depara-se com a questão da ineficácia por causa da legislação dispersa, mas também pelo facto de estas virem impressas

²⁶ Idem, pp.148 – 149.

²⁷ CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil X: Direito das Obrigações Garantias, V.X, 2015, p. 218.

²⁸ WATY, Teodoro Andrade, op. cit., 2011, p.151.

em caracteres de tamanho reduzido e densos²⁹, que logo sugerem ao cliente a decisão de não ler. No caso específico dos contratos de concessão de crédito - mútuo de escopo, o cliente fica na tentação de assinar logo o contrato, visto que este fica mais preocupado em aplicar o valor mutuado e não em entender o processo para alcançar esse fim. Ademais, este cliente duvida da sua capacidade de compreender a linguagem técnica impressa no contrato, decidindo muitas das vezes em assinar acreditando estar perante uma regulamentação equitativa e equilibrada dos interesses contrapostos.

Sobre este assunto, Paulino³⁰ entende que no direito comum não existe um dever geral de prestar informações, apenas existe quando a lei ou o contrato especialmente o determinarem. Nas relações de consumo o dever legal de informar adstringe o predisponente, atenta a sua qualidade de profissional especializado, de levar ao conhecimento dos seus clientes determinadas informações que detenha.³¹

Os consumidores encontram-se, de certa forma numa situação de carência quer de ponto de vista das regras de negócio jurídico em geral, eminentemente técnicas, quer da necessidade económica. É por via desse circunstancialismo, que se considera que a liberdade passou a ser unilateral, o poder do mais forte esmagar o mais fraco, em suma o capitalismo matou a liberdade, o mesmo que o legislador faz com a lei é a ditadura económica do capital.³²

Para aprofundar o debate sobre a eficácia jurídica, mostraremos a seguir com base no recurso à discussão sobre o contrato bancário até ao contrato de mútuo bancário.

²⁹ Apesar do Aviso nº 1/GBM/2014 de 4 de Junho referir no seu artigo 4 que os contratos devem ser redigidos na língua Portuguesa em linguagem clara e objectiva e caracteres com dimensão mínima de 12 pontos a permitir a sua leitura, não se vislumbra o cumprimento deste articulado legal nos contratos de concessão de crédito.

³⁰ PAULINO, Augusto, op. cit., 2017, p. 276.

³¹ O banqueiro tem a obrigação de prestar esclarecimentos e divulgar com clareza todos os aspectos relevantes do programa contratual, seja nos preliminares seja na execução do contrato, porque o público que recorre aos serviços do banco não possui na maior parte conhecimentos que possam lhes ajudar a tomar uma decisão consciente de um lado, o facto deste público acreditar estar perante a uma regulamentação equitativa e equilibrada dos interesses contrapostos, associado ao carácter duradouro das relações de consumo propicia confiança entre as partes.

³² WATY, Teodoro Andrade, op cit., 2011, p. 95

1.2. Do contrato bancário ao contrato do mútuo bancário.

1.2.1. Contrato bancário: da conceptualização, classificação à sua natureza.

Existem dois critérios a ter em conta na definição dos contratos bancários, o subjectivo e o objectivo. O primeiro, considera o contrato bancário aquele realizado pelo Banco ou que tem a presença do Banco como parte do contrato. O segundo critério é aquele em que a principal actividade é a intermediação de crédito, pois com base neste critério, esta (intermediação de crédito) é a principal razão da existência dos Bancos.³³

Neste debate, Vasconcelos³⁴ não recorre aos critérios acima destacados para a definição do contrato bancário, pois no seu entender, o contrato bancário tem um conteúdo mais amplo, diversificado e complexo, uma vez que logo após a sua celebração, produz efeitos imediatos entre as partes no que diz respeito aos negócios celebrados e prevê o conteúdo dos outros a celebrar no futuro.

Na verdade, este debate mostra que não é possível encontrar uma definição geral para contrato bancário. Por isso, e para melhor compreensão, vamos especificar o contrato que interessa para o presente trabalho.

De facto, não decorre do respectivo contrato, a obrigação de celebrar contratos futuros entre as partes como acima se referenciou mas a natureza da própria relação entre o cliente e o Banco é que se torna duradoura com o tempo através de celebração de múltiplos contratos, designadamente, de mútuos, aberturas de créditos, cartão de crédito, entre outros.

A prática mostra que um trabalhador ou funcionário público quando inicia a sua actividade laboral é obrigado a ter uma conta bancária por via da qual será remunerado o seu salário. Passado um intervalo de tempo, este trabalhador será convidado pelo Banco a aderir a outros serviços ou mesmo sentirá essa necessidade, por conta disso, a sua relação com o banco vai se estendendo e solidificando, tornando-se assim duradoira.

³³ WATY, Teodoro Andrade, op. cit., p. 84.

³⁴ VASCONCELOS, Miguel Pestana. Direito Bancário. S/ed. Coimbra: 2018, p. 72.

De facto, das informações colhidas junto à banca, ainda na fase da pesquisa exploratória do presente trabalho, é que os particulares são os que mais procuram os Bancos para solicitarem informações e estabelecimentos de contratos de crédito à habitação e ao consumo, pois, como na nossa introdução defendemos, estes dois serviços para além de mais populares são os que permitem ao cidadão a resolução de algumas das principais necessidades, nomeadamente, aquisição de moradia, viatura, entre outras.

Sem dúvida, é neste processo de contactos entre os particulares e o Banco que nasce uma relação duradoira e estabelece-se uma confiança.³⁵ Na esteira de Waty³⁶ pode se entender que o contrato bancário geral nasce da abertura da conta porque esta permite a multiplicação de actos bancários subsequentes entre o banco e o cliente fundados na confiança, boa-fé, informação e lealdade.

Com base no exposto acima, os contratos bancários são aqueles que necessariamente uma das partes é a instituição financeira ou banco, ou seja, aquela que exerce uma função económica sendo relacionada ao exercício da actividade bancária. Os contratos bancários podem por sua vez figurar com aplicação de recursos financeiros próprios ou terceiros por meio de intermediação.

Esta definição reúne consenso entre os autores, pois olhando para os conceitos expostos entendemos que o contrato bancário é aquele em que os sujeitos envolvidos são o banco de um lado e o cliente do outro. É verdade que a intermediação aparece como uma das funções das instituições financeiras através da aplicação de recursos de terceiros a chamada circulação da moeda.

Neste subponto, entendemos que o contrato bancário pode ser visto como o acordo entre o banco e o cliente para criar, regular ou extinguir uma relação que tenha como objecto a intermediação do dinheiro. No conceito referido, conjugamos os dois critérios, o subjectivo por um lado e o objectivo, por outro. O contrato bancário é sem dúvida, uma forma de angariação de negócios pelo facto deste, permitir uma multiplicação de actos bancários subsequentes entre o cliente e o Banco, isto é, a partir do momento em que o cliente acede a um serviço bancário abre precedente para mais relações futuras.

³⁵ VASCONCELOS, Miguel Pestana, p. 81.

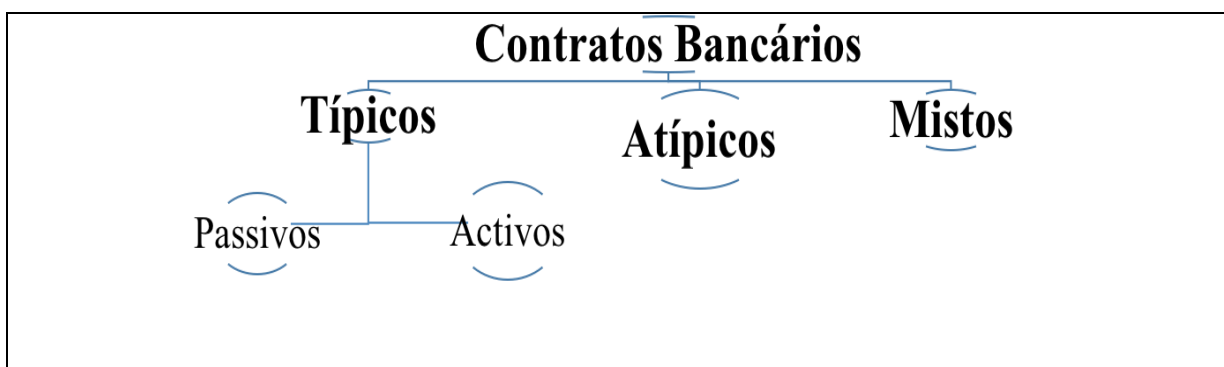
³⁶ WATY, Teodoro Andrade., op. cit., pp. 96 – 97.

1.2.1.1. Classificação do contrato bancário

Após o conceito do contrato bancário, a seguir iremos explorar a classificação dos contratos bancários para aprofundarmos a sua compreensão.

Na verdade, existem várias classificações de contratos bancários. Os contratos bancários podem ser classificados em típicos, quando se realizam para o cumprimento da função creditícia dos Bancos e regulados por lei. Outrossim, os contratos bancários podem ser atípicos quando o Banco realiza prestação de serviços sem regime especial.

Classificação dos contratos bancário



Como a figura mostra, os contratos bancários típicos subdividem-se em activos e passivos, dependendo da posição que assumir o Banco, isto é, a posição de credor ou devedor da obrigação principal, respectivamente.³⁷ Efectivamente, os contratos activos referem-se aos casos em que os Bancos com base nos recursos arrecadados concedem créditos a outros clientes mediante operações passivas (v.g. o Banco concede crédito aos seus clientes mediante pagamento de taxas de juros) e contratos passivos quando as operações bancárias têm por objecto captação de recursos junto a colectividade para que a banca possa processar sua actividade (v.g. quando o Banco arrecada clientela para aceder a abertura de contas bancárias, publicita abertura de contas a prazo, com taxas razoáveis de juros entre outras).

Os contratos típicos denominados contratos de crédito estabelecem obrigações de dar dinheiro (moeda) e os contratos atípicos são de mera prestação de serviços, contêm obrigação de fazer o que vincula o Banco. Da classificação dos contratos típicos a atípicos surge uma

³⁷ WATY, Teodoro Andrade, op. cit., 2011, p. 89.

categoria mista que faz a combinação das duas que envolvem créditos e serviços como intermediação bancária no pagamento e cobrança.

Ora, os contratos típicos estabelecem obrigações de dar dinheiro e os contratos atípicos estabelecem obrigações de fazer mera prestação de serviços e finalmente os contratos mistos envolvem créditos e serviços como intermediação bancária no pagamento e cobrança, intermediação bancária na emissão e venda de valores mobiliários. Quanto ao crédito documentário o Banco assume obrigações de fazer prestação de serviço no recebimento ou pagamento de terceiro, os quais têm obrigações inerentes de dar sendo a obrigação principal de fazer. Podem incluir-se neste grupo de contratos as operações neutras, aquelas em que o banco simplesmente presta serviços de pagamento de contas de luz, água, internet.etc.

De facto, o dinheiro que é concedido pelo Banco aos particulares enquadra-se na sua actividade activa, visto que é através deste que são materializados os contratos de mútuo.

Os contratos de créditos ou contratos típicos assumem outra classificação para além de activa e passiva, isto é, segundo a natureza do devedor que pode ser público ou privado (particular), este último, objecto do presente estudo. Podemos neste ponto aferir que os contratos bancários têm uma primeira classificação sendo estes típicos e atípicos, e dos típicos surgem os activos e os passivos, para além dos mistos e por último quanto a natureza do devedor temos os públicos e privados. Depois deste exercício de classificação dos contratos bancários, a seguir o enfoque será sobre as modalidades deste tipo de contrato.

1.2.1.2. Modalidades de Contrato Bancário

Quanto as modalidades dos contratos bancários podem ser de curto, médio e longo prazo, devendo-se considerar a possibilidade de renovação ou prorrogação. No caso específico dos contratos de curta duração, tendem a ser de liquidez, normalmente para o capital de giro entre 120 e 360 dias. Para os médio prazo, os contratos vão até cinco anos³⁸.

³⁸ Cfr. WATT, Teodoro Andrade, op. cit., 2011, p. 91.

Por fim, os de longo prazo que excedem o período de cinco anos, por serem destinados a grandes investimentos.

Quanto ao prazo, os empréstimos podem ser de curto, quando o prazo do vencimento exceda um ano, de médio prazo, quando o prazo de vencimento seja superior a um ano, mas não exceda cinco anos, de longo prazo, se o prazo de vencimento for superior a cinco anos.³⁹

Para Waty⁴⁰ os contratos bancários segundo a natureza da garantia podem ser reais (sobre bens móveis e imóveis) e pessoais (sobre o património todo de uma pessoa de confiança do garantido). Vasconcelos⁴¹ acrescenta, mostrando que os contratos bancários podem ser garantidos ou a descoberto consoante o mutuante beneficie ou não de garantias dos seus créditos, sejam elas de natureza real, pessoal, assentes na titularidade de um direito ou de outra natureza.

Em relação ao mutuário, este pode beneficiar de crédito ao consumo ou crédito empresarial. Este último concedido para empresas, que não é o foco do presente trabalho. Com base neste propósito, os contratos de crédito, seja ele para privado ou para o particular (indivíduo ou pessoa), referem-se aos concedidos a certas pessoas com uma confiança, pois mesmo não tendo um património para honrar o compromisso, os bancos concedem com base na estabilidade profissional comprovada pela declaração *e-caf* para funcionários públicos e pelo contrato nos trabalhadores do sector privado.

Sem dúvida, existem vários tipos de contratos de créditos com base na sua finalidade, porém, para o presente trabalho interessa-nos aquele destinado para o crédito de consumo e de médio prazo cuja garantia é a estabilidade profissional comprovada por via de contrato para os trabalhadores do sector privado e por via da declaração *e-caf*⁴² para os Funcionários e Agentes do Estado. Esta escolha está relacionada com o facto de que a análise das circunstâncias recair sobre contratos de duração prolongada, nomeadamente, médio e longo prazo.

³⁹ VASCONCELOS, Miguel Pestana, op. cit., 2018, p.183 (art.4 n.ºs. 1 e 2 do Dec- Lei n.º 58/2013 de 8 de Maio estabelece as normas aplicáveis à classificação e contagem do prazo das operações de crédito, aos juros remuneratórios e a mora do devedor).

⁴⁰ WATY, Teodoro Andrade, op. cit., 2011, p. 91.

⁴¹ VASCONCELOS, Miguel Pestana, op. cit., 2018, p.183.

⁴² Sistema informático do cadastro dos Funcionários e Agentes do Estado.

1.2.1.3. Natureza do contrato bancário

Com base na definição de contrato bancário, segundo a qual é indispensável a presença de um banco num dos pólos da relação contratual para que o contrato seja bancário pois a sua participação é bastante para conferir natureza bancária ao contrato. Esta decorre da precisão da indispensabilidade da participação do banco na relação contratual o que conduz a que sejam bancários os contratos que somente podem ser praticados por um Banco, isto é, aqueles que seriam ilegais caso fossem praticados com pessoa física ou jurídica não autorizada a funcionar como instituição financeira, daí ser certo que os contratos bancários são aqueles em que uma das partes é necessariamente um Banco.

Para dar mais precisão ao que temos estado a defender, os contratos bancários só o são quando um dos sujeitos que figura no negócio jurídico esteja autorizado a exercer a actividade bancária, neste caso seja um Banco.

Abstrai-se da definição a utilização não somente do critério subjectivo, mas de um critério objectivo àquele vinculado à matéria contratual, que por determinação legal só é possível de ser versada quando é um Banco um dos sujeitos contratantes. Waty⁴³ salienta que levando à risca este critério, excluiria muitos contratos bancários, pese embora algumas peculiaridades, fossem feitos por particulares, como são os casos do próprio mútuo bancário.

Nos contratos bancários existem aspectos essenciais a observar, nomeadamente, i) a vontade das partes do que o sentido gramatical das palavras, ii) quando uma cláusula for susceptível de dois sentidos deve considerar-se aquele que pode produzir efeitos e não aquele que não teria nenhum efeito, iii) quando um termo tiver dois sentidos deve-se entender aquele que convém à natureza do negócio, iv) se o contrato tiver expressões ambíguas deve ser interpretado segundo os usos do país, v) os termos do contrato por mais genéricos que sejam, só compreendem as coisas que forem objecto do contrato e não as coisas em que os contratantes não pensaram e por fim, vi) na dúvida sempre deve-se favorecer o consumidor (cliente).

⁴³ WATY, Teodoro Andrade, op. cit., 2011, p. 94.

1.2.2. Do mútuo Bancário: Noção, objecto, características, efeitos e extinção.

O mútuo é um dos negócios centrais da actividade bancária, constituindo um acto comercial autónomo (art. 458 do CCom). Este é o modelo de concessão de crédito, sendo desta forma celebrado em massa de forma profissional pelos bancos.

Segundo VASCONCELOS,⁴⁴ existem para além do mútuo bancário outras modalidades de mútuo tais como o civil e o comercial, tendo estas últimas uma importância limitada.

O mútuo é o contrato pelo qual uma das partes empresta à outra dinheiro ou outra coisa fungível, ficando a segunda obrigada a restituir outra do mesmo género e qualidade, conforme o art. 1142 do CCiv. Conforme o art. 1145 CCiv, o mútuo pode ser gratuito ou oneroso, cabendo às partes convencionar o pagamento de juros como retribuição.

A onerosidade contraria o hábito social do mútuo e faz sentido nas relações civis e não nas relações comerciais. Se o mútuo for oneroso, qualquer das partes pode denunciá-lo, com 30 dias de antecedência, nos termos do n° 2 de art.1148 do CCiv.

O objecto do mútuo é sem dúvidas o dinheiro. Como acima referenciámos o mútuo pode ser gratuito ou oneroso, consoante seja retribuído ou não. O mútuo gratuito tem uma importância prática relevante, nas relações de solidariedade entre pessoas próximas relações familiares de amizade. Quando for retribuído trata-se de um contrato oneroso, a retribuição será feita sobre forma de juros, art. 1145 n°1 do CCiv conjugado com o art. 464 do CCom.

Em Moçambique, este tipo de mútuo está a ganhar espaço, praticado por pessoas singulares não autorizadas, para o efeito, configurando-se por isso em negócios clandestinos (agiotagem), pese embora gerarem rendas para muitas famílias⁴⁵.

Para além da restituição do capital ou juros, o mútuo pode estar tutelado por uma garantia que pode ser pessoal (ex., uma fiança), real, (penhor ou hipoteca) ou assente na titularidade de um direito (a cessão de créditos em garantia).⁴⁶ Na verdade, o contrato de

⁴⁴ VASCONCELOS, Miguel Pestana, op. cit., 2018, p.180.

⁴⁵ Jornal Domingo, de 18 de junho de 2018.

⁴⁶ VASCONCELOS, Miguel Pestana, op, cit., p. 161.

mútuo bancário é um contrato tipicamente oneroso, pois para além de restituir o valor mutuado, o mutuário tem de pagar a devida retribuição e os juros convencionados. Esta onerosidade típica do mútuo, decorre do facto deste contrato apresentar como um acto de comércio (contrato mercantil) e por isso sujeito ao regime do art. 464 do CCom.

A concepção do mútuo enquanto negócio real *quoad constitutionem*⁴⁷, que só produziria os seus efeitos pela entrega da coisa mutuada, encontra-se em clara regressão, admitindo-se mútuos meramente consensuais.

Celebrado o contrato e entregue a coisa ao mutuário, este torna-se proprietário da mesma, conforme o art. 1144 CCiv, ao inverso do comodato⁴⁸ em que a propriedade nunca deixa a esfera do comodante.

Como se tem assistido, o mútuo bancário é celebrado por um banqueiro, como mutuante, agindo no exercício da sua profissão e pode provar-se por escrito particular⁴⁹, seja qual for o seu valor, ainda que a outra parte não seja comerciante sendo a taxa de juros sempre fixada por escrito.

O mútuo bancário é também um mútuo de escopo, na medida em que fica o mutuário adstrito a dar um determinado destino à importância recebida, por razões públicas, que se consubstancia o dirigismo bancário, e por razões de ordem privada, como seja a utilização racional das importâncias mutuadas.

Relativamente à determinação do mútuo como de escopo ou simples é comum nas nossas instituições bancárias o pedido de uma factura proforma ao cliente pelo Banco nos requisitos para cedência de créditos. A factura em causa deve corresponder ao valor que será mutuado, não só, existem casos em que o Banco preenche um escopo de forma aleatória com vista a garantir formalmente que o valor será alocado a um determinado fim quando o cliente pretende aplicar a um fim diverso daquele.

⁴⁷ Real quanto a constituição, só produziria efeitos pela entrega da coisa mutuada. Cfr. WATY, Teodoro Andrade, op., cit., p.234.

⁴⁸ Comodato é o contrato gratuito pelo qual uma das partes entrega à outra coisa infungível para que sirva dela dela, com a obrigação de restituir. É um empréstimo de coisa infungível, este tipo de contrato não obedece a requisitos de forma, só se considera celebrado com a entrega da coisa a qual apenas pode ser usada para o fim a que se destina. Cfr. CARMO, F. Cunha Leal, op. cit., 2015. p. 47.

⁴⁹ Cfr, artigo 1143º do CC e o do Decreto-lei nº 3/2006 de 23 de Agosto. "O contrato de mútuo bancário é válido se for celebrado por documento assinado pelo mutuário, com assinatura reconhecida presencialmente."

Este tipo de actos demonstra de forma clara que as matérias de empréstimos bancários não são do domínio do público que os procura e poucas vezes nem dos próprios trabalhadores desses sectores (banqueiros) que faltam com o dever de informar, mas actualmente são permitidos mútuos livres devido a liberalização da economia.

O mútuo bancário distingue-se do mútuo civil (artigos 1142 do CCiv⁵⁰) e do mútuo comercial por, essencialmente, ser celebrado por um banqueiro, na sua qualidade de profissional e de mutuante.

Outra particularidade do mútuo bancário é a que se refere ao facto de ser um mútuo de escopo, isto é, um mútuo vinculado a um determinado destino ou fim, contratual ou legal⁵¹.

No mútuo bancário o mutuário fica adstrito a dar o destino contratado à importância mutuada; é esta essencialidade da finalidade que faculta a inclusão de cláusula resolutória⁵², correspondente ao incumprimento do escopo, prevendo (cláusula resolutiva expressa) o vencimento imediato do crédito e a indemnização por via da perda das vantagens acordadas.

A liberalização da economia tem permitido a existência crescente de mútuos livres, estes entendidos como sendo aqueles sem escopo, por exemplo, os créditos para fins pessoais, créditos à tesouraria, crédito ao consumo, entre outros.

O crédito ao consumo está na origem do fenómeno da popularização da banca permitindo o acesso das camadas da população economicamente mais débeis a múltiplos bens de equipamento e de consumo. As consequências podem redundar na sobre-exploração dessas camadas, levadas a assumir débitos superiores às suas possibilidades de pagamento. O mesmo está ligado ao comércio de coisas móveis não consumíveis e ao financiamento de serviços.

⁵⁰ " Mútuo é o contrato pelo qual uma das partes empresta a outra dinheiro ou outra coisa fungível, ficando a segunda obrigada a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade".

⁵¹ SILVA, João Calvão da, Direito Bancário, 2001, p. 363.

⁵² Cfr. CORDEIRO, António Menezes, Direito Bancário, 2016. P.637,

Este crédito confunde-se com o crédito aos particulares por se destinar às pessoas singulares enquanto promotores de despesas de consumo – despesas socialmente úteis, aquisição de valores mobiliários, pagamento de impostos e compra de habitação⁵³.

Nos dias actuais, grande parte dos trabalhadores e funcionários e Agentes do Estado recorrem para os contratos de mútuo, geralmente designados por empréstimos bancários, para atenderem às suas necessidades de habitação, transporte até mesmo para o consumo. Os contratos de empréstimo bancário estão inseridos nos contratos de adesão e já contêm as cláusulas pré-contratuais cabendo ao cliente aderir somente.

Na realidade, as partes ao celebrar os contratos de mútuo são regidos por esse espírito orientador, outro aspecto é que quando as partes decidem contratar, as prestações são fixadas tendo em conta aquele contexto. Sucede que muitas vezes, se não sempre, sobem os juros, fazendo com que a prestação também suba e muitas das vezes ultrapasse os 1/3 estabelecido por lei.

Por via disso, viola-se o estipulado no número 4 do artigo 114 da Lei do Trabalho, nº 2 do artigo 11 da Lei nº 22/2009 de 28 de Setembro (LDC) e ainda a Constituição da República (CRM) na medida em que a remuneração constitui um direito fundamental do Cidadão. Outro aspecto preocupante no contexto contratual é o domínio dos conteúdos contratuais pelo público a que anteriormente aludimos, sendo que o banco ao decidir subir a taxa de juros de forma unilateral o cliente sendo a parte desfavorecida ou débil no contrato e associado ao fraco domínio das cláusulas que regem esses contratos sujeita-se de qualquer forma até ao fim da prestação.

Por via disso, julgamos haver uma necessidade de cultivar-se o interesse pela cultura de conteúdos bancários, intensificando-se a divulgação da informação sobre a concessão de crédito, mais do que isso, quando os juros sobem, as prestações mantêm-se altas e quando baixam raramente sucede o inverso, facto que preocupa o Governador do Banco Central.⁵⁴ Em Fevereiro de 2018 o Banco Central baixou as taxas de referência tendo o feito através de um comunicado de imprensa. Sucede que mesmo com o comunicado do Banco Central os

⁵³ WATY, Teodoro Andrade, op. cit., pp. 223 – 224.

⁵⁴ In Soico Televisão. Jornal da noite do dia 11 de Abril de 2018. O Governador do Banco de Moçambique reconhece que os bancos comerciais estão a aplicar taxas de juro elevadas, e quando o Banco Central baixa as taxas de referencia os Bancos comerciais mantem as taxas inalteradas.

principais Bancos comerciais Standard Bank, Millenium BIM e Banco Comercial de Investimentos, não tomaram à letra o referido comunicado tendo mantido altas as taxas de juros em pleno tempo de crise.⁵⁵

Esta situação vem legitimar a necessidade da intensificação da supervisão às instituições de crédito, produzindo instrumentos que imponham sanções severas visto que a resistência dos Bancos comerciais em obedecer aos instrumentos que regem a intermediação do dinheiro configura-se abuso de direito.

Outra questão digna de realce é a aplicação de taxas de juro, muitas vezes superior à terça parte da renda fixa familiar de forma unilateral sem uma comunicação prévia ao cliente lesando mais uma vez o cidadão alegando o Banco ter feito a menção da cláusula *ius variandi* no conteúdo contratual. O *ius variandi* é um direito reconhecido às instituições bancárias de modificarem as condições económicas, *maxime* as taxas de juro acordadas sempre que a manutenção dos termos inicialmente ajustados envolva excessiva onerosidade. Este, não só opera nas operações activas (taxas de juros, encargos e outras comissões), mas também opera nas operações passivas (taxas de juros nos contratos de depósito a prazo).⁵⁶

Actualmente, com vista a acautelar situações exógenas associadas ao comportamento dos mercados que condicionam o preço do dinheiro as instituições bancárias inserem as cláusulas que permitem com que estes alterem de forma unilateral as condições económicas contratualmente acordadas. Trata-se de cláusulas automáticas cláusulas de adaptação ou cláusulas de estabilização que prevê eventos de mercado.

⁵⁵ CALDEIRA, Adérito, Banco de Moçambique volta a cortar taxas de referência, Maputo, publicado aos 05/02/2018. O Banco Comercial de Investimentos continuou com uma taxa de 38,25% nos créditos ao consumo e 37, 25% nos empréstimos de longo prazo, o Millenium Bim tinha uma taxa de 37,7% para créditos ao consumo e 35,75% para empréstimos de longo prazo e por fim o Standard Bank tinha uma taxa de 37% para o consumo e 31,25% para o crédito à habitação. As instituições financeiras de microcrédito também se mantiveram indiferentes às descidas das taxas de referência do Comunicado do BC a Oportunity Bank mexeu sua spread de 48% a qual acresce prime rate para os créditos ao consumo e para empréstimos de curto e longo prazo, o Socremo tinha 42, 25% onde acresce primarate para os réditos ao consumo e à habitação e aos empréstimos de curto prazo. No entanto houve algumas instituições que deram sinais positivos reduzindo algumas das suas margens nos produtos de crédito é o caso do FNB, Moza Banco, CPC e Societé General. <http://www.verdade.co.mz/tema-de-fundo/35-themadefundo/64810-banco-de-mocambique-volta-cortar-taxas-de-referencia-mas-bci-mbim-e-standard-bank-nao-baixam-taxas-de-juro> acessado no dia 15/09/2018.

⁵⁶ PAULINO, Augusto. op., cit., 201, p. 326.

Segundo Paulino⁵⁷ essas cláusulas não permitem a renegociação do contrato o que não dispensa a observância de certas formalidades previstas no clausulado contratual ou na legislação aplicável. Diversas destas cláusulas, existem as que permitem a renegociação do contrato sempre que a execução das obrigações contratuais se mostre excessivamente onerosa para uma das partes em resultado substancial da alteração das circunstâncias de índole económica, susceptível de afectar seriamente o equilíbrio contratual, trata-se da cláusula *hardship*⁵⁸.

Portanto, apesar da admissão da integração da cláusula *ius variandi*⁵⁹ no conteúdo contratual é necessário que nos preliminares do contrato o cliente seja comunicado sobre a existência desta cláusula, não só, como é necessário que durante a execução do contrato, verificada a oscilação do mercado se comunique por escrito o cliente sobre essa alteração. De facto, das entrevistas que levamos a cabo com os profissionais das instituições bancárias, muitos demonstraram a ausência de comunicação sobre a elevação do valor da prestação como consequência da subida das taxa de juros aos clientes cabendo a um e outro gestor de boa-fé que o fazia.

Com base neste contexto, a nossa questão é de até que ponto este processo nomeadamente a passagem da margem de 1/3 fixada no contrato dá razão para a resolução ou modificação do contrato com base no artigo 437 CC?

Como se descortina na realidade, dentre vários contratos de mútuo de escopo existentes o crédito ao consumo, é o que pela sua importância económica e social se reveste de maior destaque no ordenamento jurídico moçambicano, do qual passaremos a nos ocupar.

⁵⁷ Idem, p. 324.

⁵⁸ Cláusula de *hardship* é um meio utilizado pelas partes quando o contrato necessitar de readaptação em virtude de uma alteração das circunstâncias inicialmente pactuadas decorrente de um acontecimento substancial que resulta num rigor injusto à uma das partes. www.repositorio.uportu.pt. consultado no dia 12.09.2018 pelas 19horas.

⁵⁹ Os contratos bancários são negócios jurídicos e por via disso sujeitos ao regime geral dos negócios jurídicos o previsto no n°1 do art. 406 do CCiv. Na prática bancária mormente nos contratos de concessão de crédito, a regra é segundo Paulino⁵⁹ a de alteração do programa contratual, em especial de uma cláusula essencial a da taxa de juros.

1.2.3. Crédito ao consumo

O Crédito ao consumo é visto por Waty⁶⁰ como um fenómeno da popularização da Banca; permitindo o acesso das camadas da população com menor capacidade económica a múltiplos bens de equipamento e de consumo.

Carmo⁶¹ define o crédito ao consumo como sendo a venda a prestações, efectuada no âmbito das relações de consumo, realizada por um profissional à pessoa singular que actue com objectivos alheios à sua actividade comercial ou profissional.

Decerto, este tipo de crédito traz para a clientela (consumidor) uma vantagem e desvantagem em simultâneo, na medida em que facilita o acesso ao financiamento para as camadas mais débeis, como também o recurso por essas pessoas a este meio de financiamento leva com que estas assumam débitos superiores às suas possibilidades de pagamento concretamente quando os juros sobem devido às variações do mercado.

O crédito ao consumo está ligado ao comércio de coisas móveis não consumíveis, financiamento de serviços, despesas socialmente úteis e outros e a sua formação está sujeita a deveres pré contratuais de informação de assistência e de solvabilidade do consumidor.⁶²

No Direito Português esta matéria encontra-se essencialmente regulada no Dec-Lei n.º133/2009 de 2 de Junho, que resulta da transposição da Directiva n.º 2008/48/CE do Parlamento Europeu republicado pelo Decreto-Lei n.º42-A/2013, de 28 de Março, e do Conselho de 23 de Abril relativa aos contratos de crédito aos consumidores.

Vasconcelos⁶³ aduz que as regras plasmadas no Decreto – Lei supra citado só se aplicam aos contratos celebrados entre as instituições de crédito ou sociedades financeiras e os consumidores (art.º 1 n.º2 do Dec-Lei n.º133/2009, de 2 de Junho).

De acordo com a alínea c) n.º1 do art.4 do Dec-Lei n.º133/2009 de 2 de Junho, o contrato de crédito é o contrato pelo qual um credor concede ou promete conceder crédito a um consumidor sob forma de deferimento de pagamento, mútuo, utilização de cartão de

⁶⁰WATY, Teodoro Andrade, op. cit., p. 223.

⁶¹CARMO, Cunha Leal., op. cit., P.74.

⁶²WATY, Teodoro Andrade, op. cit., p.223.

⁶³VASCONCELOS, Miguel Pestana, op., cit., 2018, p. 335.

crédito, ou qualquer outro acordo de financiamento semelhante. Estão excluídos deste regime os contratos em que o consumidor deva entregar ao credor um bem em penhor e que a responsabilidade do consumidor se limite exclusivamente a essa garantia. (art.2 n.º1 alínea m) do Dec-Lei n.º133/2009 de 2 de Junho.

Importa ainda neste âmbito conceituar dois termos preponderantes para a percepção deste subtítulo. Consumidor é a pessoa singular que nos negócios jurídicos abrangidos pelo decreto ora referenciado actua com objectivos alheios à sua actividade comercial ou profissional. Enquanto para a LDC consumidor é todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados ao uso não profissional, ou tarifa por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios.

De acordo com o Decreto-Lei 133/2009 de 2 de Junho, Credor é a pessoa singular ou colectiva que concede ou que promete conceder um crédito no exercício da sua actividade comercial ou profissional. Enquanto para Carmo⁶⁴ credor num contrato de crédito ao consumo é a pessoa singular ou colectiva que, no exercício da sua actividade comercial ou profissional concede crédito.

Portanto, o conceito de credor circunscreve-se no exercício da actividade pela pessoa singular ou colectiva que exerça a sua actividade comercial como sua profissão, o que significa que todo aquele que concede ou promete conceder crédito ao outrem, sem que essa seja a sua profissão não se pode considerar credor.

No ordenamento jurídico moçambicano a tutela do consumidor no geral está consagrada na LDC a Lei n.º22/2009, de 28 de Setembro, no Aviso n.º1/GBM/ 2014, de 4 de Junho, como também acautelou o legislador constitucional no seu artigo 92 o direito dos consumidores à qualidade de bens e serviços consumidos, à informação e a formação, à protecção da saúde, da segurança dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.

⁶⁴ CARMO, F.Cunha Leal, Dicionário Jurídico, Contratos e Obrigações, 2015. p.76

No entanto, o dever de informar a cargo das instituições de crédito (Bancos) decorre de entre outros instrumentos da (CRM), do Código de Conduta das Instituições Bancárias⁶⁵ LDC⁶⁶ e seu regulamento do RCB, do CCiv, especificamente o recurso ao princípio de boa-fé artigo 227 n° 1⁶⁷ nos preliminares da formação do contrato, assim como ao recurso do artigo 762 n° 2 ao longo da sua execução⁶⁸. Apesar de as instituições bancárias estarem ancoradas ao princípio de boa-fé nas relações de consumo para com os clientes, falta o dever especial ou a fonte que possa nortear a conduta exigível para cada caso concreto,

É nesse sentido que Paulino⁶⁹ considera que

a boa fé aplicada à fase pré – negocial, obriga as partes, nomeadamente, aos deveres de esclarecer, notificar, revelar, comunicar, e inclusive aconselhar sob pena de responsabilidade civil pelos danos culposamente causados à outra parte.

Estes deveres são necessários, principalmente nos dias actuais em que o crédito ao consumo virou popular atingindo todas as camadas, economicamente e intelectualmente fracas. Isto é, estas camadas, desconhecem os seus direitos. O artigo 573 do CCiv estabelece que a obrigação de informação existe, sempre que o titular de um direito tenha dúvida

⁶⁵ Os Códigos de conduta são elaborados pelas associações representativas das instituições de crédito e sociedades financeiras e são obrigatoriamente levados ao conhecimento do Banco Central o Banco de Moçambique. Embora tais códigos se afigurem ineficazes quanto ao seu conhecimento pela sociedade pelo facto destes não resultarem de um texto legal o que a nosso ver deviam estar expressamente contemplados em um instrumento legal o que de certa forma atribuir-lhes-ia uma força vinculativa e garantiria a sua publicidade. Sobre este assunto *vide* PAULINO Augusto, op. cit., 2017. p.316, socorrendo-se do n° 1 do art. 5 do CCiv entende que o reconhecimento da vinculatividade das normas extralegais como é o caso do código de conduta não podem depender da publicação no Boletim da República desde que não contrariem os valores e princípios fundamentais da Constituição. Para este o código de conduta deve ser conhecida dada a sua relevância e por via disso ser considerado como fonte de Direito Bancário Moçambicano, vinculando essas instituições não apenas nas relações entre si, como também perante os consumidores dos respectivos produtos e serviços.

P.316.

⁶⁶ A LDC consagra o direito à informação e o correlativo dever de informar de forma clara ao consumidor vide artigos 9 e 10 bem como as normas especiais aplicáveis à actividade bancária. As ditas normas impõem aos bancos o dever de informar e de se informar sobre as taxas que praticam nas operações que estejam autorizadas a realizar, sobre o preço dos serviços prestados e outros encargos por eles suportados, extractos de contas solicitadas pelos clientes, bem assim o de prestar esclarecimentos sobre as cláusulas contratuais gerais bancárias (art. 45° da LICSF).

⁶⁷ "o artigo 227°/1 impõe que quem negoceia com outrem para a conclusão de um contrato, deve tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé"

⁶⁸ " No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé."

⁶⁹ PAULINO, Augusto, op. cit., p. 281.

fundada acerca da sua existência ou do seu conteúdo e outrem esteja em condições de prestar informações necessárias.

Esta questão do não conhecimento dos direitos e a fraca capacidade de domínio sobre a linguagem técnica bancária pelo consumidor e associada a falta da cultura jurídica, afastam de uma certa forma a responsabilidade civil, por parte dos agentes das instituições bancárias.

Ora, dos modelos de contrato de mútuo bancário para concessão de crédito de certas instituições bancárias nacionais que tivemos contacto, as condições gerais aparecem em letras muito pequenas que logo a primeira induzem ao leitor a desistir de ler. Segundo a cláusula que diz respeito a indexação das rendas em razão da variação do mercado (cláusula *ius variandi*)⁷⁰ aparece como outras condições, para além de constar da última página do contrato, o que faz com que muitos consumidores não se apercebam da existência desta cláusula.

Face a estas situações, entendemos que no âmbito da contratação, o consumidor devia ser informado sobre os preliminares que regem o contrato e as respectivas cláusulas, para que este possa ao menos acautelar-se de futuros prejuízos. Não só, Paulino⁷¹ sustenta que o *ius variandi* pode envolver situações de abuso de direito, que é necessário acautelar. Tal abuso pode traduzir-se em manter inalterada a própria margem de lucro ou ainda imputar aos clientes os custos derivados de uma gestão imprudente.

Certamente, para eliminar estes abusos afigura-se necessário o controlo legal que pode ser por via administrativa ou judicial⁷² dos contratos contendo a previsão da cláusula *ius variandi*, para garantir os princípios da estabilidade das relações jurídicas. Não obstante, o CCom (art. 471) e a LDC (art. 22) preverem o controlo legal das cláusulas abusivas consideramos que o fazem de forma genérica carecendo deste modo de aclaração.

⁷⁰ Segundo PAULINO, Augusto, op. cit., p.333. Na ordem jurídica moçambicana, o instituto de *ius variandi* nos contratos bancários, não surge consagrado de forma expressa e na dimensão que devia merecer, salvo no que respeita aos contratos de emissão de cartões de pagamento.

⁷¹ Idem. p. 328.

⁷² Relativamente ao controlo administrativo nos referimos a supervisão do Banco Central às instituições bancárias ou a uniformização das formulações contratuais.

Para Paulino⁷³ o exercício do *ius variandi* pode ser considerado ilegítimo quando contraria os princípios da boa-fé e da equidade, não for comunicado e imponha ao contratante passivo um sacrifício excessivo e desproporcional.

Para a matéria em análise entendemos que, este instituto é ilegítimo *ab initio* pelo facto de admitir a alteração do contrato de forma unilateral, segundo pela prática doméstica de ausência de informação atempada e íntegra ao cliente e por fim por tornar a obrigação onerosa para a contraparte.

Diante do exposto, e considerando a primazia que é concedida às instituições bancárias ao uso do *ius variandi* há que se esclarecer os limites da sua admissibilidade, os quais deverão ser traçados à luz dos princípios da boa-fé e de equidade através de regulação da matéria pelo legislador.

Ademais, apesar de já se ter regulamentado a LDC, consideramos ainda haver necessidade de aprovação de mais instrumentos específicos visto que o Decreto 27/2016 de 18 de Julho que aprova o Regulamento da LDC quase faz a transcrição dos conteúdos constantes da própria lei.

CAPÍTULO II: DA ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS

Em Direito civil, diz-se alteração das circunstâncias a modificação do condicionalismo que rodeia a celebração dos contratos⁷⁴. Pode também corresponder a uma situação em que se verifica a contradição entre o princípio da autonomia privada que exige o cumprimento pontual do contrato e o princípio de boa-fé nos termos em que seria ilícito exigir de uma das partes o cumprimento das suas obrigações, sempre que seja verificada uma alteração do estado das coisas posterior à celebração do contrato e que provoque um desequilíbrio das prestações gravemente lesivas para essa parte.

A alteração do estado das coisas pode segundo veremos mais adiante ser reconhecida eficácia jurídica admitindo nesses casos modificações no contrato atingido, ou a sua

⁷³ PAULINO, Augusto, op. cit., p.331.

⁷⁴ CORDEIRO, António Menezes, Direito das Obrigações: Cumprimento e não cumprimento Transmissão, modificação e extinção garantias, IX, Almedina, 2014.

resolução mas para uma melhor compreensão deste instituto e do seu regime jurídico afigura-se necessário e importante estudar a sua origem e evolução.

2.1. Origem, desenvolvimento e regime Jurídico

Os contratos constituem a principal fonte de obrigações, sobretudo pela sua frequência com que ocorrem e relevância dos direitos e das obrigações que deles resultam. Obviamente, as pessoas celebram contratos com objectivo de dar estabilidade aos seus interesses, vontades e na expectativa que os mesmos sejam integralmente cumpridos.

Todavia, a dinâmica das sociedades humanas esta sujeita à avanços e retrocessos, sejam eles políticos, sociais, económicos, culturais, ambientais, entre outros. É neste contexto que, a realidade que envolve inicialmente o negócio jurídico pode sofrer alteração. Para tal, a doutrina tem vindo a tentar ensaiar soluções que permitam a uma estabilidade às partes sempre que se verifique a alteração das circunstâncias.

No entanto, várias escolas de pensamento, procuraram compreender o contexto desta alteração com destaque para as teorias de *rebus sic stantibus*, da imprevisão, da pressuposição e da base de negócio.

Com raízes na tradição Greco – romana, a alteração das circunstâncias ganhou relevância jurídica na idade média a partir do século XII, através dos canonistas com a afirmação da doutrina *rebus sic stantibus*, inerente aos contratos de longa duração, determinando-se que estes só continuariam em vigor se o estado de coisas em cujas circunstâncias haviam sido celebrados se mantivesse, ou seja, variando as circunstâncias por causa das quais contratamos haveria uma *repercussão* no vínculo assumido⁷⁵ ou a vigência contratual dependia da manutenção do *status quo* próprio do momento da conclusão, sem o que a eficácia dos pactos ficava comprometida.

Muito bem contextualizada com os valores da idade média, Telles⁷⁶ defende que a doutrina *rebus sic stantibus* foi um instrumento de realização de uma ideia de Justiça superior, a que os espíritos eram sensíveis. Porém, a partir do século XVI com o início do

⁷⁵ CORDEIRO, Menezes, Direito das Obrigações, Lisboa, 1986, p.143; TELLES, Inocência Galvão, Manual dos contratos em Geral, 2010, p.337 – 338; COSTA, Mário Júlio de Almeida, Direito das Obrigações, 2009, p.324.

⁷⁶ TELLES, Inocência Galvão, op, cit., 2010. P.338.

humanismo, a exaltação da vontade individual como valor superior, a doutrina entrou em declínio, isto é os juristas do século XVI passaram em silêncio a temática da cláusula.

Nas palavras de Costa⁷⁷ as codificações do século XVIII não consagraram muita atenção a esta doutrina considerando-a imprecisa. Para Cordeiro⁷⁸ a pouca atenção a esta doutrina neste período deveu-se às ideias liberais, tendo conduzido a outras explicações técnicas.

Depois da teoria *rebus sic stantibus*, WINDSHEID no Século XIX, tentou resolver o problema da teoria de pressuposição⁷⁹ baseada em auto-limitação da vontade, que podia ser expressa ou tácita, mas cognoscível pela outra parte, que determinaria que a declaração da vontade ficasse dependente de um determinado estado das coisas.⁸⁰

Na perspectiva de LEHMANN, a pressuposição só é relevante quando se torna conhecida ou cognoscível da outra parte no momento da celebração do negócio e desde que se conclua que esta, se lhe tivesse sido proposta a subordinação do negócio à verificação da circunstância pressuposta, aceitaria tal condicionamento ou, pelo menos, deveria tê-lo aceite de acordo com a boa fé.⁸¹

Esta teoria sofreu críticas pelo facto de que facilita em termos inoportunos a revogação do contrato e consequentemente oferece pouca e satisfatória defesa das justas expectativas do declaratório e da segurança necessária ao comércio jurídico. No entendimento de Costa⁸² a teoria conduz a denegação do princípio da estabilidade do contrato mesmo que a sua manutenção não afecte de modo expressivo a boa-fé.

Em 1921 (XX) surge a terceira teoria introduzida pelo OERTMAN a teoria de base do negócio em contraposição à teoria da pressuposição, sendo esta a representação da vontade de uma das partes manifestada no momento da conclusão do negócio, cujo conteúdo

⁷⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida, op, cit., 2009, p. 325

⁷⁸ CORDEIRO, Menezes, op, cit., 1986. p. 144

⁷⁹ Para esta teoria o contrato só podia ser objecto de resolução quando deixasse se se verificar determinadas circunstâncias que qualquer uma das partes no momento da celebração do contrato, expressa ou tacitamente tenha suposto verificar-se e por causa da qual celebrou o contrato. De certeza esta teoria pecava por ter como fundamento a suposição de determinadas circunstâncias que motivavam à uma das partes para celebrar o contrato.

⁸⁰ CORDEIRO, António Menezes, Da boa fé no Direito Civil,2001. p. 1031

⁸¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida, op, cit., 2009. Pp.328 -329

⁸² COSTA, Mário Júlio de Almeida, op, cit., 2009.p. 327

é reconhecido e não rejeitado pela contraparte. Ou a representação comum de ambas partes sobre a existência ou verificação de determinadas circunstâncias, com base nas quais é constituída a vontade negocial. Leitão⁸³ entende que a tese sustentada por OERTMAN teve grande sucesso, mas também passível de críticas. Contudo, actualmente discute-se o seu desaparecimento como sendo relacionado com a alteração das circunstâncias, visto que para a alteração das circunstâncias actuar assente na base do negócio teria que estar prevista no próprio contrato, através da representação das partes e sendo a alteração das circunstâncias imprevisível, a base de negócio não oferece resposta, havendo assim a intervenção do direito subjectivo.

Olhando para as diferenças entre a base de negócio e a pressuposição Leitão⁸⁴ afirma que a grande diferença entre a pressuposição e a base do negócio consiste no facto de a primeira ser o fundamento ou elemento de uma única declaração negocial enquanto a segunda refere-se a ambas declarações, isto é a todo negócio e é juridicamente relevante através do princípio de boa-fé.

Sem dúvida, este debate levantou questões sobre até que ponto estas teorias não estariam sendo subjectivas. Foi portanto, com o objectivo de solucionar este diferendo que LARENZ tentou conciliar estas correntes contraditórias, sustentando que haveria lugar para uma base de negócio subjectiva e uma base de negócio objectiva⁸⁵

Pois, LARENZ defende a base de negócio como sendo subjectiva, porque a sua conclusão é baseada nas expectativas das partes, sendo que, se as mesmas conhecessem a inexactidão, o negócio não teria sido celebrado com esse conteúdo e base de negócio objectivo:

Abrangeria qualquer circunstância cuja verificação ou manutenção seja objectivamente necessária para que o contrato possa subsistir como uma regulação que faça sentido. Em consequência verificar-se-ia o seu desaparecimento nas hipóteses de perturbação

⁸³ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. Direito das Obrigações: Transmissão e extinção das obrigações, não cumprimento e garantias de crédito. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 2008.p.131.

⁸⁴ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes p.131.

⁸⁵ TELLES, Inocêncio Galvão. Direito das Obrigações. 7ª Ed. Lisboa: Coimbra, 2010.p.341; COSTA, Mário Júlio de Almeida, op, cit., 2009. Pp.328 -329; LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, op, cit., 2008. p.132; CORDEIRO, António Menezes, op, cit., 1986. p.145.

da equivalência contratual ou quando no contrato se estabeleceu um fim essencial que posteriormente se verifica como inatingível.⁸⁶

Efectivamente, a base negocial subjectiva compreenderia as representações mentais de que os contraentes partiram do seu acordo, e que lhe serviram de orientação e a base negocial objectiva refere-se ao conjunto de circunstâncias cuja existência e persistência do próprio contrato exige de acordo com o seu sentido, fim ou objecto, independentemente de as partes as representarem.

Igualmente, LARENZ apontou dois grupos fundamentais, mas não exclusivos, de casos em que se quebra a base negocial objectiva: os de destruição ou *turbação da equivalência* das prestações, quando as obrigações de ambas as partes num contrato bilateral se tornam uma *grosseira não relação*, mercê, por exemplo, da ruína da moeda, das alterações legislativas, de eventos políticos; e os de *inatingibilidade definitiva do fim* essencial objectivo do contrato, expresso de qualquer modo no conteúdo deste e reconhecido por ambas as partes.⁸⁷

No contexto deste debate, duas perspectivas se desenvolveram. Uma defendida por FIKENTSCHER quando veio colocar a questão da base do negócio no âmbito da tutela da confiança e da distribuição do risco contratual, entendendo que ela reside numa base de confiança de uma das partes em determinadas circunstâncias, que não fazendo parte da distribuição do risco contratual, têm, no entanto, um significado tão grande no risco do contrato, que o desvio da realidade em relação à representação das partes relativamente ao fim contratual torna insuportável a manutenção do contrato.⁸⁸

O século XIX foi o auge das codificações, tendo se verificado a quebra da unidade do Direito Europeu e as reflexões sobre a alteração das circunstâncias passa a ter caminhos diferentes entre alguns países europeus, principalmente, em França, Itália, Portugal e Alemanha, como a tabela a seguir apresenta as diferenças.

Tabela 1. Países e relação com a alteração das circunstâncias.

⁸⁶ LEITÃO Luis Manuel Telles de Menezes, op, cit.,p.132.

⁸⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida, op, cit., P.328.

⁸⁸ LEITÃO, op, cit.,p.132.

Países	Codi ficação	Princ ipais teorias	Alteração das circunstâncias
França	Códi go Napoleão – 1804	Teori a de imprevisão	O código ignorou completamente o tema. Mas, o Direito Administrativo reconhecia – o através da teoria.
Itália	Códi go Italiano – 1865		O código ignorou o tema. Mas ressaltou apelos à doutrina <i>rebus sic stantibus</i> .
Portugal	Códi go Civil – 1867		O código ignorou o tema.
Aleman hã	Códi go Civil (BGB)- 1896	Teori a da pressuposiçã o ⁸⁹ - WINDSCHE ID	Depois de muitas hesitações que levaram a alguns países a regressarem para à cláusula <i>rebus sic stantiibus</i> , o tema da alteração das circunstâncias foi aceite neste país pela Jurisprudência de modo a evitar flagrantes iniquidades com base na boa-fé

Fonte: Adaptado de Telles, 2010, p.338 – 342.

Efectivamente, apesar do silêncio do BGB em relação à temática da alteração das circunstâncias, esta foi reconhecida pela jurisprudência alemã em casos de particular injustiça com base na ideia de boa-fé. De facto, esta ideia foi sendo utilizada de forma casuística, com objectivo de evitar flagrantes injustiças. Foi neste contexto que, Telles⁹⁰ OERTMAN formulou a ideia de “base de negócio”, como uma forma verbal de solução real de um problema. Para Telles⁹¹ o debate sobre a base de negócio e a alteração das circunstâncias está no facto de serem considerados a mesma coisa, quando na verdade são completamente diferentes. Pois, a base de negócio no erro é unilateral porque respeita exclusivamente ao errante, enquanto a base de negócio na alteração das circunstâncias é bilateral respeita simultaneamente os dois contratantes.

Esta separação, vem legitimar a situação do consentimento dos contraentes (n° 1 do art. 406 do CCiv) em caso de modificação ou resolução do contrato por alteração das circunstâncias. Porquanto, o n° 1 do art. 437 do CCiv dispõe que acentuadamente das circunstâncias em que as partes (plural) fundaram a decisão de contratar e nunca se refere as

⁸⁹ Segundo Costa (2009) chama-se *pressuposição (...) à circunstância ou situação pressuposta e ao próprio estado de espírito de pressuponente (p.326)*.

⁹⁰ TELLES, Inocêncio Galvão, Manual dos contratos no Geral, 2010. P. 341.

⁹¹ Idem, 2010.p.344

circunstâncias em que o lesado (singular) com a superveniente modificação teria tomado a sua decisão. Tanto que, só haverá lesado futuramente ou eventualmente, se as circunstâncias em que as partes decidiram contratar vierem a sofrer uma modificação que torne o contrato prejudicial para um deles (lesado).

Sem dúvida, a questão da boa-fé foi introduzida por KRUCKMANN e divulgada por LEHMANN. Segundo Cordeiro⁹² seria Carvalho Fernandes que introduziria a «teoria da imprevisão», como sendo parte do Direito das Obrigações, com carácter objectivo e por fim, a possibilidade de compreender de forma integral a lógica do instituto da imprevisão⁹³.

Para Telles⁹⁴ não existe incompatibilidade entre o regime legal da alteração das circunstâncias e a teoria de imprevisão, na medida em que a alteração anormal do n.º 1 do art. 437 do CCiv é mesmo imprevisível. Evidentemente, que se a alteração das circunstâncias fosse previsível, não faria sentido o regime legal, pois não seria razoável que pudesse resolver-se ou modificar-se o contrato com base numa alteração susceptível de ser prevista.

É deste modo que Carvalho Fernandes *Apud* Cordeiro⁹⁵ ao enquadrar os requisitos a que deve obedecer a teoria da imprevisão apresenta os seguintes: a) a teoria deve ter carácter objectivo, b) deve fornecer uma integral compreensão lógica do instituto da imprevisão e c) deve ser entendida como um princípio do Direito das obrigações.

Neste contexto, entende-se que a alteração das circunstâncias provoca uma perturbação na cooperação justificativa de cada obrigação, quando entendida como o direito de cooperação social daí a necessidade de modificar ou resolver. De facto, trata-se de uma colaboração intersubjectiva normativamente informada de boa-fé.

Por conseguinte, os Códigos Civis Italiano (art.1467), Grego (art. 388) dispõem sobre acontecimentos extraordinários e imprevisíveis ao se referirem a alteração anormal das circunstâncias. Dai que certos autores, não se pronunciam em termos categóricos, mas para estes a anormalidade e a imprevisibilidade se sobrepõe.

⁹² CORDEIRO, Menezes, op. cit., 1986 p. 147

⁹³ A teoria de imprevisão foi a grande impulsionadora da alteração das circunstâncias nos termos em que impôs que a alteração das circunstâncias fosse imprevisível e que determinasse uma modificação radical das condições em que o contrato devia ser cumprido.

⁹⁴ TELLES, Inocêncio Galvão, op. cit., 2010. P. 350.

⁹⁵ CORDEIRO, Menezes, op. cit., 1986. p. 146.

De salientar que as várias teorias aqui expostas estabelecem, conforme sabemos, soluções que, demandam a conciliação da relevância da vontade presumível do declarante com as expectativas do declaratório e o interesse público da estabilidade dos contratos. Nas palavras de Costa visa-se harmonizar as exigências de justiça com a segurança do comércio jurídico.

Com base no exposto acima é possível notar que estas teorias foram e ainda servem de grandes suportes para as posteriores revisões dos códigos civis de vários países e escolas que passaram a incluir a questão da alteração das circunstâncias, como é o caso do nosso ordenamento jurídico que inclui o instituto no Código Civil.

2.2. Delimitação dogmática da alteração das circunstâncias.

a) O erro

A representação mental de falsa realidade que funciona como motivo do acto designa-se de erro. No presente trabalho, destacamos o erro como vício que segundo Carmo⁹⁶ é a ignorância ou a falsa representação da realidade que atinge os motivos determinantes da vontade. Ocorrendo o erro sobre os motivos o contrato só é anulável se as partes houverem reconhecido por acordo a essencialidade do motivo.

A alteração das circunstâncias, não pode ser confundida com o erro sobre os motivos que constituem a base do negócio art. 252 n° 2 do Código Civil, na medida em que o erro da base do negócio é um vício que inquinou a própria formação do negócio e não uma vicissitude que apareceu no decurso da sua execução.

Assim sendo, podemos entender que estaremos perante um erro sobre os motivos, quando há uma alteração previsível das circunstâncias que as partes representaram, sendo estável e quando haja uma alteração imprevisível das circunstâncias estaremos no âmbito da aplicação do instituto da alteração das circunstâncias art. 437 do CCiv.

⁹⁶ CARMO, F. Cunha Leal, op. cit., 2015. p. 110.

De facto, na alteração previsível só existe o erro das partes, razão pela qual se entende com unanimidade na doutrina Portuguesa que a alteração verdadeira deve ser imprevisível.⁹⁷

Para Cordeiro este entendimento é correcto e clarificador tendo contribuído para que o Cciv autonomizasse o erro sobre a base do negócio no art. 252 n.º2 que determina que:

Se o erro do declarante, recair sobre as circunstâncias que constituem a base do negócio, é lhe aplicável o disposto sobre a resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias no momento em que o negócio foi concluído.⁹⁸

Para o autor a “base de negócio” é meramente uma construção doutrinária, cientificamente desenvolvida, que não deveria ter assento numa lei, sendo, por isso considerada actualmente como uma fórmula vazia, mas também a base subjectiva tem sido afastada do domínio da alteração das circunstâncias para ser reconduzida ao campo que por lei lhe compete o do erro.

Todavia, não é esse o entendimento do legislador de 1966 do CCiv porque inseriu a locução “base de negócio” e considera-a relativa ao erro, mas não para ser aplicada no regime do erro, mas no regime de alteração das circunstâncias, por isso, defende Cordeiro que a doutrina apelando ao elemento sistemático de interpretação iniciou uma aproximação entre o “erro sobre a base do negócio” e o regime do erro, o que resultou num aperfeiçoamento da delimitação da alteração das circunstâncias.⁹⁹

b) Risco e a impossibilidade

O risco é considerado o segundo factor da delimitação da alteração das circunstâncias e este surge a partir da impossibilidade de prever o comportamento futuro para o processo de tomada de decisão, razão pela qual é entendido como sendo o

⁹⁷ CORDEIRO, Menezes Tratado de Direito Civil IX: Cumprimento e não Cumprimento Transmissão Modificação e Extinção Garantias. 1ª ed. Reimp. V.IV. Coimbra: Almedina, 2014, p 291.

⁹⁸ N.º 2 do art. 252 do CCiv.

⁹⁹ MENEZES Cordeiro, op. cit., 2014, p. 292.

“conjunto de regras que imputam, a alguma das partes, o dano superveniente resultante da alteração”¹⁰⁰ e dependente do tipo de contrato, o risco distribui-se pelos seus intervenientes.

Assim, a teoria do risco parte de regra segundo a qual o dano é comportado pela esfera jurídica onde se verifique¹⁰¹. Contratar é sempre perigoso, razão pela qual muito atraente, cada parte no contrato sabe que o seu sucesso é o insucesso do outro, na medida em que a margem do risco é em simultâneo a margem do lucro, dito em outras palavras, o dano numa esfera é comumente uma mais-valia noutra. Isto vem defender a ideia de que, as partes ao contratar não tem interesses comuns, mas sim individuais, por isso, segundo a regra do princípio do risco as superveniências se repercutem apenas na esfera de quem as sofra. No entanto, Cordeiro, aduz

(...) que esta regra comportaria limites que pela negativa, dariam o âmbito da eficácia da alteração das circunstâncias e para além de certas margens o dano superveniente ultrapassaria a margem inerente à contratação e haveria de se repercutir o dano em outras esferas jurídicas em especial as da contraparte.¹⁰²

A disposição da alteração das circunstâncias como tema da distribuição do risco, corresponde a uma forma enriquecedora de ver o problema, porque permite um ponto de partida para novas discussões, sendo que, só por si, não resolvendo teria que recorrer ao Direito objectivo e à vontade das partes (Direito subjectivo).

No CCiv encontram-se regras gerais que regulam o risco nas situações jurídicas (arts. 796 e 807 do Cciv) e, também, normas especiais (casos do art. 1144 relativo ao risco no contrato de mútuo), entre outros.¹⁰³ E as normas de risco têm natureza supletiva, podendo as partes fixar um regime diferente no contrato. Efectivamente, o

¹⁰⁰ Idem, P.293.

¹⁰¹ CORDEIRO, Menezes, op, cit., p. 284. *Casum sentit dominus, the loss lies where it fall.*

¹⁰² Idem, op, cit., p. 284.

¹⁰³ Mútuo é o contrato pelo qual uma das partes empresta à outra dinheiro ou coisa fungível, ficando a segunda obrigada a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade. Art. 1142º do CCiv. Os contratos de mútuo já incluem um valor inerente ao próprio risco do contrato para casos de incumprimento, perda de emprego principalmente os contratos bancários com funcionários públicos. A adopção de certos modelos contratuais revela com frequência uma intenção de dispor sobre o risco.

risco e a impossibilidade apresentam-se como sendo o segundo factor de delimitação da alteração das circunstâncias e, fá-lo, negativamente, mormente sempre que se verificar situações que remetam para o risco, as regras da alteração das circunstâncias devem ser preteridas.¹⁰⁴

Porém, segundo Cordeiro¹⁰⁵ o risco implica sempre um dano casual, por isso, anormal e imprevisível, sendo assim, todo o regime do risco ficaria inutilizado, caindo-se na alteração das circunstâncias.

Mais do que isso, a necessidade de segurança nas sociedades modernas exige uma boa planificação da distribuição do risco, o que tem permitido seu suporte, tais são os casos das seguradoras. Como dissemos anteriormente, o nosso objectivo não é analisar os contratos em geral, mas sim os contratos de mútuo bancário em especial tomando em consideração que todo o contrato celebrado tem os seus riscos.¹⁰⁶

Certamente que, nos contratos que envolvem a transmissão de propriedade da coisa e nos que constituem ou transferem outro direito real sobre ela, o risco de deterioração ou perecimento corre regra geral por conta do adquirente conforme dispõe o art. 796 do CCiv, como também será aplicado em casos de colisão de regimes e de situação que abrange os riscos próprios do contrato.

Seguramente que, nos contratos de mútuo bancário já está garantida a questão da cobertura do risco via contrato de seguro de protecção financeira que por sua vez garante o pagamento total ou parcial do financiamento caso algum imprevisto ocorra durante a vigência do contrato. São casos para cobertura a morte, invalidez total por acidente, incapacidade física e total temporária e o desemprego involuntário¹⁰⁷. Se

¹⁰⁴ Cfr. CORDEIRO, Menezes, *Da boa fé no Direito Civil*, 2001, p. 921. Em STA- 7- Novembro-1955, negou-se a revisão de uma empreitada para a construção de um Liceu em Lourenço Marques, com fundamento na subida dos salários, deu-se como desmostrado que a subida alegada era previsível na celebração do contrato e não se tornou impediendo da sua execução. Embora se considerando a imprevisão como princípio de Direito Administrativo assumiu-se a subida de salários como o risco próprio do contrato.

¹⁰⁵ CORDEIRO, Menezes, op, cit., 2001, p.297.

¹⁰⁶ Cfr. CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil*, 1ª ed. reimpr. 2014., risco é o dano superviniente resultante da alteração, p.292 ss..

¹⁰⁷ <http://www.bancovw.com.br/br/home/para-voce/automoveis/seguros/seguro-protECAo-financeira.html> consultado no dia 11.09.2018 pelas 12 horas e 40 minutos.

porém, os riscos excederem a aléa normal definida no art. 796 do CCiv poderá ser seguida a orientação do art. 437 do CCiv.

c) A vontade das partes e a interpretação contratual

Como tivemos a oportunidade de mostrar na nossa primeira parte deste trabalho, a contratação é do âmbito privado, sendo que os efeitos desta são reportados no Direito objectivo, como as partes acordaram no domínio da liberdade contratual (artigo 405º do Código Civil).

A vontade das partes e a interpretação do contrato são, igualmente, determinantes para delimitar o âmbito de aplicação da alteração das circunstâncias, pois o artigo 437º 1 do Código Civil é de natureza supletiva, e intervêm somente quando as partes não tenham acordado num regime alternativo no contrato e dá espaço a aplicação do artigo 437º 1, mas sempre em referência a boa fé.¹⁰⁸

A vontade das partes pode actuar na alteração das circunstâncias por várias vias, primeiro quando se verificar com base na interpretação contratual, que certo dispositivo integrado no negócio é aparentemente atingido por uma certa modificação, não é na realidade, segundo a vontade das partes, tal como se depreende da interpretação contratual, estipulou, de modo directo para a eventualidade de superveniências clausulando que o contrato cessa se houver alterações inesperadas, quer convencionando um regime particular a funcionar perante modificações ambientais.

Numa terceira via as partes enquadram as alterações das circunstâncias através do regime de risco acordado e por último a aplicação do art. 437 nº 1 do Cciv delimitada pela vontade das partes e pela interpretação negocial apenas permitindo apurar em que medida o contrato foi atingido pelas superveniências.

¹⁰⁸ CORDEIRO, Menezes, op. cit., 2014, p.300.

d) A tutela da confiança

Este é o quarto factor da delimitação da alteração das circunstâncias, cuja efectivação é através de: i) disposições legais específicas, sobretudo quando se apresente situação concreta, onde a “pessoa acredita, legitimamente, num certo estado de coisas – ou o desconheça – recebendo, por esse motivo, uma vantagem que, de outro modo, não lhe seria concedida”; e ii) institutos legais, muitas das vezes ligados aos valores fundamentais da ordem jurídica e à boa fé em sentido objetivo.¹⁰⁹

Em síntese, para que a tutela se concretize é necessário estarmos perante uma situação justificada de confiança, imputável àquele que pretendia agir contra quem nessa confiança baseou uma determinada actuação jurídica. A tutela de confiança assenta em pressupostos diferentes dos da alteração das circunstâncias, delimitando negativamente o âmbito de aplicação deste instituto.¹¹⁰

Ademais, a tentativa de solucionar a alteração das circunstâncias recorrendo ao princípio de protecção da confiança foi desenvolvida a propósito da teoria do risco.¹¹¹ Este princípio estabelece que na celebração do contrato, as partes confiam, ou também podem confiar na manutenção de certas circunstâncias, em que a base de confiança abrange tudo o que não se integre no campo do risco contratual. Nos casos em que a confiança é ultrapassada a prestação torna-se exigível por força do princípio da boa fé

2.3. Da interpretação do artigo 437 do Código Civil

Cordeiro sintetiza a interpretação do art. 437 do CCiv em seis aspectos que nós os resumimos em cinco, nomeadamente, 1) o artigo estatui com vários conceitos indeterminados, com particular enfoque para o da boa fé, possível somente num caso concreto do âmbito dos tribunais; 2) o artigo 437º/1 somente aplica-se a alteração de circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar. Do ponto de vista

¹⁰⁹ CORDEIRO, Menezes, op. cit., 2014, p. 305.

¹¹⁰ Idem, p. 307.

¹¹¹ CORDEIRO, op. cit., p. 285, *apud* Wolfgang Fikentscher (1971) afirma que o risco é a expressão da autonomia privada, ao contratar, cada parte submete-se a um factor de insegurança e o risco proviniante é determinado pela interpretação do negócio, pelos costumes, pelas condições contratuais gerais e pela lei e isso delimita o conteúdo do contrato.

teórico enquadra-se no subjectivismo de OERTMANN; 3) a alteração deve ser anormal, isto é, ligado a imprevisibilidade; 4) deve haver uma parte lesada, mas a lei não se pronuncia acerca da envergadura do tal dano, remetendo simplesmente à boa fé. Aqui é onde está o âmago deste dispositivo, sobretudo porque apega-se a um conceito indeterminado; e 5) a exigência dos deveres assumidos não deve estar coberta pelos riscos próprios do contrato.¹¹²

Sem dúvida, o articulado acima visa em primeira linha o contrato, revestindo a alteração das circunstâncias, quer de eficácia modificativa, quer da resolutiva.¹¹³ Neste contexto, o pressuposto do regime do art. 437 do CCiv é a ocorrência de uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, anormalidade essa, que não deve frustrar a nenhum dos contraentes devendo por isso, ser acautelada para que não crie desequilíbrio entre as obrigações assumidas no negócio.

Efectivamente, Cordeiro aborda a questão das grandes alterações de circunstâncias em cinco ideias e que serão repartidas em três, nomeadamente, 1ª – existe um interesse especial em testar o artigo 437 do CCiv perante as grandes alterações de circunstâncias, isto é, “das modificações estruturais que venham bulir com a generalidade das variáveis económicas – sociais que caracterizam a sociedade.”¹¹⁴; 2ª – as grandes modificações ambientais são anormais, porque podem causar prejuízos de vulto e escapam, por vezes, a institutos já consagrados, devendo a jurisprudência ser

¹¹² CORDEIRO, Menezes, op. cit., 2014, pp. 221 – 225.

¹¹³ CORDEIRO, Menezes, op. cit., 1986 p. 141.

¹¹⁴ STJ 1387/11.5 TBBCL.GL.SL 7ª Secção, Granja de Fonseca, 10/10/2013- In <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/83a1d4ae8a10876180257c0600300716?OpenDocument>. Acessado em 16 de Março de 2016. Solicitou-se ao Tribunal a resolução do contrato de swap pelo facto de se ter verificado uma descida repentina e acentuada de taxa de juros, provocada pela crise mundial que se instalou a partir de 15/9/2008. As taxas desceram de 4,55% para 3,95% ultrapassando o limite barreira de juros estabelecidos pelas partes, provocando um desequilíbrio total no contrato, tendo se tornado intolerável em conformidade com a boa fé, que o lesado o suportasse.

ANTUNES, Engrácia José, *Os instrumentos Financeiros*, 2000, p. 167 define Swap como contrato pelo qual as partes se obrigam ao pagamento recíproco e futuro de duas quantias pecuniárias na mesma moeda ou em moedas diferentes, numa ou várias datas predeterminadas calculadas por referência a fluxos financeiros associados a um activo subjacente geralmente a uma taxa de câmbio ou juro.

muito cautelosa¹¹⁵ em relação as grandes alterações das circunstâncias; 3^a - o dever de cautela dos tribunais em face do fenómeno das grandes alterações de circunstâncias.¹¹⁶

Na verdade, há uma insistência na ponderação teleológica das fontes de Direito, devendo por isso, atender à intenção da lei, devendo para tal, tomar uma decisão articulada com o contexto onde se vai inserir, ponderando as consequências da tal decisão em relação a esse caso, em específico e na sociedade, no geral. Portanto, o artigo 437^o aplica-se nos casos em que não tenha aplicação qualquer outro instituto¹¹⁷ ou em situações que as partes não tenham anteriormente convencionado o regime a aplicar perante algumas superveniências.

2.4. A alteração das circunstâncias segundo o Código Civil Moçambicano, seu regime Jurídico.

O Código Civil prevê o instituto da alteração das circunstâncias no art. 437 segundo o qual:

Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada o direito à resolução do contrato, ou a sua modificação segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.

O artigo 437 n^o 1 do CCiv aplica-se a contratos de execução continuada, estando fora do seu âmbito de aplicação os contratos de execução imediata. Para Cordeiro¹¹⁸ o articulado

¹¹⁵ STJ 25 – Abri- 1974 recusou aplicar o artigo 437^o

¹¹⁶ www.salcaldeira.com 2015. P. 3, *Alteração das circunstâncias como fundamento da resolução do contrato de arrendamento*, n^o 83, Maputo 2015. Também pelo STJ foi emitida uma sentença a favor de uma inquilina que resolveu o contrato por alteração das circunstâncias. Inicialmente, as partes celebraram um contrato de arrendamento acreditando que no Edifício arrendado podia funcionar uma clínica médica. Entretanto, posteriormente na execução do contrato as partes ficaram a saber que o propósito específico do contrato e pelo âmbito alargado dos serviços da clínica, era necessária a unanimidade dos votos dos condo nomos para tal, onde alguns deles eram opostos às actividades da clínica. Estando assim em face de um evento que não podia ter sido previsto no momento da formalização do contrato. Assim o STJ entendeu e decidiu que a aludida alteração das circunstâncias estava de facto incluída no conceito do art. 437^o do CC, tendo por razão disso tornando válida a resolução do contrato.

¹¹⁷ TSJ 6-Abril- 1978, aplicou o art.437 n^o 1 em razão de uma alteração legislativa. António Manuel Rocha e Menezes Cordeiro, *da boa fé no Direito Civil*, cit., 2001, p. 930.

¹¹⁸ CORDEIRO, Menezes, *Direito das Obrigações*, Remp. Lisboa, 1986.Remp.1994, p.141

acima valida em primeira linha o contrato, revestindo a alteração das circunstâncias, quer de eficácia modificativa quer da resolutiva.

Neste contexto, o pressuposto do regime do art. 437 do CCiv é a ocorrência de uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, anormalidade essa que não deve frustrar nenhum dos contratantes devendo por isso, ser acautelada para que não crie desequilíbrio entre as obrigações assumidas no negócio.

Conforme nos pronunciamos acerca da fórmula da base de negócio, esta designação encontra-se no art. 252 n° 2 do CCiv que estabelece o seguinte:

Se o erro do declarante recair sobre as circunstâncias que constituem a base do negócio, é-lhe aplicável o disposto sobre a resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias no momento em que o negócio foi concluído.

Entende-se, que a nossa lei opera com o conceito base do negócio a propósito do erro-vício e da pressuposição que se referem respectivamente, as circunstâncias ou factos transactos, presentes ou futuros *sobre o error in futurum*, a posterior a celebração do contrato.

Evidentemente, o número 2 do art. 252 do CCiv incide sobre o erro da base do negócio como modalidade do erro sobre os motivos, que configuram a base do negócio, onde o mesmo faz uma remissão para o art. 437 do CCiv como sendo esse o regime a aplicar quando o erro recaia sobre as circunstâncias que constituem base do negócio, como a seguir fixa o n° 1 do art. 437 do CC:

Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito a resolução do contrato ou a modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios de boa-fé e não esteja coberta pelos riscos do próprio contrato.

O legislador moçambicano entendeu vantajosa a formulação de cláusulas contratuais gerais que permitam a jurisprudência, encontrar as soluções justas em contratos cujo equilíbrio tenha sofrido uma perturbação injusta, pela alteração das circunstâncias. É neste

contexto que, Telles¹¹⁹ entende que a disposição do n° 2 do art. 252 do CCiv não pode de modo algum ser tomado a letra, porque o preceito está a ocupar-se do erro do declarante sobre as circunstâncias que constituem base do negócio e manda aplicar à esse erro o

disposto nos artigos [437 a 439] sobre a resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias vigentes no momento em que foi concluído o negócio. Com efeito, um negócio afecto de erro - vício está sujeito à anulação e não à resolução, dependente de algo externo como é o caso da alteração das circunstâncias¹²⁰.

Note-se que o CCiv moçambicano não consagra expressamente qualquer das possíveis versões da base negocial, tendo preferido que ficasse o assunto ao cargo da Doutrina e da Jurisprudência desde que sempre seja observado o princípio de boa-fé.

Tendo como base as palavras de Cordeiro¹²¹ quando defende que a admissibilidade de modificar ou extinguir obrigações por alteração das circunstâncias deve ser procurada não em vontades reais ou presumíveis das partes, mas antes no condicionalismo objectivo ditado pela conjugação das realidades exteriores com ditames de boa-fé. Como podemos vislumbrar a nossa lei para além de fazer a remissão do artigo 252 n° 2 para o artigo 437 nada declara expressamente sobre os contratos que devam ser abrangidos pelo regime do 437 do CCiv deixando a cargo da doutrina, cabendo a esta determinar que só pode se aplicar para os contratos de execução continuada que é o caso do contrato de mútuo bancário mas desde que reunidos de forma cumulativa os respectivos requisitos.

Decerto, a referência feita no artigo 437 n° 1 à boa-fé dá em especial, à jurisprudência e à doutrina, uma margem larga de adaptação do preceito, por forma a compatibilizá-lo com realidades materiais e científicas muito distantes daquilo que jamais terá sido pensado pelos autores materiais do Cciv.

2.5. Das circunstâncias que levaram as partes a fundarem a decisão de contratar à sua alteração anormal.

¹¹⁹ TELLES, Inocêncio Galvão, op. cit., 2010. p. 343

¹²⁰ TELLES, Inocêncio Galvão, op. cit., 2010, p.43. e COSTA, Júlio de Almeida, 2009. p 333.

¹²¹ CORDEIRO, Menezes, op. cit., 1986. Remp. 1994. p.146.

Circunstância em que as partes fundaram a decisão de contratar referem-se as condições que determinaram as partes a contratar, de tal modo que se fossem outras não teriam contratado, ou tê-lo-iam feito, ou pretendido fazer, em termos diferentes¹²².

As condições em que as partes fundaram a sua decisão de negociar ou contratar são o próprio fundamento do negócio, daí que este, caducaria se essas circunstâncias fossem diferentes ou sofressem uma alteração essencial.

Obviamente que se trata de realidades concretas de que as partes não tiveram consciência e nem sequer pensaram nelas, ou realidades de que as partes tiveram consciência, mas convencendo-se de que não sofreriam uma alteração frustradora e significativa do seu intento negocial.

Também se pode considerar a possibilidade de as partes não terem imaginado nisso, ou podem ter imaginado, mas que tal facto teria lugar de uma forma irrelevante. Esta convicção inexacta deve ser comum entre as duas partes, porque se não se deu em relação a uma e ela se calou, deixa de merecer protecção.

O n.º 1 do art. 437 do CCiv é que estabelece as condições básicas sobre a alteração anormal significativa e que o deva assumir apreciável vulto de proporções extraordinárias. Também, Ascensão e Telles referem-se a uma alteração anormal quando provoca uma proporção extraordinária das circunstâncias.

Qualquer outro tipo de alteração que não mereça a mesma qualificação não pode ser considerado anormal, só o que ultrapassar os riscos que foram assumidos pelo art. 437 uma alteração anormal.

Sem dúvidas que todos os contratos têm uma margem de risco já inclusa, no caso dos contratos de mútuo bancário têm o seguro que serve para cobrir os riscos do contrato. Sucede que quando uma das partes sofrer desvantagens supervenientes que ultrapassem o risco próprio do contrato ou quando a regulação derivada do contrato perca o seu sentido inicial, tem a parte afectada de chamar a aplicação do artigo 437 do CCiv. Passaremos a nos ocupar do risco e a alteração das circunstâncias.

¹²² TELLES, Inocêncio Galvão, op. cit. p. 344

2.6. Risco como consequência da alteração das circunstâncias.

Como dissemos anteriormente que o nosso objectivo não é analisar contratos no geral, mas sim os contratos em especial de mútuo bancário. O risco é parte essencial de todas as actividades humanas e este surge a partir da impossibilidade de prever o comportamento futuro para o processo de tomada de decisão e os contratos bancários não são imunes ao risco.

Na verdade, o risco está presente em todos os contratos, mas com diferentes graus de exposição desde os aleatórios até aos que têm como objecto o risco. Assegurando, Paulino¹²³ encontra a maior dimensão de risco nos contratos de longa duração mormente a flutuação da taxa de juros por razões de mercado nos contratos de concessão de crédito.

No CCiv a matéria sobre o risco dos contratos encontra-se vertida nos artigos 796 e 807, podendo este recair sobre o objecto do contrato ou sobre a prestação, dependendo do tipo de contrato. Esse risco, surge como um dos factores da delimitação da alteração das circunstâncias, como anteriormente demonstramos, porque ele constitui um evento incerto, mas previsível.

Portanto, tomando em consideração que todos os contratos em especial os de execução continuada envolvem um risco que nenhum dos contraentes pode ignorar o que corresponde a uma manifestação da autonomia da vontade, o risco maior provocado pela alteração das circunstâncias é o desequilíbrio contratual que pode sanar-se com a resolução ou modificação. O desequilíbrio referido pode tornar o contrato oneroso, daí que consideramos a onerosidade superveniente da prestação como um risco, e enquadra-se na temática da alteração das circunstâncias.

Neste caso, a onerosidade faz com que prestação apresenta-se excessivamente custosa de difícil realização, não necessariamente impossibilidade de realiza-la. De difícil realização porque seria necessário fazer sacrifícios extraordinários, podendo ser (despesas excessivas remuneráveis) que ultrapassem os riscos normais do próprio contrato.

¹²³ PAULINO, Augusto, op cit, 2017. p. 189.

Assim sendo, ao invés da parte lesada pagar os juros fixos estipulados na base da terça parte do seu salário passa a descontar até quarta parte ou quinta do seu salário em algumas vezes não permitindo que reste algum valor para a sua alimentação.

Ademais, a elevação da taxa de juros acarreta uma redução da quantidade de moeda na economia (liquidez) e conseqüentemente retração do consumo e da própria inflação. E a redução dos juros tende a estimular a actividade económica impulsionando o consumo.

Segundo WATY¹²⁴ quando não existe uma determinação legal quanto à taxa de juros, os tribunais podem determinar de acordo com princípios e regras, apesar de se saber que as taxas de juros que estão sendo praticadas hoje são elevadíssimas, que só acrescem os lucros dos que emprestam dinheiro e empobrecem os que procuram esses serviços. A parte que seria afectada por esta excepcional alteração das circunstâncias pode pedir modificação segundo juízos de equidade (437 n° 1 do CCiv).

Entendemos que as regras do risco têm natureza complementar na aplicação do instituto da alteração das circunstâncias, ao delimitar que seja um risco fora da aléa contratual.

2.7. A crise financeira moçambicana como alteração das circunstâncias nos contratos de mútuo bancário.

Como referimos acima, desde 2016 Moçambique passa por uma crise financeira, causada principalmente pela manifestação pública de cerca de USD 1.2 bilhões de empréstimos externos, com garantias do Estado, não revelados na Conta Geral do Estado, levando com que os principais doadores de Moçambique suspendessem o financiamento do Orçamento do Estado (OE) numa percentagem de 30%. Por conta disso, o metical depreciou e conseqüentemente, os preços de bens e serviços também aumentaram.

Decerto, esta crise veio alterar, de forma súbita, a capacidade dos particulares fazerem face aos compromissos por si assumidos perante as instituições de crédito, *maxime*

¹²⁴ WATY, Teodoro Andrade. op, cit., 2011. p. 73

os bancos tanto que todos os sectores da sociedade foram gravemente afectados sendo os particulares a suportarem os principais efeitos da crise.

Na verdade, várias famílias, perderam a sua solvabilidade, pois, nos anos anteriores ao surgimento desta crise, estas tiveram acesso ao crédito de consumo que muitas vezes se sobrepôs à poupança e foi o meio mais rápido e eficaz para suprir as necessidades materiais tais como aquisição de viaturas, habitação, electrodomésticos, mobília etc. É neste contexto que a alteração das circunstâncias, enquanto alteração global dos parâmetros fundamentais de coexistência social é na realidade um risco imprevisível em que todos estão sujeitos e que cujo danos ninguém pode eximir-se a custa de outrem permitindo benefícios a uma das partes e prejuízo a outra.

Sendo a crise financeira uma realidade, suscita-se pois a questão de saber, até que ponto será lícito ao cliente invocar a crise como alteração das circunstâncias (art. 437 a 439 do CCiv) para eximir-se ao cumprimento das suas obrigações contratuais. Face a essa questão é preciso salientar que a admissibilidade do instituto da alteração das circunstâncias constitui um desvio ao principio fundamental do direito dos contratos *pacta sunt servanda* segundo o qual os contratos devem ser pontualmente cumpridos (art. 406 do Cciv) .

Porém, apesar deste princípio consagrado vezes sem conta, deparamo-nos com situações em que por razões de justiça perante certas circunstâncias a lei reconhece a falta do cumprimento defeituoso das obrigações, bem como o ajustamento dos contratos pela ponderação equitativa.

Porquanto, são circunstâncias que permitem a ponderação equitativa às alterações anormais e supervenientes, a imprevisibilidade e a gravidade de determinadas ocorrências¹²⁵. No entanto, não basta que essas circunstâncias somente ocorram, é necessário saber que tratando-se de crise financeira com que magnitude afectou a estabilidade do contrato e qual é a sua periodicidade de ocorrência.

Com efeito, para que se configure a crise como alteração das circunstâncias é necessário segundo Paulino¹²⁶ que a alteração das circunstâncias seja anormal, que resulte de

¹²⁵ PAULINO Augusto, op cit., 2017, p.183.

¹²⁶ Idem.p.186.

factos supervenientes, que não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato e que para além dos factos serem supervenientes, devem ser extraordinários e graves.

Assim, tendo em conta a dimensão as causas e os efeitos globais da actual crise financeira ao transcender a esfera da atuação e o controle dos agentes económicos, pode perfeitamente representar uma alteração anormal das circunstâncias presentes ao tempo da conclusão de diversos contratos celebrados pelos sujeitos, isto é estamos perante uma crise que surgiu de forma inesperada tornando-se surpresa para todos até mesmo para os especialistas.

Ao abordarmos este tema não é nosso interesse fazer-mo-lo de forma exaustiva, somente queremos ilustrar que a crise financeira moçambicana pode consubstanciar a uma alteração das circunstâncias.

A jurisprudência¹²⁷ e a Doutrina reconhecem a crise financeira como uma grande alteração das circunstâncias, porque acredita que esta é passível de provocar desequilíbrios económicos anormais aos mutuários.

Em conclusão, podemos afirmar que não se acha na legislação em vigor um tratamento específico autonomizado as chamadas grandes circunstâncias, fazendo com que as soluções sejam casuísticas e que careçam de uma criatividade do Direito na figura do julgador visando opções mais ajustadas evitando alterações da lei e pautando sempre pelos valores jurídicos da boa-fé equidade e igualdade.

CAPÍTULO III: DA RESOLUÇÃO OU MODIFICAÇÃO DOS CONTRATOS DE MÚTUO BANCÁRIO COMO CONSEQUÊNCIA DA ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS.

¹²⁷ O STJ de Portugal considerou a crise financeira como uma alteração anormal das circunstâncias que tornou excessivamente oneroso o cumprimento do contrato pelo cliente e declarou resolvido o contrato. Cfr: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b3b0d11e1908a44980257ddc004d3346?OpenDocument> acedido em 23 de Julho de 2018. O contrato em causa foi resolvido por apresentar um desequilíbrio total uma descida das taxas de juros tratava-se de contrato de *swap*. Julgamos que para o caso do presente estudo a questão é inversa onde os juros apresentam-se muito elevados transcendendo a terça parte do salário do cliente violando consequentemente o principio de equidade e boa fé.

Uma das questões a responder no presente trabalho é saber se o contrato de mútuo bancário pode ser modificado ou resolvido perante uma alteração das circunstâncias, assim sendo neste capítulo iremos discutir sobre a alternativa para os contratos que eventualmente sofram influência de eventos não previstos durante a sua vigência.

Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar (base de negócio) sofrerem uma alteração anormal, que arruíne a economia do contrato, tornando-o lesivo para uma das partes, assiste a esta um dos dois direitos a sua escolha (nº 1 do art. 437 do CCiv) direito à resolução ou modificação do contrato segundo juízos de equidade. Podendo muitas das vezes e para o caso dos contratos de mútuo bancário a modificação ser uma das melhores soluções.

Porquê a modificação uma das melhores soluções? De acordo com o artigo 432 do CCiv a resolução do contrato só é admitida legalmente ou em convenção das partes,¹²⁸ mas se o mutuário no caso concreto estiver em condições de restituir o que houver recebido, caso não esteja não estará em condições de resolver o contrato.

Obviamente, como é que o mutuário não estando em condições de pagar a taxa de juro convenientemente, devido a subida imprevisível desta com implicações na sua prestação creditícia, estaria em condições de pedir a resolução que primeiro lhe impõe a restituição do valor mutuado. Efectivamente nestes termos consideramos a modificação do contrato a melhor forma embora se julgue complexa.

Para Leitão¹²⁹ optando-se pela resolução do contrato, aplicam-se de facto as regras do art. 439 do CCiv, e pelo que a extinção do contrato terá em princípio efeito retroactivo ainda que nos contratos de execução continuada ou periódica não abranja normalmente as prestações já realizadas (art. 434 nº 2 do CCiv), e optando-se pela modificação, a solução é mais complexa devendo procurar-se uma reposição do equilíbrio contratual, tomando em

¹²⁸ PAULINO, Augusto, op. cit., p. 201. Secunda a resolução fundada na lei e na convenção das partes nos casos de alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar (arts. 437º do CCiv), impossibilidade culposa de cumprimento da obrigação (art. 801º nº 2), e impossibilidade imparcial do cumprimento (art. 802º nº 1 do CCiv). Este último apenas refere-se a impossibilidade da prestação por consequência da falta de cumprimento do contrato quer por violação do dever principal, quer pela não observância dos deveres acessórios.

¹²⁹ LEITÃO, Luis Manuel Telles de Menezes, op. cit., 2008. p. 139.

atenção a vontade das partes no contrato e a eficácia concreta que a alteração teve na esfera do lesado.

A resolução é em princípio retroactiva¹³⁰ de acordo com o n.º 1 do art. 434 CCiv “*salvo se a retroactividade contrariar a vontade das partes ou a finalidade da resolução*”, o que significa que o princípio não deve sobrepor-se à vontade das partes.

No entanto, poder-se-ia pensar-se que a solução estaria no recurso aos juízos de equidade, previstos no n.º 1 do art. 437 CCiv, o que não seria aplicável, pelo facto destes só abrangerem a modificação não havendo abertura para uma resolução que se submeta a um regime moldado por juízos de equidade.

Para Telles¹³¹ a resolução não abrange as prestações já efectuadas, salvo se houver um nexo entre elas, e a causa de resolução, existir um vínculo que legitime a resolução de todas elas¹³². O preceito não tem aplicabilidade, à resolução resultante de alteração das circunstâncias, e a questão agrava-se pelo facto da retroactividade se poder referir a celebração do contrato e não a alteração superveniente.

Resta então a hipótese da resolução retroagir ao momento inicial do contrato. A alteração das circunstâncias representará uma justa causa de resolução, e isso faria sentido da retroactividade. Mas não se vê que uma alteração superveniente tenha como consequência adequada a retroactividade, pois o passado não é posto em causa, mas sim o presente. Só se poderá pensar em retroactividade, por analogia nos termos do n.º 2 do art. 434 do CCiv, quando o contrato perder o seu sentido se for separado da execução futura. Então será possível a retroactividade, mas ainda assim, com todas as cautelas indispensáveis, de maneira a corresponder à diversidade das situações contratuais que possam ocorrer.

¹³⁰ Por força do art. 434.º n.º 1 do CCiv a resolução assume efeito retroactivo, isto é o contrato se tem por desfeito *ab initio*, como se se não houvesse sido celebrado. Ressalvam-se as hipóteses em casos da retroactividade contrair a vontade das partes ou a finalidade da resolução.

¹³¹ TELLES, op. cit., 2010. p.348.

¹³² Articulado do art. 434.º n.º 2 do CCiv.

Caso os contraentes queiram evitar litígio podem fazê-lo nos termos do art. 1248 do CCiv¹³³ ou quando não, a parte que se considera lesada tem de intentar uma acção judicial contra a outra parte, pedindo conforme lhe aprouver a resolução ou modificação do contrato.

Já se afirmou que a resolução é um caso limite de modificação, mas sem razão nas palavras de Ascensão¹³⁴ porque é basicamente distinto. A possibilidade de impor um contrato modificado, que é excepcional, tem fundamento na injustiça objectiva do contrato, e havendo a necessidade de corrigir.

Nos casos em que, quer a resolução quer a modificação sejam viáveis, haverá alguma hierarquia entre os processos previstos a modificação deveria preferir à resolução, pelo princípio do *favor negotii*. Mas o n.º 2 do art. 437 do CCiv dispõe que, "requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se, aceitando a modificação, força à conclusão contrária."¹³⁵ Resulta da lei que a modificação do negócio é a solução preferida, mas não é uma solução imposta, só no caso do n.º 2 do art. 437 do CCiv a modificação pode ganhar prevalência, embora a parte que tomou a iniciativa tenha pedido a resolução.

A modificação, na falta de acordo das partes, deverá ser determinada pelo juiz. Isso implica uma reposição económica do equilíbrio contratual visado pelas partes, que foi quebrado pela alteração anormal das circunstâncias. O equilíbrio visado não representa necessariamente uma repartição igualitária de vantagens e encargos. Isto porque o negócio pode ter elementos de liberalidade. A alteração anormal atinge nesse caso a equação pretendida, que será necessário reconstituir, mas agora recorrendo a elementos diferentes. O negócio prosseguirá o mesmo grau de liberalidade em termos renovados.

¹³³ Transacção preventiva ou extrajudicial/transacção é o contrato pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio mediante recíprocas concessões.

¹³⁴ ASCENSÃO, OLIVEIRA, Onerosidade excessiva "por alteração das Circunstâncias" in ROA, Ano 65 Vol.III, 2005

¹³⁵ A questão da resolução do contrato suscita dúvidas no que diz respeito a quem deve ser requerida a resolução ao tribunal ou via declaração das partes. Segundo Leitão, (op cit., p.139) não é imperioso o recurso ao tribunal apoia-se no art. 439 e considera que o uso da expressão requerida a resolução não é determinante para o recurso ao tribunal. Nós perfilhamos a posição mista que pode ser via tribunal ou convenção das partes visto que em caso de não haver consenso entre as partes recorra-se ao tribunal. É verdade que recorrendo ao tribunal o processo pode ser desgastante pela não celeridade processual, daí que, há uma grande necessidade de regulamentar a LDC para facilitar a resolução de casos como estes. Outra solução menos comum é a escolha da via arbitral.

Este reajustamento económico só pode ser obtido pelo recurso à equidade. Há que atender ao circunstancialismo concreto, após a alteração anormal, para encontrar o novo equilíbrio que corresponda de modo renovado à regulação inicial das partes. Por isso o n.º 2 art. 437 do CCiv, prevê expressamente a “*modificação segundo juízos de equidade*”.

Ascensão¹³⁶, distingue dois tipos de modificação de contrato de natureza quantitativa (é o caso de redução de quantidades a prestar, o preço neste caso a redefinição da prestação que se encontra excessivamente onerosa para o caso de contratos de mútuo bancário) e de natureza qualitativa (é o caso de eliminação de cláusulas, ou mudança do seu teor (art. 292 CCiv).

De facto, a modificação qualitativa dum cláusula só é possível nos casos previstos por lei ou com o consentimento da outra parte. Não pode ser imposta, excepto nos casos de ocorrência de algum litígio entre as partes. Nos contratos de adesão que é o caso dos contratos de mútuo bancário não encontra espaço a modificação qualitativa, porque as cláusulas encontram-se pré-definidas devendo por isso ser preferida a modificação quantitativa.

Ainda no que concerne a resolução ou modificação do contrato, o art. 438 do Código Civil determina que: *a parte lesada não goza do direito de resolução ou modificação do contrato se estava em mora no momento em que a alteração das circunstâncias se verificou.*

Entendemos ser legítima a posição do legislador pois, se a parte lesada tivesse pontualmente cumprido o contrato, não seria abrangido pela sanção do artigo 438 do CCiv. De certa forma ao permitir que o devedor invoque a modificação ou resolução seria um direito ilegítimo e contribuiria para uma insegurança jurídica.

Portanto, neste capítulo apreendemos que a resolução do contrato é admitida quando fundada na lei e na convenção das partes e não tem direito de invoca-la o cliente que estiver em mora. So é permitida a resolução legal nos casos de alteração anormal das circunstâncias, impossibilidade culposa e não culposa do cumprimento da obrigação. Nos contratos em

¹³⁶ ASCENSÃO, OLIVEIRA, Onerosidade excessiva "por alteração das Circunstâncias", op. cit., p. 20.

alusão qualquer das partes pode promover a resolução ou modificação do contrato desde que reunidos e provados os elementos da previsão legal.

3.1. Pressupostos do direito à resolução ou modificação do contrato de mútuo bancário.

Em princípio, quando se verifica uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar e dessa alteração resultar uma lesão para uma das partes, a parte lesada tem o direito a resolução ou modificação do contrato, nos termos já expostos. Para Telles¹³⁷ isso não basta, pois:

É indispensável, ainda que a manutenção do contrato tal como foi celebrado, a verificar-se, afectasse gravemente os princípios de boa-fé, e que essa manutenção não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. Quer dizer, não é suficiente que a alteração das circunstâncias se mostre lesiva para os contraentes. Torna-se preciso que a manter-se o contrato na sua configuração inicial, daí resultasse grave ofensa aos princípios da boa-fé, e que tal manutenção ultrapassasse os riscos próprios do contrato.

Como anteriormente nos debruçamos, o legislador faz referência de grave ofensa à boa-fé, mas sem necessariamente delimitar ou dar as balizas, até que ponto se refere, deixando a cargo da jurisprudência e da doutrina. Nestes termos consideramos que o facto de as instituições bancárias extrapolarem a margem da taxa de juro 1/3 do salário previamente acordada pelas partes alegando a permissão da cláusula *ius variandi* estaríamos perante ofensa à boa fé e a equidade.

Por isso, Cordeiro¹³⁸ assegura que, a alteração das circunstâncias pode surgir como facto modificativo ou extintivo desde que se verifiquem de forma cumulativa os requisitos, genericamente incluídos no n.º 1 do art. 437 do CCiv designadamente:

Uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, que lese uma das partes; de forma que a exigência das

¹³⁷ TELLES, Inocêncio Galvão, op. cit., 2010.p 346

¹³⁸ CORDEIRO, Menezes, op. cit., 1986. Remp.1994. p. 147.

obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios de boa-fé e sem estar coberto pelos riscos próprios do contrato.

Concordando, Costa¹³⁹, reconhece que é preciso que se verifiquem os requisitos do art. 437 do CCiv, mas também é fundamental que a parte lesada não esteja em mora no momento da verificação da alteração das circunstâncias.

Relativamente aos requisitos da alteração das circunstâncias Leitão¹⁴⁰, separa os elementos que preenchem e os que não preenchem a anormalidade. Para o primeiro requisito são relevantes apenas as alterações das circunstâncias efectivamente existentes à data da celebração do contrato, e que tenham sido causais em relação a sua celebração pelas partes *base de negócio*, excluindo os casos de falsa representação das partes quanto as circunstâncias presentes e futuras que podem provocar o problema de erro.

Quanto ao segundo requisito, exige-se que a anormalidade seja imprevisível para as partes, existindo casos excepcionais que possam ser qualificados como tal é o caso de um estado de guerra, alterações legislativas inesperadas, excluindo desta forma a alteração do preço dos produtos comercializados, a não obtenção das autorizações administrativas, a desvalorização da moeda, crise financeira entre outras.

O terceiro requisito, refere-se à lesão de uma das partes do contrato, daí que só será considerada relevante aquela alteração que resultar uma modificação no equilíbrio contratual estabelecido pelas partes, isto é os danos causados devem ser significativos para uma das partes.

Quanto ao quarto requisito é forçoso que tal manutenção do contrato ou dos seus termos não afecte gravemente os princípios de boa-fé. No entanto, Costa¹⁴¹ considera que é admissível a resolução ou modificação do contrato justificado em boa-fé, e dentro do quadro legal, ainda que não se verifiquem os pressupostos de qualquer das formulações da teoria da base de negócio ou de outra. Contudo, entendemos que sendo um princípio basilar, não se deve aplicar de forma esquemática, mas sim tendo em consideração cada caso concreto.

¹³⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida, op.cit.,2009, p. 336.

¹⁴⁰ LEITÃO, Luis Manuel Telles de Menezes. op. cit., p. 135.

¹⁴¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida, op. cit., p.341.

Finalmente, o quinto requisito, é imperioso que a lesão causada pela alteração das circunstâncias não apresente como coberta pelos riscos próprios do contrato. Obviamente que cada decisão de contratar envolve riscos, até onerosos, mas os riscos que aqui se referem devem ultrapassar os do próprio contrato excluindo os previstos no contrato.

Dai que a alteração das circunstâncias se apresenta como subsidiária em relação às regras da distribuição do risco, cessando a sua aplicação sempre que existir uma regra que atribua o risco a alguma das partes. Logo, fica excluída a aplicação deste regime em contratos aleatórios¹⁴².

Em suma, admitimos que o contrato de mútuo bancário, possa ser objecto de modificação por alteração das circunstâncias, fundada na crise financeira e económica sempre que, perante um caso concreto se verifiquem os requisitos supra elencados, sem no entanto descurar a boa-fé.

¹⁴² Contrato aleatório é aquele em que uma prestação pode deixar de existir em virtude de um acontecimento incerto e futuro, é o caso no mesmo contrato de compra e venda de uma coisa incerta no futuro. Ex: o contrato de seguro em que a contraprestação do segurador só é devida se ocorrer um evento futuro. In http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2699 Acessado aos 18 de Outubro de 2018.

CONCLUSÕES

Com o objectivo de compreender o fundamento jurídico para a modificação ou resolução de contrato de mútuo bancário resultante da alteração das circunstâncias em Moçambique, o estudo realizado procurou saber se a crise financeira moçambicana consubstanciaria uma alteração das circunstâncias e, em caso de resposta afirmativa, se preenchidos os demais pressupostos a mesma serviria de fundamento para o mutuário solicitar a modificação de um contrato de mútuo bancário.

Tendo em atenção as perguntas acima, e de acordo com a doutrina e a jurisprudência analisada chegou-se à conclusão de que a crise financeira é uma alteração das circunstâncias, pois não era líquido à altura da assinatura do contrato que as partes podiam prever uma alteração substancial do contexto.

Quanto à segunda pergunta, a pesquisa chega à conclusão de que há sim motivos mais que suficientes para a modificação ou resolução do contrato de mútuo bancário por alteração das circunstâncias, com mais preferência para a modificação, desde que perante um caso concreto estejam reunidos os requisitos deste instituto.

A preferência pela modificação, está fundada no facto da resolução exigir que o mutuário esteja em condições de restituir o que tiver sido emprestado, facto que se tem demonstrado de difícil materialização, visto que se o mesmo não está em condições de pagar as altas taxas de juros não estará em condições de restituir o valor emprestado.

Neste contexto, o presente trabalho conclui que apesar destas realidades apresentadas, os contratos de mútuo bancário solicitam no mais elevado grau os deveres de informação bancários de forma clara, íntegra e objectiva para evitar desequilíbrios entre os sujeitos da relação jurídica.

O público que procura os serviços bancários *maxime* créditos bancários deve ser protegido das cláusulas abusivas, buscando medidas administrativas operacionais através da supervisão comportamental do Banco Central às instituições bancárias ou pela uniformização de formulários, principalmente garantir o fluxo da informação, sendo esta o garante dos serviços do consumo.

RECOMENDAÇÕES

Às Instituições de Crédito

- Devem nos preliminares do contrato garantir aos seus clientes que a informação passada seja integral e efectiva,
- Comunicar por escrito aos mutuários sobre a alteração das taxas de juros;
- A observância das taxas de referência fixadas pelo Banco Central,
- Intensificação da divulgação de informação sobre concessão de créditos,
- Tornar público a existência de unidades de atendimento das reclamações, pedidos de informação e sugestões como fixa o Aviso nº4/2009, de 4 de Março do Banco de Moçambique.

Ao Banco Central

- Intensificar a supervisão/inspecção às Instituições de crédito com vista a garantir a observância da legalidade, bem como o comportamento destas com os seus clientes,
- Tornar público a existência de unidades de atendimento das reclamações, pedidos de informação e sugestões no Banco Central bem como nas suas representações,
- Tornar cada vez mais públicos os avisos emitidos em especial os que respeitam à concessão de créditos *maxime* as taxas de juros;

Ao legislador doméstico

- Aprovação de um código de consumidor abrangente com enfoque para alteração das circunstâncias em tempos de crises financeiras,
- Aprovação de instrumentos específicos que permitam ao mutuário se opor da alteração unilateral da taxa de juros imposta pelo Banco.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Ferrreira. *Contratos*. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2008.

ASCENSÃO, OLIVEIRA, *Onerosidade excessiva "por alteração das Circunstâncias"* in ROA, Ano 65 Vol.III, 2005.

CARMO, F.Cunha Leal, *Dicionário Jurídico, contratos e obrigações*, VI, Escolar editora. Lisboa, 2015

CORDEIRO, António Menezes. *Direito das Obrigações*.II, AAFDL, Lisboa: Coimbra, 1980.

_____, *Tratado de Direito Civil IX: Cumprimento e não Cumprimento Transmissão Modificação e Extinção Garantias*. 1ª ed. Reimp. V.IV. Coimbra: Almedina, 2014.

_____, *Tratado de Direito Civil X: Direito das Obrigações Garantias*, V10°. Almedina, 2015.

_____, *Direito Bancário*. 6ª ed. Revista e actualizada c/ colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro, Almedina, 2016.

_____, *Da boa-fé no Direito Civil*. (Dissertação de Doutoramento em Ciências jurídicas) - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2001.

COSTA, Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 12ª Ed. Lisboa: Almedina, 2009

GIL, A. Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

GMD. Dívida Externa e Interna de Moçambique: *Evolução, Desafios e Necessidade de uma Estratégia Consistente e Inclusiva*. Maputo, 2006.

LEITÃO, Luis Manuel Telles de Menezes. *Direito das Obrigações: Transmissão e extinção das obrigações, não cumprimento e garantias de crédito*. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 2008.

MARTINEZ, Romano. *Direito das Obrigações: Apontamentos*. 4ª Ed. AAFDL, Lisboa:

2014.

MOSCA, João & Aiuba, Rabia. *Conjuntura económica das dívidas ocultas*. Maputo, Fórum de Monitoria do Orçamento. 2017.

PAULINO, Augusto. *A Tutela dos Consumidores de Produtos e Serviços Financeiros no Direito Mocambicano*. Coimbra: Almedina, 2017.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*. 7ª Ed. Lisboa: Coimbra, 2010.

_____. *Manual dos Contratos em Geral*. 4ª Ed. Lisboa: Coimbra, 2010.

SILVA, João Calvão da, *Direito Bancário*, Almedina, 2001.

VASCONCELOS, Miguel Pestana. *Direito Bancário*. S/ed. Coimbra: Almedina, 2018.

WATY, Teodoro Andrade. *Direito Bancário*, 2011, V. II

Internet

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2699 Acessado aos 22/07/18-21h.48

www.pgdlisboa.pt visitado aos s/d 2018.

Ascensão José Oliveira: *Cláusulas contratuais Gerais – Clausulas abusivas e o novo código civil*. In www.fd.ulisboa.pt/wp-2014/12 Data:10/4/2018 as 15h.25min

CALDEIRA, Adérito: *Banco de Mocambique volta a cortar taxas de referência*. in www.verdade.co.mz.

Fragoso Américo Oliveira: *Contratos de adesão no novo Código Comercial de Moçambique*. In www.fd.ulisboa.pt/wp-2014/12Data: 10/4/2018 as 15h.52 min.

Associação Moçambicana de Bancos, Código de Conduta Bancária. In www.standardbank.co.mz. Consultado no dia 16/09/2018. <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/83a1d4ae8a10876180257c0600300716?OpenDocument>. Acessado em 16 de Março de 2016.

www.repositorio.uportu.pt. consultado no dia 12.09.2018 pelas 19horas.

<http://www.jornaldomingo.co.mz> acessado em 26/9/2018

<http://www.verdade.co.mz/tema-de-fundo/35-themadefundo/64810-banco-de-mocambique-volta-cortar-taxas-de-referencia-mas-bci-mbim-e-standard-bank-nao-baixam-taxas-de-juro> acessado no dia 15/09/2018.

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b3b0d11e1908a44980257ddc004d3346?OpenDocument> acedido em 23 de Julho de 2018.

Alteração das circunstâncias como fundamento da resolução do contrato de arrendamento, nº 83, Maputo 2015. In www.salcaldeira.com

<http://www.bancovw.com.br/br/home/para-voce/automoveis/seguros/seguro-protecao-financeira.html> consultado no dia 11.09.2018 pelas 12 horas e 40 minutos .=

Legislação Moçambicana

Código Civil Moçambicano, Aprovado pelo Decreto - Lei nº 47344 de 25 de Novembro de 1966, estendido para as Províncias ultramarinas por Portaria nº 22869 de 4 de Setembro de 1967.

Código Comercial Moçambicano, Aprovado pelo Decreto nº 5/2005, de 27 de Dezembro – publicado no BR, I Série nº 51, 5º Suplemento de 27 de Dezembro de 2005.

Constituição da República de 2004, Aprovada aos 16 de Novembro de 2004, com as alterações introduzidas pela Lei 1/2018, de 12 de Junho, – Publicada no BR, I Série, 2º Suplemento, nº 115 de 12 de Junho de 2018.

Lei nº22/2009, de 28 de Setembro - Lei da Defesa do Consumidor. Publicada no BR, I Série, nº 115 de 28 de Setembro de 2009.

Decreto nº 27/2016, de 18 de Julho - Regulamento da Lei da defesa do Consumidor. Publicado no BR, I Série, nº 85 de 18 de Julho de 2016.

Lei nº 23/2007 de 1 de Agosto -Lei do Trabalho. Publicado no BR, I Série, nº 31 de 1 de Agosto de 2007.

Lei nº 15/99, de 1 de Novembro, com alterações introduzidas pela Lei nº 9/2004, de 21 de Julho - Lei das instituições de crédito e sociedades financeiras. Publicada no BR, I Série, nº 43 de 1 Novembro de 1999, 4º Suplemento.

Aviso nº4/2009, de 4 de Março do Banco de Moçambique – que cria o serviço de atendimento de reclamações, pedidos de informações e sugestões relativos às instituições de crédito.

Aviso nº1/GBM/2014, de 4 de Junho. Aprova o Regulamento de cartões de bancários. Publicado no BR I Série nº 45.

Associação Moçambicana de Bancos, *Código de Conduta Bancária*, Maputo, 2006, Aprovado pelo Aviso nº 2/GBM/2018 de 16 de Abril.

Legislação Portuguesa

Dec-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho, que resulta da transposição da Directiva n.º 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Abril relativa aos contratos de crédito aos consumidores.

Decreto – Lei n.º 446/85, Serie I de 25 de Outubro de 1985 / institui o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais.

Dec- Lei n.º 58/2013, Serie I n.º 88 de 8 de Maio estabelece as normas aplicáveis à classificação e contagem do prazo das operações de crédito, aos juros remuneratórios e a mora do devedor).