

Características Gerais do Mútuo Bancário em Portugal

Francisco Erionaldo Cruz Júnior*

José de Alencar Neto**

Introdução. 1 Contrato bancário. 2 Contrato de mútuo. 2.1 Mútuo bancário. 2.2 Formalidade do mútuo. 2.3 Natureza jurídica. 2.4 Efeitos. 2.5 Extinção. 2.6 Mútuo por escopo. 3 Usura e anatocismo. 4 Sinalagma no contrato de mútuo. 5 Solução de litígios financeiros. 6 Interesse social na manutenção dos contratos e alteração das circunstâncias. 6.1 Erro nos motivos do contrato x alteração das circunstâncias contratuais. 6.2 Risco x alteração das circunstâncias e erro. 7 Estados superendividados, crise financeira e revisão dos contratos. Conclusão.

Resumo

Neste trabalho, abordamos os principais elementos do contrato de mútuo bancário, sua formalidade, natureza jurídica, efeitos, forma de extinção normal e anormal, bem como conceitos correntes e importantes como o do mútuo feneratício e mútuo por escopo. Ainda, abordamos temas relativos ao contrato de mútuo, como a usura e o anatocismo, e as suas consequências, quando estão presentes nos contratos bancários. Ou seja, a anulabilidade ou nulidade destes dispositivos, bem como se deve resolver todo o contrato ou simplesmente alterar a cláusula viciada, onde concluímos que se faz importante sempre tentar manter os contratos porque esses possuem interesses e vantagens para a sociedade, para o estado e para a economia como um todo. Ou seja, mesmo nos contatos privados, existe um interesse público em que os mesmos sejam mantidos. Outro ponto tratado foi o do sinalagma dentro do contrato, bem como métodos extrajudiciais de solução de conflitos nos casos de litígios financeiros. Lembramos que atualmente vem sendo fomentada a prática de métodos extrajudiciais em todos os conflitos.

Palavras-chave: Mútuo Bancário. Características. Aspectos Gerais. Jurisprudência.

* Bacharel em direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor), especialista em processo civil pela mesma entidade e mestrando em direito na Escola Paulista de Direito no curso de Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais, matrícula nº 201701826. Tabela de Notas e Registros Públicos no 1º Ofício Extrajudicial de Macapá/AP.

** Bacharel em direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor), especialista em direito público, mestrando em direito na Unifor, matrícula 1830042, advogado OAB nº 033711.

General Characteristics of the Bank Loan in Portugal

Abstract

In this paper we discuss the main elements of the bank loan agreement, its formality, legal nature, effects, normal and abnormal form of extinction, as well as current and important concepts such as mutual and mutual finance by scope. We also discuss themes related to the loan agreement such as usury and anatocism, and their consequences when they are present in bank contracts. That is, the nullability or nullity of these devices, as well as whether to resolve the entire contract or simply change the clause, where we concluded that it is important to always try to keep the contracts because they have interests and advantages for society, state and for the economy as a whole. That is, even in the private contacts, there is a public interest in which they are maintained. Another point dealt with was the sign of the contract within the contract, as well as out-of-court methods of resolving disputes in cases of financial litigation. We recall that the practice of extrajudicial methods in all conflicts is being promoted.

Keywords: *Banking Mutual. Characteristics. General Aspects. Jurisprudence.*

Introdução

No primeiro capítulo, tratamos dos contratos bancários como gênero, conceituando-o e delimitando seus contornos para especificar os parâmetros do trabalho.

Já no segundo capítulo, temos um aprofundamento do que se entende como contrato de mútuo, bem como do mútuo bancário, os conceitos de mútuo feneratício, mútuo com escopo, as normas que os regem. Tratamos também da característica real dos contratos de mútuo e como isso ocorre no mútuo bancário. Analisamos a formalidade desses contratos, tanto dos mútuos civil quanto dos mútuos bancários, reforçando as diferenças e as características de cada um, diferenciando-os. Mais à frente, estudamos sobre a natureza jurídica desses contratos, bem como sobre alguns direitos dos mutuários-devedores, oportunidade em que citamos algumas jurisprudências. Neste capítulo, escrevemos, ainda, sobre os efeitos do contrato de mútuo, tratamos da fixação da taxa de juros quando omissa no contrato etc. Feito isso, e ainda neste capítulo, não poderíamos deixar de analisar como é a extinção desses contratos, tanto no que se refere à extinção normal dos contratos como à anormal.

No terceiro capítulo, referimo-nos ao conceito de usura e anatocismo e às consequências desses institutos quando existentes nos contratos, os casos de anulabilidade e nulidade dos contratos.

No quarto capítulo, abordamos o sinalagma nos contratos de mútuo, ou seja, as correspondências das prestações recíprocas, suas características, peculiaridades, conceito etc.

No quinto capítulo, tratamos de formas de solução de litígios financeiros extrajudiciais, suas aplicabilidade e fomento a essa prática.

No sexto capítulo, discorremos sobre o interesse social, econômico e jurídico na manutenção dos contratos bancários, como forma de fomento a atividade comercial, social e econômica do país. Diferenciamos os institutos do erro, do risco e da alteração das circunstâncias, bem como a diferenciação dos seus efeitos quando presentes nos contratos.

No sétimo capítulo, tratamos brevemente da situação dos estados superendividados, da crise financeira existente na Europa e no resto do mundo, basicamente decorrente ainda dos efeitos

da crise de 2008, tudo isso sob a perspectiva da revisão dos contratos de mútuo, bem como os impactos disso para identificação do tipo existente, se alteração das circunstâncias, erro ou risco inerente ao contrato.

Ao final, na conclusão, colocamos o entendimento final sobre o tema e as principais características abordadas do instituto, entendendo que o mútuo bancário é um instituto indispensável para o desenvolvimento econômico, devendo o direito atuar de forma a encontrar um equilíbrio entre uma defesa da atividade e o direito do mutuário-devedor de não ser ofendido por atitudes abusivas das instituições bancárias.

I Contrato bancário

Antes de adentrarmos no contrato de mútuo, faz-se interessante discorrer um pouco e conceituar o contrato bancário, posto que esse é o gênero do qual aquele é espécie. Para Antunes (2011, p. 79): “Os contratos bancários são negócios jurídicos que visam a criação, modificação, regulação ou extinção de relações jurídicas entre um banco e um cliente no âmbito da respectiva atividade de intermediação creditícia”. Ou seja, o autor adota um conceito bastante amplo do que se considera contrário bancário, abrangendo tudo aquilo que é feito pelo banco. Lembramos que, segundo a doutrina majoritária, os bancos podem, em sua atividade assumir operações bancárias ativas (onde eles aparecem como credores) ou operações bancárias passivas (onde aparecem na relação como devedores, é o caso quando o banco capta dinheiro para pagar no futuro). Abordaremos, entretanto, neste trabalho, apenas o aspecto do contrato de mútuo quando o banco aparece em uma atividade bancária ativa, ou seja, como credor na relação bancária. Nesse sentido, adentramos no contrato de mútuo.

2 Contrato de mútuo

Conceituando de forma simples o que é um **mútuo**, poderíamos dizer que se trata de um contrato onde uma das partes empresta à outra dinheiro ou outra coisa fungível, devendo ser devolvida a coisa no mesmo gênero e quantidade. O Código Civil Português, em seu art. 1.142, conceitua da seguinte forma: “Mútuo é o contrato pelo qual uma das partes empresta à outra dinheiro ou outra coisa fungível, ficando a segunda obrigada a restituir outro tanto do mesmo gênero e quantidade”. De regra, o contrato de mútuo é tipicamente oneroso, enquanto o contrato de comodato é entendido como de regra gratuito. Nesse sentido, Gonzalez (2014, p.332): “ao contrário do comodato, o contrato de mútuo é tipicamente oneroso: em caso de dúvida, presume-se que as partes convencionaram o pagamento de juros”.

2.1 Mútuo bancário

Segundo Bastos (2015, p. 11): “O contrato de mútuo bancário continua a ser o contrato de concessão de crédito dominante no tráfego negocial bancário”. Ou seja, é atividade mais comumente realizada pelas instituições financeiras: emprestar dinheiro no presente visando à obtenção de juros no futuro, remunerando o capital. Tal atividade é também conhecida como mútuo feneratício.

Como se sabe, o dinheiro do futuro vale menos que o dinheiro do presente. Por esse motivo, ao abrir mão do dinheiro no presente, o credor precisa acrescentar a esse montante a taxa de juros a fim de tornar o contrato de mútuo equilibrado, remunerando-se, assim, o capital. Por outra ótica, o devedor, ao adquirir o empréstimo, está antecipando um dinheiro que receberia no futuro para utilizá-lo no presente. Por esse motivo, deve o devedor-mutuário pagar juros a fim de remunerar aquele que abre mão de utilizar o dinheiro no presente.

Essa atividade de concessão de crédito é a essência da atividade bancária desde tempos remotos, ocorrendo de forma a fomentar a atividade econômica na sociedade. Dessa forma, o empresário deve calcular, com base na taxa de juros, se seu empreendimento é viável, utilizando para isso uma previsibilidade da lucratividade da atividade. Sendo viável a atividade comercial, o setor bancário fornece os meios (dinheiro) a fim de ser implementado o projeto almejado, participando, assim, do sucesso e do lucro do empresário. Isso mediante prévio acordo (contrato de mútuo bancário), onde se estipulam as principais cláusulas e condições do negócio. É nesse sentido que deve existir a atividade bancária, como um fomentador-parceiro dos setores da sociedade e de todos os setores da economia. Acresce-se a isso, ainda, a prestação do serviço de segurança para a guarda dos valores e, atualmente, meios de facilitar as transações financeiras, tais como as transferências bancárias, os saques, depósitos etc.

Apesar de ser o principal contrato utilizado pelos bancos, o mútuo bancário não guarda um regime específico e central no ordenamento jurídico de Portugal. Ao contrário, encontra-se fragmentado e escasso. Nesse sentido Bastos (2015, p.10): “Ao contrário do que sucede em outros ordenamentos jurídicos, o ordenamento português não estabelece regras específicas para a generalidade dos tipos de contratos de concessão de crédito”.

Dessa forma, o contrato de mútuo é uma base para a incidência de todos os tipos desses contratos.

A título de exemplo, e contrariando o citado acima, podemos elencar como regimes jurídicos específicos de contratos de mútuo o Decreto-Lei nº 349/1998 que trata sobre a concessão de crédito à habitação, o Decreto-Lei nº 133/2009, que se refere a concessão de crédito a consumidores, a locação financeira tratada no Decreto-Lei nº 171/1995 etc. Entretanto, tais tipos de mútuo são restritos a determinados casos e não abrangem a totalidade dos tipos de mútuo utilizados. É por esse motivo que o mútuo bancário é regido materialmente, em regra, pelo mútuo civil, constante do art. 1.143 do Código Civil português e seguintes. Sendo esse, infelizmente, com poucos enunciados normativos. Entretanto, observa-se que, caso não existam normas a respeito do mútuo específico, antes de se tomar as normas do Código Civil, deve-se buscar normas dentro do direito comercial, pois tais contratos possuem natureza comercial (apesar de essa condição estar disposta apenas nos artigos 394 a 396 do Código Comercial de Portugal).

O contrato de mútuo é considerado doutrinariamente um contrato real. Ou seja, aperfeiçoa-se apenas com a entrega do objeto emprestado, transferindo-se a própria propriedade do objeto ao mutuário, havendo a tradição da coisa. No contrato de comodato, apesar de se tratar, também, de contrato real (aperfeiçoando-se apenas com a entrega da coisa), aqui o comodatário apenas utilizará a coisa emprestada, devendo devolver a mesma coisa ao comodante. Nesse sentido, o Supremo Tribunal de Justiça nos autos do Proc nº 220/10.0TBPNI.LI.St:

O contrato de mútuo (art. 1142.º do CC) apresenta-se como um contrato bilateral ou sinalagmático, porquanto da sua assumpção nascem ou emergem obrigações recíprocas para ambos contraentes, e oneroso, porquanto dele resulta um benefício para ambas as partes; é um contrato típico e assume a natureza de um contrato real, *quoad constitutionem*, porquanto só se perfectibiliza com a entrega da quantia ou da coisa para a esfera de propriedade do mutuário.

Ressaltamos que a jurisprudência portuguesa já assentou que a mera disponibilização **jurídica** dos valores é considerada a tradição necessária para se constituir o contrato de mútuo, já que, estando disponível o dinheiro, o mutuário já pode utilizar-se dele para os fins almejados. Diferente é o interessante caso julgado do Supremo Tribunal de Justiça que se segue. Tendo disponibilizado os valores ao mutuário, tudo em conformidade com as formalidades legais (escritura pública etc.) imediatamente o banco-mutuante debitou parte considerável dos valores da conta-corrente do devedor-mutuário devido a existência de outras dívidas com a instituição financeira. Nesse caso, entendeu o Supremo Tribunal de Justiça, nos autos do Proc nº 5357/11.5YYLSB-A.LI.SI que não houve a ocorrência da tradição ou da disponibilização de tais valores ao mutuário-devedor, não havendo sido, por esse motivo, regularmente constituído o contrato de mútuo. Vejamos o resumo da decisão tomada:

Tendo sido dada à execução uma escritura que corporiza um contrato de mútuo, tal como se encontra definido no art. 1142.º do CC, concretizado com a transferência do capital mutuado para a conta da titularidade da mutuária, e sendo o capital destinado ao financiamento da aquisição de uma fracção autónoma, a mesma constitui um título executivo nos termos do art. 46.º, n.º 1, al. b), do anterior CPC. Provando-se, contudo, que o valor depositado na conta da executada e oponente, foi dele transferido e utilizado pelo banco exequente para regularização de obrigações vencidas de empresas familiares das quais a executada é sócia, sem qualquer comunicação prévia ou acordo desta, em vez de ser destinado à compra da referida fracção, como previsto na escritura outorgada, deve ser julgada procedente a oposição à execução por o banco exequente não ter cumprido a obrigação de colocar à disposição da executada a quantia mutuada para aquisição do imóvel, impedindo a concretização da finalidade do contrato, visto tratar-se de um contrato de mútuo de escopo. Os bancos podem proceder à compensação do seu crédito sobre um cliente com o crédito que este tenha sobre o mesmo banco desde que tenha sido autorizada, isto é, desde que a compensação resulte de um acordo, ainda que implícito, dos interessados, a não ser que se trate de um caso de compensação legal e tenha havido a declaração a que alude o art. 848.º do CC. Só mediante a demonstração pelo banco exequente de que existia acordo da sua cliente para proceder à compensação de créditos nos termos em que os realizou, como era seu ónus (art. 342.º, n.º 1, do CC), poderia o banco instaurar a execução tendo por título executivo a mencionada escritura pública de mútuo com hipoteca e fiança para aquisição de imóvel.

Dessa forma, além de disponibilizar eficazmente os valores ao devedor-mutuário, deve a instituição financeira agir com boa-fé nas relações negociais, informando e acordando com o cliente sobre todos os aspectos do negócio jurídico.

2.2 Formalidade do mútuo

Apesar de o contrato de comodato poder ser feito sem maiores formalidades, mesmo tratando de imóveis, o contrato de mútuo **civil**, de regra, deve seguir a formalidade exigida pelo art. 1.143 do Código Civil português, onde se estipula que os contratos acima de 25.000 euros deverão ser lavrados por escritura pública ou por contrato particular autenticado, enquanto os contratos com valores abaixo de 25.000 euros e acima de 2.500 euros devem ser documentalmente assinados pelo mutuário-devedor. Essa exigência decorre da fragilidade e desconfiança existente na utilização da prova testemunhal, exigindo-se maiores formalidades para esses casos. Entretanto, quando se fala

em contratos de mútuo **bancário**, temos previsão específica no Decreto-Lei 32.765, artigo único, onde consta que os contratos de mútuos bancários, seja qual for o seu valor, deve ser provado por escrito, revogando parcialmente a norma do Código Civil quando se trata de mútuo bancário.

Havendo descumprimento da forma, o sistema jurídico pune de forma grave: nulidade dos contratos. Existem, todavia, alguns acórdãos da Relação de Coimbra que entendem que apesar de nulos, os mutuários devem juros a partir da citação no processo judicial, devendo ser devolvido o valor principal mais os juros contados da citação da ação. É o caso do Proc nº 1963/05. Existem, também, acordãos do Supremo Tribunal de Justiça (Proc nº 06A2999) entendendo que, independentemente do valor do contrato, deve haver contrato escrito quando se tratar de mútuo bancário.

2.3 Natureza jurídica

Relevante observar, também, que possuem natureza de contrato de adesão, haja vista a grande quantidade de clientes que os bancos possuem, inviabilizando a negociação caso a caso das cláusulas contratuais. Isso, entretanto, não retira a característica de contrato consensual das disposições.

Essa contratação bancária, por sua vez, é regulada por normas públicas que visam normatizar a estabilidade do sistema financeiro e organizá-lo, bem como oferecer alguma proteção aos indivíduos da má prestação de serviços de atividade bancária. Com esse objetivo, o Decreto-Lei nº 298/1992 (RGICSF) estabelece no art. 77 e seguintes, várias regras, determinando a transparência e informação como direitos a serem observados pelas instituições bancárias, observando-se que o cliente bancário possa obter as informações corretamente e de forma fácil e ágil, sendo sempre informado dos custos existentes na operação, bem como de todos os encargos que irá suportar na contratação. Isso tudo deve ser realizado de forma pré-contratual, antes do cliente bancário assinar o contrato. Vejamos o teor do dispositivo do artigo 77, número 1: “As instituições de crédito devem informar com clareza os clientes sobre a remuneração que oferecem pelos fundos recebidos e os elementos caracterizadores dos produtos oferecidos, bem como sobre o preço dos serviços prestados e outros encargos a suportar pelos clientes”.

2.4 Efeitos

Pelo contrato de mútuo, transfere-se a propriedade da coisa emprestada (de regra o dinheiro) para o mutuário, ficando este responsável pela coisa, com o dever de entregá-la ao mutuante ao final do contrato. Nos contratos de mútuo bancário, além da entrega da coisa, deverá o devedor acrescer à devolução um montante chamado de juros, que será a remuneração da instituição financeira pelo risco corrido na entrega do dinheiro.

Ao contrário do que a população normalmente pensa, é comum os bancos emprestem dinheiro e não conseguirem reaver o valor principal do crédito. Principalmente nos empréstimos mais arriscados, como o do crédito pessoal onde não existem garantias a fim de resguardar o mutuante. Por esse motivo, os juros nos contratos de mútuo de crédito pessoal precisam, necessariamente, ser maiores que aqueles previstos nos créditos imobiliários. Nesses últimos, por óbvio, o imóvel traz certa proteção ao mutuante que, diante dessa garantia, pode abdicar de juros maiores e adotar uma menor lucratividade na operação, haja vista estar resguardado seu patrimônio.

As partes podem fixar livremente a incidência dos juros, desde que respeitadas as balizas legais. Caso descumpridas tais balizas, estaremos diante da usura, instituto a ser comentado mais adiante.

Ocorre que, sendo estipulado livremente, o pagamento dos juros remuneratórios, que são aqueles aos quais a instituição financeira visa como o seu lucro na operação, ou, em outras palavras, os juros que remuneram o capital cedido, é visto pela doutrina como uma obrigação acessória do contrato, sendo a obrigação principal o pagamento do principal. É por esse motivo, inclusive, que o Código Civil, no art. 561, diz que o crédito dos juros é independente do crédito principal, podendo qualquer deles ser cedido ou extinguir-se independentemente do outro. Há aqui, autonomia do crédito de juros, bem como do valor principal. Essa estipulação do Código Civil português é bastante benéfica para a atividade bancária, que pode, desde logo, negociar esse crédito, circulando-o no mercado, ou gerando liquidez para a instituição financeira, a fim de realizar novos empréstimos, fomentando, dessa forma, ainda mais a atividade comercial no país.

No caso de não ser estipulado por escrito qual o montante dos juros, entende-se que serão aqueles estipulados na Portaria Conjunta do Ministério da Justiça e das Finanças, conforme previsão legal no Código Civil.

2.5 Extinção

Variados acontecimentos podem pôr fim ao contrato de mútuo. De regra, a finalização do contrato deve ocorrer com o pagamento do principal e dos juros fixados por escrito nos contratos de mútuo bancário, pois, como vimos, todos os contratos de mútuo bancário, independentemente do valor a que estejam submetidos devem ser por escrito a fim de serem provados.

Há, porém, casos excepcionais onde o mútuo pode extinguir-se. É o caso do disposto no art. 1.150 do Código Civil português, que prevê que o mutuante **poderá** extinguir o contrato caso o mutuário não pague os juros no prazo estipulado. Além das causas gerais de descumprimento do contrato previstas nos artigos 801 e 802 do Código Civil português, o Código foi bem expresso quanto ao não pagamento dos juros no art. 1.150, fazendo-o norma especial em relação aos contratos de mútuo.

Não obstante, entendemos que, nos contratos de mútuo bancário e, inclusive, nos de mútuo civil, deve-se observância à estipulação contida no disposto do número 2 do art. 802 do Código Civil português, ou seja, não poderá o credor desfazer o contrato se a inadimplência no pagamento dos juros for de escassa importância. Essa estipulação, a nosso ver, é norma principiológica de aplicação de caráter geral, inclusive devendo sua abrangência abarcar todos os contratos sinalagmáticos. Justificamos: com a atual visão principiológica do direito, e resguardando-se os interesses do credor, não há por que viabilizar uma extinção do contrato de mútuo se a inadimplência for insignificante. Dizendo em outras palavras, age com má-fé contratual e abuso de direito a instituição bancária que extingue o contrato de mútuo por falta de pagamento de R\$1 euro apenas, por exemplo. Nesse caso, caberia a aplicação do disposto no número 2 do art. 802, proibindo-se a instituição bancária de agir dessa forma. Ou seja, é consequência do princípio da boa-fé contratual e do *pacta sunt servanda* que tais contratos sejam mantidos em sua integralidade, como se em dia estivessem, vedando-se a resolução unilateral do contrato por inadimplência do mutuário. Relevante observar que muitas vezes é mais vantajoso financeiramente ao banco resolver o contrato por culpa do mutuário e receber a cláusula penal do contrato do que dar continuidade no mesmo. Por isso, reforça-se, ainda mais, a aplicação do nosso entendimento ao caso.

Sob outro aspecto, temos o disposto no art. 781 do Código Civil, determinando que, sendo a obrigação de mais de uma parcela, a falta de pagamento de uma delas importa o vencimento de todas as demais. Assim, o ordenamento jurídico está cheio de normas que permitem o vencimento do contrato de mútuo antecipadamente no caso de não pagamento de uma das parcelas. Entretanto,

alguns limites precisam ser colocados. Um deles é o citado acima, fundado no princípio da boa-fé contratual e do *pacta sunt servanda*, no qual fica vedado à instituição financeira resolver os contratos que possuem adimplência substancial, ainda que haja uma inadimplência meramente formal (isso em valores insignificantes).

Outro limite importante de ser colocado e que não consta da legislação é o que, havendo a resolução do contrato antecipadamente por inadimplência do mutuário, e vencendo-se todas as demais parcelas futuras, na forma prevista na legislação, não deve o mutuário pagar juros remuneratórios sobre as parcelas futuras e não vencidas, haja vista que o dinheiro não estará mais na posse do devedor-mutuário e, por esse motivo, não há capital a ser remunerado. Explico: vencendo as parcelas e sendo o devedor interpelado para pagamento, as parcelas futuras não vencidas são remuneração de um capital que não estará mais na posse do devedor-mutuário, pois este irá devolver o principal para o mutuante, não existindo mais capital a ser remunerado. Nesse sentido, encontramos Acórdão da Relação de Coimbra de 03/03/2009, Proc 2839/08 OTJCBR.CI, o qual transcrevemos:

1- O regime previsto no art. 781/CC visa também a proteção dos interesses do credor, pelo que a falta de pagamento de uma das prestações, num contrato de mútuo bancário, implica a interpelação do devedor, para a exigibilidade das demais. 2- Efetuada a interpelação, as prestações seguintes aquelas cujo pagamento foi omitido, no prazo devido, não incluem juros remuneratórios, por não se manter na disponibilidade do mutuário o montante do capital mutuado, correspondentes a tais prestações, nem é devida a capitalização de juros, pois que a respectiva obrigação não se constituiu. 3- Apenas sobre a prestação omitida, que permitiu ao credor fazer funcionar a antecipação da exigibilidade das demais, são devidos juros remuneratórios. 4- A Obrigação de juros é distinta da obrigação de capital, e não se lhe transmitem vicissitudes que possam ocorrer na primeira.

2.6 Mútuo por escopo

O mútuo por escopo é aquele onde as partes já determinam no contrato a destinação do dinheiro que será transferido à propriedade do mutuário. Ou seja, trata-se de mais um sinalagma no contrato, pois é dever do mutuário respeitar essa destinação do dinheiro e agir de forma a viabilizar e facilitar a aplicação desse montante ao fim acordado pelas partes.

Os principais exemplos desses tipos de contrato de mútuo por escopo são o crédito ao consumo ou o crédito imobiliário.

3 Usura e anatocismo

A usura é a cobrança de juros acima do montante permitido pela legislação. Ou seja, é a cobrança de juros em montante incompatível com o ordenamento jurídico. No que se refere ao mútuo **civil**, temos disposição expressa no art. 1.146, número 1 do Código Civil português, onde se prevê que, no máximo, podem-se acrescentar 3% ou 5% à taxa de juros legais, havendo ou não garantia no contrato de mútuo.

Essa conduta pode tipificar o crime previsto no art. 226 do Código Penal português, onde há previsão expressa da punibilidade da usura, sendo a pena de prisão de até dois anos.

É relevante observar, quanto ao instituto da usura no mútuo **civil**, o que prevê o disposto no art. 282 do Código Civil português, onde se determina a **anulabilidade** desses contratos de mútuo quando os juros cobrados ultrapassem aqueles permitidos por lei. Observa-se que a lei portuguesa foi bastante conivente com a usura, haja vista que, como sabemos, os contratos anuláveis podem ser convalidados com o tempo. Outra diferença marcante entre os negócios anuláveis e nulos é que estes últimos se referem a violações de normas de interesse público, motivo pelo qual até mesmo o Ministério Público pode solicitar sua nulidade, enquanto os negócios anuláveis são aqueles que ofenderam normas de interesse pessoal, cabendo à parte a iniciativa de solicitar seu desfazimento. Por esse motivo, entendemos que a lei portuguesa andou mal quando dispôs o anatocismo como contrato anulável, haja vista tratar-se, a nosso ver, de uma questão de proteção à ordem financeira do país e, por esse motivo, de interesse público, devendo a sanção ser de nulidade dos contratos.

No que se refere ao anatocismo, conceituamos como sendo a incidência de juros sobre juros. De regra, é vedado no ordenamento jurídico, tendo, por outro lado, possibilidade de ocorrência dentro da legalidade. Vejamos o disposto no art. 560 do Código Civil português:

1. Para que os juros vencidos produzam juros é necessária convenção posterior ao vencimento; pode haver também juros de juros, a partir da notificação judicial feita ao devedor para capitalizar os juros vencidos ou proceder ao seu pagamento sob pena de capitalização.
2. Só podem ser capitalizados os juros correspondentes ao período mínimo de um ano.
3. Não são aplicáveis as restrições dos números anteriores, se forem contrárias a regras ou usos particulares do comércio.

4 Sinalagma no contrato de mútuo

O contrato de mútuo bancário é, por essência, sinalagmático. Isso significa que, a cada prestação do mutuante deve corresponder uma prestação do mutuário, ficando, dessa forma, o contrato equilibrado economicamente e juridicamente. Em outras palavras, o mutuante transfere ao mutuário o direito ao capital (dever), adquirindo, em contrapartida, o direito ao recebimento dos juros e, ao final, do principal de volta, finalizando-se, dessa forma, o contrato.

Havendo, por parte do mutuante, o descumprimento de sua parte no contrato (entrega do capital), desaparece para o mutuário o dever de pagar os juros. Isso ocorre devido ao sinalagma do contrato. Essa característica ocorre em todos os tipos de contratos onerosos, não sendo particularidade expressa do contrato de mútuo bancário. Dessa forma, o sinalagma é uma espécie de vínculo entre as obrigações constante do contrato escrito. Nesse sentido, Bastos (2015, p78): “a ideia tradicional de que o conceito do sinalagma, ou de bilateralidade dos contratos, refere-se a uma espécie de vínculo entre as obrigações”.

O sinalagma, que é uma relação de vínculo entre as partes, tem por objetivo manter o equilíbrio econômico financeiro do contrato e garantir a uma das partes a tranquilidade de que somente estará obrigada a sua prestação caso a outra parte realize sua obrigação.

5 Solução de litígios financeiros

Em regra, os conflitos devem ser resolvidos na Justiça. Entretanto, ultimamente, tem se reforçado uma tendência de desjudicialização, com o aumento do uso de métodos de solução de conflitos. No que se refere aos contratos financeiros e bancários, não é diferente.

A Resolução do Conselho de Ministros nº 175/2001 fomentou essa prática com maior ênfase, trazendo o incentivo de que a maior parte dos contratos que envolvem pessoas capazes e maiores se utilizem da mediação e arbitragem como meio de resolução das controvérsias. Nesse sentido, Saraiva (2013, p. 271): “Tradicionalmente, para a resolução de litígios recorre-se aos tribunais. No entanto, estes revelam sérias dificuldades em lidar com as características muito próprias e técnicas dos mercados financeiros, em especial no que respeita a pequenos conflitos de consumo”.

Entendemos que é viável e interessante a utilização pelos clientes bancários do meio da arbitragem a fim de solucionarem conflitos com uma maior brevidade e menor custo, solucionando de forma definitiva tal conflito.

6 Interesse social na manutenção dos contratos e alteração das circunstâncias

Como se sabe, os contratos, apesar do seu viés privado, possuem, também uma função em relação à sociedade, geralmente objetivando a circulação de bens e serviços, reforçando a economia do país, aumentando a arrecadação dos impostos e gerando emprego. Da mesma forma, o mútuo feneratício bancário possui finalidade social, geralmente fomentando a economia, viabilizando projetos, levando capital de giro aos empreendimentos ou simplesmente garantindo a liquidez das pessoas físicas e jurídicas. Além disso, há de se observar que as próprias partes possuem interesse de manter o contrato, motivo pelo qual o direito desenvolveu e aplica com bastante o princípio do *pacta sunt servanda*, ou seja, o objetivo é que as avenças sejam cumpridas pelos contratantes.

Por esses motivos, sempre que possível, deve-se priorizar o entendimento jurídico que mantenha os contratos em vigor, pois são benéficos à sociedade, ao Estado e aos próprios contratantes.

Entretanto, existem causas que geram a resolução antecipada do contrato. Há motivos subjetivos, tais como o não pagamento de uma das parcelas pelo devedor-mutuário e motivos objetivos, como um imprevisível fato econômico que altere substancialmente as condições contratadas. Nesse último caso, o ordenamento jurídico permite que as condições sejam revistas por iniciativa do lesado. Existem, muitas vezes, requisitos legais exigidos pelo Código Civil português para que a resolução ocorra, como o disposto no art. 432, segunda parte, onde se prevê que a parte somente pode resolver o contrato caso possua o dinheiro para devolver o mutuante. Entendemos que seja extremamente importante tal dispositivo, porque protege o mutuante na relação contratual. E, como se sabe, quanto maior a proteção existente ao capital e ao mutuante, viabilizam-se menores taxas de juros.

No que se refere ao prazo para a resolução do contrato, observamos o disposto no art. 436 do Código Civil português, número 1 e 2, onde há previsão no sentido de que a resolução deve ocorrer por declaração da parte e, quando não houver fixação de prazo para a declaração no contrato, esta deve ser feita dentro de um prazo razoável. Infelizmente, o código foi aberto em relação ao prazo, motivo pelo qual entendemos que não há prazo para a resolução do contrato, podendo ser exercido enquanto não houver a prescrição do direito. Nesse mesmo sentido, entende Martinez (2006, p.174).

Vale ressaltar que nada impede que as partes, por mútuo acordo, estipulem uma resolução parcial do contrato, apesar de que, em regra, o que ocorre é uma resolução total do contrato, deixando

as partes de possuírem obrigações recíprocas. Reforçamos que, pelo disposto no art. 434 do CC português, a regra é a de que a resolução possui eficácia retroativa, exceto se as partes acordarem o contrário ou se diversa for a finalidade do contrato.

As causas mais comuns de resolução de contrato de mútuo, sem dúvida, são a falta de pagamento de uma das parcelas pelo devedor-mutuário, o qual se autoriza a resolução do contrato pelo disposto no art. 1.150 do CC, ou quando o devedor-mutuário não possui meio de devolver o capital, sendo a resolução fundada no disposto do art. 1.142 do CC. Lembramos que, nos contratos de mútuo bancário por escopo, também poderá haver a resolução do contrato caso o mutuário-devedor não aplique os recursos de acordo com a finalidade estipulada contratualmente. Sendo o caso de crédito ao consumo, deve-se observância às cláusulas dispostas no DL nº 113/2009, em especial seu art. 20.

6.1 Erro nos motivos do contrato x alteração das circunstâncias contratuais

Importante se faz diferenciar os institutos do erro dos motivos do contrato e o instituto da alteração das circunstâncias contratuais. Aquele encontra previsão legal disposta no artigo 252, 2 do CC, enquanto o outro tem previsão expressa no art. 437 do CC.

Quanto ao erro dos motivos, observamos que existem dois tipos, tratados diferentemente pelo CC. No disposto no número 1 do artigo 252 do CC, o erro sobre os motivos determinantes da vontade não gera ao lesado o direito de modificar as condições contratuais, exceto se o erro tratar da pessoa do declarante ou do objeto do negócio. Ou, ainda, se as partes acordaram em realizar a alteração, reconhecendo que houve o erro. Já no número 2 do artigo 252, temos o erro das circunstâncias que constituem a base do negócio, sendo tratado pelo CC como caso em que necessariamente deve ocorrer a alteração contratual para reajustar as condições contratadas. Diferenciamos, então o instituto do erro previsto no artigo 252 do instituto da alteração das circunstâncias previsto no artigo 437 do CC.

Enquanto no erro o vício encontra-se presente no momento da assinatura do contrato, sendo uma falsa percepção da realidade atual dos contratantes, no instituto da alteração das circunstâncias ocorre uma causa superveniente que modifica as condições contratadas gravemente, necessitando de uma revisão para que uma das partes não seja lesada sem ter dado causa a isso. Ou seja, no erro, temos uma falha na formação do negócio, incluindo-se as tratativas etc., enquanto na alteração das circunstâncias, não há nenhuma falha na formação do negócio, mas um problema posterior a isso.

Assim, o critério cronológico alia-se ao psicológico, pois no erro dos motivos as partes podem prever razoavelmente o evento que irá modificar as condições do contrato; já na alteração das circunstâncias, essa previsão não é possível. É por esse motivo que o CC trata diferentemente os institutos.

Outro aspecto importante que pode ajudar a diferenciar os institutos é o fato de que, no erro, trata-se de uma falha unilateral de uma das partes, enquanto na alteração da base do negócio, temos um impacto bilateral no contrato, por causa imprevisível e inevitável.

O disposto no art. 437 do CC, tratando da alteração das circunstâncias, enuncia o seguinte:

Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele 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.

Ou seja, protege-se a boa-fé e, com critérios de Justiça, recompõe-se o equilíbrio contratual, abalado pela circunstância imprevisível e superveniente.

No erro sobre os motivos, temos que a lei prefere manter como regra a alteração contratual, ou a resolução do contrato, excepcionando o *pacta sunt servanda*, apenas quando o erro for grave, como é o caso do erro sobre a pessoa, sobre o objeto do negócio (artigo 282, número 2), ou sobre a base do negócio.

6.2 Risco x alteração das circunstâncias e erro

Nos contratos de mútuo bancário, é inerente o risco das operações. Isso não pode ser confundido com a alteração das circunstâncias previsto no art. 437, nem com o instituto do erro.

Enquanto no erro há uma falha na percepção da realidade atual dos contratantes, ou seja, vício na formação do contrato, no instituto do risco, as partes estão cientes da possibilidade de determinado evento futuro e assumem conscientemente a ocorrência do evento. Não há vício na vontade, nem na formação do contrato quando se fala do instituto do risco previsto no art. 796 do CC.

Já no que se refere à alteração das circunstâncias, observa-se que esta é completamente imprevisível às partes, e que elas não assumiram conscientemente a ocorrência do evento. E, mais, não havia como tal fato ser previsto no momento da assinatura do contrato. Em ambos os institutos, não há falha na formação do contrato, nem vício. Dessa forma, a principal diferença entre os institutos é que o risco é algo que o mutuante previu e aceitou, enquanto no instituto da alteração das circunstâncias o evento futuro não era previsível e nem foi aceito pelo mutuante. Caso o evento futuro seja albergado pelo risco inerente ao contrato, não deve ser o contrato alterado e regular-se-á pelo art. 796 do CC.

Esses institutos acima referidos objetivam proteger a boa-fé contratual das partes, realizando a alteração no contrato quando o evento futuro for imprevisível ou quando houver grave erro na formação do contrato, e mantendo as condições quando o evento futuro for apenas a concretização de uma das possibilidades inerentes às condições contratuais. Essa estrutura jurídica prevista no CC contribui para que o mercado de crédito não tema eventuais perdas, fato que acarretaria o aumento no preço do dinheiro.

7 Estados superendividados, crise financeira e revisão dos contratos

Atualmente, grande parte dos países possuem problemas com a dívida pública, sendo estas geradas principalmente pelo envelhecimento da população e por uma crescente e insustentável despesa com a previdência pública. Há uma necessidade inadiável para organizar a maioria dos países financeiramente, a fim de equilibrá-los e torná-los sustentável no longo prazo, evitando novas crises financeiras, conforme Siegel (2015, p.83).

Na verdade, esse risco existente no desequilíbrio financeiro dos estados, principalmente dos países desenvolvido, entre eles o europeu e o português, traz um risco sistêmico a todo o mundo globalizado em que vivemos. Nesse sentido, Fraga (2010): “Atualmente, como é de conhecimento comum, o país confronta-se com imensas dificuldades financeiras, econômicas e sociais que têm impacto na vida de todos nós – a crise desde há muito que deixou de ser apenas financeira sendo, também, uma crise social e econômica”. No caso, o autor refere-se a Portugal. Ou seja, segundo o autor, a crise financeira causou uma crise social e econômica.

Nesse sentido, esse acontecimento extraordinário, causa uma alteração anormal nas circunstâncias, fazendo com que os contratos necessitem de alteração/revisão para garantir o equilíbrio econômico-financeiro e preservar a boa-fé das partes. O próprio Superior Tribunal de Justiça de Portugal já reconheceu que a crise financeira causa alterações anormais nos contratos, necessitando de alteração em suas cláusulas, a título de exemplo temos a decisão nos autos do Processo nº 187/10.4TVLSB.L2.S1, de 2013. Entretanto, a existência da crise não significa que todos os incumprimentos são consequências da crise econômica, merecendo alteração. Segundo o Supremo Tribunal de Justiça: “É necessário que haja uma correlação directa e demonstrada factualmente entre a crise económica geral e a actividade económica concreta de determinado agente para que se possa falar de uma alteração anormal das circunstância”.

Nada mais justo, pois a existência da crise também não pode justificar que se alterem todos os contratos indistintamente.

Essa alteração pretendida pode significar um maior prazo para pagamento do principal, um aumento do número de parcelas a serem pagas, ou, ainda, uma revisão na taxa de juros, criando-se uma nova para o contrato, de forma a suavizar ou enrijecer as condições contratuais, dependendo do caso concreto, das condições das partes, contexto econômico-financeiro que se encontra a realidade atual e do impacto do evento imprevisível que causou o desequilíbrio do contrato.

Conclusão

O contrato de mútuo bancário é um contrato real, que só se aperfeiçoa com a entrega do dinheiro ao mutuário-devedor, ficando este obrigado a restituir o montante acrescido dos juros, que é a remuneração do mutuante pela operação financeira. Existem situações onde o mutuário encontra-se obrigado a aplicar os valores recebidos em determinada finalidade prevista no contrato. A este mútuo chamamos de mútuo de escopo.

Concluimos que o contrato de mútuo bancário é um contrato feneratício, pois de regra possui caráter oneroso para o mutuário. E é um contrato sinalagmático, pois gera obrigações para ambas as partes do contrato. Essas obrigações, pelo sinalagma, convivem em equilíbrio, e existem apoiando-se uma na outra.

Há situações onde o mútuo pode ser alterado ou extinto antecipadamente caso algumas circunstâncias alterem sensivelmente a base do negócio entre as partes, ou, ainda, no caso de erro grave quanto ao objeto, quanto à pessoa ou quanto a um elemento essencial do negócio jurídico. A concretização de um risco inerente ao contrato não é motivo para sua alteração ou extinção, pois estando previsto no contrato é uma decorrência natural dele.

Ao final, concluimos que uma crise financeira pode ser motivo justificador a alterar a base do negócio jurídico, motivando uma alteração das condições do negócio.

Referências

- ANTUNES, José Engrácia. **Os contratos bancários: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Ferreira de Almeida**. 1. ed. Editora Almedina, 2011. ISBN 9789724069449.
- BASTOS, Miguel Brito. **O mútuo bancário: ensaio sobre a estrutura sinalagmática do contrato de mútuo**. 1. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2015. ISBN 978-972-32-2264-7.
- FRAGA, Manuel A. Carneiro. **Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias: contratos de depósito vs. contratos de gestão de carteiras**. 1. ed Editora Coimbra. 2010.
- MARTINEZ, Pedro Romano. **Da cessão do contrato**. 2. ed. Editora Almedina, 2006.
- PEREIRA, Joana Sofia Tinoco. **Resolução ou modificação do contrato de mútuo bancário por alteração das circunstâncias**. Trabalho apresentado como dissertação para obtenção do grau de Mestre na Faculdade do Porto. Acessado em: 10 de jul. de 2018. Disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/17685/1/tese%20final.pdf>.
- PORTUGAL. Decreto-Lei nº 47.344/1966 de 25 de novembro. **Código Civil Português**. Lisboa: 2018. Consulta em 10 de julho de 2018. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis.
- PORTUGAL. Decreto-Lei nº 298/92 de 31 de dezembro. **Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras**. Acessado em: 10 de jul. de 2018. Disponível em <http://fenacam.pt/wp-content/uploads/2013/01/RGICSF.pdf>.
- PORTUGAL. Decreto-Lei nº 32765/43 de 29 de abril. **Estabelece norma acerca da prova do contrato de mútuo bancário**. Acesso em: 10 de jul. de 2018. Disponível em https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MLR_MA_15922.pdf.
- PORTUGAL. Decreto-Lei nº 58/2013 de 17 de novembro. **Estabelece as normas aplicáveis à classificação e à contagem do prazo das operações de crédito, aos juros remuneratórios, à capitalização de juros e à mora do devedor**. Acesso em: 10 de jul. de 2018. Disponível em <https://www.bportugal.pt/legislacao/decreto-lei-no-582013-de-8-de-maio>.
- SARAIVA, Rute. **Direito dos mercados financeiros: apontamentos**. 1ªed. Editora aafdl, 2013. ISBN 2183054069641.
- SIEGEL, Jeremy J. **Investindo em ações no longo prazo**. 5. ed. Editora Bookman. 2015. ISBN 978-85-8260-323-9.