

Repositório ISCTE-IUL

Deposited in *Repositório ISCTE-IUL*:

2024-09-06

Deposited version:

Accepted Version

Peer-review status of attached file:

Peer-reviewed

Citation for published item:

Abreu, L. (2011). Sobre o poder unilateral de modificação do spread pelas instituições de crédito nos financiamentos MLP contratados com empresas. In Rui Pinto Duarte, Vítor Pereira das Neves, Marta Tavares de Almeida, Assunção Cristas, José Lebre de Freitas (Ed.), *Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Ferreira de Almeida*. (pp. 22-35).: Almedina.

Further information on publisher's website:

<https://www.almedina.net/estudos-em-homenagem-ao-professor-doutor-carlos-ferreira-de-almeida-volume-ii-1563799072.html>

Publisher's copyright statement:

This is the peer reviewed version of the following article: Abreu, L. (2011). Sobre o poder unilateral de modificação do spread pelas instituições de crédito nos financiamentos MLP contratados com empresas. In Rui Pinto Duarte, Vítor Pereira das Neves, Marta Tavares de Almeida, Assunção Cristas, José Lebre de Freitas (Ed.), *Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Ferreira de Almeida*. (pp. 22-35).: Almedina.. This article may be used for non-commercial purposes in accordance with the Publisher's Terms and Conditions for self-archiving.

Use policy

Creative Commons CC BY 4.0

The full-text may be used and/or reproduced, and given to third parties in any format or medium, without prior permission or charge, for personal research or study, educational, or not-for-profit purposes provided that:

- a full bibliographic reference is made to the original source
- a link is made to the metadata record in the Repository
- the full-text is not changed in any way

The full-text must not be sold in any format or medium without the formal permission of the copyright holders.

Sobre o poder unilateral de modificação do *spread* pelas instituições de crédito nos financiamentos MLP contratados com empresas

Nos financiamentos bancários de médio ou longo prazo (MLP) a grandes empresas, designadamente naqueles que se encontram associados a projectos de investimento, a prática mostra a ligação da taxa de juro a condições de mercado, através de um indexante, hoje muito correntemente a Euribor.

Mas é também habitual fazer reflectir as condições da empresa e do projecto em sede de remuneração do financiamento, mediante a margem ou *spread*, que variará ao longo da vida do empréstimo.

Assim, recordando um caso concreto, num financiamento para a construção de um centro comercial, o montante do *spread* foi definido separadamente, em primeiro lugar, para o período de construção, em seguida, para a fase posterior à construção e até à estabilização dos *cash flows* e, por último, relativamente ao período de *cash flows* estabilizados, o qual, nos termos contratuais, não só se encontrava delimitado no tempo, como exigia que o resultado da divisão do *cash flow* operacional pelo serviço da dívida fosse superior a determinado valor.

Noutro exemplo, de um contrato de abertura de crédito cuja finalidade consistiu em financiar a construção de um parque de estacionamento subterrâneo, a margem que acresce ao indexante ficou associada ao desempenho da sociedade cliente, a ser avaliado pelo rácio de cobertura do serviço da dívida reportado ao relatório e contas do último exercício.

Ainda que não testadas judicialmente, estas soluções parecem pacíficas, tal como o serão outras, em que se faça depender o montante do *spread* de critérios objectivos, de preferência até em regime de complementariedade, como o volume de vendas, os resultados líquidos e a autonomia financeira.

Por outro lado, há uma certa tradição quanto à negociação do reforço de garantias, devido ao agravamento do risco de uma operação bancária, clausulando habitualmente as instituições de crédito a obrigatoriedade de esse reforço ser realizado, caso se verifique, a juízo das mesmas, uma diminuição da segurança do crédito.

É certo existirem, nesta sede, normas legais que, verificado um determinado condicionalismo, permitem a mencionada exigência (arts. 633º, nº 2, 701º e 780º, nº 2 do Código Civil) (CC), só que as cláusulas normalmente utilizadas estabelecem essa exigibilidade do reforço de garantias segundo uma apreciação subjectiva, ainda que fundamentada, das entidades financiadoras.

Colocando o problema da revisão das condições de um financiamento MLP concedido a uma empresa, a diminuição do respectivo *rating* poderá certamente justificar um agravamento do *spread* se estiver em causa o *rating* externo do cliente, atribuído por uma entidade independente especializada. As dificuldades colocam-se, deste modo, apenas quanto à possibilidade de fazer reflectir nas condições contratuais uma diminuição do *rating* interno do cliente.

Apurou-se que este último é construído com recurso a factores de cariz mais subjectivo - ex. avaliação da gestão e do mercado em geral -, de par com outros, de natureza objectiva - ex. volume de negócios, indicadores económico-financeiros -, à semelhança do *rating* fixado pelas entidades especializadas. A diferença estará, portanto, no facto de a entidade que atribui a notação ser externa e independente ou tratar-se da própria instituição de crédito financiadora, para além de num caso a notação se destinar a ter divulgação pública, enquanto na outra hipótese tal não sucede.

Basileia II veio colocar a questão dos *ratings* internos na ordem-do-dia¹. Na segunda parte deste trabalho, procurar-se-á dar uma resposta ao problema que acima ficou delineado. Antes disso, vai-se passar em revista algumas normas que consagram o *ius variandi* no nosso ordenamento.

¹ Cfr. PIETRO SIRENA, «Il *ius variandi* della banca dopo il c.d. decreto-legge sulla competitività (n. 223 del 2006)», acessível através de www.judicium.it, pág. 7.

1ª Parte

Generalidades sobre o *ius variandi* no direito civil português^{2 3 4}

Mesmo sem recorrer à fórmula expressiva segundo a qual o contrato constitui a lei entre as partes, utilizada no art. 1134º do Código de Napoleão e no art. 1372º do Código Civil italiano, o Código Civil de 1966 consagrou claramente, no nº 1 do seu art. 406º, o princípio *pacta sunt servanda*: o contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei.

Irá, de seguida, verificar-se como o mesmo Código, ao tratar dos contratos em especial, foi sensível ao *ius variandi*. Aproveita-se, no entanto, para começar

² Entre nós, a matéria do *ius variandi* é habitualmente estudada no direito do trabalho, uma vez que o Regime do contrato individual de trabalho aprovado pelo Dec.-Lei nº 49.408, de 24 de Novembro de 1969, veio reconhecer ao empregador o poder de, com fundamento no interesse da empresa, encarregar temporariamente um trabalhador de realizar serviços não compreendidos no objecto do contrato, desde que tal mudança não implicasse diminuição na retribuição, nem modificação substancial da posição do trabalhador (art. 22º). As particularidades deste ramo do direito dispensam, contudo, o aprofundamento, para os efeitos deste artigo, dos contornos que o instituto assumiu em sede laboral, ao longo dos tempos. Sobre a matéria, para além da manualística, CATARINA CARVALHO, «O exercício do *ius variandi* no âmbito das relações individuais de trabalho e a polivalência funcional», in *JURIS ET DE IURE. Nos vinte anos da Faculdade de Direito da UCP - Porto*, Porto: UCP, 1998, págs. 1031-1063. Actualmente, v. as normas do art. 120º (Mobilidade funcional) do novo Código de Trabalho, após a revisão aprovada pela Lei nº 7/2009, de 12 de Fevereiro.

³ Também extravasa do âmbito do presente trabalho a análise da forma como o legislador regula o *ius variandi* da Administração nos contratos administrativos, que têm a sua dogmática própria. Segundo o Código dos Contratos Públicos, o contrato pode, por exemplo, ser modificado por acto administrativo do contraente público quando o fundamento invocado sejam razões de interesse público, decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes. A modificação não pode conduzir à alteração das prestações principais abrangidas pelo objecto do contrato e o co-contratante tem direito à reposição do equilíbrio financeiro (art. 311º e ss.). Sobre esta matéria, CARLA AMADO GOMES, «A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos», in *Estudos de contratação pública - I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, págs. 519-567, em especial pág. 530 ss..

⁴ Para o direito italiano, RAFFAELE TOMMASINI, «Revisione del rapporto (diritto privato)», in *Enciclopedia del diritto*, vol. XL, págs. 104-134. A doutrina italiana tem dedicado especial atenção à problemática da modificação unilateral dos contratos. V. as obras de CATALDO DE SINNO, *Le clausole di determinazione degli interessi nei contratti bancari*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, págs. 223-242, PAOLO GAGGERO, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Pádua: Cedam, 1999, MARIALUISA GAMBINI, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2000, GIOVANNI IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milão: Giuffrè, 2008, e PIERO SCHLESINGER, «Poteri unilaterali di modificazione («ius variandi») del rapporto contrattuale», in *Giurisprudenza commerciale*, ano XIX - 1992, 1ª parte, págs. 18-24.

por recordar que a nossa doutrina reconhece hoje que o contrato não é um fenómeno isolado, antes se encontra inserido numa realidade social que não pode ser ignorada pelo intérprete-aplicador do direito, e que, nomeadamente quando duradouro, o contrato não só envolve a assunção de um risco como pode até configurar uma realidade em permanente construção⁵.

Daí a importância das chamadas cláusulas de adaptação, que permitem gerir as repercussões do tempo no domínio dos contratos, sobretudo para aqueles que preferem estar atentos e planear a vida de uma relação contratual duradoura em lugar de se deixarem surpreender pelas diferentes vicissitudes que são susceptíveis de a afectar⁶.

É disso que se trata neste trabalho, onde se pretende discutir a admissibilidade de uma cláusula que permita à instituição de crédito alterar o *spread* num financiamento MLP contratado com uma empresa com fundamento na diminuição do *rating* interno desta última, o que corresponde àquilo que na terminologia corrente se designa como uma cláusula de revisão automática⁷.

Regressando ao Código Civil, temos então que o mandatário pode deixar de executar o mandato ou afastar-se das instruções recebidas, quando seja razoável supor que o mandante aprovaria a sua conduta, se conhecesse certas circunstâncias que não foi possível comunicar-lhe em tempo útil (art. 1162º).

Também o depositário pode guardar a coisa de modo diverso do convencionado, quando haja razões para supor que o depositante aprovaria a

⁵ Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/JÚLIO GOMES, «A «hardship clause» e o problema da alteração das circunstâncias (breve apontamento)», in *JURIS ET DE IURE. Nos vinte anos da Faculdade de Direito da UCP - Porto*, cit., págs. 17-40.

⁶ Para além do artigo referenciado na nota anterior, JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos contratos comerciais*, Coimbra: Almedina, 2009, págs. 308-319. V. também RÉGIS FABRE, «Les clauses d'adaptation dans les contrats», in *Revue trimestrielle de droit civil*, ano 82, nº 1, Janeiro-Março 1983, págs. 1-30. Mais recentemente, MARIO BARCELLONA, «Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze», in *I MOBILI CONFINI DELL'AUTONOMIA PRIVATA*, Milão: Giuffrè, 2005, págs. 409-444.

⁷ Cfr. ANTUNES, ob. cit., págs. 317/318.

alteração, se conhecesse as circunstâncias que a fundamentaram, embora deva participar essa mudança logo que a comunicação seja possível (art. 1190º).

Mas foi em sede do contrato de empreitada que o *ius variandi* obteve maior consagração. Segundo o art. 1215º do CC, que trata das alterações necessárias, se, para execução da obra, for imprescindível, em consequência de direitos de terceiro ou de regras técnicas, introduzir alterações ao plano convencionado, e as partes não chegarem a acordo, compete ao tribunal determinar essas alterações e fixar as correspondentes modificações quanto ao preço e prazo de execução (nº 1). Caso, em consequência das alterações, o preço seja elevado em mais de vinte por cento, o empreiteiro pode denunciar o contrato e exigir uma indemnização equitativa (nº 2).

Já quanto às alterações determinadas pelo dono da obra, rege o art. 1216º do CC. O dono da obra pode exigir que sejam feitas alterações ao plano convencionado, desde que o seu valor não exceda a quinta parte do preço estipulado e não haja modificação da natureza da obra (nº 1). O empreiteiro terá então direito a um aumento do preço estipulado, correspondente ao acréscimo de despesa e trabalho, bem como a um prolongamento do prazo para a execução da obra (nº 2). Se das alterações introduzidas resultar uma diminuição de custo ou de trabalho, o empreiteiro receberá o preço estipulado, com dedução do que, em consequência das alterações, poupar em despesas ou adquirir por outras aplicações da sua actividade (nº 3)⁸.

Ainda no âmbito do contrato de empreitada, o dono da obra pode dela desistir a todo o tempo, mesmo que já tenha sido iniciada a sua execução, contanto que indemnize o empreiteiro dos respectivos gastos e trabalho e do proveito que poderia tirar da empreitada (art. 1229º do CC).

⁸ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA afirmam que o direito do dono da obra de impor alterações à empreitada é admitido na generalidade das legislações e na doutrina, apesar de se tratar de uma excepção à regra segundo a qual os contratos, depois de terem sido celebrados, só por mútuo consenso podem ser alterados. Quanto ao problema de saber se tal faculdade pode ser afastada por convenção das partes, seja no sentido de o dono da obra renunciar à mesma ou, pelo contrário, de poder exigir alterações de valor superior ao quinto do preço estipulado, entendem, seguindo RUBINO, que não existem razões de ordem pública que imponham aquele direito. Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II (Artigos 762º a 1250º), 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1997, pág. 886.

Segue-se, para o que aqui importa, o regime do contrato de renda perpétua, onde há a faculdade de o devedor, a todo o tempo, remir a renda, mediante o pagamento da importância em dinheiro que represente a capitalização da mesma, à taxa legal de juros (art. 1236º, nº 1 do CC). Este direito de remição é irrenunciável, sendo, no entanto, lícito estipular-se que não pode ser exercido em vida do primeiro beneficiário ou dentro de certo prazo não superior a vinte anos (nº 2 do mesmo preceito). Diferentemente, no contrato de renda vitalícia, o devedor só pode remir a renda, com reembolso do que tiver recebido e perda das prestações entretanto efectuadas, se assim tiver sido convencionado (art. 1243º do CC).

Acresce que o fenómeno da modificação unilateral não é exclusivo do direito das obrigações. Encontramo-lo também no direito das coisas. Assim, nos termos do art. 1568º do CC, o proprietário do prédio serviente pode, em qualquer momento e à sua custa, exigir a mudança da servidão para sítio diferente do primitivamente assinado, ou para outro prédio, se a mudança lhe for conveniente e não prejudicar os interesses do proprietário do prédio dominante (nº 1). A mudança pode igualmente dar-se a requerimento e à custa do proprietário do prédio dominante, se dela lhe advierem vantagens e com ela não for prejudicado o proprietário do prédio serviente (nº 2). O modo e o tempo de exercício poderão ser alterados, a pedido de qualquer dos proprietários, desde que se verifiquem os requisitos acima elencados (nº 3). Estas faculdades não são renunciáveis nem podem ser limitadas por negócio jurídico (nº 4).

A leitura conjunta dos preceitos legais citados não é muito comum e poderá provocar até alguma surpresa. Com ela, pretende-se desmistificar, de alguma forma, a ideia tradicional da excepcionalidade do *ius variandi* no direito civil⁹. Tratar-se-á, isso sim, de uma figura geral do direito dos contratos, que está longe de ser exclusiva de um sector específico como é o direito do trabalho.

⁹ Referindo precisamente a presunção do carácter excepcional do *ius variandi* perante os princípios da igualdade entre as partes e do *pacta sunt servanda*, LUCA NIVARRA, «*Jus variandi* del finanziatore e strumenti civilistici di controllo», in *Rivista di diritto civile*, ano XLVI - 2000, 2ª parte, págs. 463-476, pág. 468. Por seu lado, SCHLESINGER afirma explicitamente que o *ius variandi*, como instrumento destinado ao desenvolvimento do programa negocial inicialmente acordado entre as partes, não tem nada de desconcertante, paradoxal ou iníquo, recordando que o mesmo se encontra sujeito aos limites gerais da existência de justa causa para as atribuições patrimoniais e da nulidade por contrariedade a normas imperativas ou aos bons costumes (ob. e loc. cit., respectivamente, págs. 23/24 e 21). Significativamente, IORIO inicia a sua obra citando a referida afirmação de SCHLESINGER e termina-a declarando que o

Fora do Código Civil, uma primeira referência para o regime do arrendamento florestal. Segundo o disposto pelo art. 9º do Dec.-Lei nº 394/88, de 8 de Novembro, na ausência de acordo dos contraentes, a autorização do Director-geral das florestas permite ao arrendatário alterar a composição, regime e estrutura dos povoamentos, com vista a aumentar a rendibilidade económica da exploração ou a racionalizar o aproveitamento dos recursos, desde que a recusa do consentimento do senhorio seja manifestamente injustificada (nº 1). Tratando-se de arrendamento cujo fim seja a exploração de povoamentos florestais já existentes, a falta de consentimento do senhorio só judicialmente pode ser suprida (nº 2). No referido processo de suprimento, o tribunal solicitará obrigatoriamente parecer ao Director-geral das florestas (nº 3). Da autorização do Director-geral das florestas e da sentença proferida no processo de suprimento deve constar a alteração da renda que a equidade impuser (nº 4).

Passando para o arrendamento rural, de acordo com o art. 14º do Dec.-Lei nº 385/88, de 25 de Outubro, o arrendatário pode fazer no/s prédio/s arrendados benfeitorias úteis com o consentimento escrito do senhorio ou, na falta deste, mediante um plano de exploração a aprovar pelos serviços regionais do Ministério da Agricultura (nº 1). O senhorio só pode efectuar as benfeitorias úteis que sejam consentidas pelo arrendatário ou, na falta de consentimento escrito deste último, aprovadas pelos serviços regionais do Ministério da Agricultura (nº 2). As benfeitorias úteis realizadas pelo arrendatário podem implicar alteração do prazo do contrato e as levadas a cabo pelo senhorio permitem fazer alterar o prazo do contrato e o montante da renda, alterações que serão acordadas entre as partes e, em caso de discordância, estabelecidas na decisão que aprova o plano (nº 3). Quando as benfeitorias promovidas pelo senhorio importem alteração sensível do regime de exploração do prédio ou o arrendatário não se conformar com o eventual acréscimo de renda, tem o mesmo a faculdade de, no prazo de 30 dias, denunciar o contrato, para o final do respectivo ano agrícola (nº 4).

Exemplo paradigmático da problemática da modificação unilateral dos contratos é o contrato de viagem organizada, quer entre nós quer no estrangeiro, tendo sido objecto da atenção das instâncias comunitárias e dos legisladores dos

ius variandi serve precisamente para assegurar o equilíbrio durante toda a vida do contrato (ob. cit., respectivamente, págs 1 e 261/262).

diferentes países da Comunidade Europeia¹⁰. Nos termos do Dec.-Lei nº 209/97, de 13 de Agosto¹¹, a agência de viagens pode alterar o preço de uma viagem organizada até 20 dias antes da data prevista para a partida se o contrato assim o prever expressamente e determinar as regras precisas de cálculo da alteração e se esta resultar unicamente de variações no custo dos transportes ou do combustível, dos direitos, impostos ou taxas cobráveis ou de flutuações cambiais (art. 26º, nº 2).

A agência pode igualmente cancelar uma viagem por não ter sido atingido o número mínimo de participantes de que dependia a sua realização, conforme acordado no contrato, o qual deve igualmente prever a data limite para a notificação desse cancelamento ao cliente (art. 22º, nº 1 f)), sendo que um dos direitos que assiste a este último, na referida situação, é o de optar por participar numa outra viagem organizada, devendo ser-lhe reembolsada a eventual diferença de preço (art. 28º, b)).

O regime legal das modificações ocorridas durante a execução da viagem, ou seja, após a partida, consta do art. 30º¹² do diploma em apreço e é resumidamente o seguinte:

. quando não seja fornecida uma parte significativa dos serviços previstos no contrato, a agência deve assegurar, sem aumento de preço para o cliente, a prestação de serviços equivalentes aos contratados (nº 1);

. quando se mostre impossível a continuação da viagem ou as condições para tal não sejam justificadamente aceites pelo cliente, a agência deve fornecer, sem aumento de preço, um meio de transporte equivalente que possibilite o regresso ao local de partida ou a outro local acordado (nº 2);

¹⁰ Sobre a matéria, MIGUEL MIRANDA, *O contrato de viagem organizada*, Coimbra: Almedina, 2000, págs. 171-193. No direito italiano, GAMBINI, ob. cit., págs. 259-325.

¹¹ Com as alterações introduzidas pelo Dec.-Lei nº 12/99, de 11 de Janeiro. O Dec.-Lei nº 209/97 foi republicado em anexo a este último diploma.

¹² A epígrafe de incumprimento afigura-se ser manifestamente desajustada ao teor do preceito.

. caso se verifique alguma deficiência na execução do contrato relativamente a serviços de alojamento e transporte, o cliente deve, sempre que possível, contactar a agência de viagens, por forma a que esta possa assegurar, em tempo útil, a prestação de serviços equivalentes aos contratados (nº 5);

. quando não seja possível contactar a agência de viagens ou quando esta não assegure, em tempo útil, a prestação de serviços equivalentes aos contratados, o cliente pode contratar com terceiros serviços de alojamento e transporte não incluídos no contrato, fazendo-o a expensas da agência de viagens (nº 6).

Por último, há que analisar o regime das cláusulas contratuais gerais, no qual se encontram pontos de apoio para a boa resolução do problema colocado de início. A respectiva disciplina consta do Dec.-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, na redacção do Dec.-Lei nº 220/95, de 31 de Janeiro, que lhe introduziu significativas alterações, motivadas pela Directiva comunitária nº 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de Abril de 1993, tal como as modificações mais tarde introduzidas pelo Dec.-Lei nº 249/99, de 7 de Julho¹³. Por facilidade de exposição, utilizar-se-á a designação de Lei das Cláusulas Contratuais Gerais (LCCG).

De acordo com as normas que se aplicam às relações entre empresários ou entidades equiparadas, são relativamente proibidas, ou seja, consoante o quadro negocial padronizado, as cláusulas que consagrem, a favor de quem as predisponha, a faculdade de modificar as prestações, sem compensação correspondente às alterações de valor verificadas (art. 19º, h) da LCCG)¹⁴.

¹³ Foi com este diploma que o regime legal em causa se passou a aplicar igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar.

¹⁴ Esta norma corresponde à da alínea i) do art. 19º na versão originária do Dec.-Lei nº 446/85. Sobre a mesma, os Autores do diploma, em anotação, esclareceram o seguinte: «Os contratos celebrados com recurso a cláusulas contratuais gerais, designadamente nas áreas de evolução científica e tecnológica sensíveis, prevêm, muitas vezes, a possibilidade de modificações unilaterais das prestações. Essa prática, em si justificada, deixa de sê-lo quando tais modificações impliquem alterações de valor não compensadas. Trata-se de uma exigência da boa fé, precisada pela proibição da alínea i)». Cfr. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA/ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei N.º 446/85, de 25 de Outubro*, reimpressão, Coimbra: Almedina, 1993, pág. 48.

No âmbito das regras que regulam exclusivamente as relações com consumidores finais, destaque para a proibição - também apenas relativa, não absoluta - das cláusulas que atribuam a quem as predisponha o direito de alterar unilateralmente os termos do contrato, excepto se existir razão atendível que as partes tenham convencionado (art. 22º, nº 1, c) da LCCG).

Sucedo que esta última norma, introduzida pelo Dec.-Lei nº 220/95, não determina a proibição das cláusulas que concedam ao fornecedor de serviços financeiros o direito de alterar a taxa de juro ou o montante de quaisquer outros encargos aplicáveis, desde que correspondam a variações do mercado e sejam comunicadas de imediato, por escrito, à contraparte, podendo esta resolver o contrato com fundamento na mencionada alteração (art. 22º, nº 2 a) da LCCG).

Estas alterações à versão originária da LCCG foram inspiradas numa listagem anexa à citada Directiva nº 93/13/CEE¹⁵. No entanto, se é certo que a alínea j) do nº 1 da mencionada lista, ao considerar abusivas as cláusulas que têm como objectivo ou como efeito autorizar o profissional a alterar unilateralmente os termos do contrato sem razão válida e especificada no mesmo, se assemelha à norma do art. 22º, nº 1, c) da LCCG, já o mesmo não se pode dizer do modo como se encontra excepcionado determinado tipo de clausulado utilizado pelo fornecedor de serviços financeiros.

Com efeito, nos termos da alínea b) do nº 2 da lista em apreço, a proibição da alínea j) não prejudica as cláusulas segundo as quais o fornecedor de serviços financeiros se reserva o direito de alterar a taxa de juro devida pelo ou ao consumidor ou o montante de quaisquer outros encargos relativos a serviços financeiros sem qualquer pré-aviso em caso de razão válida, desde que seja atribuída ao profissional a obrigação de informar desse facto a ou as outras partes contratantes o mais rapidamente possível, e que estas sejam livres de rescindir imediatamente o contrato.

¹⁵ Cfr. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra: Almedina, 1999, pág. 620.

Muito sinteticamente: onde a Directiva fala em razão válida o nosso legislador, sem justificar, empregou a expressão variações de mercado.

2ª Parte

O *ius variandi* nos financiamentos bancários MLP contratados com empresas

Procurando agora responder directamente à questão da admissibilidade, no nosso direito, de uma cláusula que permita à instituição de crédito modificar unilateralmente o *spread* num financiamento contratado com uma empresa, devido à alteração do *rating* interno desta última, começa-se por caracterizar a relação contratual em causa.

Em primeiro lugar, trata-se habitualmente de contratos cujos clausulados são objecto de negociação entre as partes, não existindo, em regra, quaisquer assimetrias informativas a corrigir ou uma parte débil a proteger. Isto afasta a aplicação da LCCG, sem prejuízo de se recorrer às suas ponderações, como ponto de apoio para a interpretação.

Por outro lado, são contratos duradouros, em que o prazo tem importante significado para os contratantes, e voláteis, no sentido de que são sensíveis à envolvente económica externa¹⁶, desde logo porque a taxa de juro é fixada através de um indexante.

Vivemos numa época de globalização, de interligação entre as economias, de mudanças rápidas no domínio económico, sendo o nosso país especialmente vulnerável às vicissitudes externas. Facilmente poderão surgir, portanto, ao longo da vida da relação de financiamento MLP, perturbações ao equilíbrio que esteve subjacente ao acordo inicial entre as partes.

¹⁶ Cfr. ANTUNES, ob. cit., pág. 309.

No mútuo bancário, como bem salientou o homenageado, o elemento pessoal é muito relevante. O banco baseia-se na confiança resultante da avaliação que faz do seu cliente, não só do seu património, como também da respectiva capacidade de gestão¹⁷. Mais do que dispor de garantias para execução contenciosa, a instituição de crédito pretende ter clientes capazes de honrarem os seus compromissos e dispostos a fazê-lo.

Deixa-se de lado a discussão sobre o regime legal do mútuo para sublinhar o significado que tem a relação de confiança entre as partes na economia do contrato. Hoje não se pode duvidar que entre a instituição de crédito e o seu cliente o aspecto fiduciário assume uma relevância determinante, em especial na concessão de crédito¹⁸.

Por último, estes financiamentos MLP são, em muitos casos, mútuos de escopo¹⁹, ficando o cliente vinculado a dar um determinado destino ao montante recebido, por exemplo, o desenvolvimento de um determinado projecto, que o

¹⁷ Cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II - Conteúdo. Contratos de troca*, Coimbra: Almedina, 2007, págs. 36-38. Para o A., os «contratos de crédito (em sentido amplo, isto é, contratos em que há benefício presente em contrapartida de encargo futuro, tais como o mútuo, a compra e venda com pagamento diferido, a fiança e outras garantias pessoais), em que a selecção do contraente beneficiário do crédito se baseia na confiança gerada pela avaliação pelo sujeito de qualidades de fortuna, de iniciativa e de honestidade» são contratos *intuitu personae*. Ainda que integrados no grupo daqueles em que o elemento pessoal «é mais fraco, com incidência, exclusiva ou primordial, no regime de formação e de validade do contrato, designadamente pela inadmissibilidade de formação através de proposta ao público, de reserva de nomeação de terceiro (artigo 452.º, n.º 2) e de aplicabilidade do erro-vício sobre a pessoa (artigo 251.º)», por comparação com o grupo dos «contratos em que o *intuitus personae* é mais forte, influenciando não só o regime de formação e de validade mas também certos aspectos do cumprimento e das vicissitudes do contrato, designadamente: extinção da obrigação por impossibilidade de cumprimento pelo próprio devedor (artigo 791.º); insusceptibilidade de execução específica da prestação, através da prestação por outrem à custa do devedor (artigo 828.º, *a contrario*); insusceptibilidade de execução específica do contrato-promessa (artigo 830.º, n.º 1, *in fine*) e intransmissibilidade aos sucessores dos contraentes dos direitos e obrigações resultantes de contrato-promessa (artigo 412.º, n.º 1, *a contrario*); limitação da faculdade de utilização de auxiliares e de subcontratação (artigo 264.º, n.º 4, aplicável directamente ao mandato e à empreitada, por força dos artigos 1165.º e 1213.º, n.º 2)» (ob. cit., pág. 37). Em sentido diferente, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações, vol. III (Contratos em especial)*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2005, pág. 398.

¹⁸ Cfr. GUIDO DE ROSA, «Le obbligazioni del mutuario. La essenzialità di tutte le obbligazioni. La successione mortis causa nel debito», in *MUTUI IPOTECARI. Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali*, Milão: Giuffrè, 1999, págs. 259-287, págs. 264-266.

¹⁹ Sobre esta categoria, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito bancário*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2001, págs. 581-584.

banco entendeu viabilizar. No clausulado, avultam obrigações de informação quanto à situação económico-financeira do cliente, com disponibilização dos principais documentos contabilísticos, de modo a que a entidade financiadora possa acompanhar de perto o evoluir da operação.

Sem prejuízo da autonomia do problema da modificação unilateral dos contratos, importa referir que os termos em que o instituto da alteração das circunstâncias se encontra consagrado no art. 437º do CC e a aplicação cautelosa que os tribunais dele têm feito não permitem sequer equacioná-lo como uma alternativa para esta questão da necessidade de adaptação dos contratos duradouros.

Ora a citada directiva comunitária sobre cláusulas abusivas e a LCCG dão até um sinal de abertura quanto ao *ius variandi* clausulado a favor do prestador de serviços financeiros. Não será estranho, a este propósito, o interesse público associado ao papel da banca na economia²⁰.

Quanto ao mencionado poder de modificação unilateral dos contratos bancários, não se conhece, entre nós, qualquer proibição explícita do mesmo, para além dos limites gerais da usura, da violação de normas imperativas, dos bons costumes e, em geral, da boa fé e do abuso de direito.

Faz todo o sentido que a instituição de crédito e o seu cliente, os quais já integraram no acordo a que chegaram uma taxa de juro que reflecte as condições de mercado, possam convencionar que a alteração do risco da operação, na perspectiva devidamente fundamentada do banco, leve a oscilações do *spread* inicialmente fixado, pois é essa a sede adequada para traduzir no contrato o risco daquele concreto financiamento²¹.

Aplicar-se-ão aí indicadores objectivos do cliente e do seu projecto, se for o caso, mas também uma certa margem de apreciação subjectiva, ainda que

²⁰ Cfr. GAMBINI, ob. cit., pág. 122.

²¹ Cfr. NIVARRA, ob e loc. cits., pág. 472, e SIRENA, ob. e loc. cits., pág. 7.

justificada, da instituição financiadora - do cliente, da sua gestão, dos seus accionistas, do projecto, daquele sector de actividade, das suas perspectivas de futuro na economia global. E a variação do risco funcionará de forma autónoma, logo não necessariamente coincidente, com a flutuação do indexante²².

A imutabilidade do contrato não constitui um valor em si mesmo. Pode até ser inconveniente para ambas as partes. Não se trata aqui de criar um mecanismo para permitir aos bancos ganharem mais dinheiro, apenas de permitir à instituição de crédito adequar o contrato a variações no quadro macroeconómico e microeconómico inicial. Quando correctamente exercido, o *ius variandi* permitirá ganhos de eficiência²³.

Neste como noutros casos, a possibilidade de virem a existir tentativas de abuso não é razão para negar a figura²⁴. O importante é que o cliente tenha a possibilidade de negociar o contrato e, conforme se referiu, tal é prática corrente. Está também assegurado, como não podia deixar de ser, o controlo judicial.

Conclui-se, assim, que as exigências a observar relativamente a uma cláusula que permita aos bancos alterarem o *spread* nos financiamentos MLP contratados com empresas, com fundamento na variação do *rating* interno destas, são sobretudo aquelas que decorrem do princípio da boa fé: necessidade de ser observado um pré-aviso, de o cliente ter o direito de pôr livremente termo ao contrato, sem qualquer penalização, proporcionalidade²⁵ e existência de um motivo justificado²⁶.

Nota: o regime do arrendamento de prédios rústicos para o efeito de desenvolvimento de actividades agrícolas e florestais consta actualmente do

²² Cfr. DE SINNO, ob. cit., págs. 212/213.

²³ Cfr. NIVARRA, ob. e loc. cits., pág. 463.

²⁴ Cfr. SIRENA, ob. e loc. cits., pág. 3.

²⁵ Justificar-se-á, por exemplo, como garantia do respeito pelo princípio da proporcionalidade, que o leque das possíveis variações fique delimitado no contrato.

²⁶ Cfr. IORIO, ob. cit., págs. 85/86.

Dec.-Lei nº 294/2009, de 13 de Outubro, o qual revogou o Dec.-Lei nº 385/88, de 25 de Outubro, e o Dec.-Lei nº 394/88, de 8 de Novembro.