

Lusíada



Repositório das Universidades Lusíada

Universidades Lusíada

Silva, Nuno Pinto

Contrato de mútuo : natureza jurídica e particularidades

<http://hdl.handle.net/11067/1697>

<https://doi.org/10.34628/50q1-jr87>

Metadados

Data de Publicação	2015-10-27
Palavras Chave	Empréstimos - Direito e legislação - Portugal
Tipo	article
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] LD, s. 2, n. 12 (2014)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-11-14T19:20:36Z com informação proveniente do Repositório

CONTRATO DE MÚTUO

NATUREZA JURÍDICA E PARTICULARIDADES¹

Nuno Pinto da Silva

Sumário: 1 Contrato de Mútuo; 2 Natureza jurídica do mútuo; 2.1 Mútuo Real e Mútuo Consensual; 2.2 Mútuo Típico e Mútuo Atípico; 2.3 Mútuo Gratuito e Mútuo Oneroso; 2.4 Mútuo Unilateral e Mútuo Bilateral; 2.5 Mútuo Civil, Mútuo Comercial e Mútuo Bancário; 3 Forma do Mútuo; 4 Consequências da inobservância da forma legal do mútuo; 5. Contrato Promessa de Mútuo; 6 Extinção do Mútuo; 7 Implicações em sede de imposto de selo.

1. Introdução

Contrato típico de mútuo é definido, no código civil, no art.º 1142, como *“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 género e qualidade”*.

Ora este art.º 1142º CC revela algumas notas distintas como caracterizadoras do mútuo² legalmente típico, nomeadamente:

Fato. Em primeiro lugar temos o fato gerador da relação jurídica, que irá moldar toda a subsequente relação entre os sujeitos, que neste caso será o contrato, contrato esse de mútuo (art.º 405 e segs e art.º 1142 e segs do CC).

Sujeitos. Neste tipo de contrato temos, quanto aos sujeitos, uma relação

¹ Trabalho de Mestrado apresentado na Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa, em 2014.

² Ver MENEZES CORDEIRO, António, *Direito das Obrigações*, 3º Vol. 2ª Edição revista e ampliada, pág. 188 a 259 e JOÃO ABRANTES, José, *Algumas notas sobre o contrato de mútuo*, In *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais*, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, Vol. II, Vária, Coimbra Editora, pág. 1057 a 1068.

intersubjetiva em que uma parte é designada de *mutuante* (que empresta certa coisa a outrem) e a outra de *mutuário* (que recebe a coisa emprestada). Mas para além destes sujeitos podem surgir outros, quer sejam coobrigados podendo portanto surgir mais do que um mutuante e mais do que um mutuário ou quer sejam outros sujeitos de certo modo obrigados como p.e. garantes e fiadores.

Objeto do contrato. Para além disso quanto ao objeto do contrato, o que é emprestado é dinheiro ou outra coisa fungível. A fungibilidade da coisa, a que a lei se refere no art.º 1142º CC, é no sentido de a coisa mutuada ser suscetível de ser substituída no momento da restituição por outras do mesmo género e qualidade (art.º 207º CC), ou seja, a coisa a restituir pode não ser a mesma que lhe foi mutuada já que a coisa mutuada passa a ser propriedade do mutuário e porque, no caso de coisa fungível ser perecível, pode essa coisa deixar de existir. Se a coisa a restituir for exatamente a mesma coisa mutuada então estar-se-á no âmbito de um outro contrato como p.e. o de comodato ou o de locação.

O que importa reter é que, por força do mútuo e no âmbito de um contrato de mútuo, nasce uma obrigação para o mutuário de restituir uma outra coisa, ou coisas, do mesmo género e qualidade em cumprimento do contrato por lhe ter sido mutuado uma certa coisa.

Obrigações. E por fim, quanto às obrigações, este contrato gera obrigações sinalagmáticas³, nomeadamente a obrigação do mutuante entregar, ou de se obrigar a entregar, a coisa ao mutuário e a obrigação do mutuário restituir outro tanto do mesmo género e qualidade ao mutuante, sem prejuízo de demais obrigações que possam surgir do contrato celebrado como p.e., no caso de mútuo oneroso, a obrigação (do mutuário) de entregar também os juros sobre a coisa mutuada e pelo período de tempo que privou o mutuante da coisa mutuada.

Neste tipo de contrato, o mutuário recebe a coisa para retirar dela o aproveitamento que a mesma proporciona, incorrendo numa obrigação de restituição e essa obrigação de restituição, que constitui umas das particularidades que permite distinguir de outros contratos semelhantes, não é dessa mesma coisa (apesar de o poder ser por razões de arbitrariedade) mas sim de outra do mesmo género e em tanta quantidade e qualidade da que foi mutuada. Outra característica relevante é que a coisa mutuada e a coisa a restituir deve ser dinheiro ou outra coisa fungível sob pena de estar ao abrigo de um contrato distinto do contrato de mútuo.

Quanto à prestação obrigacional do mutuário em restituir “*outro tanto do mesmo género e qualidade*”, e fora do sentido da fungibilidade da coisa, diz-se também que essa prestação é, em regra, fungível já que pode ser realizada tanto pelo mutuário como por qualquer outro sujeito, desde que esse sujeito o faça por conta do mutuário. Dessa fungibilidade da prestação não resulta, em princípio, qualquer prejuízo para o credor e portanto será aceitável.

³ Doutrina diverge e entende que em certos casos o mútuo é não sinalagmático. Ex: mútuo gratuito. Ver diferenciação entre mútuo unilateral e bilateral neste trabalho.

Quanto aos efeitos.

O contrato de mútuo, pela sua natureza, gera certos efeitos particulares, nomeadamente.

1. *Transferência de propriedade.* Através do mútuo, a coisa mutuada é transferida do património do mutuante para o património do mutuário e nesse sentido passa a integrar o património do mutuário podendo este, em princípio⁴, poder dispor com liberdade sobre a coisa mutuada.

2. *Obrigação do mutuante.* A não entrega, pelo mutuante, da coisa a mutuar apenas se identificam as eventuais obrigações derivadas de vício jurídico ou material da coisa mutuada. Com efeito o art.º 1151º CC consagra a aplicação à responsabilidade do mutuante, no mútuo gratuito, do disposto no art.º 1134º CC relativo ao comodato. Neste campo importará, como adiante se verifica, a questão do contrato de mútuo ser *quoad effectum*.

3. *Obrigações do mutuário.* O mutuário não tem a obrigação de restituir a própria coisa entregue, mas outra do mesmo género e qualidade, desde que seja dinheiro ou outra coisa fungível, conforme acima já se referiu.

Portanto o mútuo é, pois, na sua essência, um contrato com particulares facetas, pelo qual uma parte cede temporariamente uma coisa a outrem, coisa essa obrigatoriamente em dinheiro ou outra coisa fungível, passando essa coisa a integrar o património do mutuário e dessa transferência nasce uma obrigação genérica para o mutuário de restituição de outra coisa fungível do mesmo género e qualidade.

Pelo mútuo, passando a coisa a integrar a propriedade do mutuário o direito de propriedade do mutuante sobre a coisa mutuada é substituído “*por uma pretensão à restituição*” restituição essa de dinheiro ou outra coisa fungível como refere o art.º 1142º CC. Digamos que o mútuo proporciona apenas uma cessação temporária de uso de bens, apesar de esses bens serem transferidos da propriedade de um para a propriedade de outrem, e completa-se pela restituição do acordado. Nesse sentido e de acordo com uma sistematização de índole económica e social, o mútuo integra-se e situa-se entre a locação (art.º 1022º CC) e o comodato (art.º 1129º CC), na categoria de contratos que proporcionam o gozo de bens alheios mas, atento a natureza jurídica do mútuo em causa ser bastante genérica, é possível verificar diversas modalidades de mútuos e dentro de cada modalidade será possível verificar outras espécies de mútuo, como adiante se verificará.

2. Natureza jurídica do mútuo

Quanto à sua natureza jurídica é possível verificar diversas modalidades

⁴ Só não poderá dispor com liberdade sobre a coisa mutuada quando exista um contrato atípico de mútuo com obrigação de destinação da coisa, nomeadamente o contrato de mútuo de escopo, nas suas diversas vertentes.

de mútuo, e assim digamos que o mútuo pode ser típico ou atípico, real ou consensual, gratuito ou oneroso e unilateral ou bilateral, sendo que umas e outras estão intrinsecamente correlacionadas conforme irei demonstrar, e assim não será possível estabelecer uma combinação estanque de contrato de mútuo. É que um mútuo pode ser típico, real, oneroso e bilateral mas pode ser muito menos ou muito mais, correlacionando uma ou várias naturezas jurídicas possíveis e nesse sentido, portanto, o contrato em si deve ser sempre entendido e interpretado no seu todo, compreendendo a sua natureza jurídica global face às diversas naturezas jurídicas que possa acomodar no caso concreto.

Mútuo real e mútuo consensual.

Mútuo real. O mútuo é, na sua natureza típica, um contrato real⁵ *quoad constitutionem*⁶ no sentido do que só se completa pela entrega (empréstimo) da coisa, ou seja, o efeito real do contrato tem lugar apenas aquando da entrega da coisa, independentemente do momento do acordo de vontades. Como terei oportunidade de referir, neste aspeto existe doutrina divergente no sentido de que é admissível o mútuo consensual como contrato real (*quoad effectum*) já que assumem que o efeito translativo tem um valor meramente instrumental - é mais efeito do que causa - e por isso a não entrega imediata da coisa, aquando da celebração do contrato, não deixa de configurar o contrato como um contrato de mútuo real, ou seja que se verifica e se gera um efeito real apesar da não entrega imediata da coisa. Mas para assim ser considerado há que respeitar certos requisitos próprios, como veremos no desenvolvimento sobre o mútuo consensual.

Os contratos tradicionais reais *quoad constitutionem* são aqueles que se aperfeiçoam, que se celebra com a entrega da coisa que é seu objeto. Portanto o mútuo, e segundo esta doutrina tradicional⁷, é um contrato real no sentido de que só se completa pela entrega da coisa, não bastando o consenso das partes de entregar. Defendem que o bem deve ser entregue ao mutuário para gerar o efeito real do contrato. Sendo assim, no mútuo real tradicional, o efeito translativo da propriedade da coisa é causa do contrato e por isso só tem lugar a existência do contrato de mútuo aquando da entrega da coisa, por aplicação direta do art.º 1144º CC. Nesse sentido configurar-se-á aqui uma das exceções deixadas em aberto na parte final do art.º 408º/1 CC ou do mesmo modo igual solução sempre se alcançaria de uma interpretação extensiva deste preceito.

Mas esta visão tradicional do mútuo sofreu algumas alterações de entendimento na Doutrina já que para alguns o mútuo é visto como real mesmo que não haja a entrega imediata da coisa, e nesse sentido o mútuo não surge com

⁵ Sobre a Eficácia Real dos Contratos ver ANTUNES VARELA, João, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 8ª Edição, Almedina Editora, Coimbra, pág. 303 a 309.

⁶ Neste sentido cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. II, pág. 681.

⁷ Pires de Lima e Antunes Varela, José João Abrantes e Luís Menezes Leitão.

um ato espontâneo, indispensável ao surgimento do contrato, mas como um ato derivado, praticado em execução ou cumprimento desse contrato. Numa visão moderada o mútuo é real *quoad constitutionem* mas aceita-se que possa ser real *quoad effectum* desde que preencha certos requisitos próprios, nomeadamente que a coisa seja colocada à disposição do mutuante ou do fim previsto no contrato e seja a coisa a mutuar seja determinável sedo porém exigível, nesse aspeto, que só se constitua a partir do momento que se determine efetivamente a coisa, não podendo permanecer determinável indefinitivamente.

Portanto o mútuo é um contrato real, sendo tradicionalmente *quoad constitutionem* mas podendo ser configurado como *quoad effectum* se certos requisitos estiverem presente.

Vejamus de seguida como se sustenta que o contrato de mútuo consensual ou *quoad effectum* pode ser efetivamente entendido como um contrato real.

Mútuo consensual. O mútuo consensual é o contrato de mútuo no qual o mutuante se obriga a entregar uma coisa, existindo um diferimento entre o acordo de vontades e a entrega da coisa.

A diferença entre mútuo real e mútuo consensual assenta apenas no fato de que no mútuo real, dito tradicional, se exige a entrega material da coisa e no mútuo consensual, em vez da entrega material, alguém se obriga a entregar certa coisa em momento posterior ao da declaração de vontades. Tanto o contrato real *quoad constitutionem* como o real *quoad effectum* têm eficácia real, um quanto à constituição e outro quanto ao efeito. O que se procura aqui fundamentar, atento um plano de distinção sobre o carácter real (1º plano), é que o mútuo consensual também gera um efeito real e por isso é aceite como contrato real e não como contrato obrigacional.

Procura-se defender neste trabalho que o mútuo consensual pode ser real se a coisa, apesar de não ter sido entregue, tiver sido colocada à disposição do mutuário. Se assim for tanto o mútuo, dito tradicional, como o mútuo consensual têm eficácia real, só que um é *quoad constitutionem* e o outro *quoad effectum*. Se o mútuo consensual não for considerado real, então nesse caso entrar-se-á no plano de distinção entre mútuo real e mútuo obrigacional mas nunca na distinção entre mútuo real e mútuo consensual.

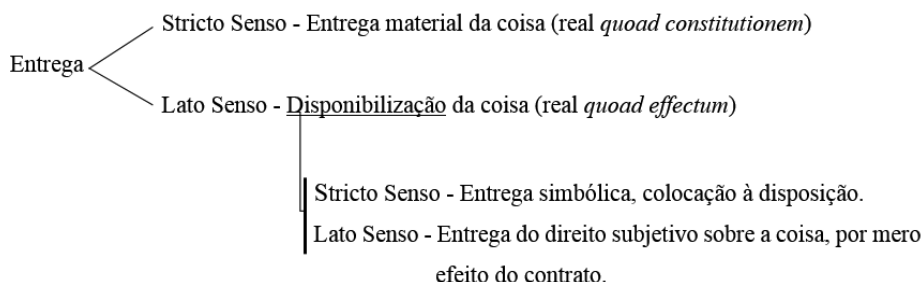
Portanto também há distinção entre contratos reais contrapondo aos contratos obrigacionais (2º plano) mas o discutido aqui não é ainda nesse plano, é pelo contrário no plano da distinção entre contratos reais, contrapondo o mútuo dito tradicional ao mútuo consensual. No fundo cabe saber se o mútuo consensual ainda cabe dentro da definição de mútuo real ou pelo contrário é obrigacional. A linha que permite separar esta distinção num plano e noutra é compreender que o mútuo consensual se situa numa linha divisória entre o mútuo real e o mútuo obrigacional, sendo real se preencher certos requisitos próprios e por contrapartida ser obrigacional se não preencher aqueles requisitos próprios.

Eu defendo que o mútuo consensual gera efeitos reais porque *a constituição ou transferência de direitos reais sobre coisa determinada dá-se por mero efeito do contrato*

(art.º 408 n.º1 CC) e portanto a entrega já não surge com um ato espontâneo, indispensável ao surgimento do contrato, mas como um ato derivado, praticado em execução ou cumprimento desse contrato e por isso se refere ao mútuo consensual como sendo real *quoad effectum*. Só não sucederá esse caso se a coisa não for colocada, nunca, à disposição do mutuário ou a coisa sendo determinável ao momento da celebração do contrato nunca venha a ser determinada concretamente.

Mas mesmos esses requisitos devem ser entendidos num sentido amplo para que se possa assim entender o contrato como sendo real já que a colocação à disposição não corresponde necessariamente a uma entrega material, senão vejamos:

Segundo o *princípio da consensualidade* o efeito real emergente do contrato produz-se pela mera celebração do contrato (pelo mero acordo das partes) independentemente de qualquer ato posterior, designadamente, de qualquer entrega do bem. Portanto assenta na ideia de que, *a traditio*, não tem de corresponder a uma entrega material das coisas mutuadas, bastando que o mutuante atribua ao mutuário a disponibilidade jurídica das mesmas (*traditio* em sentido amplo).



É que *a traditio* ou entrega da coisa não tem de corresponder a uma entrega material das coisas mutuadas, bastando que o mutuante atribua ao mutuário a disponibilidade das mesmas (*traditio* em sentido amplo).

Serve para fundamentar o mútuo consensual como típico a “disponibilidade” assente na posse formal (*lato senso*), senão vejamos:

A disponibilidade pode derivar:

Do fato de a coisa não ser entregue materialmente mas colocada à disposição de usar, fruir e dispor (*stricto senso* assente na detenção).

Do fato de a coisa não ser entregue materialmente nem ser colocada à disposição de a usar, fruir e dispor por recusa de a entregar pelo mutuante mas por ser entregue apenas o direito subjetivo sobre a coisa por mero efeito do contrato. Havendo recusa de entregar a coisa, mas transferida a propriedade por mero efeito do contrato, mesmo assim o mútuo é típico se aceitarmos que a

disponibilidade inclui a disponibilidade do direito sobre a coisa já que o mutuário é possuidor formal e pode efetuar novos contratos posteriores, mutuando, vendendo, doando, etc. mesmo que a coisa nunca lhe chegue a ser entregue pelo mutuante original nem tão pouco a coisa tenha colocada à disposição do mutuário (disponibilidade *lato senso* assente na posse formal).

Como se pode perceber, quanto ao mútuo consensual, este princípio do consensualismo pode significar que um contrato se celebra pelo mero acordo das partes, independentemente da entrega imediata e material de qualquer bem. Esse sentido é atribuído pelo art.º 408º CC, nos contratos com eficácia real, significando que o efeito real decorre do contrato independentemente de qualquer ato posterior ao acordo conclusivo do contrato (art.º 1129º, 1142º, 1185º CC). O princípio geral decorrente do art.º 408º CC, é o de que o efeito real do contrato, em princípio, se produz pela mera celebração do contrato apesar de o contrato de mútuo consensual (de igual modo no de comodato) exigir que a coisa passe a estar na disponibilidade da outra parte, disponibilidade essa quer seja objetiva ou subjetivamente, estrita ou ampla, bem como também, caso a coisa a mutuar seja de caráter determinável passe a estar determinada.

Assumindo o sentido amplo da palavra “entrega” ou “emprestar”, em sede de comparação, o contrato consensual é também um contrato real porque não havendo a entrega material sempre se gera o efeito real caso o bem seja colocado à disposição na medida que esteja pronto para o mutuário poder tomar posse quando desejar⁸ ou se entendermos que pela celebração do contrato se transfere o direito subjetivo sobre o bem⁹ sem que seja necessário efetivamente entregar o bem. Se for de considerar o sentido estrito da palavra emprestar como sendo apenas a entrega material *mano a mano* digamos que o mútuo consensual não será então real e se não é real é então um contrato obrigacional.

Diferenças entre mútuo real e mútuo obrigacional .

Atento os diferentes planos de distinção entre mútuo real dito tradicional e mútuo real consensual (1º plano), e dos planos de distinção entre contratos reais e contratos obrigacionais (2º plano), digamos que são três as principais diferenças no 2º plano:

1.O contrato obrigacional, dispensando um ato posterior de entrega da coisa, torna o adquirente um simples credor da transferência de coisa, com todas as contingências próprias do carácter relativo dos direitos de crédito.

2.No mútuo obrigacional, o risco do perecimento da coisa passa a correr

⁸ Será exemplo a possibilidade de o mutuário ter que proceder ao levantamento do dinheiro num determinado cofre.

⁹ Em termos estritos o mutuário só terá legitimidade para proceder ao levantamento ou tomar posse do dinheiro (ou outra coisa fungível mutuada), em sede de mútuo e não de outro contrato, no momento após a celebração do contrato e nesse caso, face a circunstâncias práticas, pode não implicar um ato de entrega imediata e material do dinheiro mas sim de colocação à disposição.

por conta do mutuário, antes mesmo do alienante efetuar a entrega (art.º 408º/1, 796º/1 CC), ao invés do que sucede com o mútuo real em que só depois da conclusão do contrato e de se transferir para o mutuário, é que o risco passa a correr por conta dele.

3.A nulidade ou anulação do contrato de mútuo tem como consequência, no mútuo real, a restauração do domínio da titularidade do mutuante (art.º 291º – limitação) e porventura a responsabilidade civil e no mútuo obrigacional tem como possível consequência a responsabilidade civil já que a coisa nunca foi transferida para a propriedade do mutuário.

Mútuo típico e mútuo atípico.

Outra distinção do mútuo quanto à sua natureza jurídica é a que se faz entre mútuo típico e mútuo atípico, cujas existência já foi referida quanto à distinção entre mútuo real e mútuo consensual.

Mútuo típico. São contratos típicos ou nominados os que, além de possuírem um nome próprio que os distingue dos demais, constituem objeto de uma regulamentação legal específica¹⁰. Os contratos típicos correspondem às espécies negociais mais importantes no comércio jurídico e a disciplina específica traçada na lei, para cada um deles, obedece pelo menos a um duplo objetivo do legislador.

Por um lado, porque se trata dos acordos negociais mais vulgarizados na prática, a lei fixou em regimes tipificados a disciplina jurídica desses contratos a fim de facilitar e auxiliar as partes e o Tribunal. Por outro lado, a lei aproveita o esquema negocial típico do contrato nominado para, a propósito do conflito de interesses particulares subjacente a cada um deles, fixar as normas imperativas ditadas pelos princípios básicos do sistema.

O mútuo legalmente típico é o contrato, tendo como base os art.º 1142 e segs do CC, pelo qual, como já foi referido, uma das partes (o mutuante), com ou sem retribuição, renúncia temporariamente à disponibilidade de uma certa quantia de dinheiro, ou outra coisa fungível, cedendo-a à outra parte (o mutuário), para que este delas possa retirar o aproveitamento que as mesmas proporcionam e posteriormente resulte a restituição de outro tanto do mesmo género e qualidade, acrescido de juros se a leles houver lugar por lei ou por contrato.

Nisto os mútuos típicos são o mútuo civil real, quer seja real no sentido tradicional *quoad constitutionem* como também, se assim o aceitarmos, no sentido *quoad effectum* (real quanto ao efeito), quer sejam gratuitos ou onerosos (art.º 1142 e 1145º Cód. Civil). Serão também típicos o mútuo comercial (art.º 394º a 396º CCom) e o mútuo bancário (art.º 362º CCom) com exceções, em todos os casos referidos, de as partes integrarem “*clausulas*” que se desprendam da tipicidade selecionada quanto aos elementos caracterizadores do mútuo civil elencados no

¹⁰ Cfr ANTUNES VARELA, João, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 8ª Edição, Almedina Coimbra, pág. 276.

art.º 1142º CC, e que terei oportunidade de o referir no desenvolvimento deste trabalho.

O mútuo comercial é um contrato típico, apesar de recorrer às regras gerais do mútuo civil naquilo que o direito comercial não acautelar, ou melhor é um contrato de mútuo de base civil que tem regras especiais comerciais mas tal não o deixa de configurar como típico – típico comercial.

O mútuo bancário também é um contrato de mútuo típico, particularmente mercantil bancário, mas poderá constituir-se como um mútuo atípico se for de escopo, uma vez que os empréstimos bancários costumam ser realizados tendo em vista um fim específico a que o mutuário se obriga a aplicar as quantias mutuadas. Se for um mútuo de escopo, neste caso, trata-se de uma modalidade atípica do mútuo, uma vez que na sua configuração típica o mutuante fica apenas com o direito à restituição do capital e juros (uma vez que se trata de mútuo oneroso), ficando o mutuário com total disponibilidade para dispor livremente da coisa com a finalidade que lhe aprazer.

Mútuo atípico. Distintos dos contratos típicos são, os chamados contratos atípicos ou inominados, que as partes, ao abrigo do princípio da liberdade contratual (art.º 405º/1 CC), criam fora dos modelos traçados e regulados na lei para os contratos típicos¹¹.

Em termos de seleção de atipicidade, digamos que são contratos de mútuo atípico os contratos de mútuo que se desprendam da tipicidade selecionada quanto aos elementos caracterizadores do mútuo civil elencados no art.º 1142º CC, nomeadamente, entre outras, quanto ao objeto do contrato e quanto às obrigações desde que não altere a natureza jurídica geral, de fundo, caracterizadora de um contrato de mútuo não fosse essa atipicidade.

No fundo um contrato de mútuo atípico é um contrato misto¹², em maior ou em menor medida, já que tem na sua base o contrato típico de mútuo, e é este que define o regime geral do contrato em causa, mas em certas partes difere dos elementos “típicos” do mútuo típico.

Diz-se misto em dois sentidos, por um lado diz respeito ao contrato no qual se reúnam elementos de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei¹³ mas também se diz misto, em *lato senso*, quando reúna elementos de um contrato típico com certas cláusulas atípicas já que os sujeitos em vez de realizarem dois ou mais tipos contratuais previstos no catálogo da lei, e porque os seus interesses o impõem, celebram contratos de mútuo com cláusulas divergentes dos elementos previstos na lei.

Tendo isto em conta, e apesar de serem possíveis de elencar muitos mais casos de atipicidade do contrato de mútuo, digamos que, e por serem os casos mais usuais, são fatores de atipicidade os seguintes:

¹¹ Cfr ANTUNES VARELA, João, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 8ª Edição, Almedina, Coimbra, pág. 277.

¹² Ver ANTUNES VARELA, João, *Das Obrigações em Geral*, op. cit. pág. 281 a 297.

¹³ Cfr ANTUNES VARELA, João, *Das Obrigações em Geral*, op. cit. pág. 281.

1. *Atipicidade quanto às obrigações*

1.1) Quanto ao mutuante

1.2) Quanto ao mutuário

2. *Atipicidade quanto ao objeto do contrato*

3. *Atipicidade derivada das obrigações dos sujeitos:*

1.1) *Quanto à obrigação do mutuante entregar a coisa.*

Como referi anteriormente neste trabalho adoto a visão de que o contrato consensual é um contrato de mútuo real típico¹⁴ porque entendo que a palavra “emprestar” deve ser entendida em sentido amplo, nomeadamente que para além da entrega material compreende também a colocação à disposição, disposição essa em sentido lato.

Naturalmente para quem não aceite essa posição, será de configurar então o contrato de mútuo consensual como sendo atípico.

De qualquer forma é possível identificar casos de atipicidade, independentemente da posição adotada.

Atipicidade quanto ao momento da entrega pelo mutuante:

a) Por diferimento da entrega da coisa

b) Por não colocação à disposição

c) Por não determinação da coisa

d) *Atipicidade por diferimento da entrega da coisa*

Para o entendimento tradicional (entrega em sentido estrito) o mútuo consensual é atípico porque a atipicidade funda-se no diferimento da entrega da coisa e/ou porque se funda de que só transmite a propriedade da coisa mutuada (e gera obrigações na outra parte) a partir do momento em que a coisa esteja à disposição material da outra parte e também só após a determinabilidade da coisa.

e) *Atipicidade pela não colocação da coisa à disposição*

Há doutrina que entende que o mútuo consensual é atípico (mesmo aceitando o efeito real do mútuo consensual) porque não aceita de forma plena o sentido amplo da colocação à disposição. Aceitam que pode o mutuante não entregar materialmente a coisa mas permitir o acesso à coisa a fim de o mutuário consumir a posse material, mas rejeitam de todo um mútuo assente na posse formal, ou seja, rejeitam quando a coisa nunca foi colocada à disposição mas meramente foi transferida a propriedade por mero efeito do contrato.

f) *A atipicidade pela não determinação da coisa*

Fundamenta-se pelo fato de a obrigação, de entrega a cargo do mutuante, poder ter por objeto uma coisa indeterminada (coisa futura ou componente ou integrada noutra), em regra genérica. Se há um contrato de mútuo, particularmente consensual real, em que coisa a mutuar ainda não está determinada então aqui poderá visualizar-se uma forma de atipicidade do mútuo – consensual atípico.

¹⁴ Ver ALMEIDA E COSTA, *Direito das Obrigações*, pág. 191. Afirma que o mútuo consensual é um contrato atípico.

Coisa indeterminada é a coisa que ainda não existe materialmente (coisa futura), coisa que já existindo materialmente não tem autonomia jurídica (coisa componente ou integrada noutra) ou ainda a coisa futura que não está em poder do disponente mutuante ou a que ele não tem direito ao tempo da declaração negocial (art.º 211º CC).

Mas também mesmo que seja determinável, não se constitui ou transmite imediatamente o efeito real, mas tão só quando a coisa passar a ser determinada com o conhecimento de ambas as partes. Nesses casos todos, tratando-se de um mútuo consensual real, o mútuo só opera, só ocorre a transferência de propriedade, no momento em que a coisa seja determinada.

Eu considero e adoto a visão de que o mútuo consensual é um contrato real, real porque tem um efeito real e por isso é um contrato típico já que a “entrega” da coisa também inclui a “entrega” subjetiva do direito de a dispor. Isto não quer dizer que, mesmo assumindo o caráter real do mútuo e portanto a sua tipicidade, se a coisa estiver disponível, mesmo assim em termos práticos se afigurem algumas dificuldades em situações triangulares ou lineares.

Portanto se o acordo de vontades de mútuo tem como objeto uma coisa indeterminada, então estamos perante um contrato atípico, pois só seria típico (mesmo sendo consensual) se coisa futura já estiver determinada.

1.2. Quanto à obrigação do mutuário:

Relativamente ainda à atipicidade derivada das obrigações dos sujeitos, em sede de obrigação do mutuário em restituir o acordado, digamos que o mutuário tem a obrigação de restituir outro tanto na mesma quantidade e qualidade mas esse “outro tanto” tipificado no mútuo civil definido no art.º 1142º CC é indicador de que a restituição deva ser, para ser típico, na mesma quantidade e qualidade, exceto quanto à remuneração.

Pelo que se pode perceber, aqui se tem a base conceptual para a existência de atipicidade do mútuo no caso de as partes acordarem a restituição, pelo mutuário, de coisa diferente em quantidade ou em qualidade ou simultaneamente as duas diferenças.

Sendo assim pode-se identificar certa atipicidade derivada de:

- a) A quantidade da coisa a restituir pelo mutuário ser quantitativamente diferente da emprestada pelo mutuante.
- b) A qualidade da coisa a restituir pelo mutuário ser qualitativamente diferente da emprestada pelo mutuante.

2) Atipicidade quanto ao objecto.

Poderá ser identificado certa atipicidade derivada da falta de especificação do montante exato da coisa a mutuar, onde só é especificado o limite do montante a mutuar, particular nos contratos bancários de modalidade de mútuo de abertura de crédito.

A falta de especificação da quantidade da coisa a mutuar, limitando-se a especificar o limite da quantidade a mutuar, serve precisamente de base conceptual para a diferenciação entre contrato de mútuo bancário e contrato de

mútuo de abertura de crédito já que neste último não se define a quantidade exata a mutuar, mas apenas o seu limite, a quantidade essa revela-se pela ação posterior do mutuário. Portanto um contrato de abertura de crédito, é um contrato de mútuo atípico, conforme terei oportunidade neste trabalho de o referir, pelo fato de não ficar definida a quantidade exata da coisa fungível a ser mutuada, limitando-se as partes a definir um limite a ser utilizado.

Mútuo gratuito e mútuo oneroso.

Outra distinção, quanto à natureza jurídica do mútuo, é a que se faz quanto à gratuitidade ou onerosidade do contrato¹⁵.

Mútuo gratuito. O contrato de mútuo diz-se gratuito¹⁶ quando o mutuante tem apenas um sacrifício patrimonial, o de emprestar dinheiro ou outra coisa fungível, sem receber em contraprestação qualquer compensação para além do que emprestou. Portanto é gratuito o contrato de mútuo, aquele no qual um dos sujeitos proporcionou uma vantagem patrimonial ou outro, sem qualquer corresponsivo ou contraprestação acrescida que vá além da restituição de coisa, de género e qualidade igual, em igual quantidade.

Neste tipo de contrato apenas o mutuário teve um benefício patrimonial.

Mútuo oneroso. Diz-se contrato oneroso¹⁷, o contrato de mútuo cuja atribuição patrimonial efetuada pelo mutuante tem uma corresponsiva compensação acrescida, para além da restituição da coisa. Para que o contrato seja oneroso é preciso que cada uma das partes tenha simultaneamente uma vantagem de natureza patrimonial e um sacrifício do mesmo tipo. O que caracteriza o mútuo oneroso é precisamente o pagamento de juros como retribuição por parte do mutuário. Nesse caso, o contrato será nomeado de mútuo feneratício.

Mútuo unilateral e mútuo bilateral.

Contratos unilaterais. Dizem-se contratos unilaterais, os contratos dos quais resultam obrigações só para uma das partes ou resultando obrigações para ambas não há interdependência entre elas.

O contrato é sempre um negócio jurídico bilateral, visto nascer do enlace de duas declarações de vontade contrapostas e ter assim sempre duas partes. Mas há negócios bilaterais que só criam obrigações para uma das partes ou criando obrigações para ambas as partes não há entre elas interdependência (ex. doações – art.º 940º CC, comodato – art.º 1129º CC, o mútuo gratuito e no mandato gratuito

¹⁵ Ver ANTUNES VARELA, João, *Das Obrigações em Geral*, op. cit. pág. 403 e 404 e MENEZES CORDEIRO, António, *Direito das obrigações*, op. cit. pág. 191 a 193.

¹⁶ Gratuito atento à estrutura jurídica do contrato assente na articulação psicológica jurídica entre as obrigações.

¹⁷ Oneroso numa perspectiva de atribuição patrimonial tendo em conta a sua função económica.

– art.º 1157º CC, etc.¹⁸

Diz-se que o mútuo gratuito é unilateral porque baseiam-se na circunstância de que a entrega da coisa constitui um ato espontâneo da formação do contrato e não um ato devido da sua execução¹⁹, portanto será unilateral o mútuo segundo a visão tradicional do mútuo mas, como terei oportunidade de o fundamentar sobre o mútuo bilateral, sou da opinião do caráter real quanto ao efeito e por isso também, de que o mútuo, seja gratuito ou oneroso, é um contrato bilateral²⁰.

Contratos bilaterais. Nos contratos bilaterais (ou sinalagmáticos), como a compra e venda, mandato oneroso, o mútuo oneroso, empreitada, etc., não só nascem obrigações para ambas as partes como essas se encontram unidas uma à outra por um vínculo de reciprocidade ou interdependência. O vínculo que, segundo a intenção dos contraentes, acompanha as obrigações típicas do contrato, desde o nascimento deste, continua a refletir-se no regime da relação contratual durante todo o período de execução do negócio e em todas as vicissitudes registadas ao longo da existência das obrigações.

O contrato de mútuo oneroso é bilateral porque gera obrigações para ambos os sujeitos da relação obrigacional e entre as obrigações existe uma relação de interdependência. Claro que a obrigação do mutuante é a entrega da coisa e a obrigação do mutuário é a de restituir a coisa ou outra fungível do mesmo género e qualidade acrescida dos juros.

De referir que apesar destes fundamentos qualificadores de mútuo unilateral ou bilateral, sou da opinião de que tanto o mútuo gratuito como o oneroso são bilaterais (sinalagmático) porque nascem obrigações para ambas as partes e porque existe um certo grau de interdependência entre as obrigações. Do que se pode advogar para defender a distinção certamente pode ser advogado para a sua crítica, por exemplo se afirmarmos que no mútuo gratuito não há interdependência entre as obrigações, certamente também o se pode afirmar quanto ao mútuo oneroso pois o mutuante também não pode recusar a entrega da coisa com fundamento de o mutuário não efetuar a remuneração do mútuo pois essa obrigação encontra-se desfasada no tempo, só vence pelo decurso do tempo e tal há que decorrer um certo período de tempo para que se possa exigir a prestação.

¹⁸ Ver ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, op. cit. pág. 395.

¹⁹ Ver MENEZES CORDEIRO, António, op. cit. pág. 243.

²⁰ Autores que assim o defendem: Ver MENEZES CORDEIRO, António, op. cit. pág. 221 e 243 a 257. Ver ESSER-WEYERS, *Schuldrecht*, Vol. II, Besonderer Teil, 1, 5ª Edição Heidelberg 1977, pág. 219 e 220. Ver GALVÃO TELLES, Inocêncio, *Aspetos comuns aos vários contratos*, RFDUL VII (1950), pág. 313.

Autores defendem mútuo como unilateral: Ver RIBEIRO FARIA, Jorge, *Direito das Obrigações*, 2º vol., Porto 1987, pág. 226. Ver PESSOA JORGE, Fernando “Direito das Obrigações” 1º vol. Lisboa 1975/76 pág. 659. Ver ALBADALEJO, Manuel, *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, II, 7ª Edição, Barcelona 1982, pág. 346. (APUD nota rodapé, MENEZES CORDEIRO, ob. cit. pág. 245) e Ver ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, op. cit. pág. 395.

Mútuo civil, mútuo comercial e mútuo bancário

Outra das distinções que se faz quanto à natureza jurídica do mútuo é entre mútuo civil, mútuo comercial e mútuo bancário. Esta distinção, que se afigura dentro mútuo típico, é importante já que a lei estabelece uma disciplina específica para cada um deles, ou seja, todos eles são mútuos típicos com uma disciplina específica com pontos em comum e outros diferentes, como veremos.

Mútuo civil. Quanto ao mútuo civil importa o que já foi referido anteriormente pelo que apenas incidirei aqui sobre o mútuo comercial e o mútuo bancário.

Mútuo comercial. O mútuo comercial, ou empréstimo mercantil²¹, é uma outra das modalidades de mútuo, que é regulado pelos art.º 394º a 396º CCom. Nos termos do primeiro destes artigos, o mútuo é comercial quando a “...coisa cedida seja destinada a qualquer ato mercantil”. A natureza comercial do mútuo pode resultar de um elemento objetivo - o destino comercial da coisa cedida, ou subjetivo - por força da qualidade de comerciante de uma das partes.

Isto posto, existem duas diferenças fundamentais entre o mútuo comercial e o mútuo civil, designadamente a onerosidade do mútuo comercial independente da expressão de vontade das partes nesse sentido, nos termos do disposto no art.º 395º CCom., o que quer dizer que o mútuo comercial é sempre oneroso.

No mútuo civil, de acordo com o art.º 1145º CC, presume-se a gratuitidade do mesmo, exceto se as partes convencionarem o pagamento de juros como retribuição do mútuo ou haja dúvida quanto à gratuitidade ou onerosidade do mesmo já que no caso de dúvida presume oneroso.

O art.º 395 CCom. refere que “O empréstimo mercantil é sempre retribuído.” o que quer dizer que o mútuo comercial é sempre oneroso, não o podendo ser gratuito.

Existem também diferenças na forma do mútuo já que no mútuo civil, de acordo com o art.º 1143º CC, o mútuo de valor superior a € 25 000 só é válido se for celebrado por escritura pública ou por documento particular autenticado e o mútuo de valor superior a € 2500 só é válido se o for por documento assinado pelo mutuário. Já o mútuo celebrado entre comerciantes (mútuo comercial) admite todo o género de prova, o que na prática corresponde a uma liberdade de forma.

Contudo, considerando a escassa regulação legal para o mútuo comercial, é imprescindível o recurso subsidiário às normas do mútuo civil típico do Código Civil, de acordo com o artigo 3º do CCom.

Mútuo bancário. Por fim, temos o mútuo bancário que consubstancia uma das operações bancárias previstas no art.º 362º CCom., que dispõe que “são comerciais todas as operações de bancos tendentes a realizar lucros sobre numerário, fundos públicos ou títulos negociáveis, e em especial as de câmbio, os empréstimos, descontos, cobranças, aberturas de crédito, emissão e circulação de notas ou títulos fiduciários pagáveis à vista e ao portador”.

²¹ Cfr. MENEZES LEITÃO, Luís, *Direito das Obrigações*, vol. I e III, 5ª Edição Almedina, Pág. 418.

Face ao exposto, como se pode perceber, o mútuo bancário é classificado como um ato comercial e, como tal, oneroso, pelo que, a obrigação de o mutuário restituir o *tantundem* é acrescida do pagamento de juros²². Na senda de ENGRÁCIA ANTUNES, designa-se de «empréstimo» ou mútuo bancário “o contrato pelo qual o banco (mutuante) entrega ou se obriga a entregar uma determinada quantia em dinheiro ao cliente (mutuário), ficando este obrigado a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade (*tantundem*), acrescido dos respetivos juros”²³.

O mútuo bancário tem uma especialidade de forma relativamente ao mútuo civil e ao empréstimo mercantil (comercial), uma vez que “os contratos de mútuo ou de usura, seja qual for o seu valor, quando feitos por estabelecimentos bancários autorizados, podem provar-se por escrito particular, ainda mesmo que a outra parte contratante não seja comerciante” (cfr. artigo único do DL n.º 32.765, de 29 de Abril de 1943).

Ao mútuo bancário aplicam-se as regras específicas do DL n.º 344/78, de 17 de Novembro, com as alterações sucessivamente introduzidas pelos Decretos-Lei n.º 83/86, de 6 de Maio, e n.º 204/87, de 16 de Maio. Encontramos também regras específicas, no tocante a juros, sendo que, atualmente, as taxas de juros bancários estão praticamente liberalizadas²⁴, conforme o n.º 2 do Aviso n.º 3/93, de 20 de Maio de 1993, que dispõem que “são livremente estabelecidas pelas instituições de crédito e sociedades financeiras as taxas de juro das suas operações, salvo nos casos em que sejam fixadas por diploma legal”.

Geralmente, mas sem que tal constitua uma característica essencial deste contrato, o mútuo bancário é um mútuo típico mercantil bancário mas pode ser um mútuo atípico se for de escopo, uma vez que os empréstimos bancários costumam ser realizados tendo em vista um fim específico a que o mutuário se obriga a aplicar as quantias mutuadas. Se for um mútuo de escopo, neste caso, trata-se de uma modalidade atípica do mútuo, uma vez que na sua configuração típica o mutuante fica apenas com o direito à restituição do capital e juros (uma vez que se trata de mútuo oneroso), e o mutuário com total disponibilidade para dispor livremente da coisa. O que no mútuo de escopo difere, já que o mutuário não tem essa total disponibilidade mas sim uma obrigação de dispor a coisa tendente a uma finalidade.

A doutrina identifica três categorias de mútuo de escopo: o mútuo de escopo legal, o mútuo de escopo legal facilitado e o mútuo de escopo voluntário, consoante o escopo do empréstimo tome em consideração interesses públicos ou meramente privados.²⁵

²² Cfr. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Contratos Bancários*, In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Separata, Coimbra, Almedina, 2011, pág. 98.

²³ Cfr. ENGRÁCIA ANTUNES, op. cit. pág. 96.

²⁴ Ver neste sentido, MENEZES CORDEIRO, António, in *Manual de Direito Bancário*, pág. 582 e ENGRÁCIA ANTUNES, op. cit. pág. 98.

²⁵ Cfr. MENEZES LEITÃO, Luís, *Direito das Obrigações*, op. cit. pág. 424.

No mútuo de escopo legal, estamos perante financiamentos legalmente estabelecidos para determinados fins, em que o mutuante é uma instituição financeira e o mutuário uma entidade com requisitos legalmente estabelecidos, que fica adstrito a utilizar a quantia mutuada para os fins legalmente previstos, através de cláusula de destinação.

No mútuo de escopo legal facilitado, estamos perante empréstimos concedidos por força da intervenção do estado ou de outro ente público, que atribui certas subvenções para facilitar a concessão de crédito, ou concede ele mesmo, diretamente, o referido crédito, a taxas mais baixas do que as do mercado, obrigando-se o mutuário à aplicação do financiamento a um fim determinado, que é assim objeto de incentivo público. É o caso de empréstimos à aquisição de habitação que, até ao DL n.º 305/2003, de 9 de Dezembro, eram objeto de bonificação de juros²⁶, sendo atualmente objeto de subvenção pelo Estado, através da possibilidade de dedução à coleta em IRS de parte do capital amortizado.²⁷

Por fim, no mútuo de escopo convencional não há imposição legal de aplicação das quantias mutuadas a um fim convencional, mas sim limites à utilização das quantias mutuadas, resultantes da estipulação das partes.

Outro aspeto diz respeito à discussão na doutrina sobre a natureza real ou consensual do mútuo de escopo, tendo já sido defendida a natureza consensual do mesmo²⁸. Nesse sentido, argumentou-se que o financiamento resulta de uma obrigação assumida pelo financiador e não como um elemento constitutivo do contrato. Por outro lado, a doutrina também tem atribuído natureza sinalagmática ao mútuo de escopo, por força da natureza corresponsável da obrigação de escopo²⁹. Todavia, na senda de MENEZES LEITÃO³⁰, é também meu entendimento que as particularidades do mútuo de escopo não são suscetíveis de afastar a sua qualificação como mútuo, uma vez que a aplicação do dinheiro a um fim diferente do convencional pode determinar, quando convencional ou resultar das normas legais, a restituição antecipada do capital e juros, mas tal consequência também se verifica no incumprimento de outra obrigação acessória, como é o pagamento dos juros (cfr. art.º 1150º CC).

Entre os mais utilizados contratos de mútuo de escopo, contemplados em legislação especial, destaca-se o crédito à habitação e o crédito automóvel.

²⁶ Sem prejuízo de a Lei n.º 16-A/2002, de 31 de Maio e a Lei n.º 32-B/2002, de 30 de Dezembro, já vedarem a possibilidade de novas operações de crédito bonificado à aquisição, construção e realização de obras de conservação ordinária, extraordinária e de beneficiação de habitação própria permanente, ao abrigo do disposto no Decreto-Lei n.º 349/98, de 11 de Novembro.

²⁷ Cfr. Art.º 85.º, n.º 1, a) do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares.

²⁸ Cfr. ANGELO LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, I, Milano Giuffrè, 1995, pág. 3 e segs - (apud MENEZES LEITÃO, Luís, *Direito das Obrigações*, op. cit. pág. 425).

²⁹ Cfr. MENEZES LEITÃO, Luís, *Direito das Obrigações*, op. cit. pág. 425.

³⁰ Cfr. MENEZES LEITÃO, Luís, *Direito das Obrigações*, op. cit. pág. 425.

Diferenciação entre mútuo bancário e contrato de abertura de crédito

A falta de especificação da quantidade da coisa a mutuar, limitando-se a especificar o limite da quantidade a mutuar, serve precisamente de base conceptual para a diferenciação entre o contrato de mútuo bancário e o contrato de mútuo bancário de escopo convencional de abertura de crédito (atípico) já que neste último não se define a quantidade exata a mutuar, mas estando definido o seu limite, a quantidade essa revela-se pela ação posterior do mutuário.

Como veremos a falta de especificação da quantidade exata a mutuar gera atipicidade, apesar de ser especificado um limite, já que no mútuo típico é definido a quantidade a mutuar.

Quando a lei indica as características típicas do contrato de mútuo pode-se entender que está subjacente a este contrato a concretização do montante exato a ser mutuado, independentemente de se a coisa é entregue de imediato ou à posterior, pois nisso se subentende quando se refere “... ficando a segunda obrigada a restituir OUTRO TANTO” já que “outro tanto” remete para a exatidão da quantidade da coisa fungível que lhe havia sido mutuada. Se para haver tipicidade tem de haver uma quantidade exata de coisa fungível a mutuar então a não especificação do montante exato a mutuar gera atipicidade (escopo convencional).

O contrato de abertura de crédito é, apesar da divergência na doutrina, na minha opinião um subtipo de contrato de mútuo bancário³¹ atípico no sentido de que, diverge daquele contrato típico, por ser de escopo, particularmente de escopo convencional por a quantidade exata, da coisa a mutuar, não ser concretamente definida mas ser apenas imposto um limite à quantidade que pode ser mutuada.

Portanto um contrato de abertura de crédito, é um contrato de mútuo atípico pelo fato de não ficar definida a quantidade exata da coisa fungível a ser mutuada, limitando-se as partes a definir um limite a ser utilizado.

No contrato de abertura de crédito, em que é estipulado um limite de crédito a utilizar, não é definido o quanto irá ser efetivamente utilizado pelo mutuário mas tão só o limite dentro do qual o mutuário pode efetivamente utilizar. O que quer dizer que, através do mesmo contrato o mutuário pode dispor dos valores que quiser, desde que dentro daquele limite e somente sobre esse valor que utilizar é que corre a obrigação de restituição e de juros.

Tem ainda a particularidade de o mutuário poder efetuar sucessivos levantamentos como ainda efetuar depósitos “represtinando” deste modo o

³¹ É configurável a constituição de contrato de abertura de crédito que não seja mútuo bancário atípico mas meramente mútuo comercial atípico, já que pode não ter como objeto “o dinheiro” mas sim outra coisa fungível, com por exemplo frutos ou legumes. Configura-se a abertura de crédito numa mercearia, havendo um limite de crédito, onde o cliente pode levantar as quantidades de frutas e legumes que quiser desde que não ultrapasse o limite estipulado, com a obrigação de no fim do prazo ter que restituir uma coisa fungível e juros, normalmente em dinheiro mas podendo ser também em coisa fungível de igual natureza e qualidade. Aqui também há o direito de represtinar a disponibilidade do crédito através de reembolsos ou restituição.

montante de crédito de que pode dispor. Nisto se refere Brito Correia quando diz que “o que é característico da abertura de crédito em conta-corrente (...) é que o cliente pode efetuar reembolsos parciais, que lhe garantem a reconstituição do seu direito de saque, aquilo a que se chama *represtinação da disponibilidade dentro do montante acordado como limite*”.

Neste sentido, também assim refere o Acórdão TCAS de 03-OUT-2009 (Lucas Martins) “(...) Pelo mesmo contrato de abertura de crédito, desde que respeitadas as condições acordadas, o mutuário pode aceder a um ilimitado número de levantamentos, através da utilização de uma só conta bancária, na medida em que nunca ultrapasse o “*plafond*” máximo de empréstimo por ele permitido, verificando-se, em tais circunstâncias, renovações de financiamento e não novos contratos”.

Claro que sendo um contrato atípico que é, certamente gera particularidades quanto ao seu regime, mas nisso também o mútuo bancário gera e nem por isso deixa de ser um contrato de mútuo nem deixa de se aplicar, supletivamente, as regras do mútuo civil.

3. Forma do mútuo

As declarações de vontade que integram o acordo, elemento indispensável para o aperfeiçoamento de qualquer contrato, têm de se exteriorizadas por forma reconhecível.

Nesta perspetiva, o mútuo tanto é um contrato consensual como solene, porquanto embora a lei por vezes admita a liberdade de forma, noutras requer forma especial para a respetiva celebração.

Forma do mútuo civil típico: As exigências legais especiais relativas à forma do mútuo civil encontram-se consagradas no art.º 1143º CC. No mútuo civil, e de acordo com o referido art.º 1143º CC, e sem prejuízo do disposto em lei especial, o contrato de mútuo de valor até 2.499€ não tem exigência de forma, o contrato de mútuo de valor superior a €2.500 até €24.999 deve ser celebrado por documento assinado pelo mutuário e o contrato de mútuo de valor superior a € 25.000 deve ser celebrado por escritura pública ou documento particular autenticado.

Forma do mútuo civil atípico: Seguem as mesmas regras do mútuo típico que lhe estiver na base e na falta de normas específicas do mútuo de base, aplicam-se as regras do mútuo civil. Por exemplo num contrato de mútuo bancário de escopo, aplicam-se as regras do mútuo bancário, na falta destas aplicam-se as regras do mútuo comercial e por fim as regras do mútuo civil.

Forma do mútuo comercial típico: No mútuo típico comercial, quanto à forma, o contrato mútuo celebrado entre comerciantes admite todo o género de prova, o que na prática corresponde a uma liberdade de forma de contrato.

Contudo, considerando a escassa regulação legal para o mútuo comercial, é imprescindível o recurso subsidiário às normas do mútuo civil típico do Código Civil, de acordo com o artigo 3.º do CCom.

Forma do mútuo bancário típico. No mútuo típico bancário, o contrato está sujeito à mera forma escrita, independentemente do seu valor conforme assim refere o artigo único do DL n.º 32765 de 29 de Abril de 1943 - “Os contratos de mútuo ou usura, seja qual for o seu valor, quando feitos por estabelecimentos bancários autorizados, podem provar-se por escrito particular, ainda mesmo que a outra parte contratante não seja comerciante”.

Nisto se refere a maioria da doutrina e da jurisprudência, senão a sua totalidade, nomeadamente conforme se refere no Acórdão n.º 97A849 de STJ, 17 de Fevereiro de 1998 - “Os contratos de mútuo ou usura, independentemente do seu valor, quando feitos por estabelecimentos bancários autorizados, podem provar-se por escrito particular ainda que a outra parte contratante não seja comerciante (DL 32765 de 29 de Abril de 1943 art.º único). O documento junto com a petição - “Escrito particular para empréstimo concedido por fiança” - integrado pela proposta para crédito, ambos subscritos pelos mutuários [...] e pelos representantes legais do estabelecimento bancário autorizado, é suficiente para servir de base à execução”.

Só não acontece com os mútuos bancários de escopo, cujo objeto do escopo exija forma legal especial, por exemplo os contratos de compra e venda de prédio ou fração autónoma com mútuo (mútuo de escopo), acompanhados ou não de hipoteca, já que, conforme é exigido pelo DL n.º 255/93 de 15 de Julho, estes devem ser celebrados por escritura pública ou por documento particular com reconhecimento de assinaturas (art.º 2 n.º1) e de ser registado obrigatoriamente (art.º 3º).

Ainda quanto à forma dos contratos de mútuo típico bancário, estes devem seguir o modelo aprovado pela Portaria n.º 669-A/93 de 16 de Julho, com as alterações introduzidas pela Portaria n.º 882/94 de 1 de Outubro.

Forma do mútuo bancário atípico de abertura de crédito. A lei portuguesa não regula de modo expresso, já que como oportunamente referi é um contrato atípico, ainda que nominado (art.º 362º CCom) mas socialmente típico.

Sendo assim o contrato de mútuo bancário atípico de abertura de crédito não está sujeito a qualquer exigência legal especial (art.º 219º CC). Na prática bancária é um contrato que se celebra sob forma escrita, seguindo as regras do mútuo bancário típico inclusive seguindo as regras no tocante quando o objeto de escopo deva ser celebrado por escritura pública ou por documento particular com reconhecimento de assinaturas.

4. Consequências da inobservância da forma legal do mútuo.

A forma é um requisito *ad substantiam* do contrato, de acordo com a regra geral consignada no art.º 364º CC. A respetiva inobservância importa, assim, a invalidade do contrato, conforme desde logo refere o art.º 219º CC.

A invalidade é, no caso concreto, a nulidade do contrato (art.º 220º CC), devendo conseqüentemente ser repetido aquilo que foi prestado (art.º 289º/1 CC).

Mas isto não quer dizer que, antes de declarada a invalidade do contrato, nomeadamente a nulidade do mesmo, as partes não possam redigir o contrato à forma legal exigida para o seu caso e assim realizarem, à luz do princípio da autonomia privada, a renovação do negócio, solução que permeabiliza a sua validade pois implica uma nova conclusão do mesmo, absorvendo daquele o seu conteúdo e substituindo-o para futuro.

Se as partes não outorgarem a eficácia retroativa dessa renovação, a renovação do negócio nulo apenas produz efeitos a partir da data de sua conclusão ou de outra, posterior, nela prevista.³²

Anulado o negócio de mútuo, devem as partes, nos termos do art.º 289º, nº 1 do C.C, serem restituídas à situação anterior a ele, restituindo uma à outra as prestações feitas, em execução do negócio anulado. Mas pode o negócio jurídico ser reduzido ou convertido ao negócio objeto do escopo se a forma do mútuo contiver os requisitos de substância e forma do negócio em que se converte. O contrato de mútuo nulo por falta de forma não pode converter-se em contrato de compra e venda de frações autónomas (bens imóveis) se o contrato de mútuo, tendo sido sujeito a escrito particular, não tiver sido sujeito à forma de escritura pública, já que aquele objeto do escopo a tal exige pelo art.º 875º do C.C.³³

Mas se o contrato de mútuo for nulo por falta de forma mas a propriedade do objeto de escopo já se tenha transferido pela celebração do contrato então o negócio base da transferência dessa propriedade sendo válido não implica a restituição das obrigações objeto desse negócio. A nulidade do contrato de mútuo só implica a restituição da coisa mutuada, apesar de essa coisa ter ser usada na aquisição de outra coisa.

Muitas mais particularidades se poderiam indicar, envolvendo a invalidade do contrato de mútuo por falta de forma, contudo pela limitação do tema e de texto não serão aqui tratadas.

5. Contrato promessa de mútuo.

É geralmente afirmada a admissibilidade da celebração de contrato promessa de mútuo, à qual não se reconhece, com efeito, qualquer impedimento³⁴. Contrato promessa de mútuo³⁵, nos termos do art.º 410º/1 CC é a convenção pela qual uma ou ambas as partes se obrigam à futura celebração de um contrato de mútuo.

Atendendo a que o acordo de vontades acompanha ou precede, em via de

³² Nisto se refere o acórdão do STJ nº 5575/06.8TBSTS-A.P1.S1 (Martins de Sousa).

³³ Nisto se refere o Acórdão do STJ n.º 03B3002 (Luís Fonseca).

³⁴ Ver MENEZES CORDEIRO, António, *Direito das Obrigações*, op. cit. pág. 213 a 218.

³⁵ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, op. cit. afirmam que o contrato de mútuo consensual é um contrato promessa de mútuo. Tese que a maioria da doutrina não adota porque o contrato promessa de mútuo é aquele em que se contratualiza a futura celebração de um contrato de mútuo, ou seja não se contratualiza a futura entrega da coisa mas sim a futura celebração do contrato de mútuo.

regra, a entrega da coisa, é possível configurar, conclusivamente, quatro situações jurídicas diferentes:

O acordo representa um momento do *inter negotia* que, com a posterior entrega da coisa, conduzirá à formação de um mútuo legalmente típico. A não concretização da entrega pode implicar responsabilidade pré-contratual, nos termos do art.º 227º CC.

O acordo dirige-se a pôr a cargo de uma ou de ambas as partes as obrigações de posterior celebração de um contrato de mútuo. A não celebração do contrato prometido pode implicar a responsabilidade obrigacional (art.º 798º CC).

O acordo consubstancia a imediata celebração de um contrato em cujo conteúdo se inscreve uma obrigação de entrega (mútuo consensual). A obrigação inexecutada pode ser judicialmente exigida (art.º 817º e 827º CC).

O acordo é acompanhado da entrega da coisa. Realiza-se de imediato o interesse contratual do mutuário.

6. Extinção do mútuo

O mútuo extingue-se por:

Caducidade. Por decurso do prazo e por cumprimento da obrigação

Decisão judicial. Anulação do mútuo por inobservância de forma legal ou outra anulação derivada de fatos extintivos que, sem porem em causa a formação do acordo ou a validade das declarações de vontade, levam à supressão dos seus efeitos³⁶.

Resulta do art.º 1148º CC que este contrato extingue-se pelo decurso do prazo estipulado. Visa-se, assim, o período do tempo pelo qual o mutuante cede ao mutuário, o qual é normalmente referenciado pelo aprazamento da obrigação de restituição da coisa.

Não havendo estipulação de prazos:

No mútuo oneroso este prazo presume-se estabelecido, como dispõe o art.º 1147º CC, no interesse de ambas as partes e portanto o mutuante não pode exigir o cumprimento antes do vencimento do prazo e o mutuário não pode exigir cumprir antecipadamente com a obrigação antes de vencido o prazo já que o mutuante pode opor-se.

No mútuo gratuito aplica-se a regra geral do art.º 779º CC considerando-se o prazo estipulado em benefício do mutuário. O mutuário tem, por conseguinte, a possibilidade de cumprir antecipadamente com a sua obrigação, sem que o credor (mutuante) o possa opor-se.

Nos termos do n.º 1 e n.º 2 do art.º 1148º CC, tratando-se de mútuo gratuito a obrigação do mutuário vence-se trinta dias após a exigência do seu cumprimento e tratando-se de mútuo oneroso qualquer das partes pode pôr termo ao contrato

³⁶ Ver MENEZES CORDEIRO, António, *Direito das Obrigações*, op. cit. pág. 233.

desde que o denuncie com uma antecipação mínima de trinta dias (art.º 1148º/2 CC).

O mutuante pode exigir a restituição antes do fim do prazo em diversos casos, nomeadamente quando o mutuário se torna insolvente, ou deixa de prestar as garantias prometidas (cfr. art.º 780.º CC) ou quando, no caso de se ter convenionado a restituição em “prestações”, o mutuário deixa de realizar uma dessas “prestações” (cfr. art.º 781º CC), ou ainda no caso de incumprimento pelo mutuário da obrigação de pagamento de juros no mútuo oneroso (cfr. art.º 1150.º CC) e de afetação da quantia a fins diferentes daquele para que foram afetadas no mútuo de escopo.

Importa referir que, a impossibilidade da obrigação de restituição não constitui causa de extinção do mútuo, ao contrário do que sucede no regime geral (art.º 790.º).

Com efeito, recaindo o mútuo sobre dinheiro, como nos casos de crédito à habitação, a obrigação de restituição constitui uma obrigação pecuniária pelo que não existe o risco de perecimento.

No caso referido de o mutuante exigir a restituição de todas as frações por incumprimento do mutuário implica que o mutuante não receba os juros vencidos das prestações vencidas, conforme refere o Acórdão Uniformizador de Jurisprudência 7/2009, de 25 de Março, publicado no Diário da República I Série n.º 86 de 5/5/2009. Já no caso de a antecipação do cumprimento da obrigação resultar de opção do mutuário, há lugar ao pagamento dos juros por inteiro (cfr. art.º 1147º CC) baseando-se esse cálculo no período de tempo que era expectável para cumprir.

Juros remuneratórios vencidos, no mútuo a prestações, havendo antecipação do vencimento por força do incumprimento do mutuário

Voltando ao acórdão atrás referido³⁷, e não querendo desenvolver muito por falta de espaço textual, digamos que opino que a conclusão a que se chega, e principalmente nos termos a que chega nesse preciso acórdão, não está precisamente correto de todo, até porque, apesar de face ao art.º 781ºCC se vencerem todas as frações por incumprimento do mutuário (porque o capital é uma prestação fracionada) mas não os juros (obrigações duradouras) porque estes vencem pelo decurso do tempo, haverá sempre aí há lugar a juros remuneratórios pelo menos devidos até que seja extinta a dívida. Assim se afirma porque desde que o mutuário perde o benefício do prazo até ao momento em que paga o capital mutuado em dívida (de uma só vez) decorre um qualquer período de tempo e sobre esse tempo vencem juros, nem que seja sobre um dia ou um minuto. Cumpre compreender que o artigo 781.º CC aplica-se às prestações fracionadas

³⁷ Acórdão Uniformizador de Jurisprudência 7/2009, de 25 de Março, publicado no Diário da República I Série n.º 86 de 5/5/2009

do capital, e só as frações deste é que se tornam imediatamente exigíveis, por falta de pagamento de uma das frações. Mas não torna, *ipso facto*, imediatamente exigíveis os juros remuneratórios convencionados que seriam auferidos no futuro (frações futuras e não vencidas) pois esses juros constituem uma obrigação duradoura que se vence pelo decurso de tempo e ainda não venceu. Contudo situação diferente diz respeito a esse período de tempo que vence quando se paga ou extingue a dívida total pois aí já não se estará no campo e juros futuros ou vincendos mas sim perante juros presentes ou vencidos.

Assim os juros sendo de natureza duradoura ali não estão incluídos, naturalmente, mas são devidos pelo período de tempo que decorra desde a perda do prazo até ao pagamento integral, sendo fundamental um correto cálculo do juro referente a esse período de tempo.

E acresce nos argumentos de que com aquela decisão obliteram e negligenciam as situações de coobrigados em que, apesar de operar o art.º 781º CC para um deles, para o outro ainda continuam a vencer juros até que aquele pague o montante ainda em dívida.

Poderia o tribunal, fixar a jurisprudência com termos mais específicos, limitado para aquelas situações jurídicas e integrar na decisão um elemento de individualização, no sentido de direcionar a decisão à parte que se exige o vencimento imediato das prestações. Poderia acrescentar na parte final daquela decisão que só assim sucede “quanto à pessoa que se exige o vencimento imediato das prestações”, atento que o vencimento imediato é feito através de cominação de tal mecanismo, quer-se dizer que esse vencimento diz respeito apenas e unicamente à pessoa que de tal seja notificado. Até porque, conforme alude o ar. 782º CC, a perda do benefício do prazo não se estende aos coobrigados do devedor, nem a terceiro que a favor do crédito tenha constituído qualquer garantia. Mas mesmo que a favor do crédito não tenha constituído garantia, o mesmo se aplica pois se o segundo coobrigado de tal cominação não tem conhecimento, quanto a este não à “vencimento imediato de todas as prestações” e portanto ainda implica a obrigação de pagamento dos juros remuneratórios incorporados nas prestações futuras pelo menos para o outro coobrigado em que não houve vencimento imediato das prestações e até que a obrigação seja cumprida na sua totalidade pelo obrigado que perdeu o benefício do prazo.

O segundo coobrigado continuará a pagar as prestações normalmente e claro continuará a pagar juros das prestações futuras que vençam apesar de ter havido vencimento de todas as prestações quanto ao devedor principal e isto faz todo o sentido porque o segundo coobrigado não violou a confiança que o credor nele depositou nem violou o contrato pois tem cumprido integralmente a sua obrigação.

Mas não se confunda nem se diga que, caso o outro coobrigado pague todas as prestações vencidas, o segundo coobrigado tem que pagar juros remuneratórios das prestações futuras e não vencidas porque continua vinculado ao contrato. Como referi neste trabalho, neste caso só terá que pagar os juros remuneratórios

do período entre a cominação feita ao outro coobrigado e o efetivo pagamento por aquele.

O que o tribunal deveria incluir naquela decisão é que havendo acionamento do mecanismo do art.º 781cc nesse caso, e apenas quanto à pessoa cominada desse fato, não podem ser exigidos juros remuneratórios das prestações futuras e não vencidas, pois só sobre essa pessoa é que há vencimento imediato das prestações, por falta de pagamento de uma delas, derivado da perda de confiança de que este cumpra o contrato.

7. Mútuo: implicações em sede de imposto de selo

Neste aspeto importa sublinhar novamente o que já referi anteriormente a fim de enquadrar o raciocínio em sede de implicações em sede de imposto de selo (IS), senão vejamos:

O contrato de mútuo é definido pelo Código Civil (CC) como aquele pelo qual uma das partes empresta à outra dinheiro ou outra coisa fungível, ficando a segunda obrigada a restituir outro tanto, do mesmo género e qualidade, de acordo com o art.º 1142º daquele diploma. Por outro lado, de acordo com o art.º 1144º do CC, as coisas mutuadas tornam-se propriedade do mutuário pelo facto da entrega.

Desta forma, através daquele contrato, a coisa transmite-se para a esfera patrimonial do mutuário que fica constituído devedor do mutuante, noutra tanto do mesmo género e qualidade.

A satisfação do crédito do credor, traz algumas implicações em sede de Imposto do Selo.

O IS incide sobre todos os atos, contratos, documentos, títulos, papéis e outros factos previstos na Tabela Geral do IS, por força do art.º 1º, n.º 1 do Código do IS. Por outro lado, a verba 17 da Tabela Geral, estipula a incidência a imposto a utilização do crédito concedido a qualquer título, sobre o respetivo valor, em função do prazo estipulado pelas partes.

Nisto se tem que separar os contratos de mútuo de concessão de crédito de todos os outros mútuos que não sejam de concessão de crédito.

Quanto aos contratos de mútuo que não sejam de concessão de crédito.

Digamos que a obrigação tributária nasce no momento em que o contrato é celebrado pelas partes, ou seja, outorgado pelas partes.

De acordo com o art.º 5, alínea a) a obrigação tributária considera-se constituída *“nos atos e contratos, no momento da assinatura pelos outorgantes”* e demais casos especiais previstos nas restantes alíneas do mesmo artigo bem como no caso da alínea a) do n.º 2 do art.º 4 do CIS (fora do território nacional que sejam apresentados em Portugal para efeitos legais).

Quanto ao mútuo de concessão de crédito.

O entendimento sobre o momento do nascimento da obrigação de IS mudou e atualmente, para efeitos do IS, o relevante é a utilização do crédito e não a celebração do contrato que lhe está subjacente. Ou seja, após a celebração do contrato, apenas haverá tributação, em sede de IS, no momento em que o crédito concedido seja efetivamente utilizado.

Tal como salientam Silvério Mateus e Corvelo de Freitas, “o facto tributário tipificado nesta verba é a concessão de crédito ou seja, a utilização de crédito com base em negócio jurídico de concessão de crédito, cujos elementos essenciais se traduzem na prestação de um bem presente contra a promessa de restituição futura”.³⁸

Esta forma de tributação nasceu com a reforma de 2000 do CIS. Como referido no preâmbulo “(...) a alteração da filosofia de tributação do crédito, que passou a recair sobre a sua utilização e já não sobre a celebração do respetivo negócio jurídico de concessão. Outra inovação importante nesta matéria foi a relevância que o fator tempo passou a ter na determinação da taxa do imposto.” Percebe-se assim que o facto tributário ocorre “no momento em que for realizada a operação de crédito”, nos termos do art.º 5º, al. g) do CIS. Ou seja, de acordo com a administração tributária, a obrigação tributária nasce no momento em que o crédito é utilizado: “É que a citada alínea g) refere-se não só às aberturas de crédito, como também aos mútuos, aos empréstimos bancários propriamente ditos e a outras formas de concessão de crédito. Utilizou-se um termo com sentido amplo, de molde a abranger não só os contratos reais, em que a entrega do crédito é elemento essencial do contrato, mas também todas as situações, em que a utilização do crédito é diferida para momento ou momentos posteriores à celebração do contrato. Em termos conclusivos, pode afirmar-se que a operação de crédito se realiza quando o crédito é utilizado”.³⁹

Celebrado um contrato de mútuo as partes, em regra, acordam o momento em que o mutuário fica obrigado a restituir outro tanto e a forma como o deve fazer e portanto o limite acordado para o reembolso consubstanciará o período de utilização do crédito e será essa a principal referência para a tributação em IS. Conclui-se que a tributação da utilização do crédito opera em função do prazo.

Desta forma, se o crédito for concedido por um prazo inferior a 1 ano, é devido IS em 0,04% sobre o valor mutuado, por cada mês ou fração. Por outro lado, se o crédito for concedido por prazo igual ou superior a 1 ano, é devido IS em 0,50%, sobre o valor acordado. Caso o crédito seja concedido por período superior a 5 anos, a taxa aplicável é 0,60%.⁴⁰

O contrato de mútuo que resulta na utilização do crédito concedido pelo mutuário estará assim sujeito a IS pelas taxas referidas. Daqui se pode entender que todos os contratos de mútuo que concedam crédito, independentemente

³⁸ In anotação à verba 17 do CIS, in Os Impostos Sobre o Património Imobiliário e O Imposto do Selo, 2005.

³⁹ Cfr. Circular 15/2000, da DGCI de 5 de Julho.

⁴⁰ Cfr. Verba 17.1.1 da Tabela do CIS

de ser mútuo bancário de concessão de crédito, são geradores de obrigação de imposto de selo já que na sua génese qualquer tipo de mútuo pode ser de concessão de crédito, quer seja entre particulares ou envolvendo uma instituição comerciante especializada na concessão de crédito.

No entanto, caso o contrato de mútuo seja celebrado por ou com a intermediação de instituição de crédito ou entidade legalmente equiparada, e sejam acordados juros pelo empréstimo, acrescerá a incidência a imposto sobre também o valor dos juros cobrados.

Será o que sucede, em regra com os denominados empréstimos concedidos por entidades bancárias. Ora, a verba 17.2 da Tabela Geral determina que as operações realizadas por ou com intermediação de instituições de crédito, sociedades financeiras ou outras entidades a elas legalmente equiparadas e quaisquer outras instituições financeiras, estão sujeitas a imposto de selo pelo valor do empréstimo e também pelo valor cobrado em juros. Assim sendo, além do imposto sobre a utilização do crédito concedido, haverá ainda sujeição sobre os juros acordados, à taxa de 4% sobre o valor.

De acordo com os autores *supra* citados, “*estão, assim, sujeitas ao imposto do selo as operações de cobrança de juros no quadro da atividade bancária e financeiras, em consequência, direta ou indireta, de operações financeiras, designadamente (...) empréstimos*”.

A) Quanto à obrigação do imposto e quanto à incidência subjetiva nos contratos de mútuo que não sejam de concessão de crédito.

Digamos que, em sede de sujeito ativo, o encargo do imposto é do requerente, o requisitante, o primeiro signatário, o beneficiário, o destinatário dos mesmos, bem como o prestador ou fornecedor de bens e serviços “*Em quaisquer outros atos, contratos e operações*” conforme o art.º 3, n.º1 e n.º3 alínea s) do CIS.

Em sede de incidência subjetiva, são sujeitos passivos, no mútuo que não seja de concessão de crédito, os seguintes:

Mútuo oneroso, ou seja nas transmissões onerosas:

Sem intervenção de Notário, são sujeitos passivos as “*Outras entidades que intervenham em atos e contratos ou emitam ou utilizem os documentos, títulos ou papéis*”⁴¹ conforme art.º 2, n.º1 alínea h) do CIS.

Com intervenção de Notário, ou seja, se o contrato de mútuo for celebrado por escritura pública, o notário que intervier no ato torna-se sujeito passivo por força do art.º 2º, n.º 1, al. a) do CIS e terá de liquidar o imposto que se mostre devido, nos termos *supra* expostos, conforme o entendimento da administração tributária veiculado pela circular n.º 15/2000, página 11.

Independentemente da intervenção do notário ou não, são ainda sujeitos passivos as pessoas singulares ou coletivas para quem se transmitam os bens nos

⁴¹ Redação dada pelo art.º 97.º da Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril.

atos ou contratos da verba 1.1 da tabela geral conforme art.º 2º n.º3 do CIS.

Mútuo gratuito ou seja nas transmissões gratuitas:

São sujeitos passivos do imposto as pessoas singulares para quem se transmitam os bens, sem prejuízo das seguintes regras:

a) Nas sucessões por morte, o imposto é devido pela herança, representada pelo cabeça-de-casal, e pelos legatários; (não relevante para o tema do mútuo)

b) Nas demais transmissões gratuitas, incluindo as aquisições por usucapião, o imposto é devido pelos respetivos beneficiários.

B) Quanto à obrigação do imposto e incidência subjetiva nos contratos de mútuo de concessão de crédito.

No que respeita à tributação da utilização do crédito concedido pelo contrato de mútuo, o encargo do imposto (sujeito ativo) recai sobre o utilizador daquele, nos termos do art.º 3º, n.º 3 al. f) do CIS, ou seja, sobre o mutuário. Igual modo, o encargo do imposto sobre os juros por empréstimos recai sobre o cliente da instituição que o concedeu, de acordo com o art.º 3º, n.º 3 al. g) do CIS, ou seja, também neste caso o mutuário. Mas esta situação varia caso seja, ou não, necessária a intervenção de Notário, senão vejamos:

Nestas duas situações referidas acima (art.º 3 n.º3 al. f) e g), caso não haja a intervenção de Notário, o sujeito passivo do imposto é o concedente do crédito ou credora dos juros, conforme o disposto no art.º 2º, n.º 1 al. b) do CIS e conforme no caso em que seja intermediária de outras domiciliadas no estrangeiro ou sejam mesmo elas não intermediárias mas sim domiciliadas no estrangeiro (cfr. art.º 2º, n.º 1, al. c) e d) do mesmo diploma).

Caso haja intervenção de Notário, ou seja, se o contrato de mútuo for celebrado por escritura pública, o notário que intervier no ato torna-se sujeito passivo por força do art.º 2º, n.º 1, al. a) do CIS e terá de liquidar o imposto que se mostre devido, nos termos supra expostos, conforme o entendimento da administração tributária veiculado pela circular n.º 15/2000, página 11.

Nisto saliente-se que os contratos de mútuo de valor superior a € 20.000,00 só é válido se celebrado por escritura pública (cfr. art.º 1143º do CC).

Legislação

Código Civil.

Legislação Comercial.

Código do Imposto de Selo.

DL n.º 32765, de 29 de Abril de 1943 e DL n.º 344/78, de 17 de Novembro com alterações dos Decretos-Lei n.º 83/86, de 6 de Maio, e n.º 204/87, de 16 de Maio.

Aviso n.º 3/93, de 20 de Maio de 1993.

DL n.º 305/2003, de 9 de Dezembro (bonificação de juros).

DL n.º 255/93 de 15 de Julho.

Circular 15/2000, da DGCI de 5 de Julho.

Bibliografia

ABRANTES, José João, *Algumas notas sobre o contrato de mútuo*, in “Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier”, Vol. II, Vária, Coimbra Editora, pág. 1057 a 1068.

ANTUNES, J. Engrácia, *Os Contratos Bancários*, In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Separata, Almedina, Coimbra 2011.

BARATA, Carlos Lacerda, *Contrato de Depósito Bancário*, In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. II, Direito Bancário, Almedina, Coimbra 2002.

CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Obrigações*, 3º Vol., 2ª Edição revista e ampliada.

Manual de Direito Bancário, 5ª Edição, Almedina, 2014.

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 4.ª Edição Revista e Aumentada, Almedina, Coimbra 2001.

ESSER-WEYERS, *Schuldrecht*, Vol. II, Besonderer Teil, 1, 5ª Edição Heidelberg 1977.

LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I e III, 5ª Edição, Almedina.

NEVES, Francisco Correia das, *Manual dos Juros: Estudo Jurídico de Utilidade Prática*, 3ª Edição refundida e aumentada, Coimbra 1989.

PINHO, Tiago Brandão de, *Os Juros no Direito Fiscal* (Trabalho de pós-graduação pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto).

PIRES, José Maria, *Direito Bancário / As Operações Bancárias*, vol. II, Lisboa, Editora Rei dos Livros, 1995.

SERRA, Adriano Vaz, in “Boletim do Ministério da Justiça”, n.º 55 de 1956.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Aspetos Comuns aos Vários Contratos*, in “RFDUL”, VII (1950).

VARELA, João Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 8ª Edição, Almedina Coimbra.

VARELA, João Antunes (e F. Pires de LIMA), *Código Civil Anotado*, vol. II, 4ª Edição reimpressa, Coimbra Editora, Coimbra 2010.

VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Contratos Atípicos*, Coleção Teses da Almedina, Coimbra 1995 (pág. 330 a 361).

Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 7/2009, Revista 1992/08-6ª Secção - em <http://www.stj.pt/jurisprudencia/fixada/civel/303-jfcivel-2009> e em <http://diariojuridico.blogs.sapo.pt/231967.html>

Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, processo 3747/2004-1 de 22/02/2005, processo 04B514 de 31/03/2004, processo 04B3874 de 13/01/2005, processo 05B282 de 15/03/2003, processo 05A493 de 19/04/2005, processo 04B2529 de 27/04/2005, processo 05B2461 de 11/10/2005, processo 06A038 de 12/09/2006, processo 06A2718 de 14/11/2006, processo 06B2911 de 14/02/2007, processo 06A4524 de 06/01/2007, processo 4304/2007-2 de 10/01/2008, processo 3198/2008-7 de 27/11/2008 e processo 2924/2008-1 de 09/12/2008 e Acs. Proc. n.º 05A493 - Relator Conselheiro Faria Antunes - unanimidade; Proc. n.º 05B2461 - Relator Conselheiro Oliveira Barros - unanimidade; Proc. n.º 06B2911 - Relator Conselheiro

Bettencourt Faria - unanimidade; Proc. n.º 06A2338 - Relator Conselheiro Sebastião Póvoas - unanimidade em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf?OpenDatabase>

- Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, processo 10813/2006-7 de 15/05/2007, processo 9665/2006-7 de 04/12/2006, processo 8208/2006-7 de 23/017/2007, processo 9932/2007-2 de 17/08/2008 e processo 4180/1999 de 11/02/2004 e Acs. Proc. 2460/2004-8 - Relator Desembargador Salazar Casanova - unanimidade; Proc. 2352/2005-8 - Relator Desembargador Salazar Casanova - unanimidade; Proc. 11945/2005-6 - Relatora Desembargadora Fátima Galante; Proc. 6318/2005-6 - Relatora Desembargadora Fátima Galante; Proc. 10566/2005-1 - Relator Desembargador Rui Vouga; Proc. 7328/2006-8 - Relatora Desembargadora Carla Mendes em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/Pesquisa+Campo?OpenForm>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa 12-11-2008 (Rodrigues Pires) sobre mútuo atípico.

Acórdão do Supremo do Tribunal de Justiça de 02-10-2008, (Salvador Costa) sobre mútuo consensual e contrato de abertura de crédito;

Acórdão n.º 97A849 de STJ, 17 de Fevereiro de 1998;