

Comentários às iniciativas legislativas em apreciação pela
Comissão de Orçamento e Finanças da Assembleia da República
relacionadas com Comissões Bancárias

I – Enquadramento

A Comissão de Orçamento e Finanças (COF) da Assembleia da República (AR) solicitou à Associação Portuguesa de Bancos (APB) a emissão de Parecer escrito sobre um conjunto de iniciativas legislativas em matéria de comissões bancárias, do qual conste uma fundamentação sucinta de eventuais pontos de divergência, bem como eventuais propostas de alteração ao respetivo articulado.

O conjunto de iniciativas legislativas, aqui em causa, é composto pelos seguintes Projetos de diploma:

- *Projeto de Lei n.º 137/XIV/1.ª (BE) – “Institui a obrigatoriedade e gratuidade de emissão do distrato e de declaração de liquidação do empréstimo, elimina comissões cobradas pelo processamento de prestações de crédito, proibindo ainda as instituições de crédito de alterar unilateralmente as condições contratuais dos créditos concedidos ao consumo (4.ª alteração ao Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho)”;*
- *Projeto de Lei n.º 138/XIV/1.ª (BE) – “Institui a obrigatoriedade e gratuidade de emissão do distrato e de declaração de liquidação do empréstimo, elimina comissões cobradas pelo processamento de prestações de crédito, proibindo ainda as instituições de crédito de alterar unilateralmente as condições contratuais dos créditos concedidos à habitação (3.ª alteração ao Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho)”;*
- *Projeto de Lei n.º 139/XIV/1.ª (BE) – “Consagra a proibição de cobrança de encargos pelas instituições de crédito nas operações realizadas em plataformas eletrónicas operadas por terceiros (1.ª alteração ao Decreto-Lei n.º 3/2010, de 5 de janeiro)”;*
- *Projeto de Lei n.º 205/XIV/1.ª (PCP) – “Procede à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 3/2010, de 5 de janeiro, alargando a proibição de cobrança de encargos pela prestação de serviços de pagamento e pela realização de operações às operações realizadas através de aplicações digitais”;*
- *Projeto de Lei n.º 209/XIV/1.ª (PAN) – “Limita a cobrança de quaisquer comissões, despesas ou encargos nos casos em que não seja efectivamente prestado um serviço ao cliente por parte das instituições de crédito (primeira alteração à Lei n.º 66/2015, de 6 de julho)”;*
- *Projeto de Lei n.º 213/XIV/1.ª (PS) – “Adota normas de proteção do consumidor de serviços financeiros de crédito à habitação, crédito ao consumo e utilização de plataformas eletrónicas operadas por terceiros”;*
- *Projeto de Lei n.º 216/XIV/1.ª (PSD) – “Sexta alteração ao Decreto-Lei n.º 27-C/2000, de 10 de março, que cria o sistema de acesso aos serviços mínimos bancários”;*
- *Projeto de Lei n.º 217/XIV/1.ª (PSD) – “Restringe a cobrança de comissões bancárias, procedendo à quarta alteração ao decreto-lei n.º 133/2009, de 2 de junho, e à terceira alteração ao decreto-lei n.º 74-a/2017, de 23 de junho”.*

Embora nenhum dos oito Projetos de diploma, acima enunciados, seja igual entre si, estes apresentam, em parte, soluções normativas semelhantes, bem como exposições de motivos, que, também em parte, se assemelham.

Assim, entre as **soluções normativas** propostas no âmbito dos Projetos de diploma, encontramos, no essencial, cinco, a saber:

1. Limitação, nalguns projetos (mais concretamente, no Projeto de Lei n.º 213/XIV - PS), e proibição, noutros (mais concretamente, em todos os demais relativos a esta matéria), de cobrança de comissões pela emissão de declarações de dívida ou de qualquer outra declaração emitida com o mesmo propósito, para efeitos de cumprimento de obrigações fiscais, para acesso a apoios ou prestações sociais e serviços públicos;
2. Proibição, em todos os Projetos de Lei relativos a esta matéria, de cobrança de comissões pela emissão de distrate de hipotecas, constituídas como garantia de obrigações assumidas perante o banco;
3. Proibição, em todos os Projetos de Lei relativos a esta matéria, de cobrança de comissões pelo processamento de prestações de crédito;
4. Proibição, nalguns casos (mais concretamente, nos Projetos de Lei n.ºs 139/XIV – BE, 205/XIV – PCP e 209/XIV – PAN), e limitação, noutros (mais concretamente, no Projeto de Lei n.º 213/XIV – PS e no Projeto de Lei n.º 216/XIV - PSD, em que tal limitação é concretizada através da inclusão destes serviços no âmbito dos “serviços mínimos bancários”) à cobrança de comissões bancárias, pela realização de operações de pagamento através de plataformas eletrónicas de natureza financeira;
5. Proibição de alterações unilaterais aos contratos de crédito ao consumo e hipotecário que produzam determinado tipo de efeitos, de natureza pecuniária, para o cliente, nos Projetos de Lei n.ºs 138/XIV – BE, 213/XIV – PS e 217/XIV - PSD.

As **motivações invocadas pelos proponentes** para a apresentação das referidas propostas de solução normativa reconduzem-se, já, no essencial, às seguintes:

1. Necessidade de reagir e travar o aumento “*significativo*” e “*desproporcionado*” de algumas comissões bancárias, considerando que as mesmas são atualmente um “*entrave*” ao consumo destes serviços por parte dos cidadãos;
2. Conceção do modelo de negócio dos bancos em Portugal como um modelo assente sobretudo no comissionamento, sendo o seu atual posicionamento contraditório com o anterior encorajamento, por estes, à utilização, pelos clientes bancários, de novas tecnologias e soluções digitais;
3. Entendimento de que as comissões cobradas, nalgumas situações, se encontram “*associadas a serviços bancários básicos*” e, noutros, “*não têm um serviço diretamente associado*”;
4. Entendimento segundo o qual os bancos exercem o seu direito de “*alterar unilateralmente as condições contratualizadas no âmbito de operações de crédito*” e alinham condições de comissionamento, criando “*barreiras à saída*” em prejuízo dos clientes bancários e dificultando a mobilidade bancária.

Como se pode constatar da breve enunciação das soluções normativas propostas e das motivações que lhes estão subjacentes, entre estas, cruzam-se *motivações de ordem geral* (v.g., aumento do peso do comissionamento no produto bancário ou alteração do modelo de negócio dos bancos em Portugal) com *motivações relativas a aspetos de índole concreta* (v.g., inexistência de serviços bancários associados a algumas comissões). Já as soluções normativas propostas situam-se apenas no segundo daqueles planos, i.e., em *proibições ou limitações de comissões bancárias concretas* – que não, por exemplo, na densificação dos princípios que hoje, consensualmente, se encontram já consagrados na lei e que são aplicáveis ao comissionamento bancário (*efetividade, proporcionalidade e transparência*).

Ora, embora compreendendo que as alterações do modelo do negócio bancário ocorridas nos últimos anos suscitem dúvidas e questões de âmbito geral – que, como tal, devem ser esclarecidas pelos diversos operadores bancários perante os seus clientes, perante os supervisores, e, naturalmente, perante a Assembleia da República sempre que este órgão de soberania considera oportuno reequacionar a justiça e robustez do atual quadro legislativo aplicável, considera a APB que as motivações, subjacentes aos

presentes projetos, não justificarão que sejam adotadas as soluções normativas, aqui em causa, nos termos em que estas se encontram propostas.

De forma a explicitar tal entendimento, e ainda antes de apresentar os contributos sobre cada uma das concretas soluções normativas, supra enunciadas, gostaríamos de abordar, ainda que muito brevemente, alguns aspetos, de âmbito geral – que, se encontram na base das *motivações gerais* dos Projetos –, a saber:

- Os níveis de comissionamento bancário em Portugal;
- A realidade e as tendências do sector bancário europeu;
- As opções de política legislativa subjacente aos Projetos.

II – Considerações de ordem genérica subjacentes aos Projetos de Lei

Os níveis de comissionamento bancário em Portugal

Conforme já anteriormente sublinhado, os Projetos partem do pressuposto que, nos últimos anos, se assistiu a um aumento “*significativo*” e “*desproporcionado*” de algumas comissões bancárias, apontando-se, nesse âmbito, que os valores médios diários agregados, pagos pelos clientes bancários, entre 2007 e 2019, atingiram 8,8 milhões.

Estes números, relativos ao valor médio diário do comissionamento bancário nos últimos 13 anos, não permitem concluir que as comissões, pela concreta prestação de determinados serviços, hajam aumentado desproporcionada ou abusivamente e não se encontrem alinhadas, no atual contexto, com o real valor dos serviços que visam remunerar.

Em segundo lugar, porque, tradicionalmente, os bancos, por terem um modelo de negócio sobretudo assente na intermediação financeira e na margem a ela associada, não cobravam aos seus clientes o real valor dos serviços que lhes prestavam e que continuam, com acrescida quantidade e qualidade, a prestar.

Em terceiro lugar, ainda, porque, hoje, por via do enquadramento regulatório existente, os custos indiretos associados à prestação de serviços bancários, impostos por legisladores, reguladores e supervisores, aumentou significativamente. Como facilmente se compreende, sempre que o legislador aumenta o nível dos deveres de informação a prestar aos clientes, sempre que obriga a que os trabalhadores bancários cumpram requisitos mais exigentes de conhecimento e competências, sempre que obriga a que os bancos tenham um papel mais preponderante no combate ao terrorismo e ao branqueamento de capitais, sempre que obriga a que os bancos cumpram requisitos mais exigentes ao nível da cibersegurança dos seus sistemas ou sempre que aumenta a responsabilidade objetiva dos bancos pela prestação de serviços bancários, está, clara e consequentemente, a determinar um incremento do valor dos serviços bancários e, concomitante e consequentemente, a determinar um aumento dos custos indiretos associado à respetiva prestação. De acordo com a consultora McKinsey¹, em 2019, 15% do total de colaboradores dos serviços centrais dos bancos estava afeto a áreas de controlo, risco, *compliance* e reporte a supervisores. Esta percentagem em 2009 era de 5%.

Por último, e contrariando as afirmações de que os valores das comissões têm vindo a sofrer um aumento exponencial e a reforçar o seu peso no conjunto das receitas dos bancos, importa dar nota de que o valor das comissões líquidas para o total do sector bancário nacional se encontra abaixo dos níveis pré-crise da dívida soberana, ao contrário do que já se regista em alguns países da Área do Euro, designadamente na vizinha Espanha. No final de 2019, o valor das comissões líquidas do sector bancário nacional foi de 3 mil milhões de euros que compara com o valor de 3,8 mil milhões de euros no final de 2010. Importa, ainda,

¹ https://www.apb.pt/content/files/Apresentao_McKinsey.pdf

notar que o peso relativo das comissões no produto bancário tem-se mantido estável ao longo dos últimos anos em torno de 30%, em linha com o que se observa para a média da zona Euro.

Em suma, e não obstante a pressão sobre a margem financeira resultante do contexto de baixas taxas de juro, o peso relativo das comissões líquidas no produto bancário tem-se mantido estável em torno dos 30% e o seu valor absoluto, apesar de ter registado uma recuperação nos anos mais recentes, mantém-se bastante abaixo dos níveis registados nos anos anteriores à crise da dívida soberana.

Naturalmente, com a perspetiva de se continuar a ter um ambiente de baixas taxas de juro por um período de tempo prolongado e o impacto que o mesmo tem sobre a margem financeira, poderemos assistir a um reforço do peso das comissões no total das receitas dos bancos mas tal não significa que as comissões não sejam proporcionais e adequadas ao real (ainda que, às vezes, não percecionado pelo cliente) valor (para o qual contribuem os custos diretos e indiretos) dos serviços prestados pelos bancos aos seus clientes.

A realidade e as tendências do sector bancário europeu

Conforme também já anteriormente sublinhado, todos os Projetos de Lei partem do pressuposto que o relevo dos serviços remunerados através da cobrança de comissões, e a sua importância no modelo de negócio e na rentabilidade dos Bancos nacionais, é algo específico do mercado Português.

Tal caracterização é evidenciada pelas referências ao sector bancário nacional como um sector “*altamente assente em comissões*”, “*que cobra comissões por serviços que não existem, nem são cobrados noutros EMs*”.

Ao contrário do que tais referências parecem assumir, as práticas observadas nos restantes Estados-Membros (EMs) da União Bancária, evidenciam, contudo, que também os modelos de negócio dos demais bancos europeus se alteraram.

Os dados do [BCE](#) apontam para uma tendência europeia de crescimento dos proveitos bancários resultantes de comissões e encargos desde 2014 (“[...] *analysis shows that in 2018 core banking revenue – which comprises net interest income (NII) and net fee and commission income (NFCI) – reached its highest level since banks began reporting data under the SSM in 2014, with NII increasing by around 1.6% and NFCI by around 2.2%*”).

O próprio [BCE](#) tem vindo, de resto, a enfatizar a necessidade dos bancos europeus reforçarem a sua rentabilidade, apontando a estratégia de *diversificação das fontes de comissionamento* como alternativa viável para garantir a sustentabilidade dos modelos de negócios dos bancos e a estabilidade do sistema financeiro, num *ambiente de taxas de juro anormalmente baixas e de deterioração da margem financeira*.

O BCE tem vindo ainda, nesse âmbito, a sublinhar que “[...] *As estratégias das instituições de crédito para responder à rentabilidade baixa variam consideravelmente: incluem estratégias de crescimento para reforçar a margem financeira, a expansão das comissões e outros proveitos bancários, a redução de custos e a digitalização.*”

Ou seja: ao contrário do que poderá estar subjacente a alguns dos Projetos de Lei, aqui em análise, não só em Portugal, como em toda a Europa, se assistiu a uma alteração dos modelos de negócio dos bancos, sendo tal alteração impulsionada pelos próprios supervisores bancários.

As propostas legislativas apresentadas partem ainda de uma conceção muito restritiva do universo de custos suportados pelo sector bancário para o exercício da sua atividade, desconsiderando, por exemplo, que a disponibilização de soluções digitais para prestação de serviços à distância comporta custos e riscos, cuja dimensão e impacto não era determinável, nem antecipável, pelos bancos, na fase inicial da sua disponibilização a um número reduzido de clientes, nomeadamente no que respeita a custos regulatórios

(de *compliance* e reporte de informação), de manutenção informática, de combate à fraude e ao crime financeiro.

O impacto da digitalização na estrutura de custos bancos é, de resto, outro dos pressupostos que – parecidos – é incorretamente percecionado nos Projetos de Lei, sendo associado a um fator que, em vez de gerar mais valor para o cliente bancário, gera menos. Os custos e as vantagens obtidas com a investigação e desenvolvimento, incremento da cibersegurança, aposta na formação ou na promoção da integração de sistemas, são aqui desconsiderados, associando-se *negócio digital* a *negócio sem custos e riscos*, e *serviço por canais digitais* a *serviço gratuito ou tendencialmente gratuito*.

Ora, ao contrário do que se parece assumir nos Projetos de Lei, a prestação de serviços bancários em ambientes ou plataformas digitais implica novos custos e riscos para os bancos, tal como sublinhado pelo [BCE](#), ao referir que:

*“While digitalisation may offer significant cost-saving opportunities for banks in the medium-to-long term, it may also entail material costs and, therefore, a closer look at the overall impact on bank profitability is warranted. On the one hand, branch rationalisation and process automation may bring significant cost benefits. In addition, digital leaders may also benefit from additional revenues via market share gains. On the other hand, **the substitution of branches by digital distribution channels may entail significant one-off costs (e.g. severance payments) and running costs (e.g. cyber security spending)**. From a systemic point of view, recent empirical evidence suggests that a higher reliance on digitalised forms of providing financial services may also result in more contestable retail banking markets, as it becomes easier for bank customers to shop around and compare bank products and prices. While this may have a positive impact on the sector’s overall efficiency and lead to enhanced product transparency for bank customers, **it could also have a first-order negative effect on profitability via reduced margins.**”* (negritos nossos).

Ou seja, a realidade e as tendências do sector bancário nacional e europeu não permitem negócios sem custos nem criam serviços sem custos; permitem sim, negócios diferentes, mais digitais, com mais valor, comodidade e agilidade para o cliente, e com diferentes custos e riscos.

As opções de política legislativa subjacente aos Projetos

Conforme resulta do enunciado das soluções normativas acima referidas, com os presentes Projetos de Lei, pretende-se consagrar, ora proibições ou limitações de cobrança de determinadas comissões, ora proibições de introdução de determinadas cláusulas relativas à possibilidade de uma das partes alterar unilateralmente as prestações contratuais na vigência do contrato (i.e., de cláusulas de *ius variandi*).

O sentido geral das soluções propostas evidencia, assim, opções de política legislativa clara, que, parecidos, rompem com alguns dos paradigmas do atual quadro legal e regulatório aplicável a estas matérias.

Com efeito, entre a opção de densificar o princípio da efetividade das comissões e a opção alternativa de proibir determinadas comissões que, aparentemente, não cumprirão tal princípio, o legislador pretende agora escolher a segunda daquelas: *proibir determinadas comissões*.

Por seu turno, entre a opção de permitir a livre formação de preços em mercado concorrencial e a opção alternativa de fixar preços ou de os limitar, o legislador pretende, relativamente ao sector bancário, já hoje amplamente regulado e supervisionado por entidades com elevadas competências técnicas e com um estatuto de independência, escolher a segunda daquelas opções: *intervir nos preços dos serviços bancários*.

Ainda, entre a opção de densificar as situações em que poderão ser introduzidas, em respeito pelo princípio do equilíbrio contratual, cláusulas de *ius variandi* nos contratos de execução duradoura e a opção alternativa de proibir, de todo, cláusulas de *ius variandi*, o legislador pretende, também aqui, a segunda opção: *eliminar os mecanismos de ajustamento das prestações contratuais hoje já balizados por determinados princípios*.

Ora, embora abstratamente qualquer das referidas opções seja possível, apenas a primeira delas poderá – parece-nos – efetivamente cumprir os objetivos que se pretende aqui alcançar: a saber, proteger o consumidor, respeitando e reforçando a qualidade do quadro legal e regulatório aplicável em matéria de comissionamento, em particular, do comissionamento pela prestação de serviços acessórios aos contratos de crédito.

Com efeito, e referindo-nos às situações de proibição ou limitação de comissões, importará recordar que:

- A Lei n.º 66/2015, de 6 de julho, estabelece já que a cada comissão deve corresponder um serviço efetivamente prestado ao cliente bancário (comumente designado “princípio da efetividade das comissões”);

- Nos termos do Artigo 7.º da Lei n.º 66/2015, de 6 de julho, a consagração da existência de um “*serviço efetivamente prestado*” é definida, pelo legislador, como requisito legal para a admissibilidade da cobrança, não só de “*comissões*” bancárias, mas igualmente de “*despesas*” suportadas pelos bancos. As “*comissões*” são definidas como as prestações pecuniárias exigidas aos clientes pelas instituições como retribuição por serviços por elas prestados, ou subcontratados a terceiros, no âmbito da sua atividade e, sendo já as “*despesas*” entendidas como os encargos suportados pelas instituições perante terceiros, por conta dos seus clientes, nomeadamente os pagamentos a conservatórias, cartórios notariais, ou que tenham natureza fiscal (alíneas f) e g) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 58/2013, de 8 de maio e alíneas a) e b) do artigo 2.º do Aviso do Banco de Portugal n.º 8/2009);

- As comissões são, assim, contraprestações, devidas pelos custos efetivamente suportados pelos bancos e que, sendo inerentes à execução de atos e procedimentos indispensáveis à satisfação da pretensão do cliente, são subsumíveis ao conceito de “*serviço efetivamente prestado*”;

- Todas as comissões e despesas, suscetíveis de ser cobradas pelos bancos aos seus clientes, têm, hoje, de constar do Precário dos bancos – cfr. Aviso n.º 8/2009 do Banco de Portugal, que estabelece os requisitos mínimos de informação a prestar pelos bancos em matéria de precário dos produtos e serviços por estes comercializados, num formato estandardizado e permanentemente acessível ao público, assegurando a comparação de preços entre instituições;

- O regime do crédito hipotecário, – regulado pelo Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho -, consagra, já hoje, a obrigatoriedade de divulgar ao cliente, mesmo antes da celebração do contrato de crédito, a Taxa Anual de Encargos Efetiva Global (TAEG), que expressa, em percentagem anual, o “custo total do empréstimo”, incluindo, assim, os juros, comissões, despesas, impostos e encargos de qualquer natureza ligados ao contrato de crédito, bem como os custos de avaliação do imóvel e dos serviços acessórios, se uns e outros forem necessários para a obtenção do crédito. As comissões de processamento de prestações, intrinsecamente associadas ao serviço acessório de gestão do contrato, caso sejam cobradas pelo banco ao seu cliente, terão necessariamente de se incluir no “custo total do crédito para o consumidor”, tendo, como tal, de ser, desde logo, comunicadas aos clientes em momento anterior à celebração do contrato, e ainda de ser expressamente previstas no contrato escrito celebrado entre o cliente e o banco;

- Idênticas previsões constam, de resto, também do regime do crédito ao consumo – regulado pelo Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho. Os custos associados aos serviços acessórios, prestados pelos bancos conjuntamente e na estrita dependência do contrato de crédito, são, assim, igualmente incluídos

no “custo total do crédito para o consumidor”, se tais serviços forem necessários para a obtenção de todo e qualquer crédito ou para a obtenção do crédito nos termos e nas condições de mercado.

- Como se depreende dos diplomas que regulam quer o crédito hipotecário, quer o crédito ao consumo, embora o “serviço principal/essencial”, efetivamente prestado pelo banco ao seu cliente, no âmbito de um contrato de crédito, seja a disponibilização de fundos por aquele a este último (tipicamente, através da celebração de um contrato de mútuo), durante a sua vigência, o banco presta igualmente outros “serviços acessórios” (como tal expressamente definidos na lei);

- Como também facilmente se depreende, enquanto que os juros, cobrados pelo banco ao cliente, remuneram (tão-somente) o serviço principal/essencial/nuclear prestado pelo banco ao cliente, as comissões remuneram já os serviços acessórios;

- Mas, como resulta quer do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, quer do Decreto-Lei n.º 133/2019, o consumidor deverá suportar (devendo, por isso, logo aquando da apresentação da oferta de crédito, ser dele informado) o “custo total do crédito”, i.e., *“todos os custos que incluem nomeadamente os juros, comissões, despesas, impostos e encargos de qualquer natureza ligados ao contrato de crédito”*.

Note-se, aliás, que, quer o Decreto-lei n.º 133/2009, de 2 de junho, quer o Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho, transpuseram para a ordem jurídica portuguesa as Diretivas Europeias n.ºs 2008/48/CE e 2014/17/EU, sobre o crédito ao consumo e hipotecário, respetivamente. Nessa medida, uma intervenção legislativa com impacto no comissionamento aplicado a estes serviços não deve deixar de atender à vontade europeia de harmonizar as práticas aplicáveis nos Estados Membros.

Perante estes elementos, dúvidas não subsistirão - parece-nos - que, quer o legislador nacional, quer o legislador comunitário, reconhecem que existem diversos serviços, prestados pelo banco ao seu cliente, no quadro de um financiamento, não se reconduzindo estes apenas e só àquele que é imediatamente percecionado, por este último, como o “serviço” efetivamente prestado pelo banco ao cliente: a saber, a disponibilização de fundos.

Aliás, na perspetiva do cliente, que pretende ter apenas acesso a crédito, sempre se poderia, numa visão simplista, concluir que a avaliação do imóvel não é um serviço em si mesmo, suscetível de ser comissionado. Afinal o consumidor, não quer saber quanto vale a casa que quer comprar; quer sim crédito para poder comprar tal casa.

Numa visão simplista, sempre se poderia também concluir que também um seguro, destinado a cobrir o risco de incêndio do imóvel financiado e hipotecado, do qual o banco mutuante seja beneficiário, não é um serviço em si mesmo, suscetível de ser cobrado ao cliente. Afinal o consumidor, apenas quer um crédito para poder comprar tal casa.

Não é, contudo, esta a visão que se encontra refletida no atual enquadramento legal relativo a este tipo de relações bancárias.

Longe de entender que existe apenas um único serviço, quer o legislador comunitário, quer, naturalmente, o legislador dos Decretos-lei n.ºs 74-A/2017 e 133/2009, por questões de transparência e salvaguarda dos interesses do consumidor, entendeu precisamente o contrário: a saber, entendeu que existia um serviço essencial/principal e diversos serviços acessórios, obrigando, assim, os mutuantes a identificar, quer antes, quer na vigência do contrato, quanto cobram pelo serviço essencial/principal (i.e., qual a taxa de juro) e quanto cobram pelos serviços acessórios (i.e., quais as comissões, despesas, impostos, e outros encargos).

Nessa lógica atomística dos serviços (essencial/principal, acessórios obrigatórios e acessórios não obrigatórios), que hoje enforma, em benefício do consumidor, o regime jurídico do crédito à habitação e do crédito ao consumo, a emissão de um documento, com requisitos especiais de forma (i.e., com intervenção notarial), que permita ao mutuário alterar a situação predial do imóvel, dado em garantia,

não é seguramente um serviço essencial/principal. Afinal, o objetivo do mutuário não era propriamente hipotecar um imóvel; era apenas ter acesso a um crédito para compra do imóvel.

Apesar disso, a emissão de tal declaração corresponde a um serviço acessório, i.e., a um serviço que, sendo prestado no âmbito ou na sequência da vigência de um contrato de crédito, tem por conteúdo uma prestação, realizada pelo banco ao seu cliente, autónoma da do financiamento, e que, neste caso, se consubstancia na produção, emissão e entrega de uma declaração, com os requisitos previstos no Código do Registo Predial.

Perante o supra exposto, entende-se, assim, que o sentido geral das soluções propostas, ao desconsiderar a noção e âmbito dos “serviços acessórios” ao contrato de crédito, evidencia opções de política legislativa que não se revelam conformes com os paradigmas do atual quadro legal aplicável a estas matérias.

E não só, de resto, apenas pelas razões que supra se enunciaram.

Senão, vejamos.

Atualmente, estas matérias encontram-se disciplinadas através da consagração de princípios gerais em matéria de comissionamento e da sua densificação em normas, ainda assim, genéricas e abstratas.

No atual quadro, cabe, por isso, ao poder executivo (i.e., à Administração independente, mais concretamente, ao regulador e supervisor financeiros), saber se, em concreto, estão ou não a ser observados os princípios da efetividade, proporcionalidade e transparência em matéria de comissionamento bancário, e, em concreto, avaliar se determinada comissão corresponde ou não a um serviço principal ou acessório ao contrato de crédito, ou saber se, ainda que não correspondendo a um “serviço acessório”, mas originando um custo para o banco mutuante, poderá, ainda assim, ser cobrado pelo banco ao seu cliente uma “despesa”. Nos termos do disposto no artigo 73.º e segs. do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, o Banco de Portugal, no âmbito das suas competências de supervisão comportamental, dispõe, assim, já hoje, de amplos poderes para averiguar, se e em que casos existe ou não um serviço efetivamente prestado ao cliente.

Os Projetos de Lei, aqui em análise, tendem, contudo, a desconsiderar o atual paradigma, alterando-o, encerrando, dessa forma, uma nova opção em matéria de política legislativa.

Ao pretenderem alterar o atual paradigma, alteram também a atual linha de fronteira entre o poder legislativo e o poder executivo. A atual diferenciação de planos, entre, por um lado, quem define o princípio e a regra densificadora (geral e abstrata), e, por outro, quem os aplica, descortinando neles o seu sentido, em contacto com as situações concretas que os mesmos regulam, é, assim, alterada com os presentes Projetos.

Identificar, em concreto, numa determinada relação bancária creditícia, que serviços essenciais e acessórios existem, e que comissões correspondem a uns e a outros, é erigida como uma tarefa com dimensão legislativa.

Os riscos, atuais e futuros, desta alteração de paradigma são muitos.

Desde logo, o da confusão entre o papel do legislador e o do supervisor que, poderá, no limite, se tornar supérfluo. Num sector de atividade, já hoje fortemente regulado e supervisionado, o legislador assumiria um novo papel: o de esclarecer quais as comissões que poderiam ou não poderiam ser cobradas. Tal obrigaria o legislador a constantemente monitorizar o preçário das instituições de crédito, emanando novas leis sempre que entendesse que deveria proibir ou limitar certas comissões.

Ora, no atual quadro, o ato legislativo é, essencialmente, concebido como um quadro de referência comportamental, adequado às mudanças pretendidas pelo poder político. Frequentemente, se constata que as respostas à crescente complexidade da sociedade não deverão passar sempre, ou, sequer, na

maioria dos casos, pela emanção de uma lei. Aliás, hoje, decorridos já vários anos de vivência em globalização, também frequentemente se constata que a inflação legislativa, longe de melhorar a qualidade da lei, a tem deteriorado, contribuindo para a sua falta de efetividade (cfr. *Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation*). Neste âmbito, a articulação entre as políticas legislativas e o papel e as funções das entidades reguladoras revela-se, por isso, crescentemente mais crítica (cfr. *Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance*).

Ora, os Projetos de Lei, aqui em causa, vêm alterar a tendência legislativa de intervenção mínima, objetivamente justificada e proporcionalmente definida.

Dessa tendência, é, de resto, exemplo o Decreto-Lei n.º 58/2013, de 8 de maio, que estabeleceu as normas aplicáveis à classificação e contagem do prazo das operações de crédito, aos juros remuneratórios, à capitalização de juros e à mora do devedor, prevendo regras específicas sobre a proibição de cobrança de comissões e imputação de despesas, e que, tendo em especial consideração a realidade concreta subjacente à prestação de determinados serviços bancários, procurou consagrar um regime que conciliasse, de modo harmonizado e proporcional, a salvaguarda dos legítimos interesses do cliente bancário e os legítimos interesses das instituições de crédito.

Embora, naturalmente, caiba à Assembleia da República, definir, em cada momento, e em respeito pela Constituição da República Portuguesa, quais as tendências e opções legislativas que considera mais adequadas, não poderemos, ainda assim, e com o máximo respeito por esse importante órgão de soberania, de transmitir o nosso entendimento sobre o importante e, por isso, subsidiário papel da LEI em áreas de prática social já amplamente hétero-reguladas pelo supervisor, como é manifestamente o caso do sector bancário.

Para além do risco já identificado, outro poderá, contudo, também resultar da referida alteração de paradigma em matéria de política legislativa, a saber, o da afetação da livre concorrência e da iniciativa privada dos operadores bancários.

Este risco, já de si relevante, assume ainda maior acuidade se recordarmos que os bancos a operar em Portugal se encontram hoje em livre concorrência com bancos a operar nos demais Estados que integram a União Europeia.

Assim, quaisquer iniciativas legislativas no ordenamento jurídico nacional que sujeitem os bancos a operar em Portugal a proibições em matéria de comissionamento, inexistentes noutros Estados-Membros, criam inevitavelmente desvantagens e distorções competitivas entre bancos nacionais e os seus congéneres europeus. Impedir ou balizar quantitativamente, por lei, comissões cria um enquadramento desvantajoso para a prática da atividade bancária.

Promover a concorrência, balizando a atuação livre do mercado através da consagração, na lei, de princípios que assegurem a proteção do consumidor e supervisionando através de órgãos independentes o cumprimento da lei, induz inovação, diferenciação de oferta e incremento da qualidade dos produtos, em benefício do cliente.

Fixar administrativamente preços ou proibir a sua cobrança, destrói a concorrência, nivela ofertas, desconsidera o papel do supervisor, desincentiva a inovação, desincentiva a busca pelo incremento da qualidade dos produtos. Não favorece os interesses do consumidor.

Em suma, e conforme supra enunciámos, parece-nos evidente concluir, confirmando o que antes se adiantou, que os interesses dos consumidores serão tanto mais protegidos quanto mais for fomentada a livre concorrência de bancos no domínio do comissionamento, no espaço nacional e europeu, balizada por princípios e regras gerais de conduta.

Num mercado concorrencial, a nível nacional e comunitário como é o mercado bancário europeu, quanto menos intervencionista for a legislação aplicável em matéria de tipologias fechadas de serviços bancários

ou fixação ou definição concretas de preços pela prestação daqueles, mais se protegerá os interesses do cliente bancário.

Medidas legislativas que agravem o contexto, já de si exigente, em que os bancos atuam e que ponham em causa a liberdade de empresa e a livre concorrência, atentarão contra um sistema bancário que se quer robusto, sustentável, inovador e fiável, tornam-no menos atrativo para os investidores, não fomentando a continuação da prestação de serviços ao cliente, a satisfação das suas necessidades e a proteção eficaz, em última instância, dos seus interesses.

Medidas legislativas como estas introduzem ainda – sublinhe-se – constrangimentos e limitações dificilmente identificáveis e comparáveis com as aplicáveis a outros sectores de atividade, relativamente aos quais não são promovidas iniciativas legislativas com o mesmo alcance e objetivo político-legislativo.

Em suma: Embora abstratamente se possam densificar, em normas concretas, os princípios aplicáveis em matéria de comissionamento bancário (v.g., melhor definindo na lei por referência a elementos gerais e abstratos, o que são, por exemplo, serviços principais e acessórios no contrato de crédito), incrementando-se, dessa forma, a qualidade e tecnicidade da lei, não nos parece já, de todo, adequado, numa realidade muito dinâmica e concorrencial, concretizar na lei, quais são, em concreto, os serviços principais e acessórios e os serviços que, segundo a conceção do legislador, serão “efetivamente reais” ou “meramente aparentes”, dentre todos aqueles que, constando dos Preçários dos bancos a operar em Portugal, em vigor em determinado momento temporal, poderão ser por eles cobrados.

III – Apreciação das medidas previstas nos Projetos

III.1 – Quanto ao comissionamento pela prestação de determinados serviços bancários

As diferentes propostas dos grupos parlamentares

Partindo do pressuposto que, subjacente à cobrança de determinadas comissões, inexistem quaisquer serviços bancários efetivamente prestados pelos bancos,

- nos Projetos de Lei n.ºs 137/XIV (BE), 138/XIV (BE), 206/XIV (BE), 208/XIV (PAN) e 217/XIV (PSD), propõe-se a proibição de cobrança de comissões pela emissão de declarações de dívida ou qualquer outra declaração, emitida com o mesmo propósito, para efeitos de cumprimento de obrigações fiscais, para acesso a apoios ou prestações sociais e serviços públicos. No Projeto de Lei n.º 213/XIV – PS, tal proibição é apenas parcial (i.e., apenas quando o número de declarações anuais solicitadas ultrapasse as seis unidades);

- nos Projetos de Lei n.ºs 137/XIV (BE), 138/XIV (BE), 206/XIV (BE), 208/XIV (PAN) n.º 213/XIV – PS e 217/XIV (PSD), propõe-se a cobrança de comissões pela emissão de distrate de hipotecas constituídas como garantia de obrigações assumidas perante o banco. No primeiro e no terceiro daqueles Projetos, propõe-se ainda a proibição de cobrança de qualquer comissão pela “análise da renegociação das condições do crédito, no quadro do Decreto-Lei n.º 133/2009 (crédito ao consumo);

e, ainda,

- nos Projetos de Lei n.ºs 137/XIV (BE), 138/XIV (BE), 206/XIV (BE), 208/XIV (PAN) n.º 213/XIV – PS, e 217/XIV (PSD), a proibição de cobrança de comissões pelo processamento de prestações de crédito.

Sublinhe-se que, com exceção do Projeto de Lei n.º 208/XIV (PAN) – que, sem qualquer motivação que o justifique, se pretende a sua aplicação a qualquer tipo de cliente (incluindo, grandes empresas ou Estado), em todos os demais Projetos, as alterações propostas em matéria de comissionamento bancário têm o seu âmbito de aplicação circunscrito às relações de crédito hipotecário, reguladas pelo Decreto-Lei n.º 74-A/2017, e crédito ao consumo, regulado pelo Decreto-Lei n.º 133/2009.

A existência de um serviço efetivamente prestado pelos bancos

Conforme resulta das considerações genéricas já anteriormente efetuadas, as comissões, objeto das presentes iniciativas, referem-se a “serviço acessórios” ao contrato de crédito, i.e., a serviços que, sendo prestados no âmbito ou na sequência da vigência de um contrato de crédito, têm por conteúdo uma prestação, realizada pelo banco ao seu cliente, autónoma da do financiamento.

Sem prejuízo das *concretas* práticas comerciais de cada banco (que, por extravasarem, por limitações estatutárias e legais, o âmbito de um Parecer da APB, não são, por isso, aqui, de todo, abordadas), importará, ainda assim, no plano geral do Direito Bancário, sublinhar o seguinte:

- Relativamente às comissões pela emissão de declarações de dívida

No Parecer da Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor – Deco (DECO), emitido com referência ao Projeto de Lei n.º 138/XIV, de 20 de janeiro de 2020, menciona-se, a este propósito, que *“são várias as situações em que podem ser exigidos documentos que atestem sobre o montante da dívida de um crédito à habitação ou sobre o valor da prestação mensal suportada. Estas situações poderão ser para efeitos fiscais ou de obtenção de um apoio social (...). É nosso entendimento que, quando este tipo de declaração é exigida para os fins apresentados, a mesma esteja isenta de custos pois tal pedido não resulta de uma vontade livre do consumidor, mas sim de uma imposição externa, alheia à sua vontade”*.

Embora a DECO reconheça – parece-nos – que há um serviço prestado pelo banco ao seu cliente (emissão de uma declaração para que o cliente possa, querendo, exercer um determinado direito perante o Estado), defende, contudo, que, por questões sociais, tal serviço deverá ser isento de comissionamento.

Para além de permitir esta última clarificação, o Parecer da DECO evidencia ainda claramente que aqui não está em causa qualquer comissão pela emissão e envio, pelo banco, de uma declaração aos clientes em cumprimento de uma obrigação *que impenda sobre a própria instituição de crédito* (v.g., a prevista no artigo 127.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares).

Não está, sequer, em causa a emissão e envio, pelo banco, ao cliente, de declarações necessárias a que os clientes, enquanto cidadãos, cumpram com obrigações que impendem sobre todo e qualquer cidadão.

Está, isso sim, em causa uma declaração que um concreto cliente, por querer aceder a um benefício fiscal ou social, solicita ao seu banco.

Ora, perante esta delimitação de âmbito, e reconhecendo a própria DECO que existe um serviço por parte do banco (e não um mero cumprimento de uma obrigação legal, por parte deste), dificilmente se compreende, à face do nosso ordenamento jurídico, porque terá o banco – e não o cliente ou o Estado (sempre que a situação social do cliente, assim, o justifique) – suportar o custo pela prestação de tal serviço.

Tal entendimento seria, aliás, contraditório com outras soluções do nosso ordenamento jurídico. Por exemplo, quando um cliente, perante um processo de execução fiscal, contra si instaurado, pretende constituir uma hipoteca voluntária sobre um imóvel por si detido, requerendo, para tanto, uma certidão do imóvel, junto da Conservatória do Registo Predial, o Estado não o isenta de pagar os emolumentos pela requisição de tal certidão. Tal certidão não deixa, contudo, de constituir um documento estritamente necessário para que o cliente possa exercer um direito perante o Estado.

Nestes termos, sendo evidente que a emissão das declarações de dívida, aqui em causa, correspondem a serviços acessórios do contrato de crédito, prestados pelo banco ao seu cliente, e que satisfazem uma necessidade do mesmo, implicando um procedimento específico do banco para a disponibilização do documento, não se descortina qualquer fundamento político-legislativo que justifique a proibição de cobrança de uma comissão.

Bem pelo contrário: incorrendo o Banco em custos com a prestação de tal serviço, autonomizável do serviço de financiamento, ainda que com ele ligado, e fazendo-o, em benefício do seu cliente, a título profissional (com a responsabilidade que tal implica), não podemos deixar de reiterar: não se descortina aqui qualquer fundamento político-legislativo que justifique a proibição de cobrança de uma comissão.

- Relativamente às comissões pela emissão de declarações de distrate

As considerações já efetuadas a propósito das comissões pela emissão de declarações de dívida aplicam-se aqui *mutatis mutandis*. Com efeito, também aqui, estamos perante a prestação de um serviço acessório, que tem por conteúdo uma prestação, realizada pelo banco ao seu cliente, autónoma da do financiamento.

No caso concreto das comissões pela emissão de declarações de distrate de garantias, aquelas (declarações) dão cumprimento a uma solicitação efetuada pelo cliente. De resto, e de forma a cumprirmos com os requisitos previstos no Código do Registo Predial, a emissão de tais declarações obriga, em concreto, a que o documento, a elaborar pelo banco, respeite, não só determinados requisitos materiais, como formais, e, em particular, que seja objeto de autenticação. Entre outros, a prestação deste serviço implica, assim, que o banco incorra em custos notariais. Ao determinar a prestação de um serviço bancário autónomo, com valor para o cliente, não previsto, nem incluído nos demais elementos que lhe são cobrados aquando da contratação ou vigência do contrato, os custos com a prestação de tal serviço não poderão deixar de ser suscetíveis de cobrança.

Também a renegociação de contratos de crédito, implica a prestação de um serviço autónomo comissionável. Efetivamente, na sequência de uma solicitação do seu cliente, para que reequacione os termos contratuais anteriormente acordados (v.g., alterando garantias), os bancos desenvolvem um conjunto de atos que implicam, entre outras tarefas, o estudo, por parte de diversos departamentos internos (v.g. comercial, risco, jurídico, *compliance*) da proposta de alteração apresentada pelo cliente. Também aqui, ao determinar a prestação de um serviço bancário autónomo, com valor para o cliente, não previsto, nem incluído nos demais elementos que lhe são cobrados aquando da contratação ou vigência do contrato, os custos com a prestação de tal serviço não poderão deixar de ser suscetíveis de cobrança.

- Relativamente às comissões de processamento das prestações

Conforme supra já se aludiu, as comissões de processamento de prestações encontram-se intrinsecamente associadas ao serviço acessório de gestão do contrato de crédito.

De resto, a comissão cobrada pelo processamento de prestações de crédito é obrigatoriamente incluída no cálculo da Taxa Anual de Encargos Efetiva Global (TAEG) dos contratos – que mede o custo do empréstimo para o cliente, por ano, em percentagem do montante emprestado -, estando o seu valor já limitado pelos valores máximos da TAEG, tal como definidos pelo Banco de Portugal para os contratos de crédito ao consumo, enquadrados no âmbito do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho.

Constituindo, nos termos do regime jurídico do crédito hipotecário e do crédito ao consumo, “serviços acessórios necessários para a obtenção do crédito e das condições contratadas”, estas, sendo incluídas no “custo total do crédito para o consumidor”, são, ainda antes da celebração do contrato de crédito, indicadas, discriminadamente, nos valores que o mutuário terá de suportar durante a vigência do contrato.

Mesmo cumprindo tal obrigação de informação pré-contratual, ainda assim, a legitimidade do banco para proceder à sua cobrança encontra-se dependente da expressa previsão de tal possibilidade no contrato.

A referência, constante do Parecer da DECO, emitido relativamente ao Projeto de Lei n.º 138/XIV, de 20 de janeiro de 2020, em cujo âmbito se refere que “quando contrata um crédito, o consumidor acorda em pagar o capital emprestado por um número de prestações, suportando o juro contrato” e que “estando o

consumidor a cumprir o contrato de crédito, é confrontado com um custo adicional, não justificável, apenas por estar a pagar o crédito contratado” não é, por isso, rigorosa. A questão identificada aqui pela DECO já se encontra expressamente acautelada pela lei. Hoje, caso um banco celebre um contrato de crédito com um consumidor, dele não fazendo constar a menção à prestação de um serviço acessório de gestão do crédito, mesmo que preste efetivamente tal serviço, não poderá, ainda assim, cobrar a correspondente comissão ao cliente.

Nesses termos, a consagração de uma proibição de cobrança de uma comissão, expressamente prevista no contrato assinado entre duas partes, e que, como tal, terá influído na formação da vontade de ambas as partes em contratar, em vez de proteger o interesse de ambas as partes, desprotege-as.

Desprotege, no imediato, o interesse do banco (que definiu uma Taxa Anual Nominal (TAN) e uma TAEG pressupondo o quadro legal e contratual acordado, e, como tal, a possibilidade de cobrança de comissões pelo processamento de prestações), deteriorando a receita que o banco previa obter, desde logo, para fazer face a todos os custos em que incorre com a concessão de crédito (que são cobertos não só pelo *spread* como pelas comissões cobradas pelos serviços associados ao crédito).

Desprotege, ainda, no médio e longo prazo, o consumidor, ao deteriorar a capacidade dos bancos em oferecer-lhe ofertas com qualidade e em condições equilibradas para ambas as partes. Limitações à capacidade dos bancos se ressarcirem, através da cobrança de comissões, pelos custos em que incorrem nos serviços que prestam associados ao crédito, poderá levar à necessidade de aumento de *spreads*.

III.2 – Quanto ao comissionamento de serviços em plataformas digitais (v.g. MB WAY)

As diferentes propostas dos grupos parlamentares

A matéria do comissionamento em plataformas digitais é, também ela, objeto de importantes propostas legislativas.

Assim, o Projeto de Lei n. 213/XIV - PS - prevê uma limitação quanto à cobrança de comissões nas operações em plataformas eletrónicas de natureza financeira operadas por terceiros, mediante a introdução de uma alteração ao Decreto-Lei nº. 3/2010, de 5 de janeiro (diploma que proíbe a cobrança, pelos bancos, de encargos nas operações em caixas automáticas e, pelos beneficiários, nas operações de pagamento em TPAs).

O texto proposto, em aditamento ao Decreto-Lei n. 3/2010, estabelece que é vedada a cobrança de comissões pelos prestadores de serviços de pagamento aos ordenantes ou beneficiários de operações, enunciando, a título exemplificativo, os casos de levantamento de fundos, realização de pagamento de serviços ou de transferências, e excetuando dessa proibição as operações que ultrapassem um dos seguintes limites:

- a) 100 euros por operação; ou
- b) 500 euros enviados em operações na plataforma durante o período de um mês; ou
- c) 50 transferências enviadas no período de um mês.

Adicionalmente, de acordo com o mesmo Projeto de Lei, o valor da comissão a pagar pelo consumidor sobre as operações que excedem os limites fixados deve constar clara e expressamente da plataforma, devendo o seu limite máximo ser estabelecido por decreto-lei.

Acrescenta, ainda, o Projeto do PS uma proibição de os prestadores de serviços de pagamento discriminarem as comissões cobradas pela realização de operações idênticas em plataformas eletrónicas distintas, incluindo a de diferenciar o comissionamento face ao aplicado às operações realizadas através

de plataformas operadas por terceiros *“integradas em plataformas do próprio prestador de serviços de pagamento ou de entidade relacionada”*.

Parece resultar da exposição de motivos do referido Projeto, que, com este, se pretende por cobro aos *“aumentos significativos e por vezes desproporcionais de comissões associadas a serviços financeiros”*, assegurando ainda que as novas tecnologias se mantêm economicamente acessíveis aos consumidores.

Por sua vez, no Projeto de Lei n. 139/XIV – BE, consagra-se já uma proibição de cobrança de encargos pelas instituições de crédito nas operações na Área Única de Pagamentos em Euros (SEPA), efetuadas em plataformas eletrónicas operadas por terceiros, nomeadamente, na aplicação móvel MB Way. Tal proibição é concretizada mediante uma proposta de aditamento ao Decreto-Lei n.º 3/2010 de um novo artigo, proibindo as instituições de crédito de cobrarem quaisquer encargos aos titulares da conta alvo de movimentação pela realização de operações bancárias, designadamente pagamentos de serviços e transferências, em plataformas eletrónicas operadas por terceiros, nomeadamente, através da aplicação móvel MB Way.

Entre os pressupostos-base deste Projeto, avulta o entendimento de que os serviços, aqui em causa, não correspondem a serviços efetivamente prestados, *“uma vez que a transferência é efetuada pelo próprio cliente através de uma plataforma eletrónica operada por uma entidade terceira”*, bem como o da desproporcionalidade nas comissões cobradas pelos bancos.

No Projeto de Lei n.º 205/XIV – PCP, defende-se, por seu turno, o alargamento da proibição de cobrança de encargos, já hoje aplicável às operações efetuadas em caixas multibanco ou através de terminais de pagamento automático, às aplicações digitais (na medida que, segundo se refere na respetiva exposição de motivos, estes últimos *“replicarão”* os primeiros). A proposta é, assim, concretizada, através da reformulação da redação das disposições do Decreto-Lei n.º 3/2010.

Já o Projeto de Lei n. 209/XIV - PAN, opta por propor alterações à Lei n. 66/2015, de 6 de julho (segundo a qual, as comissões e despesas cobradas pelas instituições de crédito têm de corresponder a um serviço efetivamente prestado), no sentido de proibir a cobrança de encargos relacionados com a disponibilização de plataformas de intermediação, como o MB Way, e o processamento das operações realizadas por essa via, com base no argumento de que aquelas não correspondem a serviços efetivamente prestados. Sustenta-se esta proposta numa replicação de um princípio de gratuitidade de utilização do Multibanco, consagrado no Decreto-Lei n.º 3/2010.

Finalmente, no Projeto de Lei n. 216/XIV - PSD – propõe-se o alargamento do âmbito das operações incluídas nos serviços mínimos bancários, previstos no Decreto-Lei n. 27-C/2000, de 10 de março, de forma a nele incluir cinco transferências através de plataformas eletrónicas de natureza financeira operadas por terceiros - cujos encargos ficariam, assim, englobados na comissão de manutenção da conta de serviços mínimos bancários, que se encontra sujeita ao limite máximo anual correspondente a 1% do valor do indexante dos apoios sociais (IAS), atualmente, fixado em 4,38 euros. A proposta é justificada pela necessidade de favorecer a inclusão social, pela via da valorização da conta de serviços mínimos bancários.

Procuraremos, em seguida, transmitir as reservas desta Associação quanto aos argumentos invocados e às soluções propostas nos referidos Projetos de Lei, numa perspetiva eminentemente técnica, ainda que necessariamente enformada pelo respeito dos princípios da livre iniciativa económica, promoção da concorrência e liberdade dos agentes económicos no estabelecimento dos seus modelos de negócio.

A existência de um serviço efetivamente prestado pelos bancos

O MB Way corresponde a uma plataforma tecnológica desenvolvida pela SIBS Forward Payment Solutions, S.A., acessível através de uma aplicação de *smartphone* dedicada ou através de canais bancários e que

permite ao utilizador aceder a um conjunto de serviços de pagamento disponibilizados pelo seu banco, através da associação de um instrumento de pagamento do utilizador – um cartão bancário.

Os serviços e funcionalidades disponibilizados estão previstos nas condições de utilização do Serviço MB Way de cada banco e incluem, nomeadamente, a realização de pagamentos junto de comerciantes ou de transferências imediatas entre contas de aderentes ao serviço MB Way.

Nessas mesmas condições, os bancos poderão prever comissões a cobrar junto dos utilizadores finais, pela prestação de serviços de pagamentos (conhecendo-se apenas o caso da cobrança de comissões pela realização de transferências imediatas MB Way).

Para além dessas condições de prestação de serviços e dos Preçários dos bancos – ambos disponíveis nos respetivos sítios da internet –, existem igualmente termos e condições de utilização da aplicação MB Way – diretamente acessíveis na aplicação -, que esclarecem que se trata de uma aplicação facultada pela SIBS FPS, S.A. ao utilizador, por conta do banco com o qual aquele utilizador contratou a prestação do serviço MB Way, e que permite utilizar as funcionalidades descritas nos contratos celebrados com os bancos.

Face ao enquadramento técnico e contratual em causa, parece-nos que dúvidas não poderão existir quanto à efetiva prestação de serviços por parte dos bancos. Tais serviços incluirão, entre outros, a disponibilização da aplicação MB Way (já que a SIBS FPS, S.A. atua por conta do banco do utilizador), bem como a realização das operações de pagamento, ordenadas pelo utilizador através dessa aplicação MB Way.

Como em qualquer operação de pagamento através do sistema bancário, ao utilizador da plataforma MB Way caberá escolher a operação de pagamento pretendida e a sua autenticação – recorrendo à aplicação dedicada MB Way ou aos canais bancários. Não é, contudo, o utilizador que realiza a operação de pagamento, cuja execução compete aos prestadores de serviços de pagamento.

As operações realizadas através da aplicação MB Way correspondem, por isso, a um serviço efetivamente prestado, e, como tal, obedecem ao princípio previsto no artigo 7.º da Lei n.º 66/2015, de 6 de julho (i.e., ao princípio da efetividade).

A desconformidade dos Projetos de Lei com o direito europeu aplicável

Os serviços prestados através do MB Way estão sujeitos à legislação aplicável em matéria de serviços de pagamento, nomeadamente, ao Decreto-Lei n.º 91/2018, de 12 de novembro, que aprova o regime jurídico dos serviços de pagamento, transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva (UE) 2015/2366 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015, relativa aos serviços de pagamento no mercado interno (segunda Diretiva dos Serviços de Pagamentos ou DSP2), bem como às regras dos sistemas interbancários de pagamento utilizados (nomeadamente do sistema nacional SICOI).

Atualmente, o enquadramento normativo dos serviços de pagamento encontra a sua fonte primordial no Direito Europeu, assegurando, dessa forma, uma verdadeira integração, à escala europeia, destes serviços, numa lógica de moeda única e de Área Única de Pagamentos em Euro (SEPA), conforme explicitado, nomeadamente, nos considerandos 1 e 76 da DSP2.

Tendo como objetivos a promoção e proteção de um verdadeiro Mercado Único Europeu dos serviços de pagamento, através de um quadro regulamentar claro e harmonizado, o legislador europeu entendeu, aliás, conferir à DSP2 a natureza de Diretiva de harmonização máxima, estabelecendo o seu artigo 107º., sob a epígrafe “harmonização total”, que os Estados-Membros não podem manter em vigor, nem introduzir outras disposições para além das previstas nessa Diretiva, salvo quanto às disposições que confirmam expressamente opções (*opt in/out*) aos Estados Membros, também aí consagradas.

Os Estados-Membros não devem, assim, introduzir regras mais rigorosas ou mais flexíveis do que as estabelecidas na própria DSP2, salvo nos casos expressamente aí permitidos.

O mesmo artigo 107º. estabelece ainda um mecanismo, pelo qual os Estados-Membros devem comunicar à Comissão Europeia as opções exercidas (quanto às matérias em que são permitidas opções).

Ora, a DSP2 inclui disposições específicas em matéria de encargos a cobrar pelos prestadores de serviços de pagamentos, nomeadamente no seu artigo 62.º. Neste último, estabelece-se a obrigatoriedade da adoção de um princípio de repartição de encargos, segundo o qual o ordenante e o beneficiário das operações de pagamento, efetuadas na União, devem suportar os encargos faturados pelos respetivos prestadores de serviços de pagamento (conhecida como regra “Share”). Prevendo um elenco, exaustivo, das situações em que, a título excecional, o prestador de serviços de pagamento não pode imputar encargos ao utilizador de serviços de pagamento (cumprimento de obrigações de informação ou de medidas corretivas e preventivas), confere-se, contudo, aos Estados-Membros, expressamente, algumas opções quanto a exceções a essas proibições (i.e. situações em que o prestador de serviços de pagamento poderá realizar a cobrança de encargos).

As indicadas regras europeias, aplicáveis à matéria de encargos cobrados pelos serviços de pagamento prestados, encontram-se transpostas nos primeiros números do artigo 101º. do Decreto-Lei n 91/2018, de 12 de novembro, sob a epígrafe “encargos aplicáveis” nos seguintes termos: “Ao ordenante e ao beneficiário só podem ser exigidos os encargos faturados pelos respetivos prestadores de serviços de pagamento.” (n.1) e “O prestador do serviço de pagamento não pode cobrar ao utilizador do serviço de pagamento os encargos inerentes ao cumprimento dos seus deveres de informação ou das medidas corretivas e preventivas previstas no presente capítulo” (n.2) e, ainda assim, admitindo exceções nas situações de aplicação de medidas corretivas ou preventivas (n.3).

Do supra exposto, conclui-se que o legislador Europeu, ao proceder a uma verdadeira integração do mercado dos serviços de pagamento e à sua definição pela DSP2, consagrou:

- (i) num primeiro nível, um princípio que admite a cobrança de encargos ao utilizador pelo respetivo prestador de serviços de pagamento,
 - (ii) num segundo nível, exceções a essa permissão de cobrança
- e ainda,
- (iii) num terceiro nível, exceções à exceção de proibição.

Nesta matéria, a DSP2 pretende, assim, ser exaustiva quanto à regulação do regime dos encargos aplicáveis na relação entre prestador de serviços de pagamento e utilizador dos serviços de pagamento. Como tal, face à natureza de diretiva de harmonização máxima, não se admitirá uma qualquer legislação nacional conflituante, como seria o caso das aludidas disposições dos Projetos de Lei acima referidos.

A limitação da possibilidade de cobrança de encargos pelos serviços prestados, prevista nos Projetos de Lei aqui em causa, constituiria, assim, um obstáculo significativo por parte de um Estado-Membro à liberdade de prestação de serviços de pagamento, com repercussões na integridade do mercado único europeu.

Na realidade, as soluções legislativas propostas que implicam limitações ou proibições aos encargos que podem ser cobrados pelos prestadores de serviços de pagamentos não parecem compatíveis com o disposto no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia quanto à liberalização dos serviços bancários (número 2 do seu artigo 58.º), com o primado do direito Europeu, consagrado no número 4 do artigo 8º. da Constituição da República Portuguesa, nem com diversas vertentes do princípio da

efetividade do direito europeu, como sejam a uniformidade na sua aplicação e a interpretação conforme à implementação do direito comunitário^{2 3}.

Acresce que a própria [Nota Técnica](#) dos Serviços da Assembleia da República, que se encontra disponível junto ao Projeto de Lei n. 139/XIV- BE, parece conferir “pistas” claras sobre o enquadramento europeu referido (págs. 16 e ss), inclusivamente aludindo às disposições de direito comparado de outros Estados-Membros (Espanha e França), que procedem à transposição da DSP2, respeitando a possibilidade de cobrança de encargos, por parte dos prestadores de serviços de pagamento, nos moldes acima referidos.

No caso do Projeto de Lei, apresentado pelo Grupo Parlamentar do PSD, as questões que se se levantam são, contudo, é certo, diferentes, na medida em que não se procura alterar o regime dos encargos dos serviços de pagamento, mas antes alargar o leque dos denominados serviços mínimos bancários.

Os serviços de valor acrescentado / complementares devem (poder) ser sujeitos a encargos

Conforme já anteriormente referido, no Projeto de Lei n. 216/XIV - PSD – propõe-se o alargamento do âmbito das operações incluídas nos serviços mínimos bancários, previstos no Decreto-Lei n. 27-C/2000, de 10 de março, de forma a nele incluir cinco transferências realizadas através de plataformas eletrónicas de natureza financeira operadas por terceiros - cujos encargos ficariam, assim, incluídos na comissão de manutenção da conta de serviços mínimos bancários, que se encontra sujeita a um limite fixado por lei, atualmente correspondente a 4,38 euros por ano.

Como é sabido, o regime dos serviços mínimos bancários tem, também ele, um enquadramento europeu, desta feita, resultante da Diretiva 2014/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho de 2014, relativa à comparabilidade das comissões relacionadas com as contas de pagamento, mudança de conta de pagamento e ao acesso a contas de pagamento com características básicas, que determinou a introdução de alterações ao regime do Decreto-Lei n.º 27-C/2000, de 10 de março, através do Decreto-Lei n. 107/2017, de 30 de agosto.

² A título ilustrativo, o Tribunal de Justiça da União Europeia pronunciou-se, no Acórdão Adeneler, no seguinte sentido: “121. Ora, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, resulta da aplicação conjugada tanto dos artigos 10.º, segundo parágrafo, CE e 249.º, terceiro parágrafo, CE como da própria directiva em causa que, durante o prazo de transposição de uma directiva, os Estados-Membros destinatários devem abster-se de adoptar disposições susceptíveis de comprometer seriamente o resultado por ela prescrito (acórdãos *Inter-Environnement Wallonie*, já referido, n.º 45; de 8 de Maio de 2003, *ATRAL*, C-14/02, *Colect*, p. I-4431, n.º 58, e *Mangold*, já referido, n.º 67). Pouco importa, a este respeito, que a disposição em causa do direito nacional, adoptada após a entrada em vigor da directiva em causa, vise ou não a transposição desta última (acórdãos, já referidos, *ATRAL*, n.º 59, e *Mangold*, n.º 68).

³ A nível interno, também a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça reconhece o princípio da efetividade do direito Europeu, nomeadamente Acórdão n. 3/2004 (citando José Cruz Vilaça, «A propósito dos efeitos das directivas na ordem jurídica dos Estados membros», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 30, 2001): “É que, indubitavelmente, «a obrigação (de transposição de uma directiva) tem sido interpretada pelo Tribunal de Justiça em termos rigorosos. De acordo com uma jurisprudência constante, decorre da obrigação de cooperação imposta pelo artigo 10.º do Tratado que [...] cada Estado membro destinatário de uma directiva [deve] tomar, no quadro da sua ordem jurídica nacional, todas as medidas necessárias para assegurar o pleno efeito da directiva, em conformidade com o efeito por ela prosseguido. Esta é uma obrigação de resultado que se alarga ao respeito escrupuloso do prazo de transposição fixado na directiva.»”

Ao contrário do anteriormente sublinhado relativamente à DSP 2, neste caso, contudo, é a própria Diretiva 2014/92/UE que admite a possibilidade de os Estados-Membros poderem estabelecer a obrigação de as instituições de crédito, estabelecidas no seu território, fornecerem, no quadro de uma conta de pagamento com características básicas, serviços adicionais considerados essenciais para os consumidores, atendendo às práticas comuns a nível nacional (no seu artigo 17, número 2).

Sem prejuízo de tal previsão, face às características das transferências aqui em discussão, não nos parece que se possa aqui considerar como cumprido o referido requisito, previsto na Diretiva, relativo à “essencialidade” destes serviços para os consumidores, *atendendo às práticas comuns a nível nacional*.

Na verdade, o atual regime dos serviços mínimos bancários já inclui as transferências bancárias - transferências intrabancárias, transferências interbancárias realizadas através de caixas automáticos e vinte e quatro transferências interbancárias realizadas por *homebanking*, por cada ano civil.

Embora uma franja da população portuguesa recorra já hoje às aplicações móveis para realizar transferências, não se poderá considerar que tal representa uma prática comum em Portugal. Dados recentes indicam que apenas pouco mais de metade dos utilizadores de internet tem acesso à sua conta através da internet⁴ e, destes, apenas cerca de sessenta por cento tem acesso através de redes móveis⁵.

A tal acresce que as transferências em causa, nomeadamente via MB Way, apresentam características diferenciadoras ao nível da infraestrutura, permitindo assegurar a sua execução no próprio dia em que são ordenadas, acrescentando valor face às comuns transferências interbancárias (para as quais a conta do prestador de serviços de pagamento do beneficiário deve ser creditada até ao final do dia útil seguinte ao da receção da ordem).

Considerando estes elementos, parece-nos manifesto que as transferências MB Way não devem ser consideradas como um serviço “essencial” no âmbito dos serviços mínimos bancários, correspondendo, antes, a um serviço complementar, dirigido a clientes que valorizam a conveniência e celeridade na disponibilização imediata dos fundos ao beneficiário, e que pressupõe que o seu utilizador é detentor de um *smartphone*, uma condição que nos parece reforçar a não essencialidade do serviço.

Não parecendo reunidos os requisitos de essencialidade dos serviços em causa e da sua adoção predominante pelos consumidores portugueses, parece-nos carecer de fundamentação a inclusão das transferências MB Way no âmbito dos serviços mínimos bancários.

Preservar o papel da Banca como condutor da inovação financeira

Embora alguns dos Projetos de Lei refiram a necessidade de salvaguardar a capacidade de inovação - aludindo inclusivamente ao sucesso da rede nacional de caixas automáticos -, não parece que dos mesmos Projetos decorram condições objetivas favoráveis à inovação.

Recorrendo ao caso paradigmático do serviço MB Way, e tratando-se de um novo serviço, que permite a realização de operações em canais digitais, importará sublinhar que estes exigiram aos bancos avultadas despesas de investimento na sua conceção, construção e manutenção, para além de custos de estrutura (por exemplo custos de manutenção e revisão dos sistemas informáticos, prevenção de fraude, AML/CFT, gestão de incidentes). A tais custos, acrescentarão ainda outros, não totalmente antecipáveis, nem totalmente determináveis, num momento inicial de disponibilização a um número reduzido de clientes bancários, com escala e impacto necessariamente reduzidos.

⁴ Segundo dados do INE de novembro de 2019.

⁵ Conforme dados do Eurostat de janeiro de 2020.

Tratando-se de um serviço com valor para o cliente, que exige despesas significativas aos bancos (na sua disponibilização e por cada transação), apresenta-se imprescindível prever a possibilidade de cobrar uma contrapartida que permita cobrir os custos e incentive a disponibilização de mais serviço para o cliente.

Neste contexto, as limitações à cobrança de comissões, que possam vir a ser introduzidas pela via legislativa, constituirão inevitavelmente limitações aos recursos disponíveis para investir em inovação promotora de soluções de conveniência para o cliente e de redução da utilização de *cash*, com consequências muito negativas ao nível da qualidade, conveniência de utilização e transparência dos serviços bancários.

Exigindo-se aos bancos um esforço significativo na digitalização dos seus serviços, parece-nos manifesto concluir que os custos tidos com a mesma deverão poder ser imputados a quem deles irá beneficiar. Aliás, neste âmbito, não se pode comparar a posição dos bancos incumbentes face à de outras entidades, não reguladas ou não sujeitas às mesmas exigências (BigTechs, plataformas digitais, Neobancos, entre outras), e que assentam o seu modelo de negócio apenas nalguns tipos de produtos, designadamente serviços de pagamento, e em subsidiações cruzadas com a comercialização de outros produtos ou na comercialização de dados dos seus clientes.

Acresce que intervenções legislativas que limitem a capacidade de cobrar pelos serviços prestados são um fator potenciador da deslocalização da atividade bancária para fora de Portugal, na medida em que prestadores de serviços sediados noutras jurisdições europeias que ofereçam remotamente serviços bancários a consumidores portugueses ficarão à margem das limitações impostas pelo quadro legislativo e regulatório nacional. Se atentarmos nos exemplos de operadores estrangeiros que já oferecem serviços a clientes portugueses, constatamos que a estes não se aplicam as limitações que se colocam aos bancos nacionais, ou sendo as mesmas aplicáveis, o quadro de supervisão atual não permite ao supervisor nacional atuar de forma eficaz sobre eventuais infrações. Estando-se a fomentar a deslocalização da atividade e permitir que outros operem à margem das limitações impostas a nível nacional, estar-se-á, no limite, a desproteger o cliente bancário português.

Em suma, os Projetos de Lei n.ºs 139/XIV – BE, 205/XIV – PCP e 209/XIV – PAN, 213/XIV – PS e 216/XIV PSD, ao proibirem, uns, e limitarem, outros, a cobrança de comissões bancárias, pela realização de operações de pagamento através de plataformas eletrónicas de natureza financeira, violam disposições da DSP2, desconsideram a natureza não essencial destes serviços e não induzem – antes desincentivam – o investimento da banca na inovação financeira e em soluções, cada vez mais digitais, de pagamentos.

Não protegem o consumidor; Desprotegem-no.

III. 3 – Quanto à proibição de alterações unilaterais aos contratos de crédito que modifiquem direta ou indiretamente os custos para o consumidor

Conforme anteriormente referido, entre os Projetos de Lei, objeto do presente Parecer, três deles pretendem introduzir alterações no atual quadro jurídico aplicável em matéria de *ius variandi*, ou seja, em matéria de cláusulas que habilitem o predisponente bancário a regular unilateralmente a disciplina contratual inicialmente estipulada.

Tais Projetos - n.ºs 138/XIV – BE, 213/XIV – PS e 217/XIV – PSD – contemplam, assim, propostas de proibição absoluta de tais tipos de cláusulas, quer nos contratos de crédito hipotecário, quer nos contratos de crédito ao consumo, sempre que da sua aplicação resulte “a modificação do custo total do crédito para o consumidor quando esta implique uma TAEG diferente da contratualizada” ou “na alteração dos benefícios pela aquisição de outros produtos ou serviços bancários”.

Desconsiderando a natureza duradoura de muitos dos contratos de crédito (por exemplo, um contrato de crédito hipotecário pode vigorar por um prazo de 40 anos) e que, no quadro legal atual, a possibilidade

de introdução de cláusulas de *ius variandi* se encontra já balizada por princípios e regras definidas na lei, nos Projetos pretende-se proibir toda a e qualquer cláusula de *ius variandi* sempre que desta resulte um determinado efeito.

Ora, se a opção pela densificação dos princípios e regras que norteiam o *ius variandi* poderá – parece-nos – sempre ser reequacionada pelo legislador, já a eliminação *tout court* deste mecanismo, não nos parece, de todo, adequado.

Enquanto instituto de salvaguarda do equilíbrio contratual, o *ius variandi* não é sequer – sublinhe-se – exclusivo, ou sequer típico, do direito bancário. Com efeito, no quadro das relações laborais, e sem prejuízo da importante tutela dos interesses do trabalhador, é permitido ao empregador, quando o interesse da empresa o justifique, exigir ao trabalhador o exercício de funções que não se encontrem compreendidas na atividade contratada, desde que o faça a título temporário e desde que tal situação não implique uma modificação substancial da posição do trabalhador (cfr. artigo 120.º do Código do Trabalho).

Assim, tal como no direito laboral, também no direito bancário, em que muitas relações jurídicas são marcadas pelo seu caráter duradouro, é essencial que seja conferida a possibilidade de ajustar a disciplina contratual em determinadas situações.

De acordo com o atual enquadramento normativo, previsto no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, que contem o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, e que transpõe a Diretiva n.º 93/13/CEE de 5 abril, sobre cláusulas contratuais abusivas, são já hoje proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que atribuam ao banco o direito de alterar unilateralmente os termos do contrato, exceto se existir “razão atendível que as partes tenham convencionado” (artigo 22.º, n.º 1, c) do Decreto-Lei n.º 446/85).

Atendendo às especificidades dos contratos bancários, o n.º 2 do artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 446/85, acrescenta, contudo, ainda que não são proibidas as cláusulas contratuais gerais que:

- a) 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;
- b) Atribuam a quem as predisponha o direito de alterar unilateralmente o conteúdo de um contrato de duração indeterminada, contanto que se preveja o dever de informar a contraparte com pré-aviso razoável e se lhe dê a faculdade de resolver o contrato.

Conforme resulta da transcrição da supra referida norma legal, o direito de alteração unilateral do contrato, pelo banco, nomeadamente no que concerne à alteração da taxa de juro ou do montante de encargos aplicáveis, surge, já hoje, devidamente delimitado e condicionado nos termos da lei, não sendo configurado, pelo legislador, como faculdade de exercício irrestrito e arbitrário.

Assim, apenas são admissíveis (e não proibidas) as alterações unilaterais (i) fundadas em razões atendíveis (ii) previamente acordadas pelas partes e expressamente previstas nos contratos, estando a eficácia jurídica da alteração da taxa de juro contratada ou dos encargos aplicáveis condicionada à (iii) existência de variações de mercado, (iv) comunicadas de imediato, por escrito, ao cliente, gozando este do direito de resolução.

Conforme resulta dos normativos supra elencados, não só o legislador comunitário reconheceu as especificidades dos contratos de financiamento bancário, como igualmente refletiu esse reconhecimento normativo ao nível da consagração e previsão expressa de normas específicas que prevejam, no plano geral e abstrato, um critério normativo que, *salvaguardando e protegendo o consumidor contra atuações abusivas (originadoras de excessivo desequilíbrio contratual)*, permitisse conceder aos bancos a faculdade

de aplicar soluções de alteração unilaterais indispensáveis à continuidade e boa execução dos contratos de crédito.

Densificando os critérios legais, o Banco de Portugal, na sua Carta Circular n.º 32/2011/DSC de 17 de maio de 2011, relativa a *Boas práticas a observar pelas instituições de crédito na utilização de cláusulas que permitam a alteração unilateral da taxa de juro ou de outros encargos, tendo por objetivo garantir a transparência, objetividade e proporcionalidade dos bancos neste contexto*, definiu como boa prática que os bancos prevejam detalhadamente, nos contratos de crédito que celebram com os clientes, os factos que deverão considerar-se subsumíveis aos conceitos de “razão atendível” e de “variações de mercado” (artigo 22.º, n.º 1, c) e n.º 2, a) do Decreto-Lei n.º 446/85), esclarecendo ainda:

- é exigível que os Bancos concretizem com suficiente detalhe os factos que, com o acordo prévio do Cliente, deverão legitimamente considerar-se subsumíveis naqueles conceitos;
- que apenas deverão ser qualificáveis como “razão atendível” ou “variações de mercado” os factos que sejam (a) externos ou alheios ao banco, devendo situar-se fora da sua esfera de influência, atuação ou controlo; e (b) relevantes, excecionais e que tenham subjacente um motivo ponderoso fundado em juízo ou critério objetivo.

Nos termos da mesma Carta Circular, o Banco de Portugal recomenda como boa prática a (i) concessão de prazo razoável para o direito de resolução pelo cliente, (ii) a salvaguarda da clareza da informação prestada ao cliente sobre o momento de produção dos efeitos das alterações unilaterais promovidas e a (iii) previsão das cláusulas que permitam a alteração unilateral das taxas de juro ou de outros encargos preverem a reversão das alterações, quando e na medida em que os factos que as tenham justificado deixem de se verificar, devendo ser previstos os procedimentos necessários para a respetiva produção de efeitos.

Neste âmbito, o Banco de Portugal recomenda ainda que os bancos assegurem que o exercício da faculdade de alteração unilateral da taxa de juro ou de outros encargos de contratos de crédito assente numa *relação de causalidade* entre o evento invocado como razão atendível e o teor e alcance da alteração contratual pretendida introduzir, *obedecendo* ainda a um princípio de proporcionalidade, evitando a criação de desequilíbrios injustificados na relação contratual.

Considerando as regras já atualmente existentes, parece-nos manifesto que as propostas, aqui em apreço, de consagração geral e abstrata da proibição de qualquer alteração unilateral a contratos de crédito que tenham por efeito a modificação, direta ou indireta, dos custos para o consumidor, desconsideram o atual *enquadramento legal e regulatório* aplicável ao exercício do direito de modificação unilateral pelo banco e as *regras especificamente aplicáveis em matéria de proteção do cliente bancário* nesta matéria.

Para além de tal dimensão, tais propostas ignoram, ainda, uma outra essencial: a *natureza e risco* concretamente associado aos contratos de crédito.

Com efeito, na medida em que pretendem eliminar um instituto de gestão do risco específico dos contratos de crédito e de preservação do respetivo equilíbrio contratual, introduzindo critérios que em nada consideram se existe ou não um interesse objetivo, sério e merecedor de tutela, e que centram apenas nos efeitos financeiros de tais alterações para o consumidor, as propostas desconsideram o risco concretamente associado a contratos de crédito, que vigoram durante longos anos.

A mera circunstância da consequência (direta ou indireta) de determinadas alterações contratuais - unilateralmente propostas pelo banco, ao abrigo de uma faculdade prevista e acordada pelas partes aquando da respetiva contratação - poder ser o aumento dos custos para o consumidor, não deverá *per se* qualificar essas modificações como abusivas ou lesivas dos interesses do consumidor.

A validade jurídica das cláusulas contratuais que regulam o direito de modificação unilateral dos contratos e a legitimidade do exercício desse direito não poderá ser, no plano normativo, univocamente delimitada

(ou abstratamente eliminada, conforme se pretende) em função da consideração unívoca dos seus efeitos para o consumidor.

Atenta a especial natureza destes contratos (e atenta a sua extensa maturidade, na generalidade dos casos), a possibilidade de consagração de mecanismos contratuais, que assegurem e disciplinem, geral e abstratamente, para determinado programa contratual, os fundamentos e condições para o exercício do direito de alteração unilateral de determinadas condições contratuais originalmente convencionadas, assume uma natureza essencial à própria vigência e boa execução do contrato.

Nos contratos de crédito, é, pois, essencial a existência de remédios contratuais suficientemente robustos que permitam ao banco, em escrupuloso respeito de determinado enquadramento de proteção dos direitos e legítimos interesses do consumidores, adaptar concretas condições contratuais cuja inalterabilidade poderia, em última instância, prejudicar a globalidade dos consumidores que sejam suas contrapartes em contratos de crédito, considerando a pluralidade de fatores condicionantes da posição e risco do próprio banco que, sendo exógenos ao contrato de crédito propriamente dito, impactam diretamente as condições da sua boa execução pelo banco.

Assim, dúvidas não poderão existir de que a existência da possibilidade de prever – e exercer legitimamente - o direito de modificação unilateral do contrato de crédito, pelo banco, é reclamada pela própria natureza e pelo próprio risco específico deste tipo de contratos e da posição especialmente ocupada pelo banco.

Uma proibição geral e abstrata do direito de modificação unilateral que tenha por efeitos (direitos ou indiretos) os enunciados nas Propostas de Lei sob apreciação, desprotege mais o consumidor do que uma opção de delimitar normativamente as condições e os limites aplicáveis ao exercício desse direito pelo banco, tal como atualmente sucede.

Tal como reconhece o legislador comunitário, nos Considerandos da Diretiva n.º 93/13/CEE, de 5 de abril, obter-se-á uma proteção mais eficaz dos consumidores através da adoção de regras uniformes em matéria de cláusulas abusivas. Assim, existindo já uma disciplina específica aplicável a esta matéria no nosso ordenamento, em linha com o quadro comunitário e densificada em sede de regulamentação e supervisão sectorial, não nos parece coerente, nem proporcional, que se proponha uma proibição geral e abstrata nos termos propostos.

Numa palavra: perante a inevitável necessidade de gerir o risco dos contratos de crédito, pelo banco, e de este poder ter de atuar no sentido de assegurar a sua continuidade perante eventos e alterações de circunstâncias que contendem com a sua boa execução, o consumidor resultará mais desprotegido com a proibição pretendida consagrar do que com a preservação (e eventual densificação) do atual enquadramento normativo e regulamentar que disciplina a possibilidade de exercício daquela prerrogativa pelo banco.

A proibição proposta nos Projetos de Lei sob discussão introduz, por isso, uma limitação desproporcional e injustificada ao exercício do direito de alteração unilateral das taxas de juro ou de outros encargos associados a contratos de crédito atualmente reconhecido aos bancos e cujo exercício se encontra condicionado pela observância de normas específicas de proteção do cliente.

Em concreto, no que diz respeito à sugestão de aditamento de um n.º 2 ao artigo 14.º-A do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho, dispondo que aos *“credores está vedada qualquer alteração contratual que resulte na modificação do custo total do crédito ao consumidor, implicando uma TAEG diferente da contratualizada no momento da celebração do contrato”*, importará ainda sublinhar que o apuramento da TAEG tem por base uma série de circunstâncias que não dependem dos bancos, nomeadamente, (i) as componentes fiscais (v.g., as taxas de imposto do selo) alteradas frequentemente por disposições legislativas, (ii) as publicações trimestrais de taxas máximas pelo Banco de Portugal, (iii) bem como as variações de índices de referência subjacentes à determinação das taxas variáveis e que pode prejudicar,

inclusive o cliente bancário, quando ocorrerem fatores, exógenos às decisões dos bancos, que originem uma descida da TAEG

Tal proposta desconsidera, ainda, a existência de situações contratuais específicas em que as condições financeiras do contrato têm como pressuposto o cumprimento, pelo consumidor, de obrigações adicionais ou a verificação de determinadas condições em que se fundou a decisão de contratar (v.g, a obrigação de domiciliação de rendimentos no banco mutuante).

Em suma, uma coisa é densificar ou clarificar o enquadramento legal aplicável aos *ius variandi*, fazendo, por exemplo, verter na letra da lei os critérios orientadores da melhor doutrina e do regulador nesta matéria.

Outra, bem diferente, é proibir independentemente das suas causas, e só com base no seu efeito, o *ius variandi*.

Admitindo como possível a primeira, importará, que qualquer iniciativa legislativa não coloque os bancos nacionais em circunstâncias de contratação e gestão de risco contratual mais restritivas do que os seus congéneres europeus; Em tal cenário, não será só o sector bancário nacional que ficará prejudicado; Sê-lo-ão também os próprios consumidores de financiamento bancário.

IV – Conclusões

1. As soluções normativas, propostas no âmbito dos Projetos em apreço, visam introduzir, no essencial, os seguintes constrangimentos à atividade bancária:

- Limitação, nalguns projetos, e proibição, noutros, de cobrança de comissões pela emissão de declarações de dívida ou de qualquer outra declaração, emitida com o mesmo propósito, para efeitos de cumprimento de obrigações fiscais, para acesso a apoios ou prestações sociais e serviços públicos;

- Proibição, em todos os Projetos de Lei relativos a esta matéria, de cobrança de comissões pela emissão de distrate de hipotecas, constituídas como garantia de obrigações assumidas perante o banco e, em alguns destes Projetos, proibição de cobrança de qualquer comissão pela “análise da renegociação das condições do crédito”, no quadro do crédito ao consumo;

- Proibição, em todos os Projetos de Lei relativos a esta matéria, de cobrança de comissões pelo processamento de prestações de crédito;

- Proibição, nalguns casos, e limitação, noutros, à cobrança de comissões bancárias, pela realização de operações de pagamento através de plataformas eletrónicas de natureza financeira;

- Proibição de alterações unilaterais aos contratos de crédito ao consumo e hipotecário, que produzam determinado tipo de efeitos, de natureza pecuniária, para o cliente.

2. As soluções normativas, aí propostas, reconduzem-se, assim, a proibições ou limitações à cobrança de comissões bancárias concretas, e não a qualquer densificação dos princípios, que hoje, consensualmente, se encontram já consagrados na lei, e que são aplicáveis ao comissionamento bancário (*efetividade, proporcionalidade e transparência*).

3. É entendimento da APB que as motivações, subjacentes aos presentes projetos, não justificarão que sejam adotadas as soluções normativas, neles propostas, nos termos em que aquelas são aí configuradas.

4. Desde logo, porque os níveis de comissionamento não são nem excessivos, nem desproporcionais face ao valor dos serviços prestados, nem se encontram desalinhados das práticas dos demais bancos a operar

noutros Estados-Membros ou, sequer, desalinhados com as recomendações dos supervisores nesta matéria.

5. O nível de comissionamento no setor bancário - como em qualquer outro -, tem, necessariamente, de refletir, não os custos diretamente associados à prestação do serviço, como também os respetivos custos indiretos, que têm aumentado consideravelmente nos últimos anos, fruto das exigências de legisladores, reguladores e supervisores.

6. O peso relativo das comissões líquidas no produto bancário tem-se mantido estável - apesar desse incremento de custos - em torno dos 30%, e o seu valor absoluto, apesar de ter registado uma recuperação nos anos mais recentes, mantém-se bastante abaixo dos níveis registados nos anos anteriores à crise da dívida soberana.

7. Acresce que as práticas em Portugal, em matéria de comissionamento bancário, estão perfeitamente enquadradas com a evolução das tendências e modelos de negócio dos restantes bancos europeus, e que vêm sendo impulsionadas pelos próprios reguladores europeus.

8. O sentido geral das soluções propostas evidencia ainda opções de política legislativa, que, parece-nos, rompem com alguns dos paradigmas do atual quadro legal e regulatório aplicável a estas matérias. Com efeito, entre a opção de densificar o princípio da efetividade das comissões e a opção alternativa de proibir determinadas comissões que, aparentemente, não cumprirão tal princípio, o legislador opta pela segunda daquelas, isto é proibir determinadas comissões. Por seu turno, entre a opção de permitir a livre formação de preços em mercado concorrencial e a opção alternativa de fixar preços ou de os limitar, o legislador pretende escolher a segunda daquelas opções, ou seja, intervir nos preços dos serviços bancários. Ainda, entre a opção de densificar as situações em que poderão ser introduzidas, em respeito pelo princípio do equilíbrio contratual, cláusulas de *ius variandi* nos contratos de execução duradoura e a opção alternativa de proibir, de todo, cláusulas de *ius variandi*, o legislador pretende, também aqui, a segunda opção, pugnando pela eliminação dos mecanismos de ajustamento das prestações contratuais hoje já balizados por determinados princípios delimitadores.

9. O sentido geral das soluções, propostas nos Projetos desconsidera, ainda, a dicotomia entre “serviço principal” e “serviço acessório”, que enforma o regime constante, quer do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho (que estabelece o regime do crédito hipotecário), quer do Decreto-Lei n.º 133/2019, de 2 de junho (que estabelece o regime do crédito ao consumo), e, a previsão, que deles consta, de que o consumidor deverá suportar (devendo, por isso, logo aquando da apresentação da oferta de crédito, ser dele informado) o “custo total do crédito”, i.e., “*todos os custos que incluem nomeadamente os juros, comissões, despesas, impostos e encargos de qualquer natureza ligados ao contrato de crédito*”.

10. Quer o Decreto-lei n.º 133/2009, quer o Decreto-Lei n.º 74-A/2017, transpuseram para a ordem jurídica portuguesa as Diretivas Europeias n.ºs 2008/48/CE e 2014/17/EU, respetivamente. Nessa medida, uma intervenção legislativa com impacto no comissionamento aplicado a estes serviços bancários, ao se desviar dos princípios neles consagrados, desvia-se das soluções que se pretendem harmonizadas a nível europeu.

11. Ao encerrarem ainda uma alteração do atual paradigma em matéria de política legislativa, os Projetos criam uma nova linha de fronteira entre o poder legislativo e o poder executivo, ou seja, uma nova e diferente diferenciação de planos, entre, por um lado, quem define o princípio e a regra densificadora (geral e abstrata), e, por outro, quem os aplica, descortinando neles o seu sentido, em contacto com as situações concretas que os mesmos regulam. Identificar, em concreto, numa determinada relação bancária creditícia, que serviços essenciais e acessórios existem, e que comissões correspondem a uns e a outros, é erigida como uma tarefa com dimensão legislativa.

12. Ao contrário do assumido em alguns dos Projetos, as comissões, relativamente às quais o legislador pretende introduzir proibições ou limitações, correspondem a serviços efetivamente prestados pelos

bancos, e, mais concretamente, a “serviços acessórios” ao contrato de crédito - i.e. serviços que, sendo prestados no âmbito ou na sequência da vigência de um contrato de crédito, têm por conteúdo uma prestação, realizada pelo banco ao seu cliente, autónoma da do financiamento.

13. Conforme acima demonstrado, assim ocorre, de forma evidente, nas comissões devidas pela emissão de declarações de dívida, que correspondem a serviços acessórios do contrato de crédito, prestados pelo banco ao seu cliente, e que satisfazem uma necessidade do mesmo, implicando um procedimento específico do banco para a disponibilização do documento.

14. É também o caso das comissões pela emissão de declarações de distrate, às quais se encontra associada a prestação de outro serviço acessório, que tem por conteúdo uma prestação - a emissão de um documento, com requisitos especiais de forma (i.e., com intervenção notarial), que permita ao mutuário alterar a situação predial do imóvel, dado em garantia. Este serviço realizado pelo banco ao seu cliente, autónomo do do financiamento, entre outros, faz o banco incorrer em custos notariais.

15. É igualmente ainda o caso das comissões de renegociação de contratos de crédito, que implicam a prestação de um serviço autónomo do do contrato de crédito, mais concretamente, que o banco, na sequência de uma solicitação do seu cliente, reequacione os termos contratuais anteriormente acordados (v.g., alterando garantias), desenvolvendo, para tanto, um conjunto de atos que implicam, entre outras tarefas, o estudo, por parte de diversos departamentos internos (v.g, comercial, risco, jurídico, *compliance*) da proposta de alteração apresentada pelo cliente (serviço este não previsto, nem incluído, nos demais elementos que são cobrados aquando da contratação ou vigência do contrato).

16. E o mesmo se conclui quanto às comissões de processamento das prestações, que se encontram intrinsecamente associadas ao serviço acessório de gestão do contrato de crédito, e que, se encontrando incluídas no cálculo da Taxa Anual de Encargos Efetiva Global (TAEG) dos contratos, implica que a sua cobrança se encontra dependente de expressa previsão no contrato.

17. Já no que respeita à introdução de proibições ou limitações ao comissionamento de serviços de pagamento prestados em plataformas digitais, parece-nos igualmente evidente a conclusão de que, face à estrutura técnica e contratual que lhes subjaz, estamos, também aqui, efetivamente, perante serviços de pagamento, prestados pelos bancos, na qualidade de prestadores de serviços de pagamento, aos utilizadores da plataforma – mormente no caso paradigmático da plataforma MB Way.

18. Aos propor determinadas soluções nesta matéria, os Projetos mostram-se desconformes com o direito europeu aplicável nesta matéria, em particular, com a segunda Diretiva dos Serviços de Pagamento, que consagra um regime de harmonização máxima, proibindo expressamente que os Estados Membros introduzam outras disposições, para além das previstas nessa Diretiva, salvo nos casos expressamente aí admitidos e que não acolhem qualquer margem de liberdade para a consagração, pelo direito nacional dos Estados Membros, de proibições ou limitações de comissões, devidas pelos serviços de pagamento, assim prejudicando a integridade da Área Única de Pagamentos em Euro (SEPA).

19. Os Projetos, ao consagrarem regimes limitadores ou inibidores da cobrança de encargos pela prestação de serviços de pagamento, afiguram-se, assim, violadores do disposto no artigo 62.º da Segunda Diretiva dos Serviços de Pagamento, bem como do artigo 101.º da mesma Diretiva, revelando-se, assim, incompatíveis com o primado do direito Europeu, consagrado no número 4 do artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa, com o princípio da efetividade do direito Europeu, e, ainda, com o conteúdo das obrigações, assumidas pelos Estados Membros, no artigo 4.º n.º 3 do Tratado da União Europeia e nos artigos 58.º n.º 2 e 291.º n.º 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

20. Acrescente-se ainda que, as “transferências com recurso a plataforma digitais” não assumem, nem revestem qualquer característica de essencialidade para o consumidor, *conditio sine qua non* para a inclusão de tal serviço bancário no elenco de operações abrangidas no regime dos serviços mínimos bancários – não só porque tais transferências (imediatas) não constituem a modalidade de transferências

predominantemente adotadas pelos consumidores nacionais (transferências SEPA), como também porque, atentas as suas características diferenciadoras, estas correspondem, antes sim, a serviços de valor acrescentado, dirigidos a clientes que valorizam a conveniência e celeridade na disponibilização imediata de fundos ao beneficiário.

21. Os projetos de Lei, aqui em causa, desconsideram ainda os efeitos negativos que a limitação à cobrança de comissões apresenta ao nível da inovação e do desenvolvimento destas plataformas digitais, por parte dos prestadores de serviços de pagamentos nacionais, bem os efeitos, seguramente indesejados, que tais limitações provocam ao nível deslocalização de serviços para outras jurisdições (em prejuízo dos seus atores nacionais) e à criação de condições iguais de concorrência entre *players*, - mais uma vez, atentando contra os objetivos do mercado único europeu de serviços de pagamento.

22. As alterações, propostas em alguns dos Projetos, ao atual quadro jurídico aplicável em matéria de *ius variandi* (i) desconsideram a natureza duradoura de muitos dos contratos de crédito visados, (ii) mostram-se contrárias ao regime – nacional e europeu - que rege as cláusulas contratuais gerais – regime que, inclusivamente, reconheceu as especificidades dos contratos de financiamento bancário –, (iii) demonstram indiferença face à densificação do regime, já realizada pelo supervisor nacional e, não menos importante, (iv) eliminam um elemento fundamental na gestão do risco dos contratos de crédito e de preservação do equilíbrio contratual.

23. Tais alterações colocam, assim, os bancos nacionais, uma vez mais, em posição de grande desvantagem face aos seus congéneres europeus.

24. Ao introduzirem limitações à capacidade dos bancos para determinarem os preços dos serviços que prestam, os Projetos, em apreço, constituem fatores impulsionadores de distorções da concorrência, de desincentivo à inovação e limitação da competitividade do sistema financeiro português, face aos seus pares europeus e a outros operadores, que não estão sujeitos às mesmas limitações, para além de se mostrarem contrários à lógica de integração europeia e União Bancária e, em alguns aspetos *supra* assinalados, até frontalmente incompatíveis com as regras de harmonização previstas na legislação europeia vigente.