



## A Negociação de Contratos de Financiamento



MACEDO VITORINO & ASSOCIADOS  
Sociedade de Advogados, RL

## **Direito Bancário e Mercado de Capitais**

A Macedo Vitorino & Associados foi constituída em 1996, concentrando a sua actividade na assessoria a clientes nacionais e estrangeiros em sectores específicos de actividade, de que destacamos o sector financeiro, telecomunicações, energia e infra-estruturas. Desde a sua constituição, a Macedo Vitorino & Associados estabeleceu relações estreitas de correspondência e de parceria com algumas das mais prestigiadas sociedades de advogados internacionais da Europa e dos Estados Unidos, o que nos permite prestar aconselhamento em operações internacionais de forma bastante eficiente.

A Macedo Vitorino & Associados presta serviços de assessoria a clientes nas áreas de Direito Bancário e Mercado de Capitais, nomeadamente nas seguintes matérias:

- Financiamentos a entidades públicas e privadas
- Financiamentos para aquisição e fusão de empresas
- Financiamento de projectos
- Locação financeira de bens móveis e imóveis (*leasing*)
- Instrumentos de garantia
- Instrumentos financeiros derivados
- Regime de ponderação de créditos
- Supervisão bancária
- Titularização de créditos

A Macedo Vitorino & Associados é citada em treze das dezoito áreas de trabalho analisadas pelo directório internacional, The European Legal 500, nomeadamente em “Banking and Finance”, “Capital Markets”, “Project Finance”, “Corporate”, “Tax”, “Telecoms” e “Litigation”. A nossa actuação é ainda destacada pela IFLR 1000 em “Project Finance”, “Corporate Finance” e “Mergers and Acquisitions” e pela Chambers and Partners em “Banking” e “Litigation”.

Se quiser saber mais sobre a Macedo Vitorino & Associados por favor visite o nosso *website* [www.macedovitorino.com](http://www.macedovitorino.com).

Esta informação é de carácter genérico, pelo que não deverá ser considerada como aconselhamento profissional. Caso necessite de aconselhamento jurídico sobre estas matérias deverá contactar um advogado. Caso seja cliente da Macedo Vitorino & Associados, poderá contactar-nos directamente para:

Tel.: (351) 21 324 1900 - Fax: (351) 21 324 1929

Email: [mva@macedovitorino.com](mailto:mva@macedovitorino.com)

## Índice

1. Introdução .....	1
2. Objecto do contrato.....	2
3. Finalidade do empréstimo.....	2
4. Documentação e condições suspensivas .....	3
5. Juros .....	5
5.1. Juros remuneratórios .....	5
5.2. Juros moratórios .....	10
6. Reembolso e reembolso antecipado.....	11
7. Declarações e garantias .....	11
8. Obrigações acessórias do mutuário.....	16
8.1. Aspectos gerais .....	16
8.2. Cláusulas de garantia patrimonial .....	16
8.3. Pari passu .....	18
8.4. Obrigações financeiras .....	18
8.5. Obrigações de informação .....	19
9. Causas de incumprimento e de resolução .....	19
9.1. Causas subjectivas de resolução.....	19
9.2. Causas objectivas de resolução .....	20
10. Vencimento antecipado .....	22
11. Comissões e outras despesas .....	23
12. Disposições finais .....	24
12.1. Título executivo.....	24
12.2. Lei aplicável e jurisdição .....	25

*Os contratos de financiamento têm sofrido uma acentuada evolução nos últimos dez anos que resultou da importação de conceitos de Direito inglês.*

*Em alguns casos, tal resulta do facto de nos financiamentos de projectos e de aquisições de empresas participarem bancos estrangeiros, os quais preferem manter os modelos anglo-saxónicos.*

*É importante, porém, assegurar que a adaptação desses modelos não viola o Direito português.*

*O presente estudo pretende contribuir para a análise das cláusulas típicas de um contrato de financiamento.*

## 1. Introdução

A evolução recente dos contratos de financiamento tem levado à adopção de contratos cada vez mais complexos, em muitos casos estranhos à realidade jurídica portuguesa, donde resultam dificuldades tanto para os mutuantes como para os mutuários.

Ao longo dos últimos anos, os bancos têm vindo a impor contratos com base em modelos de origem anglosaxónica de difícil compreensão, cujas implicações jurídicas foram ainda pouco estudadas pela doutrina e cuja legalidade poderá, em alguns casos, ser questionada.

Entre outras, são hoje comuns as cláusulas de salvaguarda patrimonial, proibindo a alienação de activos, e a concessão de garantias reais sobre bens da mutária e obrigando à manutenção da graduação de créditos “pari passu”.

No presente estudo analisamos as principais cláusulas utilizadas em contratos de empréstimo e de abertura de crédito, tomando como base a minuta padrão da Macedo Vitorino & Associados e algumas minutas utilizadas por bancos nacionais e internacionais.

Da nossa análise resultou que, em muitos contratos, a importação de conceitos de Direito inglês é feita de forma acrítica sem analisar as reais implicações jurídicas e eventual impugnanibilidade em tribunal.

Verificámos ainda que os departamentos internos de alguns bancos utilizam hoje minutas próprias adaptadas à realidade portuguesa e expurgadas de algumas das cláusulas que eventualmente seriam mais problemáticas. Em geral, nos financiamentos a empresas (*corporate finance*) e nos empréstimos para a aquisição de imóveis ou de outros activos, a adaptação à lei portuguesa é melhor do que nos contratos de financiamento para a aquisição de empresas (*leveraged buy-outs* – “LBOs”) ou de projectos (*project finance*).

Em alguns casos, tal resulta do facto de nestas duas áreas (*project finance* e LBOs) participarem normalmente bancos estrangeiros, os quais preferem manter os modelos anglo-saxónicos, abrindo poucas excepções e apenas quando os advogados os alertam para os perigos de manter minutas-padrão desadequadas. É nossa obrigação enquanto juristas dar uma versão imparcial e desinteressada das implicações que uma adaptação servil pode acarretar, ainda que isso possa causar algum desconforto a quem está habituado a fazer as coisas de determinado modo.

No presente estudo analisamos as principais cláusulas utilizadas em contratos de empréstimo e de abertura de crédito, tomando como base a minuta padrão da Macedo Vitorino & Associados e outras minutas utilizadas por bancos nacionais e internacionais.

### **2. Objecto do contrato**

Num empréstimo bancário, o mutuante cede temporariamente determinado montante ao mutuário, o qual, por seu lado, fica obrigado à restituição do capital mutuado e ao pagamento dos juros. Como se depreende desta descrição linear, a entrega do montante pecuniário pelo mutuante ao mutuário é um elemento caracterizador do contrato de empréstimo bancário. Porém, de um ponto de vista jurídico, é mais do que isso. Na verdade, a entrega dos montantes mutuados ao mutuário por parte do mutuante, independentemente da forma física ou electrónica por que seja processada, é um elemento constitutivo do próprio contrato. Assim, apenas após a entrega do capital mutuado, se considera celebrado o contrato de mútuo, ainda que não possa deixar de se reconhecer que o banco fica desde logo obrigado a conceder o empréstimo, independentemente da qualificação jurídica do contrato.

Por seu turno, num contrato de abertura de crédito, o banco, habitualmente designado creditante, obriga-se a abrir a favor do cliente, designado creditado, uma linha de crédito, a manter essa linha de crédito aberta durante um determinado período e a entregar os montantes acordados quando solicitado pelo cliente.

O contrato de abertura de crédito pode, portanto, ser considerado como um contrato de mútuo atípico, próximo do denominado contrato de mútuo consensual, embora se constitua com a assinatura e não com a entrega do montante mutuado.

Apesar das diferenças estruturais que os separam, o contrato de empréstimo bancário e o contrato de abertura de crédito fazem operar a transferência da propriedade sobre o capital mutuado para o mutuário, nos termos do artigo 1144.º do Código Civil (C.Civ.) e, com esta, a transferência do risco (artigo 796.º do C.Civ.) e do poder de disposição sobre o montante do crédito.

Tanto o empréstimo como a abertura de crédito podem ser garantidos ou a descoberto, consoante sejam ou não acompanhados da constituição de garantias pessoais ou reais.

### **3. Finalidade do empréstimo**

É usual indicar no contrato a finalidade do empréstimo ou da linha de crédito, embora tal não seja uma exigência legal, atendendo a que para o mutuante, o destino dos montantes mutuados não poderá não ser alheio à decisão de contratar, uma vez que o risco que assume depende do tipo de operação que o empréstimo ou o crédito visam financiar.

Nessa medida, a finalidade do empréstimo poderá ser relevante na análise do risco da operação, pelo que, para o mutuante, será relevante saber se o mutuário pretende utilizar os montantes mutuados para, por exemplo, adquirir

## **A Negociação de Contratos de Financiamento**

bens de equipamento ou participações numa sociedade, refinar uma dívida já existente ou simplesmente para apoio à tesouraria, na medida em que cada uma destas finalidades poderá envolver riscos diferentes.

Por outro lado, esta cláusula pode ainda, em alguns casos, servir para comprovar o cumprimento das obrigações do banco em matéria de prevenção do branqueamento de capitais previstas no Decreto-Lei n.º 11/2004, de 27 de Março, nomeadamente, o dever de exame.

Ao ficar contratualmente estipulado qual o escopo do financiamento, a utilização dos montantes para finalidade diversa da acordada poderá ter várias consequências, dependendo dos termos em que a cláusula tenha sido redigida. Assim, nos casos em que o mutuário se obrigue a dar determinado destino ao empréstimo, a não utilização dos montantes mutuados para a finalidade acordada será considerada um incumprimento de uma obrigação contratual, geradora de responsabilidade contratual.

Por outro lado, se tal não constituir uma verdadeira obrigação, a sua utilização para um fim diferente poderá dar lugar à anulação do contrato com fundamento em erro sobre as circunstâncias que constituem a base do negócio, sempre que se demonstre que foram violados os pressupostos com base nos quais o mutuante decidiu contratar (artigo 437.º, n.º 1 do C.Civ., ex vi artigo 252.º, n.º 2 do C.Civ.).

Por esta razão, o mutuário deve certificar-se de que a finalidade descrita no contrato corresponde exactamente àquela que pretende dar aos fundos mutuados. Assim, se à finalidade preponderante acrescerem outras finalidades genéricas (por exemplo, finalidades de apoio à tesouraria), elas devem ser descritas no contrato, pois só assim o mutuário poderá garantir que não será posta em causa a utilização que vier a dar aos fundos.

### **4. Documentação e condições suspensivas**

Em algumas operações, o mutuante exige ao mutuário, em momento prévio à celebração do contrato de financiamento, a apresentação de um conjunto de documentos que reputa essenciais à instrução do processo contratual.

De entre os documentos que nesses casos são habitualmente exigidos destacamos:

- Cópia certificada dos estatutos da mutua e certidão do registo comercial;
- Cópia da acta da reunião do Conselho de Administração ou da deliberação da Gerência na qual se deliberou aprovar a celebração do contrato de financiamento; ou
- Cópia das actas das reuniões da Assembleia-geral, nos casos em que tal seja legal ou estatutariamente necessário, ou quando o mutuante o

## A Negociação de Contratos de Financiamento

entenda conveniente para se certificar de que os detentores de participações sociais do mutuário conhecem e concordam com a decisão de celebração do contrato de financiamento tomada pelo Conselho de Administração.

Da exigência de apresentação de documentos em momento anterior ao da celebração do contrato distinguem-se as condições suspensivas habitualmente incluídas no clausulado dos contratos de financiamento. Com efeito, se no primeiro caso estamos perante condições negociais impostas pelo mutuante para a celebração do contrato, no segundo estão em causa condições de cuja verificação depende a produção de efeitos jurídicos do contrato.

A inclusão de condições suspensivas nos contratos de financiamento depende, em grande medida, do tipo de contrato em causa. No caso dos contratos de empréstimo, como a entrega efectiva do capital constitui elemento constitutivo do contrato, a inclusão de uma eventual condição suspensiva da entrega dos montantes mutuados suspende a eficácia do negócio no seu todo, pelo que, nesses casos, em bom rigor, não estaremos perante um contrato de empréstimo, mas sim perante uma promessa de concessão de empréstimo sujeito a determinadas condições. Por seu turno, no caso da abertura de crédito, as condições suspensivas podem, consoante a formulação que lhes for dada, suspender a eficácia da própria linha de crédito ou apenas suspender a sua utilização, impedindo, assim, o mutuário de utilizar o crédito antes da sua verificação.

Em regra, é o mutuante quem toma a iniciativa de incluir condições suspensivas nos contratos de financiamento. As condições suspensivas traduzem-se habitualmente na exigência de apresentação de certos documentos quando estes não estão disponíveis na data de assinatura do contrato ou só podem ser obtidos após a sua assinatura. Consequentemente, caso esses documentos não sejam apresentados, o contrato não será eficaz, ou, estando em causa um contrato de abertura de crédito, o crédito não poderá ser utilizado.

São exemplos de documentos habitualmente exigidos pelo mutuante e sem os quais a eficácia do contrato se mantém suspensa:

- Cópia da acta da reunião do Conselho de Administração ou Gerência do mutuário na qual se deliberou aprovar a ratificação do contrato de financiamento, sempre que o mutuante exija a ratificação unânime do contrato, obstando, desse modo à contestação ou impugnação da decisão de ratificação do Conselho de Administração ou Gerência;
- Cópia das autorizações administrativas, pareceres jurídicos e garantias reais ou pessoais necessárias à execução do contrato, quando não tenham sido exigidos em momento anterior à celebração do contrato e,

## A Negociação de Contratos de Financiamento

especialmente no caso de cópia das garantias reais ou pessoais que o mutuário tenha prestado a favor de terceiro, quando a celebração do contrato de constituição de garantias entre mutuário e mutuante ocorra em momento posterior ao da celebração do próprio contrato de financiamento;

- Parecer jurídico sobre a validade e exequibilidade do contrato face à lei portuguesa, documento que tanto é pedido por mutuantes estrangeiros para obterem informações suplementares acerca das soluções acolhidas pelo Direito português, como por bancos nacionais, muito embora, neste último caso, tal apenas ocorra quando existam aspectos particulares na operação que o justifiquem;
- Documento comprovativo da constituição das garantias reais e/ou pessoais das obrigações do mutuante que tiverem sido exigidas; e
- Por último, apenas para os contratos de abertura de crédito e relativamente a cada utilização, o pedido de utilização.

## 5. Juros

### 5.1. Juros remuneratórios

Os juros constituem a forma de remuneração típica do empréstimo<sup>1</sup>, sendo a respectiva taxa fixada em percentagem sobre o capital mutuado.<sup>2</sup>

O Decreto-Lei n.º 344/78, de 17 de Novembro, regula vários aspectos referentes às taxas de juro bancário, designadamente a classificação dos créditos bancários segundo os prazos, o vencimento dos juros, a possibilidade da sua alteração no decurso da operação por acordo prévio e escrito das partes, as implicações de alterações nas taxas de juro legais no

---

<sup>1</sup> Os juros constituem remuneração pela simples privação do capital.

<sup>2</sup> A íntima relação entre a obrigação de juros e a obrigação de capital manifesta-se em vários aspectos: (i) na presunção da cessão do crédito de juros em caso de cedência do crédito principal, nos termos do artigo 582.º, n.º 1 do C.Civ., (ii) na circunstância de, em caso de transmissão da dívida principal, se presumir que a obrigação de juros também foi transmitida para o novo devedor (artigo 599.º do C.Civ.), (iii) no facto de o penhor e a hipoteca constituídos para o crédito principal e o privilégio creditório incluírem os juros (artigos 666.º, n.º 1; 693.º, n.º 2 e n.º 3 e 734.º do C.Civ., respectivamente). Por outro lado, caso o credor dê quitação do capital, sem reserva de juros, presume-se o pagamento destes (artigo 786.º, n.º 1 do C.Civ.). Note-se, todavia, que os dois créditos – o de capital e o de juros – conservam uma certa autonomia, já que, nos termos do artigo 561.º do C.Civ., permite-se, por um lado, a cessão do capital, mantendo-se o crédito aos juros vencidos, e, por outro lado, a cessão dos juros mantendo-se o crédito ao capital.



## A Negociação de Contratos de Financiamento

decorrer da operação, os juros de mora, bem como a admissibilidade do anatocismo nestes contratos.

Nos empréstimos bancários, as taxas de juro bancário são livremente estipuladas pelas partes (de acordo com a norma especial do artigo 2.º do Aviso do Banco de Portugal n.º 3/93, de 20 de Maio), não se aplicando os limites fixados pelo Código Civil, ao contrário do que sucede com as taxas de juro civis e as mercantis, em relação às quais, nos termos do artigo 559.º do C.Civ., são fixadas taxas supletivas por portaria conjunta dos Ministérios das Finanças e da Justiça.

Contudo, a liberdade de fixação das taxas de juro no âmbito de operações bancárias não afasta a proibição da celebração de negócios usurários nem a proibição do anatocismo.

Assim, de acordo com o artigo 282.º do C.Civ., os juros bancários não podem ser fixados de forma a propiciar o aproveitamento, por parte do mutuante, de uma eventual situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter do mutuário, obtendo, dessa forma, benefícios excessivos ou injustificados.

Atendendo a que a actividade bancária e o acesso ao crédito são livres, considera-se que a taxa de juro acordada, ainda que alta, reflecte o risco que aquele mutuário e a finalidade do seu crédito representam para o mutuante<sup>3</sup>. Daí que seja não seja de esperar que os juros cobrados por uma instituição bancária possam ser usurários<sup>4</sup>, por se pressupor que o mutuário ao celebrar

---

<sup>3</sup> O acórdão do STJ, de 9 de Outubro de 1997, disponível em <http://www.dgsi.pt>, considerou que a fixação, por acordo das partes, de uma taxa de juro livre para as operações de crédito, sem indexação a taxas máximas pré-estabelecidas, não constitui usura nem viola qualquer preceito legal, nomeadamente não está em desacordo com a Lei das cláusulas contratuais gerais ("LCCG").

Cf. ainda o acórdão da Tribunal da Relação de Lisboa., de 5 de Junho de 1996, disponível em <http://www.dgsi.pt>, nos termos do qual quando estejamos perante um contrato cuja taxa de juro estipulada seja superior à taxa de juro legal prevista no artigo 1146.º do C.Civ. e em caso de cessão de crédito pela instituição bancária a outrem, a taxa de juro acordada terá de ser reduzida por forma a não ultrapassar os limites previstos naquela disposição legal para o mútuo civil.

<sup>4</sup> A questão poderá, no entanto, colocar-se quanto aos juros cobrados pelo crédito concedido ao abrigo da utilização de cartões de crédito, na medida em que o mutuário adere ao contrato, sem qualquer liberdade de estipulação das suas cláusulas, devendo a legalidade da taxa de juro nele fixada ser aferida por referência à lei das cláusulas contratuais gerais aprovada pelo Decreto-lei n.º 249/99, de 7 de Julho e não apenas face às leis que regulam o crédito bancário, principalmente no que respeita à qualificação dos juros cobrados como juros moratórios. Aliás, o próprio Decreto-lei n.º

## A Negociação de Contratos de Financiamento

um empréstimo a uma determinada taxa de juro, considerou ter sido essa a taxa de juro mais vantajosa de entre as oferecidas no mercado bancário para aquele empréstimo, nas condições e com as garantias que está disposto a oferecer.

Quanto ao anatocismo, embora exista uma proibição legal de cobrança de juros sobre juros, a lei permite a capitalização de juros desde que estejam preenchidos os requisitos fixados pelo artigo 560.º do C.Civ, a saber:

- A existência de convenção posterior ao vencimento de juros ou de notificação judicial feita ao devedor para capitalizar os juros em alternativa ao seu pagamento, só podendo ser capitalizados juros correspondentes ao período mínimo de um ano (artigo 560.º, n.º 1 e n.º 2 do C.Civ.); e
- O recurso à capitalização de juros seja permitido por regras ou usos particulares do comércio (artigo 560.º, n.º 3 do C.Civ.).

Ora, atendendo a que o artigo 5.º, n.º 6 do Decreto-Lei n.º 344/78 restringe a proibição de capitalização de juros à capitalização por períodos inferiores a três meses, numa interpretação *a contrario* desse preceito conclui-se que a capitalização de juros correspondentes a períodos iguais ou superiores a três meses é admissível.<sup>5</sup> Desta forma, parece-nos que o legislador reconheceu o

---

166/95, de 15 de Julho, prevê no seu artigo 3.º, n.º 1, que “*As entidades emitentes de cartões de crédito devem elaborar as condições gerais de utilização de acordo com (...) nomeadamente o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais*”.

As cláusulas contratuais gerais proibidas e, por isso, nulas poderão ser reduzidas nos termos do artigo 292.º do C.Civ. No entanto, tal só acontecerá quando estejamos *perante negócio de vulto*, como bem nota MENEZES CORDEIRO já que, “*no domínio dos negócios correntes do dia-a-dia, nenhum consumidor iria mover uma custosa e sempre incerta acção para fazer valer a nulidade de alguma cláusula*” (in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Manual de Direito Bancário, Almedina, Coimbra, 2.ª Edição, 2001, pp. 471 e 472).

O acórdão do STJ, de 9 de Outubro de 1997, disponível em <http://www.dgsi.pt>, considerou nula, por aplicação dos artigos 12.º e 19.º, alínea c), da LCCG., a cláusula penal que estipulava um acréscimo de 4% sobre a taxa de juro acordada (no caso 31.06%) em caso de mora, por desproporcionada relativamente aos danos a ressarcir.

<sup>5</sup> Neste sentido, cf. o acórdão do STJ de 11 de Outubro de 2005, nos termos do qual “em contrário da proibição do anatocismo ínsita no n.º 1 do art. 56.º C.Civ., mas ao abrigo da excepção a esse princípio estabelecida no seu n.º 3, não sofre dúvida também, face ao disposto no D-L n.º 344/78, de 17/11, a admissibilidade da capitalização dos juros, de uso generalizado aliás, nas operações de crédito realizadas pelas instituições de crédito ou para-bancárias”.

## A Negociação de Contratos de Financiamento

uso bancário da capitalização dos juros praticado pelos bancos, tendo aceite a sua aplicação a juros correspondente a períodos iguais ou superiores a três meses.

Outro dos aspectos relacionados com os juros remuneratórios que merece atenção aquando da negociação de contratos de financiamento é a definição da taxa de juro a que o capital ficará sujeito.

As partes podem estipular uma taxa de juros fixa ou uma taxa variável indexada a uma taxa de referência periodicamente fixada ao longo da vigência do contrato. Em regra, os contratos celebrados entre instituições nacionais e as operações denominadas em euros utilizam como taxa de referência a “Euribor”, que é a taxa patrocinada pela Federação Bancária Europeia e pela Associação Cambista Internacional.

O valor da “Euribor” é calculado através da média aritmética simples de todos os tipos de taxas diárias praticadas, entre sessenta e quatro entidades financeiras com um grande volume de negócios, para as operações cruzadas no prazo de um ano no mercado dos depósitos interbancários na zona da União Europeia. A “Euribor” pretende, assim, reflectir o custo potencial que o banco mutuante teria se obtivesse um empréstimo junto do mercado interbancário. A “Euribor” representa, portanto, um custo potencial e não um custo real, o qual será inferior ou superior consoante o real custo dos fundos a que o banco tenha acesso. A indexação da taxa de juro visa, pois, assegurar que o banco, ainda que tenha que recorrer a fundos do mercado interbancário, terá uma taxa de rentabilidade do empréstimo favorável.

A “Euribor” é fixada por referência a um período de um, três ou seis meses ou de um ano, correspondendo à taxa fixa que o mercado interbancário cobraria para um empréstimo dessa duração. Os períodos de contagem dos juros acompanham a duração do período fixado para a taxa indexante. Na fixação do período de referência interessa ao mutuário atender à previsibilidade de modificação da taxa. No entanto, a oscilação da taxa de juro nem sempre é fácil de prever, sobretudo quando estão em causa contratos de empréstimo com duração superior a um ano.

A taxa que normalmente é estipulada nos contratos de financiamento resulta da soma da taxa de referência (de que a “Euribor” é um exemplo) acrescida de uma margem que inclui a remuneração (expressa numa percentagem) do banco para além do financiamento no mercado interbancário. Para determinar a margem, o banco pode ainda incluir os custos que resultam para o banco das obrigações de manutenção de reservas ou fundos próprios impostas pelo Banco de Portugal.

A este propósito, o Aviso n.º 1/93 do Banco de Portugal fixou em 8% o rácio de solvabilidade, isto é, a relação que se estabelece entre o montante dos fundos próprios e o conjunto dos elementos do activo, nomeadamente os

## A Negociação de Contratos de Financiamento

empréstimos, os quais são ponderados de acordo com determinados coeficientes. O coeficiente de ponderação dos empréstimos varia tendo em conta o risco que cada mutuário e/ou as garantias prestadas representam, podendo ser de 0%<sup>6</sup>, 20%<sup>7</sup>, 50%<sup>8</sup> e de 100%<sup>9</sup>.

Deste modo, consoante o coeficiente de ponderação aplicável ao empréstimo, os bancos serão obrigados a manter fundos próprios correspondentes a 0%, 20%, 50% ou 100% dos referidos 8%, ou seja, de 0%, 1,6%, 4% ou 8% do montante total mutuado.

O coeficiente de ponderação de um contrato de financiamento pode, no entanto, sofrer alterações, seja porque a ponderação atribuída por parte do banco não tenha sido correcta *ab initio* à luz do parágrafo 2.º da Parte I do Anexo ao Aviso n.º 1/93 do Banco de Portugal, seja porque, entretanto, as regras da ponderação tenham sido alteradas. Daí que possam ser incluídas nos contratos de financiamento cláusulas de alteração da margem ou *spread* em função da alteração da ponderação. No entanto, a prática demonstra que a previsão deste tipo de cláusulas não é comum, apenas ocorrendo em casos excepcionais, quando se receie o aumento da ponderação. Estando em causa empréstimos concedidos por bancos a empresas portuguesas, não é curial que o banco repercuta uma eventual alteração do regime de ponderação sobre o mutuário, mediante a revisão da margem aplicável.

Contudo, e uma vez que se espera que o actual regime de ponderação seja alterado em função das directrizes do Acordo de Basileia II, a questão tem-se colocado com mais acuidade nos contratos mais recentes.

---

<sup>6</sup> O coeficiente de 0% aplica-se a empréstimos concedidos a, ou garantidos por, entidades que apresentam um risco extremamente diminuído. É designadamente o caso dos empréstimos concedidos ou avalizados por Estados-Membros da União Europeia ("UE") ou por Estados que sejam membros da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico ("OCDE") – os chamados países da zona A - bem como aos empréstimos feitos aos bancos centrais daqueles Estados ou à UE, ou por eles garantidos.

<sup>7</sup> O coeficiente de 20% aplica-se aos créditos concedidos ou garantidos pelo Banco Europeu de Investimento, pelas autoridades regionais e locais dos países da zona A, por instituições de crédito da zona A (desde que esses elementos não sejam elegíveis para constituírem fundos próprios dessas instituições) e por instituições de crédito da zona B, desde que o prazo de vencimento residual seja inferior ou igual a um ano, com excepção dos títulos emitidos por essas instituições que sejam elegíveis para fundos próprios, bem como aos créditos por eles garantidos.

<sup>8</sup> O coeficiente de 50% aplica-se aos créditos garantidos por hipoteca sobre imóveis.

<sup>9</sup> O coeficiente de 100% aplica-se residualmente a todos os empréstimos aos quais não corresponda outro coeficiente de ponderação.

## A Negociação de Contratos de Financiamento

O Acordo de Basileia II postula a adopção de um modelo mais flexível de avaliação do risco de cada operação, através da criação de uma nova grelha de coeficientes de ponderação ou, em alternativa, da atribuição aos bancos da competência de avaliação do risco representado por cada mutuário como forma de facilitar a determinação do respectivo coeficiente. A alteração do regime de ponderação fará com que os pressupostos de cada empréstimo, em concreto, possam vir a alterar-se, pelo que poderá haver razões para que as partes definam no contrato se aquelas alterações implicarão ou não a revisão da margem.

Hoje em dia, é cada vez mais frequente que os bancos procurem repercutir o custo resultante da alteração das regras de ponderação sobre o mutuário, através da inclusão nos contratos de financiamento de uma cláusula de revisão da margem. Nesta matéria, o mutuário, a quem não interessa que uma eventual alteração do regime da ponderação possa implicar o aumento da taxa de juro poderá argumentar que as alterações do regime da ponderação constituem um risco próprio da actividade bancária e que, conseqüentemente, não deverá o banco repercutir o acréscimo dos coeficientes nos juros sobre o mutuário.

No entanto, poderá haver situações em que haja interesse na partilha do risco resultante de uma eventual alteração do regime da ponderação, podendo as partes estipular que a margem do banco será menor nos casos em que a ponderação seja reduzida (já que, nesse caso os montantes deixarão de estar imobilizados, podendo o mutuante rentabilizá-los) e maior quando a sua ponderação aumente. Em todo o caso, a definição das relações entre a ponderação e a margem deverá ser feita através da utilização de uma fórmula de cálculo pré-acordada pelas partes para evitar que estas tenham que calcular o custo real para o banco da revisão dos montantes dos fundos próprios a manter por conta do empréstimo.

### 5.2. Juros moratórios

Em caso de mora no cumprimento, o mutuário ficará obrigado a pagar juros de mora<sup>10</sup>, que são normalmente fixados pelo banco através da soma de determinada percentagem à taxa de juro, regra geral, entre 2% e 4%. A cláusula que estipula os juros moratórios, enquanto cláusula penal que é, prossegue duas finalidades típicas: por um lado, constitui um estímulo ao cumprimento atempado e, pelo outro, permite indemnizar o mutuante pelas perdas decorrentes de um atraso no cumprimento, ficando estipulado, desde logo, o critério de determinação do montante dessa indemnização.

---

<sup>10</sup> Os juros de mora representam a reparação pelo atraso na prestação.

### **6. Reembolso e reembolso antecipado**

O reembolso do capital consiste na amortização do capital pelo mutuário, a qual pode ocorrer no termo do contrato ou em momento anterior, de uma só vez ou em prestações.

O prazo para o reembolso fixado no contrato presume-se ter sido estipulado a favor de ambas as partes, nos termos do artigo 1147.º do C.Civ.. Consequentemente, o mutuário só está obrigado a amortizar o capital nas datas previstas no contrato, estando assegurada, por essa via, a rendibilidade do empréstimo, uma vez que um eventual reembolso antecipado por parte do mutuário implicaria o pagamento dos juros por inteiro. Não obstante, as partes são livres de estipular a possibilidade de reembolso antecipado sem a necessidade de pagar a totalidade dos juros vincendos.

O mutuário será o mais interessado em incluir no contrato uma cláusula que lhe permita reembolsar antecipadamente o empréstimo. Na verdade, a inexistência de uma cláusula no contrato alternativa ao regime do artigo 1147.º do C.Civ. levará a que o mutuário não possa utilizar receitas que eventualmente venha a obter para reembolsar antecipadamente o empréstimo, ou não possa aproveitar condições de crédito mais favoráveis que lhe sejam propostas por uma outra instituição bancária, por exemplo.

Por seu turno, o banco pretenderá manter o empréstimo em vigor, evitando, tanto quanto possível, a estipulação de cláusula que permita o reembolso antecipado, de modo a garantir a sua remuneração.

Perante posições tão extremadas, é habitual a inserção de cláusula nos contratos de financiamento a permitir o reembolso antecipado do empréstimo, mas apenas conjuntamente com o pagamento de uma comissão do reembolso correspondente a uma percentagem do capital reembolsado, normalmente não superior a 0,5%. Quando a taxa de juro é baixa e o mutuário tem algum poder de negociação que lhe permite evitar a estipulação de uma compensação ou “penalidade” para o reembolso antecipado, é costume estabelecer-se que o reembolso só poderá ser realizado em determinados momentos ou em determinados montantes mínimos ou múltiplos desses montantes. A fixação de um montante mínimo serve para facilitar o cálculo do montante total ainda em dívida, bem como para criar um pequeno entrave ao reembolso antecipado.

### **7. Declarações e garantias**

A cláusula das declarações e garantias tem a sua origem nas “representations and warranties” do Direito inglês, sendo as primeiras meras declarações relativas aos pressupostos do negócio e as segundas verdadeiras obrigações do mutuário.

## A Negociação de Contratos de Financiamento

No Direito português, as declarações e garantias do mutuário apenas representam os pressupostos com base nos quais o banco aceitou fazer o financiamento, nomeadamente o objecto do contrato, a pessoa do mutuário e as circunstâncias que serviram de base ao negócio, pelo que, sempre que não correspondam à verdade, o mutuante poderá anular o contrato ao abrigo do regime do erro sobre a pessoa, o objecto ou as bases do negócio ou do regime do erro com dolo, bem como, cumpridos que estejam os requisitos legais, responsabilizar o mutuário pelos danos sofridos a título de responsabilidade pré-contratual (artigo 227.º do C.Civ.).

As “garantias” da cláusula de declarações e garantias pretendem reforçar o valor das afirmações do mutuário, não constituindo obrigações em sentido próprio, nem se confundindo com as garantias das obrigações, pessoais e reais, previstas na lei.

O elenco das declarações e garantias varia em função do tipo de operação, das garantias (em sentido próprio) que existam, mas também do poder negocial das partes. Em qualquer caso, é comum o mutuário declarar que:

- Tem capacidade para contrair o empréstimo e cumprir as obrigações nele previstas;
- As obrigações por si assumidas no contrato são válidas e não violam nem incumprem obrigações legais ou contratuais;
- Praticou os actos e obteve as autorizações necessárias à celebração e ao cumprimento do contrato;
- Não necessita de obter o consentimento, a aprovação ou a autorização de terceiros para cumprir as obrigações decorrentes do contrato; e
- Não está pendente ou em vias de ser instaurada contra si qualquer acção, processo de arbitragem ou procedimento perante qualquer tribunal, ou outra entidade pública, que possa dar origem a uma consequência desfavorável para o mutuante.

A declaração do mutuário relativamente à capacidade para celebrar o contrato de financiamento e executar as suas obrigações assume particular importância quando existam restrições específicas à capacidade do mutuário, independentemente da sua capacidade genérica. É o que sucede, nomeadamente, quando o mutuário não é uma sociedade comercial ou quando, havendo dois mutuários que são sociedades comerciais, um deles presta garantias a favor de um outro. Com efeito, de acordo com o artigo 6.º, n.º 3 do Código das Sociedades Comerciais (“CSC”), as sociedades comerciais só têm capacidade para prestar garantias a dívidas de outras entidades se existir justificado interesse próprio nisso ou se a sociedade

## A Negociação de Contratos de Financiamento

garantida estiver em relação de domínio ou de grupo com a que presta a garantia.

De acordo com o disposto no artigo 251.º do C.Civ, o erro que atinja os motivos determinantes da vontade, quando se refira à pessoa do declaratória ou ao objecto do negócio, torna este anulável. Trata-se da hipótese de erro-motivo ou erro-vício, em que se não fosse o erro, a pessoa não teria pretendido realizar o negócio, pelo menos nos termos em que o efectuou.,

Deste modo, o facto de o mutuário não ter capacidade para celebrar o contrato afectará a sua validade, motivando a sua anulabilidade, se a capacidade do mutuário for considerada motivo determinante e essencial para a tomada da decisão de contratar por parte do mutuante.

A declaração do mutuário quanto à validade das obrigações que assumiu perante o mutuante tem por objectivo assegurar que essas obrigações se encontram em conformidade com as normas legais aplicáveis. Esta declaração assume especial relevância nos contratos de financiamento internacionais, permitindo ao mutuante estrangeiro certificar-se de que o contrato está de acordo com o Direito português. Ao invés, quando as partes forem portuguesas e o contrato estiver sujeito ao Direito português, essa declaração é praticamente inútil, podendo mesmo ser contraproducente ou enfraquecer a vinculatividade das outras declarações, na medida em que não impede que cláusulas incluídas no contrato, que violem disposições legais, sejam anuladas ou declaradas nulas.

Regra geral, ao ser incluída num contrato de financiamento, esta declaração poderá ser interpretada como expressão de um pressuposto fundamental da formação da decisão de contratar pelas partes. Se assim for, verificando-se a invalidade de uma disposição contratual, a existência desta declaração e da sua essencialidade impedirá a redução do contrato, nos termos do artigo 292.º do C.Civ..

Por outro lado, ao exigir do mutuário uma declaração de conformidade das transacções previstas no contrato com outras obrigações contratuais que tenha assumido anteriormente, o mutuante pretende assegurar-se de que as cláusulas do contrato de financiamento não violam disposições de outro contrato que proíba o mutuário de recorrer ao crédito. O que está em causa não é a celebração do contrato de financiamento, mas sim o cumprimento das obrigações nele contidas, especialmente se aquele outro contrato tiver sido celebrado com um grande cliente ou fornecedor, situação que poderá fazer com que as receitas do mutuário não sejam as esperadas e conduzir, em última instância, à sua insolvência.

Interessa também ao mutuante que o mutuário declare que praticou os actos e obteve as autorizações necessárias à celebração e ao cumprimento do contrato. Desta forma, o mutuante assegura-se de que o mutuário actuou em



## A Negociação de Contratos de Financiamento

conformidade com a lei, praticando todos os actos legalmente exigíveis para a celebração e, conseqüentemente, que os sócios do mutuário não poderão vir a opor-se em momento posterior à celebração ou à execução do contrato de financiamento.

Outra das declarações habitualmente exigidas ao mutuário é a que se refere à desnecessidade de quaisquer autorizações de terceiros para o cumprimento das obrigações decorrentes do contrato. A razão desta exigência é a importância que reveste para o mutuante o facto de o cumprimento do contrato não estar, nem poder vir a ficar, dependente da actuação de um terceiro.

Por fim, através da declaração prestada pelo mutuário em como não está pendente ou em vias de ser instaurada contra si qualquer acção, processo de arbitragem ou procedimento perante qualquer tribunal, ou outra entidade pública, o mutuante tem como objectivo obter garantias quanto à estabilidade da situação económica e financeira do mutuário.

Todavia, o mutuário poderá não concordar com uma declaração tão ampla, uma vez que lhe é difícil, senão mesmo impossível, garantir que no futuro não venham a ocorrer litígios, os quais podem vir a constituir uma causa de vencimento antecipado ou de resolução do contrato. Em alternativa, poderá propor-se declarar que, à data em que foi proferida a declaração, não existem quaisquer litígios envolvendo o mutuário acima de determinado de valor. Adicionalmente, interessa-lhe que a declaração seja limitada ao seu conhecimento sobre a questão, pelo que preferirá declarar que, tanto quanto é do seu conhecimento, nenhuma acção lhe foi movida (ou está na iminência de vir a ser).

Quanto à interpretação a dar à expressão “consequência desfavorável para o mutuante”, o mutuário tentará que sejam excluídos os litígios que não afectem o contrato de financiamento ou a sua capacidade para o cumprir.

As declarações e garantias do mutuário referem-se unicamente à situação existente no momento em que são proferidas, pelo que, por seu intermédio, o mutuário não se obriga para o futuro perante o mutuante. Se o mutuante pretende que o mutuário garanta determinada afirmação para o futuro, ou que reitere determinada declaração que fez, então já não se estará perante uma declaração que serviu como base para a formação da decisão de contratar, mas sim perante uma obrigação do mutuário. A reiteração das declarações e a garantia da continuidade da sua veracidade além da data em que foram prestadas implicam, por isso, a vinculação do mutuário a uma obrigação de objecto idêntico ao da declaração, exigindo-se o seu cumprimento em determinadas datas ou durante a vigência do contrato.

As declarações prestadas pelo mutuário reflectem, pois, apenas os pressupostos nos quais o banco aceitou conceder o financiamento. Se

## A Negociação de Contratos de Financiamento

alguma das declarações que tenha sido essencial para a formação da vontade de contratar não for verdadeira, o contrato poderá ser anulado por erro alegado pelo mutuante, que é a parte contratual que se encontra em erro quanto às declarações. Uma vez anulado o contrato, as partes ficam obrigadas a restituir tudo o que tiverem prestado até esse momento. Quando o erro for doloso, o mutuário será ainda responsável perante o mutuante, podendo ter de o indemnizar de forma a colocá-lo na situação em que este estaria se o contrato tivesse efectivamente sido cumprido (indemnização pelo interesse contratual positivo), o que, no caso, significa que o mutuário terá que satisfazer os juros por inteiro.

Se não houver dolo, o mutuário terá apenas de indemnizar o mutuante de forma a colocá-lo na situação em que este se encontraria se o negócio não tivesse sido concluído (interesse contratual negativo), pelo que apenas terá de restituir o que recebeu, podendo, eventualmente, ter ainda de compensar o custo do financiamento em que o banco incorreu mas não terá a obrigação de pagar a totalidade dos juros que se teriam vencido na data da restituição do capital<sup>11</sup>.

No caso específico dos contratos de abertura de crédito, as declarações devem ser reiteradas aquando dos pedidos de utilização do crédito. Com efeito, constituindo essas declarações a base do negócio, faz sentido que o banco não queira manter aberto o crédito se, nesses momentos, as declarações não puderem ser reiteradas por terem deixado de ser verdadeiras.

---

<sup>11</sup> Haverá casos, porém, em que à responsabilidade *in contrahendo* corresponderá o dever de indemnizar pelo interesse contratual positivo, neste sentido PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado, Almedina, Coimbra, 4.ª edição, 1987, 216, ponto 3, para quem “A responsabilidade em que incorre o faltoso obrigá-lo-á, em regra, a indemnizar o interesse negativo (ou de confiança) da outra parte, por modo a colocar esta na situação em que ela se encontraria, o negócio se não tivesse efectuado. Mas pode, excepcionalmente, se a conduta culposa consistir na violação do dever de conclusão do negócio, a sua responsabilidade tender para a cobertura do interesse positivo (ou de cumprimento)”. Cf. ainda quanto a este aspecto o acórdão do STJ, de 26 de Janeiro de 2006, disponível em <http://www.dgsi.pt>, nos termos do qual “com o encontro de proposta e aceitação, já conseguido o acordo, a própria fase decisória da negociação tinha já chegado a (bom) termo, faltando apenas formalizar o contrato (...) em tais circunstâncias é (...) de considerar já existente autêntico dever de conclusão e ser, por isso, de indemnizar o interesse do cumprimento”.

## **8. Obrigações acessórias do mutuário**

### **8.1. Aspectos gerais**

Acessoriamente às obrigações de reembolso e de pagamento de juros, o mutuante pode impor ao mutuário determinadas obrigações destinadas a assegurar a sua solvabilidade futura, bem como a abstenção, durante a vigência do contrato, da prática de actos susceptíveis de diminuir, colocar em perigo ou por qualquer outra forma prejudicar as garantias prestadas ou onerar o seu património, nomeadamente através da constituição de obrigações novas que fiquem graduadas acima do crédito do mutuante.

A função primordial destas obrigações acessórias é, portanto, assegurar que o risco do crédito e, com ele, a possibilidade de incumprimento futuro do mutuário, não aumente ao longo da vigência do contrato, dotando o mutuante dos meios necessários para actuar atempadamente caso tal facto venha a verificar-se.

Nos contratos de financiamento, as obrigações acessórias surgem funcionalmente subordinadas a outras obrigações, constituindo um conjunto de cláusulas de salvaguarda às quais o mutuário está adstrito ao longo de toda a vigência do contrato.

### **8.2. Cláusulas de garantia patrimonial**

#### **Prestação de facto negativo**

As obrigações de prestação de facto negativo têm a sua origem na cláusula de Direito inglês denominada “negative pledge”, pela qual o mutuário se obriga a não alienar ou onerar a totalidade ou parte substancial do seu património, a não onerar os bens dados em garantia (no caso do crédito estar garantido), bem como a não praticar ou consentir que sejam praticados actos que possam diminuir, colocar em perigo ou prejudicar as garantias do banco.

Ao assegurar que nem a garantia patrimonial geral, nem as garantias especiais, quando existam, sejam reduzidas em consequência da alienação ou oneração do património do mutuário, esta cláusula garante ao mutuante a prevalência da sua posição em relação à posição de outros credores do mutuário ou, pelo menos, que os seus créditos serão graduados como créditos comuns em igualdade com os créditos dos demais credores.

Do ponto de vista do mutuário, esta cláusula poderá comprometer o normal desenvolvimento da sua actividade ao implicar a proibição de oneração ou alienação de activos ou ainda a concessão de garantias. Se for esse o caso, o mutuário deverá propor a limitação desta proibição a determinados montantes, anual ou individualmente considerados – por exemplo, uma determinada percentagem do seu capital próprio – e a restrição do âmbito de aplicação desta e de outras limitações incluídas nesta cláusula, deixando de fora, por exemplo, a empresa mãe ou empresas suas filiais, caso existam.

## A Negociação de Contratos de Financiamento

As limitações sobre a alienação ou a oneração do património do devedor têm um âmbito diferente, consoante o mutuário tenha ou não prestado garantias ao mutuante. Assim, se o mutuário não tiver prestado garantias ao mutuante, as limitações sobre a alienação ou oneração do seu património têm como objecto qualquer garantia, dado que, em princípio, de acordo com o disposto no artigo 604.º do C.Civ., os créditos garantidos por uma garantia real prevalecem sobre os créditos garantidos pelo património geral do devedor, que constitui a garantia geral do cumprimento das suas obrigações (artigo 601.º do C.Civ.). Em princípio, este tipo de cláusulas serão válidas, tendo apenas como limites o abuso de direito (artigo 334.º do C.Civ.) e as regras do negócio usurário (artigo 282.º do C.Civ.). Ao invés, se o mutuário tiver prestado uma garantia real a favor do mutuante, aplicar-se-ão determinadas restrições legais à alienação ou oneração dos bens dados em garantia.

Assim, quando o crédito se encontre garantido por uma hipoteca, este tipo de cláusula não será admissível já que, como resulta do disposto no artigo 695.º do C.Civ., a convenção que proíba o respectivo dono de alienar ou onerar os bens hipotecados é nula. Por outro lado, atendendo à regra da prioridade do registo, estando em confronto duas hipotecas, prevalecerá aquela que, de entre as duas, tiver sido previamente registada, pelo que este tipo de cláusula será de pouca utilidade dado que o registo da hipoteca assegurará ao mutuante a prioridade em relação a futuros credores hipotecários.

Por sua vez, estando o crédito garantido por penhor, pode sustentar-se que não será legalmente possível proibir a alienação ou a oneração dos bens empenhados, tendo em conta a remissão expressa do artigo 678.º para o artigo 695.º do C.Civ..

No entanto, na maior parte das situações, esta limitação não terá qualquer efeito prático a não ser no caso de penhor de direitos e do penhor comercial de bens sujeitos a registo – as únicas situações em que é concebível a sujeição da coisa empenhada a segundo penhor sem o consentimento do primeiro credor pignoratício.

Com efeito, quer no caso do penhor civil e penhor financeiro, que pressupõem a tradição da coisa empenhada para a posse do credor pignoratício, quer no do penhor bancário em que os bens empenhados ficam na disposição do credor pignoratício, caso em que o autor do penhor não poderá alienar ou onerar esses valores sem o consentimento do credor pignoratício<sup>12</sup>, não se compreende de que forma pode ser alienada ou

---

<sup>12</sup> Note-se, a propósito, que nos termos do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 29/833, de 17 de Agosto de 1939 “O penhor que for constituído em garantia de créditos de estabelecimentos bancários autorizados produzirá os seus efeitos, quer entre as partes, quer em relação a terceiros, sem necessidade de o dono do objecto empenhado fazer entrega dele ao credor ou outrem.”

## A Negociação de Contratos de Financiamento

novamente onerada a coisa empenhada e, por essa via, qual o efeito útil da proibição da limitação da sua alienação ou oneração por parte do respectivo proprietário.

Não obstante, o mutuante poderá obter o mesmo efeito prático se estipular que o crédito se vencerá automaticamente, ao abrigo do disposto no artigo 695.º do C.Civ., caso esses bens sejam alienados ou onerados.

### 8.3. *Pari passu*

Com a estipulação da cláusula de “*pari passu*”<sup>13</sup>, também ela oriunda de contratos de Direito inglês, o mutuário obriga-se a não constituir novas obrigações que fiquem graduadas acima das obrigações resultantes do contrato, evitando-se, dessa forma, que o mutuário venha a contrair novas obrigações garantidas por garantia real.

O mutuante garante que o seu crédito se manterá graduado acima ou pelo menos em paridade com outros créditos que eventualmente o mutuário venha a constituir ao longo da vigência do contrato.

O mutuário terá, no entanto, interesse em ressaltar a possibilidade de constituir garantias que resultem do normal desenvolvimento da sua actividade, bem como a constituição de garantias reais sobre bens que, não existindo à data da celebração do contrato de financiamento, venha a adquirir para o prosseguimento da sua actividade ou para o aumento da produção.

A cláusula de “*pari passu*” é genericamente admissível no Direito português desde que se limite a assegurar a manutenção da garantia patrimonial geral do mutuante face à posição de outros credores do devedor.

### 8.4. Obrigações financeiras

A estipulação de obrigações financeiras visa garantir a manutenção da situação patrimonial do mutuário, designadamente através da subsistência de um determinado rácio de solvabilidade determinado a partir da relação entre a dívida do mutuário e uma certa percentagem dos seus capitais próprios. O montante de capitais próprios que servirá de referência para a fixação dos limiares de solvabilidade tanto pode corresponder ao montante existente à data da celebração do empréstimo, como poderá resultar de compromissos assumidos pelos sócios do mutuário quanto à realização de prestações acessórias ou suplementares ou de novas entradas de capital.

---

<sup>13</sup> A propósito da cláusula de “*pari passu*” vd. VASCO SOARES DA VEIGA, Direito Bancário, Almedina, Coimbra, 2.ª Edição, 1997, p.375, que considera que esta cláusula só faz sentido no sistema anglo-saxónico porque neste é possível ao devedor, “*por negócio jurídico celebrado com um seu credor, pactuar um direito de preferência na graduação de créditos*”, situação que “*não é possível em Portugal*”.

## **A Negociação de Contratos de Financiamento**

Na negociação deste tipo de cláusulas, o mutuante procurará impor rácios de solvabilidade, limites ao endividamento e outras regras que garantam a manutenção do perfil de risco da operação, mas o mutuário procurará salvaguardar que o cumprimento destas obrigações não prejudicará o desenvolvimento normal da sua actividade.

### **8.5. Obrigações de informação**

Nos contratos de financiamento, é comum o mutuário obrigar-se a informar o mutuante sobre o desenvolvimento da sua actividade e dos seus negócios durante toda a vigência do contrato.

Do ponto de vista do mutuante, as obrigações de informação permitem-lhe confirmar e controlar o efectivo cumprimento das obrigações assumidas pelo mutuário no contrato. É por causa da utilidade potencial que a prestação de informações pelo mutuário pode vir a assumir que o banco procurará que o mutuário fique obrigado à prestação do maior número de informações possível, quer a propósito das circunstâncias determinantes para a decisão de contratar do banco, quer da verificação do cumprimento das obrigações assumidas no contrato.

Por sua vez, o mutuário procurará limitar o âmbito desta obrigação ao relatório e contas e às informações que realmente disponha e que não impliquem juízos sobre a condução dos seus negócios, procurando, ainda, que a informação a cuja transmissão fique vinculado seja objectiva.

## **9. Causas de incumprimento e de resolução**

### **9.1. Causas subjectivas de resolução**

Para além das causas de resolução previstas na lei, as partes são livres de estipular outras situações em que o contrato poderá ser resolvido (artigo 432.º, n.º 1 do C.Civ.).

Importa, desde logo, distinguir entre causas subjectivas e causas objectivas de resolução. As causas subjectivas resultam do incumprimento de obrigações previstas no contrato. Ao invés, as causas objectivas de resolução não estão dependentes da violação de obrigações, mas sim da ocorrência de determinados factos que permitem a uma das partes o exercício do direito de resolução.

Como qualquer outro contrato, os contratos de empréstimo e de abertura de crédito consideram-se cumpridos quando as obrigações assumidas pelas partes são pontual e integralmente cumpridas. O contrato diz-se incumprido quando o devedor não cumpre, no prazo estipulado, alguma das obrigações principais ou acessórias do contrato, causando dessa forma a perda de interesse do credor na manutenção do contrato (ainda que o interesse na prestação incumprida permaneça).

## A Negociação de Contratos de Financiamento

O incumprimento das obrigações principais, isto é, da obrigação de reembolso e de pagamento dos juros, confere ao mutuante a possibilidade de resolver imediatamente o contrato. Por sua vez, os efeitos do incumprimento de obrigações acessórias, desde que esse incumprimento não afecte o cumprimento de uma obrigação principal, encontram-se dependentes do que for estipulado pelas partes. Quanto a este aspecto, as partes tanto podem prever que o incumprimento destas obrigações conduz à resolução automática do contrato, como estipular um prazo de interpelação para que o mutuário as cumpra, findo o qual, caso a obrigação ainda não seja cumprida, o credor poderá resolver o contrato.

Contudo, pode questionar-se em que medida uma cláusula que estabeleça resolução automática do contrato com base no incumprimento de obrigações acessórias poderá ser considerada abusiva, ao não prever a necessidade de interpelação do devedor. O eventual carácter abusivo de uma cláusula deste tipo apenas poderá ser avaliada casuisticamente atendendo ao grau de autonomia da obrigação acessória em relação à obrigação principal e à susceptibilidade do cumprimento da obrigação principal ser afectada pelo incumprimento das obrigações acessórias.

Salvo estipulação em contrário, o simples atraso no cumprimento de uma obrigação para a qual foi estipulado prazo coloca o devedor numa situação de mora – que apenas confere ao credor o direito de reparação pelos prejuízos dela decorrentes – não permitindo, regra geral, ao credor resolver o contrato, a menos que haja séria e inequívoca impossibilidade de cumprimento por parte do mutuário<sup>14</sup> ou que o mutuante perca o interesse na prestação.

Nestas situações, o credor poderá converter a mora em incumprimento definitivo através da fixação no contrato de um prazo adicional para o cumprimento das obrigações findo o qual o mutuante poderá declarar o vencimento antecipado ou resolver o contrato. Se, decorrido esse prazo, a situação de incumprimento se mantiver, o mutuário passará a ser considerado como estando em incumprimento definitivo.

### 9.2. Causas objectivas de resolução

São normalmente causas objectivas de resolução as seguintes:

- A fusão, cisão, transformação ou dissolução do mutuário;
- A alteração no controlo accionista do mutuário;
- A cessação, suspensão ou interrupção, por qualquer forma, das actividades do mutuário;

---

<sup>14</sup> Neste sentido vd. JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, Das Obrigações em Geral, vol.II, Almedina, Coimbra, 7.ª Edição, 1997, p.92.

## A Negociação de Contratos de Financiamento

- O desenvolvimento de actividades fora do objecto social do mutuário; e
- A ocorrência de qualquer situação que constitua ou possa constituir uma diminuição das garantias de solvabilidade do mutuário ou ponha em risco o cumprimento de qualquer das obrigações.

A possibilidade de fusão, cisão, transformação ou dissolução do mutuário pode constituir um risco sério para o mutuante e para o seu crédito, sendo, por isso, considerada como uma situação suficiente para motivar a resolução de um contrato de financiamento.

Assim, uma eventual cisão do mutuário reduzirá, em princípio, o património do mutuário e, conseqüentemente, a garantia geral do cumprimento das obrigações do mutuário. Por seu turno, a fusão do mutuário com outra sociedade, embora possa conduzir a um aumento do património do mutuário (e, em consequência, da garantia do mutuante), poderá eventualmente trazer consigo um aumento do passivo e da oneração do património.

No que respeita à transformação, apesar de implicar o preenchimento de um conjunto de requisitos financeiros por parte do mutuário (por exemplo, o valor do seu património não poderá ser inferior à soma do seu capital e reserva legal) e, por essa via, de servir de incentivo à manutenção de índices patrimoniais e financeiros saudáveis por parte do mutuário, o mutuante pode deparar-se com a recusa da transformação por parte de algum dos sócios do mutuário e com a exoneração desses sócios da sociedade ao abrigo do disposto no artigo 137.º, n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais. De igual modo, quando esteja em causa a transformação de sociedade por quotas em sociedade anónima (que é a situação mais comum), as próprias circunstâncias que estiveram na base para a formação da decisão de contratar podem ser alteradas, atendendo ao potencial desconhecimento da identidade dos sócios do mutuário por parte do mutuante decorrente desta transformação.

A alteração no controlo accionista do mutuário pode implicar uma diminuição das garantias decorrentes do contrato para o mutuante, sobretudo quando o anterior accionista maioritário tiver sido essencial para a formação da decisão de contratar do mutuante, seja por força de uma eventual relação de confiança que existisse entre eles, seja porque esse accionista, por exemplo, se tivesse comprometido a realizar prestações de capital a favor do mutuário. A ser incluída no contrato, esta causa objectiva de resolução deverá ser o mais completa e descritiva possível de forma a identificar quais as alterações no controlo accionista que poderão justificar a resolução.

A cessação, suspensão ou interrupção das actividades do mutuário podem igualmente colocar em causa a garantia do crédito do mutuante, designadamente se implicarem uma redução da garantia patrimonial geral.



## A Negociação de Contratos de Financiamento

Não obstante, ainda que não se verifique qualquer diminuição do património do mutuário em consequência da cessação, suspensão ou interrupção das actividades do mutuário, essa cessação, suspensão ou interrupção implicará a alteração do risco avaliado pelo mutuante aquando da decisão de conceder o financiamento, o que por si só justificaria a inclusão destas situações no rol das causas objectivas de resolução dos contratos de financiamento.

O desenvolvimento de actividades pelo mutuário fora do objecto social poderá implicar uma diminuição do seu património, e, conseqüentemente, da garantia geral de que o mutuante goza a seu favor. Neste caso, ao mutuário restará negociar para que fique contratualmente ressalvado o desenvolvimento de actividades que, embora estejam fora do seu objecto social, não impliquem uma alteração no risco assumido pelo mutuante.

Por seu turno, no rol das situações que constituem ou podem vir a constituir uma diminuição das garantias de solvabilidade do mutuário ou que põem em risco o cumprimento de qualquer das obrigações por parte do mutuário encontra-se, por exemplo, a penhora de bens ou rendimentos do mutuário ou a alteração da estrutura accionista do mutuário.

É comum ainda os bancos imporem como causa de resolução, a verificação de situações, que no seu entender, indiquem que o mutuário não terá capacidade para cumprir as suas obrigações. Nestes casos, para reduzir a discricionariedade do mutuante, o mutuário poderá solicitar que seja feita uma remissão expressa para o artigo 780.º do C.Civ., norma à luz da qual este tipo de situações tem cobertura.

### 10. Vencimento antecipado

Perante o incumprimento de uma prestação das várias em que normalmente está dividido o cumprimento das obrigações de capital e juros, ou a verificação de uma das causas objectivas de resolução previstas no contrato, o mutuante pode considerar imediatamente vencido o crédito e, dessa forma, exigir ao mutuário o pagamento do montante total que estiver em dívida<sup>15</sup>. O

---

<sup>15</sup> Coloca-se, contudo, a questão de saber se o vencimento antecipado, previsto no artigo 781.º do C.Civ., abrange apenas a totalidade da dívida de capital ou se, pelo contrário, implica também o vencimento imediato da totalidade dos juros remuneratórios. A jurisprudência mais recente e constante do STJ vai no sentido de considerar que o artigo 781.º do C.Civ. se aplica exclusivamente às prestações de capital. Veja-se nesse sentido: acórdão do STJ de 19 de Abril de 2005, acórdão do STJ de 27 de Abril 2005 e acórdão do STJ de 11 de Novembro de 2005, todos disponíveis em <http://www.dgsi.pt>. Nos termos deste último, os juros “constituem uma remuneração do capital calculada em função do valor do mesmo e do decurso do tempo (...) como tal, subjacente ao crédito de juros encontra-se sempre o decurso de um certo lapso temporal, sem o que o crédito não existe (...) o vencimento da totalidade da dívida de capital tem como consequência deixarem de ser devidos a partir

## A Negociação de Contratos de Financiamento

vencimento antecipado constitui, assim, um meio alternativo ou anterior à resolução do contrato, conferindo ao mutuário o direito de exigir imediatamente o pagamento dos montantes devidos ao abrigo do contrato.

O recurso ao vencimento antecipado tanto pode ter por base o incumprimento da obrigação pelo mutuário (situação prevista no artigo 781.º do C.Civ.), como todo um conjunto de circunstâncias objectivas que indiquem que o mutuário não poderá cumprir a prestação. Esta última possibilidade encontra fundamento no princípio geral da liberdade contratual e, em particular, no artigo 780.º do C.Civ., o qual prevê que o credor possa exigir o cumprimento imediato da obrigação se o devedor se tornar insolvente, ainda que a insolvência não tenha sido declarada judicialmente (isto é, que haja indícios de insolvência e, portanto, um risco de incumprimento).

Normalmente, será preferível para o mutuante optar pelo vencimento antecipado em vez de resolver o contrato. Na verdade, embora ambos os mecanismos conduzam à restituição do montante mutuado, o vencimento antecipado ainda permite o cumprimento. A opção pelo vencimento antecipado permite que todas as obrigações do devedor continuem em vigor, ao passo que a resolução, com a eficácia retroactiva que lhe é atribuída por lei (artigo 434.º do C.Civ.), extinguiria todas as obrigações do devedor.

Isto permite que, verificando-se uma causa objectiva de resolução, a opção pelo vencimento antecipado possa conduzir a situações de incumprimento do contrato por parte do mutuário e a uma causa subjectiva de resolução do contrato, bastando para isso que o mutuário não cumpra a obrigação de pagamento dos montantes vencidos. Ou seja, através do vencimento antecipado, converteu-se uma causa objectiva de resolução (mais facilmente atacável, através da arguição do carácter abusivo da causa de resolução, ou da amplitude da sua previsão e, conseqüentemente, da inexistência de factos que obstem ao cumprimento) levará a uma situação de incumprimento mais difícil de rebater em juízo.

### 11. Comissões e outras despesas

Em regra, numa operação de financiamento sindicado o banco organizador será remunerado através de uma comissão de organização e montagem da operação de financiamento que, corresponderá a uma determinada percentagem do montante mutuado ou da linha de crédito, à qual poderão acrescer os juros no caso de também desempenhar as funções de mutuante.

---

*desse momento quaisquer juros remuneratórios, pois cessa então a privação do uso do capital". Assim, o "art. 781.º C.Civ. (...) é inaplicável à dívida de juros". E bem assim, "existindo uma dívida proveniente de mútuo liquidável em prestações em que se incluem juros moratórios, o não pagamento dos juros incluídos nessas prestações não implica o vencimento imediato dos incluídos nas prestações vincendas".*

## A Negociação de Contratos de Financiamento

Por seu turno, o banco “agente”, com funções de representação do sindicato bancário perante o mutuário e de coordenação dos actos, notificações e comunicações necessárias ao pontual cumprimento do contrato, receberá, em regra, uma remuneração mensal de um montante fixo.

Além do pagamento da remuneração dos bancos, o mutuário poderá ainda incorrer noutros custos e despesas, como sejam, por exemplo, o pagamento dos emolumentos, dos registos e dos impostos que incidam sobre o contrato de financiamento (designadamente, do imposto de selo).

Por último, é prática bancária a repercussão nos mutuantes dos custos relativos a despesas em que os bancos tenham incorrido com a negociação, preparação, celebração e formalização do contrato, nomeadamente os honorários dos advogados.

### 12. Disposições finais

#### 12.1. Título executivo

Segundo o artigo 46.º, n.º 1, alínea c) do Código de Processo Civil, os contratos, enquanto documentos particulares, são títulos executivos se e na medida em que importem a constituição ou o reconhecimento de obrigações pecuniárias de montante determinado ou determinável por simples cálculo aritmético.

O contrato de mútuo, enquanto contrato real *quoad constitutionem*, implica a constituição de obrigações pecuniárias para o mutuário no momento da celebração, pelo que a sua apresentação será suficiente para titular a execução<sup>16</sup>.

Pelo contrário, o contrato de abertura de crédito não constitui obrigações pecuniárias, por si só. Conforme referido anteriormente, num contrato de abertura de crédito, o mutuante apenas se vincula a conceder o crédito quando, num momento posterior à celebração do contrato, o mutuário apresentar o pedido de utilização. Nestes termos, não bastará a apresentação do contrato em juízo, já que este não demonstra a efectiva concessão do crédito ao mutuário. Terá que ser feita prova complementar, através da junção do pedido de utilização ou, eventualmente, de extractos de conta que comprovem o depósito dos montantes mutuados. Só assim se demonstrará que o mutuário está obrigado à restituição do capital e ao

---

<sup>16</sup> Neste sentido, o acórdão do STJ 6 de Dezembro de 2001, disponível em <http://www.dgsi.pt>, no qual se afirma expressamente que o contrato de empréstimo bancário constitui, enquanto tal, título executivo.

## A Negociação de Contratos de Financiamento

pagamento de juros, ou de qualquer outra quantia devida, pelo que só nesse caso poderá ser requerida a realização coactiva das prestações em dívida<sup>17</sup>.

Muitas vezes inclui-se no próprio contrato uma cláusula em que se esclarece que o contrato, por si só ou em conjunto com outros documentos, constitui título executivo. Embora não seja imprescindível, a inclusão de tal cláusula permite que se prescindia do recurso às livranças em branco<sup>18</sup>, ainda utilizadas por alguns bancos como forma de obter um título executivo das dívidas decorrentes do contrato.

É igualmente comum incluir no contrato uma declaração do mutuário, através da qual este confessa a sua dívida. Se num contrato de mútuo, uma declaração deste tipo servirá confirmar que o contrato constitui título executivo, embora não seja condição *sine qua non*, num contrato de abertura de crédito, pelo contrário, tal declaração não bastará para tornar o contrato em título executivo porque o reconhecimento pelo mutuário de uma dívida que ainda nem se constituiu não poderá valer para tornar o contrato exequível. Nestes contratos, apenas a junção dos extractos de conta do mutuário, conjuntamente com o contrato celebrado, fará prova da existência de título executivo.

### 12.2. Lei aplicável e jurisdição

Ao escolherem a lei aplicável, as partes definem qual a lei que pretendem que regule o contrato. Por uma questão de segurança, interessa às partes definir, de antemão, a lei que se aplicará ao contrato, embora este aspecto apenas assumia relevância concreta em contratos em que, potencialmente, poderiam ser aplicáveis diferentes ordens jurídicas.

---

<sup>17</sup> Neste sentido, o acórdão do STJ de 8 de Março de 2005, disponível em <http://www.dgsi.pt>, nos termos do qual deverá o banco exequente juntar prova documental complementar de suporte da dívida exequenda, não bastando o contrato de abertura de crédito para que se constitua título executivo. Note-se que nada obsta a que um título executivo seja constituído por mais que um documento, como aliás decorre do Acórdão citado. Vd. ainda quanto a este aspecto ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, *in* Themis, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Almedina, Ano IV, n.º 7, 2003, p.39, nota de rodapé n.º 9.

<sup>18</sup> Nestes casos, pode incluir-se no contrato uma cláusula nos termos da qual o mutuário declara que entregou ou se obriga a entregar uma livrança em branco, com aposição da respectiva data da entrega, subscrita por si e à ordem do mutuante autorizando-o desde logo, em caso de declaração de vencimento antecipado do Contrato, a efectuar o seu preenchimento pelo valor que lhe for devido nos termos do contrato, a fixar as datas de vencimento, bem como a designar o local de pagamento.

## **A Negociação de Contratos de Financiamento**

As partes podem ainda optar por definir qual o tribunal competente para dirimir os eventuais conflitos relativos ao contrato, ou, como alternativa, estabelecer a submissão dos conflitos à arbitragem.

No entanto, o recurso à arbitragem para a solução de eventuais conflitos que decorram de contratos de financiamento não é comum, porque é possível aos bancos executar imediatamente o contrato, deixando ao mutuário a possibilidade de se opor em embargos de executado, em vez de submeter o litígio a um processo declarativo, certamente mais moroso, ao qual sempre se seguiria o processo executivo.

© Macedo Vitorino & Associados – 2009