



BANCÁRIO E FINANCEIRO

A NEGOCIAÇÃO DE CONTRATOS DE FINANCIAMENTO

MACE
DO ■ ■
VITO
RINO

SOBRE NÓS

A MACEDO VITORINO É UM DOS PRINCIPAIS ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA PORTUGUESES. ACONSELHAMOS CLIENTES NACIONAIS E ESTRANGEIROS NUM AMPLO LEQUE DE SETORES DE ATIVIDADE, NOMEADAMENTE NO SETOR FINANCEIRO, DISTRIBUIÇÃO, INDÚSTRIA E PROJETOS.

Desde a constituição da sociedade em 1996, temos estado envolvidos em múltiplas operações de elevada complexidade em todas as nossas áreas de prática, nomeadamente em contratos de financiamento, operações de mercado de capitais, fusões e aquisições, reestruturações de empresas e contencioso.

A MACEDO VITORINO 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 PROJETOS
- LOCAÇÃO FINANCEIRA DE BENS MÓVEIS E IMÓVEIS (LEASING)
- INSTRUMENTOS DE GARANTIA
- INSTRUMENTOS FINANCEIROS DERIVADOS
- REGIME DE PONDERAÇÃO DE CRÉDITOS
- SUPERVISÃO BANCÁRIA
- TITULARIZAÇÃO DE CRÉDITOS

Somos citados na maioria das áreas de trabalho analisadas pelo diretório internacional, Legal 500, nomeadamente em «Banking and Finance», «Capital Markets», «Public Law», «Corporate», «Tax», «Telecoms» e «Dispute Resolution». A atuação da MACEDO VITORINO é ainda destacada pela IFLR1000 em «Project Finance», «Corporate Finance» e «M&A» e pela Chambers and Partners em «Banking & Finance», «Corporate and M&A», «Tax» e «TMT».

Se quiser saber mais sobre a MACEDO VITORINO por favor visite o nosso website MACEDOVITORINO.COM

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| SOBRE NÓS..... | 2 |
| ÍNDICE | I |
| INTRODUÇÃO..... | 2 |
| 1. OBJETO DO CONTRATO..... | 3 |
| 2. FINALIDADE DO EMPRÉSTIMO..... | 5 |
| 3. CONDIÇÕES SUSPENSIVAS..... | 7 |
| 4. JUROS..... | 9 |
| 4.1. Juros remuneratórios | 9 |
| 4.2. Juros de mora..... | 14 |
| 5. REEMBOLSO E REEMBOLSO ANTECIPADO | 15 |
| 6. DECLARAÇÕES E GARANTIAS | 16 |
| 7. OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS DO MUTUÁRIO..... | 20 |
| 7.1. Aspectos gerais | 20 |
| 7.2. Cláusulas de garantia patrimonial..... | 20 |
| 7.2.1. Prestação de facto negativo | 20 |
| 7.2.2. Pari passu | 22 |
| 7.3. Obrigações financeiras | 23 |
| 7.4. Obrigações de informação..... | 23 |
| 8. CAUSAS DE VENCIMENTO ANTECIPADO | 24 |
| 8.1. Causas subjectivas de resolução (Events of default) | 24 |
| 8.2. Causas objectivas de resolução e de vencimento antecipado | 25 |
| 8.3. Vencimento antecipado | 27 |
| 9. DISPOSIÇÕES FINAIS | 28 |
| 9.1. Lei aplicável e jurisdição..... | 28 |
| 9.2. Comissões e outras despesas | 28 |
| 9.3. Título executivo..... | 29 |

INTRODUÇÃO

A evolução recente dos contratos de financiamento tem levado à adoção de contratos cada vez mais complexos, em muitos casos estranhos à realidade jurídica portuguesa, donde resultam diversas 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 anglo saxónica de mais 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, nomeadamente as designadas cláusulas de “*cross-default*”, “*negative pledge*” e obrigando à manutenção da graduação do crédito “*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 e algumas minutas utilizadas por bancos nacionais e internacionais. Este estudo aprofunda aquela que foi a nossa primeira publicação em Direito bancário em 1997, “*Dealing with Portuguese Borrowers*”, a que se seguiu, em 2010, “*Dealing with Portuguese Borrowers in the aftermath of the Banking Crisis*”, os quais visavam interpretar os conceitos de direito anglo-saxónico que imperavam nos mercados internacionais e começavam a ser acolhidos em Portugal, e que são hoje prática dominante no mercado nacional.

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 impugnabilidade 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 ativos, a adaptação à lei portuguesa é melhor do que nos contratos de financiamento para a aquisição de empresas (*leveraged buy-outs* – “LBOs”) ou de projetos (*project finance*).

Em alguns casos, tal resulta do facto de nestas duas áreas (*project finance* e LBOs) participarem normalmente bancos estrangeiros, que preferem manter os modelos anglo-saxónicos, abrindo poucas exceções e apenas quando os advogados os alertam para os perigos de manter minutas-padrão desadequadas.

I. OBJETO 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 eletrónica por que seja processada, é um elemento constitutivo do próprio contrato. Uma vez entregues esses montantes, a celebração do contrato considera-se “perfeita”, não decorrendo para o mutuante qualquer obrigação, a não ser que as partes, ao abrigo da liberdade contratual, as estipulem no 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 realizar a entrega dos montantes acordados quando para tal for 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.

Os contratos de mútuo ou empréstimo bancários são uma modalidade especial do contrato de mútuo. O mútuo civil é regulado nos artigos 1142.º a 1151.º do C.Civ., sendo definido como “*o contrato pelo qual uma das partes empresta à outra dinheiro ou outra coisa fungível, ficando a segunda obrigada a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade*” no artigo 1142.º. Por sua vez, o Código Comercial (“C.Com”) regula nos seus artigos 394.º a 396.º o mútuo ou empréstimo comercial, no qual a coisa cedida tem de ser destinada a quaisquer actos mercantis. O mútuo comercial é, por definição, sempre oneroso, sendo a retribuição, “*na falta de convenção, a taxa legal do juro calculado sobre o valor da coisa cedida*”, nos termos do artigo 395.º do C.Com.

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 não garantidos, consoante sejam ou não acompanhados da constituição de garantias pessoais ou reais.

Por último, há que assinalar que em financiamentos de maior dimensão, os empréstimos e aberturas de crédito são muitas vezes sindicados, ou seja, feitos por vários bancos mutuantes, o que aumenta a complexidade do contrato, nomeadamente através da introdução de um banco organizador, que, como o nome indica, prepara, monta e organiza a sindicância do empréstimo e ainda de um banco agente que representa os bancos na sua relação com o mutuário ao longo da vida do empréstimo.

A sindicância tem ainda implicações internas importantes na gestão da relação entre os bancos, que não trataremos aqui em detalhe mas que importa assinalar, nomeadamente as que respeitam à determinação da posição conjunta dos bancos face ao mutuário, em particular aquando da verificação de situações de incumprimento ou de antecipação do vencimento do empréstimo, as quais podem ser decididas por maioria, maiorias qualificadas ou deixar à discricionariedade de cada um dos membros do sindicato bancário.

2. FINALIDADE DO EMPRÉSTIMO

É prática comum indicar no contrato a finalidade do empréstimo ou da linha de crédito, atendendo a que para o mutuante o destino dos montantes mutuados é um elemento importante na decisão de contratar.

Com efeito, não só o risco que assume depende do tipo de operação que o empréstimo ou o crédito visam financiar, como o mutuante poderá estar sujeito a restrições regulamentares ou estatutárias que o impeçam de financiar a operação.

Nessa medida, a finalidade do empréstimo é relevante na análise do risco, bem como da legalidade da operação, pelo que, para o mutuante, é essencial saber se o mutuário pretende utilizar os montantes mutuados para, por exemplo, adquirir bens de equipamento ou participações numa sociedade, refinanciar 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 na Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, 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 foi acordada. 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, nomeadamente quando consta nos considerandos do contrato e não no seu clausulado, 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.). As consequências seriam as mesmas do incumprimento, ou seja a devolução das quantias entregues ao mutuário e ainda o ressarcimento dos prejuízos se houver “culpa in contrahendo” do mutuário ao abrigo do artigo 227.º do C.Civ..

Por esta razão, o mutuário deve certificar-se de que a finalidade descrita no contrato corresponde exatamente 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.

3. 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 são habitualmente exigidos destacamos:

- Cópia certificada dos estatutos da mutuação 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 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.

Esta exigência de apresentação de documentos em momento anterior ao da celebração do contrato não se confunde com 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 ou a utilização do crédito. Contudo, a prática tem generalizado a inclusão desses documentos na lista das condições suspensivas, ainda que a sua verificação se dê no momento da assinatura do contrato, não sendo por isso verdadeiramente suspensivas da sua eficácia.

A lista 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 efetiva 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, especialmente no caso das garantias reais ou pessoais, 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 aspetos 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.

4. JUROS

4.1. JUROS REMUNERATÓRIOS

Os juros constituem a forma de remuneração típica do empréstimo, sendo a respetiva taxa fixada em percentagem sobre o capital mutuado¹.

Nos empréstimos bancários, as taxas de juro bancário são, em regra, livremente estipuladas pelas partes. Esta liberdade foi consagrada no artigo 2.º do Aviso do Banco de Portugal n.º 3/93, de 20 de maio, entretanto revogado², sendo que a maioria da doutrina entende que não se aplicavam os limites fixados pelo Código Civil, ao contrário do que sucede com as taxas de juros civis e as mercantis, as quais, nos termos do número 1 do artigo 1146.º/1 do C.Civ., não podem exceder os juros legais

¹ A íntima relação entre a obrigação de juros e a obrigação de capital manifesta-se em vários aspetos: (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., respetivamente). 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.

² Neste sentido, cf. o Ac. da RP de 14 de novembro de 2014, disponível em <http://www.dgsi.pt>, no qual é afirmado que “A jurisprudência, sem qualquer exceção, tem vindo a entender que as taxas de juro bancárias, quer relativamente aos juros remuneratórios, quer quanto aos juros de mora, estão liberalizadas por força do disposto no n.º 2 do dito Aviso 3/93 de 20 de maio de 1993, podendo instituições de crédito e sociedades financeiras estabelecer livremente as taxas de juro das suas operações, salvo nos casos em que sejam fixadas por diploma legal (...) Apenas dois autores defendem que não há lei habilitante para Banco de Portugal fixar os limites de taxas de juro das operações ativas bancárias”.

Não obstante, mais recentemente, o Ac. da RP de 22 de maio de 2019, disponível em <http://www.dgsi.pt>, considerou que “A Lei Orgânica do Banco de Portugal de 1999, ao revogar a anterior de 1990, deixou de conferir habilitação legislativa ao Aviso 3/93 do referido Banco Central, não existindo desde então fundamento legal para que as taxas de juro das operações bancárias e equivalentes sejam livremente fixadas”.

fixados por portaria conjunta do Ministério das Finanças e do Ministério da Economia, acrescidos de 3% ou 5%, conforme exista ou não garantia real.

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. Também 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, conforme dispõe o artigo 282.º do C.Civ..

Atendendo a que a atividade bancária e o acesso ao crédito são livres, considera-se que a taxa de juro acordada, ainda que alta, reflete o risco que aquele mutuário e a finalidade do seu crédito representam para o mutuante³. Daí que não seja de esperar que os juros cobrados por uma instituição bancária possam ser usurários⁴, por se pressupor que o mutuário ao celebrar um empréstimo a uma determinada taxa de juro, considerou ter sido essa a taxa de juro mais vantajosa de entre as oferecidas

³ Neste sentido, o Ac. da RC, de 11 de março de 2014, disponível em <http://www.dgsi.pt>, considerou que “No domínio do comércio bancário, no que tange a taxa de juro, não acordando as partes diversamente, tal determina-se com referência ou indexação às taxas básicas afixadas e divulgadas, para o prazo da operação em causa, pelas instituições financeiras (...) Prevalecendo então o que for determinado pela própria instituição financeira contratante, dado não haver sujeição à limitação imposta por o art.º 1146.º do Código Civil, conjugado com o art.º 102.º, § 2.º do Código Comercial”.

⁴ 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 alterada, por último, pelo Decreto-Lei 323/2001, de 17 de dezembro e não apenas face às leis que regulam o crédito bancário, principalmente no que respeita à qualificação dos juros cobrados como juros moratórios.

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 Ac. do STJ, de 19 de abril de 2018, disponível em <http://www.dgsi.pt>, considerou nula, por aplicação dos artigos 22.º, n.º 1, alínea I), e 24.º da LC.CIV.G., a cláusula penal que estipulava um acréscimo de 4% sobre a taxa de juro acordada (no caso 10.60%) em caso de mora, por imposição de antecipação de cumprimento exagerada.

no mercado bancário para aquele empréstimo, nas condições e com as garantias que está disposto a oferecer.

Não obstante, importa salientar a liberdade de fixação da taxa de juro poderá ser limitada por lei em determinados tipos de créditos. É o caso dos contratos de crédito a consumo, relativamente aos quais o Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho, que transpõe para a Diretiva n.º 2008/48/CE, de 23 de abril, estabeleceu um regime de taxas máximas. De acordo com o artigo 28.º do referido Decreto-Lei, é havido como usurário o contrato de crédito cuja TAEG, no momento da celebração do contrato, exceda em um quarto a TAEG média praticada pelas instituições de crédito no trimestre anterior, para cada tipo de contrato de crédito aos consumidores. É igualmente tido como usurário o contrato de crédito cuja TAEG, no momento da celebração do contrato, embora não exceda o limite anterior, ultrapasse em 50% a TAEG média dos contratos de crédito aos consumidores celebrados no trimestre anterior.

O Decreto-Lei n.º 58/2013, de 8 de maio, também regula alguns aspetos 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 decorrer da operação, os juros de mora, bem como a admissibilidade da capitalização de juros remuneratórios.

O artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 58/2013 permite que as instituições de crédito capitalizem os juros vencidos e não pagos, caso exista acordo das partes nesse sentido, embora tais juros não possam ser capitalizados por períodos inferiores a um mês⁵.

Fica assim derogada proibição legal de cobrança de juros sobre juros, ou anatocismo, fixada no artigo 560.º do C.Civ, o qual apenas admite a capitalização de juros quando haja convenção das partes 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.) ou tal seja permitido por regras ou usos particulares do comércio (artigo 560.º, n.º 3 do C.Civ.), o que dá margem para grande incerteza no domínio dos empréstimos realizados por instituições não financeiras.

⁵ Neste sentido, cf. o Ac. da RG de 23 de maio de 2019, disponível em <http://www.dgsi.pt>, nos termos do qual “para que possam ser exigido juros sobre juros vencidos é necessária convenção posterior ao vencimento dos juros, podendo também haver juros de juros, a partir da notificação judicial feita ao devedor para capitalizar os juros vencidos ou proceder ao seu pagamento, sob pena de capitalização (artº 560º, nº 1 do CC) (...) A proibição do anatocismo – juros de juros – pode ser derogada pelas regras ou usos particulares do comércio, caso em que os juros passam a vencer juros, de harmonia com essas mesmas regras ou usos (artº 560 nº 3 do Código Civil)”.

Outro dos aspetos 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 administrada pelo Instituto Europeu dos Mercados Monetários.

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. Na prática, a Euribor reflete o custo potencial que o mutuante teria se obtivesse um empréstimo junto do mercado interbancário. Assim, a Euribor representa um custo potencial e não um custo real, o qual tenderá a ser inferior, uma vez que o mutuante poderá aceder a fundos a taxa inferior à Euribor. A indexação da taxa de juro visa, pois, assegurar que o banco, ainda que tenha de 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. Ou seja, se a tendência for no sentido da descida da taxa de juro, o mutuário deverá optar por fixar períodos mais curtos; ao invés, se a tendência for no sentido do aumento da taxa de juro, interessará ao mutuário fixar períodos mais longos. 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 de juro 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.

Sucede que em alguns contratos, da fórmula de cálculo desses juros pode resultar um valor negativo, caso o indexante esteja abaixo de 0%. Daqui resultaria que o mutuário ficaria desonerado da obrigação de pagamento de juros se da aplicação da fórmula de cálculo da taxa de juro resultar uma taxa inferior a 0%, mas não pode implicar a obrigação de o banco ter de fazer qualquer pagamento visto que isso violaria a definição de mútuo que consta da lei, pois, como vimos acima, o mútuo comercial, do qual o mútuo bancário é um subtipo especial, é, por definição, sempre oneroso nos termos do artigo 395.º do C.Com.

A margem do financiamento também é afetada pelo “consumo de capital” do empréstimo, ou seja o montante de capital que o banco tem de reservar por conta do empréstimo para salvaguardar os requisitos prudenciais.

Os requisitos prudenciais encontram-se regulados no Regulamento n.º 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, e na Diretiva 2013/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho igualmente de 26 de junho de 2013, que implementaram as diretrizes do Acordo de Basileia III no ordenamento jurídico europeu. O Acordo de Basileia III fixa em 8% o nível mínimo dos fundos próprios que o banco deve guardar em relação ao conjunto dos elementos do ativo dos bancos.

O coeficiente de ponderação dos empréstimos varia tendo em conta o risco que cada mutuário e/ou as garantias prestadas representam. Quanto maior a ponderação do ativo, maior o consumo de capital, o que diminui a rentabilidade do empréstimo e implica que a margem seja mais alta, não apenas porque a ponderação do ativo já reflete o seu risco intrínseco como ainda porque implica um maior consumo de capital próprio do banco. Deste modo, consoante o coeficiente de ponderação aplicável ao empréstimo, os bancos serão obrigados a manter fundos próprios correspondentes a uma percentagem dos referidos 8%.

O coeficiente de ponderação de um contrato de financiamento pode, no entanto, sofrer alterações, em virtude de modificações às regras da ponderação. Daí que possam ser incluídas nos contratos de financiamento cláusulas de alteração da margem ou *spread* em função da alteração da ponderação, ou de outras circunstâncias que possam afetar a rentabilidade do empréstimo para o mutuante, nomeadamente:

- O banco passe a ser sujeito passivo de impostos ou seja alterado o regime de tributação aplicável ao banco relativamente a pagamentos a realizar nos termos do contrato de empréstimo;
- Aumentem os custos ou seja devido um custo adicional pelo banco em virtude da concessão do empréstimo ou do seu financiamento não existentes anteriormente à data de celebração do contrato de empréstimo imposto por lei ou autoridades reguladoras;
- Seja reduzido o montante a pagar pelo mutuário ao banco ou a rentabilidade real do banco.

Embora a previsão deste tipo de cláusulas em contratos envolvendo apenas entidades portuguesas não fosse comum antes de 2011, senão em casos excepcionais, tal prática tem vindo a tornar-se a norma nos contratos mais recentes.

É cada vez mais frequente que os bancos procurem repercutir eventuais custos acrescidos resultantes da alteração das regras que regulem a sua atividade ou externas ao contrato, através da inclusão nos contratos de financiamento de cláusulas de revisão da margem. Nesta matéria, o mutuário, a quem não interessa a imposição de custos acrescidos poderá argumentar que as alterações do regime da ponderação constituem um risco próprio da atividade bancária e que, consequentemente, não deverá o banco repercutir o acréscimo dos coeficientes nos juros sobre o mutuário.

4.2. JUROS DE MORA

Em caso de mora no cumprimento, o mutuário é obrigado a pagar juros de mora, normalmente fixados pelo banco através da soma de determinada percentagem à taxa de juro, regra geral, entre 2% e 3%.

O Decreto-Lei n.º 58/2013 proibiu a imposição de cláusulas penais moratórias, ou seja, o pagamento de quantias fixas livremente determinadas pelas partes, admitindo apenas a aplicação de juros de mora, que não podem exceder a aplicação de uma sobretaxa anual máxima de 3% à taxa de juros remuneratórios aplicável à operação. Por conseguinte, caso a taxa de juro fixada seja superior, o artigo 8.º, n.º I, do referido diploma determina que ela é automaticamente reduzida a esse limite.

O mesmo diploma veda a capitalização de juros de mora que admite apenas em caso de convenção posterior das partes no contexto de uma reestruturação ou consolidação de contratos de crédito.

5. REEMBOLSO E REEMBOLSO ANTECIPADO

O reembolso do capital pode ocorrer no termo do contrato ou em momento anterior, de uma só vez ou em prestações, podendo prever-se, para além de um calendário de reembolso, a obrigatoriedade de proceder a reembolsos antecipados obrigatórios (e.g. o mecanismo de “*cash-sweep*”).

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 vencidos.

O mutuário será o mais interessado em incluir no contrato uma cláusula que lhe permita reembolsar antecipadamente o empréstimo. Na verdade, quando o contrato nada dispuser, o artigo 1147.º do C.Civ. levará a que o mutuário não possa utilizar receitas adicionais que eventualmente venha a obter ou aproveitar condições de crédito mais favoráveis para reembolsar ou refinarciar o empréstimo.

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 estas posições, é habitual a inserção de cláusula nos contratos de financiamento a permitir o reembolso antecipado do empréstimo, mas apenas numa data de pagamento de juros e conjuntamente com o eventual pagamento de uma penalidade ou comissão que compense o banco pelo reembolso antecipado do empréstimo. Esta penalidade ou comissão de reembolso antecipado poderá consistir numa percentagem fixa do capital a reembolsar ou, em contratos de taxa de juro fixa em que o mutuante pretende assegurar uma determinada rendibilidade, num montante a determinar na data do reembolso antecipado (e.g. “*make-whole*”).

Quando a taxa de juro seja variável e o mutuário tiver 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.

6. 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.

No Direito português, as declarações e garantias do mutuário representam na sua essência os pressupostos com base nos quais o banco aceitou fazer o financiamento, nomeadamente o objeto 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 objeto 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 decorrentes de toda esta situação ao abrigo da responsabilidade pré-contratual (artigo 227.º do C.Civ.). Contudo, ao impor a reiteração (*repetition*) das declarações e garantias em datas específicas, nomeadamente nas datas de vencimento de juros, na prática, estas declarações transformam-se em verdadeiras obrigações ou pelo menos causas objetivas de resolução ou vencimento antecipado.

Contudo, 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 ação, 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 dos outros, pois, 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 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 declaratário ou ao objeto 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 efetuou.

Deste modo, o facto de o mutuário não ter capacidade para celebrar o contrato afetará 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 objetivo 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..

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 atuou em conformidade com a lei, praticando todos os actos legalmente exigíveis para a celebração e, consequentemente, 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 para esta exigência é a importância que reveste para o mutuante o facto de a execução do contrato não estar, nem poder vir a ficar dependente da atuação 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 ação, processo de arbitragem ou procedimento perante qualquer tribunal, ou outra entidade pública, o mutuante tem como objetivo 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 ação 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 afetem o contrato de financiamento ou a sua capacidade para o cumprir, ou seja, aqueles que, seguindo a doutrina anglo saxónica, tenham “substância” ou “materialidade” (*materiality*), o que significa que sejam efetivamente relevantes e diminuam a qualidade do crédito e aumentem o risco para o credor.

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. Quando o mutuante pretende que o mutuário garanta determinada afirmação para o futuro, ou que reitere determinada declaração que fez, então já não se estará, como se disse acima, 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 objeto idêntico ao da declaração, exigindo-se o seu cumprimento em determinadas datas ou durante a vigência do contrato.

Deste modo, se o mutuante pretende assegurar uma posição de igualdade na graduação dos seus direitos de crédito relativamente aos outros credores do mutuário, a forma mais correta de o fazer será através da estipulação de uma cláusula, nos termos da qual o mutuário garante expressamente que, durante a vigência do contrato, todas as suas obrigações contratuais serão graduadas como créditos comuns relativamente às suas obrigações não garantidas, presentes e futuras, salvo as obrigações que gozam de um privilégio creditório imposto por lei. Ao proceder desta forma, o mutuante afasta definitivamente as dúvidas acerca do carácter obrigacional que pretendeu impor ao cumprimento da declaração ao longo da vigência do contrato.

Como anteriormente se referiu, as declarações prestadas pelo mutuário refletem os pressupostos nos quais o banco aceitou conceder o financiamento. Se 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 efetivamente sido cumprido (indemnização pelo interesse contratual positivo), o que, no limite, poderia implicar que o mutuário tivesse de satisfazer os juros por inteiro. Em caso de responsabilidade pré-contratual, o mutuário teria ainda de indemnizar o mutuante de forma a colocá-la na situação em que se encontraria se o negócio não tivesse sido celebrado (interesse contratual negativo), pelo que teria de restituir os montantes mutuado e de compensar o custo do financiamento em que o banco incorreu ou mesmo os juros que seriam devidos⁶. Para dissipar dúvidas deve ficar acordado no contrato que a violação das declarações dá lugar ao vencimento antecipado e não à anulação do negócio.

Quando a declaração foi violada no momento em que foi reiterada, a sua violação confere ao banco o direito a declarar vencido o empréstimo, ficando o mutuário obrigado a pagar os juros vencidos na sua totalidade. No caso dos contratos de abertura de crédito, em que as declarações devem ser repetidas aquando dos pedidos de utilização do crédito, o banco pode recusar-se a manter aberto o crédito se as declarações não puderem ser reiteradas por terem deixado de ser verdadeiras.

⁶ 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 efetuado. Mas pode, excecionalmente, 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 aspeto o Ac. 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”.

7. OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS DO MUTUÁRIO

7.1. ASPECTOS GERAIS

Acessoriamente às obrigações de reembolso e de pagamento de juros, o mutuante pode exigir do mutuário o cumprimento de 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 atuar 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.

7.2. CLÁUSULAS DE GARANTIA PATRIMONIAL

7.2.1. 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 de o 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 atividade ao implicar a proibição de oneração ou alienação de ativos 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.

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 objeto 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, as cláusulas deste tipo serão válidas, tendo apenas como limites o abuso de direito (artigo 334.º do C.Civ.) e as regras do negócio usurário que dificilmente se aplicarão nestes casos (artigo 282.º do C.Civ.).

Ao invés, se o mutuário tiver prestado uma garantia especial a favor do mutuante, poderão aplicar-se determinadas restrições legais à alienação ou oneração dos bens dados em garantia.

A título de exemplo, quando o crédito for garantido por hipoteca, não é permitida a convenção que proíba o proprietário de alienar ou onerar os bens hipotecados, conforme dispõe o artigo 695.º do C.Civ., porque, em princípio, o valor da garantia não diminui em virtude dessa alienação, embora isso possa não ser o caso de todos os ativos. 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, parece não ser 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., o que pode ou poderia levantar sérios problemas, nomeadamente no caso de participações sociais em que o valor do ativo está intimamente ligado à pessoa do seu titular.

No entanto, na maior parte das situações, esta limitação não terá efeitos práticos 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.

Nos casos do penhor civil e do penhor financeiro que pressupõem a tradição da coisa empenhada para a posse do credor pignoratício e ainda do penhor bancário em que os bens empenhados ficam na disposição do credor pignoratício, o autor do penhor não poderá alienar ou onerar esses valores

sem o consentimento do credor pignoratício⁷, pelo não se compreende de que forma pode ser alienada ou 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 respetivo proprietário.

O mutuante conseguirá, todavia, garantir a sua posição, estipulando que o crédito se vencerá automaticamente caso esses bens sejam alienados ou onerados, convenção que será lícita nos termos do artigo 695.º do C.Civ..

7.2.2. PARI PASSU

Com a estipulação da cláusula de “*pari passu*”⁸, 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.

Por sua vez, 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 atividade, bem como a constituição de garantias reais sobre bens que, não existindo à data da celebração do contrato de financiamento, venham por si a ser adquiridos para o prosseguimento da sua atividade.

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.

⁷ Note-se, a propósito, que nos termos do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 29833, 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 objeto empenhado fazer entrega dele ao credor ou outrem.*”

⁸ 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*”.

7.3. OBRIGAÇÕES FINANCEIRAS

A estipulação de obrigações financeiras visa garantir a manutenção da situação patrimonial do mutuário, designadamente através da subsistência de um determinado rácio determinado a partir da relação entre a dívida do mutuário e os seus capitais próprios (e.g. rácio de autonomia financeira), as suas receitas (e.g. rácio de cobertura o serviço da dívida), os bens dados em garantia (e.g. *loan to value*) ou outros dados financeiros relevantes.

A verificação dos rácios acordados tanto pode ser exigida na data da celebração do contrato de empréstimo, como durante o prazo do empréstimo, sendo normal, nos contratos internacionais, que as partes negoceiam as regras aplicáveis a essa verificação e também, por vezes, as formas de sanar uma eventual violação, vulgarmente designadas por “*equity cure*”.

É normal que o banco procure fixar os rácios de acordo com plano de negócios/investimento que lhe foi apresentado. Contudo, é igualmente do interesse do mutuante a estipulação de obrigações financeiras que o mutuário possa cumprir.

Por seu turno, o mutuário terá todo o interesse em fixar rácios que não inviabilizem o desenvolvimento da sua atividade, devendo acautelar que não haverá um vencimento antecipado no caso de pequenas variações relativamente ao plano de negócios/investimento.

7.4. OBRIGAÇÕES DE INFORMAÇÃO

Nos contratos de financiamento é comum o mutuário obrigar-se a informar o mutuante sobre o desenvolvimento da sua atividade 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 efetivo 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 que foram determinantes para a decisão de contratar do banco, quer para a 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 objetiva.

8. CAUSAS DE VENCIMENTO ANTECIPADO

8.1. CAUSAS SUBJECTIVAS DE RESOLUÇÃO (EVENTS OF DEFAULT)

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

Importa, desde logo, distinguir entre causas subjetivas e causas objetivas de resolução ou de antecipação do vencimento. As causas subjetivas estão na dependência da vontade do devedor e traduzem-se, por isso, em situações de incumprimento de obrigações contratuais.

Por seu turno, as causas objetivas de resolução ou de antecipação do vencimento não estão dependentes da vontade do devedor nem implicam a violação de obrigações, mas sim da ocorrência de determinados factos que permitem à outra parte resolver o contrato ou antecipar o vencimento das obrigações contratuais, no caso do contrato de empréstimo, a obrigação de reembolso dos montantes em dívida.

Como qualquer outro contrato, os contratos de empréstimo e de abertura de crédito consideram-se cumpridos apenas se todas as obrigações assumidas pelas partes forem pontual e integralmente cumpridas. O contrato diz-se incumprido quando o devedor não cumpre, dentro do 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 credor mantenha o interesse em que o devedor cumpra a prestação a que estava obrigado, o que, no caso dos contratos de financiamento, será obviamente o interesse no pagamento dos montantes devidos.

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 ou de declarar vencidos os montantes vincendos à data do incumprimento.

O efeito do incumprimento de obrigações acessórias, desde que esse incumprimento não afete o cumprimento de uma obrigação principal, depende do que for estipulado no contrato. Quanto a este aspeto, as partes tanto podem prever que o incumprimento destas obrigações conduz ao vencimento automático das obrigações do mutuário ou estipular um prazo de interpelação para que o mutuário as cumpra, findo o qual, se a obrigação for cumprida, o credor poderá declarar vencidas as obrigações vincendas.

Poderia questionar-se em que medida uma cláusula que atribua ao credor o direito a resolver ou antecipar o vencimento de obrigações com base no incumprimento de obrigações acessórias, com ou sem a necessidade de interpelação do devedor, deverá ser considerada abusiva, mas no domínio do financiamento comercial tal não é o caso pois impera o princípio da liberdade de estipulação ou, parafraseando a doutrina anglo saxónica, o domínio onde “o contrato é rei” (*contract is king*).

O eventual carácter abusivo de uma cláusula deste tipo apenas poderá ser questionado em situações limite nas quais haja um abuso manifesto da posição de força do credor, muito em particular no âmbito do financiamento a particulares, devendo ainda assim ter de ser avaliado casuisticamente atendendo ao grau de autonomia da obrigação acessória em relação à obrigação principal e à susceptibilidade do cumprimento da obrigação principal ficar em risco pelo incumprimento das obrigações acessórias.

Salvo estipulação em contrário, o simples atraso no cumprimento de uma obrigação para a qual foi estipulado prazo não constitui um incumprimento definitivo, não permitindo, regra geral, ao credor resolver o contrato, a menos que haja séria e inequívoca impossibilidade de cumprimento por parte do mutuário⁹ ou que o mutuante perca o interesse na prestação.

Nestas situações, o mutuante poderá dar um prazo adicional para o cumprimento das obrigações findo o qual poderá declarar o vencimento antecipado ou resolver o contrato.

8.2. CAUSAS OBJECTIVAS DE RESOLUÇÃO E DE VENCIMENTO ANTECIPADO

São exemplo de causas objetivas de resolução as seguintes:

- A fusão, cisão ou dissolução do mutuário;
- A alteração no controlo acionista do mutuário;
- A cessação, suspensão ou interrupção, por qualquer forma, das atividades do mutuário; e
- A ocorrência de qualquer situação que constitua ou possa implicar a diminuição das garantias de solvabilidade do mutuário ou ponha em risco o cumprimento de qualquer das obrigações.

⁹ Neste sentido vd. JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, Almedina, Coimbra, 7.^a Edição, 1997, p.92.

A fusão, cisão 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 do contrato.

Na verdade, uma eventual cisão do mutuário reduziria o património do mutuário e, consequentemente, 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.

A alteração no controlo acionista do mutuário pode implicar uma diminuição das garantias decorrentes do contrato para o mutuante, sobretudo quando o anterior acionista 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 acionista, por exemplo, se tivesse comprometido a realizar prestações de capital a favor do mutuário. A ser incluída no contrato, esta causa objetiva de resolução deverá ser o mais completa e descritiva possível de forma a identificar quais as alterações no controlo acionista que poderão justificar a resolução ou o vencimento das obrigações contratuais.

A cessação, suspensão ou interrupção das atividades do mutuário podem igualmente colocar em causa a garantia do crédito do mutuante, designadamente se implicarem uma redução da garantia patrimonial geral. Não obstante, ainda que não se verifique qualquer diminuição do património do mutuário em consequência da cessação, suspensão ou interrupção das atividades do mutuário, essa cessação, suspensão ou interrupção implicará a alteração do risco ponderado pelo mutuante aquando da decisão de celebrar o contrato de financiamento, pelo que essa razão justificaria, por si só, a inclusão destas situações no rol das causas objetivas de resolução ou de vencimento antecipado.

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 ainda, por exemplo, a penhora do património ou dos rendimentos do mutuário.

Para além destas causas objetivas de resolução, as partes poderão estipular ainda que a verificação de outras circunstâncias que possam levar o mutuante a crer que o mutuário não pode cumprir as suas obrigações decorrentes do contrato também constituirá causa objetiva de resolução (e.g. as designadas cláusulas de “*material adverse effect*”). Nestes casos, para reduzir a discricionariedade do mutuante, o mutuário poderá solicitar ao mutuante que estipule concretamente em que situações poderá o mutuante resolver o contrato, embora o mutuante procure sempre uma cláusula residual que cobrir situações que não podem ser antecipadas.

8.3. 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 objetivas de vencimento antecipado ou 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 dívida¹⁰. O vencimento antecipado constitui, assim, um meio alternativo 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 objetivas a partir das quais seja possível retirar indícios de que o mutuário não poderá cumprir a prestação. Esta última possibilidade encontra fundamento quer no princípio da liberdade contratual, quer 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, de incumprimento).

Genericamente, é 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, se lhe for atribuída eficácia retroativa conforme estatui o artigo 434.º do C.Civ., extinguiria todas as obrigações do devedor cujo cumprimento poderá ser importante para o mutuante.

¹⁰ 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.C se aplica exclusivamente às prestações de capital. Veja-se nesse sentido: Ac. do STJ de 11 de novembro de 2005, e Ac. do STJ de 05 de maio de 2009 todos disponíveis em <http://www.dgsi.pt>. Nos termos deste último, o Tribunal pronunciou-se no sentido de que “no contrato de mútuo oneroso liquidável em prestações, o vencimento imediato destas ao abrigo de cláusula de redação conforme ao art. 781.º CC não implica a obrigação de pagamento de juros remuneratórios nelas incorporados”.

9. DISPOSIÇÕES FINAIS

9.1. LEI APLICÁVEL E JURISDIÇÃO

Ao escolherem a lei aplicável, as partes definem qual a lei que regula o contrato. Por uma questão de segurança, interessa às partes definir, de antemão, a lei aplicável ao contrato, embora este aspeto apenas assumam relevância concreta em contratos em que, potencialmente, poderiam ser aplicáveis mais de um ordenamento jurídico.

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.

O recurso à arbitragem para a solução de eventuais conflitos que decorram de contratos de financiamento é altamente improvável, uma vez que, por tradição, os bancos são avessos à escolha de arbitragem.

Assim sendo, as partes preferem, em regra, submeter o litígio aos tribunais judiciais, até porque, à partida, a decisão do juiz é mais previsível do que a dos árbitros, que, muitas vezes, tentam encontrar soluções de compromisso no âmbito de interesses inconciliáveis. Não se estranha, por isso, que os bancos, em regra, não admitam cláusulas de arbitragem nos contratos de financiamento.

Em regra, a jurisdição coincide com a lei aplicável que é escolhida porque em matérias da sensibilidade e complexidade técnica, não convém ter tribunais de uma jurisdição diferente daquela que rege a substância do contrato, embora tal seja tecnicamente possível.

O tema da lei aplicável é particularmente relevante quando existam garantias reais, as quais devem, em regra, ser as do país onde estejam os ativos dados em garantia. Isso é particularmente relevante nos casos que envolvam participações sociais, embora a lei do penhor financeiro permita a escolha de lei diferente. Isso porque, em caso de disputa, os tribunais nacionais serão sempre chamados a julgar eventuais providenciais cautelares ou definitivas relativas à gestão e disposição dos direitos sociais inerentes às participações.

9.2. COMISSÕES E OUTRAS DESPESAS

Nos contratos de financiamento em que intervêm mais do que um banco, a remuneração dos mutuantes dependerá não apenas do capital por si mutuado, mas também da função que cada um desenvolva no seio do sindicato bancário.

De acordo com a prática comum, o banco que organiza o sindicato será remunerado através de uma comissão de organização e montagem da operação de financiamento que corresponderá a determinada percentagem do montante mutuado ou da linha de crédito.

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 pontual de 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, onde se incluem, nomeadamente, os honorários dos advogados.

9.3. TÍTULO EXECUTIVO

Segundo o artigo 703, n.º 1, alínea b) do Código de Processo Civil, pode ser dada força de título executivo aos contratos de financiamento bastando para tal que sejam exarados ou autenticados por notário ou por outras entidades ou profissionais com competência para tal.

A atribuição de força executiva ao contrato torna dispensável o recurso às livranças em branco¹¹, 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 para 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

¹¹ 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 respetiva 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 efetuar 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.

para tornar o contrato exequível. Nestes contratos, apenas a junção dos extratos de conta do mutuário, conjuntamente com o contrato celebrado, fará prova da existência de título executivo.

© 2021 MACEDO VITORINO

M A C E D O ■ V I T O R I N O

M A C E D O V I T O R I N O ■ C O M