

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa



Cláusulas de garantia e segurança

Entre a autonomia da vontade e o dever de cumprir

- Alguns aspectos

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas Empresariais

Orientação do Professor Doutor José João Abrantes

Sérgio Coimbra Henriques

2014

“[T]he state must (...) respect the freedom of the individual and give him space in which to construct his own lifestyle; this involves freedom of belief and opinion, freedom to own property, and freedom to choose his career. *Freedom of contract as well.*”

K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3.^a Ed., Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 325

Lista de abreviaturas

Ac.	Acórdão
CC	Código Civil
CCG	Cláusulas Contratuais Gerais
CCom	Código Comercial
CIRE	Código de Insolvência e Recuperação de Empresas
CPC	Código de Processo Civil
CSC	Código das Sociedades Comerciais
DLCCG	Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais
Proc.	Processo
Ob. cit.	Obra citada
RGICSF	Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
STJ	Supremo Tribunal de Justiça

Abstract: Contractual provisions directed towards the fulfillment of the contract itself or concerning the promisor's conduct are nowadays widespread (both geographically and regarding the situations in which they are used), posing interpretative problems that demand the consideration of private autonomy's extent and its limits on their application. A number of such clauses or covenants proliferate on all sectors of juridical activity, although with different configurations in each particular situation, whereby the study of *negative pledge*, *pari passu*, *cross-default* and *ownership* clauses merely constitutes a conceptual framework for considerations concerning the virtues and challenges of this type of contractual arrangements, particularly in relation to the precepts of the legal system as a whole. This study also aims to display the special characteristics that justify their prevalence in banking and financial law. We intend to analyze their, mostly preventive, function, typifying the main problems that arise, as well as their limitations and advantages.

Resumo: As cláusulas de garantia e segurança - designação que abrange um extenso conjunto de mecanismos contratuais adstritos ao dever de cumprir - hoje já amplamente disseminadas (quer geograficamente, quer no que diz respeito aos contextos da sua utilização), colocam problemas de cariz interpretativo que exigem a consideração da amplitude e restrições da autonomia privada na sua aplicação. Inúmeras cláusulas deste tipo proliferam no comércio jurídico, variando a frequência de utilização e a sua configuração conforme o negócio jurídico em causa, pelo que o estudo mais aprofundado das cláusulas de *negative pledge*, *pari passu*, *cross-default* e de inalienabilidade meramente constitui uma base conceptual para considerações que dizem respeito às virtualidades e desafios deste tipo de mecanismos contratuais em geral e sua relação com os cânones do nosso ordenamento jurídico. Estudo que, necessariamente, aborda as particularidades que explicam a sua especial prevalência no âmbito bancário e financeiro. Pretende-se analisar a função mormente preventiva destas cláusulas, procurando tipificar os principais problemas que colocam, assim como as suas limitações e vantagens.

Índice

1. Introdução	11
2. Garantia das obrigações.....	13
2.1. Garantia geral das obrigações	15
2.2. Garantias especiais das obrigações.....	18
2.3. Garantias “especiais atípicas”	20
2.4. Cláusulas de garantia e segurança em especial	23
2.4.1. Cláusula <i>negative pledge</i>	33
2.4.2. Cláusula <i>pari passu</i>	36
2.4.3. Cláusula <i>cross-default</i>	38
2.4.4. Cláusula de inalienabilidade	45
3. As cláusulas de garantia e segurança e a autonomia privada	49
3.1. As cláusulas de garantia e segurança enquanto cláusulas contratuais gerais	58
3.2. Cláusulas de garantia e segurança à luz da teoria económica do contrato	63
3.3. As cláusulas de garantia e segurança em sede de direito bancário	69
3.3.1. A cláusula <i>cross-default</i> revisitada.....	73
3.3.2. Um particular exemplo da importância da “segurança” do crédito: o <i>Project Finance</i> ..	76
3.4. A limitação das consequências do incumprimento da contraparte.....	80
4. Conclusões.....	82
Bibliografia	87
Jurisprudência	93

1. Introdução

As cláusulas de garantia e segurança, enquanto construção voluntária fruto do próprio tráfego jurídico, tornaram-se elemento comum em diversos contextos de contratação, por via da interacção entre o exercício de autonomia privada dos contratantes que a elas recorrem e o reforço da expectativa de cumprimento que representam. Enquanto mecanismos contratuais de segurança do crédito de génese essencialmente anglo-saxónica, são soluções originalmente pensadas para um panorama de garantias que difere do nosso ordenamento jurídico em alguns pontos essenciais. Essa origem gera discrepâncias na sua interpretação que, sob a égide do nosso direito privado, importa aprofundar e clarificar.

Tal exercício exige a consideração da função destas cláusulas à luz dos princípios próprios de todo o ordenamento em matérias como a garantia das obrigações, a autonomia privada ou o *pacta sunt servanta*. Procurou-se, também, enquadrar estas cláusulas na teoria económica do contrato, assim densificando os seus riscos e vantagens. É, ainda, feita uma breve nota sobre a prevalência destas cláusulas no direito bancário, procurando explicar as particularidades contratuais que suportam essa convivência.

A abordagem dos assuntos por esta ordem não é, nem pretende ser, exaustiva. Trata-se de um fio condutor, essencialmente conducente à realização dos principais problemas que se podem levantar e cuja relevância para a reflexão do tema do presente estudo é incontornável. Mas nem por isso nos eximimos ao estudo aprofundado das matérias abordadas, tentando encontrar fundamento e reflexo, na nossa doutrina e jurisprudência, das teses sustentadas.

A pesquisa do tema das cláusulas de garantia e segurança, pouco tratado, foi estimulante. Constituiu, como tem de ser, uma constante de todo o processo, quer por a sua gestão exigir tempo, quer pelo surgimento de temas conexos cuja inclusão, ou não, exigia estudo e reflexão. Contudo, o desafio que a pesquisa representa tem de encontrar o seu fim em algum momento. Pois, em qualquer processo de decisão, a recolha de informação tem que ser interrompida - num qualquer momento crítico - sob pena de, eternizando-se, impedir a acção que essa informação deveria servir¹.

¹ Como afirma FERNANDO ARAÚJO a propósito dos efeitos da assimetria informativa no contexto contratual *in Teoria económica do contrato*, Coimbra, Almedina, 2007, p.282.

Ainda que assim não fosse, este estudo foi dimensionado tendo em mente a restrição de número de caracteres inerente a uma dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Também esse factor contribuiu para o presente arranjo temático e o seu encadeamento, que sempre se tentou tornar directo ou, pelo menos, tendencialmente mediato.

Não se pretendeu avançar para a interpretação, em concreto, de exemplos de cláusulas de garantia e segurança (não surgindo, no texto do presente estudo, qualquer menção expressa exemplificativa destas cláusulas); limitando-nos a apresentar as categorias ou tipos de cláusula cuja frequência no tráfego jurídico - e particulares efeitos - sustentaram a sua abordagem à perspectiva deste texto.

Pretendeu-se, sim, contribuir para a densificação do quadro interpretativo a elas subjacente, aplicável, *mutatis mutandis*, à generalidade das cláusulas de garantia e segurança que proliferam no comércio jurídico.

2. Garantia das obrigações

Não será de omitir, numa análise relativa ao tema das cláusulas de garantia, a abordagem, ainda que superficial, do conceito de garantia das obrigações, nas suas variadas acepções. Tal conceito, de garantia, não é expressamente definido em qualquer texto legislativo, omissão que se explica pelo facto de o termo não constituir verdadeiramente um conceito técnico-jurídico, mas antes uma expressão da prática jurídica, que expressa um resultado: o fim específico de assegurar a realização dos direitos do credor.

Ora, a lei indica apenas formas específicas de obtenção desse objectivo². Dessa forma, e face a esta acepção do conceito, a garantia propriamente dita existe sempre que se verifique um reforço da expectativa do credor criada pelo dever de prestar a cargo do devedor³.

No fundo, a ideia de garantia - neste sentido, que pode ser visto como sendo aquele que a dota da maior amplitude - extravasa a enumeração dos meios para garantir o crédito (ditos específicos) e que resultam de forma concreta e directa do próprio crédito, por efeito da lei. Será natural a ela associar também os mecanismos de protecção que visem assegurar o cumprimento de qualquer direito de crédito, mesmo que estes não resultem, directamente, do regime legal imperativo⁴. Mais do que conceptual, adopta-se um conceito de garantia acima de tudo instrumental.

É usual proceder à distinção entre a denominada garantia geral (abrangendo a generalidade do património do devedor) e as garantias especiais⁵. Estas últimas constituem um reforço objectivo da primeira, assegurando de modo particular a satisfação do crédito

² Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Garantias das obrigações*, Coimbra, Almedina, 4.^a Ed., 2012, p. 14.

³ Cfr. JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral – Vol. II*, Coimbra, Almedina, 7.^a Ed., 1997, 2.^a reimpressão de 2006, p. 419. Para LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, densificando o termo de forma mais restrita, garantia em sentido amplo consistiria “num reforço (ou posição de privilégio) – de diversas formas – do crédito de um credor face àqueles dos outros credores (comuns), que têm que se contentar com a denominada garantia geral” in *Direito das garantias*, Coimbra, Almedina, 2.^a Ed, 2013, p. 50.

⁴ Também no ordenamento jurídico espanhol se verifica este entendimento, por exemplo, Cfr. CARLOS LASARTE, *Derecho de obligaciones*, Madrid, Marcial Pons, 11.^a Ed., 2007, p. 239.

⁵ A título de exemplo, Cfr. PAULO CUNHA, *Da garantia nas obrigações*, Lisboa, apontamentos das aulas de Direito Civil do 5.º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa por Eduardo Pamplona Côrte-Real, vol. I, Lisboa, polic., 1939, vol. I, p. 20, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, Coimbra, Almedina, 12.^a Ed., 2009, p.881, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *ob. cit. – Vol. II*, Coimbra, Almedina, 7.^a Ed., 1997, 2.^a reimpressão de 2006, p. 447.

do titular da garantia. Já a garantia dita geral abrange a generalidade do património do devedor, o qual responde directamente pelas obrigações que o devedor tenha assumido. Quanto às garantias especiais, distingue-se ainda entre as garantias pessoais (que implicam a vinculação de um terceiro ao cumprimento da dívida) e as garantias reais (que implicam a afectação de uma coisa do devedor ou de terceiro à garantia do direito do credor, com preferência sobre outros credores).

Observando a sua eficácia, a garantia pessoal caracteriza-se por ter subjacente a vinculação de outrem ao cumprimento da obrigação, sendo assim estruturalmente relativa e resultando de um negócio obrigacional⁶. Diferentemente, a garantia real institui um direito real sobre uma coisa do devedor ou de terceiro que, como todos os direitos reais, se caracteriza por ter cariz absoluto, sendo oponível *erga omnes*, e atribuindo prevalência ao seu titular na satisfação do seu crédito, resultando por isso a garantia real, quando não é atribuída por lei, de um negócio de disposição⁷. O negócio de constituição de garantia, seja ela pessoal ou real, é normalmente causal, sendo a sua causa a prestação da garantia, por vezes encarada como uma mera imputação de risco⁸.

Ora, embora se considere a obrigação como um vínculo pessoal entre duas pessoas, pela qual uma delas fica adstrita para com outra à adopção de determinado comportamento em seu benefício, não poderá deixar de se recusar a existência de um verdadeiro direito do credor sobre os bens do devedor.

Não seria admissível o entendimento de que o credor pudesse, livremente, agredir o património do devedor ou forçá-lo a tomar determinado comportamento, por mero exercício da sua vontade, unicamente pelo seu incumprimento de uma obrigação. Tal interferência é limitada aos meios de que o credor é munido pela lei e a outros a que, em determinados casos, tenha acesso devido à relação contratual propriamente dita em que a

⁶ Será relevante proceder aqui à definição de obrigação em sentido técnico, recorrendo à douda simplicidade da exposição de PAULO CUNHA, a obrigação é o “vínculo jurídico de carácter patrimonial e autónomo, por virtude do qual uma ou mais pessoas ficam adstritas para com outra ou outras a uma prestação” em *ob. cit.*, p.2 e 16, para este autor a garantia seria “necessariamente um elemento essencial da relação jurídica obrigacional”. Assim, trata-se do lado passivo de qualquer relação jurídica ou, na outra face da moeda, o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa pode exigir a outra uma prestação (Cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 7.ª Ed., reimpressão de 2010, p. 10-11), é, por referência à relação no seu todo, uma situação jurídica que tem por conteúdo a vinculação de uma pessoa em relação a outra à adopção de uma determinada conduta em benefício desta (Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, Vol. I*, Coimbra, Almedina, 3.ª Ed., 2005, p. 14).

⁷ Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *ob. cit. Garantia...*, p. 14 e 15.

⁸ Cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, I, Coimbra, Almedina, 1992, p. 537 e 548 e ss..

obrigação que dá azo ao crédito em causa tenha origem. A livre ingerência dos credores na autonomia dos devedores de disporem do seu património ou na liberdade da sua actuação em geral criaria limitações simplesmente inaceitáveis, por unilaterais e potencialmente excessivas.

Assim se entende que a eventual exigência de manutenção de uma determinada relação que deveria ser mantida entre o valor do património e o montante de crédito, embora apelativa para o credor, traria consigo uma permanente e intolerável tensão na relação obrigacional em geral⁹, que poderia acarretar resultados adversos para o próprio credor. Voltaremos a este tema.

O que se reconhece ao credor, como afirma INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, é a existência de um poder decorrente de uma “expectativa sobre esse património como universalidade, expectativa que, não sendo um direito perfeito ou acabado, é mais do que uma simples esperança, pois goza de tutela jurídica traduzida nos meios de conservação do património postos ao seu serviço”¹⁰. Dito isto, e de forma a evitar o esvaziamento da garantia geral, contra acções ou omissões que resultem na diminuição ou não fortalecimento dessa garantia¹¹, são atribuídos aos credores meios cautelares ou de reacção.

2.1. Garantia geral das obrigações

A relevância do património do devedor, enquanto garantia, deriva do facto de este constituir o primeiro patamar de garantia do cumprimento das obrigações por si assumidas (cf. 601.º CC)¹², pelo que a satisfação do direito de crédito está sempre dependente da

⁹ Cfr. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 24 nota 70.

¹⁰ Cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 16-17.

¹¹ Sejam essas acções intencionais ou não. Cfr. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 403.

¹² Não obstante o presente estudo atribuir ao termo garantia a sua maior acepção, cumpre referir não ser pacífico o entendimento de que a garantia geral das obrigações consista numa verdadeira garantia. Não é incomum reservar apenas às garantias especiais a característica de “garantia”, exigindo para esse efeito mais do que um “sentido de segurança” (PAULO CUNHA, *ob. cit.*, tomo I, p. 21). Aliás, a doutrina alemã e francesa reserva esse termo para o que, entre nós, se designa de garantias especiais. Dessa forma, a dita garantia geral seria meramente identificável com a responsabilidade patrimonial. A este título, aderimos na totalidade às considerações de LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, sustentando a opção tomada relativamente ao conteúdo do termo garantia em aspectos de natureza prática, dada a forte relação e interacção entre a concreta matéria em análise e a garantia geral das obrigações (*ob. cit.*, p. 46-52).

conservação do património do devedor e também da extensão e variações desse património.

No entanto, não se pode ignorar que, sob a alçada da garantia geral das obrigações, nada obriga o devedor a manter íntegro o seu património, de modo a que o(s) crédito(s) existente(s) seja(m) coberto(s) – *garantidos*. Diferentemente, a opção normativa foi a de consagrar mecanismos que permitem, verificados os seus pressupostos, que os credores despoletem determinadas actuações face aos devedores¹³ - pois não sendo a obrigação voluntariamente cumprida, tem o credor o direito de exigir judicialmente o seu cumprimento e de executar o património do devedor (art. 821.º e ss. CC).

Essas actuações representam, sem dúvida, verdadeiras interferências do credor na esfera jurídica do devedor¹⁴. Assim não fosse, e não se admitisse ao credor qualquer tipo de poder de ingerência sobre o património do devedor e a sua conservação em prol dos interesses dos seus credores, e mais não teríamos que uma garantia geral meramente ilusória, sujeita ao caso concreto.

Verificando-se o inadimplemento de uma obrigação, admite-se ao credor que, por intermédio do recurso aos tribunais, venha exigir o seu cumprimento (operar a acção creditória¹⁵). Ainda que não o faça, o credor pode ainda proceder à execução do património do devedor (art. 817.º CC). Ou seja, confere-se ao credor o direito de agredir o património do devedor, a fim de obter coactivamente a satisfação do seu crédito¹⁶. Por conseguinte, estão sujeitos à execução todos os bens do devedor susceptíveis de penhora (art. 735.º CPC), com excepção de determinados bens, que se encontram isentos de penhora ou que são considerados impenhoráveis. Daí que se fale numa “contida adstrição do património do devedor à intervenção do credor”¹⁷, intrincada à sua utilidade na satisfação do crédito.

¹³ Cfr. LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *ob. cit.*, Vol. II, p. 220 ss., LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 47.

¹⁴ Cumpre enumerar o *numerus clausus* de meios de conservação da garantia patrimonial: A declaração de nulidade dos actos praticados pelo devedor (art. 605.º CC), a sub-rogação do credor ao devedor (art. 606.º e ss. CC), a impugnação pauliana - contra os actos do devedor que provoquem ou agravem a impossibilidade de satisfação do crédito (art. 610.º e ss. CC) e o arresto (art. 619.º ss. CC, assim como art. 391.º e ss. CPC).

¹⁵ Como a designam ABÍLIO NETO E MIGUEL J. A. PUPO CORREIA em *Obrigações – Aditamentos à Teoria Geral das Obrigações de Manuel de Andrade (Segundo as preleções do Doutor Pereira Coelho)*, 3.ª Ed., Coimbra, Almedina, 1964, p. 19.

¹⁶ Cfr. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 843.

¹⁷ Cfr. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *ob. cit.*, p. 20.

Surge ínsita nesta arquitectura do tráfego jurídico - tendente à protecção do crédito, e assim promovendo a segurança jurídica - a limitação convencional da garantia patrimonial. Tal limitação pode ser alcançada quer por via de acordo entre o credor e o devedor, quer por determinação de terceiro (art. 602.º e 603.º CC). Considerando a liberdade de fixação do conteúdo contratual, admite-se, por via convencional, a estipulação de diferentes meios de conservação da garantia patrimonial do devedor, a favor do credor, mormente via estruturas contratuais diferenciadas ou pela aposição nesses contratos de cláusulas com essa finalidade (art. 405.º do CC)¹⁸. Em contrapartida, nada impede as partes de, ao constituírem voluntariamente qualquer obrigação, limitarem a responsabilidade do devedor inadimplente apenas a alguns bens do seu património (salvo quando se trate de matéria subtraída à disponibilidade das partes - art. 602.º CC), desde que essa limitação corresponda não só a uma real necessidade ou conveniência do devedor, compatível com a coercibilidade do vínculo obrigacional, mas também a um interesse sério e justificado das partes¹⁹.

Estabelecido que o património é garantia geral das obrigações, pode ainda acrescentar-se que, nos termos do disposto no art. 604.º, n. 1 CC, o património é garantia comum das obrigações. Quer isto dizer que os credores que não gozem de qualquer direito de preferência sobre os demais são pagos em pé de plena proporcionalidade uns com os outros²⁰, independentemente do montante do crédito, da sua data de constituição ou da sua fonte.

Portanto, há uma expectativa geral a tutelar, a expectativa do credor de satisfação do seu crédito e de, se necessário, sucessiva agressão do património do devedor. Tal expectativa justifica que se contenham na nossa lei determinadas válvulas de escape à, de outra forma considerável, liberdade do devedor na gestão e disposição do seu património.

Reflexos dessa expectativa geral permeiam o nosso direito privado. Ao dizer-se que o devedor perde o benefício do prazo caso se torne insolvente ou se, por motivo a si imputável, diminuírem as garantias dos créditos ou não forem prestadas as garantias prometidas (art. 780.º CC), está-se a atribuir ao credor uma via privilegiada atinente à conservação ou cumprimento do seu crédito. O mesmo se poderia dizer a propósito do art.

¹⁸ Naturalmente, respeitados os limites da boa-fé e do abuso de direito.

¹⁹ Cfr. JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *ob. cit.* - Vol. II, p. 42, sintetizando, com desafeitação, os critérios a reter.

²⁰ A denominada regra de *par conditio creditorum*. Cfr. JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *ob. cit.* - Vol. II, p. 430.

429.º CC, a excepção de não cumprimento de contrato no caso específico de insolvência ou diminuição de garantias. Aquele que poderia exigir o cumprimento em primeiro lugar perde essa possibilidade se, após a celebração do contrato, se verificar a perda do benefício do prazo.

Ao credor não é, pois, reconhecido um direito (à cobertura do seu crédito) sobre o património do devedor, cujo incumprimento gerasse, por si só, um dever de indemnizar. A sua posição jurídica goza, ainda assim, da tutela dos mecanismos gerais e dos meios de conservação da garantia patrimonial postos à sua disposição, conforme exposto. A frustração desta expectativa encontra nestes mecanismos a sua sanção, revelando-se assim, uma tendencial eficácia reduzida da garantia do património do devedor como garantia geral dos credores. Dito isto, não será de negar que o património do devedor, mesmo que não chegue a ser objecto de penhora (em sede de processo de execução), desempenha, pelo simples facto de existir, uma relevante tutela da posição do credor²¹.

2.2. Garantias especiais das obrigações

A denominação de especial está associada à natureza de acréscimo à segurança de algum ou alguns credores, por comparação com a garantia geral (que é conferida meramente pelo património do devedor). Acréscimo de cariz variável conforme a natureza da garantia em causa; mormente, se se tratam de garantias pessoais ou garantias reais²², residindo a diferença no tipo de reforço, de acréscimo, que essa garantia importa.

A constituição de uma garantia pessoal representa o reforço da garantia por meio da responsabilização perante o credor de pessoa ou pessoas distintas do devedor, e a consequente vinculação do(s) seu(s) património(s) à satisfação do direito de crédito. Essa assunção por pessoa distinta do devedor aumenta a expectativa de satisfação do crédito oferecida pelo património do devedor (agora devedores). Em suma, esse reforço é

²¹ Cfr. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *ob. cit.*, p. 27.

²² Na doutrina inglesa, distinguem-se as garantias pessoais das garantias reais. Os contratos em que a garantia do credente assenta na propriedade da coisa que mantém na sua esfera, como a venda com reserva de propriedade, o *financial leasing*, o *hire-purchase* ou o Repo são classificados como *quasi-security*. Além disso, o *trust* pode ser utilizado como instrumento de garantia, ou porque o bem é transmitido a um *trustee* para assegurar uma obrigação, ou porque o dono do bem se declara *trustee* para assegurar uma obrigação, ou porque o dono do bem se declara *trustee* em garantia para os credores (*“trustee for the creditors by way of security”*), cfr. ROY GOODE, *Commercial Law*, p. 584, *apud* LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 63.

essencialmente quantitativo. Tal como resulta do disposto no art. 627.º CC, essa garantia traduz-se na possibilidade de o credor ter um segundo património²³ para executar caso o devedor não cumpra.

Diferentemente, a garantia real permite um reforço que se traduz na afectação *erga omnes* de bens, quer do devedor, quer de terceiro, ao pagamento preferencial de certas dívidas²⁴. Trata-se de um reforço que, por paralelo com o reforço quantitativo resultante das garantias pessoais, se pode apelidar de qualitativo. O credor em causa prefere aos outros credores, seja em relação a determinados bens ou a rendimentos deles provenientes²⁵. Usualmente, essa afectação é feita mediante um certo grau de publicidade da constituição dessa garantia, com o intuito de tutelar os interesses de terceiros à constituição da garantia. Dada a oponibilidade a terceiros destas garantias, revela-se fundamental o estabelecimento de uma ordem de preferência entre as garantias reais, a qual pode ser estabelecida tomando em função a anterioridade na constituição, a anterioridade no registo, ou a natureza da garantia²⁶. Por essa oponibilidade a terceiros, a constituição de garantias reais consubstancia uma verdadeira excepção ao princípio *par conditio creditorum*.

É portanto compreensível que, na generalidade dos negócios jurídicos em que a contraprestação seja executada de forma diferida no tempo, seja exigida a prestação de garantias especiais. Tal acontece porque a constituição dessas garantias - não se traduzindo necessariamente no reforço da probabilidade de que o crédito em questão venha a ser cumprido²⁷ - vem, ao menos, assegurar que o objecto dessa garantia especial responderá pelo incumprimento.

Na verdade, a sua eficácia, permitindo ultrapassar, verificadas certas condições, o rateio directo com os restantes credores, confere às garantias especiais um estatuto de destaque na plétora garantística disponível. Por este motivo, são usualmente encaradas

²³ Sendo aqui de voltar a referir a possibilidade, prevista no art. 602.º CC, de limitar a responsabilidade do fiador.

²⁴ PAULO CUNHA, *ob. cit.*, vol. II, p.113 e ss. Mas não do bem propriamente dito. Por convenção das partes, por estipulação da lei ou por decisão judicial, certos bens, ou o valor de certos bens, ou o valor dos rendimentos de certos bens, respondem privilegiadamente pelo cumprimento de determinada obrigação. São garantias reais previstas no CC: a consignação de rendimentos (art. 656º); o penhor (art. 666º n.1); a hipoteca (art. 686º n.1); os privilégios creditórios (arts. 733, 736º) e o direito de retenção (art. 754º).

²⁵ Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações – apontamentos*, Lisboa, 2.ª Ed., 2004, p. 287.

²⁶ Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, Vol. II, 6.º Ed, p. 86.

²⁷ Particularmente, gerando-se uma situação de insolvência, caso se verifique o rateio, no caso de insuficiência do património do devedor para responder às suas dívidas ou, no caso de garantias reais, na insuficiência do valor decorrente da venda do bem dado de garantia.

como a principal forma de assegurar determinado crédito. Inclusive, a possibilidade de concessão de garantias especiais em momento posterior, sem a necessidade de levar em conta os credores já existentes à data da constituição da garantia pode, sem mais, resultar num claro prejuízo para os credores já existentes, o que permitirá explicar a sua preponderância no tráfego jurídico.

Em verdade, e como bem sublinha MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, com exceção da constituição de garantias reais, os restantes arranjos “internos” constituem apenas um meio de pressão sobre o devedor para que ele realize a prestação devida²⁸, de eficácia e resultados variáveis.

2.3. Garantias “especiais atípicas”

Adoptamos a nomenclatura de garantias “especiais atípicas” para designar situações que, atribuindo ao credor um reforço da sua posição creditória, não se reconduzem a nenhuma das modalidades normalmente autonomizadas pela doutrina²⁹. No entanto, e não obstante a sua especialidade face à garantia geral, não gozam da mesma frequência de utilização que as garantias referidas *supra*. Ademais, e não obstante a previsão legal de alguns dos institutos citados, estes não foram construídos pela sua potencial função de garantia.

Assim, a designação de atípicas, que reflecte a sua plena e adequada inserção nos cânones do nosso ordenamento jurídico, ainda que sem evitar um certo desvio do plano geral das garantias, onde são de facto atípicas, parece-nos adequada.

A denominação e limites desta categoria de garantias tem sido variada³⁰, mas optamos por essa terminologia, proposta por LUÍS MENEZES LEITÃO, de garantias especiais

²⁸ *In ob. cit.*, p. 43. E, como sublinha o mesmo autor “um meio de pressão serve para reagir contra a falta de disposição à prestação por um devedor capaz de cumprir – configurando-se assim como uma providência coercitiva ao cumprimento – mas não constitui obviamente solução para os casos em que o devedor quer cumprir mas não tem com quê”.

²⁹ Pois, “desde sempre a doutrina reconheceu a existência de certas situações em que o credor possui um reforço da garantia geral, mas que não se reconduzem nem a garantias pessoais, nem a garantias reais, nem sequer às outras modalidades que autonomizámos de utilização da propriedade em garantia e garantias especiais sobre direitos ou sobre universalidades”, cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 279.

³⁰ Enquanto PAULO CUNHA se refere às “garantias eventuais”, denominando dessa forma, nomeadamente a “excepção de inadimplemento da obrigação” e a compensação legal, PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO

atípicas, pois embora não possam ser reconduzidas às usuais modalidades de garantias especiais, representam, verificados certos pressupostos, um reforço da posição dos credores. São, por isso, “garantia”, nos termos em que este conceito tem vindo a ser abordado no presente texto.

As garantias atípicas correspondem a institutos que tanto podem ser legalmente previstos como convencionados. Referimo-nos, no plano legal, à excepção de não cumprimento do contrato e à compensação. No contexto contratual, aos contratos-promessa de garantia e, ainda, às chamadas cláusulas de garantia e segurança do cumprimento da prestação. Percorrer, de forma breve, o leque de garantias especiais atípicas ajuda ao enquadramento dessas cláusulas, explicitando a sua relevância e eficácia³¹.

A excepção de não cumprimento do contrato está plasmada no art. 428.º e seguintes do CC. Não sendo pacífico o entendimento da excepção de não cumprimento do contrato enquanto garantia, esta pode ser definida como a “faculdade que, nos contratos bilaterais, cada uma das partes tem de recusar a sua prestação enquanto a outra, por seu turno, não realizar ou não oferecer a realização simultânea da respectiva contraprestação”³². Esta possibilidade de uma das partes numa relação bilateral se recusar a efectuar a sua prestação implica que, caso essa prestação seja relevante para a contraparte, esta se possa

FUZETA DA PONTE optam pela denominação de “garantias aparentes”, dado, no seu entendimento, nada acrescentarem à garantia geral (*in Garantias de cumprimento*, Coimbra, Almedina, 5.ª Ed., 2006, p. 61 e 68). Já, LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS nomeia de “garantias em sentido amplo” figuras que, com características muito diversas entre si, conduzem em maior ou menor grau a um reforço mais ou menos extenso da posição do credor (*in ob. cit.*, p. 627). MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES denomina-as, no âmbito bancário, de “paragarantias” ou “mecanismos de segurança do crédito”, pois embora não constituindo um reforço quantitativo ou qualitativo, têm, em concreto, funções de garantia (*in Contratos Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 282 e 391). Referindo-se especificamente à constituição de proibições relativas à disposição de património (seja em geral, seja relativamente a bens específicos), CHRISTIAN GAVALDA e JEAN STOUFFLET falam em “*sûretés dites économiques ou négatives*” (*in Droit bancaire : institutions, comptes, opérations, services*, Paris, Litec, 8.ª Ed., 2010, p. 649-650). Talvez seja este lento alargamento dos institutos enquadrados na definição geral de garantia especial que motiva MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES a autonomizar as garantias especiais diferenciadas (face às comuns), *in ob. cit. Contratos...*, p. 389. São garantias “operacionais”.

Esta minoração dos meios preventivos em sede de garantia verifica-se já na obra de PAULO CUNHA, *ob. cit.*, p. 4, que autonomiza quatro grandes categorias relativas ao conteúdo da garantia jurídica. Assim, a realização coactiva dos direitos poderia ser agrupada em “realização coactiva do direito subjectivo que se encontra em estado de violação”, “reparação dos prejuízos”, “meios compulsórios” (aqui assacados ao Estado) e, por fim, os “meios repressivos”. Não obstante essa categorização, o autor não se abstém de citar uma possível quinta categoria de “meios meramente preventivos”, ou seja, as providências que se destinam a evitar que se chegue a um estado de violação do direito subjectivo, questionando-se, na verdade, se estes meios pertenceriam, no plano dogmático, à noção de garantia. No entanto, referindo-se às garantias eventuais de fonte legal, afirma traduzirem-se “numa melhoria de posição para o credor, traduzem-se, portanto num reforço da garantia geral” (p. 378).

³¹ Eficácia que, não sendo de forma alguma despiciente, é limitada.

³² Cfr. JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Excepção de não cumprimento do contrato*, Coimbra, Almedina, 2.ª Ed., 2012, *passim*.

ver forçada a efectuar a prestação correspondente de forma prioritária, gerando-se assim um efeito coercivo, que a coage a cumprir a prestação a que está obrigada.

Além desta função coerciva, outros autores reconhecem-lhe também uma função de garantia mais alargada, a qual será particularmente visível caso estejamos perante um caso de aplicação da norma constante do art. 429.º do CC, aplicável em caso de insolvência do devedor ou de diminuição das garantias do crédito ou de não prestação das garantias prometidas. Pela sua aplicação, a *exceptio* estende-se ao devedor obrigado a cumprir em primeiro lugar, ainda que nesse caso ela possa ser afastada mediante a prestação de garantias³³.

Outro exemplo de garantia especial atípica é o instituto da compensação, tal como estipulado no art. 847 e ss. CC. Mediante o recurso à compensação, permite-se a realização do crédito devido por um meio distinto do pagamento. Sendo este realizado por via de mera declaração de uma das partes à outra: a declaração de que determinado crédito se encontra compensado por contraposição com um outro. Assim agilizando a possibilidade de o credor satisfazer o seu crédito, logo, tornando-o mais seguro³⁴. A compensação aumenta a probabilidade de satisfação na cobrança de créditos, sem depender da colaboração do devedor; pelo que pode, verificados os seus pressupostos, consubstanciar um verdadeiro desvio ao princípio do *par conditio creditorum*, pois o credor que opera a extinção de créditos, por via dessa mesma compensação, vê o seu crédito imediatamente satisfeito. Essa possibilidade de compensação de créditos, quando verificados os respectivos pressupostos, pode representar - em si mesma - uma garantia do cumprimento da prestação devida, pois existindo créditos “cruzados”, o credor sabe sempre que em caso de incumprimento pode, no mínimo, compensá-los³⁵.

A celebração de contrato-promessa de garantia, baseada na admissibilidade – em geral – da celebração de contrato-promessa relativo a qualquer contrato, consiste na

³³ Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 280; Também JOÃO CALVÃO DA SILVA se refere à potencialidade da *exceptio* actuar como garantia indirecta, de particular eficácia, para o credor contra a impotência económica do devedor (*in Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, Coimbra, Almedina, Reimpressão da 4.ª Ed., 2007). Já MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES (*ob. cit. Assunção...*) opõe-se à consideração da *exceptio* enquanto garantia, por nela não ocorrer, nem um reforço quantitativo nem qualitativo da massa patrimonial responsável, entendendo que por isso constitui um meio de segurança, protecção ou de tutela do crédito diversos da garantia (p. 79).

³⁴ Cfr. HUGO RAMOS ALVES, “Sobre a função de garantia da compensação”, *O Direito*, Ano 142.º, 2010, p. 1051

³⁵ O crédito pode assim ser extinto pelo cumprimento, mas também através da declaração de compensação com o contra crédito que sobre o credor tem o devedor.

promessa de constituição de garantia, a qual pode fortalecer a posição do credor (com diferentes raios de efectividade, nomeadamente se considerarmos a potencial eficácia do contrato-promessa relativo à constituição ou transmissão de direitos reais sobre bens imóveis ou móveis sujeitos a registo)³⁶.

Por exemplo, a promessa de consignação de receitas, mormente a consignação de receitas de determinado negócio do devedor no momento do incumprimento de obrigações decorrentes do negócio objecto da consignação, pode operar enquanto garantia. Pese embora não se atribua ao credor qualquer preferência no pagamento, este perceberá uma vantagem imediata no recebimento das receitas do devedor em prol do cumprimento da prestação devida.

Cita-se ainda as cláusulas de garantia e segurança, ou seja, cláusulas contratuais apostas com o intuito de assegurar o cumprimento do crédito ou prestação em causa. Construções convencionais que procuram, por um lado, que se crie um meio de pressão sobre o devedor e, por outro, que o devedor se mantenha, tanto quanto possível, capaz de cumprir. O presente trabalho irá ater-se essencialmente na análise de alguns aspectos relativos a estas cláusulas, no ensejo de aprofundar algumas problemáticas levantadas pela sua aplicação no ordenamento jurídico português.

2.4. Cláusulas de garantia e segurança em especial

A designação geral de cláusulas de garantia e segurança compreende figuras cuja génese decorre, ao abrigo da autonomia privada, da sua estipulação pelos agentes da sociedade na fruição do seu livre arbítrio. No entanto, considerar a sua génese anglo-saxónica não é despiciendo.

É conhecido que o inglês se tem assumido como a verdadeira língua franca de negócios, com considerável influência a nível global. Tal ocorre, em parte, pela preponderância que certos países, nomeadamente os Estados Unidos da América e o Reino Unido, detêm no comércio internacional. Tal posição deu azo a que essas nações procurassem a criação de mecanismos que lhes permitissem responder às vicissitudes da

³⁶ Como a sua efectivação impende sobre a posterior celebração de um contrato definitivo, é frequente o contrato promessa ser complementado com uma procuração irrevogável para constituição da garantia com expressa autorização para celebração de negócio consigo mesmo.

celebração de contratos dotados de elementos internacionais, díspares das verificadas no plano unicamente interno. Uma realidade, como será de supor, muitas vezes estranha à dos países europeus continentais, em que nos inserimos³⁷. Gradualmente, começa-se a verificar uma crescente influência dos modelos de garantia importados da prática do comércio internacional ou, mais concretamente, de origem anglo-saxónica³⁸.

ANTÓNIO M. MENEZES CORDEIRO aponta, enquanto primeira verificação documentada de cláusulas de garantia e segurança³⁹ (referindo-se em concreto à cláusula de *negative pledge*⁴⁰) a emissões de obrigações protagonizadas por empresas ferroviárias estado-unidenses nos finais do século XIX.

Pretendendo a entidade emitente obter o maior financiamento possível, prestando o menor número de garantias especiais (normalmente nenhuma), mas sem com isso abdicar de transmitir aos subscritores uma sensação de segurança, aceitou esta limitação da sua autonomia. A simplicidade de uma solução deste tipo e conseqüente utilidade levou a que o recurso a instrumentos convencionais deste tipo começasse a ser usual.

Apointa-se, ainda assim, uma outra razão para a adopção de uma forma generalizada, pelas entidades bancárias, deste tipo de cláusulas. Sugere GRANT GILMORE⁴¹ que a crescente utilização na década de 1940 de cláusulas que limitam a oneração dos bens dos mutuários (das quais se destacaram as *negative pledge*, pelo seu conteúdo de não oneração do património do devedor), resultam da má experiência vivida durante a “grande depressão”. Este período, normalmente delimitado entre os anos de 1929 e 1933, constitui uma manifestação cíclica: à profusão do crédito sucede um inevitável período de inflação seguido de um período de recessão.

Já à data se entendia que a “grande depressão” teria, em parte, sido originada pela erosão das garantias prestadas face às dívidas assumidas, visto o crédito ser concedido com

³⁷ Cfr. ANTÓNIO M. MENEZES CORDEIRO, “Negative pledge: um estudo comparatístico”, *O Direito* Ano 142 n.º 3, Coimbra, Almedina, 2010, p. 498.

³⁸ Como nota MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “[e]m poucos anos assistiu-se à implementação das garantias *on first demand*, bem como de mecanismos de segurança do crédito claramente moldados por aquela prática de negócios” assim como a “pulverização e diversificação de instrumentos ou vias de paragarantia, bem como a frequente utilização de mecanismos de segurança, tipicamente associados à exigibilidade antecipada”, *in ob. cit. Contratos...*, p. 376-377.

³⁹ Cfr. ANTÓNIO M. MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 502.

⁴⁰ Ou seja, conforme *infra* explanado, a promessa de que o devedor não onerará o seu património.

⁴¹ *In Security Interest in Personal Property*, vol. II, The Lawbook Exchange, Nova Jérсия, 1999, Reimpressão da edição de 1965, p. 999. *apud* ANTÓNIO M. MENEZES CORDEIRO, *ob.cit.*.

base num pressuposto valor das garantias prestadas. Essa desconfiança relativa ao efectivo valor das garantias generalizou-se nos mercados internacionais, potenciando o recurso a instrumentos como as cláusulas de garantia e segurança. Ademais, muito embora a *negative pledge* seja utilizada em contratos entre nacionais de um mesmo Estado, a sua ampla divulgação ocorreu, predominantemente, em contratos de financiamento internacionais⁴².

Face à insegurança de soluções jurídicas alcançáveis própria à contratação em contexto internacional, a necessidade de obtenção de financiamento alcançava resposta junto de entidades financiadoras que, interessadas em conceder crédito, não pretendiam prescindir de algumas condições mínimas de garantia dos seus créditos. Mesmo num contexto contratual com devedores fortes, a obtenção desse limiar mínimo de segurança é a *occasio* que tipicamente provoca o aparecimento destas cláusulas de garantia e segurança; com vista a reforçar a tutela geral que resulta directamente da lei. As cláusulas de garantia e segurança surgem como que a meio caminho entre o problema da preservação do património e suas providências conservatórias, “correspondem à ideia do reforço deste mesmo sistema de garantia geral que a todos os credores pertence”⁴³.

Tradicionalmente, e nos termos expostos, a garantia pressupõe uma redução no que diz respeito à incerteza associada ao cumprimento da prestação que liga credor e devedor. Assim como ao consequente direito do credor, intrínseco a essa relação, na medida em que não tenha sido limitado, de poder executar o património do devedor, através dos meios coercivos normais. Ora, resulta aparente que estas cláusulas, pela sua natureza convencional, gozam de uma mera eficácia relativa, característica dos direitos de crédito, e são essencialmente oponível *inter partes*. Mas nem por isso se pode afirmar, sem mais, que em nada acrescem à garantia geral das obrigações.

Estas cláusulas surgiram como uma alternativa às tradicionais garantias especiais, como resposta às necessidades de flexibilizar o peso do formalismo inerente às formas habituais de garantia do cumprimento e sua onerosidade. Não será de estranhar a necessidade de garantias que funcionem de uma forma rápida, eficaz e sem grande

⁴² Cfr. DAVID E ALLAN., “Negative Pledge Lending – Dead or Alive? How to Reinvent the Mortgage”, *Journal of International Banking Law*, 5, 1990, p. 330-339.

⁴³ Cfr. JOANA FORTE PEREIRA DIAS, “Contributo para o estudo dos actuais paradigmas das cláusulas de garantia e/ou segurança: A ‘*pari passu*’, a ‘*negative pledge*’ e a ‘*cross-default*’”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles Vol. IV: Novos estudos de direito privado*, Almedina, 2003, p. 887-888.

onerosidade. Menos óbvia será a importância da sua valência em caso de insolvência do devedor⁴⁴.

Afiguram-se portanto as cláusulas de segurança e garantia como um meio de origem convencional, com carácter preventivo, conducente à conservação dos bens do devedor, restringindo ou não permitindo a sua deterioração, a sua diminuição ou a sua oneração. São manifestações de autonomia privada que procuram efectivar a tutela da expectativa do credor relativamente ao cumprimento ou ressarcimento dos seus créditos (a prestação devida).

Não podemos esquecer que o principal interessado no cumprimento, pelo devedor, é o próprio credor. Portanto não será de estranhar que este procure adoptar as medidas necessárias à prevenção da inexecução, ainda que por via de meios de coerção privada⁴⁵.

Por esta forma, como refere JOANA FORTE PEREIRA DIAS, “atribuindo efectividade à garantia patrimonial”⁴⁶. Nas relações jurídicas obrigacionais, o interesse a proteger consubstancia-se, como já se disse, no direito à prestação. Assim sendo, a garantia, para o ser, deverá contribuir para que o devedor pague, ou melhor, fazer com que o credor receba. A realização prática coactiva do direito do credor detém um papel primacial⁴⁷.

Embora, *de iure condendo*, se possa dizer que a “pena” que resulta do incumprimento destas cláusulas seja a verificação de um incumprimento contratual e suas consequências, *de jure condito*, a configuração real e imediata destas cláusulas é a de um efeito de repressão do devedor e da sua actuação. E exactamente aí reside a sua relevância, em sede da problemática da preservação da garantia patrimonial do devedor.

Como realça JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, o “objectivo de qualquer meio conservatório é conseguir que a garantia geral conserve ou veja potenciado o seu papel de tutela fundamental dos direitos de crédito”⁴⁸.

⁴⁴ LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, afirma a preponderância da eficaz protecção do credor face à insolvência, declarando que a garantia que não atinja esse desiderato será “praticamente imprestável(...). O que leva a que não se recorra a ela para a concessão de crédito – limitando-o”. *ob. cit.*, p.55. Como veremos, a ameaça de insolvência é, para o credor beneficiário de uma cláusula deste tipo, uma lâmina de dois gumes.

⁴⁵ Como defende JOÃO CALVÃO DA SILVA, aproveitando o espaço que é deixado pelo legislador à iniciativa das partes, os meios de coerção privada contribuem para a segurança e o desenvolvimento das relações negociais e procuram garantir a realização integral do interesse dos credores (*in Cumprimento e sanção pecuniária Compulsória*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 325 e seguintes).

⁴⁶ Cfr. JOANA FORTE PEREIRA DIAS, *ob. cit.*, p. 888.

⁴⁷ Cfr. PAULO CUNHA, *ob. cit.*, p. 16.

⁴⁸ *In ob. cit. Lições...*, p. 404.

Cumpra também referir que as garantias reais podem nem sempre ser adequadas para garantir todo o tipo de situações. Nomeadamente, podemos estar perante verbas para a sua constituição de montante considerável, ou não ser nesse caso viável a pretensão de oferecer como garantia bens suficientes para cobrir as quantias em causa. Também no campo das garantias pessoais, o mero reforço do *quantum* patrimonial potencialmente responsável pode revelar-se indiferente na garantia da obrigação. O decurso do tempo pode, só por si, representar uma delapidação desse património de terceiro que torna a garantia em si mesmo incipiente.

Diferentemente, o uso de cláusulas deste género potencia a manutenção de um certo nível de confiança relativo ao cumprimento da prestação garantida mediante a intromissão, convencional, na actuação do devedor. De certa forma acelera-se tal intervenção, por via da sua aceitação prévia, na verificação de determinadas condições.

Tais cláusulas conciliam interesses que, de outra forma, não seriam conciliáveis: a assunção pelo devedor de meios que permitam a suficiente defesa do direito do credor e a assunção pelo devedor de meios que representem reduzido inconveniente para ele (visto que apenas se obriga a actuar de determinada forma). Estão, designadamente, funcionalmente dirigidas à tutela do credor contra eventuais e súbitas preferências de outros credores; e, em geral, contra comportamentos compreendidos pelo credor como atentatórios do seu crédito perante o devedor, sendo que este último assume e declara tais comportamentos como dotados desse cariz.

Essa manifestação expressa do entendimento das partes relativamente a certos comportamentos e à verificação de situações de facto permite assegurar, até certo ponto, uma certa previsibilidade das soluções jurídicas, a qual promove o funcionalismo – de índole prática – dos vínculos celebrados. Não sendo tal funcionalismo exclusivo destes instrumentos de fonte convencional, este é atingido - mediante a utilização de cláusulas deste tipo - sem especiais encargos para quem deles se socorre.

Fará sentido a consideração das cláusulas de garantia e segurança, no plano geral das garantias, como meio de persuasão, pressão ou, até, de repressão, na medida em que pressionam o devedor a realizar voluntariamente a prestação a que se acha adstrito,

mediante as consequências especificamente previstas para o incumprimento do seu conteúdo⁴⁹.

Não raras vezes, o devedor, em sede contratual, “declara e garante” a verificação de certas situações de facto e de direito, com interesse para o credor. Tratam-se, regra geral, de um conjunto de declarações de grande amplitude e cujos contornos são delineadas pelo negócio jurídico em questão⁵⁰. A presença destas declarações gera obrigações para a parte declarante que aproveitam à parte que delas beneficia, de uma forma desprovida de esforço – pois, ademais, poderá ver-se dispensada de confirmar a veracidade das mesmas⁵¹ (diga-se que essa prática se trata de uma solução que exige uma considerável relação de confiança inerente à relação contratual).

A parte declarante vê-se responsabilizada junto da contraparte por antecipação. Pois logo à partida assume que a não verificação dessas situações de facto importa o incumprimento. Ademais, essas declarações consideram-se – expressamente, por via do clausulado contratual – essenciais para a formação da vontade da parte contratante, o que condiciona a integral execução do contrato à sua confirmação.

Acresce que tais declarações, não garantindo qualquer posição creditícia, são atinentes à operacionalização do vínculo contratual, eximindo as partes de grandes considerações interpretativas.

O recurso à assunção de obrigações específicas - de génese meramente convencional - pela maleabilidade que admite à relação entre as partes, que adequam as condições contratuais às particulares condições do negócio jurídico que pretendem celebrar, também contribui de um modo significativo para um processo de personalização dos vínculos contratuais, encontrando um importante âmbito de aplicação nas relações que se caracterizam por um especial *intuitu personae*⁵² e nos negócios societários, assistindo-se

⁴⁹ Cfr. JOANA FORTE PEREIRA DIAS, *ob. cit.*, pp. 888 e 1022.

⁵⁰ Reportando-se tais declarações quer a condições necessárias à celebração do contrato (por exemplo, a verificação dos poderes das partes contratantes para a outorga do contrato), quer a condições que são do interesse de uma das partes contratantes (por exemplo, a garantia de que será mantido um certo rácio financeiro) e de outra forma dificilmente averiguadas. Constituem, em suma, os pressupostos da contratação, cuja não verificação pode importar responsabilidade pré-contratual (art. 227.º CC). Têm por referencial unicamente a situação existente no momento em que são proferidas, pelo que, nada se dizendo nesse sentido, não obrigam o declarante para o futuro.

⁵¹ Por remissão para o regime do erro e dos vícios da vontade na formação do contrato.

⁵² Cfr. JOANA FORTE PEREIRA DIAS, *ob. cit.*, p. 889.

como que ao ressurgir da importância da relação de confiança entre os contraentes na operacionalidade dos vínculos contratuais.

A observância do conteúdo deste tipo de cláusulas implica que o feixe de actuação da parte que a elas se obriga acaba por estar balizado. O seu desrespeito implica um incumprimento cuja funcionalidade não estará, necessariamente, ligada à resolução; pode meramente funcionar como um toque de arrebate, um sinal de aviso, que confere ao credor um maior poder negocial, um fundamento de intervenção ou correcção no âmago contratual.

É neste enquadramento que ressalta a valência das propriedades das cláusulas de garantia e segurança, destinadas a assegurar preventivamente essa tutela (que, no fundo, é a tutela da garantia geral das obrigações), de uma forma célere e eficaz, por constituírem acordo expresse no sentido de que certas condutas constituem um desvio entre a execução do contrato e o seu programa negocial.

PHILIP WOOD, referindo-se à sua utilização em sede de contratos de financiamento dotados de cariz internacional, considera-as, inclusive, o coração do contrato, a cuja elaboração as partes dedicam boa parte do processo negocial⁵³.

A realidade é que, se nem sempre é possível (ou sequer prático) celebrar contratos protegidos por garantias reais, menos funcional seria garantir, individualmente, a posição de milhares de obrigacionistas anónimos⁵⁴. Tal realidade é particularmente visível nos empréstimos dotados de cariz internacional, não apenas pelos montantes envolvidos, mas também pelo potencial desconhecimento dos (diversos) ordenamentos jurídicos dos intervenientes. Neste tipo de situações, a aposição deste tipo de cláusulas é uma constante⁵⁵.

Na verdade, e não obstante o acentuado processo de standardização que caracteriza grande parte da contratação moderna, na negociação e redacção destas cláusulas tenderá a verificar-se um significativo grau de confiança entre as partes e, por essa razão, de

⁵³ Cfr. PHILIP WOOD, *Law and Practice of International Finance, International Loans, Bonds and Securities Regulation*, Londres, Sweet & Maxwell, 1995, p.28.

⁵⁴ Cfr. ANTÓNIO M. MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 506.

⁵⁵ Cfr. PESSOA JORGE, “A garantia contratual da igualdade dos credores nos empréstimos internacionais”, *Estudos comemorativos do XX aniversário I*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1983, *passim* e VASCO SOARES DA VEIGA, *Direito Bancário*, Coimbra, Almedina, 2.ª Ed., 1997, p. 375, que sublinha a sua “generalização na prática bancária”.

personalização às especificidades do negócio em causa, seus intervenientes e sua envolvente relevante. O que significa que a redacção das mesmas é, em geral, adaptada ao caso concreto, especialmente no que diz respeito aos desvios e excepções que permitem⁵⁶.

Consideradas a natureza e velocidade das solicitações da prática jurídica, impõe-se o uso de técnicas cada vez mais ágeis de tutela do crédito. Este é um pressuposto particularmente real na tutela dos financiamentos e operações conexas - a que aludiremos *infra* - dada a constante (e contínua) aceleração da circulação de riqueza.

Sendo elementos comuns no comércio internacional hodierno, estas cláusulas têm progressivamente vindo a ser incluídas nos mais diversos tipos contratuais, em ordem a funcionar como garantia do crédito⁵⁷. Assim, fruto do crescimento da contratação internacional e da adopção por muitos agentes de modelos contratuais e negociais originários de outros ordenamentos jurídicos, observa-se a sua crescente utilização nos mais diversos negócios, ainda que desprovidos do elemento internacional. A sua preponderância continua a residir no âmbito dos contratos de financiamento.

Nessa sede, e acessoriamente às obrigações de reembolso e pagamento de juros, é usual o mutuante impor ao mutuário obrigações destinadas a assegurar a solvibilidade futura deste, bem como, durante a vigência do contrato, a abstenção da prática de actos susceptíveis de diminuir, colocar em perigo ou por qualquer outra forma prejudicar as outras garantias prestadas ou causar a oneração do seu património, por exemplo, mediante a constituição de novas obrigações graduadas acima do crédito do mutuante.

Em abstracto, pretende-se, com o recurso a estas cláusulas, assegurar que o risco do crédito, materializado sob a possibilidade de incumprimento futuro do mutuário, permaneça estável ao longo da vigência do contrato. Para esse efeito, dota-se o mutuante de meios que lhe permitam actuar atempadamente caso tal facto venha a verificar-se. Pela natureza das coisas, a fixação de cláusulas deste tipo visa uma protecção complementar dos interesses do credor e o respectivo enunciado diz respeito, em geral, à prevenção da ocorrência de quaisquer situações que, directa ou indirectamente, possam afectar, diminuir ou alterar de modo negativo a garantia patrimonial do devedor a favor do credor.

⁵⁶ Neste sentido, cfr. ANDREW MCKNIGHT, "Restrictions on dealing with Assets in Financing Documents: Their Role, Meaning and Effect", *Journal of International Banking Law*, 2002, p. 193.

⁵⁷ Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 283.

Por tudo o exposto até agora, bem se compreende a estruturação e adopção de mecanismos contratuais complementares da tutela base do crédito, destinados a precaver o credor contra o perigo de não satisfação dos seus interesses.

Contam-se inúmeras cláusulas deste tipo, variando a frequência de utilização e a sua configuração conforme o negócio jurídico considerado. No presente estudo serão objecto de análise mais detalhada apenas alguns exemplos de cláusulas de garantia e segurança, por se entender que, além de serem as cláusulas cuja utilização é mais comum, constituem o paradigma das virtualidades deste tipo de mecanismos contratuais, assim como levantam aqueles que são os seus desafios mais usuais. Assim, para fins de enquadramento, sem prejuízo das menções a outras cláusulas, enquadradas no seguimento da exposição, abordaremos em especial:

- i. A aposição de uma cláusula de *negative pledge*;
- ii. A aposição de uma cláusula de *pari passu*;
- iii. A aposição de uma cláusula de *cross-default*;
- iv. A aposição de uma cláusula de inalienabilidade.

Pelos motivos já referidos, é usual ver apostos neste tipo de cláusulas conceitos e construções originários de ordenamentos jurídicos anglo-saxónicos, o que justifica que muitas vezes estejam redigidas de forma a abordar questões que a própria sistemática geral do nosso ordenamento jurídico (em particular, o direito civil) resolve. Não é, também, inesperado que circulem inúmeras redacções deste tipo de cláusulas, o que explica, em parte, as dificuldades de interpretação que as mesmas, não raras vezes, suscitam.

A análise a efectuar partirá, como entendemos ser o mais adequado, do estudo geral das figuras, no âmbito da sua integração no direito civil. Essa ponderação é complementada pela análise económica do direito, mediante a abordagem da inserção destes mecanismos à luz da teoria económica do contrato. Não obstante, o aprofundamento do estudo destas cláusulas obriga à análise da interligação das mesmas com o direito bancário. Essa relação é sustentada a propósito da ponderação da preponderância destas cláusulas nos contratos de financiamento.

Com efeito, o estudo destas cláusulas, partindo do seu regime comum, não poderá deixar de parte, em absoluto, a interacção com o seu regime em termos bancários. Como

defende LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS “não se podem estudar as garantias de uma forma isolada, sem ter em conta a sua particular relação com o crédito, e o crédito bancário”⁵⁸. Embora seja considerável a difusão do uso de cláusulas com um fim de garantia e segurança em sede de direito societário, este é apenas mencionado incidentalmente⁵⁹.

Talvez explicando a sua difusão em diferentes áreas do direito, é ainda de referir que estas garantias são tanto ou mais originais porquanto, para além de beneficiarem mais ou menos directamente o devedor e o credor beneficiário da garantia, ele próprio seu destinatário directo, acabam também por beneficiar os demais credores, uma vez que a maior parte destas convenções procura evitar a dissipação do património do devedor e a manutenção da sua estabilidade.

Trata-se, como o designa JOANA FORTE PEREIRA DIAS, do efeito *preventivo-cominatório* destas cláusulas. Como defende, “é exactamente por isso que a finalidade

⁵⁸ *In ob. cit.*, p. 25.

⁵⁹ Cfr., entre outros, FÁBIO CASTRO RUSSO, “Das cláusulas de garantia nos contratos de compra e venda de participações sociais de controlo”, *Direito das Sociedades em Revista II vol. 4*, Coimbra, Almedina, 2010, *passim* e PAULO CÂMARA, “O regime jurídico das obrigações e a protecção dos credores obrigacionistas”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XLVI, 2003, *passim*. Pese embora a diversidade de soluções e a plethora de denominações que grassa na literatura especializada, entendemos existir particular afinidade entre as cláusulas de segurança e garantia – consideradas de uma forma geral – e as designadas cláusulas de salvaguarda (às quais PAULO CÂMARA, referindo-se à sua utilização no contexto da emissão de obrigações por um ente societário, apõe a designação de *covenants*, designação seminal na nomenclatura jurídica anglo-saxónica, pois essa designação importa um conceito muito lato de significados, podendo ser reportado a qualquer promessa estipulada em sede contratual – daí o recurso ao uso do termo, também comum, de *financial covenants*). Sobre as cláusulas de salvaguarda, cumpre mencionar a sua tipificação enquanto positivas ou negativas. As primeiras prendem-se, essencialmente, com obrigações de prestação de informação, ao passo que as negativas estão normalmente relacionadas com a assunção de determinados comportamentos. Além do uso de cláusulas equivalentes à *negative pledge* ou à *pari passu*, é usual na negociação societária o surgimento de cláusulas que instituem, para o desempenho de um conjunto de actuações, a obrigação de obtenção de autorização junto do beneficiário da cláusula ou a obrigação de respeitar rácios relativos ao desempenho financeiro da entidade societária. Também no contexto societário, o incumprimento dessas obrigações pode comportar o vencimento antecipado de todas as obrigações decorrentes do negócio jurídico em que se encontrem apostas (por exemplo, o incumprimento de um *covenant* poderá significar que toda a emissão se encontra em incumprimento – o chamado *default* técnico), conhecendo-se ainda outras consequências de origem contratual como, no exemplo de uma emissão de obrigações, a alteração da taxa de juro do empréstimo obrigacionista. Mais uma vez, a tónica do seu uso prende-se com a estimulação dos credores na sua conduta fiscalizadora do cumprimento, pela devedora, das obrigações decorrentes destas cláusulas, que se contrapõe com a maior, e mais imediata, consequência do seu incumprimento para o devedor (e que poderá ser, para este, avassalador). Pelo que se incentiva um maior *rappport* entre o beneficiário da cláusula e o obrigado, com consequências tendencialmente positivas para ambas as partes. Importa não esquecer que, em sede societária, os administradores respondem para com os credores sociais quando, pelo incumprimento (culposo) de cláusulas contratuais destinadas à protecção de credores, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respectivos créditos (art. 78.º CSC).

específica atribuída a estas cláusulas convencionais é a de lhes imprimir um carácter funcional de garantia económica e preventiva, definida através dos seus efeitos.”⁶⁰

É de indicar uma importante vantagem para os credores beneficiários das cláusulas, o seu poderoso efeito preventivo e compulsório, ainda que não por via da junção de um novo património ou da atribuição de um título de preferência.

Não obstante, as fragilidades inerente à utilização destas cláusulas resultam desde logo expostas se atentarmos na sua eficácia relativa ou na sua aparente inoponibilidade a terceiros e, bem assim, na posição dos contraentes beneficiários em caso de incumprimento. Ainda que assim seja, a dilação temporal da sua aplicação leva a que o devedor se sinta confortável em aceitar um clausulado particularmente gravoso, pois a possibilidade de se vir a incorrer nessas consequências surge como uma consideração longínqua.

2.4.1. Cláusula *negative pledge*

O conteúdo da cláusula de *negative pledge* é uma obrigação de facto negativa do devedor em não onerar os bens que constituem o seu património com outras garantias pessoais e reais, além daquelas que existem no momento da assunção da obrigação⁶¹. A extensão dessa obrigação de não onerar vai variar de uma forma directamente relacionada com o que seja a capacidade negocial das partes, em especial do devedor⁶².

Daí que, durante a execução do contrato em que esta cláusula está aposta, a constituição de garantias, de qualquer tipo⁶³, junto de outro credor, permita ao destinatário desta cláusula (por se verificar o desrespeito da mesma) o recurso às sanções aplicáveis por verificação de incumprimento do contrato. Sem prejuízo, claro está, de as partes poderem acordar excepções, permitindo a constituição de garantias desde que verificadas certas condições ou mediante a autorização expressa do beneficiário da cláusula. Desta forma, pretende-se a manutenção de determinada situação creditícia do devedor, que se entende

⁶⁰ Cfr. JOANA FORTE PEREIRA DIAS, *ob. cit.*, p. 1028.

⁶¹ Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 283.

⁶² Cfr. MASCARENHAS SIMÕES *apud* VASCO SOARES DA VEIGA, *ob. cit.*, p. 376 (referindo-se, em concreto, aos mutuários em empréstimos de cariz internacional).

⁶³ A *negative pledge* não proíbe apenas a criação de preferências propriamente ditas, mas também outros actos ou contratos que criem, de facto, mecanismos análogos à preferência (cfr. PESSOA JORGE, *ob. cit.*, p. 23).

útil ao cumprimento da prestação. Evita-se simultaneamente que o devedor recorra no decurso da sua actividade a um financiamento excessivo (pois, em geral, o financiamento é obtido mediante a prestação de garantias)⁶⁴.

Em suma, em vez de se atribuir ao beneficiário da cláusula uma posição destacada relativamente aos restantes credores, impede-se que o devedor crie situações que venham prejudicar a situação creditícia do beneficiário da cláusula. Além disso, é admissível, dentro de certos limites, convencionar consequências específicas, adequadas aos contraentes concretos, para o incumprimento desta cláusula⁶⁵, maleabilidade que a pode tornar muito útil no contexto do negócio jurídico em que se insere. Como seria expectável, tomando em conta a disseminação do uso deste tipo de cláusula, é já possível autonomizar diferentes construções da *negative pledge*, todas conducentes à referida finalidade de prevenção da deterioração da garantia geral das obrigações, embora mediante métodos distintos.

Mormente, a assunção de uma obrigação de, caso sejam prestadas garantias a terceiros, prestar uma garantia de valor similar ao credor inicial, de forma a proteger a posição deste⁶⁶. Entendemos que uma cláusula construída desta forma, a desempenhar o efeito pretendido pelas partes que a estipularam, consubstanciará, efectivamente, um contrato-promessa condicional de prestação de garantia⁶⁷.

Estipula-se através desta cláusula, no enquadramento próprio da relação contratual em que tal cláusula esteja inserida, uma condição de natureza potestativa, pois atribui ao destinatário da cláusula um direito a obter do devedor determinada actuação enquanto consequência de um acto de vontade desse mesmo devedor⁶⁸.

⁶⁴ É usual, na doutrina anglo-saxónica, o uso do termo “*negative pledge lending*”, ou seja sem a constituição de qualquer garantia especial e apondo ao contrato a cláusula de *negative pledge*. Cfr. DAVID E ALLAN, *ob. cit.*, p. 331. Esta cláusula tornou-se de tal forma comum nos contratos de financiamento que é objecto da seguinte definição genérica, “*uma disposição que impõe ao mutuário, que pede emprestados fundos sem providenciar qualquer garantia, abster-se de providenciar a futuros mutuantes qualquer garantia sem o consentimento do primeiro mutuante*” (in BRYAN A. GARNER (et al.), *Black’s Law Dictionary*, West Group, 8.ª Ed., 2004, p. 1060).

⁶⁵ Cfr. ANTÓNIO M. MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 524.

⁶⁶ Esta modalidade da cláusula é designada de *affirmative negative pledge*, na doutrina anglo-saxónica.

⁶⁷ Cfr., ANTÓNIO M. MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 525 e JOANA FORTE PEREIRA DIAS, *ob. cit.*, p. 947.

⁶⁸ Essa obrigação, ainda que de aplicação *inter partes*, não está desprovida de mecanismos legais para a sua efectivação. De facto, o art. 400.º CC permite, mediante o recurso a juízos de equidade, a determinação da prestação. Assim como o seu incumprimento, no caso de estar estipulada constituição de garantia equivalente, poder admitir a execução específica tendente ao seu cumprimento. No entanto, não se presume aqui, como será potencialmente admissível em sistemas de *common law*, a constituição “automática” de garantias de igual valor na esfera jurídica do credor inicial. Tal admissibilidade em ordenamentos jurídicos estrangeiros resulta, na verdade, da existência do instituto das *equitable securities*, como refere ANTÓNIO M. MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 526. Instituto que não tem qualquer paralelo no nosso ordenamento.

A posição que confere ao credor representa um reforço da garantia geral, já que, ao contrário do que sucede com o comum dos credores, detém uma garantia específica consistente na obrigação negativa assumida de não se estabelecer novas garantias, o que até pode permitir um reforço de outras garantias já constituídas. No entanto, é manifesto que se trata de uma garantia fraca, na medida em que não garante ao credor qualquer direito sobre bens presentes ou futuros do devedor, pelo que, em caso de violação da garantia não se permite ao credor afectado opor a sua posição aos outros credores, mas apenas obter do devedor a consequência convencionada.

Ainda que o devedor venha a obrigar-se mediante cláusulas deste tipo face a mais de um credor, o resultado obtido pelo seu efeito é, em cada caso, o mesmo, e vantajoso para os diversos credores beneficiários da mesma, pois todos pretendem a finalidade operacional que a cláusula procura.

Com a aposição da cláusula de *negative pledge* visa-se, essencialmente, a obtenção de dois fins: o reforço da tutela da garantia patrimonial, evitando a sua diminuição; o refrear da constituição de endividamento futuro, assegurando a conservação e integridade desse património^{69 70}.

A constituição de uma garantia a favor de um terceiro credor não poderá, à luz do ordenamento jurídico português, ser “desconstituída” ao abrigo da cláusula de *negative pledge*. Pela violação da cláusula restará ao credor socorrer-se das sanções previstas no contrato para aqueles casos, recorrendo às regras gerais relativas ao não cumprimento das obrigações ou, caso a redacção da cláusula de *negative pledge* abrangesse essa solução, o devedor prestar garantia equivalente.

Como se pode perceber, a *negative pledge* não passa de uma obrigação assumida entre as partes. Não obstante, a sua existência pode revelar-se muito importante. A parte obrigada poderá ver comprometido o normal desenvolvimento da sua actividade, enquanto resultado das proibições que assumiu.

⁶⁹ Neste sentido, cfr. JONATHAN R. C. ARKINS, “Ok – so you’ve promised, right?’. The Negative Pledge Clause and the ‘Security’ it provides”, *Journal of International Banking Law*, 2000, p. 199 e JOANA FORTE PEREIRA DIAS, *ob. cit.*, p. 939 e 945.

⁷⁰ Ademais, este tipo de cláusula surge normalmente integrado numa relação contratual em que estão presentes outras limitações à capacidade de disposição do seu património do devedor, de forma a procurar assegurar as pretensões do credor beneficiário das cláusulas (e que, em princípio, não goza de qualquer garantia especial) Cfr. TRACY HOBBS, “The Negative Pledge: A Brief Guide”, *Journal of International Banking Law*, 1993, p. 274.

Tudo residirá na relação de confiança e na solvibilidade das partes que a ela recorram. Até porque a escolha de recorrer a um instrumento deste tipo, que não pode de forma alguma ser qualificado como uma garantia especial *tout court*, acarreta riscos cuja consideração na negociação das condições do mesmo é importante. No entanto, se nos abstrairmos da ameaça da insolvência, o mecanismo da *negative pledge* pode funcionar como um meio eficaz de repressão da conduta do devedor⁷¹.

2.4.2. Cláusula *pari passu*

Ao convencionar uma cláusula de *pari passu*⁷², o devedor garante ao credor beneficiário que o crédito deste se manterá com a mesma posição (gradação), relativamente a outros créditos de que seja devedor. Tratando-se de um crédito comum, o conteúdo da obrigação consiste em assegurar que o crédito seja tratado de forma equivalente aos créditos dos restantes credores comuns. Tratando-se de um crédito privilegiado, consistirá em assegurar a manutenção da preferência de que goza em relação aos outros credores do devedor⁷³.

Por vezes, o conteúdo desta cláusula – para que seja dotado de alguma eficácia – terá de ser reconduzido à existência de um contrato-promessa de concessão de garantia especial, condicionada à hipótese de constituição da garantia especial com outros credores⁷⁴. Normalmente, no entanto, não se chega a assumir a obrigação de celebração de

⁷¹ Neste sentido, JONATHAN R. C. ARKINS, *ob. cit.*, p. 204. Aliás, essa é apontada como uma das razões para este tipo de cláusulas serem tão comuns no financiamento de Estados, entidades que, em geral, apenas muito raramente e, tendencialmente, pela verificação de circunstâncias que devem ser apelidadas de anómalas, entrarão num processo falimentar. No entanto, é necessário não perder de vista que existe uma diferença considerável entre a mera aposição de uma cláusula de *negative pledge* em determinado negócio e a constituição de garantias respeitantes a esse mesmo negócio. É importante que as limitações inerentes ao seu uso sejam compreendidas por ambas as partes.

⁷² Expressão proveniente do latim livremente traduzida como “em pé de igualdade”.

⁷³ Entendemos como pacífico que o princípio do tratamento igualitário dos credores não é, em si mesmo, absoluto. Pelo que cada devedor tem a discricionariedade de satisfazer os seus credores em detrimento dos demais, não se verificando, unicamente pela existência do princípio do tratamento igualitário dos credores, a impossibilidade de cada um gerir a sua situação creditícia de acordo com os seus interesses, privilegiando, naturalmente, os credores mais relevantes para a sua situação global. Sobre este tema, Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “A ‘impossibilidade moral’: do Tratamento Igualitário no Cumprimento das Obrigações”, *Estudos de Direito Civil*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 1987, *passim*.

⁷⁴ A proliferação desta cláusula, nos moldes em que normalmente é configurada, prende-se com a admissibilidade, nos ordenamentos anglo-saxónicos, de, por efeito de negócio jurídico deste tipo, contratar um direito de preferência na graduação de créditos que lhe sejam concedidos. (cfr. VASCO SOARES DA VEIGA, *ob. cit.*, p. 376). Entre nós, ganhou força a celebração de contratos-promessa de atribuição de garantias especiais (mormente de hipoteca). Cumpre referir que tais contratos devem ser celebrados nos termos do art.

qualquer contrato, mas antes uma obrigação mais fluida de estabelecimento da igualdade entre credores. Essa obrigação representa a concessão de uma garantia especial fraca, na medida em que o credor pode obter a responsabilização do devedor por incumprimento, em caso de violação da garantia, mas não pode opor eficazmente essa garantia a terceiros, exigindo uma graduação equivalente à destes⁷⁵.

Enquanto a cláusula *negative pledge* pretende evitar que o devedor, com fins discriminatórios, conceda garantias a favor de outros credores (colocando-o em situação de subordinação perante esses), a *pari passu* é concebida com o intuito de que o crédito em causa seja graduado ao mesmo nível dos demais créditos, presentes ou futuros⁷⁶.

No contexto do ordenamento jurídico português, a constituição, via negócio jurídico, de uma verdadeira relação de prioridade na satisfação do crédito, só é verdadeiramente alcançável mediante a constituição de direitos reais de garantia. Diferentemente, aqui estamos perante um direito conferido por via contratual, com eficácia *inter partes*, logo não sendo oponível, de forma genérica, aos demais credores em caso de violação. Contudo, a sua violação importará responsabilidade obrigacional, o que pode, no contexto da relação contratual, revestir-se da maior importância.

Esta igualdade que o devedor assegura circunscreve-se à garantia dada pelo património do devedor que, enquanto objecto comum das garantias dos credores, justifica e fundamenta a promessa do devedor de que a *par conditio creditorum* funcionará em relação ao credor beneficiário da cláusula de *pari passu*. Daí que, mais uma vez, se afirme que a *pari passu* – a funcionar como pretendido pelas partes contratantes - poderá, em determinadas circunstâncias, ser interpretada como consubstanciando um contrato-promessa de celebração de garantia equivalente⁷⁷. Como tal, é a sua função de vinculação do devedor a assegurar ao credor beneficiário da cláusula o acesso ao património do devedor em pé de igualdade com todos os credores comuns ou quirografários, obrigando-se a não lhes

413.º CC - assim adquirindo eficácia real. Nada obsta à celebração de contratos-promessa deste tipo sem atribuição de eficácia real, pois as consequências do seu incumprimento podem ser reconduzidas a uma situação que admita a execução específica do contrato (cfr. art. 830.º do CC). Mas, nesses casos, estamos perante uma tutela meramente obrigacional, que mais dificilmente atingirá a finalidade operacional pretensamente convencionada.

⁷⁵ Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, pp. 284 e 285.

⁷⁶ Cfr. JOANA FORTE PEREIRA DIAS, *ob. cit.*, p. 921.

⁷⁷ Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ *et* PEDRO FUZETA DA PONTE, *ob. cit.*, pp. 53-58.

conferir melhor tratamento durante todo o período contratual que atribui à cláusula *pari passu* um conteúdo útil⁷⁸.

Trata-se, em suma, de uma convenção de índole preventiva, da qual se deriva a coação, por via mediata, do devedor. Este será sempre condicionado na sua actuação, tendo de equacionar, ao ponderar a constituição de garantia(s) em favor de outros credores, o incumprimento ou a posterior celebração de garantia(s) equivalente(s) perante o predisponente desta cláusula.

2.4.3. Cláusula *cross-default*⁷⁹

Por efeito de uma cláusula de *cross-default*⁸⁰, o incumprimento ou outra falta contratual praticada pelo devedor de qualquer contrato celebrado entre o devedor e o beneficiário daquela cláusula repercute-se tanto no contrato relativamente ao qual o incumprimento ou a falta se verificou, como nos demais contratos (em princípio, especificamente elencados ou previstos), independentemente de nestes ter ou não ocorrido algum incumprimento. No âmbito bancário, por exemplo, é costumário contratar o vencimento antecipado dos contratos celebrados entre o devedor e o banco, determinando-se o vencimento antecipado das obrigações inerentes a todos esses contratos em caso de incumprimento de algum deles⁸¹.

Ou seja, e em geral, também se reconhece, como fundamento para a resolução (ou outra consequência convencionada) do contrato em que a cláusula foi aposta, o

⁷⁸ Cfr. JOANA FORTE PEREIRA DIAS, *ob. cit.*, p. 927.

⁷⁹ Nesta secção reportamo-nos a uma definição de cláusulas de *cross-default* em que as situações jurídicas contempladas se reportam apenas à relação entre credor e devedor. *Infra*, aquando da ponderação da sua integração em sede de direito bancário, abordaremos versões desta cláusula que se reportam a relações que envolvem um dos intervenientes e terceiro ou até nenhum dos intervenientes.

⁸⁰ De "incumprimento cruzado", embora se deva realçar que esta cláusula pode operar por motivos que não constituem, *strictu sensu*, incumprimento.

⁸¹ Usufruindo da prerrogativa atribuída ao credor pelo arts. 780.º e, em alguns casos, 781.º do CC e mediante a aposição de uma cláusula de *cross default* em cada um desses contratos. Quanto à aplicação deste último artigo, cumpre referir que o Ac. de Fixação de Jurisprudência n.º 7/2009 do STJ pronunciou-se no sentido de que "no contrato de mútuo oneroso liquidável em prestações, o vencimento imediato destas ao abrigo de cláusula de redacção conforme ao art. 781.º CC não implica a obrigação de pagamento de juros remuneratórios nelas incorporados".

incumprimento de obrigações decorrentes de outros contratos, ou a verificação de certos factos⁸².

Considerando que tal cláusula actua, normalmente, por referência a uma cláusula de *events of default*⁸³, em que as partes acordam e elencam um conjunto de factos, violações ou desvios de certa importância do programa contratual que caracterizam como situações de perigo ou potenciais situações de perigo e que poderão conferir ao credor beneficiário, por exemplo, o direito de exigir o pagamento antecipado ou o direito de resolver o contrato⁸⁴, dela poderá dimanar uma exponencial responsabilização do devedor face ao credor beneficiário de uma cláusula deste tipo.

Consequentemente, o incumprimento perante um credor beneficiário de uma cláusula deste tipo pode desencadear um efeito dominó, que ademais permite a reacção imediata do credor. A ameaça do despoletar dos efeitos desta cláusula vem influir na conduta do devedor, pois este será compelido ao cumprimento pontual das suas obrigações, face ao receio de um qualquer incumprimento e suas consequências. Dessa forma, opera como um forte meio compulsório do cumprimento pontual das obrigações pelo devedor, pois este pretenderá evitar a todo o custo que qualquer incumprimento de um contrato possa vir a afectar o cabal cumprimento de outros contratos.

Em suma, é estendido ao contrato em que se insere esta cláusula o fundamento de resolução de outros contratos. Permitindo que o credor beneficiário da cláusula possa actuar em qualquer contrato (mediante a resolução deste ou, por exemplo, exigindo o vencimento antecipado de todas as suas prestações obrigacionais), caso ocorra algum facto

⁸² Observados critérios de excepção, que afastam o funcionamento da cláusula do absurdo conceptual a que corresponderia a possibilidade de o incumprimento de uma qualquer obrigação (por mais negligenciável no quadro de obrigações assumidas pelo devedor) resultasse no incumprimento de um outro contrato. Assim, é comum encontrar critérios como o de exclusão de dívidas cujo valor seja inferior a certo limite ou a limitação da aplicação desta cláusula apenas a créditos resultantes de empréstimos e financiamentos (Cfr. PESSOA JORGE, *ob. cit.*, pp. 8 e 19). Abordaremos este tema *infra*.

⁸³ Mais um claro reflexo da influência anglo-saxónica no que diz respeito a estes instrumentos negociais. O recurso à tradução literal da sua designação, “situações de inadimplência/incumprimento”, não é aconselhável, visto esta cláusula abranger não apenas o incumprimento de obrigações imputável à culpa do devedor, mas também outras faltas que “estão ou podem estar por completo fora do alcance da vontade deste” (Cfr. PESSOA JORGE, *ob. cit.*, pp. 41 e 42). Na nossa prática jurídica recorre-se, entre outras, à designação de “factos indicadores da impossibilidade de cumprir”.

⁸⁴ Cfr. PESSOA JORGE, *ob. cit.*, p. 42 e JOANA FORTE PEREIRA DIAS, *ob. cit.*, p. 967, é ainda comum a substituição do termo *events of default* por *events of termination* ou *demand repayment*, assim se reflectindo que o leque de factos que dão origem ao incumprimento extravasa o conjunto de situações que seriam meramente imputáveis ao devedor (englobando, por exemplo, situações cuja verificação pode ser configurada como constitutiva de receio fundado de ocorrência de insolvência do devedor). Por exemplo, é comum ser convencionado que esta cláusula produz os seus efeitos no caso de se verificar o incumprimento de obrigações perante o Estado (mormente face à Autoridade Tributária ou à Segurança Social).

que lhe atribua igual direito em outro contrato⁸⁵. Inclusive, no caso de se verificar a insolvência do devedor, ao observar-se o vencimento de todas as obrigações decorrentes do contrato a que foi aposto esta cláusula, o credor beneficiário da mesma pode automaticamente reclamar a totalidade dos seus créditos junto da massa insolvente⁸⁶.

É também comum que a *cross default* actue em consonância com, entre outras, as cláusulas de *negative pledge* e *pari passu*. A violação destas últimas corresponderá, usualmente, a um *event of default* e à consequente activação desta cláusula.

Essencialmente, a *cross default* tanto poderá resultar num alargamento das situações que admitem a exigibilidade ou o vencimento antecipado do cumprimento da obrigação principal, como, na estipulação de uma cláusula resolutiva expressa conducente à resolução, com fundamento convencional, do contrato. Com efeito, atendendo ao disposto no art. 432.º CC e fora dos casos previstos na lei, é admissível às partes a convenção de que a verificação de determinados eventos futuros e incertos atribui o direito de resolver o contrato⁸⁷.

Tomando o exemplo dos contratos de execução continuada, em que é comum existir um grande desfasamento entre as prestações de cada uma das partes⁸⁸, torna-se simples de apreender a vantagem do recurso a uma cláusula deste tipo, pois permite ao beneficiário da mesma ficar precavido relativamente à ocorrência de eventuais modificações de circunstâncias que possam prejudicar o cumprimento integral pelo

⁸⁵ Cfr. PESSOA JORGE, *ob. cit.*, p. 5.

⁸⁶ Nos termos do art. 91 do CIRE, esse vencimento imediato é, no nosso ordenamento jurídico, automático. Mas o mesmo não é necessariamente verdade noutros pontos do mundo, pelo que poderá constituir uma segurança adicional também nesse aspecto em negócios de cariz internacional.

⁸⁷ Mediante declaração unilateral receptícia, com a possibilidade, se assim optar, de exigir o cumprimento do contrato. Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Pressupostos da Resolução por Incumprimento”, *Estudos de Direito Civil*, Coimbra, 1996, p.153. Contudo, é de questionar se o estabelecimento de uma cláusula que estipule a resolução automática, desconsiderando qualquer tipo de interpelação, não será abusiva. Tal questão surge pois, tratando-se de incumprimento de fonte convencional, caberá às partes definir se esse incumprimento conduzirá à resolução automática do contrato, ou se a resolução depende da estipulação contratual ou comunicação de um prazo de interpelação para o cumprimento, perante o qual, no seu termo, caso a obrigação não seja ainda cumprida, o beneficiário da cláusula pode optar por resolver o contrato. Esta última configuração parece-nos a mais adequada (até porque a cessação automática nos leva para os domínios da condição), por se entender que o incumprimento definitivo, em geral, se subsume mediante a verificação de mora e consequente interpelação para cumprimento que não é observada. Não obstante, não se afasta a possibilidade dessa resolução ser automática, se o beneficiário da cláusula entender ser essa a solução que melhor serve os seus interesses, embora, nesse caso, tenha de ser avaliado se, na situação concreta, existe ou não determinado grau de autonomia entre a obrigação incumprida e a obrigação principal, assim como a susceptibilidade do cumprimento da obrigação principal ser afectada pelo incumprimento das obrigações acessórias.

⁸⁸ E também, não raras vezes, o período entre a conclusão do contrato e o eventual vencimento do mesmo.

devedor. Ademais, a resolução nos contratos desse tipo pode inclusive abranger as prestações já efectuadas, caso entre essas prestações e a causa da resolução exista um vínculo que legitime a resolução de todas elas (nos termos do art. 434.º, n. 2 CC).

Ao estabelecer com maior precisão e segurança os fundamentos determinantes de uma possível resolução, as partes furtam-se (na medida do admissível) à natureza abstracta das formulações legais e – também - explicitam, entre si, os efeitos de atitudes de incumprimento (com o correspondente efeito preventivo). Ademais, em situações em que a execução do contrato se encontre dificultada ou em que a exoneração deste se veja restrita, a estipulação do fundamento resolutivo pode representar uma importante “limitação de risco”⁸⁹.

Em suma, ao listar um conjunto de *events of default*⁹⁰, as partes tipificam por antecipação a verificação de determinados factos enquanto fundamento para uma resolução de base contratual, efectivamente eliminando (ou, pelo menos, limitando) a eventual necessidade de interpretação do contrato em causa. Importa, no entanto, ressaltar que a atribuição de plena liberdade às partes pode gerar implicações gravosas, pelo que as partes deverão definir explicitamente, tanto quanto possível, cada uma das obrigações de cujo incumprimento nascerá o direito convencional de resolução⁹¹. Ainda que assim seja, a definição (ou melhor, a prévia valoração) da importância do inadimplemento não pode ser absoluta, extravasando por completo o princípio da boa-fé contratual⁹².

Daí que esta resolução, enquanto extinção unilateral do contrato operada por uma das partes com base em fundamento previsto por convenção das partes - e cujos efeitos são equiparados à invalidade (nos termos do art. 433.º CC) - deva ser fundamentada. A sua ocorrência deve derivar de um incumprimento grave das obrigações contratuais. Grave

⁸⁹ Cfr. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, “A cláusula resolutiva expressa como síntese da autonomia e da heteronomia”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 303-304.

⁹⁰ A título de exemplo, cite-se a simples mora no cumprimento, a inexactidão da informação prestada (por exemplo, das *declarations and warranties* já aludidas), o incumprimento pelo devedor de obrigações legais necessárias à prossecução do contrato, o surgimento de litígios judiciais potencialmente gravosos.

⁹¹ Cfr. DANIELA BAPTISTA, “Da cláusula resolutiva expressa”, *Estudos em Homenagem a ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 200 e ss.. No entendimento desta autora, a identificação de uma cláusula resolutiva expressa radica-se na identificação de cada um dos incumprimentos que justificam o direito de resolução, ainda que, porventura, correspondam à totalidade das obrigações contratuais por elas assumidas.

⁹² Cfr. BAPTISTA MACHADO, “Pressupostos da resolução por incumprimento”, *apud* JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, “A Cláusula resolutiva...”, *ob. cit.*, p. 317. Como afirma este autor, “não pode ir ao ponto de permitir estipular que até um inadimplemento levíssimo, de todo insignificante na economia do contrato, possa dar lugar à resolução”.

pelas suas consequências na relação entre as partes - a qual se deve desenvolver em respeito de um princípio de confiança e da boa-fé contratual - ou pela sua qualificação, pelas partes, como tal.

Daí que a qualificação de determinado incumprimento no que à sua gravidade diz respeito deva ser baseado na ponderação de diversos elementos, nomeadamente: a importância do facto que constitui o incumprimento na relação contratual considerada; a persistência ou a repetição do incumprimento; o tempo decorrido desde a celebração do contrato e a verificação do incumprimento; e a forma como a relação entre as partes se desenrolou durante a vigência contratual – mormente, a conduta das partes.

Importa também considerar, para este efeito, a verificação de factos e eventos que, por serem conhecidos das partes, possam indiciar a posterior verificação do incumprimento. Neste campo, a qualificação de incumprimento que derive da verificação de factos que traduzam a impossibilidade *strictu sensu* ou um forte indício de impossibilidade, de cumprir as obrigações assumidas no contrato, exige fundamentação mais exigente (devendo observar a norma do art. 780.º CC). Sobre este tema, MARIA HELENA BRITO avança, como exemplos, a impossibilidade de obter autorizações necessárias ao desempenho das obrigações assumidas (ou a sua revogação ou suspensão), a falência ou cessação de actividade pela parte e, ainda, a verificação de uma alteração de situação que seja enquadrável como importante na estrutura jurídica no seu todo. Por exemplo, uma substituição nos elementos dirigentes ou na situação financeira das partes contratantes. Ressalvando que, para que esse facto possa constituir fundamento da resolução, terá que ser “susceptível de alterar gravemente os resultados que as partes podiam legitimamente esperar da execução do contrato”⁹³.

Logo, o credor beneficiário de uma cláusula deste tipo é livre de convencionar factos cuja verificação possam operar a resolução do contrato, ou, também, de precisar qual a modalidade de inadimplemento que deve ser considerada suficientemente gravosa, mas essa liberdade exige a verificação de um juízo de razoabilidade no elenco de factos convencionados⁹⁴. Ou seja, não será admissível a resolução por meros incumprimentos

⁹³ Reportando-se, em concreto, ao contrato de concessão comercial, MARIA HELENA BRITO, *O contrato de concessão comercial*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 228.

⁹⁴ Dando uso à prerrogativa do art. 432.º n. 1 CC. Estas previsões legitimam a resolução do contrato em casos de incumprimento aparentemente menores, desde que suficientemente graves. Cfr., entre outros, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *ob. cit.*, p. 39. Como afirma DANIELA BAPTISTA, a mais-valia da previsão de uma cláusula resolutive expressa radica na ultrapassagem da incerteza associada ao recurso à via judicial para efeitos de apreciação - fundada em critérios próprios, relativos à objectividade dessa aferição e,

pontuais, que não atentem contra a relação contratual como um todo ou permitam antever a sua potencial rotura. As específicas previsões convencionadas devem constituir uma efectiva imputação de responsabilidade em relação ao incumprimento ou ameaça de incumprimento⁹⁵. O fundamento para esta posição situa-se no princípio geral da boa-fé e na sua relação com o instituto do abuso de direito⁹⁶.

Não impondo o regime legal qualquer limite expresso ao fundamento contratual da resolução (não se podendo resolver o contrato “sem motivo justificativo, fundado na lei ou em convenção”, o que, no limite, implicaria que toda a convenção contratual seria aceitável), defende-se que só a boa-fé poderá constituir um critério delimitador do conteúdo das cláusulas resolutivas. É de impor o controlo à adequação e proporcionalidade face ao contrato em concreto⁹⁷.

É, por isso, necessário ponderar os interesses das partes, assim como o seu poder negocial, de forma a impedir abusos mediante a imposição de conteúdos desproporcionados em cláusulas deste tipo, como serão a configuração de factos conducentes à resolução que não possam traduzir-se na verificação de justa causa resolutive

nesta, o papel, mais reduzido, da vontade das partes enquanto seu pressuposto - de determinado incumprimento enquanto suficientemente grave para que, por si só, justifique a resolução, por via da verificação de uma perda objectiva de interesse na manutenção da relação contratual (*in ob. cit.*, pp. 202-203).

⁹⁵ Se, considerados todos os outros elementos contratuais, esse dever detém significância, em abstracto e também no caso concreto, na relação contratual. Cfr. CLAUDIO TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*, Torino, G. Giappicheli Editore, 1997, p. 75.

⁹⁶ Neste sentido, entre outros, cfr. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *ob. cit.*, p. 91, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *ob. cit. Obrigações*, p. 15, DANIELA BAPTISTA, *ob. cit.*, pp. 204-205.

⁹⁷ Aresto recente do 2.º Juízo dos Juízos Cíveis de Lisboa (Proc. 813/09.8YXLSB – disponível em www.dgsi.pt), relativo a um contrato de crédito ao consumo (ao qual é aplicável o Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho e subsequentes alterações), vem declarar a nulidade de cláusula de vencimento antecipado - cujos fundamentos de funcionamento são relativos ao não pagamento de quantias, omissão de informação ou inexactidão intencional da informação prestada – por ser de entender enquanto contrária à boa-fé, realçando a não enumeração de modo taxativo do seu conteúdo. Vindo o devedor questionar judicialmente o exercício de direito potestativo de resolução, o juiz pode sindicar a apreciação destes limites à luz destes princípios gerais, cabendo-lhe a apreciação do preenchimento dos pressupostos para a sua invocação e sua valoração face à situação concreta *sub judice*. Mas não poderá procurar aferir o que constitui, ou não, incumprimento gravoso para efeitos de resolução, pois a vontade das partes – expressa contratualmente – terá de prevalecer. Na verificação de acordo prévio das partes quanto aos incumprimentos graves que fazem nascer o direito à resolução, o recurso à via judicial fica reduzida à fiscalização do preenchimento da cláusula. (Cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *ob. cit. Obrigações*, p. 460-462, JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Resolução do Contrato no Direito Civil – Do Enquadramento e do Regime*, Coimbra, Almedina, Reimpressão, 2006, p. 92, DANIELA BAPTISTA, *ob. cit.*, p. 206 e 213). Naturalmente, estas limitações legais ganham dimensões de exigência quando o contrato é celebrado com contraentes mais frágeis e com recurso a condições contratuais gerais. Ainda assim, no que diz respeito ao exercício do direito atribuído pela cláusula, deve exigir-se que esse fundamento concreto corresponda a “interesses sérios” (fruto de uma avaliação equilibrada e ponderada), pois a “exigência de um ‘motivo justificativo’ em sede de condições contratuais gerais deve ser encarado como princípio basilar de coerência contratual” (cfr. sobre este assunto, JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, “A cláusula resolutive...”, *ob. cit.*, pp. 324 e 325).

(justa causa aferida de acordo com a lógica do contrato em causa, considerado como um todo⁹⁸), especialmente no que diz respeito a violações contratuais cuja gravidade é mormente subjectiva ou que sejam objectivamente pouco importantes à relação contratual.

A admissibilidade desse tipo de violações enquanto fundamento resolutivo geraria uma excessiva desprotecção do devedor que terá de ser evitada. A resolução de fonte convencional, pela potestatividade que lhe é característica, terá de ser fundada na verificação de factos que não atentem contra a lógica do nosso ordenamento jurídico. Para além do princípio da boa-fé contratual, é ainda imperativo que se tome em conta eventuais critérios legais (como, por exemplo, o presente no art. 934.º CC)⁹⁹.

Como adianta JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, pretende-se evitar um “inadequado exercício do direito de resolução” ao abrigo de uma mera legitimação convencional (seja por via da injustiça material decorrente do seu conteúdo, seja pela sua “imposição” à contraparte)¹⁰⁰, sem, por isso, abdicar da necessária valoração dessa inadequação com base no concreto tipo de contrato em causa¹⁰¹.

Daí que, nesta lógica, se encontre perfeitamente adequada a disposição do art. 802.º n. 2 CC - relativo à impossibilidade parcial - que afasta, expressamente, a admissibilidade da resolução caso o não cumprimento parcial tenha escassa importância “atendendo ao interesse do credor”.

Por outro lado, a actuação da resolução convencional dá-se por efeito de declaração à outra parte, sem necessidade de intervenção do juiz ou da verificação da perda do interesse do credor ou recusa do cumprimento da parte deste (ou seja, afastando-se o

⁹⁸ Sobre a justa causa contratual, nota 140 *infra*.

⁹⁹ O qual, embora admita a convenção em contrário, transmite um critério geral - de razoabilidade - que deverá ser tido em conta.

¹⁰⁰ Entendimento ademais já suportado pelo STJ que, em sentença de 11-10-2013, veio afirmar que “traduzindo, embora, o reforço do princípio da autonomia privada e inerente liberdade contratual, a estipulação de cláusula resolutive expressa deve, para além do controlo da respectiva legalidade e identidade e para obviar a um inadequado exercício do direito de resolução ao abrigo de uma mera legitimação formal, de uma autonomia “vazia” ou de uma injustiça material, ser objecto de controlo (superior) judicial, privando-a de eficácia quando a respectiva aplicação ofenda, manifestamente, princípios basilares e estruturantes da Ordem Jurídica, que condicionam e limitam a própria autonomia privada e devem prevalecer sobre o princípio da tendencial conservação dos contratos” (Proc. 6431/09.3TVLSB.L1.S1).

¹⁰¹ Cfr. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, “A cláusula resolutive...”, *ob. cit.*, p. 327. Partilhamos do entendimento deste ilustre autor, ao estatuir que o critério avaliador deve ser pouco flexível face a incumprimentos decorrentes de obrigações de contratos não duradouros e, inversamente, mais flexível nos chamados contratos de cooperação.

recurso ao art. 808.º CC)¹⁰², pois o fundamento da resolução é a inadimplência da específica obrigação prevista.

Admitindo-se que o fundamento convencionado não repousa necessariamente num incumprimento, a culpa não constitui requisito essencial de resolução, pelo que as partes podem, por exemplo, estipular a mora no cumprimento enquanto fundamento. Sob este enquadramento contratual, a concessão de uma prorrogação de prazo viria constituir uma mera renúncia tácita ao convencionado, podendo o credor, ainda assim, fazer valer a resolução caso, mesmo após a prorrogação, não se verificasse o cumprimento¹⁰³.

Ainda que com as limitações expostas, o credor beneficiário de uma cláusula deste tipo continua a gozar de grande amplitude discricionária na sua construção, beneficiando, pela sua utilização, de um instrumento de repressão de condutas do devedor conducentes (ou particularmente conducentes) a qualquer tipo de incumprimento, pois a ameaça de um efeito de incumprimento em cascata – e as galopantes repercussões que daí advêm – tenderá a conformar a sua tomada de decisões.

2.4.4. Cláusula de inalienabilidade

Entende-se por cláusula de inalienabilidade a aposição de uma disposição contratual que determine para o contraente a imposição de se manter, por determinado período, como proprietário de certo bem(ns), móvel(eis) ou imóvel(eis). Consiste numa obrigação assumida pelo devedor de limitar o exercício do seu direito de livre alienação de determinados bens enquanto seu proprietário. Mediante a sua aposição o credor adquire a expectativa de que, no que aos bens em causa diz respeito, a garantia patrimonial do devedor não será delapidada.

Cláusulas deste tipo são, como refere ALMEIDA COSTA, muito frequentes em negócios a título gratuito (como as doações ou os testamentos), mas esse facto não exclui a

¹⁰² Cfr. Ac. STJ de 19/11/2009, Proc. 3561/07.0TVLSB.L1.S1.

¹⁰³ E aqui aderimos, mais uma vez, à posição de JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA no sentido de que “a existência de prazos resolutivos no contrato tanto pode revelar uma atípica cláusula resolutiva (...) ou a presença de uma verdadeira cláusula resolutiva se o prazo, por ser *relativamente fixo*, propiciar a opção entre uma declaração de resolução ou um pedido de cumprimento tardio. (...) [F]ica nas mãos do legitimado o destino do contrato e a forma como valore, na sua perspectiva de interesses, a omissão da outra parte” (*in ob. cit* “A Cláusula...”, p. 306).

sua utilização a título oneroso¹⁰⁴. Normalmente está presente em sede de contratos de financiamento ou de reestruturação de crédito, abrangendo os bens dados como garantia desses contratos¹⁰⁵. Dessa forma, o devedor compromete-se, por exemplo, durante o período de duração do contrato de reestruturação de créditos, a não alienar os referidos bens, mantendo a posição jurídica que possui em relação aos mesmos e, se for o caso, condicionar a sua alienação à autorização do credor¹⁰⁶.

Essa impossibilidade de alienação de bens ou de alteração da posição jurídica em relação aos mesmos, sem autorização dos credores, pode verificar-se com abrangências diversas. Desde logo, levando em conta a duração de vigência da cláusula, essa inalienabilidade pode ser perpétua ou temporária. Mais, essa inalienabilidade pode ser entendida como absoluta ou meramente relativa¹⁰⁷.

A título de exemplo, considere-se a situação de um contrato de compra e venda de determinados bens cuja execução decorre de forma continuada no tempo. Recorrendo a uma cláusula deste tipo, o vendedor poderia condicionar a continuidade do contrato à não alienação, pelo comprador, de determinados bens, móveis ou imóveis, assim procurando o vendedor assegurar-se que o património do comprador se mantém estável durante a execução do contrato, algo que relacionará com a capacidade deste de cumprir as obrigações assumidas. Ou supondo, por exemplo, que numa relação comercial de longa data, determinado fornecedor tem a prática de negociar com certo produtor a venda de matérias-primas a preços reduzidos relativamente às que permite a outros agentes do mercado. Recorrendo a uma cláusula deste tipo, condicionando a continuidade do contrato à propriedade, do comprador, dos bens móveis e imóveis necessários à actividade na qual utiliza o bem vendido, o vendedor assegura que o comprador não se colocará numa situação em que, abdicando da sua actividade principal, se torna “revendedor”, aproveitando-se da continuidade do contrato já celebrado para revender a matéria-prima

¹⁰⁴ Cfr. MARIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, “Cláusulas de Inalienabilidade”, *Contratos: Actualidade e Evolução*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1997, p.27.

¹⁰⁵ Cfr. ANTÓNIO RAPOSO SUBTIL, *et. al.*, *Guia do Direito Imobiliário – Volume III*, Porto, Vida Económica, 2007, p. 226.

¹⁰⁶ Cumpre referir que, existindo hipoteca sobre os bens em causa, qualquer convenção que proíba, sem mais, o dono de alienar os bens hipotecados é nula, por aplicação do artigo 695.º CC. Aliás, essa disposição vale igualmente para o penhor e para a consignação de rendimentos (arts. 678.º e 665.º CC). Nos termos do art. 695.º CC é, no entanto, lícito convencionar que o crédito hipotecário se vencerá logo que esses bens sejam alienados ou onerados.

¹⁰⁷ Imagine-se, por exemplo, uma situação em que, por efeito de uma cláusula de inalienabilidade, o obrigado está proibido, até ter autorização da parte do credor, de alienar certo bem móvel. Tal cláusula, sem mais, seria entendida como perpétua e absoluta.

em causa a outros produtores no mercado, aproveitando a margem de preço de que gozava graças à sua relação de longa data com o vendedor. Podemos ainda estar perante estipulações, incluídas em actos de transmissão de bens, que têm por objecto privar o adquirente de dispor deles¹⁰⁸ ou ainda, face a negócio societário que proíbe a alienação de participações sociais por certo prazo¹⁰⁹.

Diga-se que a ponderação da oposição de uma cláusula de inalienabilidade de cariz perpétuo será de afastar liminarmente. Cumpre referir que o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas (art. 1305.º CC). Tendencialmente, portanto, a propriedade sobre determinado bem comportará todos os poderes que podem existir sobre esse bem. A propriedade do bem terá de comportar a faculdade de o alienar.

Tal indispensabilidade permite a afirmação de princípios como o da livre comerciabilidade dos bens ou o da livre disponibilidade dos bens. A coartação desse feixe de direitos legalmente atribuídos, não devendo ser afastada sem mais, não está isenta de cuidada consideração. Assim entendeu o recente aresto do STJ, ao dizer que uma cláusula de inalienabilidade perpétua é nula por contrária à lei (art. 280.º CC), pois introduz num negócio jurídico de disposição de bens uma limitação que fere o princípio da livre disponibilidade dos bens que é inerente ao estatuto real da propriedade (arts. 405.º e 1315.º CC)¹¹⁰.

No ordenamento jurídico português, os direitos reais encontram-se adstritos a um “*numerus clausus*” estrito (art.º 1306.º CC). Como tal, a restrição de cariz perpétuo à alienabilidade de certo bem seria atentatório à ordem pública. Pois o regime das coisas está fora do campo de intervenção da autonomia privada, apenas ao legislador se tornando

¹⁰⁸ As cláusulas de inalienabilidade distinguem-se das chamadas vinculações contratuais de destinação, em que apenas se impõe ou proíbe ao adquirente uma certa utilização ou aplicação dos bens transmitidos.

¹⁰⁹ A questão assume contornos especiais sempre que estejam em causa acções ou outras participações societárias, pela aplicação de normas específicas a esses ramos do direito. Merecem menção autónoma as chamadas cláusulas de *ownership* (termo jurídico aproximável à definição de direito de propriedade, “*o feixe de direitos que permitem a alguém o uso, gestão e usufruto da propriedade, incluindo o direito de a alienar a terceiros*” in BRYAN A. GARNER (*et al.*), *op. cit.*, p. 1138 - trad. do autor), mediante as quais o contratante se obriga a continuar titular de certa participação (normalmente qualificada) societária. Por exemplo, no caso de um mútuo, a manutenção de determinada participação na sociedade mutuária. Essa titularidade entende-se como reveladora da futura boa gestão da empresa mutuária (pois a obrigação decorrente desta cláusula particular implica que o risco do mútuo será, de certa forma, partilhado).

¹¹⁰ *In casu*, entende-se que a cláusula em que certa pessoa fica para sempre obrigada a, querendo vender determinada coisa, obter a autorização de quem lhe vendeu essa coisa, é configurável como de inalienabilidade perpétua (Ac. STJ, Proc. 230/08.7TBPNH.P1.S1, disponível em www.dgsi.pt).

possível defini-lo e introduzir-lhe modificações¹¹¹. À luz destas considerações, a aposição de uma cláusula de inalienabilidade perpétua num contrato ou, em geral, num negócio jurídico de disposição de bens, resultaria na sua nulidade¹¹², pelo que o negócio jurídico terá de valer sem essa cláusula (excepto se se demonstrar que só teria sido celebrado com essa cláusula – o regime geral da redução, art. 292.º CC)¹¹³.

O mesmo não poderá ser dito, sem a devida ponderação do caso concreto, acerca de cláusulas de inalienabilidade temporárias. Não constituindo limitação real à capacidade de disposição do seu destinatário, estas poderão ser admissíveis verificadas determinadas condições, sendo válidas e detendo eficácia obrigacional. De uma forma geral, a admissibilidade de cláusulas de inalienabilidade temporárias estará relacionada com a ponderação de dois elementos principais¹¹⁴, subjacentes à relação jurídica em que estejam inseridas: a inalienabilidade deverá corresponder a um interesse atendível de uma das partes ou de terceiro¹¹⁵; mais, a “temporalidade” de tal inalienabilidade deverá estar situada dentro de limites temporais razoáveis, razoabilidade cuja aferição estará necessariamente relacionada com o objectivo concreto prosseguido.

A determinação da temporalidade razoável levanta questões próprias de relevo, mas cuja materialidade – a extensão dessa limitação temporal – terá sempre de ser aferida de forma concreta, ou seja, caso a caso terão de ser ponderados os interesses em causa, sem esquecer que as limitações à capacidade de dispor da sua propriedade foram, tendencialmente e sem considerar situações de abuso manifesto, estipuladas pelo devedor no exercício da sua autonomia privada e também curando de sopesar o equilíbrio do contrato como um todo (nomeadamente prestações que, pelo seu conteúdo, possam justificar tal limitação temporal).

¹¹¹ Cfr., MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ob. cit.* “Cláusulas...”, p. 37.

¹¹² Assim não fosse, e a utilização de cláusulas desse teor aumentaria de forma exponencial, pois são absolutamente impenhoráveis, nos termos do art. 736.º do CPC, as coisas ou direitos inalienáveis.

¹¹³ No entanto, cumpre referir que, conforme doutamente explana MARIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, verificando-se a gratuitidade do acto, o regime aplicável pode ser distinto, conforme a natureza do destinatário da doação. Cfr. *ob. cit.* “Contratos...”, p. 47-48.

¹¹⁴ Cfr. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ob. cit.* “Cláusulas...”, p. 36.

¹¹⁵ Não esquecendo limitações relativas ao âmbito da limitação. Poderá não fazer sentido que tal cláusula estipule, sem mais, que todos os bens do devedor careçam de autorização do credor beneficiário da cláusula para ser alienados. É necessário que seja observado um equilíbrio entre a vontade do credor de assegurar que o património do devedor se mantém e a necessidade do próprio devedor de conduzir a sua actividade de forma normal.

3. As cláusulas de garantia e segurança e a autonomia privada

As cláusulas de garantia surgem enquanto alternativa deliberada às garantias codificadas. O princípio da liberdade contratual, sobretudo no que diz respeito à liberdade de modelação do conteúdo do contrato, enquanto expressão da autonomia privada, admite, em pleno, a opção por construções convencionais desta natureza¹¹⁶.

Relembremos um princípio fundamental do direito privado: à auto-determinação corresponde a auto-responsabilidade. Ora, a ponderação da liberdade contratual e da justiça contratual, de uma forma geral e abstracta, não pode ser desligada do pano de fundo inerente à sua realização, a ordem estadual e social em que se insere¹¹⁷; debruçarmo-nos sobre cláusulas que constituem parte integrante de contratos obriga, para efeitos de densificação, a um curto excursus descritivo sobre a natureza do contrato em si mesmo considerado. Tal revelar-se-á essencial enquanto base conceptual para as considerações a tecer sobre as cláusulas propriamente ditas e a sua ligação com a relação contratual como um todo.

Importa não perder de vista que a reciprocidade entre contraente, contrato, mercado e empresa, leva a um processo de objectivação do contrato, que se manifesta na crescente diminuição da relevância do seu elemento volitivo - a intenção real e efectiva do declarante; ganhando peso a sua manifestação enquanto comportamento declarativo, exteriormente observável¹¹⁸. Porém, e em contraponto, também é usual a introdução pelas partes nos seus acordos de cláusulas de garantia e segurança, de protecção, regras técnicas, deveres específicos de diligência - uma inflação do conteúdo obrigatório do contrato, atinente ao seu cabal cumprimento, necessário em observância do *pacta sunt servanda*¹¹⁹.

¹¹⁶ Será admissível, em certos contextos, entender estas cláusulas como uma construção, embora atípica, socialmente típica. Como refere PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, a tipicidade social de determinada prática contratual, sendo graduável, não goza de critérios exactos no que diz respeito à sua determinação (*in Contratos atípicos*, Coimbra, Almedina, 1995, p. 59 e ss.). No entanto, a frequência com que estas cláusulas são utilizadas na prática jurídica, assim como a sua referência na generalidade dos manuais dedicados a estes temas, justifica a pretensa tipicidade.

¹¹⁷ Cfr. CLAUS-WILHELM CANARIS, “A liberdade e a Justiça contratual na “sociedade de direito privado”, *Contratos: Actualidade e Evolução*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1997

¹¹⁸ E, também, da confiança pessoal e da fidúcia personalizada entre as partes contratantes. Cfr. MIGUEL VEIGA, “A crise de confiança nos contratos”, *ROA*, Ano 59, Abril 1999, p. 804

¹¹⁹ Também chamado de princípio da pontualidade (cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, p. 221 e 222 e LUÍS MENEZES LEITÃO, *ob. cit.* Vol. II, p. 146, falando da regra da pontualidade, cfr. ANTUNES VARELA, *ob.cit.* Vol. II, p. 14). CARLOS ALBERTO MOTA PINTO refere-se ao “princípio da estabilidade dos contratos” *in Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 4.^a Ed. Por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO

Falar de contrato é, usualmente, sinónimo de falar do conceito de autonomia privada¹²⁰. No entanto, como sabemos, nem todos os actos jurídicos¹²¹ podem ser considerados contratos. Mais do que uma mera fonte de obrigações, o contrato constitui um negócio jurídico cuja formação tenderá a residir no consenso da vontade dos seus contraentes. Neste sentido, cumpre referir o conteúdo do art. 232.º CC, e a sua enunciação da característica fundamental do contrato. À conclusão do contrato é condição essencial o total acordo entre as partes relativo ao seu conteúdo (e não já, necessariamente, relativamente à sua interpretação). Apenas a verificação desse consenso significará a produção de efeitos jurídicos¹²².

No entanto, é claro que se propugna que a interpretação do contrato e do sentido das suas disposições terá de extravasar, em muito, a mera hermenêutica das disposições relativas à declaração negocial¹²³, pois a interpretação do negócio jurídico visa a resolução de um problema concreto. Através do contrato, cada contraente define os efeitos que pretende ver produzidos na sua esfera jurídica ou na de outros. Nessa senda, o contrato constitui a plenitude da autonomia privada¹²⁴, tal como prevista no art. 406.º CC. Não

MOTA PINTO, 2005, p. 607. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA refere-se ao “princípio da força vinculativa ou da obrigatoriedade”, descrevendo-o enquanto a decorrência de três princípios, “da pontualidade”, “da irrevocabilidade ou da irrevogabilidade dos vínculos contratuais” e “da intangibilidade do seu conteúdo”, dando nota de que, no seu entendimento, estes dois últimos se fundem no que também se designa de “princípio da estabilidade dos contratos” (*ob. cit.*, p. 312). Já ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO refere-se ao “princípio da correspondência” (*in Tratado de Direito Civil Português II Direito das Obrigações*, tomo IV, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 32 e 33).

¹²⁰ Cfr., entre outros, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, Coimbra, Coimbra Editora, 4.ª Ed., reimpressão de 2010, p. 20 e seg., ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 5.ª Reimpressão, 2013, p. 652 e seg., MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, p. 206 e seg., CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 379, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 7.ª Ed., 2012, p. 165.

¹²¹ Acto jurídico no contexto daquela que é a enunciação tradicional do termo (e da divisão dos factos jurídicos entre facto jurídico em sentido estrito - para o qual não concorreu a vontade de qualquer pessoa - e acto jurídico - que é voluntário, e no qual essa vontade assume relevância desde que se verifica a sua exteriorização). Pois a relação jurídica será “uma relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjectivo e a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição” (Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 1964, p. 2).

¹²² Que podem ser dotados da maior amplitude. Por exemplo, a transmissão da propriedade de uma coisa (art. 880.º, al. a) CC).

¹²³ Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “Sobre a interpretação do contrato”, *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Telles*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2012, pp.499-500. Sobre a perfeição da declaração negocial, Cfr. CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 440.

¹²⁴ O que, por si só, pode justificar a essência da conformação social e económica operada por ramos do Direito como o Direito Laboral ou o Direito do Consumo. Os quais, não questionando a importância da verificação de uma verdadeira autonomia privada concretizada na sua plenitude, representam o reconhecimento – mormente legislativo, mas de cariz incontornavelmente político e de ordenação social – da necessidade de, face à regularidade com que a contratação é feita entre partes de “força” consideravelmente desigual, coartar essa autonomia, de forma a que a mesma não represente um expediente para estabelecer

obstante, a autonomia privada não poderá gerar a invasão de esferas jurídicas alheias. A assunção de efeitos por via do consenso de vontades terá, em geral, efeitos que se cingem aos autores desse mesmo consenso, as partes contratantes (embora existam diversas exceções legalmente previstas). Ou seja, é de afirmar que, em geral, um contrato exerce os seus efeitos de forma relativa, produzindo efeitos entre as partes¹²⁵.

Não obstante, determinadas situações jurídicas, nomeadamente as que podem emergir da relação contratual como um todo, têm um efeito (ou efeitos) colateral(ais). Exemplo dessa colateralidade dos efeitos jurídicos decorrentes de contrato seria a constituição de hipoteca sobre certo imóvel. Estipula o nosso ordenamento jurídico a oponibilidade contra terceiros desta, sobrepondo-se, automaticamente, a qualquer direito de eficácia obrigacional¹²⁶. O efeito dessa atribuição de preferência em caso de concurso de credores, repercutir-se-ia num outro credor, que teria contratado com base numa certa expectativa de cumprimento, potencialmente baseada na existência de património detido pelo devedor (o dito imóvel).

Verificando-se a adopção, pelo devedor, do comportamento que lhe é exigido, da prestação a que se obrigou¹²⁷, não se levantaria qualquer questão. Diferentemente, verificando-se um incumprimento da obrigação decorrente da relação contratual entre o devedor e o referido credor, essa obrigação – em si mesma – não alcança efeito, pois vê-lo sonegado pela actuação da garantia real.

O exemplo citado aponta, com clareza, as limitações próprias à eficácia obrigacional e sua actuação. Limitações que se reflectem, igualmente, nas cláusulas de garantia e segurança alvo do presente estudo. No entanto, e dando uso à sua autonomia enquanto partes contratantes, é comum, nas diversas relações contratuais entre os diferentes agentes jurídicos, a aposição de cláusulas deste tipo. Pelo que importará aprofundar a razoabilidade do recurso às mesmas, sob o óbice do nosso ordenamento jurídico.

vínculos contratuais em que um contraente impõe a outro condições contratuais desfavoráveis unicamente com fundamento na impossibilidade dessa parte em fazer valer a sua vontade. Ao invés, acabando essa parte por meramente aceitar condições propostas.

¹²⁵ Sendo certo que não abordaremos a questão da responsabilização de um terceiro que, estando plenamente ciente da existência da obrigação contratual por elas determinada, contribui para o seu não cumprimento, o que poderia resultar no recurso ao seu património, na eventualidade de se verificar a insuficiência do património do devedor.

¹²⁶ Daí que seja habitual denominar essa eficácia, emergente de vínculos obrigacionais, de eficácia *meramente* obrigacional.

¹²⁷ O seu dever principal de prestar (art. 762.º n. 1 CC) e ainda os deveres acessórios que se somam a esse dever principal.

Voltando atrás, a concepção que preside ao princípio da autonomia da vontade das partes baseia-se numa ideia de auto-regulação de interesses que tem, por sua vez, no seu esteio a concepção de que as partes, pela experiência directa que têm na prática negocial, quanto às exigências e problemas que aí se colocam, estão em melhores condições do que o legislador para regularem estes (mormente, os seus) interesses, ao estipularem e convencionarem “normas” mais adequadas à sua regulação e a proporcionarem os fins que visam alcançar, tratando-se, em última instância, de uma questão de maior flexibilidade e eficácia da tutela convencional.

No entanto, é também verdade que a autonomia da vontade não é um princípio absoluto¹²⁸. A liberdade contratual é, em si mesma, apenas uma liberdade jurídica. A sua relevância terá de advir da sua função de efectivação da liberdade efectiva. Está por isso em causa um binómio de considerável complexidade. Se por um lado, a liberdade jurídica pode dar azo a que uma parte imponha a sua vontade sobre a outra, efectivamente suprimindo a sua liberdade (jurídica e efectiva), por outro lado a liberdade jurídica é condição mínima para o exercício da liberdade efectiva¹²⁹.

Daí que o princípio da boa-fé se projecte, necessariamente, na interpretação das múltiplas cláusulas contratuais. Ou seja, as soluções contratuais devem ser interpretadas no sentido que mais se aproxime daquilo que corresponde ao maior espírito de colaboração. No entanto, o recurso a este instituto apenas se revela imperativo quando a pura e simples observância do contrato não é suficiente para assegurar um resultado satisfatório à luz da intenção das partes e dos cânones do nosso ordenamento jurídico. Bastando-se a observância estrita do contrato, a boa-fé como que desempenha um papel meramente implícito. Assim, a vontade dos contraentes será da maior importância na definição dos contornos da relação obrigacional que é criada pela existência de determinada cláusula de garantia e segurança na relação contratual.

¹²⁸ Cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELES, *ob. cit. Obrigações*, p. 21, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *ob. cit., Vol. I*, p. 22, JOANA FORTE PEREIRA DIAS, *ob. cit.*, pp. 1026-1029

¹²⁹ Impedir que a liberdade jurídica se transforme no meio para a supressão de liberdade efectiva constitui um problema fundamental do direito dos contratos. Cfr. CLAUS-WILHELM CANARIS, *ob. cit.*, p. 61, concluindo este autor que “(...) a ordem jurídica deve sempre conformar-se, em certa medida, com a ausência de liberdade efectiva, porque, desde logo, a liberdade efectiva *total* de *todos* os cidadãos é uma utopia e, além disso, a liberdade jurídica não deve ser desmesuradamente limitada a fim de proteger a liberdade efectiva porque, de outro modo, acabar-se-ia necessariamente por prejudicar também gravemente esta última”. Estas considerações vão de pleno acordo, como já aludido, à importância fundamental de determinados ramos do direito enquanto meio para atingir esse equilíbrio. Nesta senda, é de citar o papel das convenções colectivas de trabalho enquanto exemplo paradigmático.

Consideremos ainda uma das faces desse prisma: a ponderação que diz respeito a estarmos perante uma obrigação de meios ou de resultado¹³⁰. Tal qualificação exige recurso a determinados critérios, nomeadamente os que se fundam na vontade das partes (que são livres de configurar as obrigações que assumem - art. 405.º CC). Não se conseguindo apurar devidamente essa vontade, a natureza da obrigação pode apresentar, por si só, a solução para essa qualificação. A título de exemplo, diga-se que uma relação obrigacional que seja de prestação de coisa ou de prestação de facto negativo (como ocorre, em determinadas situações, nas cláusulas de garantia e segurança), será, por natureza, de qualificar como obrigação de resultado.

Essa distinção na qualificação da obrigação que emerge da aposição das cláusulas reveste-se de alguma importância, visto a sua consequência repousar numa distinta valoração da culpa em matéria do ónus da prova¹³¹. Como estipula o art. 341.º CC, àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado e a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita (em suma, defende-se a necessidade de se adoptar uma conduta em proveito próprio, ou seja, propugna-se a realização de certo comportamento para que se venha a beneficiar de uma situação favorável). Não obstante, e como dispõe o n. 3 desse mesmo artigo, em caso de dúvida, os factos devem ser considerados como constitutivos do direito.

O nosso ordenamento jurídico, em sede de responsabilidade contratual, espera que seja o devedor a provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua (799.º n. 1 CC). Deste modo, na responsabilidade contratual impende uma presunção de culpa sobre o devedor. A sua violação terá, portanto, de desencadear responsabilidade contratual embora, como defende RICARDO LUCAS RIBEIRO, essa responsabilidade tenha um alcance variável conforme a diferente qualificação da obrigação em causa. No caso de responsabilidade pela violação de obrigações de meios, o alcance da referida presunção resume-se à questão da censurabilidade pessoal do devedor. Já caso se trate de incumprimento de uma obrigação

¹³⁰ Como é sabido, nas obrigações de meios, o devedor está apenas obrigado a observar uma conduta diligente e atinente à satisfação do interesse fundamental do credor, embora não assegure que esse interesse se realize. Diferentemente, nas obrigações de resultado, o devedor vincula-se a prestar ao credor determinado efeito útil conducente ao interesse primário do credor.

¹³¹ Como ensina JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, “os pressupostos das acções de indemnização fundadas em responsabilidade contratual comumente citados incluem o não cumprimento dos deveres integrados na relação obrigacional (deveres primários, deveres secundários e deveres laterais), a culpa do devedor, a existência de danos e o nexo de causalidade entre o facto e os danos” *in ob. cit.* – Vol. II, p.93.

de resultado, a presunção tem um alcance alargado, de molde a abranger também a ilicitude e o nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano, quase se podendo presumir a responsabilidade do devedor¹³².

Verificando-se o incumprimento de obrigação emergente de cláusula de garantia e segurança, será necessário averiguar a sua qualificação, a qual se terá de fundar no concreto conteúdo da cláusula incumprida. A título exemplificativo, a violação de uma cláusula *negative pledge* – pelo seu conteúdo, em geral, de prestação de facto negativo – será de qualificar como obrigação de resultado. Diferentemente, uma cláusula *pari passu*, poderá, caso a caso e devido à sua redacção, ser qualificada de formas distintas, o que, em sede de incumprimento da mesma, comportará diferentes ónus de prova, sendo que, na falta ou insuficiência de provas, o julgador rejeita a pretensão deduzida pela parte sobre a qual deva entender-se que recaía, no caso concreto, o *onus probandi*.

Ora, recorrendo à auto-regulação, as partes esperam garantir a cabal execução do contrato¹³³. O pontual cumprimento do contrato constituirá, sem dúvida, a melhor garantia que um credor pode almejar: a integral satisfação do(s) seu(s) crédito(s).

¹³² Cfr. RICARDO LUCAS RIBEIRO, *Obrigações de meios e obrigações de resultado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, *passim* e pp. 166-169. Com maior detalhe, este autor conclui que, no caso da obrigação de meios, irão “aderir à ilicitude elementos tradicionalmente de culpa (elementos de negligência, fundamentalmente), passando a discernir-se uma ilicitude negligente, preenchida pelo elemento da violação de um dever objectivo de cuidado, e uma culpa negligente, preenchida pelo elemento da atitude interior de descuido ou leviandade perante a norma de comportamento. É a ilicitude delineada nestes termos, além do nexo de causalidade, que o credor de uma obrigação de meios deve provar, ficando dispensado de provar a culpa do devedor (ou seja, a atitude interior de descuido ou leviandade), pois esta presume-se, nos termos do disposto no art. 799.º n.1”. De forma distinta, relativamente à obrigação qualificada como de resultado “a ilicitude reporta-se ao plano objectivo da violação do direito do credor e a culpa ao plano subjectivo, nela se localizando sistematicamente o dolo e a negligência”. A doutrina clássica sobre o art. 799.º n.1 divide-se entre duas perspectivas. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, entre outros, afirma que “a lei presume a culpa do devedor na inexecução da obrigação e portanto não é o credor que tem de provar que o devedor procedeu com culpa, é este que tem de provar que não houve culpa da sua parte” *in ob. cit. Obrigações...*, p. 334. Diferentemente, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, afirma que a falta de culpa funciona “como uma excepção, em certos termos oponível pelo devedor” *in ob. cit. Vol.II*, p.583, pelo que a culpa do devedor terá de ser incluída entre os pressupostos. Cfr. ainda NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Estudos sobre o não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Almedina, 2009, 2.ª Ed., p. 145.

¹³³ Cabal ainda que na sua eventual modificação por alteração das circunstâncias. Como afirma JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “[a]té mesmo onde houver um elemento de liberalidade, ou um desequilíbrio livre e conscientemente aceite, continua a ser essa proporção a base da vinculatividade do negócio. Em caso de alteração das circunstâncias a preservação do negócio consiste na preservação desse posicionamento recíproco básico. Haverá que recompor o equilíbrio substancial que as partes pretenderam, e não insistir em poderes ou vinculações que deixaram de se justificar” (*in* “Onerosidade excessiva por ‘alteração das circunstâncias’”, *ROA*, disponível *online*, p. 11). Em princípio, a particular onerosidade da prestação não resulta na exoneração do seu devedor. A cláusula denominada de *hardship* diz precisamente respeito a alterações de circunstâncias que modifiquem o equilíbrio económico do contrato, tornando a sua execução particularmente onerosa para um dos contraentes, prevendo, nesses casos, uma adaptação do contrato. No nosso ordenamento, a adaptação via uma renegociação do contrato à luz do princípio da boa-fé (cfr. LUIS DE LIMA PINHEIRO, “Direito Comercial Internacional – O Direito Privado da Globalização Económica”, *Revista*

Neste ponto, diga-se que, por si só, a possibilidade de resolução por incumprimento do conteúdo de determinada cláusula, pode não constituir um mecanismo idóneo de garantia do credor, já que o seu exercício apenas atribuirá a este um direito de crédito¹³⁴.

Em princípio, e em geral, estas cláusulas – livremente admissíveis – encontram dois limites principais. O abuso de direito resultante da sua utilização e as regras do negócio usurário (art. 282.º CC). Ou seja, quando o beneficiário das cláusulas, procurando explorar a situação de fraqueza ou dependência do obrigado, venha obter benefícios que, à luz do concreto contrato celebrado, possam ser considerados excessivos ou injustificados.

Emerge assim uma ulterior particularidade destas cláusulas: a de acompanharem e sustentarem a execução do contrato que integram e ao qual, enquanto cláusulas de garantia e de segurança, se acham ligadas por um vínculo de acessoriedade; uma vez que a prestação principal do contrato não será, em geral, a de cumprimento dos comportamentos determinados pela aposição destas cláusulas. De facto, estas cláusulas são normalmente encontradas em contratos que dão origem a um vínculo duradouro cujos efeitos (jurídicos) se protelam no tempo. Tratam-se, em regra, de obrigações negativas de execução continuada no tempo que se destinam a operar e a acompanhar toda a vida do contrato¹³⁵. Assim, não obstante a sua acessoriedade, podem ser qualificadas enquanto motivos determinantes da vontade de contratar e, conseqüentemente, essenciais, não admitindo

da FDUL – *Suplemento 2005*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 218-219). Trata-se de uma disposição contratual que se vem sobrepor à norma supletiva do art. 437.º CC. Parece-nos avisada a construção do STJ, que indica como pressuposto para o direito à resolução ou modificação do contrato por alteração anormal das circunstâncias: “(i) que a alteração a ter por relevante diga respeito a circunstâncias em que as partes tenham fundado a decisão de contratar; (ii) que essas circunstâncias fundamentais hajam sofrido uma alteração anormal; (iii) que a estabilidade do contrato envolva lesão para uma das partes; (iv) que tal manutenção do contrato ou dos seus termos afecte gravemente os princípios da boa-fé; (v) que a situação não se encontre abrangida pelos riscos próprios do contrato e, (vi) por último, a inexistência de mora do lesado” (Ac. STJ, Proc. 1117/10.9TVLSB.P1.S1 de 21/01/2014). Daí que, por via convencional, procurando acrescer a esta tutela legal de alcance bem delimitado, seja comum a aposição de cláusulas relativa a uma alteração das circunstâncias adversa relevante (também chamada de *material adverse change clause*). Esta prende-se com a previsão de uma situação de exigibilidade antecipada quando ocorram factos ou circunstâncias previamente estipulados que venham traduzir-se no tal efeito adverso relevante, nomeadamente no que à recuperação (cumprimento) desse crédito diz respeito.

¹³⁴ Em particular quando, em contexto falimentar, esse direito é meramente considerado no concurso de credores, pois o seu exercício exigirá o recurso posterior a outros meios e poderá ver-se consideravelmente limitado. Cfr. AURORA MARTÍNEZ FLÓREZ, *Las cláusulas resolutorias por incumplimiento y la quiebra*, Madrid, Civitas Ediciones, 1999, pp. 113 e 136).

¹³⁵ Cfr. JOANA FORTE PEREIRA DIAS, *ob. cit.*, p. 1028.

qualquer não correspondência do que foi contratado com a realidade (essencialidade que se reporta tanto ao presente, como também ao futuro)¹³⁶.

Destarte, a relevância do princípio da autonomia privada não se resume à liberdade de contratar e fixar livremente o conteúdo contratual. A este princípio é intrínseco o risco de se verificarem excessos e abusos, que não podem simplesmente impender, impunemente, sobre os sujeitos das operações contratuais. O contrato tem de incorporar valores éticos e sociais. E se essa incorporação não resultar da mera actuação das partes, será encontrada mediante a imperatividade do ordenamento jurídico como um todo e do normativo legal que vem restringir a autonomia individual. Falamos não apenas do princípio da boa fé, mas também das diversas normas legais que procuram adiantar problemas interpretativos e oferecer soluções integrativas para os mesmos. Sejam essas normas de carácter injuntivo ou supletivo, todas reflectem uma preocupação genérica, conducente à razoabilidade, adequação e proporcionalidade das soluções oferecidas aos problemas interpretativos. O contrato enquanto expressão de liberdade e criatividade não é posto em causa: só o é enquanto instrumento de opressão, justamente para fazer dele meio de libertação¹³⁷.

Princípio da razoabilidade, adequação e proporcionalidade, que, em última instância podemos considerar como uma concretização do princípio da boa-fé¹³⁸, sendo ilegítima a sua ultrapassagem, mesmo que à guarida de um direito lícito (ou licitamente constituído).

Posto isto, a perfeição do contrato formado - a sua redacção - não poderá almejar dar resposta a todas as vicissitudes que se verificarem ao longo do decurso da sua vigência. Como é sabido, é lícito a um credor dar por terminada determinada relação contratual quando, em geral, se verifique uma de quatro possibilidades: a impossibilidade culposa objectiva do cumprimento da prestação, a perda de interesse objectiva na prestação, o decurso de prazo admonitório, a declaração peremptória de não cumprimento por parte do devedor ou a verificação de justa causa¹³⁹ para essa rutura¹⁴⁰.

¹³⁶ Cfr. PESSOA JORGE, *ob. cit.*, p. 14.

¹³⁷ Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *ob. cit.*, p. 41.

¹³⁸ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, pp. 23-24.

¹³⁹ Cumpre explorar um reduzido apontamento acerca da justa causa para a resolução contratual. A justa causa opera unicamente em contratos assentes numa especial relação de confiança. Trata-se de um afloramento dum princípio de confiança, de que, em determinada relação contratual, será presumível a cooperação entre as partes intervenientes no sentido de permitir que estas consigam o melhor resultado possível mediante o empenho sério no cumprimento das suas obrigações contratuais. Em causa está uma matéria cuja análise não é comportada pelo presente estudo, pelo que se conclui unicamente referindo que a

Tratam-se de situações que têm implícita uma gravidade que, por si só, justifica a desvinculação. Verdadeiros factos sintomáticos da crise de toda a relação contratual. Ora, o incumprimento de cláusulas apostas no contrato, não obstante a sua essencialidade ao mesmo, pode – ou não – constituir fundamento para a cessação da relação contratual. Em geral, no entanto, a cessação da relação contratual, sem mais, não é o efeito pretendido pelo credor que se munuiu destes mecanismos aquando da contratação com o devedor, pelo que nos importa observar as consequências, necessariamente do foro obrigacional, desse incumprimento.

A resolução constitui um direito potestativo, que pode ser imposto por um dos contraentes à sua contraparte¹⁴¹, operando mediante acto jurídico unilateral, não carecendo do consentimento da outra parte¹⁴². Estamos perante uma resolução com base numa estipulação das partes, a qual resulta de um comportamento tido por uma dessas partes que corresponde ao desrespeito dessas obrigações, isto é, do preenchimento de um cenário que havia sido convencionado como fundamento de resolução.

A radical consequência da resolução coloca em evidência o antagonismo latente entre a resolução do contrato e a execução das obrigações deste decorrentes. A subordinação da não resolução (ou outro efeito do incumprimento que seja convencionado) ao cumprimento do contrato torna estas cláusulas um meio de sancionar um contraente indisciplinado que não respeite a totalidade das suas obrigações de fonte contratual¹⁴³. Cumpre ainda referir, nesta sede, que, caso a situação económica do devedor

justa causa operará quando uma das partes coloca em causa a confiança que outra legitimamente deposita na execução do programa contratual, o que pode levar à resolução do contrato. É a cessação da especial relação de confiança que pode conduzir à justa causa e à subsequente cessação do contrato. Se se coloca em causa a confiança que a outra parte legitimamente deposita na execução do programa contratual, isso pode levar à resolução do contrato.

¹⁴⁰ Não nos referimos, claro está, a situações de resolução ilícita. Não sendo nossa intenção encetar qualquer exposição sobre esta problemática, será, no entanto, de referir que, se a existência de um fundamento válido para a resolução do contrato pode não ser suficiente para a formação de um direito de resolução (art. 432.º n. 2 CC), parece-nos muito discutível que este possa surgir na ausência de qualquer fundamento, razão pela qual a eficácia de uma resolução ilícita, e suas consequências, terão de ser aferidas casuisticamente. Cfr. ADRIANO SQUILLACE E ALEXANDRE MOTA PINTO, “A resolução ilícita: uma contradição nos termos?”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 28, 2011, pp.113-119.

¹⁴¹ Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da cessação do contrato*, Coimbra, Almedina, 2.ª Ed., 2006, p. 31.

¹⁴² Ou seja, não estamos perante a aposição de condições resolutivas aos contratos em causa. Nessa situação, o contrato cessaria de forma automática, por motivo da verificação de um evento previsto pela condição. Pelo que a resolução se efectivaria sem necessidade de qualquer comunicação entre as partes.

¹⁴³ Cfr. CHRISTOPHE PAULIN, *La clause résolutoire*, Bibliothèque de Droit Privé Tome 258, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 105 e 117.

seja particularmente frágil, o seu credor está munido do direito de entregá-lo ao instituto da insolvência (nos termos do art. 20.º do CIRE), o que poderá constituir uma ameaça latente.

Ainda que assim seja, o raciocínio associado à sua estipulação, o que está em causa (ou se pretende que esteja), é o cumprimento contratual. O credor reputa o cumprimento de mais provável por efeito mediato desta pressão - destas limitações - sobre o devedor. Logo, a presença destas cláusulas resulta numa (potencial) maior responsabilização da parte devedora, inerente à qual emerge pressão, por si sofrida, conducente ao cumprimento.

3.1. As cláusulas de garantia e segurança enquanto cláusulas contratuais gerais¹⁴⁴

As CCG, enquanto forma de contratação, são o resultado directo do contexto negocial vigente, cujo tráfego jurídico exige, acima de tudo, racionalização, padronização e uniformização. Os contraentes passaram a pré-elaborar minutas mais ou menos extensas e detalhadas dos contratos a celebrar futuramente com os seus clientes, com isso pretendendo não dar qualquer abertura a posteriores negociações sobre esses clausulados. Essa elaboração prévia permite, sem dúvida, uma grande celeridade na celebração de contratos, assim como outras vantagens, essenciais face à massificação do comércio jurídico.

A liberdade contratual, enquanto princípio básico do direito privado, admite a livre estipulação do conteúdo contratual - desde que este resulte da ponderação dos interesses das partes contratantes. Ora, esta alteração no modelo paradigmático de contrato, que ademais pode dar azo à quase total disparidade entre a vontade real e a vontade declarada, por implicar vários riscos normalmente não contemplados na construção legal da relação contratual, exigiu respostas concretas e adequadas a coartar abusos decorrentes de imposições cegas por contraentes detentores de um poder negocial considerável.

Efectivamente, na contratação via CCG dificilmente se pode falar da verdadeira vontade da parte a elas aderentes, que meramente manifesta o seu assentimento com o clausulado contratual que lhe é apresentado, sob pena de - não o fazendo - não celebrar

¹⁴⁴ A presente secção dirá respeito ao uso de cláusulas do tipo já abordado, mediante a sua mera aposição no texto contratual e adesão às mesmas pelo obrigado. No fundo, relevam situações em que as condições da sua inclusão as torna verdadeiras cláusulas contratuais gerais ou cláusulas introduzidas no texto contratual sem negociação individual.

qualquer contrato. Além disso, a mera adesão ao contrato dificilmente implicará o conhecimento de todas as regras nele contidas (regra geral, passa precisamente pelo contrário).

As CCG surgem assim como um instituto especialmente carecido de protecção legal no que toca ao exercício da liberdade contratual. Até porque, se em abstracto ninguém é obrigado a meramente aderir a determinada estrutura contratual, a realidade demonstra que a actual organização empresarial e económica a isso obriga, não sendo de equacionar a contratação – individualizada – de cada vínculo celebrado. Que por outra razão não seja, devido à recusa dos próprios agentes económicos face a essa tentativa¹⁴⁵.

Isto ainda antes de sequer considerar as situações em que o predisponente, arrogando-se deste poder de completa conformação do conteúdo do contrato, procura eximir-se à estrita observância de disposições legais supletivas, de outra forma aplicáveis. Transferindo a generalidade do risco contratual para a parte meramente aderente, agravando exponencialmente as consequências perniciosas do desconhecimento das regras oferecidas pelo predisponente. Por um lado, a parte aderente via-se desprovida de verdadeiras alternativas à sua “liberdade” de contratar desta forma, por outro não tomava sequer consciência das ramificações e do impacto potencial das regras que lhe foram impostas.

O nosso ordenamento foi agraciado com uma das mais completas leis sobre cláusulas contratuais gerais e contratos de adesão, a DLCCG, que procura dar uma resposta eficaz a cláusulas cuja inserção em contratos são nocivas ou injustas. Inclusivamente, a DLCCG ultrapassa o âmbito de aplicação da directiva comunitária dedicada a este tema e, ainda, da maioria das leis europeias que a transpuseram¹⁴⁶. A DLCCG, apesar da sua

¹⁴⁵ Recusa que não é, em si mesma, necessariamente desprovida de fundamento. No que ao Direito Bancário diz respeito, o recurso sistemático a cláusulas contratuais gerais foi já equacionado enquanto decorrência da imposição de comportamentos de acordo com o princípio da repartição de riscos e da segurança das aplicações (art. 75.º RGICSF), conseguindo-se, por via dessa utilização garantir elevados padrões de segurança a todas as operações, no interesse de todos os intervenientes. Cfr. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *ob. cit. Contratos...*, p.104. Esse recurso sistemático não tem impedido a jurisprudência de considerar a contratação bancária enquanto relação consensual (Cfr., por exemplo e a propósito do contrato de abertura de conta, Ac. do STJ de 31/03/2011, Proc. 281/07.9TBSVV.C1.S1 – disponível em www.dgsi.pt).

¹⁴⁶ Pois é aplicável não apenas a contratos celebrados com consumidores, mas também a contratos celebrados entre profissionais, elencando, para cada caso, as cláusulas absolutamente proibidas e relativamente proibidas. (Cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, e RUI PINTO DUARTE, “Cláusulas contratuais gerais abusivas”, *sub judice*, n.º 39, 2007, p. 7).

designação, regula não apenas CCG, mas todas as cláusulas contratuais não negociadas individualmente¹⁴⁷.

Uma primeira vertente da tutela da DLCCG, tal como esta afecta o proponente e o destinatário de uma cláusula de garantia e segurança, prende-se com os deveres de comunicação e informação associado à inclusão de CCG em contratos.

Por vezes, a aposição da designação das cláusulas de garantia e segurança no acordo pode transmitir ao contraente conhecedor toda a extensão das obrigações decorrentes da sua utilização (contende-se que estas cláusulas podem ser entendidas como, enquanto atípicas, socialmente típicas). No entanto, mesmo que estejamos perante contraentes detentores da “necessária informação”, nem sempre – aliás, muito raramente - a inclusão da designação das cláusulas será suficiente para que este tome verdadeiramente conhecimento das implicações dessa assunção.

Exemplo de uma situação deste tipo será o de uma instituição financeira que, mediante a mera aposição de um conjunto de termos isolados na ficha técnica relativa ao negócio jurídico que pretende celebrar (*Outras condições: “obrigação de não oneração do património”; “cross default”; “este contrato pode ser resolvido por incumprimento de todas as obrigações legais e contratuais”; “este contrato pode ser resolvido por incumprimento de qualquer das obrigações emergentes do contrato”*), pretenda obrigar o seu cliente à observância da total extensão dessas cláusulas que, como já explanado, implicam deveres de conduta mais extensos do que, à primeira vista, aparentam. Tal actuação configuraria o desrespeito pelo dever de comunicação resultante do art. 5.º da DLCCG, pelo que as cláusulas seriam de considerar excluídas do contrato¹⁴⁸.

O exercício efectivo e, portanto, eficaz da autonomia privada pressupõe uma vontade formada e correctamente formulada dos aderentes, que deverá traduzir-se num conhecimento exacto do clausulado¹⁴⁹. Reflexo disso mesmo, por exemplo, é a necessidade

¹⁴⁷ Art. 1.º ns. 1 e 2, DLCCG.

¹⁴⁸ Não se desconhece a prática do sector segurador e bancário de recorrer a condições gerais, condições particulares e condições individuais (documentos autónomos pertencentes a um mesmo contrato) enquanto expediente para aliviar a carga de automatismo inerente aos contratos de adesão que normalmente celebram e a sua relevância para a situação descrita. Pretende-se, no entanto, traçar exemplos de pendor maioritariamente abstracto, de maior aplicabilidade para situações de fronteira que possam verificar-se. De qualquer forma, todos esses clausulados continuam sujeitos ao crivo de comunicação e informação da DLCCG, adequado à concreta parte contratante.

¹⁴⁹ Este dever de comunicação trata-se de uma obrigação de meios; impõe que seja desenvolvida uma actividade razoável no sentido do conhecimento, sendo essa razoabilidade aferida à luz dos critérios avançados pelo n.º 2 do art. 5.º (Cfr. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO,

que o exercício do poder conferido por uma cláusula de resolução imponha a indicação à contraparte do(s) fundamento(s) concreto(s) em que repousa o “desejo desvinculativo”¹⁵⁰.

Mesmo quando a menção às cláusulas é completa e atempada (por exemplo, a cláusula consta, na íntegra, do clausulado que as partes se propõem contratar), importa assegurar que se encontra devidamente considerado o dever de informação, estipulado pelo art. 6.º da DLCCG. Pois se da inclusão de uma cláusula de garantia e segurança no contrato, ainda que sendo comunicada, não for expectável da contraparte o seu conhecimento efectivo, a mesma é também excluída do conteúdo contratual (nos termos do art. 8.º al. *b*) da DLCCG)¹⁵¹.

Como já abordado, certas configurações de *negative pledge* e *pari passu* configuram, na verdade, contrato-promessa de constituição de garantia especial, ainda que só assumindo estas vestes mediante a verificação de certos factos. Tal tem de ser devidamente explicitado à contraparte, sob pena das cláusulas terem de ser englobadas pela DLCCG e, conseqüentemente, afastadas. De outra forma, não pode ser entendido que o conteúdo contratual convencionado configure um exercício idóneo da autonomia privada.

Não é sustentável que, por descuido, não se considerem as implicações da execução contratual destes instrumentos convencionais. Se, por mero hábito mecânico de padronização contratual, se incluem cláusulas sem que o seu âmbito seja devidamente transmitido, as mesmas têm-se por não escritas, vigorando em sua substituição quaisquer normas legais supletivas aplicáveis e, na sua ausência ou insuficiência, aquilo que resulta da aplicação das regras gerais relativa à integração do negócio jurídico¹⁵².

Cláusulas Contratuais Gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, Coimbra, Almedina, 1986, p.25).

¹⁵⁰ Cfr. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Cláusula resolutiva expressa...*, *ob. cit.*, p. 309.

¹⁵¹ Como defende ANA PRATA, daqui “não decorre que o predisponente das cláusulas tenha a obrigação de explicar a cada cliente, uma por uma, cada uma das cláusulas e o seu significado (porventura completo); no entanto, quando se trate de cláusulas que, dadas as circunstâncias – isto é, em razão da dificuldade objectiva da compreensão do seu alcance ou/e da impreparação da contraparte que vai aceitá-las, justifiquem uma esclarecimento sobre o seu sentido, o predisponente, independentemente de pedido do aderente, tem de prestar essa informação circunstanciada” (*in Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, Coimbra, Almedina, 2010, p.255).

¹⁵² O que pode, inclusive, levar a resultados consideravelmente diferentes dos pretendidos pelo predisponente. Pois a sua vontade tenderá ser a desconsiderada na ponderação póstuma, minorando-se o seu (efectivo) poder negocial que se verificaria numa negociação que não gerasse a aposição de cláusulas proibidas. “Mesmo que o referente da interpretação sejam sempre as declarações negociais das partes, a reconstrução (*ex post*) do conteúdo do contrato impõe-se, de forma muito especial, perante a utilização, no seu clausulado, de cláusulas gerais e conceitos indeterminados” (Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *ob. cit.*, p. 505).

Em especial no âmbito bancário, as *condições gerais* são utilizadas pelos bancos para definir todo o quadro contratual em que se prevê venha a desenvolver-se a relação bancária. Considerando a posição de domínio da entidade bancária face a, praticamente, qualquer outro contratante, a supressão do poder negocial deste último pode dar azo a um “terreno propício à consagração de regulamentações obscuras, maleáveis e abusivas”^{153 154}.

Outra vertente dirá respeito à limitação dos direitos do próprio proponente, por via da potencial anulabilidade ou nulidade da aposição destas cláusulas. Por exemplo, é de observar o preceito de natureza imperativa que proíbe, com a inerente ilicitude e invalidade, a resolução sem motivo justificado. Neste contexto, na particular situação de contratação com consumidores¹⁵⁵, é inválida a cláusula que preveja a resolução do contrato, a todo o tempo, independentemente da invocação de qualquer violação contratual ou motivo justificativo em concreto fundado na lei ou previsto no contrato, caindo no âmbito de proibição do art. 22.º n. 1 al. b) do DLCCG.

Logo, nesse âmbito, a construção, por relação a uma cláusula de *cross default*, de um elenco de situações demasiado vago (uma cláusula de *events of default*), que no fundo radique na admissibilidade da resolução sem motivo justificativo, implicará a sua exclusão do clausulado contratual. Sobre a densificação daquilo que seja um motivo justificativo, importa referir que quando estas cláusulas de garantia e segurança são configuradas enquanto cláusulas gerais, cegas e mecanicamente predispostas, o seu conteúdo não pode tomar em conta as circunstâncias específicas de cada sector de actividade ou da transacção concreta, abrindo-se a possibilidade para tal ausência de motivo justificativo, à luz do concreto negócio jurídico, no elenco de factos previstos.

Acima de tudo, a importância da DLCCG, no contexto do presente estudo, reside na posição de tutela dos contraentes, em sentido lato, que poderá oferecer resposta a iniquidades resultantes da mera aposição destas cláusulas.

¹⁵³ A. AZEVEDO FERREIRA, *A Relação Negocial Bancária: Conceito e Estrutura*, Lisboa, Quid Juris, 2005, p. 339.

¹⁵⁴ Na outra face da moeda, face a devedores fortes, com considerável poder negocial e alguma experiência no recurso a instrumentos deste tipo (assim como o usual acompanhamento de todo o processo por profissionais especializados), podem ser afastados receios. Sobre este tema, da óptica da contratação de cariz internacional, cfr. JOANA FORTE PEREIRA DIAS, *ob. cit.*, pp. 898-901 e 1016, 1017.

¹⁵⁵ Nos termos do art. 2.º n. 1 da Lei de Defesa do Consumidor, “considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”. No entanto, o conceito legal de consumidor é polissémico, variando conforme o particular enquadramento da sua aplicação (pense-se no crédito ao consumo ou na legislação relativa a práticas comerciais desleais).

3.2. Cláusulas de garantia e segurança à luz da teoria económica do contrato

Olhando, de uma forma convenientemente redutora, para a Economia enquanto a ciência social que analisa a produção, distribuição e consumo de bens e os factores que influenciam esses parâmetros, não é difícil traçar a analogia com o Direito enquanto - num traço igualmente simples - ciência dedicada ao estudo e interpretação de um conjunto de normas limitadoras ou potenciadoras de comportamento. Quer a Economia, quer o Direito partilham um mesmo objectivo e também similares limitações; enquanto ciências sociais que pretendem transformar a realidade que observam através da sua criação metodológica, almejando o progresso das instituições. Esta ponte - a aplicação da *rationalitate* económica às construções jurídicas (cujo desígnio reside na obtenção do maior proveito possível com a menor quantidade de custos e esforços) - permite, idealmente, observar a conformação comportamental por via das normas, sejam elas legais ou contratuais¹⁵⁶.

Em tal acepção, o contrato constituiria uma discriminação pelas partes da sua actuação no âmbito desse vínculo e das condições dessa actuação. Procurando assegurar vantagens mútuas entre si, negociaram, em prol dos seus interesses, um acordo de coordenação de condutas. Não se afirma que as soluções jurídicas são, ou devem ser, ditadas por considerações económicas. Mas não é de desprezar o peso de considerações económicas no próprio diálogo civilizacional deste mundo em rompante globalização e por essa razão – em particular, no domínio contratual - do peso destas no “horizonte valorativo das partes contratantes”¹⁵⁷.

Simultaneamente, o conceito de “economia do contrato” representa e transmite a ideia de incorporar, na valoração jurídica, como factor de determinação do alcance vinculativo do contrato, elementos de significação colhidos na estrutura e nos fins da operação económica que ele instrumentaliza, rejeitando-se a sua concepção meramente consensualista. A conjugação de ambos os planos representa, em especial nos contratos de execução continuada de estrutura mais complexa, “uma normação dos conflitos de interesses ajustada ao sentido e ao fim da relação contratual”¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Em abstracto, os métodos da economia podem ser aplicados a todos os fenómenos que envolvam escolhas sobre a alocação de recursos. Especialmente, as sociais.

¹⁵⁷ Cfr. FERNANDO ARAÚJO, *ob. cit.*, p. 28.

¹⁵⁸ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “A ‘economia do contrato’ como categoria jurídica”, *Revista Brasileira de Direito Comparado* n.º 35, Rio de Janeiro, 2008 (2010), pp. 69-70.

Na elaboração do contrato (na sua conformação à vontade manifestada pelas partes), a antecipação das variáveis e alterações que possam, eventualmente, ser de considerar e a sua introdução no texto contratual acarreta custos¹⁵⁹. Simultaneamente, esse aumento do número de variáveis a ter em conta pelas partes contratantes – e a garantia da sua execução - implica também um inerente aumento de custos a incorrer pelas partes ao longo da execução do contrato.

Daí que o contrato tenda a reflectir o essencial da vontade das partes contratantes, devendo ser interpretado de acordo com esse elemento volitivo. Além disso, o equilíbrio contratual terá de resultar da informação disponível a cada uma das partes. Muitas vezes, a obtenção de mais (e melhor) informação para a negociação contratual não é possível ou acarreta custos inoportáveis¹⁶⁰. Não obstante, na ausência de informação, de incentivos à reciprocidade, da confiança informada de uma parte na outra ou de ambas num contexto bilateralmente definido, não se verifica qualquer incentivo à contratação ou, dimanação da contratação que interessa aos contratantes, à cabal observância do conteúdo contratual estabelecido.

Nesta senda, considerar até que ponto um contrato poderá ser “incompleto” deverá resultar de uma ponderação custo-benefício¹⁶¹. Em suma, da estipulação ponderada do conteúdo contratual resulta uma partilha eficiente do risco entre os contraentes¹⁶². Ora, essa

¹⁵⁹ Dos mais diversos tipos. Desde os custos com profissionais do foro jurídico, às horas despendidas no processo negocial. Em suma, custos relativos à tentativa de minimizar a assimetria de informação acometida à parte contratante.

¹⁶⁰ Cumpre referir, a título de exemplo, que um dos tipos de cláusula de garantia e segurança - as cláusulas de salvaguarda, já aludidas - constituem exactamente forma de ultrapassar o custo inerente à obtenção de informação. Também as *representations and warranties*, que mais não constituem que declarações de facto do contraente no sentido de que determinadas premissas - com relevância para a formação do contrato - são, ou virão a ser, verdadeiras oferecem duas virtualidades aparentes. Por um lado, a parte que aceita a declaração não tem qualquer custo com a confirmação da informação veiculada, aceitando-a como boa. Por outro, a responsabilidade pela veracidade dessa declaração recairá na parte declarante.

¹⁶¹ Um termo usual da ciência económica, que obriga à explicitação de diversos conceitos complementares. Por escolha óptima, em abstracto, deve ser entendida a escolha do produtor quanto ao que produz e como produz de tal forma que não seja possível obter um maior lucro, partindo de uma dada quantidade, usando os mesmos factores de produção. De referir também o conceito de custo marginal - usado como significando o custo de produzir mais uma unidade; e de benefício marginal, o benefício que advém do consumo de mais uma unidade do bem em causa. Dito isto, cumpre explicitar que em obediência a um princípio de ponderação custo-benefício, em geral, na escolha óptima, o custo marginal é igual ao benefício marginal. Ou seja, deve ser ponderado qual o ponto em que a completude do contrato é tal que já não justifica os custos associados à negociação de uma maior completude, pois esses acrescentos não traduziriam um ganho - no comportamento da contraparte - superior aos custos a eles inerentes. Trata-se de um tema relacionado com a actuação de forma racional e implica pressupor que as partes contratuais obedecem a essa forma de maximizar a sua utilidade (benefício), o que nem sempre se verifica (ainda que cumpra ressaltar que essa utilidade será aferida subjectivamente e de forma própria a cada contraente).

¹⁶² Encontrando, para ele, as soluções que promovam o equilíbrio compatível com a maximização do bem-estar das partes, dentro da relatividade contratual (cfr. FERNANDO ARAÚJO, *ob. cit.*, p. 26).

partilha não pode meramente pressupor o cumprimento (não obstante o cumprimento do contrato constituir o resultado esperado e pretendido). Inúmeras externalidades podem afectar as partes, alterando as circunstâncias que levaram à construção do acordo.

Logo, os contratos são, por natureza, incompletos¹⁶³. Propositadamente incompletos. As partes reconhecem que a determinação, *a priori*, de todas as soluções para todos os problemas com que se possam confrontar no decurso da relação contratual, é uma impossibilidade¹⁶⁴; particularmente nos contratos que, por condicionantes estruturais (como seja a sua execução ao longo do tempo), não possam afastar-se de determinada margem de incerteza.

Quando, mediante a aposição de uma cláusula nesse sentido, as partes vêm declarar que o conteúdo do contrato esgota tudo quanto as partes consideram relevante na regulação das suas relações ao abrigo do contrato durante a vigência contratual (pense-se na cláusula de acordo completo, ou de integralidade, também ela decorrente da *praxis* anglo-saxónica, aí denominada de *entire agreement*, e comum na prática jurídica), procuram manifestar que, pela vontade das partes, uma modificação de circunstâncias futura terá uma importância muito reduzida no que ao equilíbrio do contrato diz respeito¹⁶⁵. As partes não podem, por mera pretensão convencional, furtar-se em absoluto à tutela legal dos seus comportamentos e, mais concretamente, da sua conduta contratual.

¹⁶³ Em geral, os contratos são normalmente omissos sobre todo o tipo de variáveis e contingências que são de potencial relevância para as partes contratantes (Cfr. STEVEN SHAVELL, *Economic Analysis of Contract Law*, Economics and Business Discussion Paper Series, 2003, disponível em <http://lsr.nellco.org/harvard.olin/403>, Ch. 13, p. 6). Um contrato “contextualmente completo”, como o define FERNANDO ARAÚJO, seria “aquele que especificaria as obrigações para cada uma das partes em cada uma das contingências que podem afectar a onerosidade do contrato”. (*ob. cit.*, pp. 148 e 155). Uma abstracção susceptível de servir de padrão aferidor.

¹⁶⁴ Sem prejuízo de essa incompletude se prender, ao invés, com condições próprias das partes contratantes, do *iter* negocial ou da informação disponível às partes, sendo involuntário. Por outro lado, o contrato incompleto poderá representar a solução contratual mais eficiente em determinados contextos, como o da contratação entre partes que gozem de uma considerável relação de confiança ou fortes incentivos – externos ou internos à relação contratual – à manutenção do vínculo contratual, desde que dentro de parâmetros gerais previamente estabelecidos. Ademais, na estipulação contratual, a desafecção pode, por conduzir a uma maior simplicidade, representar um valor em si mesmo. Trata-se de alcançar o equilíbrio desejável de incentivos e riscos a assumir por cada contratante. Até porque, em abstracto, a instância chamada a dirimir a verificação de uma contingência ou evento não considerado contratualmente, vendo-se forçada a tomar em conta o elemento volitivo, poderá levar à mesma solução que se alcançaria pela definição – prévia – das consequências da sua verificação.

¹⁶⁵ Esta convenção das partes vale nos termos em que a boa-fé entre as partes seja integralmente observada. Ademais, o instituto da alteração das circunstâncias previsto legalmente, por imperativo, é indisponível.

Em geral, é necessária a consideração da estrutura obrigacional, na sua extensão e base volitiva, a qual deverá ser construída como funcionalizada à mútua satisfação dos interesses envolvidos, os quais não são despicientes na modelação dos efeitos contratuais¹⁶⁶.

O entendimento de que o uso das cláusulas de garantia e segurança é incipiente, pela também incipiente função que desempenhariam no contexto da garantia geral das obrigações (pois, efectivamente, caso o incumprimento seja generalizado e a solvibilidade do devedor reduzida, a existência destas cláusulas pouco ou nada acresce ao que resultaria da mera aplicação dos institutos inerentes à garantia geral das obrigações), é coartado não apenas pela sua disseminação prática – pois será de entender que o uso destas cláusulas nas mais variadas áreas do direito e contextos negociais não é meramente acrítico – mas também pelo recurso a considerações relativas ao decurso do negócio, à execução das obrigações resultantes destas cláusulas.

O seu respeito, ou melhor, o conhecimento do respeito da cláusula pelo seu beneficiário, implicará um fluxo considerável de informação transmitida entre credor beneficiário destas cláusulas e o seu devedor. Pois será de entender que, na ausência de comunicações, não será possível aferir se se verificaram eventos que coloquem em causa qualquer uma das obrigações apostas ao devedor durante a execução do negócio jurídico.

É o efeito dúplice, de maior comunicação entre os intervenientes negociais e de coerção de conduta (pelas consequências que esta poderá implicar), sem que para isso quer credor quer devedor tenham de encetar complexas actuações que dificultem a sua actividade ou incorrer em particulares custos, que nos permite afirmar a relevância da aposição de cláusulas deste tipo. Mesmo que disso não tenham consciência ou que não lhes seja permitida alternativa no processo negocial, a verdade é que ao admitirem a assunção de obrigações do tipo explanado por via contratual, estão, desde logo, a assumir determinada estrutura de partilha de riscos contratuais, eclipsando a sua ponderação superveniente. Determinando *ex ante* o alinhamento da sua conduta aos interesses do beneficiário dessas cláusulas.

¹⁶⁶ O que será da maior importância na programação, por via convencional, das condutas futuras. Cfr. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “deste ponto de vista, e numa óptica instrumental de garantia de efectivação das utilidades procuradas por ambas as partes, aquilo que foi expressamente acordado não pode ser impermeável às exigências decorrentes dos mutáveis contextos situacionais que condicionam a execução do programa negocial”, trata-se de uma ampliação do conceito de legítimas expectativas avocável pelas partes (*in ob. cit.*, p. 70).

Não se pode pretender descurar as implicações da execução contratual destes instrumentos convencionais. Se, por mero hábito mecânico de padronização contratual, se incluem cláusulas sem procurar acompanhar o seu efectivo cumprimento, o papel destas na conformação do comportamento do devedor obrigado torna-se unicamente formal e por isso de nulo alcance na pressão sobre o desempenho¹⁶⁷.

A convenção do leque de condutas admitidas ao obrigado espelha o reconhecimento da essencialidade dessa conduta nos objectivos pretendidos por via da existência e permanência do vínculo contratual. Não lhe sendo admissível a ultrapassagem de certos limiares, os quais se vê obrigado a respeitar. Inadmissível, na óptica contratual, não pela inexistência de meios que o adstringissem à sua responsabilização pelos danos que venha a causar por essa ultrapassagem, mas por tal convenção verdadeiramente pretender impedir - a montante do incumprimento - a frustração da execução do conteúdo contratual¹⁶⁸.

Trata-se de uma decorrência possível do art. 239.º do CC: a materialidade subjacente às situações jurídicas¹⁶⁹. Aqui, a boa-fé surge como instrumento de “salvaguarda da economia do contrato”¹⁷⁰, visando apurar e tornar exigível aquilo que um contraente razoável há-de admitir como objectivamente implicado pelo desenvolvimento adequado do sentido contratual, em observância de uma fórmula convencionada pelas partes contratantes. Ou seja, considera-se a boa-fé enquanto instrumento normativo de maximização da utilidade contratual.

Não obstante, a preparação de cláusulas muito extensas, criteriosamente adaptadas ao caso concreto, pode implicar custos significativos na sua elaboração. Antecipar contingências próprias de cada relação contratual e dirimir de antemão as consequências para o vínculo contratual da sua verificação implica tempo.

Outro problema com considerável relevância, baseia-se na fiscalização do cumprimento da totalidade desse amplo clausulado. Até porque algumas das variáveis a que se recorre na tentativa de garantir não apenas o *pacta sunt servanta* mas também uma certa

¹⁶⁷ Sobre este tema, a propósito de emissões obrigacionistas por entidades societárias, Cfr. PAULO CÂMARA, *ob. cit.*, p. 134.

¹⁶⁸ É necessário não perder de vista a potencial insolvência do obrigado; deixando por ressarcir parte – ou a totalidade – dos danos, devido à sua incapacidade económica.

¹⁶⁹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, II, p. 1252.

¹⁷⁰ Como o afirma GIOVANNI MARIA UDO, “Integrazione del contratto, solidarietà sociale e corresponsabilità delle prestazioni”, *Riv. Dir. Comm.* I, 1990, p.301, *apud* JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 73.

expectativa de empenho e conduta “correcta” na óptica da relação contratual, são, muitas vezes, impossíveis de aferir objectivamente por uma instância judicial ou extra-judicial.

Ao invés, a simplicidade do seu uso e o conhecimento generalizado no foro negocial são vantagens inerentes a este conjunto de cláusulas tipificadas, de uso abrangente, que permitem aos seus beneficiários, como que por automatismo, um ganho considerável de utilidade. Cumpre referir que esse automatismo não preclude a necessidade de comunicação e informação de qualquer cláusula ínsita no texto contratual, não podendo ser desconsiderada a tutela legal subjacente a qualquer instrumento contratual.

Claro está que um excesso de cláusulas limitativas pode igualmente mostrar-se demasiadamente condicionador da actividade do devedor, reduzindo a sua eficiência e, por arrasto, a solvibilidade, elevando o risco de incumprimento. É preciso não esquecer que, muitas vezes, a resolução do contrato não interessa; interessa o seu cumprimento. Face a esta consideração, a eventual tutela jurisdicional pouco interessará a certos contratantes, cônscios de que pretendem o cumprimento do programa contratual.

Em particular, a cláusula *cross-default*, pela sua componente inter-contratual¹⁷¹, altera fortemente os incentivos ao cumprimento da parte por ela onerada, pois a consideração dos efeitos globais desse incumprimento deita por terra qualquer pretensão de escolha ou arranjo nas suas condutas (mormente contratuais). Por exemplo, caso o beneficiário de uma cláusula de incumprimento cruzado pretenda a renegociação do vínculo contratual de forma a que este se mantenha (permanecendo benéfico para ele por, a título de exemplo, entender que a sua execução, ainda que em condições que lhe sejam menos vantajosas, é preferível ao incumprimento generalizado por insuficiência económica do obrigado pela cláusula a responder a um súbito acréscimo das suas responsabilidades por via desse incumprimento), encontra na estipulação deste tipo de cláusula um encerramento de alternativas para o devedor¹⁷². Este ver-se-á forçado a recorrer à renegociação, de forma a evitar esse incumprimento em cascata¹⁷³.

¹⁷¹ E, em especial, na sua configuração inter-contratual e inter-sujeito, conforme *infra*.

¹⁷² Além disso, como defende DANIELA BAPTISTA, nada impede que a cláusula resolutiva resulte de um acordo autónomo, quer simultâneo quer posterior ao contrato (*in ob. cit.*, p. 200), pelo que cláusulas deste tipo podem ser convencionadas durante a execução do próprio programa contratual ou de forma paralela a este.

¹⁷³ Simultaneamente minimizando o peso da ameaça de *holdup* pela parte devedora (situações em que as partes contratantes alcançariam uma maior utilidade por via da cooperação, mas abstêm-se de o fazer por recearem dar à contraparte demasiado poder negocial, gerando um equilíbrio contratual que, por essa razão, não se aproxima do óptimo), tema que não abordaremos, embora impere reconhecer a sua relevância. Veja-se o exemplo da renegociação (reestruturação) de dívida estatal, o instrumento contratual acordado entre o Estado

A renegociação contratual poderá dar azo a uma execução contratual que – podendo ser menos benéfica para uma das partes – continua a ser mutuamente desejada e, de outra forma, simplesmente não ocorreria¹⁷⁴.

Adicionalmente, a renegociação contratual – devidamente ponderada – em nada restringe a relevância de instrumentos garantísticos para o futuro, pois estes continuam a actuar sobre o negócio considerado como um todo. Trata-se de adequar o vínculo contratual às condições verificadas, não de abdicar das garantias a ele inerentes. Como se torna aparente, essa coerção de conduta resultará na desconsideração de qualquer vinculação contratual que, por acréscimo às responsabilidades já assumidas, possa resultar no aumento do risco de incumprimento de qualquer obrigação. O que, por arrasto, se tenderá a traduzir numa conduta do obrigado que será, em geral, mais cautelosa.

3.3. As cláusulas de garantia e segurança em sede de direito bancário

Não obstante a mera admissibilidade genérica, nos termos já explanados, a aposição de cláusulas de garantia e segurança é usual no financiamento bancário. Ora, a melhor compreensão da sua finalidade e de como as suas particulares características se prestam aos fins e vicissitudes do financiamento exige a breve exposição dos elementos essenciais deste tipo de contratos. Não nos importa, na presente secção, a análise detalhada da concreta estrutura das diferentes operações e instrumentos normalmente associados, mas sim os seus principais fundamentos conceptuais e, conseqüentemente, a sua relação com o objecto deste estudo.

Ainda antes dessa exposição, considerando o Direito Bancário Material¹⁷⁵ (as normas jurídicas reguladoras da actividade desenvolvida pelas instituições financeiras, incluindo o conjunto de actos e operações¹⁷⁶ que estes se encontram legalmente habilitados a desenvolver), podemos dividir as principais operações nele encetadas entre operações de

em causa e os bancos inclui sempre cláusulas de *negative pledge, pari passu*, uma cláusula (extensa) de *events of default* e obrigações de prestar informação sobre diversos elementos (Cfr. PHILIP R. WOOD, *Law and Practice of International Finance, Project Finance, Subordinated Debt and State Loans*, Londres, Sweet & Maxwell, 1995, p. 164).

¹⁷⁴ Cfr. STEVEN SHAVELL, *ob. cit.*, Ch. 15, p. 17

¹⁷⁵ Sobre esta noção, que se contrapõe ao Direito Bancário Institucional, Cfr., entre outros, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 21 e ANTÓNIO A. PEDRO FERREIRA, *Direito Bancário*, Lisboa, Quid Juris, 2.^a Ed., 2009, p. 24 e ss., MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *op. cit. Contratos...*, p. 92.

¹⁷⁶ Utilizaremos, de ora em diante, o termo operações, tomando por base não apenas a prática bancária de assim as designar, mas também por referência a expressão utilizada pelo legislador (art. 362.º CCom).

crédito, de financiamento, de garantia e de pagamento. O núcleo tradicional da actividade das instituições de crédito consiste na sua actividade de intermediação no mercado do crédito, interpondo-se entre aqueles que dispõem de fundos e aqueles que carecem desses fundos para desenvolver a sua actividade (empresas, particulares, Estado), desempenhando “uma função vital de canalização da poupança para o investimento empresarial e produtivo”¹⁷⁷.

Como é sabido, os contratos bancários são principalmente influenciados pela autonomia privada, não obstante constituírem maioritariamente contratos de adesão. É especialmente no seu seio, e por iniciativa das instituições financeiras, que surgem cláusulas directamente atinentes à limitação do risco do incumprimento das suas contrapartes¹⁷⁸.

As operações de crédito e as operações de financiamento¹⁷⁹, pelas suas características distintivas (mormente, os montantes envolvidos e o risco inerente aos negócios jurídicos a que se associam), prestam-se com particular veemência à consideração destes instrumentos de garantia intra-negocial - a estas garantias convencionais - que oferecem vantagens diversas sem que, para isso, qualquer das partes contratantes tenha de incorrer, de antemão, em especiais custos.

¹⁷⁷ Cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, “Os contratos bancários”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2011, p.77. São instituições de crédito as empresas cuja actividade consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis, a fim de os aplicarem por conta própria mediante a concessão de crédito (art. 2.º n. 1 RGICSF).

¹⁷⁸ Cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, “Os contratos bancários”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2011, pp.80-81, 138. Este autor menciona *cláusulas especiais* que actuam como garantia das operações bancárias, adiantando interessantes exemplos. Considere-se, pela sua proximidade com as figuras estudadas (e por permitirem antecipar o caminho a traçar relativo à particular relevância destas cláusulas nas operações bancárias), a cláusula *self-liquidating* - que permite o pagamento da dívida bancária com o produto da operação económica que beneficiou do crédito ou a cláusula de vencimento antecipado (*acceleration*) - a que temos aludido ao longo do presente estudo e cujo conteúdo prevê o vencimento antecipado da dívida e respectivos juros em caso de incumprimento, ainda que parcial, tal como temos vindo a referir enquanto possível consequência do desrespeito por outras cláusulas de garantia e segurança.

¹⁷⁹ Alguma doutrina distingue as operações de crédito “em sentido próprio” das operações de financiamento que, constituindo operações de crédito, são estruturalmente distantes. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES e JOÃO CALVÃO DA SILVA entendem que os negócios de financiamento são também contratos de crédito bancário: todavia, “ao passo que nos contratos de crédito *stricto sensu* o banco adianta dinheiro ou disponibilidades monetárias ao cliente, assumindo a posição de credor, nos contratos de financiamento o banco limita-se a disponibilizar determinados serviços ou operações financeiras sem disponibilização monetária, não assumindo assim qualquer posição credora” (*in ibid.*, p. 112 e Cfr. *Direito Bancário*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 359). Cfr. também, ANTÓNIO PEDRO A. FERREIRA, *ob. cit.*, p. 688-689. Ainda que assim seja, será unânime que a troca “a crédito” pressupõe uma prestação presente e uma contraprestação futura (a “prestação de um bem presente contra a promessa de restituição futura, em que o credor confia, de um bem equivalente acrescido de certa remuneração”, Cfr. JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, *Direito do Crédito Introdução*, Lisboa, Lex-Edições Jurídicas, 1994, p. 15).

Além disso, na especial óptica contratual subjacente à operação propriamente dita, a assunção de garantias deste tipo constitui uma particular manifestação de boa-fé contratual, na medida em que o financiado assume, em face do financiador, a sua adstrição aos melhores interesses deste último (enquanto credor), reforçando a expectativa de que irá cumprir.

Subjacente à prestação a crédito está não apenas a distância temporal entre prestação e contraprestação, mas também a promessa dessa contraprestação e a confiança na solvibilidade daquele que promete. A expectativa de que irá cumprir no futuro, cumprimento esse que abrange também um ressarcimento acrescido, remuneratório não apenas da privação, temporalmente dilatada, daquilo que é prestado pelo credor, mas também do risco de que o devedor venha a não cumprir (parcial ou totalmente)¹⁸⁰.

O mútuo bancário (modalidade do contrato de empréstimo, art. 394.º CCom, que se socorre da disciplina do mútuo, arts. 1142.º e ss. CC, é definido como o contrato pelo qual uma das partes empresta a outra dinheiro ou outra coisa fungível, ficando a segunda obrigada à sua restituição), constitui o paradigma dessa troca diferida e suas diferentes configurações¹⁸¹. Também são configuradas enquanto operações de crédito outras figuras, pela sua virtude de antecipação, seja do recebimento ou de poupança.

É simples de ver que a aludida disposição da estrutura das operações a crédito é marcadamente economicista, especialmente orientada ao seu funcionalismo. Socorrendo-nos da estrutura adiantada por ANTÓNIO PEDRO A. FERREIRA, temos por crédito, no sentido jurídico: a troca de uma prestação actual pela promessa de uma contraprestação futura, geralmente a troco de uma remuneração¹⁸².

¹⁸⁰ Quanto ao juro, seja ele remuneratório ou moratório, importará referir que a lei considera o empréstimo mercantil sempre retribuído (art. 395.º CCom) e que presume o mútuo civil oneroso (art. 1145.º n. 1 CC).

¹⁸¹ Configurações cuja amplitude não abordaremos. Sobre o tema, cfr., entre outros, JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, *ob. cit.*, p. 31-34, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, 4.ª Ed., Coimbra, Almedina, Reimpressão de 2012, *passim*, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *ob. cit.*, *passim*. Os contratos de crédito bancário podem também ter por objecto a concessão de disponibilidades monetárias pelos bancos aos seus clientes ou uma lógica de antecipação de poupança (por exemplo, pela disponibilização do gozo imediato de certa coisa mediante remuneração diferida no tempo).

¹⁸² Cfr. ANTÓNIO PEDRO A. FERREIRA, *ob. cit.*, p. 685. Ou seja, a transmissão (actual ou prometida) de uma coisa do credor para o devedor, com contrapartida económica diferida; prazo ou dilação entre o exercício do direito por parte do credor e o cumprimento da obrigação por parte do devedor; juro, como preço do tempo decorrido entre as prestações de ambos os sujeitos da relação creditícia (Cfr. JOAQUIN GARRIGUES, *Contratos Bancarios*, Madrid, 2.ª Ed., 1975 pp. 35-36). Já escrevia JOHN LOCKE que o crédito é “*nothing but the expectation of Money within some limited time*” (*in Further Considerations Concerning Raising the Value of Money, Several Papers Relating to Money, Interest and Trade, &c.*, Fairfield NJ, 1989 (reimp.), p. 15).

Aparenta resultar que, subjacente a esta transmissão, seria de entender a existência de uma relação de confiança, nos moldes em que o direito civil a pretende desenhar. A prática bancária (e a sua massificação) muitas vezes demonstra a incorrecção desse pressuposto. Podendo a quantificação das operações de crédito basear-se na capacidade financeira de quem as solicita, no valor das garantias prestadas ou na solvibilidade daqueles que surgem a garantir a contraprestação (e, em geral, tal acontece), a verdade é que essa avaliação, além de essencialmente primordial, não se prende directamente com o uso que o devedor virá a dar à prestação a que corresponda a operação, aos meios financeiros.

Ou seja, se a finalidade para que o crédito é concedido (nos casos em que tal finalidade existe) não for atingida, não haverá, apenas por essa razão, uma violação do contrato que sustenta a operação¹⁸³. Isto mesmo que essa violação resulte de uma conduta consciente e deliberada do beneficiário do crédito em actuar em total desacordo com o pretendido pelo outorgante, muito embora se possa adivinhar que o incumprimento se seguirá a essa conduta, por deficiente aproveitamento dos recursos prestados a crédito.

Para que o outorgante da operação de crédito possa vir apontar tal violação, sem que para isso tenha de aguardar o vencimento das contraprestações que estejam contratadas (o decurso do tempo), poderá ter-se precavido, mediante a inclusão de cláusulas específicas em contrário. Com efeito, a confiança é um mero pressuposto do crédito, não o caracterizando. O *intuitu personae* é um elemento natural deste tipo de operações, mas não essencial¹⁸⁴.

Referimo-nos assim, na esteira de MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, a um particular paradigma de garantias bancárias activas¹⁸⁵. Caracterizáveis como cláusulas que conferem segurança por permitirem ao banco assumir uma conduta pró-activa, de

¹⁸³ Pois a operação de crédito não é, em si, fiduciária. Cfr. JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, *ob. cit.*, pp. 51-53. Embora este entendimento não impeça que conforme o *iter* negocial e a concreta redacção que estipula essa finalidade (por exemplo, se for expressamente determinado que esta é essencial à formação da vontade do mutuante), o incumprimento de tal obrigação contratual seja geradora de responsabilidade contratual ou que a referida utilização com fim diferente do pretendido dê lugar à aplicação do regime do erro sobre as circunstâncias que constituem a base do negócio (art. 437.º n. 1 CC). Diga-se que não é incomum, por exemplo no mútuo ou na abertura de crédito - contratos cujas diversas prestações tendem a distar temporalmente - a disposição contratual no sentido de que a utilização dos montantes entregues para fim diverso do declarado aquando da contratação constitui, daí em diante, fundamento para a recusa de entrega de fundos nos termos acordados.

¹⁸⁴ Cfr. JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, *ob. cit.*, p. 55.

¹⁸⁵ Nas quais o banco é beneficiário da garantia, mormente para assegurar a satisfação do crédito concedido (e, por contraposição, as garantias bancárias passivas correspondem à situação em que o banco surge como prestador de garantia). Cfr. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *ob. cit. Contratos...*, p.373. Já ARMINDO SARAIVA MARTINS sistematiza estas cláusulas enquanto “outros instrumentos garantísticos do crédito bancário” (*in Garantias Bancárias Activas e Passivas*, Lisboa, Edições Scripto, 1999, pp.55-57).

antecipação, tornando clara para o devedor não só a conduta que dele é expectável como as consequências perniciosas que uma não adstricção a essa expectativa importará. Essa noção é particularmente importante quando o cumprimento interessa mais ao credor do que o incumprimento (mesmo que esse incumprimento se possa transformar no vencimento antecipado das obrigações).

3.3.1. A cláusula *cross-default* revisitada

A cláusula *cross-default*, tendo por referencial um elenco de factos, é das mais frequentes na prática bancária e aqui tende a constituir fundamento de exigibilidade antecipada das quantias relativas à operação sempre que a mutuária se encontre em incumprimento ou mora quanto às suas dívidas financeiras¹⁸⁶, ou quando tal resulte de estipulação contratual¹⁸⁷.

Neste âmbito, a cláusula *cross-default* vê fundamentada a declaração de vencimento antecipado ou, pelo menos, a exigibilidade antecipada das obrigações (máxime de reembolso¹⁸⁸) decorrentes de determinado(s) contrato(s), no incumprimento de contrato diferente. O que o credor bancário sempre desejará, e cláusulas deste tipo lhe permitem, é o direito de recusar a normal execução do contrato (por exemplo, suspender ou cessar as entregas de capital numa abertura de crédito), aquando da verificação de factos (objectivos ou, dentro de certos limites, subjectivos) que na sua opinião consubstanciam o incumprimento ou a grande probabilidade de incumprimento da parte do devedor. Ademais sendo-lhe possível, com base desse incumprimento, requerer a reposição dos montantes relativos a essa operação, caso o mutuário não venha rectificar a situação que dá

¹⁸⁶ PESSOA JORGE, *ob. cit.*, p. 172. BRUNO FERREIRA adianta que, na prática anglo-americana, essas dívidas financeiras (*financial indebtedness*) são frequentemente objecto de extensa definição, incluindo “empréstimos, créditos ou quaisquer outros adiantamentos de fundos, montantes obtidos no âmbito de contratos de abertura de crédito ou linhas de crédito, montantes obtidos através da emissão de obrigações, obrigações convertíveis, papel comercial ou instrumentos de dívida ou valores mobiliários similares, locações financeiras, factoring e outras formas de cessão de créditos”, in *Contratos de Crédito Bancário e exigibilidade antecipada*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 222. A já referida ponderação de critérios quantitativos ganha particular importância, para que não sejam de considerar relevantes situações que, vistas individualmente ou por referência à totalidade do decurso do contrato, não ultrapassem determinados montantes (negligenciáveis).

¹⁸⁷ Será de explicitar que no caso dos mútuos bancários liquidáveis em prestações, a perda do benefício do prazo corresponde à resolução do contrato. Pois, “com efeito, declaradas vencidas as prestações e sendo as mesmas imediatamente exigíveis, o contrato extingue-se, como na resolução, devendo ser devolvido ao Banco todo o montante que este havia emprestado” (Ac. Juízos Cíveis de Lisboa – 2.º Juízo, Proc. 813/09.8YXLSB).

¹⁸⁸ Cfr. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *ob. cit. Contratos...*, p. 394.

azo ao incumprimento invocado pelo credor¹⁸⁹. Não se limitando, para esse efeito, às soluções previstas pela lei e obtendo uma considerável vantagem na execução do contrato.

Sobre a admissibilidade desta solução, não é de questionar a estipulação de direito à resolução com base no incumprimento reiterado de prestações pecuniárias, no incumprimento episódico de uma determinada prestação, para o incumprimento de deveres laterais inseridos em contratos duradouros e pessoais ou de uma obrigação do (ou de um outro) contrato tida, objectivamente, por relevante¹⁹⁰. Assim, se em todas as operações contratadas foi prevista a inclusão de uma cláusula de *cross-default* nestes termos, é simples de compreender a verificação de um efeito em cascata, com consequências consideravelmente lesivas (e potencialmente iníquas).

Já se abordou a função de segurança que esta cláusula desempenha, sendo agora de realçar que a sua activação, neste contexto, carece de particular ponderação, pelas consequências que a mesma pode acarretar, pois, para além das obrigações directamente relacionadas com a operação contratada, as partes (banco e cliente) acordam que o incumprimento de obrigações assumidas pelo cliente em relação a outras operações, contratadas ou não com esse banco em particular, implicará o vencimento antecipado ou a exigibilidade antecipada das obrigações contratadas com o banco na operação em que a cláusula foi aposta¹⁹¹. No fundo, o banco concede um crédito a um seu cliente envolvido em outras operações, na persuasão de que o cliente irá pontualmente honrar tais compromissos, o que, a não se verificar, poderá criar uma situação de incumprimento generalizado (o que, para a generalidade dos devedores, conduzirá a uma situação falimentar).

O banco convencionou então com o seu cliente, no contrato em que lhe concede crédito, que as obrigações deste contrato se vencerão, não obstante o devedor ter cumprido as suas obrigações perante a instituição de crédito concedente do empréstimo, em caso de incumprimento perante qualquer outro credor, que pode ser ou não outra instituição de crédito¹⁹². Daí que por vezes se designe estas cláusulas de cláusulas de cumprimento

¹⁸⁹ Cfr. Andrew McKnight, *The Law of International Finance*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 141.

¹⁹⁰ Cfr. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *ob. cit.*, “Cláusula resolutiva...”, p. 329.

¹⁹¹ A extensão das obrigações assumidas é variável, podendo, por exemplo, contemplar o pagamento privilegiado pelo devedor a outras entidades, como sejam empresas que com ele estejam em relação de grupo (cfr. ARMINDO SARAIVA MARTINS, *ob. cit.*, p. 57).

¹⁹² Cfr. VASCO SOARES DA VEIGA, *ob. cit.*, p. 377.

cruzado, pois implicam o cumprimento antecipado da dívida bancária em caso de incumprimento perante quaisquer outros credores¹⁹³.

JOANA FORTE PEREIRA DIAS (referindo-se especificamente ao contexto internacional de utilização destas cláusulas em sede de financiamento) isola duas categorias básicas de cláusulas de *cross default* mais comuns nesta prática contratual: i) a *payment cross default*, cujo funcionamento permite alertar o credor beneficiário de que o empréstimo poderá não ser pago, já que o mesmo sucedeu com terceiros credores; ii) a *covenant*¹⁹⁴ *cross default*, formulação em que o devedor poderá accionar a cláusula independentemente do cumprimento da obrigação relativa ao pagamento do empréstimo (enquanto cumprimento da obrigação principal), no caso de o mutuário violar qualquer outra cláusula de contrato firmado com um terceiro credor, sempre que tal haja sido convencionado pelas partes (devedor e terceiro credor) como *event of default*¹⁹⁵. A sua utilização é particularmente frequente em mútuos de cariz internacional, onde não é usual a constituição de qualquer outro tipo de garantia devido aos montantes envolvidos.

De forma mediata, coloca-se em questão o princípio da relatividade dos contratos. Outro exemplo de potencial ultrapassagem desse princípio, é a consideração no texto contratual de que um incumprimento por parte de sociedades coligadas com a mutuária constitui fundamento de activação desta cláusula. Ainda que assim seja, e defendendo a admissibilidade de tal solução, não entendemos que seja de afastar os já referidos critérios de aferição da relevância da verificação desse evento face ao contrato em que a cláusula foi aposta¹⁹⁶.

Não obstante, não deixaremos de referir que a *cross default*, por produzir efeitos no contrato em que está aposta, mediante a verificação de factos de um outro contrato, poderá

¹⁹³ Cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *ob. cit.*, p. 138.

¹⁹⁴ Por *covenant*, tal como aqui é utilizado, será de entender tanto o acordo como a promessa, devidamente expressa no clausulado contratual, podendo o *covenant* ser qualificado de formas diversas. Cfr. BRYAN A. GARNER (*et al.*), *ob. cit.*, p. 392.

¹⁹⁵ *Events of default* que extravasam o não pagamento e que podem servir de alerta prévio ou por antecipação, de que se aproximará um inadimplemento do mutuário. Mesmo que tais factos, por si só considerados, possam ser de diminuta importância ou consequência, podem servir para colocar o beneficiário da cláusula ao corrente de um potencial risco sério. Cfr. JOANA FORTE PEREIRA DIAS, *ob. cit.*, pp. 977-978.

¹⁹⁶ Sem prejuízo de, no sentido contrário, esse incumprimento por parte de uma sociedade coligada poder, em si mesmo, preencher o critério de facto indiciador de incumprimento, ainda que tal não tenha sido expressamente previsto. Por exemplo, numa situação em que a actividade e activos das sociedades em causa fossem tão indiferenciáveis que ambos foram tidos em conta na construção da operação de crédito. Como adianta BRUNO FERREIRA, “que se pudesse afirmar que a existência de personalidade jurídica separada era apenas um expediente técnico”, *ob. cit.*, p. 223).

atentar contra o princípio da relatividade dos contratos, pelo que será de considerar – nos moldes já expostos *supra* – a relação dos factos invocados como fundamento para a activação da cláusula e, também, a sua efectiva relevância, enquanto factos indicativos para o beneficiário da cláusula de que o risco de incumprimento efectivamente foi aumentado e de que forma, feita essa consideração, essa relevância justifica as consequências despoletadas.

3.3.2. Um particular exemplo da importância da “segurança” do crédito:

o *Project Finance*

O *Project Finance* pode ser definido como uma estrutura de financiamento a longo prazo, na qual a entidade (ou entidades) financiadora disponibiliza crédito para a construção e exploração de determinado projecto, fazendo-o tomando em conta, principalmente, a capacidade desse projecto de gerar receitas. O reembolso do crédito e o pagamento de juros será assegurado pelo fluxo de caixa (aqui receitas) gerado por esse mesmo projecto. Tal financiamento é concedido a uma sociedade (“de projecto”) a quem, enquanto titular da quase totalidade dos activos e posições jurídicas que o projecto engloba, caberá o principal papel na prestação das garantias. É compreensível que essa dependência obrigue a entidade financiadora a uma maior preocupação em distribuir ou mitigar os diversos riscos do projecto, recorrendo não apenas à cuidadosa delimitação do risco inerente a cada momento do projecto e sua relação com a eventual rentabilidade do mesmo, como, bem assim, a diversos mecanismos de segurança do seu crédito^{197 198}.

É frequente, em projectos de maior dimensão, que o financiamento fique a cargo de um sindicato bancário. A conjugação de diversas instituições financeiras em prol de uma única operação de crédito ou financiamento tem já uma longa história a nível internacional, a qual pode ser directamente relacionada, entre outros fundamentos e um longo percurso histórico, com o notável aumento dos montantes a financiar. Os sindicatos bancários constituem um instrumento para a realização de operações que pelo seu montante e características não poderiam ser efectuadas por um único banco (ou, pelo menos, não o

¹⁹⁷ Cfr. BRUNO FERREIRA, “Mecanismos de garantias em *Project Finance*”, *Temas de Direito Comercial*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 118 e 181.

¹⁹⁸ Para JOÃO CALVÃO DA SILVA, trata-se de “operação de financiamento de um singular projecto de investimento, em atenção ao mérito, potencialidades e características do negócio idealizado” in *Direito Bancário*, p. 435.

poderiam ser dentro das regras de uma boa gestão, que impõe patamares à concessão de crédito)¹⁹⁹. A sua constituição resulta da designação, pelo futuro mutuário, de um banco organizador que ficará incumbido de contactar e formar um conjunto de entidades bancárias que pretenda dar resposta à “ficha técnica” dessa particular operação (banco agente)²⁰⁰. Posteriormente, esse banco agente actuará como interlocutor único relativamente à entidade financiada. Como impressivamente afirma INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, a existência do sindicato dilui o esforço financeiro a produzir²⁰¹, assim possibilitando um financiamento de montante muito elevado, pois cada banco vê reduzido o risco inerente à operação, partilhando-o²⁰².

Claro está que o sindicato bancário não constitui, por si só, uma modalidade especial de contratação das operações de crédito ou financiamento a que os sindicatos se associam. Trata-se, isso sim, de uma única operação de crédito que é intermediada por mais de uma entidade bancária. Parece-nos acertada a construção de que o contrato de sindicato bancário - no qual os bancos participantes partilham as suas obrigações num inerente regime de conjunção das suas responsabilidades proporcional à sua participação neste - se articula com o da operação de crédito ou financiamento por via de uma união de contratos. Dessa forma, o contrato prevalente ou nuclear é o de empréstimo, que nos dá os quadros fundamentais da operação, sendo o acordo interbancário instrumental em relação a ele²⁰³.

Nas operações de *Project Finance*, a rentabilidade do projecto está conjecturada de forma a ser suficiente para amortizar os juros e outros encargos relativos às responsabilidades contraídas para a sua execução. Por essa razão, não são prestadas, em geral, quaisquer garantias sobre activos ou montantes que sejam exteriores ao próprio

¹⁹⁹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Empréstimos «cristal»: natureza e regime, *O Direito*, ano 127, III-IV, p. 480. Cumpre referir que, na maior parte das vezes, a construção de operações deste tipo tem por referencial uma abertura de crédito com condições consentâneas aos encargos das diferentes fases de execução do projecto.

²⁰⁰ A “*term sheet*” que estipula o montante, o termo, a calendarização dos reembolsos, a taxa de juro, os custos e quaisquer particularidades relevantes da operação, assim como um conjunto de declarações relativa à formação da base contratual que motivará o negócio a celebrar. Sobre este processo, com a abrangência que o mesmo merece, Cfr. PHILIP R. WOOD, *Law and practice of international finance*, Sweet & Maxwell, University Edition, 2007, pp. 93-108.

²⁰¹ Cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, “Empréstimo cristal (Uma nova realidade bancária), *O Direito*, ano 125, Vol. I-II, 1993, p. 179.

²⁰² Ademais, como nota LUÍS VASCONCELOS ABREU, “a sindicância propicia uma nova fonte de receita, para além do juro, que são as comissões: de montagem ou organização, de agenciamento, de tomada firme e de imobilização” in “Os sindicatos bancários no direito português”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 525.

²⁰³ Cfr. LUÍS VASCONCELOS ABREU, *ob. cit.*, p. 524 e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *ibid.*, p. 504.

projecto (é comum, inclusive, a constituição de uma empresa cujo propósito específico é a execução do projecto, pelo que terá de cumprir com determinados indicadores relativos a rácios operacionais e de solvibilidade). Ademais, esses activos, pelo seu valor comparativamente diminuto, dificilmente serviriam para responder aos montantes financiados²⁰⁴.

Face a tais pressupostos, o risco do crédito a que nos referimos (resultante deste projecto e sua execução), não é nem o risco da própria empresa nem o dos seus accionistas²⁰⁵. O risco em causa é o directamente decorrente da credibilidade e viabilidade do projecto a que o crédito está ligado. Daí que os bancos, para além dos riscos de tão dilatados prazos de amortização, optem por “de certa forma partilhar o risco do próprio projecto, o que impõe a sindicância”²⁰⁶. Assim, a complexidade na estruturação destes projectos reside, em grande parte, na “exaustividade da identificação e distribuição de todos os riscos que envolvem a transacção”²⁰⁷.

A relevância, para o presente estudo, do *Project Finance* e suas decorrências está precisamente nesta particular equação de distribuição de risco, geradora de um conjunto de negócios jurídicos em que o desenlace pretendido é, não obstante a prestação das garantias especiais possíveis, o cumprimento do mesmo. Por essa razão, é particularmente ilustrativo da importância que as cláusulas de segurança e garantia, enquanto mecanismos de segurança de crédito, poderão assumir em determinadas estruturas contratuais. Não se executando o projecto, o credor não verá satisfeita a sua prestação (não havendo, portanto, lugar ao reembolso do capital ou ao pagamento de juros).

Pense-se, por exemplo, na relevância da manutenção, *pari passu*, da posição creditícia de todos os bancos envolvidos. Contudo, a linha que se pretende traçar via este excursus prende-se também com a motivação para o recurso a cláusulas deste tipo.

²⁰⁴ Como já referido, estes projectos implicam normalmente a contratação de um contrato de abertura de crédito, cujos termos gerais são especialmente adequados ao projecto em concreto e suas necessidades. O que permite, nomeadamente, limitar a efectiva disponibilização de meios financeiros aos exactos momentos em que estes são necessários.

²⁰⁵ Pese embora estes tendam a responder pessoalmente pelas responsabilidades do projecto.

²⁰⁶ Cfr. LUÍS VASCONCELOS ABREU, *ob. cit.*, p. 524 e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *ibid.*, p. 523. Este autor realça que esta técnica de montagem de operações financeiras não se confina à realização de obras públicas ou à construção de infra-estruturas. São também, por exemplo, utilizadas em empreendimentos industriais e comerciais, ou a tomada de controlo de uma sociedade por um certo grupo acionista.

²⁰⁷ BRUNO FERREIRA, *ob. cit.* “Mecanismos...”, p. 130.

Neste enquadramento, verifica-se uma intrínseca relação entre o risco de crédito e a incerteza da incapacidade do devedor de fazer face às suas obrigações no que respeita ao serviço da dívida. Aqui, sobressaem instrumentos contratuais (incluindo, mas não só, os estudados) que procuram – de uma forma indirecta – vir atenuar o risco de crédito, asseverando a estabilidade de certos indicadores, que deverão indicar-se verificados no momento da contratação e durante a execução do projecto, sendo sustentadores das previsões de rentabilidade que justificaram a decisão de concessão de crédito²⁰⁸.

Correlativamente, a cláusula de *step-in*, que atribui ao seu beneficiário, normalmente um sindicato bancário, legitimidade para uma intervenção gestionária na sociedade mutuária (a qual pode mesmo traduzir-se numa entrada no capital da sociedade objecto da medida)^{209 210}, é um corolário desta sobreposição da importância do cumprimento do contrato a qualquer tipo de arranjo “garantístico” que pudesse procurar mitigar as consequências desse incumprimento.

Por seu efeito operar-se-ia, face a esse incumprimento ou verificação de factos indiciadores de incumprimento do programa de execução do projecto, uma cessão da posição contratual, em que a entidade originalmente financiadora assumiria esse desempenho.

Trata-se da materialização, por via contratual, de que o incumprimento do contrato pode não ser uma opção para o beneficiário das cláusulas de garantia e segurança. O que bem ilustra todas as concepções sobre a importância da coartação da conduta do devedor que temos vindo a avançar.

Desta forma, as cláusulas de garantia e segurança são mecanismos que, pela sua natureza meramente obrigacional, são estabelecidos por referência à relação principal estabelecida entre a sociedade encarregada do projecto e a(s) entidade(s) financiadora(s), modelando uma particular expectativa de conduta dessa sociedade, em prol da tutela do crédito e também em prol da tutela da expectativa de cumprimento do(s) credor(es).

²⁰⁸ Cfr., BRUNO FERREIRA, *ob. cit.* “Mecanismos...”, p. 161. Reforçando-se a importância da fundamentação da exigibilidade antecipada face a um incumprimento expectável em arranjos contratuais deste tipo.

²⁰⁹ Cfr. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *ob. cit.* *Contratos...*, p. 395. Como explica este autor, “estamos perante uma figura que, tem no *Project Finance* o seu campo de intervenção privilegiado”. A sua operacionalização pode, por exemplo, ser conseguida por recurso à figura da cessão da posição contratual.

²¹⁰ E, se tal for previsto, o correspondente direito de *step-out*, que consistirá na devolução por parte das entidades financiadoras do controlo societário, uma vez alcançados os objectivos dessa intervenção ou terminado o período de intervenção contratualmente fixado. Por exemplo, por via de nova cessão (agora devolução) da posição contratual.

3.4. A limitação das consequências do incumprimento da contraparte

Como acabámos de ver, o contexto em que laboramos será, geralmente, o de operações de elevado risco em que as cláusulas objecto deste estudo assumem a particular importância de limitar a conduta do devedor. Certos aspectos da sua conduta integram expressamente, por via convencional, as expectativas do credor relativamente à execução do programa contratual²¹¹.

Uma garantia, na lata acepção que lhe vimos imprimindo neste texto, só terá valor para o garantido se a sua aplicação for possível. Se a sua execução (não necessariamente no sentido técnico-processual do termo) for uma realidade.

A funcionalidade da garantia revela-se a dois níveis: por um lado, na viabilidade da sua execução, judicial ou extrajudicial; por outro, na necessidade de as massas patrimoniais responsabilizadas enquanto garantes por esse ressarcimento gozarem de solvibilidade. Apenas na verificação de ambos poderá uma garantia ser qualificada, no caso concreto, de operacional.

Este busílis é particularmente óbvio no exemplo explanado na secção anterior. Em situações de *Project Finance*, em que a sociedade que vai levar o projecto à sua fruição (e esperada rentabilidade) não pode apresentar garantias que se coadunem com os montantes, habitualmente colossais, que a financiam. A mera responsabilização pessoal dos promotores desse projecto pode conter parte da resposta, mas será, em geral, insuficiente. O mesmo pode ser dito da apresentação, em hipoteca, de imóveis (nomeadamente, pelos custos inerentes às mesmas).

Desenha-se um quadro em que, *ceteris paribus*, a utilização de um clausulado contratual cuidado, atinente à correcta conduta do devedor (*ergo*, a sociedade financiada) e à imediata comunicação da verificação de qualquer facto ou evento que se possa reflectir na viabilidade do projecto, é invariavelmente mais vantajoso, reforçando a expectativa do credor de que o devedor cumprirá as obrigações em que venha a incorrer. Com as devidas

²¹¹Como já explanado, a economia do contrato será “a estrutura real de interesses e a sua conformação de modo consentâneo com a consecução das finalidades visadas pelas partes” (cfr. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *ob. cit.*, pp.72 e 74). Pelo que, sem esquecer o papel da boa-fé, vai importar consideravelmente o sentido finalístico da convenção das partes contratantes. O sentido do arranjo de interesses por estas construído terá de contribuir para a composição última dos efeitos contratuais.

excepções, o mesmo pode ser dito, pelas mesmas razões e conforme já explanado, de situações em que o recurso às normais garantias especiais seria suficiente.

Esta é a pedra de toque para a tese defendida. Não sendo as cláusulas de garantia e segurança directamente comparáveis à generalidade dos instrumentos predispostos à conservação de uma expectativa de cumprimento (por não representarem um acréscimo qualitativo ou sequer quantitativo), pode-se afirmar que a sua eficácia se reflecte na eventual solvibilidade do devedor; seja à data da execução das garantias, seja no decurso da própria relação contratual em que se inserem.

Contendo um efeito cominatório por antecipação. Limitando situações de postergação ou retardamento desse cumprimento, quer pelas consequências que o seu incumprimento poderá representar para o devedor, quer pela tendencial relação de troca de informação que as partes terão de encetar e manter para assegurar que não se verifica tal incumprimento do conteúdo das cláusulas, ou pela manutenção de uma determinada situação do devedor ao longo da execução contratual que, à data da celebração do vínculo, se entendeu ser adequada à expectativa de cumprimento da prestação.

Não lhes alocando virtudes que não detém, a sua utilização ponderada, enquanto limitação consciente e deliberada da autonomia privada das partes contratantes, pode revelar-se da maior utilidade e – reunidos os necessários pressupostos – efeito prático.

Ainda que assim seja, a sua principal função de garantia e segurança reside no aumento, por efeitos mediatos, da probabilidade de verificação do cumprimento, o que, por si só, representa um reforço da expectativa do credor, por via da estrita definição de um dever de prestar a cargo do devedor.

Não podemos esquecer que convivemos com conceitos sofisticados e instrumentos complexos (em particular, no meio financeiro), largamente orientados para a criação de um valor especulativo mas transacionável, que sustentam um contexto em que a alavancagem e a riqueza percebida mas não realizada são realidade comum.

Defronte tais reservas a qualquer posição creditícia (inerentes ao *status quo*), floresce uma tendência para a concreta manietação da conduta do devedor, necessária talvez pela volatilidade própria do comércio jurídico actual e que propenderá à verificação do cumprimento.

4. Conclusões

- i. A satisfação do direito de crédito é dependente da conservação do património do(s) devedor(es) e também da extensão e variações desse(s) património(s).
- ii. Numa arquitectura do tráfego jurídico tendente à protecção do crédito, ganha balanço o recurso a estruturas contratuais diferenciadas de manutenção da garantia patrimonial.
- iii. Em abstracto, com excepção da constituição de garantias reais, qualquer construção do foro meramente obrigacional constitui apenas um meio de pressão sobre o devedor para que ele realize a prestação devida, embora com eficácia e resultados diversificados.
- iv. A designação geral de cláusulas de garantia e segurança abrange figuras ontologicamente ligadas ao exercício da autonomia privada e da liberdade contratual, convencionadas com a intenção de assegurar o cumprimento do(s) crédito(s) ou prestação(ões) decorrente(s) do negócio jurídico em que são apostas.
- v. Estas cláusulas visam atribuir efectividade à garantia patrimonial, por via da conservação deste, coartando a sua oneração, deterioração ou diminuição para além daquilo que será comportável considerando as responsabilidades do devedor; actuam de forma preventiva, constituindo manifestações de autonomia privada que procuram efectivar a tutela da expectativa do credor relativamente ao cumprimento.
- vi. Potenciam a manutenção de um certo nível de confiança relativo ao cumprimento da prestação garantida, por via da consagração de uma certa previsibilidade das soluções jurídicas, promovendo o funcionalismo dos vínculos celebrados. Logo, conciliando interesses que, de outra forma, não seriam conciliáveis: a assunção pelo devedor de meios que permitem a suficiente defesa do direito do credor sem especiais encargos para o devedor, que apenas se obriga a actuar de determinada forma.
- vii. A previsão expressa das consequências especificamente previstas para o incumprimento do conteúdo destas cláusulas pressiona o devedor a realizar voluntariamente a prestação a que se acha adstrito.
- viii. O recurso à convenção de obrigações específicas, comum nas relações que se caracterizam por um especial *inuitu personae* (dada a flexibilidade que admite à

- relação entre as partes) contribui para um processo de personalização, subordinado à operacionalização dos vínculos contratuais.
- ix. Inúmeras cláusulas deste tipo proliferam no comércio jurídico, variando a frequência de utilização e a sua configuração conforme o negócio jurídico em causa. O estudo mais aprofundado da *negative pledge*, da *pari passu*, da *cross-default* e da cláusula de inalienabilidade meramente constitui uma base conceptual para considerações que dizem respeito às virtualidades e desafios deste tipo de mecanismos contratuais em geral.
 - x. Ressalvadas as fragilidades inerentes à utilização de instrumentos de garantia meramente convencionais, estas cláusulas possuem um poderoso efeito preventivo, imprimindo um carácter funcional à garantia que não se prende com a junção de um novo património ou com a atribuição de um título de preferência.
 - xi. O conteúdo da cláusula *negative pledge* é a pretensão de manutenção de determinada situação patrimonial do devedor, que se entende útil ao cumprimento e representa um reforço da garantia geral, pois refreia a conduta do devedor e tende a assegurar a conservação desse património.
 - xii. A cláusula de *pari passu* detém uma índole preventiva, da qual se deriva a coacção, por via mediata, do devedor, à ponderação das consequências da constituição de garantias em favor de outros credores.
 - xiii. A cláusula de *cross-default* vem relevar, por via convencional, o incumprimento ou outra falta contratual praticada pelo devedor em contratos diversos daquele em que este tenha ocorrido, estabelecendo com maior precisão e segurança a extensão da vontade das partes contratantes, permitindo-lhes, excluir a natureza abstracta e pouco concreta das formulações legais.
 - xiv. No entanto, a prévia valoração da importância do inadimplemento assim qualificado, limitando a eventual necessidade de interpretação do seu conteúdo, não pode ultrapassar os limites da boa-fé contratual, devendo a gravidade do mesmo ter por base a intenção das partes mas também o respeito de um juízo de razoabilidade dessa qualificação.
 - xv. Impondo-se, na determinação desse critério de razoabilidade, a adequação e proporcionalidade face ao contrato em concreto.
 - xvi. A *cross-default* representa um instrumento de repressão de qualquer conduta do devedor que possa aumentar a probabilidade de incumprimento, pois institui a

- ameaça de um efeito de incumprimento em cascata, aí residindo a sua função de garantia e segurança.
- xvii. A cláusula de inalienabilidade, vigorando por um período de tempo consentâneo com a finalidade do negócio jurídico em que esteja aposta, inspira no credor a expectativa de que, no que aos bens objecto desta diz respeito, a garantia patrimonial do devedor não será delapidada.
- xviii. As cláusulas de garantia estabelecem-se como uma alternativa, do foro convencional, às garantias codificadas, amparadas no entendimento de que as partes, pelo seu conhecimento directo do negócio jurídico, detém uma posição mais vantajosa, face ao legislador, para a definição da tutela necessária ao exercício do seu direito de crédito.
- xix. A vontade dos contraentes detém considerável importância no balizamento dos contornos da relação obrigacional que dimana da presença de certa cláusula de garantia e segurança na relação contratual. Não obstante a sua acessoriedade ao vínculo contratual, sustentam a execução do seu conteúdo.
- xx. Em geral, estas cláusulas encontram nos arts. 282.º e 334.º CC os seus limites.
- xxi. A cessação da relação contratual, sem mais, não é o efeito normalmente desejado pelo credor que recorre a cláusulas de garantia e segurança; pretende-se que o devedor, sobre a pressão das obrigações que aceitou, opte por uma conduta conducente ao cumprimento.
- xxii. A aposição, mecânica e sem mais, deste tipo de cláusulas em contratos de adesão implica a sua remoção do conteúdo contratual.
- xxiii. Uma cláusula de integralidade vem meramente estipular que, no entendimento das partes, uma futura modificação de circunstâncias terá um peso reduzido na conformação do equilíbrio contratual, pois as partes não podem pretender furtar-se à tutela legal imperativa.
- xxiv. O conhecimento, pelo credor, do respeito por uma cláusula de garantia e segurança implicará um *rapport* contínuo junto do devedor, potenciando-se o alinhamento da conduta deste aos melhores interesses do primeiro, a adstrição ao cumprimento do programa contratual.
- xxv. A teia obrigacional formada pelo recurso a este tipo de cláusulas pode dar azo, no limite, à renegociação contratual em termos menos vantajosos para o credor. Um desfecho que poderá ser desejável, permitindo assegurar o cumprimento, por oposição à frustração da execução do conteúdo contratual.

- xxvi. No âmbito bancário, estas cláusulas constituem um tipo de garantia bancária activa, permitindo à instituição financeira tornar claro ao devedor a conduta que dele é expectável, assim como as consequências nefastas do contrário.
- xxvii. A actuação da cláusula *cross-default* numa matriz inter-contratual (por consequência da verificação de factos de um outro contrato) não exclui a ponderação do juízo de razoabilidade previsto em xvi.
- xxviii. É inerente à funcionalidade da garantia a viabilidade da sua execução, o que exige que as massas patrimoniais responsabilizadas gozem da necessária solvibilidade. *Ceteris paribus*, a construção de um clausulado atinente à delimitação da conduta do devedor repercute-se num reforço da expectativa de cumprimento.
- xxix. Reforço que, verificando-se no momento da celebração, alastrará à execução contratual, aumentando a probabilidade de verificação do cumprimento.

Bibliografia

Monografias

ABRANTES, JOSÉ JOÃO, *A exceção de não cumprimento do contrato*, Coimbra, Almedina, 2.^a Ed., reimpressão de 2012;

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Contratos I*, Coimbra, Almedina, 2000;

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, I, Coimbra, Almedina, 1992;

ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Contratos Comerciais – Noções Fundamentais*, Revista Direito e Justiça – Edição Especial, Universidade Católica, 2007;

ARAÚJO, FERNANDO, *Teoria económica do contrato*, Coimbra, Almedina, 2007;

BRITO, MARIA HELENA, *O contrato de concessão comercial*, Coimbra, Almedina, 1990;

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 5.^a Reimpressão, 2013;

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Bancário*, 4.^a Ed., Coimbra, Almedina, Reimpressão de 2012;

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das obrigações*, Coimbra, Almedina, 12.^a Ed., 2009;

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Cláusulas Contratuais Gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra, Almedina, 1986;

CUNHA, PAULO, *Da Garantia das Obrigações*, Lisboa, Apontamentos das aulas de Direito Civil do 5.º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa redigidos pelo aluno Eudoro Pamplona Côrte-Real, 1939;

FERREIRA, A. AZEVEDO, *A Relação Negocial Bancária: Conceito e Estrutura*, Lisboa, Quid Juris, 2005;

FERREIRA, ANTÓNIO A. PEDRO, *Direito Bancário*, Lisboa, Quid Juris, 2.^a Ed., 2009;

FERREIRA, BRUNO, *Contratos de Crédito Bancário e exigibilidade antecipada*, Coimbra, Almedina, 2011;

GARRIGUES, JOAQUIN, *Contratos Bancarios*, Madrid, 2.^a Ed., 1975;

GAVALDA, CHRISTIAN, STOUFFLET, JEAN, *Droit bancaire: institutions, comptes, opérations, services*, Paris, Litec, 8.^a Ed., 2010;

- GOMES, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA, *Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Coimbra, Almedina, 2000;
- GOMES, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA, *Contratos comerciais*, Coimbra, Almedina, 2012;
- GILMORE, GRANT, *Security Interest in Personal Property*, vol. II, The Lawbook Exchange, Nova Jérсия, 1999, Reimpressão da edição de 1965;
- JORGE, PESSOA, *Lições de direito das obrigações*, Lisboa, AAFDL, 1976;
- LASARTE, CARLOS, *Derecho de obligaciones*, Madrid, Marcial Pons, 11.ª Ed., 2007;
- LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direito das Obrigações, Vol. I*, Coimbra, Almedina, 3.ª Ed., 2003;
- LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direito das Obrigações, Vol. II*, Coimbra, Almedina, 3.ª Ed., 2006;
- LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Garantias das obrigações*, Coimbra, Almedina, 4.ª Ed., 2012;
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO *et* PONTE, PEDRO FUZETA DA, *Garantias de cumprimento*, Coimbra, Almedina, 5.ª Ed., 2006;
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Da cessação do contrato*, Coimbra, Almedina, 2.ª Ed., 2006;
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Direito das obrigações – apontamentos*, Lisboa, 2.ª Ed., 2004;
- MARTÍNEZ FLÓREZ, AURORA, *Las cláusulas resolutorias por incumplimiento y la quiebra*, Madrid, Civitas Ediciones, 1999;
- MARTINS, ARMINDO SARAIVA, *Garantias Bancárias Activas e Passivas*, Lisboa, Edições Scripto, 1999;
- NETO, ABÍLIO E CORREIA, MIGUEL J. A. PUPO, *Obrigações – Aditamentos à Teoria Geral das Obrigações de Manuel de Andrade (Segundo as preleções do Doutor Pereira Coelho)*, 3.ª Ed., Coimbra, Almedina, 1964;
- OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO, *Estudos sobre o não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Almedina, 2.ª Ed., 2009;
- PATRÍCIO, JOSÉ SIMÕES, *Direito do Crédito - Introdução*, Lisboa, Lex- Edições Jurídicas, 1994;
- PAULIN, CHRISTOPHE, *La clause résolutoire*, Bibliothèque de Droit Privé Tome 258, Paris, L.G.D.J., 1996;
- PINHEIRO, LUIS DE LIMA, *Direito Comercial Internacional – O Direito Privado da Globalização Económica*, Revista da FDUL – Suplemento – 2005, Coimbra, Coimbra Editora, 2006;
- PRATA, ANA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, Coimbra, Almedina, 2010;

PINTO, CARLOS ALBERTO MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 4.^a Ed., 2005;

PROENÇA, JOSÉ CARLOS BRANDÃO, *A Resolução do Contrato no Direito Civil – Do Enquadramento e do Regime*, Coimbra, Almedina, Reimpressão, 2006;

PROENÇA, JOSÉ CARLOS BRANDÃO, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011;

RIBEIRO, RICARDO LUCAS, *Obrigações de meios e obrigações de resultado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010;

SHAVELL, STEVEN, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge Massachussets, London England, Harvard University Press, 2005;

SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, Coimbra, Almedina, Reimpressão da 4.^a Ed., 2007;

SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Direito Bancário*, Coimbra, Almedina, 2002;

SQUILLACE, ADRIANO E PINTO, ALEXANDRE MOTA, “A resolução ilícita: uma contradição nos termos?”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 28, 2011;

SUBTIL, ANTÓNIO RAPOSO, *et. al.*, *Guia do Direito Imobiliário – Volume III*, Porto, Vida Económica, 2007;

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Manual de direito das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 7.^a Ed., reimpressão de 2010;

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Manual dos contratos em geral*, Coimbra, Coimbra Editora, 4.^a Ed., reimpressão de 2010;

TURCO, CLAUDIO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*, Torino, G. Giappicheli Editore, 1997;

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das obrigações em geral – Vol.I*, Coimbra, Almedina, 10.^a Ed., 2003;

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das obrigações em geral – Vol. II*, Coimbra, Almedina, 7.^a Ed., 1997, 2.^a reimpressão de 2006;

VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE, *Direito das garantias*, Coimbra, Almedina, 2.^a Ed., 2013;

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Contratos atípicos*, Coimbra, Almedina, 1995;

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 7.^a Ed., 2012;

- VEIGA, VASCO SOARES DA, *Direito Bancário*, Coimbra, Almedina, 2.^a Ed., 1997;
- WOOD, PHILIP R., *Law and practice of international finance*, Sweet & Maxwell, University Edition, 2007
- WOOD, PHILIP R., *Law and Practice of International Finance, International Loans, Bonds and Securities Regulation*, Londres, Sweet & Maxwell, 1995;
- WOOD, PHILIP R., *Law and Practice of International Finance, Project Finance, Subordinated Debt and State Loans*, Londres, Sweet & Maxwell, 1995.

Publicações Periódicas, Obras Colectivas e Referências *online*

- ABREU, LUÍS VASCONCELOS, “Os sindicatos bancários no direito português”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Coimbra, Almedina, 2002;
- ALLAN, DAVID E., “Negative Pledge Lending – Dead or Alive? How to Reinvent the Mortgage”, *Journal of International Banking Law*, 5, 1990;
- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, e DUARTE, RUI PINTO, “Cláusulas contratuais gerais abusivas”, *sub judice*, n.º 39, 2007;
- ALVES, HUGO RAMOS, “Sobre a função de garantia da compensação”, *O Direito*, Ano 142.º, 2010;
- ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, “Os contratos bancários”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2011;
- ARKINS, JONATHAN R. C., “Ok – so you’ve promised, right?. The Negative Pledge Clause and the ‘Security’ it provides”, *Journal of International Banking Law*, 2000;
- ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, “Onerosidade excessiva por ‘alteração das circunstâncias’”, *ROA*, disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=44561&ida=44649 (consultado em Fev-2014);
- BAPTISTA, DANIELA, “Da cláusula resolutiva expressa”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Almedina, 2012;
- BORRICAND, JEAN, “La clause résolutoire expresse dans les contrats”, *Revue Trimestrielle de droit civil* n. 22, Paris, Sirey, 1957;
- BRIDGE, MICHAEL, “The English Law of Real Security”, *European Review of Private Law*, Vol. 10, Wolters Kluwer, 2002;
- CÂMARA, PAULO, “O regime jurídico das obrigações e a protecção dos credores obrigacionistas”, *Revista da FDUL*, XLVI, 2003;

CANARIS, CLAUDIUS-WILHELM, “A liberdade a Justiça contratual na “sociedade de direito privado”, *Contratos: Actualidade e Evolução*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1997;

CORDEIRO, ANTÓNIO M. MENEZES, “Negative pledge: um estudo comparatístico”, *O Direito Ano 142 n.º 3*, Coimbra, Almedina, 2010;

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “A “impossibilidade moral”: do Tratamento Igualitário no Cumprimento das Obrigações”, *Estudos de Direito Civil, Vol. I*, Coimbra, Almedina, 1987;

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “Eficácia externa dos créditos e abuso de direito”, *O Direito*, Ano 149, Vol. I, 2009;

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “Empréstimos «cristal»: natureza e regime, *O Direito*, Ano 127, Vol. III-IV, 1995;

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, “Cláusulas de Inalienabilidade”, *Contratos: Actualidade e Evolução*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1997;

DIAS, JOANA FORTE PEREIRA, “Contributo para o estudo dos actuais paradigmas das cláusulas de garantia e/ou segurança: A ‘*pari passu*’, a ‘*negative pledge*’ e a ‘*cross default*’”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles Vol. IV: Novos estudos de direito privado*, Almedina, 2003;

DUARTE, RUI PINTO, “Mobilidade dos bens e garantia dos credores”, *Revista da Banca n.º 15 Julho/Setembro*, 1990;

FERREIRA, BRUNO, “Mecanismos de garantias em *Project Finance*”, *Temas de Direito Comercial*, Coimbra, Almedina, 2009;

FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, “Sobre a interpretação do contrato”, *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Telles*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2012;

GARNER, BRYAN A. (et al.), *Black’s Law Dictionary*, West Group, 8.ª Ed., 2004;

HOBBS, TRACY, “The Negative Pledge: A Brief Guide”, *Journal of International Banking Law*, 1993;

JORGE, PESSOA, “A garantia contratual da igualdade dos credores nos empréstimos internacionais”, *Estudos comemorativos do XX aniversário I*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1983;

LOCKE, JOHN, *Further Considerations Concerning Raising the Value of Money in Several Papers Relating to Money, Interest and Trade, &c.*, Fairfield NJ, (reimp.), 1989;

LOPUCKI, LYNN M., “The Unsecured Creditor’s Bargain”, *Virginia Law Review* 80, 1994;

MCKNIGHT, ANDREW, “Restrictions on dealing with Assets in Financing Documents: Their Role, Meaning and Effect”, *Journal of International Banking Law*, 2002;

PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, “Cláusulas típicas dos contratos do comércio internacional”, *Revista da FDUL Vol. 44 n.º 1-2*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003;

PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, “Direito Comercial Internacional – O Direito Privado da Globalização Económica”, *Revista da FDUL – Suplemento 2005*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006;

PINTO, FILIPE VAZ, “Os limites à liberdade de estipulação em matéria de denúncia”, *sub judice*, n.º 39, 2007;

PROENÇA, JOSÉ CARLOS BRANDÃO, “A cláusula resolutiva expressa como síntese da autonomia e da heteronomia (considerações a partir da análise de uma decisão judicial)”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Almedina, 2012;

RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, “A ‘economia do contrato’ como categoria jurídica”, *Revista Brasileira de Direito Comparado* n.º 35, Rio de Janeiro, 2008 (2010);

RUSO, FÁBIO CASTRO, “Das cláusulas de garantia nos contratos de compra e venda de participações sociais de controlo”, *Direito das Sociedades em Revista II vol. 4*, Coimbra, Almedina, 2010;

SHAVELL, STEVEN, *Economic Analysis of Contract Law*, Economics and Business Discussion Paper Series n. 403, 2003, disponível em <http://lsr.nellco.org/harvard.olin/403> (consultado em Fev-2014);

SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Direito Bancário*, Coimbra, Almedina, 2001;

SILVA, CALVÃO DA, “Pressupostos da Resolução por Incumprimento”, *Estudos de Direito Civil*, Coimbra, 1996;

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, “Empréstimo cristal (Uma nova realidade bancária), *O Direito*, ano 125, Vol. I-II, 1993.

VEIGA, MIGUEL, “A crise de confiança nos contratos”, *ROA*, Ano 59, Abril 1999;

Jurisprudência

- Ac. do STJ de 16/04/2013, Proc. 230/08.7TBPNH.P1.S1 (www.dgsi.pt);
- Ac. do STJ de 11/11/2009, Proc. 3561/07.0TVLSB.L1.S1 (www.dgsi.pt);
- Ac. do STJ de 31/03/2011, Proc. 281/07.9TBSVV.C1.S1 (www.dgsi.pt);
- Ac. do STJ de 11/10/2013, Proc. 6431/09.3TVLSB.L1.S1 (www.dgsi.pt);
- Ac. do STJ de 23/01/2014, Proc. 1117/10.9TVLSB.P1.S1 (www.dgsi.pt);
- Ac. de Fixação de Jurisprudência do STJ n.º 7/2009, Revista n.º 1992/08 – 6.ª Secção, disponível em Diário da República, 1.ª série – N.º 86, 5 de Maio de 2009;
- Ac. dos Juízos Cíveis de Lisboa – 2.º Juízo, Proc. 813/09.8YXLSB (www.dgsi.pt).

Declaração de Compromisso de Anti-Plágio

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão correctamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

(Sérgio Coimbra Henriques)