

iscte

INSTITUTO
UNIVERSITÁRIO
DE LISBOA

Mecanismos de Garantia e Segurança Patrimonial, em especial a cláusula *cross default*

Luana do Nascimento Santos

Mestrado em Direito das Empresas e do Trabalho

Orientador:

Professor Doutor Manuel António Pita, Professor Catedrático Convidado
ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa

Novembro, 2021

Departamento de Economia Política

Mecanismos de Garantia e Segurança Patrimonial, em especial a cláusula *cross default*

Luana do Nascimento Santos

Mestrado em Direito das Empresas e do Trabalho

Orientador:

Professor Doutor Manuel António Pita, Professor Catedrático Convidado
ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa

Novembro, 2021

A todas as Mulheres, a quem, ainda nos dias de hoje, é vedada a possibilidade de se instruírem e buscarem conhecimento, pelo (simples) facto de serem Mulheres.

Agradecimento

A Deus, o Coautor da minha história e a quem sou eternamente grata por tudo o que me permite viver.

À minha Família, o meu Universo. À minha Mãe, o meu maior exemplo de força e persistência. Ao meu Pai, e ao seu espírito trabalhador. À minha Irmã, com quem aprendo, todos os dias, a extrair da vida aquilo que tem de melhor. Ao meu Irmão, por tudo o que me ensina. Aos meus sobrinhos, que tanta alegria me trazem.

Ao meu querido Paulo, pelo amor e apoio incondicional. À minha querida Lúcia, pela amizade sincera e apoio infindável. Aos meus queridos amigos e familiares, que me fazem acreditar que tudo posso.

Ao meu Orientador, Professor Doutor Manuel António Pita, a quem agradeço verdadeiramente pelos sábios conselhos e orientação que me prestou durante este processo de aprendizagem.

À Vida, pela oportunidade que me dá, de crescer e aprender todos os dias.

Resumo

Por via da globalização, determinados mecanismos contratuais, oriundos do sistema anglo-saxónico, têm vindo a difundir-se além-fronteiras e a ser acolhidos pelos ordenamentos jurídicos ao redor do globo. É o caso das cláusulas de garantia e segurança patrimonial.

Enquanto mecanismos contratuais atípicos para defesa do crédito, importa analisar a admissibilidade de tais cláusulas face ao ordenamento jurídico português, assim como o seu efeito prático, i.e., saber se efetivamente cumprem, de forma eficaz, a função a que se destinam.

Dada a sua natureza, tais cláusulas não atribuem uma posição de vantagem face aos demais credores, em caso de incumprimento, nem permitem aumentar o património que responderá pela dívida, através de um terceiro garante. São cláusulas de natureza meramente obrigacional. E, como tal, não operam em sede de insolvência, em concurso com os demais credores. Operam, sim, numa lógica *ex ante*, de prevenção: a salvaguarda da posição do credor baseia-se na solidez do património do devedor. Constituindo essa a sua maior garantia.

Mas, se por um lado, tais cláusulas permitem uma maior antecipação, por outro, há que analisar com cautela as consequências que trazem para a dinâmica contratual.

Palavras-chave: Obrigações, Cláusulas contratuais, *Covenants*, *Cross default*, Incumprimento, Garantia

Abstract

With influence from the globalization, some contractual mechanisms, with origin from the Anglo-Saxon system, are diffusing and being welcomed by the legal order worldwide. It is the case of the property security clauses.

As atypical contractual mechanisms for the credit protection, it is important to analyze the admissibility of such clauses given the Portuguese legal system, as well as its practical effect, i.e., know if they comply, effectively, to their role.

Given its nature, such clauses do not attribute an advantage position over the other creditors, in case of default, neither do they allow any increases on the patrimony, which will respond for the debt, through a third guarantor. These clauses nature are merely obligatory. And as such, they don't operate in bankruptcy, in competition with other creditors.

They operate in an ex ante logic of prevention: The safeguarding of the creditor's position it is based on the solidity of the debtor's assets. This is its greatest guarantee.

On the one hand, such clauses allow a greater anticipation, on the other hand, the consequences they bring to the contractual dynamics must be carefully analyzed.

Keywords: Liabilities, Contractual clauses, Covenants, Cross default, Default, Warranty

Índice

Agradecimento	iii
Resumo	v
Abstract	vii
Introdução	1
PARTE I – AS CLÁUSULAS DE GARANTIA E SEGURANÇA, EM GERAL	5
Capítulo 1. Enquadramento geral	5
1.1. Delimitação do conceito	5
1.2. Influência anglo-saxónica e relevância no panorama internacional	6
1.3. As cláusulas de garantia e segurança nos contratos de financiamento bancário	8
1.4. As cláusulas de garantia e segurança e a teoria de agência	11
1.5. As cláusulas <i>negative pledge, cross default e pari passu</i>	15
Capítulo 2. Integração no ordenamento jurídico português	19
2.1. As cláusulas de garantia e segurança e a autonomia privada	19
2.2. O regime jurídico das cláusulas contratuais gerais	20
2.2.1. A liberdade de estipulação nas cláusulas contratuais gerais	20
2.2.2. As cláusulas de garantia e segurança e o regime das cláusulas contratuais gerais	23
2.2.3. As cláusulas de garantia e segurança e o abuso de direito	26
2.3. O dever de informação e o sigilo bancário	31
2.4. As cláusulas de garantia e segurança e o sistema de garantias	33
2.4.1. Garantia geral e especial das obrigações	33
2.4.2. As cláusulas de garantia e segurança enquanto garantias	36
PARTE II – A CLÁUSULA CROSS-DEFAULT, EM ESPECIAL	38
Capítulo 1. A <i>cláusula cross default</i>	38
1.1. <i>Events of default</i> e a <i>cláusula cross default</i> : particularidades	38
1.2. Modalidades da <i>cláusula cross default</i>	40
1.2.1. <i>Payment cross default</i>	40
1.2.2. <i>Covenant cross default</i>	40
1.2.3. <i>Capable of</i>	41
1.2.4. <i>Cross acceleration</i>	42
Capítulo 2. Enquadramento com o Código Civil português	43
2.1. Os efeitos à luz do Código Civil	43

2.1.1.	O art. 780º e a perda do benefício do prazo	43
2.1.2.	O art. 432º e a cláusula resolutiva expressa	44
Capítulo 3. Riscos associados à cláusula <i>cross default</i>		46
3.1.	O efeito dominó e o poder do credor	46
3.2.	Formas de mitigação	47
Capítulo 4. A implicação das moratórias de crédito nas cláusulas <i>cross default</i> – breve nota		50
4.1.	O Decreto-Lei n.º 10-J/2020, de 26 de março	50
Conclusões		52
Referências bibliográficas		55

Introdução

Num cenário ideal seria expectável que os sujeitos jurídicos, em pleno respeito pelo princípio *pacta sunt servanda*, cumprissem os termos a que se vinculam, em cada contrato, observando o princípio da boa fé e tendo em perspetiva não só os próprios interesses, mas também o interesse da respetiva contraparte. As relações contratuais decorreriam, assim, sem incidentes ou imprevistos contratuais.

Não obstante, é sabido que a realidade é muito diferente. E apesar deste princípio que estabelece que os contratos devem ser cumpridos, ponto por ponto, não podemos deixar de considerar que o risco de incumprimento é uma possibilidade omnipresente em qualquer relação contratual¹.

Partindo dessa premissa, de que a execução dos contratos é falível², o Direito coloca à disposição das partes mecanismos de tutela jurídica necessários para, por um lado, garantir a efetividade dos direitos subjetivos emergentes das relações contratuais³ e, por outro, garantir a plena circulação dos valores económicos, fruto dessas mesmas relações contratuais⁴.

Esta tutela jurídica que é garantida ao credor advém do poder que nasce com o próprio contrato: o poder creditício⁵. Este poder creditício permite que o credor possa reagir ao incumprimento do devedor, acedendo aos meios coercivos necessários para salvaguarda efetiva da sua posição contratual, através da execução do património do devedor faltoso.

Não obstante, este mecanismo judiciário de tutela do crédito corresponde apenas a uma parte dos mecanismos a que o credor poderá recorrer por força e para tutela da sua posição contratual⁶.

Muitas vezes, as partes munem-se da sua autonomia privada e estipulam soluções internas, moldadas às suas necessidades e às especificidades da relação contratual em causa, que vão além daquilo que se encontra expressamente previsto no regime legal.

Tal só é passível de se concretizar porque a liberdade contratual é uma das pedras basilares do nosso sistema jurídico. Este princípio, que se encontra expressamente previsto no n.º 1 do art. 405.º do Código Civil, estabelece que, dentro dos limites da lei, as partes têm

¹ Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. II, 10.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2016, p. 29.

² Vasconcelos, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 6ª Edição, Coimbra, Almedina, 2010, p. 357.

³ Ferreira, Bruno, *Contratos de Crédito Bancários e Exigibilidade Antecipada*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 81.

⁴ João Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 125.

⁵ Vasconcelos, Pedro Pais de, *Teoria Geral...*, cit., p. 247.

⁶ Gomes, M. Januário da Costa, *Assunção Fidejussória de Dívida, Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 13 ss.

a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos na lei ou incluir neles as cláusulas que lhes aprouver.

Com base nisso, e atento ao facto de que o mecanismo judiciário de tutela de crédito nem sempre se compagina com a vontade das partes ou com o negócio visado, seja pela morosidade dos processos, seja pelos encargos financeiros que acarretam, os sujeitos contratuais, integrados numa realidade económica em constante mutação, buscam formas de resolução de conflitos cada vez mais expeditas e adaptadas às suas necessidades.

Assim, as cláusulas de garantia e segurança são um reflexo claro de soluções internamente adotadas pelos sujeitos privados no espaço de liberdade que lhes é legalmente reconhecido e que funcionam como ferramentas suplementares de segurança do crédito, regulando aquilo que o devedor deve ou não fazer, para salvaguarda da posição do credor e, em caso de incumprimento, como é que este poderá reagir.

Procura-se, desta forma, acautelar o credor de possíveis incumprimentos do devedor, mediante a adoção, entre privados, de ferramentas que permitam prever as circunstâncias em que a probabilidade de falibilidade deve ser substancialmente considerada, consoante os riscos próprios do negócio jurídico em causa.

Falamos assim das cláusulas *negative pledge*, *cross default* e *pari passu*⁷. Cláusulas essas que não se encontram definidas na lei portuguesa, antes são resultado da *praxis* social e da disseminação, no espaço internacional, de mecanismos convencionais oriundos do espaço anglo-saxónico⁸, em especial dos Estados Unidos da América, disseminação essa claramente influenciada pela posição de liderança que estas potências económicas ocupam no seio internacional¹, numa realidade onde o inglês é a língua preponderante para concretização de negócios⁹.

Ora, se num primeiro momento estas cláusulas serviam, sobretudo, contratos de empréstimo internacional, em que estivessem em causa valores muitíssimo avultados, deparamo-nos agora com o inegável facto de que estes mecanismos foram sendo acolhidos e integrados na celebração de contratos na ordem interna, com especial incidência nos contratos de financiamento bancário¹⁰.

⁷ Importa dizer que as cláusulas de garantia e segurança não se limitam a estas três cláusulas que vamos analisar, mas afiguram-se estas as mais adequadas dada a crescente pertinência - em especial da cláusula *cross default* - a nível doutrinário e jurisprudencial. Restando-nos com o presente trabalho contribuir para que se possa dar continuidade à análise destes mecanismos, cada vez mais presentes nas relações contratuais entre sujeitos privados.

⁸ Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações...*, cit., p. 272.

⁹ Cordeiro, António Menezes (2010), "Negative pledge: um estudo comparatístico", *O Direito*, Ano 142, III, Coimbra, Almedina, p. 497-498.

¹⁰ Importa ainda esclarecer que a nossa análise se debruça sobre a inclusão destas cláusulas nos contratos de financiamento bancário.

Pelo que daí decorre a necessidade, e também o interesse, em analisar se essas cláusulas se coadunam com o nosso sistema jurídico, em geral. Mas também com o nosso sistema de garantias, em particular, dado que embora perfilhem um objetivo comum – o de reforçar a garantia geral, de forma a acautelar o credor de possíveis incumprimentos do devedor – levantam-se algumas dúvidas sobre se estas poderão ser consideradas garantias no sentido conceptual que conhecemos.

Não obstante o fim visado seja o reforço da garantia geral da obrigação, o facto é que as referidas cláusulas têm uma natureza meramente obrigacional e, como tal, não atribuem uma posição de vantagem face aos demais credores, em caso de incumprimento, nem permitem aumentar o património que responderá pela dívida, através de um terceiro garante. Essas cláusulas não operam em sede de insolvência, em concurso com os demais credores. Até porque o seu objetivo não é atuar depois de verificado o facto danoso, i.e., depois de o devedor entrar em incumprimento.

Tais cláusulas atuam, sim, numa lógica *ex ante*, ou seja, antes da verificação do facto danoso, através de uma posição ativa do credor que permitirá, numa fase preliminar, delinear os comportamentos do devedor passíveis de incorrer em situações de incumprimento, amenizando assim o risco e permitindo-lhe agir em conformidade com os termos estipulados no contrato, em virtude da sua autonomia privada. Pelo que a salvaguarda da posição do credor baseia-se, neste caso, na solidez do património do devedor. Constituindo essa a sua maior garantia.

Posto isto, importa também saber em que medida é que estas cláusulas constituem um mecanismo eficaz de tutela de crédito. Propomo-nos, por isso, a analisar esta questão, considerando não só os benefícios que indubitavelmente trazem ao credor beneficiário, mas também os limites com que estas se deparam a partir do momento em que passam a estar integradas no ordenamento jurídico português. Isto porque, uma vez que passam a habitar nesta ordem jurídica, já não podemos considerar somente a forma como estas são encaradas no seu ordenamento jurídico de origem, mas temos que, necessariamente, encará-las à luz dos princípios orientadores desta ordem jurídica.

Consideramos que das cláusulas elencadas, a cláusula *cross default* requer uma maior atenção, na medida em que equivale a concretizações de institutos do nosso Código Civil¹¹, nomeadamente a perda do benefício do prazo e a cláusula resolutiva expressa, previstos nos art. 780.º e 432.º, respetivamente. Por esse motivo, iremos analisá-la com maior detalhe em relação às demais.

Considerando ainda o cenário da atualidade, naquela que é uma das inúmeras reações do legislador à situação pandémica COVID-19, importa tecer algumas breves

¹¹ Cordeiro, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, vol. X, Coimbra, Almedina, 2015, p. 278.

considerações sobre a moratória legal prevista no Decreto-Lei DL n.º 10-J/2020, que afeta contratos em que estejam apostas *cláusulas cross default* e verificar quais são as implicações que o referido Decreto traz para as partes envolvidas.

A título de considerações introdutórias, importa destacar que o presente trabalho irá ser desenvolvido tendo como pressuposto uma relação creditícia entre uma instituição bancária e uma empresa. Assim o é, porque, de facto, como iremos analisar mais adiante, estas cláusulas são frequentemente utilizadas para servir esse âmbito.

Posto isto, dividiremos a nossa exposição em duas partes.

A primeira para tecer algumas elucidações introdutórias relativamente às cláusulas de garantia e segurança. A este propósito importa, nomeadamente, delimitar o seu conceito, considerando a sua origem anglo-saxónica e relevância no panorama internacional, bem como a sua frequente inserção nos contratos de financiamento bancário.

Ainda nesta parte importa ainda abordar a teoria de agência, fulcral para entendermos aquilo que está na génese destes mecanismos. Para então analisarmos as cláusulas *negative pledge*, *cross default* e *pari passu*. Finalizando, desta forma o Capítulo I.

Partimos de uma visão geral para depois chegarmos a uma análise mais concreta, no Capítulo II, onde iremos abordar a sua integração no ordenamento jurídico português, levantando algumas problemáticas consideradas no âmbito deste sistema jurídico.

Na segunda parte do presente trabalho, iniciaremos uma nova sequência de capítulos. No Capítulo I iremos incidir o nosso enfoque na cláusula *cross default*, compreendendo mais detalhadamente este instituto.

Já no Capítulo II analisaremos o seu enquadramento face ao Código Civil português.

No Capítulo III destacaremos os riscos que advêm da presente cláusula e respetivas formas de mitigação.

E, por fim, considerando o cenário da atualidade, importa, no Capítulo IV, tecer algumas breves notas relativamente à implicação das moratórias de crédito nas cláusulas *cross default*.

PARTE I – AS CLÁUSULAS DE GARANTIA E SEGURANÇA, EM GERAL

CAPÍTULO 1

Enquadramento Geral

1.1. Delimitação do conceito

As cláusulas de garantia e segurança patrimonial (ou *covenants*¹²) correspondem a mecanismos de natureza obrigacional utilizadas no setor financeiro, nomeadamente nos contatos de mútuo bancário.

Estas cláusulas, que visam reforçar a posição do credor no seio da sua relação contratual com o devedor, vinculam o devedor a um conjunto de deveres acessórios à obrigação principal de retorno do capital mutuado.

Estes deveres poderão incidir, nomeadamente, sobre matérias determinantes no seio da empresa, como políticas financeiras, planos de negócio, de investimentos, estratégias empresariais, entre tantas outras possibilidades, uma vez que o leque de previsão é vastíssimo podendo, inclusive, no mesmo contrato, agrupar-se diversas categorias, por forma a alcançar uma maior proteção para o credor. Tudo dependerá, em cada caso concreto, das especificidades do próprio contrato, do valor financiado, do risco associado, da duração do mesmo, da existência de outros negócios jurídicos em que a sociedade financiada intervenha como devedora, entre os mais diversos fatores.

Estas cláusulas poderão revestir-se de natureza positiva ou negativa. No primeiro caso, estamos perante imposições que vêm determinar que a parte devedora adote algum tipo de comportamento, como por exemplo fornecer determinadas informações cruciais no que respeita à monitorização dos seus resultados, para que o credor possa proteger a sua posição contratual¹³ estando a par dos indicadores financeiros da sociedade a cada momento e das suas decisões de gestão.

Embora se trate de uma obrigação acessória, que vem acrescer à obrigação principal, a verdade é que, na sua versão positiva, estas cláusulas não se revelam um grande transtorno à empresa financiada, uma vez que não vêm diretamente restringir a forma como a esta sociedade é gerida¹⁴.

¹² Considerando o facto de estarmos perante mecanismos contratuais de origem anglo-saxónica, para efeitos do presente trabalho utilizar-se-á ambas designações, de forma indiferenciada.

¹³ Oliveira, Ana Perestrelo de, *Manual de Corporate Finance*, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2018, p.122.

¹⁴ William W. Bratton (2006), “*Bond Covenants and Creditor Protection: Economics and Law, Theory and Practice, Substance and Process*”, Scholarship Georgetown Law, (Online).

Disponível em:

<https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1575&context=facpub>

Pelo contrário, as cláusulas de garantia e segurança de natureza negativa vêm determinar que a empresa financiada se abstenha de adotar uma determinada conduta, exercendo, assim, um peso distinto na dinâmica contratual entre o devedor e o credor, na medida em que preveem determinadas medidas que visam expressamente restringir a liberdade do devedor¹⁵, condicionando as suas decisões, nomeadamente em matérias de endividamento, de investimento, de distribuição de dividendos, de constituição de novas garantias ou de disposição dos ativos da empresa.

Não obstante, se por um lado, com esta solução internamente adotada pelos contraentes para tutela do crédito, nos deparamos com os benefícios que decorrem para o credor - que, mitigando os riscos de incumprimento do crédito, vê a sua posição melhor salvaguardada, reforçando a expectativa em reaver o valor financiado - por outro, o devedor poderá deparar-se com uma posição bastante mais limitada no que respeita ao leque de decisões de gestão que poderá tomar no futuro, dado que este mecanismo irá, efetivamente, restringir a atuação da sociedade financiada, restrições essas que comportarão um impacto significativo nas suas decisões estratégicas¹⁶.

Admitindo-se que quanto maior for o leque de cláusulas de teor restritivo previstas no contrato, menos flexibilidade terá o devedor para tomar determinadas decisões de gestão e gerir o seu próprio futuro¹⁷, podendo, no limite, deparar-se com a condição de não avançar com projetos que, na sua ótica, até poderiam incrementar o valor da empresa¹⁸, mas que não se encontram alinhados com aquilo que as partes previram no momento da formalização do contrato, por força dessas mesmas cláusulas acessórias.

1.2. Influência anglo-saxónica e relevância no panorama internacional

Tecidas as primeiras observações, importa agora entender a sua origem. Do inglês, “*covenants*”, no seu sentido lato, corresponde a compromissos pactuados no seio de uma relação obrigacional.

Este mecanismo contratual de tutela de crédito ocupa um lugar cimeiro no sistema anglo-saxónico, em especial nos Estados Unidos da América. Tal como KLAUS M. SCHIDT¹⁹ evidencia: “*covenants are the prevalent and most important means of creditor protection in the United States.*”

¹⁵ Oliveira, Ana Perestrelo de, *Manual...*, cit., p. 122.

¹⁶ Mota, António Gomes e Cláudia Custódio, *Finanças da Empresa*, Booknomics, 2007, p. 234.

¹⁷ Malitz, Ileen B., *The Modern Role of Bond Covenants*, Research Foundation Publications, 1994, p. 11.

Disponível em: <https://www.cfainstitute.org/-/media/documents/book/rf-publication/1994/rf-v1994-n2-4443-pdf.pdf>

¹⁸ Stewart C. Myers, *Determinants of Corporate Borrowing*, in *The Journal of Financial Economics*, vol. 5, n.º 2, 1977, p. 3.

¹⁹ Schimidt, Klaus M., *The Economics of Covenants as a Means of Efficient Creditor Protection...*cit., p. 87.

Para melhor compreensão deste facto, é imprescindível denotar que em matéria de garantias não existe naquele ordenamento jurídico uma regra de tipicidade²⁰ - o que por sua vez também gera dificuldades ao nível da sua sistematização^{21 22}.

Os sujeitos contratuais vão, sobretudo, determinando as suas relações contratuais seguindo o princípio de autoconformação (*self-determination*), podendo, dessa forma, configurar as garantias que lhes forem mais convenientes, e especificamente adaptadas àquela relação contratual, sem que estas se encontrem codificadas.

Nas palavras de MENEZES CORDEIRO²³ ilustra-se, dessa forma, “*a capacidade da cultura humana encontrar vias distintas para solucionar problemas idênticos.*”

Ora, esta autoconformação, que permite particularizar as necessidades próprias de cada relação contratual e moldar uma barreira garantística que melhor defenda os interesses das partes, é sobretudo relevante na realidade do comércio internacional. Isto porque aos benefícios resultantes de uma realidade transnacional acrescem desafios consideráveis respeitantes aos conflitos normativo-espaciais que passam a existir a partir do momento em que, num determinado negócio jurídico, entram em contacto uma pluralidade de sistemas normativos que possuem diferentes regulações para a mesma situação da vida dos respetivos sujeitos²⁴.

Particularmente, no que concerne ao Direito das Garantias observam-se dificuldades prementes, na medida em que é uma área marcada por diversas vicissitudes que variam fortemente de país para país, sendo, tal como denota LUÍS MENEZES LEITÃO²⁵, “*praticamente impossível encontrar um regime comum*”, não obstante os esforços que se têm vindo a tecer para uma uniformização deste regime²⁶ no plano global, e em particular no europeu.

²⁰ Cordeiro, António Menezes, *Tratado...*, cit., p. 78.

²¹ Cordeiro, António Menezes, *Tratado...* cit., p. 74.

²² Ainda assim, visando uma harmonização legislativa nesta matéria, elaborou-se, em 1952, o *Uniform Commercial Code* (UCC), que prevê no seu art. 9.º prevê um sistema de garantias, embora a sua aplicação esteja limitada ao foro estatual, aplicando-se somente aos Estados onde o diploma foi adotado, ainda que com algumas diferenciações. Vide Vasconcelos, L. Miguel Pestana de, *Direito das Garantias*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 33.

²³ Cordeiro, António Menezes, *Tratado...* cit., p. 79.

²⁴ Pinheiro, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado*, Vol. I, 2ª Edição refundida, Coimbra, Almedina, 2013, p. 24.

²⁵ Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Garantias das Obrigações*, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2016, p. 50

²⁶ A respeito da uniformização do regime de garantias vide Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Garantias das Obrigações*, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2016, p. 48 ss. e Cordeiro, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, vol. 10, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Almedina, p. 99 ss.

Compreende-se, por isso, que estes mecanismos de tutela de crédito se tenham difundido no plano internacional, onde os agentes económicos têm vindo a tirar partido da sua autonomia contratual para convencionar cláusulas contratuais que visam superar os obstáculos com que se deparam, nomeadamente pela incerteza da lei aplicável, bem como os desfechos jurisprudenciais²⁷ em caso de litígio.

Para além desse facto, subsiste a conveniência em prever-se, no seio do contrato de financiamento, cláusulas que visem assegurar que o património do devedor se mantenha sólido para que este possa conseguir fazer face às responsabilidades assumidas. Recordando que, neste prisma, pelos valores substanciais em causa, muitas vezes não é suficiente o recurso a garantias reais, pela parte financiada não dispor de bens suficientes para garantir o respetivo financiamento, pelo que o recurso a garantias reais não é usualmente considerado na realidade internacional²⁸. Nestes casos, a garantia do credor poderá consistir unicamente na solidez do património do devedor²⁹.

De considerar ainda que, no plano internacional, os credores dificilmente dispõem de mecanismos que permitam aferir a gravidade do incumprimento de que são alvos, i.e., se se tratam de incumprimentos de carácter pontual ou se, pelo contrário, constituem um presságio para uma situação falimentar por parte do devedor³⁰, que requeira uma tomada de posição.

Nessa medida, como veremos, a tutela do crédito poderá ser eficazmente garantida pela via contratual, mediante a aposição de cláusulas de garantia e segurança, para defesa da posição contratual do credor.

1.3. As cláusulas de garantia e segurança nos contratos de financiamento bancário

As instituições bancárias atuam como intermediários financeiros, canalizando a poupança dos seus depositantes para a concessão de crédito àqueles que carecem de capital para desenvolver os seus objetivos económicos, nomeadamente as empresas – relação contratual na qual incidiremos a nossa análise.

Partindo dessa premissa, e considerando que nem todas as empresas possuem capacidade financeira para recorrer ao seu próprio capital³¹ para a concretização de projetos

²⁷ Dias, Joana Forte Pereira, “Contributo para o estudo dos atuais paradigmas das cláusulas de garantia e/ou segurança: a *pari passu*, a *negative ledge* e *cross default*”, Cordeiro, António Menezes et all (orgs), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Volume IV, Estudos de Direito Privado, Coimbra, Almedina, 2003, p. 886.

²⁸ Jorge, Fernando Pessoa, “A Garantia Contratual da Igualdade dos Credores nos Empréstimos Internacionais”, in Centro de Estudos Fiscais (ed.), *Estudos em Comemoração do XX Aniversário*, Separata, Lisboa, 1983, p. 5.

²⁹ Cordeiro, António Menezes, “Negative pledge...”, cit., p. 506.

³⁰ Cordeiro, António Menezes, *Tratado...* cit., p.. 277.

³¹ Gullifer, Louise and Jennifer Payne, *Corporate Finance Law: Principles and Policy*, Bloomsbury, 2011, p. 8: “Every such company must therefore have at least some equity capital. By contrast there is no

- como modernização de equipamentos e instalações ou expansão dos seus ativos - o recurso a capitais alheios, nomeadamente o financiamento bancário opera, o mais das vezes, como o principal meio de angariação de capital³² para a gestão operacional e crescimento das empresas.

E, portanto, nesses casos, o que acontece é que o banco empresta dinheiro a uma determinada empresa, ficando esta obrigada a restituir esse valor, no futuro, acrescido de juros. Por sua vez, o banco, enquanto credor, permanece na expectativa de reaver esse valor³³.

A esse propósito, importa ainda dizer que essa escassez de recursos próprios poderá ser colmatada de diversas formas, dependendo da carência em causa, que poderá consistir tanto na necessidade de apoio à tesouraria, como em projetos de investimento.

Cria-se, dessa forma, uma relação creditícia que poderá prolongar-se consideravelmente no tempo, dependendo do tipo de financiamento em causa. E, nesse sentido, importa ainda distinguir o financiamento de curto prazo, que procura suprir necessidades de gestão corrente e tesouraria da empresa, do financiamento de médio/longo prazo, que visa financiar o ativo fixo da empresa. Para efeitos do presente tema, iremos delimitar a nossa análise a este último.

Ora, o financiamento a médio/longo prazo assume especial importância no futuro económico-financeiro da empresa financiada e do banco financiador³⁴, na medida em que irá repercutir-se durante um intervalo de tempo considerável nos respetivos balanços. E naturalmente que os negócios jurídicos cuja execução se prolongam no tempo e cujas prestações devem ser satisfeitas de forma continuada ou repetida³⁵ implicam um maior risco de incumprimento que, por sua vez, gera um clima de desconfiança entre as partes contratantes³⁶.

Essa desconfiança tem por base a especial incerteza no que concerne às obrigações de natureza patrimonial, na medida em que não só o credor estará dependente da vontade do devedor em atuar no sentido de satisfazer o interesse do credor, nos termos outrora acordados, como ainda acresce o risco de deterioração da sua capacidade económica.

requirement that a company must have any debt, although in practice very few companies will be able to operate without some form of debt financing.”

³² Oliveira, Ana Perestrelo de, *Manual de Corporate Finance...cit.*, p. 124

³³ Tal como resulta da conjugação dos art. 1142.º e 1145.º do Código Civil, para definição de mútuo oneroso.

³⁴ Alcarva, Paulo, *O Financiamento Bancário de PME*, Lisboa, Atual Editora, 2017, pp. 41-49.

³⁵ Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações...*, cit., p. 120.

³⁶ Cordeiro, António Menezes, *Tratado... cit.*, p., pp. 33-34.

Por isso mesmo, a hipótese de o devedor não cumprir com a obrigação de restituir o capital em dívida é uma possibilidade que deverá refletir-se nos termos do contrato, nomeadamente nas garantias prestadas e na taxa de juro associada. Essa taxa de juro é aferida em função do risco contratual subjacente ao crédito concedido e constitui a contrapartida do crédito. Essa contrapartida visa remunerar o banco, que prescindirá daquele valor, naquele momento, e imputar no devedor o custo de beneficiar antecipadamente de fundos alheios³⁷ para a concretização de uma necessidade que, de outra forma, provavelmente não seria possível.

Assim, o banco, enquanto investidor³⁸, analisará prévia e detalhadamente a probabilidade de retorno desse investimento, que estará intrinsecamente ligado à solvabilidade da empresa e à sua capacidade de fazer face a todas as suas obrigações sem que isso comprometa a viabilidade do crédito, munindo-se dos mecanismos de garantia mais eficientes para mitigar o risco de incumprimento e assegurar o retorno do capital investido.

Por esse motivo, as garantias estão intrinsecamente ligadas à atividade de concessão de crédito desempenhada pelos bancos³⁹ para defesa da sua posição contratual.

Esta defesa do crédito poderá materializar-se no momento em que se verifique o facto danoso ou em momento ulterior (*ex post*)⁴⁰. Mas também poderá verificar-se em momento anterior ao incumprimento (*ex ante*), através da aposição de cláusulas de garantia e segurança no respetivo contrato, mecanismos esses que permitem mitigar o risco de incumprimento, antes mesmo de verificado o facto danoso.

Estas cláusulas conferem uma maior segurança jurídica à relação contratual porque visam justamente acautelar determinadas ameaças à solvabilidade da empresa devedora e, conseqüentemente, aumentar a probabilidade de o banco satisfazer o seu interesse em reaver o valor financiado.

³⁷ Mota, António Gomes e Cláudia Custódio, *Finanças...*, cit., p. 126.

³⁸ Magalhães, Pedro Jorge, *Governo Societário e Sustentabilidade da Empresa, Stakeholders Model Vs Shareholders Model*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 388.

³⁹ Vasconcelos, L. Miguel Pestana, *Direito das Garantias...* cit., p. 22.

⁴⁰ Cordeiro, António Menezes, *Tratado...*, cit. p. 45.

1.4. As cláusulas de garantia e segurança e a teoria de agência

Como vimos, o banco, enquanto credor, tem todo o interesse na sustentabilidade da empresa. Mas não é o único. Existe um vasto conjunto de *stakeholders*, nos quais se inclui também a sociedade globalmente considerada, os seus trabalhadores e clientes, que no entendimento de PEDRO MAGALHÃES⁴¹ têm “*um direito moral legítimo (que em alguns casos consiste mesmo num direito legal) de esperar que os seus interesses sejam considerados e respeitados pela gestão da empresa.*”

De facto, no ordenamento jurídico português, o art. 64º CSC estabelece como um dos deveres fundamentais dos gerentes ou administradores da sociedade a observância do dever de lealdade, naturalmente em prol da sociedade e dos respetivos sócios, mas contrabalançando este com o interesse de outros sujeitos relevantes no panorama societário, como os seus trabalhadores, clientes e credores.

De acordo com o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de junho de 2012⁴²:

No Direito das sociedades, a lealdade exprime o conjunto dos valores básicos do sistema que, em cada situação concreta, devam ser acatados pelos diversos intervenientes. Equivale, de certo modo, à ideia civil de boa fé. (...) Pela positiva, a lealdade obriga a seguir as regras do bom governo das sociedades (*corporate governance*). A lei portuguesa, objetivamente tomada, remeteu essa matéria para os deveres de cuidado. No Direito português, os deveres de cuidado devem ser tomados como normas de conduta que densificam, à luz dos ditames do bom governo das sociedades, os deveres gerais de gestão.

Ora, não obstante a previsão de tais princípios estar firmada no ordenamento jurídico, aquilo que, de facto, a lei não faz, é especificar o modo como esses interesses devem ser conciliados⁴³. E esse desalinhamento, muitas vezes presente na realidade da empresa, é um fator gerador de conflitos de interesses que enviesam o equilíbrio expectável e que potencia os riscos emergentes de uma relação contratual, nomeadamente o retorno do capital mutuado.

⁴¹ Magalhães, Pedro Jorge, *Governo Societário...*, cit., p. 388.

⁴² Processo 9398/10.1TBVNG.P1.S1 (Relator: Fonseca Ramos)

Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/308ef3ec6397341480257a290051a0d2?OpenDocument>

⁴³ Oliveira, Ana Perestrelo de, *Manual de Corporate Finance...*, cit., p. 20.

E embora a conservação, a rendibilidade e a sustentabilidade da empresa seja um interesse transversal, como vimos, a diversos interessados, o facto é que os acionistas e administradores das sociedades possuem, naturalmente, os seus próprios interesses que, não raras as vezes, divergem dos interesses dos *stakeholders*, nomeadamente dos credores dessa mesma sociedade, gerando dessa forma uma situação conflituante⁴⁴.

Esta situação poderá ser desmistificada pela teoria de agência (*agency theory of control*), alvo de estudo por autores como Jensen/Meckling (1976), Myers (1977) e Smith/Warner (1979) e que tem na sua génese o facto de existirem divergências de interesses entre os diversos intervenientes no seio das empresas, como seja, os acionistas (maioritários e minoritários), os gestores e os credores.

No que concerne à relação entre administradores/acionistas – aquela que nos importa analisar para este efeito – parte-se da premissa de que existe um conflito de interesses entre administradores/acionistas (*insiders*) e credores (*outsiders*), pelo facto de os administradores terem uma maior suscetibilidade em tomar decisões de gestão mais arriscadas e enveredar em projetos de investimento que, em última instância, beneficiem mais os respetivos acionistas em detrimento dos seus credores⁴⁵.

No seu estudo, JENSEN/MECKLING⁴⁶ destaca o conflito de interesses adstrito à relação administrador/acionista e respetivos credores, partindo da ideia de que “*potential creditors will not loan \$100,000,000 to a firm in which the entrepreneur has an investment of \$10,000*”, na medida em que, com essa estrutura de capital, uma vez contraído o financiamento, os devedores estariam mais suscetíveis ao risco. Para todos os efeitos, “*if they turn out well, he captures most of the gains, if they turn out badly, the creditors bear most of the costs.*”

Os mesmos autores defendem que a inclusão de *covenants* nos contratos de financiamento poderá ser uma forma de limitar os comportamentos oportunistas do devedor

Na mesma esteira, STEWART C. MYERS⁴⁷, destaca o seu entendimento de que os acionistas tendem a preferir investimentos mais arriscados, e que o endividamento que coloque a empresa financiada numa posição mais arriscada, poderá efetivamente condicionar a sua tomada de decisões em prol do credor.

⁴⁴ Magalhães, Pedro Jorge, *Governo Societário...*, cit., p. 388.

⁴⁵ Oliveira, Ana Perestrelo de, *Manual de Grupos de Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 18.

⁴⁶ Jensen, Michael C., e Meckling, William H. (1976), *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure* (Online), p. 334.

⁴⁷ Stewart C. Myers, *Determinants...*, cit.

Por sua vez, W. SMITH JR. e JEROLD B. WARNER⁴⁸ analisam a forma como os contratos de financiamento são deliberadamente formatados para mitigar os conflitos de interesses entre *stockholders* e *bondholders* e as decisões de gestão que aqueles poderão tomar em detrimento destes.

Em suma, caso o devedor se depare com a possibilidade de realizar um de dois projetos, a decisão de optar por um ou por outro será influenciada pelo facto de este projeto ser financiado com capitais próprios ou com capital alheio. Caso esteja em causa capital alheio, gozando de responsabilidade limitada, e, como tal, não respondendo pelas dívidas sociais da sociedade, os dirigentes poderão estar mais suscetíveis a expropriar o capital mutuado, através de decisões investimento capazes de perigar o cumprimento das obrigações a que a empresa se encontra adstrita, refletindo-se esse facto nas suas decisões⁴⁹.

No caso de o património da empresa financiada ser culposamente subtraído pelos seus dirigentes, levando a que o credor fique impossibilitado de reaver o capital investido tratar-se-á de uma clara violação aos deveres previstos no art. 64.º CSC, nomeadamente o dever de lealdade para com os credores.

Segundo o art. 78.º CSC, quando pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à proteção dos credores sociais, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos, os gerentes/administradores poderão vir a ser responsabilizados, nos termos do Código Civil (art. 606.º a 609.º). Os gerentes/administradores ficam, desta forma, obrigados a indemnizar os credores lesados por prejuízos sofridos e que tenham sido causados pelos dirigentes, através da adoção de condutas violadoras de preceitos que visam tutelar os credores sociais da empresa.

No entanto, admite-se que a inclusão de cláusulas de garantia e segurança nos contratos de financiamento possa atuar como uma solução preventiva, sendo expectável que os devedores sejam mais prudentes nas suas tomadas de decisão, evitando *ab initio* comportamentos que possam colocar em risco a sustentabilidade da empresa e a probabilidade de o credor reaver o capital investido.

⁴⁸ W. Smith Jr. and Jerold B. Warner (1979), *On Financial Contracting, an analysis of bond covenants*, in *Journal of Financial Economics*, North-Holland publishing Company.

⁴⁹ Esperança, José Paulo e Fernanda Matias, *Finanças Empresariais*, 3.ª Edição, Texto Editores, 2009, p. 267.

Por outro lado, admitimos que o endividamento por si só também possa gerar, nos gestores mais criteriosos, uma menor propensão à adoção de comportamentos que sejam arbitrários e, pelo contrário, incentivá-los à realização de investimentos que maximizem o valor da empresa e sejam geradores de bons resultados, dado que com o endividamento existe uma redução periódica do fluxo de caixa que é libertado e, como tal, tornam-se mais conservadores nas estratégias que adotam⁵⁰.

Não obstante, partilhamos do mesmo entendimento de DIANA SERRINHA ROSA⁵¹, que afirma que *“uma forte razão para a constante presença das cláusulas nestes contratos não é jurídica, mas sim prática: mesmo estando geralmente perante um devedor forte, o credor quer assegurar-se que o mutuário entende a dimensão do negócio e as consequências do seu incumprimento.”*

Esta posição mais atenta do credor, que nas palavras de ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA⁵², é o que define um mutuante *“sofisticado e bem informado”*, enquanto investidores *“altamente envolvidos na redação dos contratos, na monitorização dos covenants e na renegociação em caso de violação destes”*, requer, naturalmente custos, identificados por Jensen/Meckling⁵³ por *“monitoring costs”* ou, por outras palavras, custos de monitorização, incluindo-se neste leque os *“writting provisions”*, que correspondem ao custo de incluir no contrato cláusulas com teor extraordinariamente detalhado, por forma a cobrir um vasto número de operações e aspetos relativos à vida da empresa financiada e o custo de monitorização *per se* por forma a garantir que o cumprimento do seu teor é devidamente respeitado.

Essa monitorização atenta à atividade da empresa financiada é o que vai permitir, por sua vez, alertar o credor de uma potencial situação de incumprimento por parte do devedor. Funcionando assim como um mecanismo de aviso prévio.

⁵⁰ Magalhães, Pedro, Jorge, *Governo Societário e a Sustentabilidade da Empresa - Stakeholders Model Vs Shareholders Model*, Almedina, 2019, p. 395.

⁵¹ Rosa, Diana Serrinha (2016), “As cláusulas cross default no ordenamento jurídico português”, *Revista de Direito das Sociedades*, Ano VIII, Coimbra, Almedina, p. 217

⁵² Oliveira, Ana Perestrelo de, *Manual de Corporate Finance...cit.*, p. 23.

⁵³ Jensen, Michael C., e Meckling, William H.(1976)..., p. 338.

Dessa forma, o maior ou menor risco de incumprimento é aferido de forma antecipada, uma vez que se tratam de uma ferramenta de controlo prévio (*ex ante*), que visam acompanhar a capacidade financeira do devedor⁵⁴, balizando as suas atuações e prevenindo consequências no próprio seio contratual caso alguns destes compromissos sejam desrespeitados⁵⁵ e, ainda, alertando o credor para qualquer sinal de debilidade financeira do devedor, de forma a que o credor possa reagir atempadamente, na expectativa de conseguir salvaguardar o crédito em causa.

1.5. As cláusulas *negative pledge*, *cross default* e *pari passu*

Já vimos que os bancos, ao concederem capital às empresas que carecem desse financiamento para maximizar os seus ativos fixos, estão a intervir como investidores externos. Enquanto investidor, naturalmente, haverá uma preocupação com a forma como esse capital é gerido.

E, portanto, considerando o risco de incumprimento como um fator imperativo, é imprescindível que o credor, para defesa da sua posição contratual, venha munir-se das ferramentas necessárias que lhe permitam tornar o crédito robusto⁵⁶ e apto a prevenir-se de situações passíveis de perigar a concretização do reembolso que lhe é devido.

Nesse sentido, e tendo em vista a robustez do crédito, os sujeitos contratuais recorrem a mecanismos de garantia e segurança patrimonial, dos quais as cláusulas *negative pledge*, *cross default* e *pari passu* têm se vindo a destacar, e cujos institutos vamos seguidamente definir, de forma breve, sem prejuízo de, mais adiante, incidirmos a nossa análise mais profunda especificamente sobre aquela que maiores similitudes denotam no contexto normativo português⁵⁷.

Estas cláusulas, consideradas na sua globalidade, têm a particularidade de permitir ao credor reagir atempadamente por forma a evitar a ocorrência de uma situação de tal maneira gravosa em que o devedor já não possa, de facto, fazer face às suas obrigações, por não dispor dos meios necessários à sua concretização.

Visando assegurar que o património do devedor se mantém incólume e que as suas decisões não coloquem em risco o objetivo de o credor reaver o capital mutuado, poderá chegar-se de, mediante os termos acordados, o credor opor-se decisões de gestão que coloquem em risco a sua posição contratual.

Traçando moldes gerais, e partindo da cláusula *negative pledge*, esta tem como fim último obstar a que o devedor constitua, durante a vigência do respetivo contrato, garantias reais,

⁵⁴ Vasconcelos, Miguel Pestana de, *Direito Bancário*, 2ª Edição, Almedina, 2019, p. 191 ss.

⁵⁵ Henriques, Sérgio Coimbra (2014), "Cláusulas de garantia e segurança, Entre a autonomia da vontade e o dever de cumprir – alguns aspetos", *Revista de Direito das Sociedades*, VI (6).

⁵⁶ Simões, Raul Humberto de Lima, *Crédito Bancário...* cit. p. 8.

⁵⁷ Vide Parte II do presente trabalho: *A cláusula cross default*, em especial.

personais ou outros mecanismos suscetíveis de conceder preferência a terceiros⁵⁸ sobre todos os bens existentes na esfera do devedor, sejam eles presentes ou futuros, salvo prévia concordância do mutuante⁵⁹.

Esta cláusula, que prevê uma obrigação de facto negativo⁶⁰, tem um efeito preponderante na liberdade do devedor dispor o seu património, podendo, no limite, culminar na estagnação da respetiva atividade económica e tráfego jurídico⁶¹, dado que se a empresa carecer de recorrer a outro financiamento para a concretização da sua atividade económica e, exigindo a entidade financiadora garantias reais ou pessoais para o efeito, a sociedade encontrar-se-ia impossibilitada de prestar, a menos que haja concordância do credor que beneficia desta cláusula.

Isto origina, tal como evidenciado por JOANA PEREIRA DIAS⁶², “*um travão à constituição de futuros endividamentos do mutuário*” que visa assegurar “*a conservação e integridade do seu património*” através de um controlo assíduo à sua evolução patrimonial. E, conseqüentemente, reduzindo a probabilidade de, em caso de insolvência, o credor – se se tratar de um credor comum - se deparar com outros credores preferenciais que colocariam em risco a possibilidade de ser pago, dado que esta cláusula, assim como as demais aqui expostas, têm uma eficácia meramente obrigacional e, por via da graduação dos créditos, apenas seria pago em último lugar.

Mas, podemos estar perante um credor preferencial, e tal não obsta a que se incluam cláusulas de garantia e segurança, no clausulado contratual. Antes seria uma forma adicional de tutelar a sua posição. Se assim for, o objetivo visado é assegurar que a sua posição preferencial permaneça intacta e não seja lesada com o surgimento de outros credores, cujos créditos sejam gradativamente mais fortes. Neste sentido, o devedor fica, à partida, impossibilitado de constituir outras garantias mais favoráveis, a favor de terceiros, que coloquem o credor numa posição inferior àquela que atualmente beneficia.

No entanto, considerando um importante aspeto ressalvado por PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE⁶³, na prática, nada obsta a que o devedor constitua outras obrigações, à revelia do credor beneficiário desta cláusula e contra o objetivo que se pretendeu tutelar. Obviamente que o devedor poderá vir a responder pelo incumprimento da obrigação assumida, no entanto, “*o crédito constituído em violação do «negative pledge» não fica minimamente afetado por esta suposta garantia e o respectivo*

⁵⁸ Gomes, Manuel Januário da Costa, *Contratos Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 394-395.

⁵⁹ Jorge, Fernando Pessoa, *A garantia...* cit. p. 20.

⁶⁰ Cordeiro, António Menezes, “Negative pledge...”, cit., p. 524.

⁶¹ Dias, Joana Forte Pereira, “Contributo para o estudo...”, cit. p. 937.

⁶² Dias, Joana Forte Pereira, “Contributo para o estudo...”, cit. 939.

⁶³ Martinez, Pedro Romano e Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias de Cumprimento*, 5ª Edição, Coimbra, Almedina, 2006, p. 59.

credor, se for também quirografário, concorre ao rateio, em igualdade de circunstâncias, com os demais credores comuns não munidos do «negative pledge».

Em moldes complementares à cláusula *negative pledge*, evidenciamos a cláusula *pari passu*. Por virtude desta, é assegurado ao credor que a sua posição manter-se-á em pé de igualdade, em relação aos demais credores, relativamente aos créditos da mesma natureza, sejam eles credores comuns ou preferenciais, obstando assim a que o devedor procure discriminá-los, estabelecendo aqueles que irá satisfazer antes ou depois.

Para um melhor esclarecimento, SÉRGIO COIMBRA HENRIQUES⁶⁴ ressalva: *“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 futuros.”*

Tal como evidencia o autor VASCO SOARES DA VEIGA⁶⁵, o recurso a este mecanismo não é compaginável com o nosso sistema jurídico e, portanto, à luz do Código Civil português não é possível *“ao devedor assegurar que um crédito concedido por um banco se manteria privilegiado em relação a outros créditos que lhe viessem a ser concedidos”*, uma vez que *“a preferência entre créditos só pode resultar da constituição de direitos reais de garantia.”*

Os efeitos decorrentes da violação destas cláusulas poderão diferir consoante as consequências especificamente previstas no contrato, em virtude daquilo que foi convencionado pelas partes. É frequente prever-se que a violação de tais cláusulas culmina na exigibilidade antecipada do respetivo crédito, que vai interligar com a cláusula *cross default*.

Esta cláusula – *cross default* - concede ao credor a vantagem de poder exigir antecipadamente o vencimento da prestação, ou até mesmo a resolução do seu contrato, caso o devedor esteja em situação de incumprimento, perante o mesmo ou até outro credor.

Supondo, a título de exemplo, e para melhor compreensão, que uma determinada empresa celebra um contrato de financiamento bancário com o banco B, no qual é convencionado uma cláusula *cross default*, tendo vindo a cumprir pontualmente as suas obrigações adstritas àquele contrato. Em paralelo, essa mesma empresa é também parte devedora noutro contrato celebrado com uma instituição de crédito distinta, a C. No decorrer do contrato com C, a empresa financiada entra em incumprimento. Acontece que esse incumprimento não só tem efeitos no âmbito da relação contratual com C, como também na relação dessa mesma empresa com B, dada a existência de uma cláusula *cross default*. Assim, não só a empresa se encontra em incumprimento perante C, por ter efetivamente

⁶⁴ Henriques, Sérgio Coimbra, “Cláusulas...”, cit., p. 668.

⁶⁵ Veiga, Vasco Soares, *Direito Bancário*, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 1997, p. 376.

falhado no cumprimento das suas prestações, como esse incumprimento pode ser utilizado por B para alegar o vencimento antecipado das obrigações, ou até mesmo a resolução do contrato em causa, no âmbito da sua relação negocial com B, em decorrência de um facto externo a essa mesma relação – o incumprimento face a C.

Esta cláusula visa, sobretudo, induzir a empresa financiada a adotar uma atuação criteriosa no que respeita à sua gestão patrimonial e cumprimento das suas obrigações, dado que as consequências de um qualquer incumprimento, poderão determinar um “incumprimento cruzado”. Tem assim um poder tal, capaz de influenciar todo o negócio jurídico, com base em incumprimentos que estejam a decorrer numa relação contratual externa àquela.

Ainda assim, segundo o entendimento de VASCO SOARES DA VEIGA⁶⁶, esta cláusula, ainda que não tipificada na lei, parece ser a única defensável, à luz dos ditames do nosso ordenamento jurídico. Exploraremos mais adiante o porquê.

⁶⁶ Veiga, Vasco Soares, *Direito Bancário...* cit. p. 377.

CAPÍTULO 2

Integração no ordenamento jurídico português

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

Mediante conciliação de vontades, criam-se comandos⁶⁷ que se vão refletir nas esferas jurídicas dos seus autores, e que vão além daquilo que está pré-fixado pelo legislador. É o que estabelece o art. 405º do Código Civil, que vem garantir expressamente aos sujeitos jurídicos a liberdade para se vincularem a negócios jurídicos cujo conteúdo foi por si livremente estipulado, concedendo-lhes a possibilidade de celebrarem contratos diferentes daqueles que se encontram previstos na lei e neles incluir as cláusulas que lhes aprouver⁶⁸, desde que respeitados os limites impostos pela lei.

Essa ampla margem de configuração das suas relações negociais é assegurada por um sistema jurídico que, em matéria de Direito das Obrigações, tem como pilar estruturante o princípio da autonomia privada, que se reflete na liberdade contratual que é assegurada aos sujeitos jurídicos, nas suas diversas vertentes: seja para celebrar (ou não) os negócios jurídicos, seja para selecionar o tipo negocial que melhor reflita os seus interesses ou até mesmo para reconfigurar o seu conteúdo, inserindo cláusulas adicionais ou combinando diversos tipos contratuais. Isto corresponde, tal como entende INOCÊNCIO GALVÃO TELLES⁶⁹, ao *se* e ao *como* do contrato: se o contrato há de ser celebrado e como é que há de ser.

Com base nesse princípio, os sujeitos jurídicos beneficiam de uma ampla margem para, no seio interno das suas relações, fixarem livremente a disciplina vinculativa do seu interesse⁷⁰ e, adicionalmente, ultrapassar carências dos institutos que já se encontram legalmente pré-concebidos, e que nem sempre se adequam aos interesses e necessidades prementes que as partes pretendem ver acautelados⁷¹, no seio de uma realidade contemporânea. É, inclusivamente, no plano dos contratos comerciais onde impera a vontade das partes e onde a autonomia privada se depara com menores delimitações^{72 73}.

Por esse motivo, visando colmatar necessidades identificadas pelos sujeitos privados, no âmbito das suas relações, é que o fenómeno das cláusulas de garantia e segurança surgiu como uma alternativa deliberada às garantias legalmente concebidas que, muitas vezes não

⁶⁷ Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações...* cit. p. 19.

⁶⁸ Neto, Abílio, *Código Civil Anotado*, 19ª Edição Reelaborada, Lisboa, Ediforum, 2016.

⁶⁹ Telles, Inocência Galvão, *Direito das Obrigações*, 7ª Edição, Coimbra Editora, 1997, p. 62.

⁷⁰ Varela, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª Edição, Coimbra, Almedina, 2011, p. 26.

⁷¹ Vasconcelos, Pedro Pais de, *Contratos Atípicos*, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2009, p. 230.

⁷² Cunha, Paulo Olavo, *Direito Empresarial para Economistas e Gestores*, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2016, p. 299.

⁷³ Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações...* cit. p. 23.

se compaginam com uma economia moderna, que se destaca pela constante circulação de capital, e que dá primazia a soluções mais céleres, simples e eficazes⁷⁴.

Embora não tipificadas na lei – e por esse motivo designam-se legalmente atípicas – tais cláusulas, como já referimos, têm vindo a marcar presença assídua no sector bancário. E é com base nessa *praxis* social, que podemos afirmar que esses mecanismos contratualmente enformados para salvaguardar a posição do credor, em reforço da garantia geral, afiguram-se como socialmente típicos, pelo modo constante e reiterado com que se apresentam no mundo dos negócios⁷⁵.

Esses mecanismos contratuais consagrados sobretudo na prática comercial⁷⁶ onde o tráfego jurídico decorre a um ritmo fugaz, advindo daí novas necessidades a serem colmatadas ou, até mesmo, novas formas de colmatar as necessidades que sempre existiram, criando-se novos mecanismos contratuais. E, o que é certo, é que nem sempre a prática legislativa opera à mesma velocidade. E, nessa medida, não faria sentido que os sujeitos privados estivessem limitados aos tipos negociais reconhecidos pelo legislador⁷⁷. Nem podem estas ser ignoradas pela ciência do Direito⁷⁸, até porque, na sua generalidade é o próprio legislador que vai buscar práticas contratuais que já se encontram difundidas na realidade social, fruto das convenções entre partes, para construir os tipos contratuais legais⁷⁹.

2.2. O regime jurídico das cláusulas contratuais gerais

2.2.1. A liberdade de estipulação nas cláusulas contratuais gerais

Partindo do princípio que, sob a génese da autonomia privada, às partes é garantida a possibilidade de autoconformação da sua esfera jurídica, os sujeitos privados vincular-se-iam aos negócios que melhor refletissem os seus interesses, nos termos que melhor lhes fosse assegurado. Afinal, e hipoteticamente, nenhum sujeito jurídico vincular-se-ia a termos contratuais que deixassem a descoberto as suas fragilidades e intensificasse a sua debilidade contratual.

⁷⁴ Dias, Joana Forte Pereira, “Contributo para...” cit. p. 891.

⁷⁵ Dias, Joana Forte Pereira, “Contributo para...” cit. p. 902.

⁷⁶ Vasconcelos, Pedro Pais de, *Contratos Atípicos...* cit. p. 211.

⁷⁷ Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações...* cit. p. 22.

⁷⁸ Vasconcelos, L. Miguel Pestana de, *Direito das Garantias...*, cit., p. 24.

⁷⁹ Vasconcelos, Pedro Pais de, *Contratos Atípicos...* cit. p. 61.

Pese embora, é sabido também que nem sempre essa realidade subsiste nas relações interprivados. Na prática, as partes nem sempre se encontram em posição de igualdade no que concerne à possibilidade de autoconfiguração dessa mesma relação. E não raras as vezes os sujeitos jurídicos, por necessidade económica, enveredam numa relação contratual sem possibilidade de ditar todos os termos da mesma, deparando-se com cláusulas contratuais gerais pré-concebidas de forma unilateral pela contraparte que possui uma posição socio-económica de maior relevância⁸⁰.

Esta realidade é particularmente evidente no sector bancário, onde se prioriza o recurso a contratos *standard* por forma a garantir-se uma prestação de serviço célere e eficaz para um vasto número de sujeitos indeterminados.

Assim sendo, se a liberdade de estipulação se encontra restringida por moldes rigidamente pré-estabelecidos, não sendo dada à contraparte a possibilidade de influenciar, alterar ou acrescentar informações determinadas ao respetivo clausulado, e deparando-se com um negócio cujo conteúdo é fixo, compete-nos, antes de mais, analisar as implicações que as cláusulas contratuais gerais têm do ponto de vista da sua autonomia privada. Para então, mais adiante, correlacionar as cláusulas de garantia e segurança com o regime das cláusulas de garantia e segurança.

Partindo da observação de MARGARIDA MENEZES DE LEITÃO⁸¹, podemos identificar cinco características comuns às cláusulas contratuais gerais. Tais são: a unilateralidade, a pré-elaboração, a rigidez, a generalidade, e a indeterminação. Tais cláusulas são formuladas unilateralmente pelo que apenas o predisponente intervém na sua formulação. Formulação essa que verifica numa fase prévia à própria relação contratual.

E, portanto, ao destinatário não é dada a possibilidade de influenciar o conteúdo dessas cláusulas, sendo-lhe vedada qualquer possibilidade de alteração ou negociação das mesmas, pelo que o destinatário limitar-se-á a aderir inteiramente ao clausulado ou a rejeitá-las o que, nesta última hipótese, culminaria na impossibilidade de formalização do contrato, pela divergência de vontades⁸².

E isto ocorre porque tais cláusulas encontram-se pré-elaboradas para servir uma generalidade de situações futuras para um indeterminado número de aderentes.

⁸⁰ Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, cit., p. 30 ss.

⁸¹ *Cláusulas Contratuais Gerais e Negócio Jurídico Bancário*, Data Venia, (Revista Jurídica Digital), Edição 6, p. 155-156.

⁸² Antunes, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 480.

De notar que numa área como a do direito bancário, onde existem, de facto, lacunas prementes relativamente a uma codificação genérica⁸³, tais disposições vêm garantir benefícios a nível de certeza e segurança jurídica negocial, sendo assim possível prever a respetiva conjuntura contratual e demais resultados, para além de benefícios económicos, dada a redução de custos implicados, uma vez que essas mesmas entidades bancárias não têm interesse em despender mais recursos para além dos indispensáveis à elaboração desses mesmos contratos cujo conteúdo poderá até revestir-se de uma determinada complexidade, mas cujas disposições afiguram-se muitas vezes reiteradas.

De outra forma, se a lei impusesse negociações singulares, prévias à formalização de cada contrato bancário, tal resultaria numa recessão jurídico-económica⁸⁴, sendo desde logo postas em causa a simplicidade e rapidez do ato de contratar, não se coadunando com as necessidades de resposta em massa que imperam no âmbito da nossa realidade atual, onde os negócios jurídicos se concretizam a uma rápida velocidade.

Por outro lado, a predisposição de tais cláusulas poderá levantar questões relativas ao impacto que provocam no âmbito da liberdade de estipulação contratual dos clientes, robustecendo a ideia de desigualdade entre as partes. Poderá entender-se que, de alguma forma, existe uma limitação na liberdade negocial? Vejamos.

A esse propósito, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS⁸⁵ entende que o negócio jurídico e o contrato assentam na liberdade que o sujeito jurídico tem para reger os seus próprios assuntos. Pelo que a liberdade estará sempre presente, nalguma medida. No entanto, segundo este autor há que estabelecer a distinção entre dois conceitos preponderantes no âmbito de um negócio jurídico: a liberdade de celebração e a liberdade de estipulação.

⁸³ Para melhor compreensão do complexo estrutural desta disciplina importa distinguir dois âmbitos: o Direito Bancário material e o Direito Bancário institucional, âmbitos que se influenciam e condicionam mutuamente. No que respeita ao Direito Bancário institucional, este compreende a estrutura do sistema financeiro e o regime das respetivas instituições, que em Portugal impera, desde já, o Regime Geral das Instituições de Crédito, e o regime do Banco de Portugal - que atua numa lógica de supervisor Estatal face às instituições financeiras e que detém para o efeito poder normativo e regulamentar. No que concerne ao Direito Bancário material, ele é sobretudo um direito contratual cujo núcleo decorre dos contratos comerciais, não descurando as especificidades próprias das respetivas operações, tal como estabelece o art. 363º do Código Comercial, relativamente aos contratos especiais de comércio: *“as operações de banco regular-se-ão pelas disposições especiais respetivas aos contratos que representarem”*.

⁸⁴ Lopes, Gameiro J. M., *Introdução ao Direito Bancário*, Vislis Editores, 2000, p. 177 ss.

⁸⁵ Vasconcelos, Pedro Pais de, *Teoria Geral...*, cit., p. 417.

Ao celebrar um negócio jurídico, em princípio, o interveniente exerce o seu livre arbítrio demonstrando a sua vontade em se vincular. No entanto, o conteúdo desse vínculo nem sempre se encontra à inteira determinação do contraente. Quer isto dizer que a sua liberdade de estipulação poderá ser maior ou menor atendendo aos moldes do respetivo negócio. Na visão do mesmo autor, tais contratos *“não deixam de ter carácter negocial pelo simples facto de, na verdade, não ter sido admitida a negociação do conteúdo. (...) A liberdade de estipulação é implicada pela negocialidade e constitui, sem dúvida um seu indício, mas não deve ser tida como seu único critério, nem mesmo como seu critério determinante.”*

Podemos concluir que ao cliente bancário a quem não é dada, em regra, a hipótese de dispor do conteúdo contratual, efetivamente não existe uma liberdade de estipulação, sendo esta rigidez uma característica determinante das cláusulas contratuais gerais. Ainda assim, o mesmo cliente a quem é vedada tal possibilidade, tem a liberdade de celebrar o negócio ou não, escolhendo o negócio que mais vantagens lhe trazer, pelo que a autonomia privada não deixa de existir, o ato em si é que poderá ter um nível mais ou menos vasto de negociabilidade atendendo ao respetivo tipo contratual.

2.2.2. As cláusulas de garantia e segurança e o regime das cláusulas contratuais gerais

Tal como mencionado anteriormente, importa correlacionar os mecanismos de garantia e segurança patrimonial com as cláusulas contratuais gerais e o regime que lhe é aplicável no nosso ordenamento jurídico, na medida em que estão integradas no dia-a-dia dos bancos e na sua forma de negociar.

Para melhor compreensão do presente tema e do nosso raciocínio, importa referir algumas notas introdutórias, e que tem a ver com a necessidade de se distinguir dois cenários.

O primeiro, em que estejam em causa contratos de grande envergadura, que envolvem, valores muito avultados, que preveem normativos extremamente densos e complexos, que implicam a consideração dos mais diversos fatores para a respetiva formalização do contrato e, ainda, na própria relevância social e económica que, por norma, essas instituições financiadas detêm, no seio em que se inserem, bem como o apoio jurídico especializado que possuem, refletindo-se esse facto na sua capacidade para negociar e impor algumas demandas, sendo os respetivos termos contratuais idealizados para servir àquela realidade em concreto.

Nesses casos, partindo da conceção de JOANA PEREIRA DIAS⁸⁶, estaremos perante “*clausulas de alfaiate*”, “*feitas à medida, pensadas e ajustadas a cada negociação e à qualidade e peso dos contraentes em presença*” e que, fugindo ao âmbito das cláusulas contratuais gerais que analisámos anteriormente, só residualmente lhes seria aplicado esse mesmo regime.

Num segundo cenário a considerar, e em oposição àquelas, estas cláusulas “*de pronto a vestir*”, encontram-se pré-elaboradas para servir uma generalidade de situações futuras para um indeterminado número de aderentes, cujas disposições afiguram-se, muitas vezes, reiteradas. E, de facto, nestes casos, seria muito mais compreensível assumir-se a aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais.

Não obstante, veja-se, a autora não nega a tendência das instituições bancárias no sentido de inserirem cláusulas de garantia e segurança nos contratos de financiamento com determinadas entidades, limitando-se estas a aceitar o que se encontra disposto no respetivo clausulado.

Acontece que apesar de as cláusulas de garantia e segurança, enquanto mecanismo contratual para segurança do crédito, terem surgido inicialmente em contexto internacional, para fazer face às necessidades sentidas por sujeitos contratuais com grande relevância económica, não podemos descurar de que esta tendência contratual foi-se expandindo para outros prismas, nomeadamente o nacional, para servir contratos domésticos. E, nesse sentido, sendo o tecido empresarial português composto maioritariamente por pequenas e médias empresas, muitas delas sem grande capacidade de negociação, nomeadamente pela insuficiência de bens para prestar garantia, não é de estranhar que as instituições bancárias, por questões de segurança, economia, simplicidade e rapidez, introduzam estes mecanismos de garantia e segurança patrimonial, por intermédio de cláusulas contratuais gerais, inseridas nos contratos sem possibilidade de estipulação.

Através da pré determinação dessas cláusulas, o banco sentir-se-á mais predisposto a disponibilizar o capital, na medida em que será detentor de um mecanismo capaz de antecipar um potencial incumprimento por parte da sociedade financiada, acautelando assim os riscos inerentes ao respetivo negócio, nos moldes que lhe for mais conveniente, impondo ou prevendo determinados comportamentos da contraparte devedora.

Por outro lado, tratando-se de pequenas e médias empresas há que destacar a sua maior debilidade, dado que a estipulação desse conteúdo contratual, em específico, estará, na sua larga maioria, apenas ao dispor do banco, aquele que investe, aquele que fornece os meios para o alcance dos fins.

⁸⁶ Dias, Joana Forte Pereira, “Contributo para o estudo...”, p. 898.

A isso acresce o facto de tais cláusulas serem complexa e exaustivamente elaboradas, estabelecendo assim aspetos a níveis jurídicos que invocam riscos que poderão não ser imediatamente depreendidos por quem adere a esse mesmo clausulado. A verdade é que que muitas dessas cláusulas apenas são apercebidas quando de facto já é tarde para a sua rejeição.

Por esse motivo, o nosso ordenamento jurídico não pode negligenciar a proteção a este tipo de cliente enquanto parte contratual mais débil desta relação.

Para este efeito, importa analisar o Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17/12 - que institui o Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais – e que assume aqui especial importância. Este regime vem assegurar uma fiscalização judicial eficaz e expressamente regulamentada, prevendo normas para proteção dos contraentes.

Começamos por analisar o art. 5.º do referido regime, que estabelece a necessidade de aceitação efetiva das cláusulas contratuais, excluindo qualquer cláusula que não tenha sido expressamente aceite pelo seu destinatário, exigindo ainda níveis de comunicação integral e tempestivamente assegurada, atendendo ao contrato e complexidade em causa.

Este regime estabelece ainda a necessidade do dever de informação, no seu art. 6º, devendo ao contraente ser prestado todos os esclarecimentos que forem necessários à sua plena elucidação.

Para além disso, estabelece-se no seu art. 15º a proibição de cláusulas que sejam contrárias à boa fé, ao qual o art. 16º vem desde já clarificar:

na aplicação da norma anterior devem ponderar-se os valores fundamentais do direito, relevantes em face da situação considerada, e, especialmente:

- a) a confiança suscitada, nas partes, pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, pelo teor deste e ainda por quaisquer outros elementos atendíveis;*
- b) o objetivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efetivação à luz do tipo de contrato utilizado.*

Assim sendo, considerar-se-ão nulas as cláusulas que sejam atentatórias da boa fé e confiança justificadamente suscitada na outra parte, tão bem como as cláusulas que estejam em desconformidade com o objetivo que as partes visaram atingir com o respetivo contrato.

Exposto isto, depreendemos que as cláusulas de garantia e segurança inseridas em contratos “*pronto a vestir*” beneficiam da proteção do regime das cláusulas contratuais gerais. Agora, resta saber se as “*cláusulas de alfaiate*”, aquelas que, tal como refere JOANA PEREIRA DIAS⁸⁷, são “*feitas à medida, pensadas e ajustadas a cada negociação*” se, porventura, se encontram sob o crivo do regime previsto para as cláusulas contratuais gerais.

⁸⁷ Dias, Joana Forte Pereira, “Contributo para o estudo...”, p. 898.

Para tal, importa analisar o seu âmbito de aplicação, considerando o art. 1.º desse mesmo regime, que determina que *“as cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respetivamente, a subscrever ou aceitar, regem-se pelo presente diploma.”* E prossegue: *“o presente diploma aplica-se igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar.”*

A esse respeito, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de setembro de 2017 vem esclarecer⁸⁸:

“Assim, e uma vez que esta regulamentação se aplica também às cláusulas contratuais gerais inseridas em contratos individualizados, mais do que saber se estamos ou não perante um contrato de adesão o que releva, é saber se a cláusula em questão constitui uma cláusula contratual geral, ou seja, saber se o seu conteúdo é pré-elaborado e insusceptível de ser influenciado ou negociado pela parte. Se assim for, tal cláusula, ainda que inseridas em contrato individualizado, encontra-se sujeita ao regime de protecção previsto neste diploma. Daí que importe avaliar a cláusula contratual, independentemente do tipo de contrato em que a mesma está inserida, seja ou não contrato de adesão.”

E, nesses termos, por força do art. 1º, e aludindo ao douto acórdão, mesmo que se trate de contratos individualizadas, nos casos em que as cláusulas de garantia e segurança não tenham sido alvo de negociação e, pelo contrário, tenham sido previamente elaboradas pelo banco, então, nesse caso, aplicar-se-á, em princípio, o regime das cláusulas contratuais gerais.

2.2.3. As cláusulas de garantia e segurança e o abuso de direito

Se por um lado é certo que estamos no âmbito da configuração da autonomia privada e da liberdade de celebração, por outro, é imprescindível, como vimos, que haja uma articulação entre o espaço de autonomia concedido aos sujeitos jurídicos e aqueles que são os ditames do nosso ordenamento jurídico, nomeadamente para aferir e reagir a situações que se revelem abusivas.

Nestes casos, o banco - que detém uma posição mais forte na relação jurídica, pelo facto de ser detentor do capital que a empresa carece, acaba por estar numa posição mais favorável, o que torna relevante a análise do ponto de vista da empresa financiada, enquanto parte mais débil dessa relação.

⁸⁸ Processo 1897/14.2T2AGD-A.P1 (Relator: Inês Moura).

Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/3e206bfffec06d313802581b600554032?OpenDocument>

Nesse sentido, PEDRO JORGE MAGALHÃES⁸⁹ evidencia a suscetibilidade de tais cláusulas incorrerem em ferramentas de excessivo controlo económico, tal é a influência exercida pelos credores que delas beneficiam, podendo ser *“tão ou mais intensa do que a exercida pelos acionistas”* e *“provocando o esbatimento da divisória formal entre investidores internos e investidores externos”*.

Considerando, desta forma, que possamos estar perante uma situação de fronteira, suscetível de gerar maior poder e influência do credor, que lançando mão à sua posição de vantagem contratual, poderá relevar-se um autêntico credor controlador ou *insider*, dada a forte influência na forma como a empresa financiada dirige os seus recursos.

Este poder que, na prática, resulta num controlo externo de tal maneira significativo pode, de facto, colocar o credor numa posição semelhante a um acionista controlador⁹⁰.

A este propósito, WILLIAN W. BRATTON⁹¹ destaca: *“the longer the list of prohibited outcomes, the stronger the control. At some point the magnitude of control becomes so great as to give the lender effective control of the firm.”*

Face à possibilidade de ocorrência de eventuais abusos, surge a necessidade de intervenção do Direito com o intuito de compensar tal debilidade, superando a desigualdade negocial entre partes – dada a clara vantagem das entidades bancárias - evitando e censurando assim qualquer tipo de prática abusiva por parte das mesmas que seja atentatória aos limites impostos pela boa fé.

Daí que ANTÓNIO PEDRO DE AZEVEDO⁹² afirme que *“a preexistência de um ordenamento jurídico funciona como um pano de fundo sobre o qual se vai concretizar a autonomia provada, nas suas diversas manifestações.”*

Esse *“pano de fundo”* poderá servir como sinalizador de situações potencialmente abusivas que justificam a intervenção do legislador e dos aplicadores do Direito, dada à relevância jurídica e económica dessas disposições contratuais, e pela impossibilidade do devedor, por outro meio, satisfazer o seu próprio interesse garantindo que não existirão abusos por parte do credor, através de ferramentas que jogam a favor do devedor, no sentido de minimizar a disparidade existente entre ambas as posições contratuais, em situações de claro excesso por parte do credor.

⁸⁹ Magalhães, Pedro, Jorge, *Governo Societário...*, cit., p. 390.

⁹⁰ Vide Oliveira, Ana Perestrelo de, *Manual de Grupos de Sociedades...*, cit., p. 29.

⁹¹William W. Bratton (2006), *“Bond...”*, cit.

⁹² Ferreira, António Pedro de Azevedo, *A Relação Negocial Bancária*, Quid júris.

O Regime das Cláusulas Contratuais Gerais, já anteriormente destacado, visa, assim, acautelar eventuais abusos económicos e controlar contornos nocivos que possam advir para a parte mais débil da relação contratual, num campo de ação que vai para além da esfera dos consumidores finais e utentes finais dos bens e serviços. Aplicando-se igualmente nas relações entre empresários ou entidades equiparadas (art. 17.º).

Seja qual for a relação em causa, o princípio da boa fé funcionará como diretriz, devendo ponderar-se, à luz do art. 15.º, *“os valores fundamentais do direito, relevantes em face da situação considerada, e, especialmente: a) a confiança suscitada, nas partes, pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, pelo teor deste e ainda por quaisquer outros elementos atendíveis; b) o objetivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efetivação à luz do tipo de contrato utilizado.”*

Assim sendo, considerar-se-ão nulas as cláusulas que sejam atentatórias da boa fé e confiança justificadamente suscitada na outra parte, tão bem como as cláusulas que estejam em desconformidade com o objetivo que as partes visaram atingir com o respetivo contrato.

A inserção das cláusulas de garantia e segurança em contratos de financiamento poderá resvalar para uma situação abusiva e constituir um mecanismo de controlo fático do credor sobre a sociedade devedora, dado que ao credor é acrescentado poderes de atuação para defesa da sua posição contratual, verificando-se uma ingerência significativa nos atos de governação da sociedade.

Por esse motivo, e tendo em vista acautelar a posição de devedor de eventuais abusos do credor, afirma JOANA PEREIRA DIAS⁹³: *“é o próprio ordenamento jurídico, considerado na sua globalidade, que não se compadece com situações passíveis de conduzirem a uma pseudo-escravatura dos devedores, concedendo-lhes vários meios de tutela.”*

O ordenamento jurídico admite que o credor atue em defesa da sua posição contratual, recorrendo aos meios garantísticos que coloca à sua disposição, e admitindo inclusive outros meios emergentes da autonomia privada, para proteção do crédito concedido. Não obstante, imperam limites. E se, por um lado é certo que estamos no âmbito da configuração da autonomia privada e da liberdade de celebração e estipulação contratual, por outro, é imprescindível que haja uma articulação entre o espaço de autonomia concedido aos sujeitos jurídicos e aqueles que são os valores fundamentais do nosso sistema legal.

E, portanto, importa que o credor, no exercício do seu direito subjetivo, atue em respeito pelos limites subjacentes à sua posição contratual, abstendo-se da prática de qualquer comportamento excessivo, de tal forma desproporcional que se encontre em contradição com os ditames fundamentais do ordenamento jurídico.

⁹³ Dias, Joana Forte Pereira, “Contributo para o estudo...”, p. 898.

Uma vez extravasado o seu âmbito funcional, o credor estará sujeito a censura legal, nos termos do art. 334.º do Código Civil. Sob a epígrafe “abuso de direito”, este preceito normativo estatui a ilegitimidade do exercício de um direito quando esteja venha a exceder os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou fim económico ou social desse direito. Estamos perante um instituto que a doutrina e a jurisprudência têm identificado como uma válvula de segurança, determinante para a concretização do controlo jurídico do exercício de direitos subjetivos formalmente válidos, mas substancialmente desconformes e, como tal, repudiáveis pelo legislador.

Assim como decorre do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de outubro de 2017⁹⁴: *“a figura do abuso do direito surge como um modo de adaptar o direito à evolução da vida, servindo como válvula de escape a situações que os limites apertados da lei não contemplam, por forma considerada justa pela consciência social, em determinado momento histórico, ou obstando a que, observada a estrutura formal do poder conferido por lei, se excedam manifestamente os limites que devem ser observados, tendo em conta a boa fé e o sentimento de justiça em si mesmo.”*

A ressalvar que não será, no entanto, qualquer comportamento passível de se revestir como abusivo, nos termos elencados. Determina a lei que o comportamento implique um abuso de tal maneira ofensivo que extravasa o âmbito substancial do direito que lhe serve de base, ainda que em termos formais seja efetivamente um direito válido. De notar ainda que não é necessário para o preenchimento do tipo que o sujeito jurídico esteja em plena consciência do seu comportamento abusivo.

No Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de setembro de 2017⁹⁵, o Tribunal da Relação veio corroborar a decisão plasmada pelo Tribunal *a quo*, que considerava nula a cláusula contratual – em causa uma cláusula *cross default* - que, não tendo sido objeto de negociação, revelava-se desproporcional, uma vez que extrapolava *“as garantias razoáveis que podem ser exigidas pelo credor em nome de um princípio de tutela da confiança, visando apenas a proteção da sua posição contratual e dos seus interesses, pondo dessa forma em causa o equilíbrio de interesses das partes contratantes, bem como a confiança ou expectativa no caso depositada pelo mutuário na celebração do contrato, sendo por isso manifestamente excessiva e contrária à boa fé.”*

⁹⁴ Processo 1468/11.5TBALQ-B.L1.S1 (Relator: Rosa Tching)
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/001fe8ef80ad36cd802581c2005581f1?OpenDocument>

⁹⁵ Processo 1897/14.2T2AGD-A.P1 (Relator: Inês Moura).

Disponível em
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/3e206bffec06d313802581b600554032?OpenDocument>

Veja-se ainda esta cláusula, acordada num contrato financeiro, declarada nula, nos termos do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de julho de 2012⁹⁶, pela sua evidente generalidade e desproporção:

O Banco poderá considerar os seus créditos vencidos e exigíveis e promover a execução da hipoteca se:

- c) Não forem cumpridas quaisquer das obrigações previstas no presente contrato;*
- d) Não forem pagas despesas afectas ao empréstimo;*
- h) O/A(s) mutuário/a(s) celebrar(em) qualquer acordo de pagamento de dívidas com os seus credores ou se se verificarem quaisquer sinais objectivos de deterioração substancial da sua situação económica ou financeira;*
- i) For protestada qualquer letra ou livrança em que o(a/s) mutuário(a/s) seja(m) obrigado/a(s) ou se este(a/s) ingressar(em) a listagem de utilizadores de cheque que oferecem risco;*
- j) O/A(s) mutuário/a(s) deixar(em) de cumprir pontualmente as obrigações decorrentes de outras responsabilidades contraídas, junto de outras Instituições Financeiras, nacionais ou estrangeiras, ou se contra si forem instauradas quaisquer acções executivas.*

Face a uma cláusula desta natureza, não podemos descurar de eventuais riscos que poderão estar na sua base. Pelo que há que procurar delimitar os seus fatores desencadeadores, procurando colocar em evidência os interesses contratuais de ambas as partes contratantes, tendo a parte a quem versa o poder de estipular tais cláusulas o dever de agir em consonância com os interesses previsíveis da contraparte, adotando um comportamento ético e plenamente transparente. Isso significa afastar cláusulas, tal como aquela aqui elencada, que sejam de tal forma genéricas que poderão debilitar a posição do devedor. Apenas dessa forma se poderá assegurar o equilíbrio contratual de vontades, certificando-se que o contraente a quem não é dada a possibilidade de estipular o conteúdo negocial não sai menosprezado no negócio jurídico e é tratado com o devido respeito que a boa fé exige.

⁹⁶ Processo 846/09.4YXLSB.L1-7 (Relator: Maria do Rosário Morgado)

Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f0554351874f811980257a83003ec9df?OpenDocument>

2.3. O dever de informação e o sigilo bancário

Outro ponto importante que importa destacar é que o efeito prático destas cláusulas de garantia e segurança, que visam atuar preventivamente, está condicionado à circunstância de o credor tomar conhecimento de que efetivamente poderá estar na iminência de um evento violador dos deveres a que sociedade devedora se encontra adstrita.

Considerando que o credor não poderá simplesmente estar à mercê da “boa vontade” do devedor em cumprir o pré-determinado, então isso só é passível de se concretizar, caso exista uma representação fiel da situação económico-financeira do devedor, de forma a ser possível monitorizar, em tempo útil, comportamentos levados a cabo pela empresa devedora que coloquem em risco a sua posição contratual.

A esse propósito, importa, antes de mais, destacar o facto de estarmos perante dois agentes que dispõem de níveis distintos de informação. Tendo essa consciência, e atento ao facto de que os administradores possuem, naturalmente, um grau de informação muito superior aos seus *outsiders*, no que respeita à situação financeira da respetiva sociedade, faz todo o sentido que os credores procurem munir-se de mecanismos de monitorização de atos de gestão, através da inclusão no contrato de financiamento de obrigações acessórias que visam minimizar este tipo de conflitos, nomeadamente, através da imposição ao devedor de deveres de informação financeira.

Desta forma, o banco poderá ter uma visão real da situação financeira da sociedade devedora, no decorrer do contrato e estar ciente da atuação da respetiva sociedade no seu próprio governo, e assim minimizar as assimetrias de informação entre as duas partes contraentes.

No entanto, isso poderá não ser suficiente para colocar o credor numa posição segura, uma vez que haverá sempre o risco de o devedor dolosamente privar o credor de informação essencial ao seu cabal esclarecimento.

Por esse motivo, é concomitantemente necessário o cruzamento de informações entre os credores desse mesmo devedor que sejam essenciais à monitorização da sua situação passiva, o que acabará por levantar, naturalmente, questões atinentes ao dever de segredo a que as instituições de crédito se encontram adstritas e que determina que as informações obtidas no âmbito de um contrato não devem ser utilizadas fora desse âmbito contratual, sem que o co-contratante a que essas informações respeitam tenha previamente autorizado ou nos termos legais vigentes⁹⁷.

⁹⁷ Cordeiro, António Menezes, *Manual de Direito Bancário*, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010, p. 327.

Nos termos do n.º 1 do art. 78.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, estão abrangidos pelo dever de segredo os membros dos órgãos de administração ou fiscalização das instituições de crédito, os seus colaboradores, mandatários, comissários e outras pessoas que lhes prestem serviços a título permanente ou ocasional, não podendo estes revelar ou utilizar informações sobre factos ou elementos respeitantes à vida da instituição ou às relações desta com os seus clientes cujo conhecimento lhes advenha exclusivamente do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços.

O n.º do 2 do respetivo art. explicita que estão, “designadamente” (pelo que não se esgota nesta previsão), sujeitos a segredo os nomes dos clientes, as contas de depósitos e seus movimentos e outras operações bancárias.

Não obstante, estão previstas exceções a este dever de segredo. Tais exceções encontram-se previstas no art. 79.º do referido regime e nesse leque de previsões, podemos constatar no seu n.º 1, que os factos ou elementos das relações do cliente com a instituição poderão ser revelados mediante autorização do cliente, transmitida à instituição. Pelo que, que no contrato de financiamento em causa, deverá figurar uma cláusula onde a sociedade financiada expresse o seu consentimento para partilha informações que, na prática, sejam úteis ao acionamento desta cláusula.

A esse respeito, JOANA PEREIRA DIAS⁹⁸ entende que sempre que o devedor venha a consentir a aposição de uma cláusula *cross default* no contrato de financiamento, estará, simultaneamente, a consentir a troca de informações entre instituições de crédito que vá para além daquela que já ocorreria, por via do sistema de informações recíprocas que existe entre as instituições de crédito, nomeadamente sistemas centrais para aferir as responsabilidades creditícias dos seus clientes.

Caso contrário, tal como expressa a autora, esta cláusula seria “inoperante” no alcance dos seus fins, representando, dessa forma, um “*venire contra factum proprium*”, na medida em que, ao consentir a aposição desta cláusula no contrato, estaria a atuar de modo a criar no credor a convicção legítima da operacionalidade dessa cláusula, que apenas se concretizaria dessa forma, vindo depois contrariar essa expectativa.

⁹⁸ Dias, Joana Forte Pereira, “Contributo para o estudo...”, p. 989-990.

2.4. As cláusulas de garantia e segurança e o sistema de garantias

2.4.1. Garantia geral e especial das obrigações

Até ao momento, apurámos que o risco é um fator omnipresente no universo obrigacional. E, nesse sentido, uma variável que deverá refletir-se nos termos que forem acordados pelas partes, de forma a que a posição do credor possa estar devidamente acautelada caso o devedor entre em incumprimento. Assim sendo, a forma de mitigar o impacto de um potencial incumprimento passa pelo recurso às garantias que a ordem jurídica coloca à disposição do credor e/ou de mecanismos convencionados pelas partes, ao abrigo da sua autonomia privada.

Considerando que existem diferentes formas de concretizar esta defesa, mas que pela economia do presente trabalho, não nos é possível explicitar detalhadamente cada uma delas, iremos tecer uma breve análise do sistema de garantias vigente, do ponto de vista geral, como ponto de partida para analisar a forma como os mecanismos de garantia e segurança patrimonial, aqui estudados, poderão se enquadrar nesse mesmo sistema.

Tal como anteriormente referido, sendo o risco de incumprimento contratual uma realidade assente nas relações jurídicas entre privados, é extremamente relevante, para boa defesa dos seus interesses, evidenciar, em cada relação contratual que se estabelece, os riscos que advêm dessa relação e que na prática poderão concretizar-se em expectativas frustradas das partes envolvidas.

As garantias correspondem a um mecanismo de tutela de maior importância no panorama contratual. Estão intrinsecamente ligadas à concessão de crédito⁹⁹ e visam acautelar a posição do credor na medida em que, não sendo as prestações, acordadas no programa contratual, pontualmente cumpridas, o credor possa reagir para salvaguarda dos seus interesses.

O art. 601º do Código Civil estabelece o princípio geral que rege o sistema de garantias, no ordenamento jurídico português. O princípio da responsabilidade patrimonial, enquanto garantia primária dos credores, consiste no facto de todo o património do devedor ser suscetível de penhora, salvo os casos especificamente previstos na lei. Quer isto dizer que, tal como determina o art. 817º do Código Civil, não sendo a obrigação voluntariamente cumprida, tem o credor o direito de exigir judicialmente o seu cumprimento e de executar o património do devedor¹⁰⁰, nos termos previstos na lei, estando sujeitos à execução todos os bens do devedor suscetíveis de penhora que, nos termos da lei substantiva, respondem pela

⁹⁹ Vasconcelos, L. Miguel Pestana de, *Direito das Garantias...*, cit., p. 49.

¹⁰⁰ Dias, Joana Forte Pereira, "Contributo para..." cit. p. 1018 e *Januário da Costa Gomes, Assunção...*, cit. p. 13.

dívida exequenda. A lei regula, no art. 735.º e ss do Código de Processo Civil, os bens que podem ser penhorados e aqueles cuja impenhorabilidade é absoluta, relativa ou parcial.

Estas disposições legais asseguram ao credor a possibilidade de, na circunstância de o devedor não proceder ao cumprimento voluntário das obrigações pecuniárias a que se encontra adstrito, exigir judicialmente a satisfação do seu crédito, através de um processo civil executivo, para reparação deste direito violado¹⁰¹.

Munido de um título executivo, o credor poderá enveredar para uma ação executiva para pagamento de quantia certa, na qual será afetada a generalidade dos bens do devedor ao cumprimento da respetiva obrigação pecuniária através da apreensão judicial do seu património que se mostre suficiente para cobrir o valor em dívida, e consequente venda para que, dessa forma, e mediante os valores auferidos, se possa proceder à – eventual – satisfação do seu crédito.

Não obstante a natureza universal do processo executivo, debruçando-se este sobre todos os direitos patrimoniais do devedor existentes no momento da execução, mesmo que tenham sido constituídos em momentos posterior ao momento da constituição da obrigação ou do vencimento da mesma - apenas se excluindo aqueles bens, tal como anteriormente referido, cuja penhora seja proibida ou esteja limitada por lei - importa ressaltar que, na prática, poderão existir determinadas circunstâncias que poderão condicionar ou até mesmo impossibilitar o credor de satisfazer o seu crédito. Isto porque o credor estará sempre sujeito à circunstância de o devedor ser possuidor de bens na sua esfera patrimonial, podendo ainda acontecer que, apesar de existirem, estes bens sejam, segundo os ditames legais, impenhoráveis por natureza, ou, que existam outros credores em concurso e que o património do devedor não seja suficiente para solver a integralidade dos valores em dívida.

Nesse tocante, o art. 604º do Código Civil prevê o *par condicio creditorum*. Determina este princípio que caso os bens do devedor não sejam suficientes para proceder à satisfação integral de todos créditos, o pagamento aos credores comuns será feito de forma proporcional e, como tal, ao credor a quem lhe é devido um maior montante, beneficiará de uma maior porção¹⁰².

Credores comuns serão todos aqueles que não dispõem de uma causa legítima de preferência. O processo concursal visa, dessa forma, garantir a igualdade de tratamento dos credores que se encontrem nas mesmas condições (art. 194º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas).

Mas há que compreender que essa igualdade não é absoluta. Tal como decorre dos ditames do princípio da igualdade, há que tratar de igual forma o que é igual, e de maneira

¹⁰¹ Freitas, João Lebre de, *A Ação Executiva depois da Reforma*, Coimbra Editora, 4ª Edição, 2004, p. 9.

¹⁰² Martinez, Pedro Romano e Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias de Cumprimento...*, cit., p. 16.

diferente, o que é diferente, não havendo lugar a indiferenciações injustificadas em relação aos credores que se encontram nas mesmas circunstâncias, mas validando tratamentos mais favoráveis quando assim o justifique, nomeadamente por existirem causas legítimas de preferência.

Nesse sentido, o credor comum não possui nenhuma segurança jurídica que o coloque em vantagem em relação aos credores preferenciais, satisfazendo o seu crédito em momento posterior e em situação equiparada aos demais credores, pelo que a probabilidade de se deparar com o cenário de património do devedor não ser suficiente para satisfação dos seus créditos é muito grande.

Veja-se, a esse respeito, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 19 de março de 2019¹⁰³:

No concurso de credores, como em qualquer processo singular, está em causa “o direito de crédito de cada credor contra o devedor, a relação substancial existente entre cada credor e o devedor, que não se altera, por força do concurso de credores. O que pode alterar-se, sim, é o resultado prático do exercício do poder de execução: por causa do concurso, a satisfação integral do credor pode não ser viável, estando sujeita às limitações em consequência da existência, da quantidade e do valor dos direitos dos restantes credores.

Devido a tais condicionalismos, é justificável o recurso a garantias especiais como forma de privilegiar a satisfação de determinado crédito. A essa garantia primária pode acrescer outras garantias – especiais – que visam precisamente reforçar o seu carácter geral, aumentando a probabilidade de o credor satisfazer o seu crédito.

Essas garantias especiais podem assumir uma multiplicidade de configurações, atendendo ao negócio jurídico em causa e à vontade das partes, e conferem ao credor uma posição privilegiada, seja pela afetação do património de um terceiro ao pagamento da dívida (designam-se garantias pessoais, destacando-se a fiança), seja ao conceder preferência na satisfação dos seus créditos, aquando de uma situação de insolvência do devedor.

Nesses termos, a igualdade dos credores é afastada pelos ditames das garantias reais, que lhes concede preferência sobre os demais credores comuns. Sendo causas legítimas de preferência, de acordo com o n.º 4 do art. 604º do Código Civil, além de outras legalmente admitidas, a consignação de rendimentos, o penhor, a hipoteca, o privilégio creditório e o direito de retenção.

¹⁰³ Processo 146570/14.0YIPRT.C1 (Relator: Sílvia Pires)

Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/3985ce7561c69033802583c80051006b?OpenDocument>

Estas garantias foram especialmente concebidas para atribuir ao credor beneficiário uma posição privilegiada na satisfação dos seus créditos, em relação aos demais credores comuns.

2.4.2. As cláusulas de garantia e segurança enquanto garantias

Se por um lado, estamos perante ferramentas indispensáveis à segurança do crédito e à defesa dos interesses do credor, por outro, a forma como o próprio sistema está construído traz algumas limitações de ordem prática que poderão impossibilitar que o credor veja a sua pretensão satisfeita.

Daí que se justifique que, visando a salvaguarda integral da sua posição, o credor atue numa linha de defesa do crédito, munindo-se dos mecanismos garantísticos mais convenientes e que denotem um maior reforço na concretização da obrigação em causa, o que nem sempre passa pela priorização ou exclusividade dos tradicionais meios garantísticos de satisfação de crédito que a ordem jurídica coloca à sua disposição.

Não obstante partilharem o mesmo escopo funcional – garantir o cumprimento de uma determinada obrigação - as garantias anglo-saxónicas diferem das garantias clássicas previstas no ordenamento jurídico português para reforço da garantia geral, nomeadamente porque não atribuem uma posição de vantagem face aos demais credores, mormente numa situação de concurso de credores, nem permitem aumentar o património que responderá pela dívida através de um terceiro garante.

Tendo uma vocação meramente obrigacional, levantam-se questões acerca da sua classificação enquanto garantia.

Para JANUÁRIO DA COSTA GOMES¹⁰⁴, apesar de vulgarmente designadas como garantias, tais cláusulas constituem, na realidade “*meros mecanismos de segurança de crédito*.” Isto decorre do facto de, ao contrário das garantias típicas, estas não atribuírem vantagem relativamente aos demais credores em situação de insolvência, nem permitirem aumentar o património que responderá pela dívida, através de um terceiro garante.

A par do entendimento de JANUÁRIO GOMES, que desmerece o seu enquadramento legal enquanto garantia autêntica, outros autores portugueses têm vindo a debruçar-se sobre essa problemática.

PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE¹⁰⁵ classificam-nas como “*garantias aparentes*”, dado que pela sua eficácia meramente obrigacional, “*nada acrescentam à garantia geral*” e, por isso “*são ineficazes em relação aos demais credores.*”

¹⁰⁴ Gomes, Manuel Januário da Costa, *Contratos Comerciais...* cit. p. 393 ss.

¹⁰⁵ Martinez, Pedro Romano e Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias de Cumprimento ...*, cit., p. 57 ss.

LUÍS MENEZES LEITÃO¹⁰⁶, por sua vez, prefere classificá-las como “*garantias especiais atípicas*”, na medida em que visando o reforço da posição do credor, não se reconduz a nenhuma das modalidades tipicamente previstas na lei.

Já, MIGUEL PESTANA VASCONCELOS¹⁰⁷ enquadra-as no capítulo destinado a “*outros instrumentos de garantia*” que, entre outras figuras “*podem ser usadas como meio de reforço da posição do credor*”, ainda que essa tutela se revele “*fraca*” ou até mesmo “*fraquíssima*”, dado que não atuam no caso de insolvência do devedor.

ARMINDO SARAIVA MARTINS¹⁰⁸ agrupa estas cláusulas em “*outros instrumentos garantísticos do crédito bancário*”, justificando que estes instrumentos aumentam, é certo, a probabilidade de o credor recuperar o crédito, “*mas não são absolutamente determinantes dessa recuperação nem a asseguram.*”

E, por fim, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO¹⁰⁹, titula estas cláusulas por “*acordos de defesa da garantia geral*”, por se tratar de esquemas convencionados pelas partes que visam exatamente tutelar a garantia geral, em defesa dos credores.

Quanto à nossa posição, mais do que uma questão de terminologia, importa atender ao seu caráter funcional. É evidente que em relação às garantias especiais – pessoais e reais – existe uma grande disparidade, desde logo porque não são provenientes do mesmo sistema. No entanto, importa atender ao fim a que se prestam a atingir, que é o reforçar a pretensão do credor em reaver o capital mutuado.

E, portanto, visando o seu caráter funcional, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO¹¹⁰ explica: *as garantias, num fenómeno pouco frequente no Direito civil tradicional, não são definíveis, nem pela sua estrutura, nem por uma especial origem histórica. Elas agrupam figuras díspares, aproximáveis, simplesmente por, em comum, terem o escopo de reforçar a expectativa do credor à obtenção do bem representado por uma obrigação.*” E prossegue: “*a diversidade histórico-cultural acentua-se, ainda, pela receção de diferentes figuras anglo-saxónicas, que correspondem a tradições e técnicas muito diferentes das continentais.*”

Ora, se por um lado, tal como destaca a doutrina, estamos perante mecanismos de tutela “*fracos*”, por outro lado, existem perigos que importa não ignorar, sobretudo quando está em causa uma *cláusula cross default* que, tal como de seguida analisaremos, poderá relevar-se uma ferramenta perigosa para as relações contratuais, se não for devidamente delineada.

¹⁰⁶ Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Garantias...* cit., p. 307 ss.

¹⁰⁷ Vasconcelos, Miguel Pestana, *Direito Bancário...* cit., p. 627 ss.

¹⁰⁸ Matias, Armindo Saraiva, *Garantias Bancárias Activas e Passivas*, Edições Scripto, Lisboa, 1999, p. 55.

¹⁰⁹ Cordeiro, António Menezes, *Tratado...*, cit. p. p. 272.

¹¹⁰ Cordeiro, António Menezes, *Tratado...*, cit. p. 35.

PARTE II – A CLÁUSULA *CROSS DEFAULT*, EM ESPECIAL

CAPÍTULO 1

A Cláusula *Cross default*

1.1. ***Events of default* e a cláusula *cross default*: particularidades**

Analisámos outrora que as cláusulas de garantia e segurança são mecanismos contratuais que visam proteger o credor de possíveis comportamentos do devedor que coloquem em risco o programa contratual, nos termos acordados pelas partes.

Assim, no âmbito dos instrumentos atípicos, incidiremos um especial enfoque sobre a cláusula *cross default* e o seu enquadramento face ao nosso sistema jurídico, dado ser um instituto originário do sistema anglo-saxónico - e perceber se existe, de facto, a possibilidade de este se coadunar com os diversos mecanismos de garantia já preexistentes, operando de forma eficaz e atendendo ao fim a que se destina sem desvirtuar o sistema vigente.

Posto isto, importa atendermos a alguns aspetos, indispensáveis à cabal compreensão deste mecanismo, explicitando nomeadamente aspetos relativos à forma como a posição do credor se encontra, nestes casos, salvaguardada.

Ora, a salvaguarda da posição contratual do credor pressupõe, nestes casos, que estejam previamente elencados no contrato em causa os factos que sejam passíveis de indiciar sério risco para o credor. Assim, numa tentativa exaustiva de se prever todas as possíveis contingências que poderão determinar a falibilidade do plano jurídico contratual, tal como previsto inicialmente (ainda que a capacidade de previsão das partes seja limitada), elaborase um elenco de *events of default*, que permite ao credor reagir, antecipadamente, quando se verificarem eventualidades que vêm perigar a possibilidade de retorno do capital investido.

Essa reação poderá, segundo a cláusula *cross default* ora em análise, determinar o vencimento antecipado da obrigação a que o devedor se encontra adstrito ou até mesmo a resolução do contrato em causa.

Quanto mais ampla for a previsão desta cláusula, ou seja, quanto maior o leque de eventualidades capazes de desencadear os efeitos da cláusula *cross default*, certamente que maior segurança trará para o credor, no entanto, do ponto de vista da sociedade devedora, esta poderá deparar-se com um cenário de maior limitação da sua liberdade na condução dos assuntos da empresa.

E, portanto, questiona-se, que eventualidade deve ser considerada um *event of default*? Existem limitações que importam às partes considerar?

Nesse sentido, importa especificar que *events of default* consistem em factos que, à luz das considerações de DIANA SERRINHA ROSA¹¹¹, constituem para o credor um “*desvio grave ao programa contratual e lhe faz perder a confiança na capacidade de cumprimento pontual do devedor*”.

Não se trata, tal como destacado por JOANA PEREIRA DIAS¹¹², de “*qualquer evento ou até inadimplemento levíssimo, e mesmo insignificante na economia do contrato*”, mas antes de factos cuja verificação indiciam um sério risco de incumprimento do contrato em causa e, por esse motivo, justifica-se que o credor atue de forma a precaver o retorno do capital investido, ainda que dessa ação, surjam implicações gravosas para o devedor.

Não obstante tratar-se de um conceito indeterminado, o “sério risco” deverá ser considerado à luz do princípio da boa fé e da proporcionalidade, devendo avaliar-se os diversos interesses em jogo, sob pena de estarmos perante um exercício abusivo desta cláusula por parte do credor.

E é neste elenco de *events of default* que poderá incluir-se a cláusula *cross default*, uma cláusula de especial importância no que toca à monitorização de incumprimentos ocorridos em outros contratos, que poderão existir perante o mesmo credor ou perante credores completamente alheios àquela relação contratual.

Destaca-se a possibilidade de relações contratuais externas, díspares e que não tenham qualquer elo de ligação com a relação contratual em que esta cláusula é aposta, poderem desencadear efeitos nocivos numa relação contratual cuja pagamento da prestação tem vindo a ser pontualmente assegurado. Ou seja, o credor beneficiário desta cláusula poderá munir-se deste mecanismo para monitorizar as demais relações contratuais a que o devedor se encontre adstrito e identificar a potencial ocorrência dos eventos listados, podendo estes significar indícios de uma situação que, do ponto de vista do credor, se afigura como um sinal prévio de um possível incumprimento. E, nesse caso, poderá o credor beneficiário, exigir o vencimento antecipado ou, no limite, a resolução do respetivo contrato, mesmo que em relação à prestação principal – restituição do valor mutuado -, o devedor atue em conformidade, cumprindo pontualmente os termos acordados.

Estas cláusulas funcionam como um sinal de alerta relativamente às obrigações adstritas ao devedor, dado que existindo indícios de incumprimento em relação a outro contrato, a possibilidade de o devedor não cumprir com as suas obrigações, em relação ao seu contrato vai se tornando uma realidade cada vez mais premente. Relembrando que consiste não só no reembolso do valor acordado, no prazo e termos estipulados, como no cumprimento

¹¹¹ Rosa, Diana Serrinha (2016), “As cláusulas cross default...”, cit., p. 223.

¹¹² Dias, Joana Forte Pereira, “Contributo para...” cit., p. 968.

desses compromissos acessórios, cuja não verificação, poderá levar igualmente ao incumprimento do contrato.

1.2. Modalidades da *cláusula cross default*

Uma vez que estamos sob a esfera da autonomia privada, a formulação de tais cláusulas poderá assumir diversas adaptações, atendendo às características do contrato e àquilo que importa acautelar. Ainda assim, é possível identificar as modalidades de salvaguarda mais comuns.

1.2.1. *Payment cross default*

Na modalidade *payment cross default*, o incumprimento decorre da falta de pagamento (total ou parcial) do valor em dívida, em relação a outro contrato a que o devedor se encontre adstrito, concedendo assim ao credor beneficiário desta cláusula, a possibilidade de exigir antecipadamente o cumprimento da obrigação em causa.

Assim, ao verificar-se um incumprimento na obrigação de pagamento do preço em relação a outro contrato, o credor beneficiário desta cláusula, não só assumirá – naturalmente - que a solidez do património do devedor estará em risco, assim como estará em risco a possibilidade de recuperar o capital investido. Assim sendo, por intermédio desta modalidade, o credor beneficiário poderá posicionar-se face a tal incumprimento, acautelando a possibilidade de o devedor incumprir com as suas obrigações em relação ao seu contrato.

1.2.2. *Covenant cross default*

Por sua vez, a *covenant cross default* corresponde a uma modalidade mais drástica. Por via desta modalidade, se se verificar o incumprimento de qualquer cláusula, para além do incumprimento da obrigação principal de pagamento da prestação, em relação a um contrato celebrado no âmbito de uma relação jurídica com outro credor, o credor beneficiário desta cláusula poderá acionar os efeitos decorrentes da cláusula *cross default*, bastando para tal que o incumprimento dessa obrigação esteja elencado no contrato como *event of default*, e independentemente de qualquer atuação do credor lesado.

Veja-se, a título de exemplo, a respetiva cláusula inserida em contrato financeiro¹¹³:

Fica expressamente convencionado que o Banco poderá, ainda, pôr termo ao presente contrato e considerar imediatamente vencido, independentemente de Interpelação para cumprimento, a totalidade do capital em dívida, cujo pagamento se tornará, então, consequente e imediatamente exigível, acrescido dos juros remuneratórios e/ou moratórios devidos, bem como dos demais

¹¹³ Processo 1897/14.2T2AGD-A.P1 (Relator: Inês Moura).

Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/3e206bffe06d313802581b600554032?OpenDocument>

encargos ou despesas legal ou contratualmente exigíveis, podendo, ainda o Banco promover a execução da(s) garantia(s) constituídas para assegurar as responsabilidades do mesmo emergente nos seguintes casos: Se não for pontualmente cumprida pela Mutuária qualquer obrigação, ainda que não pecuniária, emergente de qualquer outro contrato celebrada ou a celebrar com o Banco ou com qualquer outra instituição de crédito.

Podemos assim estar perante o vencimento antecipado de uma obrigação desencadeada por um incumprimento nos termos de outro contrato externo a esta obrigação em causa, independentemente de o credor cujo incumprimento se verifica, ter antecipado a respetiva obrigação ou resolvido o contrato. Podemos estar perante a resolução de um contrato baseado em factos desencadeados por outro contrato que, porventura, nem sequer foi resolvido ou, por outras palavras, o incumprimento de obrigações acessórias que são facilmente resolvíveis no seio da relação contratual em que este se verifique, poderá ser um facto desencadeador de problemas de enorme proporção para o devedor. Não importa aqui a atuação do credor perante o qual se verifica o incumprimento, sendo irrelevante para estes termos, dado que o que importa é o efeito desencadeador.

Esta modalidade que atende a um incumprimento genérico, reconhecida como cláusula em “branco”, claramente que não tem merecido anuência dos Tribunais, por ser violadora do princípio da boa fé, dada ao manifesto desequilíbrio em que coloca as partes envolvidas, indo para além daquilo que é uma garantia razoável e, portanto, nula.

1.2.3. Capable of

Nesta modalidade verifica-se a existência de uma condição. Se na modalidade anterior, o credor beneficiário podia acionar os efeitos da cláusula *cross default*, independentemente de o credor do contrato originariamente incumprido deter esse poder ou reagir a esse incumprimento, nesta modalidade, diferentemente, ao credor beneficiário apenas é permitido lançar mão da possibilidade de exigir o vencimento antecipado do crédito ou enveredar pela resolução do contrato caso o credor cujo incumprimento se verificou detenha o mesmo poder de exigir vencimento antecipado ou resolução do respetivo contrato.

Veja-se que, neste caso, não é necessário que o outro credor exerça efetivamente os seus poderes, apenas sendo necessário que detenha esse mesmo poder. E, mesmo que opte por não exercer essa possibilidade, tal não obsta a que o outro credor o faça.

Acontece que dado o fenómeno crescente de recurso à cláusula *cross default*, enquanto mecanismo de garantia nos contratos de financiamento - e a continuar-se esta tendência - a limitação que lhe subjaz perderá o seu impacto porque tornar-se-á cada vez mais comum que os diversos credores detenham esse poder e, como tal, que o possam exercer.

1.2.4. Cross acceleration

Existe, nesta modalidade, uma condição adicional à modalidade anterior. Para além de ser necessária a existência de um incumprimento em relação a outro contrato e que ambos os credores disponham do mesmo poder, é ainda necessário que o outro credor, i.e. aquele perante o qual o incumprimento se verificou, em primeiro lugar, exerça efetivamente o direito de exigir o vencimento antecipado da obrigação ou a resolução do contrato, sendo a sua reação decisiva para as consequências que poderão advir do incumprimento do devedor.

Desta modalidade poderá resultar algum impasse para o credor beneficiário, que vê condicionada a salvaguarda dos seus interesses, uma vez que estará dependente da decisão do credor terceiro, de onde resulta o incumprimento inicial, podendo este posicionamento do credor verificar-se num momento tardio, pouco ou nada havendo a fazer para acautelar a sua posição do incumprimento que se aproxima. Ou, no limite, poderá nem sequer haver uma reação desse credor terceiro e, nesse caso, o credor beneficiário desta cláusula vê-se impossibilitado de exercer o seu poder.

Por outro lado, e caso o credor exerça efetivamente o direito de exigir o vencimento antecipado da obrigação ou a resolução do contrato, possibilidade assim a que o outro credor o possa igualmente exercer os respetivos direitos, e realmente o exerça, então caso o devedor não disponha de meios para proceder ao cumprimento dessas obrigações, poderá deparar-se com incumprimentos em cadeia ("*domino effect*").

Das modalidades aqui expostas, esta última parece ser a menos defensável, porque opera de uma forma drástica, na medida em que todos os efeitos estão dependentes de um terceiro credor.

CAPÍTULO 2

Enquadramento com o Código Civil português

2.1. Os efeitos à luz do Código Civil

As cláusulas de garantia e segurança constituem uma realidade contratual de relevo, emergentes de um ordenamento jurídico distinto, e com proliferação crescente no campo internacional. E no nosso território nacional não é exceção, sendo estas alvo de análise doutrinária e jurisprudencial, no sentido de se avaliar se se coadunam com os princípios jurídicos que norteiam o nosso ordenamento.

Segundo a perspetiva doutrinária e jurisprudencial, é um instrumento de segurança de crédito que “*tem pleno acolhimento no ordenamento jurídico português*”¹¹⁴. Entende-se aliás, e tal como referido anteriormente, que a cláusula *cross default* poderá ser a única, das esplanadas no presente trabalho, defensável no âmbito da realidade jurídica nacional.

Aliás, os efeitos decorrentes da cláusula *cross default* não nos são completamente alheios – na medida em que concede ao credor a vantagem de poder exigir antecipadamente o vencimento da prestação, e até mesmo a resolução do contrato, caso o devedor falte ao cumprimento de uma obrigação - verificando-se, inclusive, uma similitude com institutos vigentes no nosso Código Civil, daí que não seja difícil admiti-lo e enquadrá-lo no nosso ordenamento jurídico.

2.1.1. O art. 780º e a perda do benefício do prazo

Ora, como referido anteriormente, uma vez verificado um evento previsto no contrato, associado ao incumprimento de uma obrigação paralela ao contrato em questão, o credor que beneficie de uma cláusula *cross default* tem a possibilidade de exigir antecipadamente o cumprimento da prestação relativa ao seu contrato. Este efeito é o mais comumente convencionado e não é, de todo, algo estranho ao sistema normativo português.

O art. 780º do nosso Código Civil prevê a perda do benefício do prazo que até então corria em prol do devedor, justificando-se pela ocorrência de eventos que culminam na perda de confiança de que o devedor cumprirá pontualmente a obrigação adstrita ao contrato.

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO¹¹⁵ destaca: “*Perante o Direito civil lusófono, a cláusula cross default equivale a uma concretização convencional da perda de benefício do prazo, viável por interpretação extensiva do final do artigo 780.º/1.*”

¹¹⁴ Processo 1897/14.2T2AGD-A.P1 (Relator: Inês Moura).

Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/3e206bffec06d313802581b600554032?OpenDocument>

¹¹⁵ Cordeiro, António Menezes, *Tratado...* cit., p. 278.

Assim, segundo o 780.º do Código Civil, “se o devedor se tornar insolvente, ainda que a insolvência não tenha sido judicialmente declarada ou se, por causa imputável ao devedor, diminuírem as garantias do crédito ou não forem prestadas as garantias prometidas”, o legislador concede ao credor a possibilidade de exigir antecipadamente o cumprimento da devida prestação. Para além disso, prevê o nº 2 do presente art. a possibilidade de o credor, em alternativa à exigência de cumprimento antecipado da obrigação, exigir “*substituição ou reforço das garantias.*”

Estando em causa um mútuo oneroso, a lei determina, no art. 1147.º do Código Civil que o prazo se presume estipulado a favor de ambas as partes. Ainda assim, o mutuário poderá antecipar o pagamento desde que satisfaça os respetivos juros por inteiro. Assim será, uma vez que, tal elucida JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA¹¹⁶: “*neste esquema contratual, quer o devedor quer o credor têm interesse no prazo: o devedor não quer que lhe seja exigida a restituição do capital antes do fim do prazo; o credor também não quer que o capital lhe seja restituído antecipadamente pois quer receber os juros remuneratórios (frutos civis do capital mutuado, art. 212º, n.º 2) combinados pela privação da utilização do dinheiro entregue ao mutuário.*”

Na cláusula *cross default*, as partes associam a perda do benefício do prazo ao incumprimento das respetivas obrigações acessórias acordadas.

2.1.2. O art. 432º e a cláusula resolutiva expressa

Ao vencimento antecipado da prestação acresce ainda a possibilidade, mais radical, de o credor resolver unilateralmente o contrato, uma vez verificado o facto convencionado como fundamento para a resolução do contrato. Mais uma vez, essa possibilidade detém no nosso sistema jurídico um fundamento legal que lhe serve de base: o art. 432º do Código Civil, que prevê os casos em que é admitida a resolução do contrato, desde que expressamente fundado na lei ou na convenção entre partes, no âmbito da sua autonomia privada.

O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de setembro de 2017 a esse respeito determina¹¹⁷:

Esta possibilidade permite às partes salvaguardarem-se perante a possibilidade de modificações ou de quaisquer perturbações na execução de um contrato cuja execução se prolongue por um longo período de tempo, de modo a evitar que o vínculo contratual se torne demasiado oneroso e a desvinculação demasiado morosa e complexa por ter de ser submetida à ponderação e valoração judicial.

¹¹⁶ Proença, José Carlos Brandão (Coord), Comentário ao Código Civil: direito das obrigações, das obrigações em geral, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2018, p. 1067.

¹¹⁷ Processo 1897/14.2T2AGD-A.P1 (Relator: Inês Moura).

Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/3e206bfffec06d313802581b600554032?OpenDocument>

Relembrando que a resolução de um contrato consiste em uma das partes declarar unilateralmente à outra o fim da relação contratual, culminando no termo do negócio jurídico em questão e, assim, colocar as partes na posição que estariam se o contrato não tivesse sido celebrado¹¹⁸. Ficará assim ao critério da parte legitimada – neste caso, o credor - o acionamento desta cláusula.

Não obstante, importa destacar que não poderá ser qualquer evento o rastilho para a resolução do contrato. Importa, para o efeito, atender às circunstâncias concretas do incumprimento e verificar se, atendendo aos limites decorrentes da boa fé, do princípio da proporcionalidade e inexigibilidade, a resolução do contrato é uma medida que se justifique. Para tal, é necessário que o facto que está na base da pretensão do credor seja suficientemente gravoso, de tal maneira que seja insustentável ou irrazoável exigir que a relação contratual continue a vigorar no ordenamento jurídico.

Nessa esteira, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de novembro de 2015¹¹⁹ ressalva:

A cláusula resolutiva não pode, pela sua «exorbitância», entrar em conflito com o princípio da boa fé contratual, não dispensando um posterior e superior controlo e valoração judicial, em ordem à salvaguarda e preservação de princípios superiores que limitam ou corrigem a própria autonomia privada, como é o caso do sobredito e dos princípios da proporcionalidade e da inexigibilidade.

JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA¹²⁰ destaca, no enquadramento que tece ao instituto em questão, que este poderá ser considerado um verdadeiro meio de coerção privada, com especial carácter preventivo, na medida em que o devedor se verá constrangido a cumprir os termos acordados, dado que a efetivação das consequências colocá-lo-ão num estado de total sujeição, que naturalmente pretenderá evitar.

¹¹⁸ Proença, José Carlos Brandão (Coord), Comentário... cit. p. 134.

¹¹⁹ Processo 7582/13.5TBCSC-A.L1.S1 (Relator: Fernandes do Vale)

Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1be7507496aa475f80257f0900358300?OpenDocument>

¹²⁰ Proença, José Carlos Brandão (Coord), Comentário... cit. p. 138.

CAPÍTULO 3

Os riscos associados à cláusula *cross default*

3.1. O efeito dominó e o poder do credor

Reservamos o presente para destacar os demais riscos associados à cláusula *cross default* cujas estatuições possíveis são, tal como analisámos previamente, o vencimento antecipado da obrigação ou a resolução do contrato em causa, embora esteja dependente da vontade das partes a forma como estes efeitos irão operar.

O que torna esta cláusula tão arriscada para o devedor é, sobretudo, o seu efeito contágio, que poderá ser em maior ou menor proporção. Considerando a vulgarização desta cláusula pelas instituições de crédito, não será despiciendo considerar a possibilidade de esta cláusula vigorar em mais do que um contrato em que a sociedade figure como devedora. E, assim, bastará que um incumprimento ocorra para que dê lugar a um efeito dominó (*domino effect*), levando o devedor a uma situação de incumprimento generalizado e, no limite, a uma situação falimentar, especialmente se todos esses credores optarem por acionar os seus efeitos o que, naturalmente, trará implicações, não só para o devedor em causa, mas para os restantes credores.

Por outro lado, o credor beneficiário desta cláusula, poderá optar por não fazer desencadear os efeitos nela previstos. Em vez disso de declarar o vencimento antecipado da obrigação ou até mesmo a resolução do contrato, o credor poderá utilizar a sua posição para renegociar os termos do contrato, tendo em vista o reforço das garantias prestadas pelo devedor.

Como evidencia SÉRGIO COIMBRA RODRIGUES¹²¹: “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 correção no âmago contratual.”

E assim verificamos que, lançando mão dessa posição de vantagem, não raras as vezes o credor utiliza a sua posição não só para ampliar os os deveres da sociedade financiada, através de um reforço das garantias prestadas, como para intensificar o seu controlo face a essa mesma sociedade que, ameaçada com uma situação débil e na esperança de evitar o vencimento antecipado das suas obrigações ou, até mesmo, a resolução do contrato, gerando um incumprimento em cadeia, anuí, ainda que saiba que, na prática, isso conduzirá a uma maior ingerência do credor na condução da atividade da empresa. Daí que se afirme que os credores que beneficiam deste clausulado, beneficiam de um amplo arsenal de ferramentas para lidar com o devedor faltoso.

¹²¹ Henriques, Sérgio Coimbra, “Cláusulas...”, cit., p. 660.

3.2. Formas de mitigação

Se por um lado, as decisões de financiamento a médio/longo prazo exercem um papel determinante na maximização valor da empresa, por outro, requerem, como vimos, uma análise prudente dos efeitos que delas advêm, uma vez que se trata de compromissos que poderão afetar profundamente a estrutura financeira da empresa.

Exposto isto, questionamos: face à suscetibilidade destas cláusulas incorrerem em situações abusivas, como é que o devedor poderá precaver-se, evitando deparar-se com vencimentos em cadeia ou constantes renegociações que, em última instância, visam colocar o credor numa posição de controlo?

Tal requer, em contrapartida, uma maior cautela por parte de quem venha a ser a parte mais débil nessa relação contratual. E, neste caso, consideramos imprescindível que o devedor atente cautelosamente aos *events of event* que o credor pretende incluir no contrato, compreendendo as reais implicações que poderão daí advir e antecipar os riscos decorrentes deste tipo de clausulado antes de se proceder à formalização do contrato, acautelando, tanto quanto possível, a sua posição contratual, mediante a exploração de ferramentas que joguem a seu favor, e minimizando, desta forma, a disparidade existente entre ambas as posições contratuais.

Isso implicaria, na prática, a adoção de algumas demandas, quando assim for possível, uma vez que, e tal como referido anteriormente¹²², poderá não existir uma grande margem para negociações, se estiver em causa a formalização de um contrato com recurso a cláusulas contratuais gerais.

Nesse caso, não haverá, à partida, muito espaço de manobra, limitando-se esta à adoção de uma atuação prudente e, se porventura, a atuação e os termos do contrato não fossem coincidentes com o disposto no regime das Cláusulas Contratuais Gerais, então recorrer-se-ia à via judicial para defesa da sua posição contratual.

Porém, admitindo os casos em que a sociedade financiada possa apresentar alguma influência na estipulação dos termos do contrato, esta deverá, à cautela, munir-se de elementos que visem introduzir algum equilíbrio a esta relação contratual.

Isso passará, deste logo, por limitar a previsão dos *events of default* que funcionam como fatores desencadeares desta cláusula, bem como evitando prever-se no contrato cláusulas genéricas ou de interpretação dúbia, que possam em momentos futuros funcionar em seu desfavor, levando a concretizações abusivas.

¹²² Vide 2.2.2.As cláusulas de garantia e segurança e o regime das cláusulas contratuais gerais.

Nessa ordem de ideias, privilegiar-se-ia as modalidades de *cross default* que fossem menos radicais, como a *payment cross default*¹²³. Sendo de afastar modalidades como a *covenant cross default* por ultrapassarem os limites da razoabilidade e proporcionalidade.

Tendo em vista o princípio da proporcionalidade, importa diferenciar inadimplementos de carácter mais leve e de fácil resolução, aplicando-se, nesses casos, soluções prudentes, antes de se avançar para as consequências mais radicais.

Não podemos olvidar que os incumprimentos pontuais poderão dever-se a situação devidamente identificadas e sem necessidade de grande alarme. E isso deve-se ao facto de as empresas, enquanto agentes económicos ativos, intervirem em diversas relações comerciais e, fruto desses fluxos constantes, poderá dar-se o caso de um incumprimento pontual se dever a lapsos contabilísticos ou problemas relacionados com clientes ou fornecedores¹²⁴. Nesses casos, não fará sentido que o devedor incorra numa situação de incumprimento generalizado.

Estas soluções mais prudentes, para além de respeitarem o princípio da proporcionalidade, poderão beneficiar, por um lado, o devedor, que não se arriscará logo à partida a entrar numa posição de tal forma inoportável, que rapidamente poderá resvalar para a sua insolvência, dando-lhe assim uma oportunidade para se retratar e estimular seu o crescimento e, por outro lado, o credor, que poderá não ter interesse em que estes efeitos operem automaticamente, dada a existência de outras vias de atuação possíveis, certamente mais vantajosas não só para si, como para outros credores e, até mesmo, para o próprio mercado financeiro que beneficiará caso esta relação se desenvolva regularmente.

Estas considerações vêm colocar algumas questões de ordem prática que é a de saber se os efeitos previstos operam automaticamente desencadeados, a partir do momento em que se verifique a situação prevista como *event of default* ou se, pelo contrário, carece de alguma intervenção do credor para a sua concretização.

Ora, a este propósito importa dizer que pelos riscos associados ao efeito dominó, e seguindo a esteira de JOANA FORTE PEREIRA DIAS¹²⁵ não parece razoável que este tipo de consequências opere automaticamente, sem que se prevejam formas de mitigar os efeitos dela decorrentes, como seja, a concessão de um período de graça (*grace period extension*) em que é dado ao devedor a possibilidade de, num período predeterminado, regularizar a obrigação que desencadeará o incumprimento.

Caso contrário, se decorrido esse período, o devedor não tiver regularizado o respetivo incumprimento, então este evento servirá como fundamento à exigibilidade antecipada do capital em dívida ou, até mesmo, à resolução do contrato em causa.

¹²³ Vide 1.2.1. Payment cross default.

¹²⁴ Cordeiro, António Menezes, *Tratado...* cit., p. 276.

¹²⁵ Dias, Joana Forte Pereira, "Contributo para o estudo...", cit. p. 967.

Para alcance de uma maior razoabilidade, poderá ainda estabelecer-se um montante mínimo a partir do qual o incumprimento é passível de desencadear os efeitos da cláusula *cross default*, evitando que incumprimentos relativos a montantes pouco substanciais sejam o desencadeador de efeitos de tal ordem.

Considerando o cenário oposto ao que se tem vindo a destacar no presente trabalho, facto é que a capacidade financeira da empresa devedora poderá, de facto, desenvolver-se em moldes que lhe são favoráveis e, dessa forma, havendo disponibilidade de capital, poderá fazer sentido pagar antecipadamente o valor em dívida, libertando-se dessa responsabilidade. Por isso, é importante assegurar que essa possibilidade não lhe esteja é vedada e que se estabeleça logo à priori as condições em que o capital poderá ser reembolsado, seja parcial ou integralmente.

No que respeita à gestão do financiamento, existe uma delimitação importante a estabelecer, quando esteja em causa uma sociedade financiada integrada numa estrutura societária. Nesses casos, poderá ser do interesse do mutuante acordar que os *events of default* - que, uma vez verificados poderão determinar o vencimento antecipado da obrigação ou resolução do contrato – estendem-se às demais empresas do grupo societário¹²⁶, aumentando, dessa forma, a amplitude desta cláusula. Compreende-se naturalmente que uma estipulação nesse sentido será de evitar, havendo que limitar o número de empresas que ficam efetivamente vinculadas àquelas obrigações.

São estas questões que importa que estejam asseguradas logo à priori, de modo a que o devedor possa garantir alguma flexibilidade na gestão do contrato¹²⁷, flexibilidade essa necessária à proteção da sua posição contratual.

¹²⁶ Rosa, Diana Serrinha (2016), “As cláusulas cross default...”, cit., p. 233.

¹²⁷ Mota, António Gomes e Cláudia Custódio, *Finanças...*, cit., p. 234.

CAPÍTULO 4

A implicação das moratórias de crédito nas cláusulas *cross default* – breve nota

4.1. O Decreto-Lei n.º 10-J/2020, de 26 de março

Consideramos que esta análise não estaria completa se não nos debruçássemos – ainda que de forma breve - sobre um tópico que ganhou especial relevo no contexto socioeconómico dos últimos tempos, motivado pela situação pandémica COVID-19, que compeliu o legislador a adotar medidas de apoio económico dado que as atividades dos diversos setores foram, na sua grande maioria, profundamente afetadas por este evento pandémico, trazendo implicações de vária ordem, mormente para as relações contratuais.

Fruto da supressão das suas atividades e conseqüente quebra de receitas, famílias e empresas depararam-se com problemas de liquidez, a muitas não sendo possível continuar a cumprir com as suas obrigações decorrentes de contratos de financiamento, de forma pontual e atempada. Por esse motivo, e tendo em vista a mitigação dos efeitos decorrentes da redução da atividade económica, o Governo português adotou um conjunto de medidas destinadas a apoiar as famílias e empresas que se depararam com um cenário de vulnerabilidade económica, sem conseguirem fazer face às suas responsabilidades creditícias.

Muito se poderia indagar a respeito deste tema, no entanto, não sendo nosso objetivo extravasar o âmbito substancial deste trabalho cingir-nos-emos à análise das moratórias legais e a suspensão do exercício de direitos, especificamente no que concerne à suspensão da possibilidade de ativação de cláusulas de vencimento antecipado.

O Decreto-Lei n.º 10-J/2020, de 26 de março – entretanto alvo de diversas alterações¹²⁸ - veio estabelecer uma moratória legal que prevê “*proibição da revogação das linhas de crédito contratadas, a prorrogação ou suspensão dos créditos*”, garantindo assim “*a continuidade do financiamento às famílias e empresas*” e prevenindo “*eventuais incumprimentos resultantes da redução da atividade económica.*”

No seu âmbito subjetivo, podemos identificar como entidades beneficiárias as empresas, as instituições particulares de solidariedade social e demais entidades da economia social, bem como determinadas pessoas singulares¹²⁹. Não obstante, dada a natureza da presente dissertação, iremos focar a nossa análise na componente empresarial.

¹²⁸ As modificações sofridas poderão ser consultadas aqui: <https://dre.pt/dre/analise-juridica/modificacoes/10-j-2020-130779509>

¹²⁹ Para que estas entidades possam beneficiar deste conjunto de medidas de apoio, é necessário que preencham cumulativamente as condições previstas no art. 2.º do referido Decreto-Lei, nomeadamente, e no que diz respeito às empresas, é necessário que estejam sediadas ou exerçam a sua atividade económica em Portugal, que sejam classificadas como micro, pequenas ou médias empresas

No âmbito subjetivo, podemos ainda identificar, no n.º 1 do art. n.º 3.º, enquanto contraparte, as instituições de crédito, as sociedades financeiras de crédito, as sociedades de investimentos, as sociedades de locação financeira, as sociedades de factoring e sociedades de garantia mútua e, ainda, as sucursais de instituições de crédito e de instituições financeiras a operar em Portugal.

No que respeito ao seu âmbito objetivo, em causa estão operações de crédito, de contratos de locação financeira ou operacional concedidas pelas entidades financeiras supra referidas.

Em síntese, as entidades beneficiárias acima elencadas poderão beneficiar das medidas de apoio previstas no n.º 1 do art. 4.º do diploma, como seja, a proibição de revogação, total ou parcial, de linhas de crédito contratadas e empréstimos concedidos, a prorrogação, de todos os créditos com pagamento de capital no final do contrato, e ainda a suspensão, relativamente a créditos com reembolso parcelar de capital ou com vencimento parcelar de outras prestações pecuniárias, durante o período em que vigorar o respetivo regime, do pagamento de determinadas obrigações.

Ora, aquilo que se pretende destacar no âmbito da presente nota é o n.º 3 do art. 4.º do referido diploma, que determina que a moratória não dá origem a qualquer incumprimento contratual, ou seja, não pode esta ser considerada um *event of default*.

Este diploma legal, nos casos em que ele é aplicável, obsta assim a ativação de cláusulas de vencimento antecipado - cláusulas *cross default* - não se verificando os efeitos que se produziriam, nomeadamente o vencimento antecipado das obrigações vincendas ou resolução do contrato, uma vez verificados os elementos que, em circunstâncias normais possibilitariam ao credor exigir antecipadamente o capital em dívida.

Esta medida vem diferir o cumprimento das obrigações de pagamento devidas às entidades financeiras pelas entidades beneficiárias deste regime, evitando-se assim uma série de incumprimentos em cadeia que, por sua vez, poderia levar estas empresas a uma situação falimentar.

E assim observamos que um mecanismo que tinha sido outrora criado para servir o interesse do credor, é agora “congelado”, por forma a não trazer mais prejuízos para o devedor, para além daqueles que já decorrem da situação pandémica.

(Recomendação 2003/361/CE da Comissão Europeia, de maio de 2003), que não estejam, a 18 de março de 2020, em mora ou incumprimento de prestações pecuniárias há mais de 90 dias junto da instituição concedente de crédito ou verificando-se um incumprimento há mais de 90 dias, que não cumpra o critério de materialidade previsto no Aviso do Banco de Portugal n.º 2/2019 e no Regulamento (EU) 2018/1845 do Banco Central Europeu, e não se encontrem em situação de insolvência ou cessação de pagamentos, ou que já estejam em execução por qualquer uma das instituições.

Conclusões

As garantias são um elemento essencial das relações creditícias. Para defesa da sua posição contratual, o credor poderá munir-se de ferramentas suplementares à garantia geral, minimizando assim o risco associado ao incumprimento do devedor e, conseqüentemente, aumentando a probabilidade de ver ressarcido aquilo que lhe é devido.

Nesse sentido, prolifera-se, no plano convencional, o recurso às cláusulas de garantia e segurança, cláusulas essas que, ainda que em moldes diversos das garantias especiais típicas, visam o mesmo objetivo: o de reforçar a garantia geral.

Tais cláusulas não atribuem vantagem ao credor, relativamente aos demais credores, em situação de concurso. E, como tal, Podemos questionar-nos acerca da sua real utilidade e se, de facto constituem um mecanismo de garantia e segurança de crédito eficaz.

Esta solução convencional para defesa do crédito destaca-se pelo seu caráter preventivo-compulsório¹³⁰, uma vez que não só permite ao credor prevenir-se de situações que, na sua ótica, poderão corresponder a um sinal de alarme e indiciar algo periclitante para a sua posição contratual, como permitem também, e aqui reside a sua maior importância, reagir face a essas situações, antes que a situação financeira do devedor esteja de tal forma debilitada que este não consiga devolver o capital mutuado.

Para além disso, tais cláusulas contribuem para um melhor funcionamento do mercado económico na medida em que não só facilitam a concessão de crédito àquelas empresas que não dispõem de outra forma de prestar garantias, como suscita no devedor uma maior responsabilidade no cumprimento das suas obrigações.

Certo é que que essa responsabilidade será tanto maior quanto mais gravosas forem as consequências adstritas a um determinado incumprimento e, como tal, crescem os deveres de cuidado na gestão do património da empresa.

A fuga ao formalismo permite-nos também destacar favoravelmente o seu caráter mais simples e menos oneroso, na medida em que se evitam custos processuais bem como a morosidade do sistema judiciário para resolver questões que, numa primeira ótica, podem ser resolvidas através de uma conciliação entre partes.

Posto isto, o que é certo é que as cláusulas de garantia e segurança têm vindo a integrar-se no ordenamento jurídico português e isso justifica-se pela liberdade que é reconhecida aos sujeitos jurídicos para adotar nos seus contratos as cláusulas que lhes aprouver, mas advém, sobretudo, da necessidade de obter formas de controlo do risco que, mais do que reagir *ex post*, depois de verificado o incumprimento, permitam aferir de forma atempada se a solidez do património do devedor corre, ou não, riscos.

¹³⁰ Dias, Joana Forte Pereira, “Contributo para...” cit. p. 903.

Este controlo de risco, que opera *ex ante*, através da monitorização da situação financeira do devedor vai permitir ao credor obter informação em tempo real e reagir antecipadamente, sem desencadear mecanismos formalmente complexos e morosos.

Há que destacar que o recurso a estas cláusulas não invalida o recuso às garantias legalmente previstas, podendo antes funcionar com um mecanismo de tutela adicional¹³¹ e que poderá, desta forma, conviver com as demais garantias típicas.

Por outro lado, é certo, não podemos negar a suscetibilidade de tais cláusulas incorrerem em situações abusivas, na medida em que dependendo das restrições previstas *ab initio*, poderá chegar-se à situação limite de o credor, na prática, relevar-se um autêntico *insider*, podendo usar a sua posição de vantagem contratual por forma a ingerir-se na tomada de decisões da empresa.

Poderá também colocar-se a possibilidade de, não obstante o contrato não prever expressamente um extenso leque de restrições, aquando de uma situação economicamente débil da empresa, o credor, que se encontra numa situação mais vantajosa, utilizar essa circunstância como um meio de ingerência, ao propor uma renegociação dos termos do contrato e, em contrapartida, intensificar o controlo e os deveres do devedor para consigo.

Esta possibilidade de manipulação dos efeitos que poderão emergir na esfera do devedor é, a meu ver, aquilo que suscita maior risco para o devedor, uma vez que poderá culminar em diversos efeitos, que poderão alterar de forma substancial a sua esfera jurídica e beneficiar em larga medida o campo de ação do credor, que dispõe de várias alternativas para acautelar qualquer situação de incumprimento antes mesmo dela ocorrer na sua esfera jurídica.

A este propósito, a cláusula *cross default* tem um lugar de destaque, na medida em que enquanto mecanismo meramente obrigacional, não concede ao seu credor beneficiário uma posição de vantagem em sede de insolvência, mas a verdade é que poderá desencadeá-la. Recorde-se que a cláusula *cross default* vem conceder ao credor a vantagem de este poder exigir antecipadamente o vencimento da obrigação, ou até mesmo a resolução do contrato, caso o devedor falte ao cumprimento de uma obrigação perante o mesmo ou até outro credor.

Se por um lado, com esta solução internamente adotada pelos contraentes para tutela do crédito, nos deparamos com os benefícios que decorrem para o credor - que, mitigando os riscos de incumprimento do crédito, vê a sua posição melhor salvaguardada, reforçando a expectativa em reaver o valor financiado - por outro, o devedor poderá deparar-se com uma posição bastante debilitada.

Isso suscita, conseqüentemente, a necessidade de o devedor, deparando-se com tais riscos, e quando lhe for possível negociar os termos contratuais, encetar formas de mitigar as conseqüências gravosas que possam resultar da inclusão de uma cláusula desta natureza

¹³¹ Jorge, Fernando Pessoa, *A garantia contratual...* cit. p. 11.

num contrato de financiamento, evitando assim deparar-se com o infortúnio de vencimentos antecipados ou resoluções contratuais em cadeia.

Aqui impera também a necessidade de se firmar uma tutela legal que venha dar resposta a estas situações potencialmente abusivas. Um vez que estão em causa cláusulas estranhas ao sistema legal, que submergem no ordenamento jurídico por prática social, existe uma preocupação acrescida em evitar-se subversões que vêm contrariar os seus princípios ordenadores.

Certo é que estamos no âmbito da configuração da autonomia privada e da liberdade de celebração e estipulação contratual, mas é imprescindível que haja uma articulação entre o espaço de autonomia concedido aos sujeitos jurídicos e aqueles que são os valores fundamentais do nosso sistema legal. O que significa que por maior liberdade que se reconheça aos sujeitos privados, nas relações que estes estabelecem entre si, o ordenamento jurídico também deverá ter uma voz ativa no que respeita a estas situações contratuais passíveis de incorrer em abusos da parte do credor, quem, neste âmbito, detém uma posição contratual mais vantajosa.

Referências bibliográficas

- Alcarva, Paulo, *O Financiamento Bancário de PME*, Lisboa, Atual Editora, 2017.
- Almeida, Carlos Ferreira de, *Contratos IV*, Coimbra, Almedina, 2014.
- Antunes, Ana Filipa Morais, *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.
- Antunes, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2009.
- Athayde, Duarte de, Augusto Albuquerque de Athayde, Augusto de Athayde, *Curso de Direito Bancário - Volume I, 2ª Edição*, Coimbra Editora, 2009.
- Barbosa, Mafalda Miranda, *Tutela de credores e medida de resolução: do princípio do tratamento igualitário de credores ao princípio da igualdade* (2019).
- Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/58596f8a29687fe710cf45cd/t/5c3d0092b8a045c4dda2f3fe/1547501718001/2019-04.pdf>
- Black, Oliver (2006), *Independent Promises and the Rescission of Contracts* (Online). Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1748-121X.2003.tb00227.x>
- Botelho, João, *Cláusulas Contratuais Gerais*, Lisboa, Livraria Petrony Editores, 2010.
- Brito, Raquel Capa, *A ingerência do credor controlador no governo societário - Consequências e mecanismos de restabelecimento do equilíbrio entre as partes*, Dissertação de Mestrado em Direito e Gestão, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2011.
- Cordeiro, António Menezes, *Direito Bancário*, 5ª Edição, Coimbra, Almedina, 2015.
- Cordeiro, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, Vol. X, Coimbra, Almedina, 2015.
- Cordeiro, António Menezes (2010), "Negative pledge: um estudo comparatístico", *O Direito*, Ano 142, III, Coimbra, Almedina.
- Cordeiro, António Manuel da Rocha e Menezes, *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2011.
- Costa, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12ª Edição, Almedina, 2018.
- Costa, Mário Júlio de Almeida e António Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais*, Coimbra, Almedina, 1995.
- Cristas, Assunção, Cícero Roberto Pereira, Jorge Morais Carvalho e Alice Ramos, *Incumprimento dos Contratos*, Almedina, 2013.
- Cunha, Paulo Olavo, *Direito Empresarial para Economistas e Gestores*, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2016.
- Dias, Joana Forte Pereira, "Contributo para o estudo dos atuais paradigmas das cláusulas de garantia e/ou segurança: a *pari passu*, a *negative ledge* e *cross default*", Cordeiro, António

- Menezes et all (orgs), Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Volume IV, Estudos de Direito Privado, Coimbra, Almedina, 2003.
- Duarte, Rui Pinto, Curso de Direitos Reais, 3ª Edição, Príncipe Editora, Cascais, 2013
- Eisenberg, Malvin Aron (2009), The Role of Fault in Contract Law: Unconscionability, Unexpected Circumstances, Interpretation, Mistake, and Nonperformance (Online).
Disponível em:
<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1316&context=mlr>
- Esperança, José Paulo e Fernanda Matias, *Finanças Empresariais*, 3.ª Edição, Texto Editores, 2009.
- Favaro, Luciano Monti (2018), Interferência na governação das micro e pequenas empresas gerada pela inserção de covenants nos contratos de mútuo bancário: Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro (Online).
Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/4/2018_04_1263_1284.pdf
- Ferreira, António Pedro A, Direito Bancário, Quid Juris, 2005.
- Ferreira, António Pedro de Azevedo, A Relação Negocial Bancária, Quid Juris, 2005.
- Ferreira, Bruno, *Contratos de Crédito Bancários e Exigibilidade Antecipada*, Coimbra, Almedina, 2011.
- Freitas, João Lebre de, *A Ação Executiva depois da Reforma*, Coimbra Editora, 4ª Edição, 2004
- Garcia, Maria Olinda, Estudos sobre o Incumprimento do Contrato, Coimbra Editora, 2011.
- Gomes, M. 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.
- Gomes, Rui Filipe Costa, O Contrato de Mútuo, as suas particularidades e a análise da sua natureza no contexto do Direito Civil em confronto com o Direito Bancário, Dissertação de Mestrado em Solicitoria, Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Coimbra, Coimbra, 2018.
- Gullifer, Louise and Jennifer Payne, *Corporate Finance Law: Principles and Policy*, Bloomsbury, 2011.
- Hahn, David (2010), The Roles of Acceleration (Online).
Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1547702
- Henriques, Sérgio Coimbra (2014), “Cláusulas de garantia e segurança, Entre a autonomia da vontade e o dever de cumprir – alguns aspetos”, *Revista de Direito das Sociedades*, VI (6).
- Hynes, J. Dennis (1991), “Lender Liability: The Dilemma of the Controlling Creditor”, *Tennessee Law Review*, LVIII (58).

Jensen, Michael C., e Meckling, William H.(1976), *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure* (Online).
Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/0304405X7690026X>

Jorge, Fernando Pessoa, “A Garantia Contratual da Igualdade dos Credores nos Empréstimos Internacionais”, in Centro de Estudos Fiscais (ed.), *Estudos em Comemoração do XX Aniversário*, Separata, Lisboa, 1983

Kern, Alexander, *Principles of banking regulation*, Cambridge University Press, 2019.

Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 11.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2014.

Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. II, 10.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2016.

Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Garantias das Obrigações*, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2016.

Leitão, Margarida Menezes de (2016) *Cláusulas Contratuais Gerais e Negócio Jurídico Bancário*, Data Venia, Edição 6, p. 156 (Online). Disponível em https://datavenia.pt/ficheiros/edicao06/datavenia06_p119-204.pdf

Lopes, Gameiro J. M., *Introdução ao Direito Bancário*, Vislis Editores, 2000.

Machado, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 2010.

Magalhães, Pedro, Jorge, *Governo Societário e a Sustentabilidade da Empresa - Stakeholders Model Vs Shareholders Model*, Almedina, 2019.

Malitz, Ileen B., *The Modern Role of Bond Covenants*, Research Foundation Publications, 1994, p. 11.
Disponível em: <https://www.cfainstitute.org/-/media/documents/book/1994/1994-rf-v1994-n2-4443-pdf.pdf>

Matias, Armindo Saraiva, *Garantias Bancárias Activas e Passivas*, Edições Scripto, Lisboa, 1999.

Martinez, Pedro Romano *Da cessação do contrato*, 3ª Edição, Coimbra, Almedina, 2015.

Martinez, Pedro Romano e Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias de Cumprimento*, 5ª Edição, Coimbra, Almedina, 2006.

Mota, António Gomes e Cláudia Custódio, *Finanças da Empresa*, Booknomics, 2007.

Stewart C. Myers, *Determinants of Corporate Borrowing*, in *The Journal of Financial Economics*, vol. 5, nº 2, 1977.

Neto, Abílio, *Código Civil Anotado*, 19ª Edição Reelaborada, Lisboa, Ediforum, 2016.

Oliveira, Ana Perestrelo de e Madalena Perestrelo, *Incumprimento Resolutório: uma Introdução*, Almedina, 2019.

Oliveira, Ana Perestrelo de, *Manual de Grupos de Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2018.

Oliveira, Ana Perestrelo de, *Manual de Corporate Finance*, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2018.

Pinheiro, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado*, Vol. I, 2ª Edição refundida, Coimbra, Almedina, 2013.

Prata, Ana (Coord), *Código Civil Anotado*, Vol. I e II, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2019.

Prata, Ana, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, Coimbra, Almedina, 2010.

Proença, José Carlos Brandão (Coord), *Comentário ao Código Civil: direito das obrigações, das obrigações em geral*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2018.

Proença, José Carlos Brandão, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, Universidade Católica, 2019.

Ribeiro, Joaquim de Sousa, *O Problema do Contrato - As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Coimbra, Almedina, 1999.

Rosa, Diana Serrinha (2016), “As cláusulas cross default no ordenamento jurídico português”, *Revista de Direito das Sociedades*, Ano VIII, Coimbra, Almedina.

Disponível em <http://www.revistadedireitodassociedades.pt/revistas/ano-viii-1>

Rodrigues, Vasco, *Análise Económica do Direito – uma introdução*, Almedina, Coimbra, 2007.

Sá, Almeno de, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, Reimpressão da 2.ª Edição Revista e Aumentada, Coimbra, Almedina, 2005.

Sá, Almeno de, *Direito Bancário*, Coimbra Editora, 2009.

Santo, Luís Filipe Espírito, *Contratos Comerciais, Direito Bancário e Insolvência (C.I.R.E)*, Colectânea de Jurisprudência Edições, 2010.

Sbrissia, Henrique (2020), *A Clausula Cross default na perspectiva da Análise Económica do Direito* (Online).

Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020_03_0897_0941.pdf

Schmidt, Klaus M. (2008), *The Economics of Covenants as a Means of Efficient Creditor Protection* (Online).

Disponível em <http://www.et.econ.unimuenchen.de/personen/professor/schmidt/publikationen/papers/creditorprotect.pdf>

Squire, Richard (2010), *Shareholder Opportunism in a World of Risky Debt* (Online).

Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2010/03/shareholder-opportunism-in-a-world-of-risky-debt/>

Silva, João Calvão da, *Direito Bancário*, Coimbra, Almedina, 2001.

Simões, Raul Humberto de Lima, *Crédito Bancário*, Instituto Superior do Comércio de Lisboa, 1930.

Simões, Diogo Cruz, *A Cláusula de Cross Default: da admissibilidade ao controlo societário*, Dissertação de Mestrado em Direito – Jurídico-Empresariais, Lisboa, FDUL, Lisboa, 2016.

- Telles, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, Reimpressão da 7.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- Varela, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2011.
- Varela, João Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, Reimpressão da 7.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2015.
- Vasconcelos, L. Miguel Pestana de, *Direito das Garantias*, Coimbra, Almedina, 2011.
- Vasconcelos, Miguel Pestana de, *Direito Bancário*, 2.^a Edição, Almedina, 2019.
- Vasconcelos, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 6.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2010.
- Vasconcelos, Pedro Pais de, *Contratos Atípicos*, 2.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2009.
- Vasconcelos, Pedro Pais et al, III Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, 2014.
- Veiga, Vasco Soares, *Direito Bancário*, 2.^a Edição, Coimbra, Almedina 1997.
- W. Smith Jr. and Jerold B. Warner (1979), *On Financial Contracting, an analysis of bond covenants*, in Journal of Financial Economics, North-Holland publishing Company
- Weidemaier, W. Mark C. (2015), *The Relevance of Law to Sovereign Debt*, (Online).
Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3665/
- William W. Bratton (2006), "*Bond Covenants and Creditor Protection: Economics and Law, Theory and Practice, Substance and Process*", Scholarship Georgetown Law, (Online).
Disponível em:
<https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1575&context=facpub>
- Wood, Philip R, *Law and Practice of International Finance*, Sweet & Maxwell, 2019.
- Zhang, Zilong (2018), *Bank Interventions and Trade Credit: Evidence from Debt Covenant Violations* (Online).
Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/journal-of-financial-and-quantitative-analysis/article/bank-interventions-and-trade-credit-evidence-from-debt-covenant-violations/7E1EB8824340DC2EB64DFF05FD96A6F1>

Jurisprudência

Supremo Tribunal de Justiça

STJ 26/06/2012 - 9398/10.1TBVNG.P1.S1 (Fonseca Ramos)

STJ 17/11/2015 - 7582/13.5TBCSC-A.L1.S1 (Fernandes do Vale)

Tribunal da Relação do Porto

TRP 27/09/2017 - 1897/14.2T2AGD-A.P1 (Inês Moura)

Tribunal da Relação de Lisboa

TRL 12/07/2012 - 846/09.4YXLSB.L1-7 (Maria do Rosário Morgado)

