

ARTÍCULOS

DA MATERIALIDADE DO INCUMPRIMENTO*

PEDRO FERREIRA MALAQUIAS E MANUEL BARBOSA MOURA
*Advogados***

Da Materialidade do Incumprimento

Quer falemos de resolução legal ou de resolução contratual, o incumprimento representará sempre o ponto de partida e por isso o requisito principal do direito de resolução. Porém, o aparecimento deste direito carece também da verificação de outros requisitos, neste contexto surgindo o conceito da materialidade do incumprimento. Deste modo, e no âmbito dos contratos de financiamento, com destaque para aqueles que respeitam à concessão de crédito, poderemos falar em direito de resolução não só quando haja a violação de uma obrigação principal mas também naqueles casos em que se verifique uma situação de incumprimento de outra obrigação, desde que se revista da necessária materialidade para justificar tal mecanismo de cessação.

PALABRAS CLAVE

Incumprimento, Resolução, Obrigações secundárias, Deveres acessórios, Contratos de Financiamento

The Materiality of Non-compliance

Whether we talk about legal or contractual termination, the non-compliance will always represent the starting point of the termination right, and therefore its main requirement. However, this right only appears with the verification of other requirements, thus arising in this context the concept of the materiality of non-compliance. Thereby, within the scope of financing contracts, with particular relevance to those regarding the granting of credit, the right of termination exists not only in those situations where a principal obligation was violated but also in those other situations where another type of obligation was violated, provided that such violation represents a non-compliance which is coated of the necessary materiality to justify said termination mechanism.

KEY WORDS

Non-compliance, Termination, Secondary obligations, Ancillary duties, Financing contracts

Fecha de recepción: 15-1-2015

Fecha de aceptación: 30-1-2015

1 · INTRODUÇÃO

Fruto de séculos de evolução, assume grande relevo na sociedade contemporânea em que nos inserimos a figura do financiamento através de capitais alheios, ou, fazendo uso da sua expressão mais comum: o empréstimo. Com efeito, é deveras banal o recurso a este tipo de financiamento, seja por pessoas singulares ou por empresas, para fins específicos ou pura e simplesmente para a capacitação financeira da pessoa que ao empréstimo recorre¹.

Neste artigo, o interesse de que se reveste esta temática resulta daquele que é um dos principais denominadores comuns da invocação do Direito: a ocorrência de litígios (especificamente, a figura do incumprimento). Neste artigo iremos analisar o incumprimento nos contratos de financiamento e a materialidade que o mesmo poderá assumir no respetivo quadro contratual. Centraremos o exame dos problemas subjacentes àquelas que são as situações mais comuns de contratos de financiamento, o que, considerando o nosso ordenamento jurídico e a tradição na nossa sociedade civil, inevitavelmente

* Sobre o grau de incumprimento gerador do direito de resolução nos contratos de financiamento.

** Advogado do Departamento de Bancário e Seguros da Uría Menéndez – Proença de Carvalho (Lisboa) e Advogado Estagiário do Departamento de Bancário e Seguros da Uría Menéndez – Proença de Carvalho (Lisboa), respectivamente.

¹ Estamos perante um fenómeno transversal protagonizado pelos mais variados agentes e enquadrado nas mais diversas

circunstâncias. De facto, tão banal e leviana se tornou a «ajuda» do crédito que ainda hoje sentimos em Portugal as repercussões financeiras e económicas do desproporcionado recurso ao crédito pelo nosso Estado durante as últimas décadas no plano da dívida pública soberana.

redundará na abordagem do financiamento inserido na prática bancária.

Product of several centuries of evolution, it is of the utmost relevance in our society the phenomenon of debt financing, or, in its most common designation: the loan. In fact, both natural persons and companies very often use this kind of financing, either for specific purposes or merely for their own general financial empowerment. In this article, the interest around this theme results from an issue which is one of the common denominators of Law's summon: the occurrence of litigation (specifically to our case: the figure of non-compliance). In this article we will study the non-compliance of some financing contracts and the materiality that such non-compliance may assume within the respective contractual framework. We will focus the analysis of the underlying problems in the most frequent situations of non-compliance of financing contracts, which, considering our legal system and our civil society's tradition, will inevitably lead to the approach of the financing contracts inserted in the banking practice.

2 · A RESOLUÇÃO POR INCUMPRIMENTO NO DIREITO PORTUGUÊS²

2.1. A resolução legal por incumprimento contratual

2.1.1. O incumprimento como pressuposto fundamental

A resolução do contrato, cuja previsão legal encontra a sua sede no artigo 432.º do Código Civil³, apresenta-se no nosso ordenamento jurídico como um instituto autónomo que consubstancia um «meio de extinção do vínculo contratual»⁴ cujo exercício, condicionado pela verificação de motivo legal ou convencional que o legitime, poderá ser efetivado através de declaração unilateral à contra-

parte (artigo 436.º, n.º 1 do CC). Ora, de acordo com o disposto no artigo 432.º, n.º 1 do CC, percebemos que são consagradas duas modalidades de resolução contratual: a resolução legal e a resolução convencional. Atenta esta configuração, parte da doutrina vê na resolução contratual «um direito potestativo extintivo dependente de um fundamento»⁵.

Com efeito, a resolução legal⁶ funda-se na verificação de um motivo para o qual a respetiva previsão legal comina o direito de resolução a favor de uma das partes. Neste contexto, o facto ou fundamento que gera o direito resolutivo na esfera jurídica de uma das partes é o «facto de incumprimento ou situação de inadimplência»⁷ cuja respetiva averiguação resultará da consideração sobre a conformidade da execução, ou a falta dela, de acordo com o conteúdo contratual prescrito para determinada obrigação. Consequentemente, qualquer «desvio entre a execução do contrato e o programa negocial constitui um inadimplemento»⁸, o que, em sede de contratos bilaterais (ou sinalagmáticos), gera na contraparte (a parte fiel) o direito potestativo de resolução independentemente do direito à indemnização – como resulta do disposto no artigo 801.º, n.º 2 do CC⁹.

2.1.2. Incumprimento de obrigações secundárias e/ou deveres acessórios

Já vimos que o direito resolutivo nasce na esfera jurídica de uma das partes em função do incumprimento pela contraparte do conteúdo contratual em questão. Não basta porém esta premissa, colocando-se ainda a questão da materialidade do incumprimento em causa, ou seja, que grau de incumprimento poderá fundamentar o direito à resolução do contrato.

2 Esta matéria goza de autonomia e complexidade suficientes para estudo próprio, ressalvando-se que, para efeitos do presente estudo, o mesmo considerar-se-á como o incumprimento definitivo (incluindo o cumprimento defeituoso, mas já não a simples mora) imputável a uma das partes e que gera na contraparte o direito de resolução (por impossibilidade de cumprimento ou falta culposa ao cumprimento).

3 De ora em diante abreviadamente designado por CC.

4 ROMANO MARTÍNEZ, *Da Cessação do Contrato*, Almedina, 2005, p. 65.

5 BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos da Resolução por Incumprimento*, in: *Obra Dispersa*, vol. I, Scientia Iuridica, 1991, p. 130.

6 Onde podemos distinguir três situações: a resolução contratual por incumprimento de uma das partes, a resolução por quebra do equilíbrio contratual (no âmbito da qual se insere a resolução por alteração das circunstâncias – artigo 437.º do CC) e a resolução «ad nutum», prevista em casos especiais onde normalmente subjaz como «ratio» a necessidade de proteção de uma das partes. Como se inculca do próprio título deste ponto, no presente estudo abordaremos apenas a resolução legal fundada em incumprimento.

7 BAPTISTA MACHADO, *Ob. Cit.*, p. 131.

8 BAPTISTA MACHADO, *Ob. Cit.*, p. 131.

9 Quanto à aplicação do artigo 801.º do CC aos casos de incumprimento vide GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.ª ed. revista e atualizada, Coimbra Editora, 1997, pp. 454 e seguintes.

Ora, no âmbito das relações obrigacionais derivadas dos contratos podemos, regra geral, fazer a destrição dentro do quadro contratual de modo a encontrar a obrigação principal que, normalmente, define «o tipo ou o módulo da relação»¹⁰. Quanto a esta obrigação, a obrigação principal¹¹, não oferece dúvidas a cominação do direito resolutivo para o seu incumprimento, uma vez que esta encontra-se no eixo da relação contratual e a falta ao seu cumprimento representa o mais relevante e significativo desvio ao programa negocial definido pelas partes. É, pois, relativamente ao incumprimento das obrigações secundárias¹² e/ou deveres acessórios^{13/14} que se discute com maior contro-

vêrsia a relevância e consequente materialidade do incumprimento, questionando-se se o mesmo gera ou não na contraparte (a parte fiel) o direito à resolução do contrato¹⁵.

Em matéria de cumprimento das obrigações podemos, face ao enquadramento legal em que o mesmo se insere no CC, enunciar a consagração de três princípios fundamentais que são os pilares desta matéria: o princípio da boa fé (artigo 762.º, n.º 2), o princípio da pontualidade (artigos 406.º, n.º 1 e 762.º, n.º 1) e o princípio da integralidade (artigo 763.º). Como tal, são estes os três vetores a que deverá obedecer o cumprimento de determinada obrigação, considerando-se haver incumprimento da obrigação quando a atuação que visava o cumprimento não tenha respeitado qualquer um destes três princípios¹⁶.

Por conseguinte, decorre do que foi exposto a conclusão de que o direito resolutivo poderá nascer do incumprimento de qualquer obrigação, quer se trate ou não de uma obrigação principal do contrato. Com efeito, o incumprimento de uma obrigação consubstanciará sempre, seja esta principal ou secundária, um desvio ao programa negocial definido pelas partes, variando na sua amplitude e consequente relevância, mas representando sempre uma situação de incumprimento contratual, que, como sabemos, é o pressuposto fundamental do direito resolutivo. Ora, esta conclusão é defendida pela doutrina maioritária, entendendo-se que o incumprimento que fundamenta a resolução do contrato

10 ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10ª ed. revista e actualizada, reimp., Almedina, 2004, p. 121.

11 Por exemplo, entre outros contratos, no contrato de mútuo civil: o empréstimo de «dinheiro ou outra coisa fungível» pelo mutuante e, por outro lado, a respetiva restituição de «outro tanto do mesmo género ou qualidade» pelo mutuário (artigo 1142.º do CC). Importa ressaltar que o entendimento daquelas que são as obrigações principais deste contrato diverge consoante se considere que este é um contrato real ou um contrato consensual – com efeito, para a doutrina maioritária o contrato de mútuo é um contrato *real quoad constitutionem*, pelo que a entrega da coisa mutuada não representa uma obrigação principal mas antes o ato constitutivo e imprescindível do próprio contrato, pelo que, à luz desta doutrina, apenas temos uma obrigação principal neste contrato – a de restituição da coisa mutuada por parte do mutuário (o que corrobora outra das doutrinas amiúde discutida, a de que estamos perante um contrato unilateral e não um contrato sinalagmático).

12 Quanto a este tipo de obrigações: ANTUNES VARELA, *Ob. Cit.*, vol. I, p. 122: «Ao lado destes deveres principais, primários ou típicos, podem surgir, porém, na vida da relação obrigacional, outros a que, por contraste, podemos chamar deveres secundários (ou acidentais) da prestação. Dentro desta categoria cabem não só os deveres acessórios da prestação principal (destinados a preparar o cumprimento ou a assegurar a perfeita execução da prestação), mas principalmente os deveres relativos às prestações substitutivas ou complementares da prestação principal...».

13 Quanto aos deveres acessórios: ANTUNES VARELA, *Ob. Cit.*, vol. I, p. 123: «Diferentes dos deveres primários ou secundários da prestação são os deveres de conduta que, não interessando directamente à prestação principal, nem dando origem a qualquer acção autónoma de cumprimento (cf. Arts. 817.º e segs.), são todavia essenciais ao correcto processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra».

14 Quanto aos deveres acessórios refira-se ainda que, não obstante ser possível encontrarmos-los previstos no seio dos mais diversos contratos e inerentes às mais variadas obrigações (quer no CC, quer também em diplomas normativos avulsos), é da maior importância a previsão genérica dos deveres acessórios (ou «deveres acessórios de conduta») no princípio geral de atuação em conformidade com a boa fé no âmbito das obrigações em geral (artigo 762.º, n.º 2 do CC). A este propósito, vide ANTUNES VARELA, *Ob. Cit.*, vol. I, pp. 125 e seguintes, e ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 10.ª ed., Almedina, 2006, pp. 77 e seguintes.

15 Vide, entre outras, a seguinte decisão onde se reitera a importância dos deveres acessórios: Ac. da RPT de 6/10/2014 (MANUEL DOMINGOS FERNANDES), onde podemos ler o seguinte: «Assumem ainda frequentemente obrigações secundárias ou acessórias que têm por finalidade criar condições para o cumprimento daquelas ou assegurar a integral satisfação do interesse visado por aquelas. Só o conjunto de todas as obrigações, principais, secundárias e acessórias permitirá cumprir o plano contratual e alcançar a composição de interesses que a partes tiveram presentes na negociação e em vista com a celebração do contrato. Ora, estas obrigações não principais não necessitam de estar expressas no contrato, mas devem de resultar claramente da necessidade de salvaguardar e fazer cumprir os interesses e as finalidades subjacentes ao contrato. Nos casos de contratos cujo cumprimento é relegado para futuro e cujas obrigações dependem de uma série de procedimentos instrumentais, paralelos ao contrato mas indispensáveis para a criação de condições para o seu cumprimento, esses deveres secundários ou acessórios assumem especial relevância».

16 Neste sentido: ROMANO MARTÍNEZ, *Ob. Cit.*, p. 124: «Sempre que o devedor, pura e simplesmente, não cumpra a prestação ou a tenha realizado em desrespeito de qualquer dos princípios referidos, estar-se-á perante uma situação de não cumprimento do dever obrigacional».

pode respeitar a qualquer tipo de obrigação^{17/18/19/20}. Contudo, e apesar do incumprimento ser o pressuposto fundamental para a resolução do contrato, encontramos, para além deste, outros pressupostos de que depende o surgimento do direito de resolução na esfera jurídica da parte fiel.

2.1.3. A «escassa importância» do incumprimento

O primeiro pressuposto adicional alvo de abordagem respeita à relevância do facto de incumprimento ou situação de inadimplência, ou seja, prende-se com a sua importância para o credor da obrigação e, consequentemente, com a relevância do incumprimento no quadro contratual. Com efeito, nesta matéria podemos encontrar uma previsão legal clara e inequívoca quanto à sua natureza: estamos aqui perante um pressuposto de verificação negativa, não valendo, por conseguinte, como pressuposto do direito de resolução o incumprimento que «*tiver escassa importância*»²¹ (artigo 802.º, n.º 2 do CC)²².

17 BAPTISTA MACHADO, Ob. Cit., p. 131: «... o incumprimento tanto pode referir-se à obrigação principal como a prestações acessórias ou à violação de deveres laterais de conduta», e p. 135: «Em regra, a obrigação cuja violação fundamenta o direito de resolução refere-se a uma prestação principal. Mas pode bem tratar-se da violação de uma obrigação acessória».

18 ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, reimp. da 7ª ed., Almedina, 2004, p. 108: «Note-se que a resolução pode fundar-se na violação, tanto de uma obrigação principal, como de uma obrigação secundária ou até de um dever acessório de conduta».

19 ROMANO MARTÍNEZ, Ob. Cit., p. 130: «... em princípio, a violação de qualquer das obrigações emergentes de um contrato viabiliza que o lesado recorra à resolução do vínculo».

20 BRANDÃO PROENÇA, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, 1.ª ed., Coimbra Editora, 2011, p. 291: «... há que valorar a natureza do dever violado (podemos estar perante um dever principal, ou dever acessório impeditivo do cumprimento do principal, um dever lateral importante, etc)».

21 Importa salientar que a «escassa importância» presente neste preceito legal tem origem na «scarsa importanza» presente no artigo 1455.º do *Codice Civile*, em vigor desde 1942, onde podemos ler que: «Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra». Neste sentido vide PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II (Artigos 762.º a 1250.º), 4.ª ed. revista e actualizada, reimp., Coimbra Editora, 2010, p. 60, e também BRANDÃO PROENÇA, *A Resolução do Contrato no Direito Civil: do enquadramento e do regime*, reimp., Coimbra Editora, 2006, pp. 110 e seguintes.

22 Destaque-se também a correspondente disposição legal no ordenamento jurídico alemão, constante do § 323 (5) do *Bürgerliches Gesetzbuch* (de ora em diante abreviadamente designado por BGB) onde se lê na parte final: «Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist». De sentido coincidente, é no entanto distinta a redação, referindo-se o incumprimento que for «irrelevant» (unerheblich).

Apesar deste pressuposto ser consagrado no âmbito da impossibilidade parcial da prestação (artigo 802.º do CC), a norma constante do n.º 2 desta disposição «*encerra um princípio geral da resolução dos contratos*»²³, sendo comumente defendido pela doutrina que a «*escassa importância*» do incumprimento obsta ao surgimento do direito de resolução na esfera jurídica da contraparte (a parte fiel) por se afigurar desadequada (e desproporcional) a extinção do vínculo contratual em função de um desvio irrelevante ao programa negocial definido pelas partes²⁴. Questão subjacente é a que respeita ao método através do qual é apreciada a importância do incumprimento, em relação à qual, e atenta a manifesta interligação entre as matérias, remetemos o respetivo estudo para o ponto seguinte.

2.1.4. A gravidade do incumprimento e a adequação da resolução

Decorre do que ficou dito a propósito da «*escassa importância*» do incumprimento que, para que o incumprimento possa gerar o direito resolutivo é necessário que aquele se revista da necessária gravidade²⁵ para que a resolução do contrato se afigure uma reação que comporte uma solução adequada, estabelecendo-se a devida proporcionalidade entre o incumprimento e a extinção do contrato através da resolução. A exposição deste duplo pressuposto indicia aquele que é um limite natural do direito de resolução²⁶, por sê-lo também relativamente a todo e qualquer direito: o abuso de direito. Efetivamente, o exercício do direito de resolução deixará de ser legítimo pela parte fiel quando o mesmo se afigure contrário à boa fé, aos bons costumes e ao seu próprio «*fim social ou económico*», nos termos definidos pelas coordenadas vertidas na cláusula geral consagrada no artigo 334.º do CC.

23 ABÍLIO NETO, *Código Civil Anotado*, 18.ª ed. revista e actualizada, Ediforum, 2013, p. 804.

24 Neste sentido, vide BAPTISTA MACHADO, Ob. Cit., pp. 134 e seguintes, GALVÃO TELLES, Ob. Cit., p. 464, e, ROMANO MARTÍNEZ, Ob. Cit., pp. 143 e seguintes.

25 Nas palavras de BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, p. 289: «*exigência de um fundamento forte*» ou, p. 291: «*um fundamental breach, na linguagem anglo-saxónica*».

26 Releva aqui o Ac. da RPT de 1/03/2007 (ATAÍDE DAS NEVES) onde o tribunal se decide pela inadmissibilidade da resolução por abuso de direito em função da sua desproporção: «*Por último, diremos que a resolução dos contratos, dada a dimensão financeira dos mesmos, sempre seria sanção desproporcionada e desajustada à conduta menos correcta dos AA., o que constituiria, nessa medida, flagrante abuso de direito*».

De facto, e adicionalmente ao facto de incumprimento ou situação de inadimplência, a doutrina aponta também como pressuposto do direito de resolução a gravidade do incumprimento que motiva a pretensão de extensão do vínculo, fator que determinará a adequação da resolução²⁷. Quer por força do princípio «*favor negotii*» em sede de negócios jurídicos, quer também pelo princípio geral da boa fé no seio das obrigações (artigo 762.º, n.º 2 do CC)²⁸, percebemos que seria injustificado que um incumprimento que não se revestisse de suficiente gravidade pudesse implicar a resolução do contrato²⁹.

Impõe-se ainda percebermos, retomando a questão suscitada no ponto anterior, como é apreciada a referida gravidade do incumprimento. Ora, através de algumas coordenadas legais, mormente, os artigos 793.º, n.º 2, 802.º, n.º 2 e 808.º do CC, podemos descobrir indícios que corroboram a tese de que «é o interesse do credor que deve servir como ponto de referência para o efeito de apreciação da gravidade ou importância do inadimplemento capaz de fundamentar o direito de resolução»^{30/31}. Com efeito, e atenta a natureza da relação obrigacional entre as partes, compreende-se que seja considerado como diapasão da gravidade do incumprimento o interesse que o credor da obrigação tem na

realização da mesma e, claro, as consequências do referido incumprimento dentro do quadro negocial³², ou seja, quais as repercussões na esfera do credor³³. Esta conclusão conduz-nos, inevitavelmente, a uma outra que é igualmente aceite de modo consensual pela doutrina que se debruça sobre este tema: a de que a apreciação da gravidade do incumprimento só poderá ser efetuada em relação ao caso concreto, e, portanto, caso a caso.

2.1.5. Relações duradouras: a quebra da relação de confiança

Ainda no âmbito da análise do direito de resolução resultante de incumprimento, importa atender às especificidades atinentes ao lapso temporal por que se desdobra a relação obrigacional entre as partes. Assim, e distinguindo as obrigações de execução instantânea das obrigações de execução duradoura³⁴, a doutrina defende que deverá existir nas relações duradouras a limitação do surgimento do direito de resolução aos casos em que a gravidade do incumprimento apresente um «*valor sintomático*»³⁵.

27 BAPTISTA MACHADO, Ob. Cit., p. 131: «*Como, porém, não basta qualquer inadimplemento para fundar um direito de resolução, importa depois averiguar se o inadimplemento tem suficiente gravidade (importância) para desencadear tal efeito*». Neste contexto vide o Ac. do STJ de 06/03/2007 (AZEVEDO RAMOS) onde é aplicada ao caso concreto a doutrina professada por BAPTISTA MACHADO ora transcrita.

28 ROMANO MARTÍNEZ, Ob. Cit., p. 130: «*Exige-se (...) que haja adequação entre a gravidade do incumprimento e a pretensão de extensão do vínculo*». Como salienta este autor, que a propósito da necessária gravidade do incumprimento invoca igualmente a relação causal do artigo 563.º do CC, casos há em que esta adequação é determinada por uma relação de proporcionalidade (por exemplo, artigo 1222.º, n.º 1, do CC).

29 Pela sua precisão e correção, importa aqui transcrever um excerto do Ac. da RPT de 20/04/2006 (AMARAL FERREIRA): «*Como resulta do contrato, o direito de resolução encontra-se ligado, não a um simples incumprimento de uma obrigação, mas a uma situação de ruptura da relação contratual (incumprimento grave ou reiterado). O princípio geral da boa fé (artº 762º, nº 2, do CCivil) e o critério geral do abuso do direito (artº 334º do CCivil), bem como a doutrina extraída dos artºs 802º, nº 2, e 808º, nº 1, do CCivil, opõem-se à admissão da resolução se o incumprimento for insignificante ou de escassa importância, devendo ser antes apreciada objectivamente, ponderando os interesses em causa e a consideração do interesse negocial dos contraentes*».

30 BAPTISTA MACHADO, Ob. Cit., p. 134.

31 Neste sentido também ROMANO MARTÍNEZ, Ob. Cit., pp. 143 e 144: «*A gravidade do incumprimento não é apreciada em função da culpa – negligência leve, grave ou dolo – do devedor, mas atendendo às consequências do incumprimento para o credor*».

32 BAPTISTA MACHADO, Ob. Cit., p. 135: «*Ao fim e ao cabo é este interesse e a medida em que ele é afectado que decidem da importância do incumprimento para efeitos de resolução*». A propósito da «*gravidade da inexecução*», e relativamente à contraposição entre um critério subjetivo e um critério objetivo para a sua concretização, vide BAPTISTA MACHADO, Ob. Cit., pp. 135 e seguintes.

33 Relativamente ao apelo a um critério objetivo dentro do critério subjetivo que se consubstancia na referência ao credor da obrigação, vide, entre outras, as seguintes decisões que aplicam a doutrina de BAPTISTA MACHADO: Ac. da RPT de 21/02/2008 (JOSÉ FERRAZ) e Ac. da RPT de 28/04/2014 (MANUEL DOMINGOS FERNANDES).

34 Releva quanto a esta dicotomia ressaltar a diferença existente entre execução duradoura e execução prolongada. Com efeito, e diferentemente do que sucede em obrigações de execução instantânea, existem relações obrigacionais em que de modo frequente ou reiterado vão surgindo nas esferas jurídicas das partes diversas obrigações no âmbito de uma mesma relação obrigacional. Ora, este tipo de obrigações (de execução duradoura) não são iguais àquelas em que a dispersão do momento do cumprimento por determinado lapso temporal se deve exclusivamente à protelação no tempo de uma mesma obrigação (de execução prolongada) – como por exemplo, toda e qualquer obrigação cujo cumprimento seja parcelado em prestações. Contudo, no que concerne às obrigações de execução prolongada, e não obstante a patente diferença relativamente às obrigações de execução duradoura, valerá para aquelas, *mutatis mutandis*, o que neste ponto se dirá a propósito do incumprimento de obrigações de execução duradoura porquanto a *ratio* subjacente – a protelação no tempo da relação obrigacional – é comum a ambos os tipos de execução das obrigações.

35 BAPTISTA MACHADO, Ob. Cit., pp. 138 e seguintes.

É apanágio das relações duradouras o surgimento de uma mais robusta relação de colaboração e de confiança entre as partes uma vez que entre estas é estabelecida uma ligação contratual mais complexa, composta por um leque de obrigações e deveres de conduta, e, por outro lado, assente na confiança recíproca das partes no cumprimento fiel e exato das sucessivas obrigações pela contraparte. Consequentemente, o estreitamento do critério da gravidade do incumprimento no caso das relações duradouras obedece à necessidade premente de consideração das características concretas do quadro negocial na sua globalidade. Assim, sempre que estejamos perante uma relação duradoura, a averiguação da gravidade do incumprimento deverá tomar em consideração a relação obrigacional no seu todo³⁶, procurando perceber se foi ou não afetada a relação de confiança sobre que assenta a relação obrigacional entre as partes.

Deste «*critério especial*»³⁷ podemos retirar opostas ilações quanto à materialidade do incumprimento de onde surgirá para a parte fiel o direito resolutivo. Com efeito, e tendo a apreciação da gravidade do incumprimento a quebra da relação de confiança no horizonte, podemos considerar que, tendencialmente, apenas «*uma violação grave ou reiterada das respectivas obrigações poderá constituir fundamento para a resolução do vínculo*»³⁸, tal como, por outro lado, poderemos igualmente concluir que «*um inadimplemento, ainda que de menor importância, já poderá legitimar a resolução se, pela sua natureza e pelas circunstâncias de que se rodeou (...) for de molde a fazer desaparecer a confiança do credor no exacto e fiel cumprimento das prestações subseqüentes, ou das obrigações contratuais em geral, para o futuro*»³⁹.

Em suma, e resultando claro do que foi exposto que a relação de confiança se erige como a pedra de toque neste ponto, só quando a gravidade do incumprimento passar pelo seu crivo se poderá falar em direito de resolução, resultando este da inexigibilidade⁴⁰ de manutenção do vínculo relati-

vamente à parte fiel⁴¹, não deixando, no entanto, de ser considerados os concretos prejuízos que o incumprimento represente para esta parte.

2.2. Mecanismos resolutivos de natureza convencional

2.2.1. A cláusula resolutive: previsão contratual expressa vs condição resolutive tácita

Na sequência dos problemas expostos é chegado o momento de analisar os casos de incumprimento contratual onde o respetivo direito de resolução nasce diretamente de estipulação contratual pelas partes – cláusulas resolutivas expressamente admitidas pelo artigo 432.º, n.º 1 do CC. Ao abrigo do princípio da autonomia privada (artigo 405.º do CC)⁴², é permitida às partes a estipulação de cláusulas que confirmam o direito à resolução unilateral do contrato⁴³, sendo o seu conteúdo e respetivos pressupostos livremente definidos por acordo das partes^{44/45}. Como vimos, a admissibilidade deste

jurídico», identificando assim uma dupla função à interpretação, em que «*por um lado, define as fronteiras daquilo que ainda resulta do contratualmente acordado e, depois desta determinação, dedica-se a apurar o seu sentido*» e ainda p. 545: «*A inexigibilidade faz, assim, parte integrante do contrato, enquanto limite das prestações devidas pelas partes e, nesse sentido, constitui uma cláusula implícita, ainda que descoberta através do recurso aos elementos ditos «heterónomos» da interpretação*».

41 A este propósito vide BAPTISTA MACHADO, Ob. Cit., p. 144: «*... será aquela violação contratual que dificulta, torna insuportável ou inexigível para a parte não inadimplente a continuação da relação contratual*».

42 Não podendo, pois, desconsiderar os respetivos limites legais, como por exemplo, o artigo 809.º do CC relativamente à renúncia antecipada ao direito de resolução, ou, por outro lado, a Lei das Cláusulas Contratuais Gerais respetivamente aos contratos padronizados.

43 ROMANO MARTÍNEZ, Ob. Cit., p. 82: «*Com frequência, a cláusula resolutive permite que uma das partes resolva o contrato sem necessidade de demonstrar a gravidade do incumprimento e independentemente da actuação culposa do inadimplente*».

44 ROMANO MARTÍNEZ, Ob. Cit., pp. 79 e seguintes, e, BRANDÃO PROENÇA, *Lições ...*, pp. 362 e seguintes.

45 Como adiante veremos, esta cláusula não se basta pela previsão genérica do surgimento do direito de resolução em caso de incumprimento de obrigações, como mostra o seguinte acórdão que cita CALVÃO DA SILVA (a propósito do seu comentário relativamente a outra decisão jurisprudencial). Vide Ac. da RLx de 28/10/2010 (CARLA MENDES): «*As partes não podem dar à cláusula resolutive expressa um conteúdo meramente genérico, referindo-se, por exemplo, ao incumprimento de todas as obrigações contratuais. (...) Quando se limitem a fazer uma mera referência genérica, em branco, à violação de (qualquer uma das) obrigações nascentes do contrato, a estipulação não passará de uma mera cláusula de estilo, meramente *rappel* do regime jurídico da chamada condição resolutive tácita, já que não houve*

36 ROMANO MARTÍNEZ, Ob. Cit., p. 239.

37 BAPTISTA MACHADO, Ob. Cit., p. 138.

38 ROMANO MARTÍNEZ, Ob. Cit., p. 232.

39 BAPTISTA MACHADO, Ob. Cit., pp. 138 e 139.

40 Especificamente sobre o conceito de inexigibilidade nas relações contratuais vide PERESTRELO DE OLIVEIRA, A «*inexigibilidade na relação contratual: interpretação do contrato e heteronomia*», in: O Direito, Ano 145.º, vol. III, 2013, p. 540: «*... resulta claro, em termos abstratos, que o conceito de inexigibilidade, enquanto especificação da boa fé, não pode deixar de ser encarado como um elemento essencial da interpretação do negócio*

tipo de cláusulas contratuais não oferece resistência, centrando-se a discussão doutrinária neste campo na falta de previsão destas cláusulas: será admissível falar na existência de uma condição resolutiva tácita de cariz geral?

Indaga-se assim sobre a admissibilidade de resolução do contrato pela consideração da existência de uma condição resolutiva tácita, que estaria, por conseguinte, implícita no conteúdo de qualquer contrato. Esta tese nasce da interpretação feita do artigo 801.º do CC no sentido de considerar que existiria sempre, tacitamente, o condicionamento da vigência do contrato ao seu pontual cumprimento, o que redundaria em fundamento para a resolução do contrato sempre que tal cumprimento pontual não se verificasse⁴⁶. Tal entendimento não é acolhido pela doutrina maioritária^{47/48}, resultando do leque de argumentos apresentados que não deveremos tomar por contida na disposição ora em análise uma condição resolutiva tácita.

2.2.2. Dos «events of default»

Consolidados os tópicos acima expostos, muito não haverá para dizer relativamente aos «events of default», que, consoante o seu conteúdo⁴⁹, poderão consubstanciar cláusulas resolutivas expressamen-

te estipuladas ao abrigo da liberdade contratual das partes.

Importa, não obstante, reiterar um apontamento relativamente aos «events of default» enquanto cláusulas resolutivas já introduzido no ponto anterior e que se prende com a relação entre a validade das mesmas e o grau de determinação de que carecem as suas previsões. Com efeito, não valerá para estes efeitos uma cláusula que se limite a prever que, caso um contraente viole qualquer das obrigações a que se encontra adstrito, poderá a contraparte resolver o contrato^{50/51}. Por conseguinte, a validade e a força destas cláusulas dependerão de «uma referência explícita e precisa às obrigações cujo incumprimento dá direito à resolução, identificando-as»⁵².

50 Por exemplo, no Ac. da RLx de 23/02/2006 (SALAZAR CASANOVA) não é aceite como cláusula resolutiva expressa a seguinte cláusula: «1- O incumprimento pelo locatário de qualquer uma das obrigações assumidas no presente contrato confere à locadora a possibilidade da sua resolução e o direito de receber do locatário uma indemnização por perdas e danos não inferior a 50% dos alugueres vincendos; 2- No caso de incumprimento das obrigações contratuais, a locadora poderá resolver o presente contrato, por carta registada com aviso de recepção...», uma vez que «Verifica-se, com efeito, que não foi, na aludida cláusula feita nenhuma concretização das obrigações contratuais que justificariam a resolução do contrato».

51 Esta é igualmente a posição da jurisprudência portuguesa, como podemos conferir, entre outros, nos seguintes exemplos: Ac. RLx de 2/06/2009 (MARIA DO ROSÁRIO BARBOSA) onde, num aluguer de longa duração, não foi aceite como cláusula de resolução expressa (fundamento de qualificação do incumprimento como definitivo) a seguinte cláusula «O locador poderá rescindir, com justa causa e unilateralmente, o presente contrato sempre que o locatário falte a qualquer das suas obrigações contratuais»; Ac. STJ de 21/05/2009 (ALVES VELHO) em que não valeu como cláusula resolutiva expressa a seguinte cláusula «1. Para além do previsto nos termos gerais de Direito, são fundamentos de resolução deste contrato: c) Incumprimento por qualquer dos contraentes de qualquer das obrigações decorrentes deste contrato, desde que tal incumprimento se mantenha por período superior a 30 dias, após aviso do referido incumprimento» por se tratar de mera repetição do regime legal geral; e por fim Ac. STJ de 19/11/2009 (SERRA BAPTISTA), onde podemos encontrar a seguinte cláusula resolutiva expressa: «O não cumprimento por parte do cliente das suas obrigações contratuais relativamente ao pagamento das facturas confere à tmn o direito à suspensão do serviço e à rescisão do contrato, cumprindo um aviso prévio de oito dias, com informação ao cliente que meio tem ao seu dispor para evitar a suspensão ou a rescisão, bem como à cobrança coerciva da(s) quantia(s) devida(s), ficando a tmn constituída no direito de cobrar juros moratórios, a calcular sobre os montantes em dívida, contados por cada dia de atraso, à taxa legal aplicável às operações comerciais, nos termos do art. 102.º do Código Comercial», aceite em função da correta determinação do seu conteúdo («a inadimplência da específica obrigação prevista é fundamento e pressuposto indispensável da resolução»).

52 ABÍLIO NETO, *Código Civil* ..., p. 410, e ainda neste sentido, salienta-se a opinião de BRANDÃO PROENÇA, *Lições* ..., p. 373: «É doutrina e jurisprudência pacífica, e não só entre nós, que a cláusula resolutiva deve ser redigida em termos claros e precisos e não de forma meramente genérica ou imprecisa».

uma prévia vontade contratual (bilateral) que de facto valorasse especificamente a gravidade da inadimplência». Percebe-se pelo excerto transcrito que este autor defende a validade da condição resolutiva tácita por interpretação conjunta dos artigos 432.º, 801.º e 808.º do CC, não sendo, porém, opinião unanimemente defendida pela doutrina nacional.

46 Quanto a este ponto, GALVÃO TELLES, *Ob. Cit.*, pp. 457 e seguintes, aponta como origem deste entendimento a elevação a princípio jurídico da «interdependência das obrigações sinalagmáticas».

47 GALVÃO TELLES, *Ob. Cit.*, p. 458: «... a resolução não funciona aqui segundo o mecanismo próprio da condição resolutiva. Esta determina a resolução automática ou caducidade do contrato». Com efeito, não faria sentido que a resolução por incumprimento, tomando a forma de condição, operasse *ope legis*, desconsiderando consequentemente a vontade das partes, valor primordial no âmbito do Direito dos Contratos.

48 ROMANO MARTÍNEZ, *Ob. Cit.*, p. 223: «De facto, não parece aceitável explicar a resolução com base na hipotética «condição resolutiva tácita», porque a presunção de vontade dos contraentes é uma ficção injustificada».

49 Os «events of default», em regra, comportam uma de duas consequências: o vencimento antecipado da(s) obrigação(ões) ou o surgimento do direito à resolução do contrato. Com efeito, são frequentemente estipuladas nos contratos cláusulas em que se associa a determinado facto de incumprimento o vencimento antecipado de determinada(s) obrigação(ões).

3 · DOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO

3.1. Contratos de financiamento paradigmáticos e respetivas cláusulas típicas

3.1.1. Contratos de crédito

Em função do enquadramento social desta matéria no nosso ordenamento jurídico, urge, previamente, circunscrever a análise que se segue àqueles contratos que consideramos serem os contratos de financiamento paradigmáticos: o mútuo e a abertura de crédito. Com efeito, estes dois contratos assumem indelével relevância neste contexto, algo que em larga medida deriva do facto de serem contratos basilares na prática bancária. Ora, no que concerne, por exemplo, ao financiamento das empresas⁵³, é deveras comum o recurso ao empréstimo bancário, seja por intermédio do contrato de mútuo ou do contrato de abertura de crédito⁵⁴. Por conseguinte, e atenta a centralidade destes dois contratos no contexto do presente estudo, inerentemente às reflexões que se seguem estará a sua circunscrição ao plano bancário.

3.1.2. Dos contratos de mútuo e de abertura de crédito

Cabe-nos agora, de modo sucinto, apresentar uma breve descrição de ambas as figuras contratuais e do respetivo enquadramento no nosso ordenamento jurídico.

No que respeita ao contrato de mútuo⁵⁵, alguns problemas são suscitados pela doutrina relativamente à sua qualificação⁵⁶. Não cumpre aqui explanarmos

esta panóplia de problemas, pelo que, para efeitos do presente estudo, o mútuo representa o contrato através do qual uma das partes (o mutuante) empresta à outra (o mutuário) «dinheiro ou outra coisa fungível», ficando esta última obrigada à restituição de «outro tanto do mesmo género e qualidade»⁵⁷. Porém, e paralelamente ao contrato introduzido, temos o mútuo bancário cuja natureza resulta da qualidade do mutuante⁵⁸ e que consubstancia uma espécie dentro do mútuo comercial. Para além desta característica incontornável, o mútuo bancário apresenta especificidades relativamente ao mútuo civil, entre outras questões, no que toca à sua forma⁵⁹ e aos juros⁶⁰. Ora, das várias diferenças que podemos salientar entre o mútuo civil e o mútuo bancário, merece especial destaque a que respeita à atipicidade do mútuo bancário. Com efeito, estamos perante um contrato para o qual não é prescrito regime legal específico, daqui resultando a ênfase da vontade das partes e do programa negocial por elas definido no contrato: em primeiro lugar deverá sempre ser considerado o que foi estipulado contratualmente⁶¹. Contudo, e por força da cláusula geral de direito subsidiário presente no artigo 3.º do CCom, aplicar-se-ão as regras previstas no CC sempre que tal se justifique pela falta de normas comerciais aplicáveis, especialmente previstas ou inseridas no CCom. Para

las a que dão azo estas dicotomias, não vemos que seja esta a sede indicada para aprofundarmos o tratamento destas questões porquanto as mesmas merecem grande atenção e, acima de tudo, por não se afigurar relevante para as conclusões dentro do tema específico sobre que se edifica o presente estudo.

57 Destaque-se o facto de a definição legal de mútuo, vertida no artigo 1142.º do CC, corresponder a uma quase exata reprodução do preceito de que deriva, o artigo 1813.º do *Codice Civile*, onde o legislador italiano prescreve o seguinte: «Il mutuo è il contratto col quale una parte consegna all'altra una determinata quantità di danaro o di altre cose fungibili, e l'altra si obbliga a restituire altrettante cose della stessa specie e qualità».

58 Ou seja, sempre que o mutuante seja um banqueiro (leia-se, um banco) agindo no exercício da sua profissão, nos termos dos artigos 362.º e 363.º do CCom e dos artigos 2.º, n.º 1; 3.º, al. a); 4.º, n.º 1, al. b) e 8.º, n.ºs 1 e 2 do RGICSF.

59 Como resulta do artigo único do já antigo Decreto-Lei n.º 32765, de 29 de Abril de 1943: «Os contratos de mútuo ou usura, seja qual for o seu valor, quando feitos por estabelecimentos bancários autorizados, podem provar-se por escrito particular, ainda mesmo que a outra parte contratante não seja comerciante».

60 Vide o Decreto-Lei n.º 344/78, de 17 de novembro (com as sucessivas alterações), a propósito da regulação dos juros e da classificação do crédito em função do seu prazo.

61 Desta sua natureza atípica resulta também a grande diversidade de conteúdos que o mútuo bancário pode assumir, encontrando-se já estabelecidos como tipos sociais de mútuo bancário, por exemplo, o mútuo de escopo, o mútuo sindicato ou mútuo cristal e o mútuo grupado. Adiante, no ponto 3.2.1. do presente estudo, analisaremos brevemente o mútuo de escopo.

53 E contrariamente àquela que é a prática norte-americana onde é bastante mais comum o financiamento das sociedades através dos mercados de capitais.

54 Releva decisivamente no sentido da supremacia do sector bancário o princípio da exclusividade consagrado no artigo 8.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras – de ora em diante abreviadamente designado por RGICSF.

55 Cujo regime geral resulta das disposições previstas no CC (artigos 1142.º e seguintes), sendo igualmente objeto de regulação sob a denominação genérica de empréstimo enquanto contrato comercial (artigos 394.º a 396.º do Código Comercial – de ora em diante abreviadamente designado por CCom). Neste contexto, relevam também os artigos 362.º a 365.º do CCom, relativamente às operações de banco.

56 Entre outras questões, é bastante discutido pela doutrina se o contrato de mútuo é um contrato real ou consensual, unilateral ou sinalagmático. Apesar do grande interesse inerente às quere-

além desta característica, assume também bastante importância, como adiante veremos, o facto de no mútuo bancário a onerosidade do contrato não ser um elemento accidental mas antes um elemento essencial do contrato, porquanto nestes casos o mutuante age no âmbito da sua profissão, naturalmente remunerada (nomeadamente, através do pagamento de juros).

Por seu turno, no que respeita ao contrato de abertura de crédito devemos começar por referir que esta figura nasce como uma modalidade do contrato de mútuo⁶², autonomizando-se pela sua liberalização na concessão de crédito na prática bancária. Atendendo aos seus traços genéricos, podemos definir a abertura de crédito como o contrato em que um Banco (o creditante) disponibiliza ao seu Cliente (o creditado), por certo lapso temporal, uma quantia de dinheiro que este poderá utilizar, na medida que lhe aprouver (quer em relação à quantidade, podendo inclusivamente nem o utilizar, quer em relação ao tempo em que o faz dentro do prazo que tiver sido acordado entre as partes), em troca da correspondente obrigação de pagamento das comissões estipuladas, do reembolso da quantia utilizada e do pagamento dos respetivos juros^{63/64}. Apesar de se tratar de contrato nominado⁶⁵, a abertura de crédito não é definida pelo legislador português⁶⁶, não sendo também a sua disciplina objeto de regulação legal⁶⁷. Com efeito, sindicando-se a sua origem na liberdade contratual das partes, é deveras comum que o conteúdo destes

contratos seja conformado pelas práticas e usos bancários e por cláusulas paradigmáticas de contratos próximos deste⁶⁸.

3.1.3. Obrigações principais, secundárias e deveres acessórios

Uma vez apresentados ambos os contratos a analisar, cumpre agora elencar a título de exemplo algumas daquelas que são as obrigações principais e secundárias e os deveres acessórios de cada um dos contratos ora em estudo.

No que respeita ao contrato de mútuo, e tendo por base o que *supra* se disse relativamente às obrigações principais enquanto obrigações que definem o «*módulo*» do contrato, importa desde logo precisar que evidencia-se uma diferença neste campo entre o mútuo civil e o mútuo bancário: com efeito, neste último, geneticamente oneroso, a obrigação de pagamento de juros enquanto retribuição do mútuo deve ser considerada uma obrigação principal precisamente por fazer parte deste «*tipo*» de contrato (ainda que se trate de tipologia meramente social). Para além desta obrigação, teremos mais uma obrigação principal (a obrigação de reembolso do capital mutuado por parte do mutuário), ou duas, consoante se considere que se trata de contrato real *quoad constitutionem* ou contrato consensual (porquanto no primeiro caso não existe obrigação de entrega da coisa mutuada na medida em que a mesma representa o ato constitutivo do próprio contrato).

Por outro lado, quanto às obrigações secundárias do contrato de mútuo, não é possível apresentá-las exaustivamente na medida em que as mesmas resultarão do que for estipulado contratualmente ao abrigo da autonomia privada das partes, sendo, porém, possível, elencarmos algumas destas obrigações pela frequência com que constam destes contratos. Neste contexto, refira-se que o já mencionado mútuo de escopo consubstancia um exemplo paradigmático de uma obrigação secundária deveras relevante: a estipulação do dever de cumprimento pelo Cliente do

⁶² Vide MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, 4.ª ed., reimp., Almedina, 2012, p. 639.

⁶³ Para maiores desenvolvimentos quanto à estrutura do contrato e respetiva definição vide MENEZES CORDEIRO, *Ob. Cit.*, pp. 639 e seguintes e Guia de Direito Imobiliário, pp. 121 e seguintes.

⁶⁴ Relativamente às suas principais características devemos evidenciar que se trata de contrato atípico, autónomo e definitivo, consensual, oneroso, de execução prolongada, sinalagmático e *intuitu personae*. Quanto à sua natureza jurídica vide MENEZES CORDEIRO, *Ob. Cit.*, p. 643. Vide, no que respeita mormente à consensualidade deste contrato, o Ac. do STJ de 3/10/2002 (FERREIRA DE ALMEIDA).

⁶⁵ Referido no artigo 342.º do CCom.

⁶⁶ Diferentemente do que acontece no artigo 1842.º do *Codice Civile*, onde o legislador italiano define a «*apertura di credito bancario*» como: «*il contratto col quale la banca si obbliga a tenere a disposizione dell'altra parte una somma di danaro per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato*», reservando também uma disposição própria para a cessação do contrato (artigo 1845.º).

⁶⁷ Estamos, pois, perante mais um contrato atípico, o que implica a já referida ênfase do programa negocial definido contratualmente pelas partes e a validade, nos termos já referidos, da referência ao artigo 3.º do CCom.

⁶⁸ Guia de Direito Imobiliário, p. 122: «*Por se tratar de contrato que tem suporte no princípio da liberdade contratual, muitas das suas cláusulas resultam dos usos bancários e das cláusulas contratuais constantes dos diversos contratos bancários, nominados ou inominados, que com ele têm proximidade*», e, p. 129: «*Quanto à cessação do contrato (...) regra geral, prevalecerá o estipulado pelas partes. Estas devem prever de forma expressa e inequívoca o termo, as hipóteses e os efeitos da cessação do contrato*».

fim a que fica afeto o mútuo, ou seja, a utilização do dinheiro em finalidade diversa daquela que foi contratualmente estipulada consubstancia um caso de incumprimento contratual⁶⁹. Adicionalmente, são também obrigações secundárias o pagamento das taxas e comissões devidas por parte do Cliente e o eventual reforço das garantias prestadas.

Por sua vez, não resta muito para desenvolver relativamente ao contrato de abertura de crédito porquanto, como já vimos, este surge enquanto modalidade do contrato de mútuo bancário e, por conseguinte, partilha com este grande parte da sua estrutura obrigacional. Porém, afigura-se incontornável a referência àquela que é a grande diferença entre ambos os contratos: a entrega do dinheiro por parte do Banco⁷⁰. Ou seja, como explanámos no ponto anterior, o contrato de mútuo distingue-se essencialmente do contrato de abertura de crédito na medida em que neste último a entrega do dinheiro não tem lugar aquando da constituição do contrato mas apenas quando tal resulte da vontade do creditado (que poderá, ou não, coincidir com aquele momento), seja por estipulação contratual ou por pedido de libertação posterior à celebração do contrato. Consequentemente, esta alteração repercute-se naquelas que são as obrigações principais e as obrigações secundárias deste contrato. Assim, e por ser a disponibilidade do dinheiro o núcleo essencial deste contrato⁷¹, as obrigações

principais contidas neste contrato são: a obrigação de disponibilidade e imobilização dos valores, por parte do Banco, e, o pagamento das comissões devidas pela montagem da operação e pela imobilização daqueles valores, por parte do Cliente.

No seguimento do parágrafo anterior, e uma vez que estas consubstanciam tão-somente e apenas os atos da própria execução do contrato e já não aquele que é o eixo das obrigações que o definem, são, por conseguinte, obrigações secundárias as obrigações de libertação (ou disponibilização) dos valores por parte do Banco, e correspondentemente, o reembolso destes valores e o pagamento dos respetivos juros por parte do Cliente.

Quanto aos deveres acessórios, e reprimindo o entendimento que explanámos *supra* relativamente à sua ligação ao princípio geral da boa fé⁷², facilmente se conclui que, em regra, não existirá uma diferença significativa quanto ao seu conteúdo em virtude de estarmos perante um contrato de mútuo ou de abertura de crédito, pelo que procuraremos sucintamente englobá-los unitariamente, ainda que por referência a ambos os contratos. Comummente a doutrina procura elencar os diversos tipos de deveres acessórios consoante o seu conteúdo específico, distinguindo-os entre si em função da categoria em que estes se insiram. Os grupos mais frequentemente identificados são: os deveres de aviso, informação e notificação, os deveres de cooperação, e ainda os deveres de proteção e cuidado. Todavia, em virtude das várias fontes de que estes possam emergir, somos forçados a reconhecer que existe uma miríade de deveres acessórios: no plano das comunicações devidas entre as partes, no que concerne à eventual obrigação de manutenção de certa situação patrimonial ou circunstâncias envolvidas, sendo também deveres comuns a estipulação de obrigações de informação e de prova de determinados factos entre as partes. Estamos, pois, perante uma incomensurável panóplia de possíveis deveres fruto da liberdade contratual que assiste às

69 Estas cláusulas são normalmente previstas como cláusulas resolutivas expressas.

70 Sendo a diferença mais gritante, não é a única. Quanto a esta questão, destacamos a clareza e acuidade do seguinte excerto: «Neste, a contagem dos juros inicia-se com a formalização do contrato e incide sobre o total do crédito mutuado e, normalmente, o capital é amortizado conjuntamente com os juros ao longo da duração do contrato. Diferentemente, na abertura de crédito, a contagem dos juros só inicia com o desembolso dos valores pelo Banco, aquando da sua solicitação pelo Cliente, sendo que só incidirão sobre os montantes efectivamente desembolsados. Durante o período de utilização do crédito, normalmente, são pagos apenas os juros, uma vez que o capital é reembolsado de forma integral ou em prestações depois de vencido este período de utilização do crédito». — Guia do Direito Imobiliário, p. 137. Por seu turno, no plano jurisprudencial, vide o Ac. da RPT de 3/12/2012 (SOARES OLIVEIRA).

71 Como evidencia MENEZES CORDEIRO, Ob. Cit., p. 643: «A doutrina mais recente salienta que a abertura de crédito visa a disponibilidade do dinheiro. Constitui um bem autónomo, próprio, perfeitamente conhecido por todos os operadores e que não equivale a um crédito. Posto isto: o crédito surge, efectivamente, mas por via potestativa e em execução do contrato». Neste sentido, vide também ANTÓNIO FERREIRA, *Direito Bancário*, Quid Juris, 2005, pp. 628 e 629. No plano jurisprudencial, releva quanto às obrigações que caracterizam este contrato o Ac. da RLx de 23/11/2006 (GRANJA DA FONSECA), onde podemos ler

no seu texto: «O contrato de abertura de crédito caracteriza-se pela obrigação do banco nele interveniente ter à disposição do cliente uma soma em dinheiro, por um dado período, ou período de tempo indeterminado, que este tem possibilidade de utilizar mediante operações bancárias».

72 ALMEIDA COSTA, Ob. Cit., p. 77: «... existem os deveres laterais («Nebenpflichten»), derivados de uma cláusula contratual, de dispositivo «ad hoc» ou do princípio da boa fé. Estes deveres já não interessam directamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais, antes ao exacto processamento da relação obrigacional».

partes e do abrangente princípio basilar já mencionado, o princípio da boa fé.

3.1.4. Um apontamento sobre o «Project Financing»

Reservámos um último apontamento para tecer breves considerações relativamente a uma figura que cada vez mais assume-se como um veículo jurídico do financiamento por parte das empresas: o «Project Financing»⁷³. Impõe-se desde logo a necessidade de esclarecer que, contrariamente ao que sucede relativamente aos contratos anteriormente analisados, neste caso não estamos perante um contrato mas perante uma complexa técnica de financiamento que, regra geral, inclui um determinado conjunto de contratos. Trata-se, grosso modo, do financiamento de determinado projeto⁷⁴ através da sua estruturação recorrendo, nomeadamente, a instrumentos de dívida (sendo o financiador o credor destes instrumentos) que serão posteriormente pagos através das receitas criadas pelo projeto em si. Em regra, os contratos de *project financing* contêm uma série de cláusulas onde são estipulados os denominados «remédios jurídicos» para as situações de incumprimento (que, em regra, são também objeto de minuciosa previsão expressa em sede contratual), sendo muito comum a estipulação de «events of default» que importem o vencimento antecipado de determinadas obrigações, bem como a sua estipulação enquanto cláusulas resolutivas expressas.

Sendo uma figura bastante complexa, que não cumpre aqui desenvolver, releva no que concerne ao nosso estudo aquele que é o ponto de contacto com o que foi exposto *supra*: a relevância das obrigações estipuladas nos contratos, quer sejam principais, secundárias ou deveres acessórios, e o respetivo valor do seu incumprimento para aferição do surgimento do direito resolutivo.

3.2. Sobre o incumprimento e o direito de resolução

3.2.1. Entre a resolução convencional e a resolução legal

Uma vez traduzidas nos pontos *supra* as diretrizes essenciais do tema eleito, cabe-nos agora, em jeito de remate, concretizá-las no contexto da figura do contrato de financiamento.

De facto, dúvidas não restam quanto à validade e funcionamento das cláusulas resolutivas expressas, pelo que, em virtude da liberdade de estipulação de causas convencionais de resolução, é perfeitamente válida e eficaz a resolução que resulte da verificação de uma dessas causas⁷⁵. Assim, quando validamente estipuladas, estas cláusulas exoneram a parte que delas se aproveita de ter que converter a situação de eventual mora em incumprimento definitivo porquanto essa é uma das características essenciais da própria cláusula, isto é, a cominação direta do surgimento do direito de resolução na esfera jurídica da parte fiel. É aliás esse o entendimento pacificamente acolhido pela jurisprudência superior no nosso ordenamento jurídico: no âmbito de um contrato de locação financeira, e em virtude da falta de pagamentos de prestações, foi perentória a conclusão de que «*existindo no contrato cláusula resolutiva expressa está o locador desobrigado de converter a mora em incumprimento definitivo*»⁷⁶. Releva também referir que, não raras vezes, as cláusulas resolutivas expressas conferem um determinado prazo para a sanção da situação de incumprimento e/ou estabelecem determinados requisitos para o seu preenchimento⁷⁷.

Por sua vez, na falta de cláusula resolutiva expressa, e atendendo aos parâmetros que fomos apresentando, o direito de resolução do contrato deve ser encontrado nos termos da lei, e como tal, surge na medida em que se verificarem os seus pressupostos (grosso modo, a sua relevância e adequação). Em suma, e como é evidenciado pela sequência desta exposição, no âmbito dos contratos de financiamento, compreendidos no âmbito dos contratos comerciais, assume particular relevo a vontade das

73 NEVITT / FABOZZI, Ob. Cit., p. 1: «A financing of a particular economic unit in which a lender is satisfied to look initially to the cash flows and earnings of that economic unit as the source of funds from which a loan will be repaid and to the assets of the economic unit as collateral for the loan» e «The ultimate goal in project financing is to arrange a borrowing for a project which will benefit the sponsor and at the same time be completely non-recourse to the sponsor, in no way affecting its credit standing or balance sheet».

74 Assumindo este termo uma polissemia bastante ampla neste contexto, podendo referir-se a uma exploração agrícola, à construção de um determinado empreendimento urbanístico, entre incontáveis casos hipotizáveis.

75 Ac. da RLx de 23/06/2005 (ARLINDO ROCHA).

76 Ac. do STJ de 9/02/2006 (OLIVEIRA BARROS).

77 Nestes casos, só a cabal verificação do conteúdo da cláusula faz surgir na esfera jurídica da parte fiel o direito de resolução. Neste contexto, veja-se a seguinte decisão no âmbito de um contrato de abertura de crédito: Ac. da RGui de 12/03/2009 (ANTÓNIO RIBEIRO).

partes, sendo esta mesma relevância exponenciada quando se tratem de contratos atípicos⁷⁸. Por conseguinte, no campo da resolução contratual deverá ser sempre considerado o que foi estipulado pelas partes, operando, residualmente, os critérios normativos gerais que resultam da legislação que lhes é aplicável⁷⁹, direta ou subsidiariamente.

3.2.2. Violação das obrigações secundárias e/ou deveres acessórios: do surgimento do direito de resolução

Neste ponto do presente estudo já sabemos que o direito de resolução poderá surgir na esfera jurídica da parte fiel em virtude da violação de obrigações que não consubstanciem a obrigação principal (ou modular) do contrato, bastando para isso que esse incumprimento se compreenda no espaço balizado pela «*escassa importância*» por um lado, e, por outro, pela suficiente gravidade que o mesmo deverá representar para que se afigure adequada a resolução (não esquecendo as particularidades assinaladas no que concerne à quebra da relação de confiança entre as partes)⁸⁰.

Neste âmbito não poderemos deixar de referir a modalidade específica do mútuo bancário que já introduzimos: o mútuo de escopo⁸¹. Com efeito, a previsão de uma cláusula que contenha a finalidade

do mútuo e preveja o direito de resolução por parte do mutuante em casos de incumprimento do fim a que se encontra adstrito o mútuo concedido é uma prática recorrente e deveras difundida.

Num plano diferente, suponhamos, como mero exemplo, um contrato de mútuo bancário (ou de abertura de crédito) em que são estipuladas várias obrigações secundárias, nomeadamente, o dever do mutuário de apresentar periodicamente documentos (por exemplo, o relatório e contas da empresa) ou de manter determinado rácio de solvabilidade durante a vigência do contrato. Ora, sem prejuízo da necessária e ponderada apreciação em cada caso concreto, parece-nos plenamente defensável que o mutuante pretenda resolver o contrato quando o incumprimento destas obrigações lhe cause sério prejuízo e/ou quebre a relação de confiança existente entre as partes, mormente pela insegurança por parte do mutuante relativamente ao fiel e exato cumprimento das prestações futuras a que se encontra vinculado o mutuário. De facto, subjaz habitualmente a este tipo de obrigações secundárias a necessidade de controlo por parte do mutuante da situação financeira do mutuário, visando facultar àquele os instrumentos necessários para o reforço da sua confiança na capacidade financeira do mutuário relativamente às obrigações de que é credor, justificando-se a resolução contratual quando esta seja comprometida.

⁷⁸ Ac. da RPt de 15/12/2010 (RUI MOURA).

⁷⁹ Como no exemplo do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 349/98, de 11 de novembro, no caso do crédito à habitação (que consubstancia uma modalidade de mútuo de escopo).

⁸⁰ Como sucedeu no Ac. do STJ de 19/04/1995 (TORRES PAULO), onde se considerou legítima a resolução contratual por incumprimento de um dever de informação.

⁸¹ Que poderá assumir as mais variadas subespécies (crédito à habitação, crédito à construção, crédito de formação, entre muitas outras hipóteses).