

O regime do mútuo civil como matriz dos contratos de concessão de crédito

Mestrado em Direito e Prática Jurídica – Especialidade em Direito Civil

Orientação – Professora Maria Raquel Rei

José Lança de Matos

Resumo: Não obstante a sua importância económica e social, juridicamente a categoria dos contratos de crédito e o negócio de crédito em geral é difícil de precisar. A concessão de crédito pode assumir diversas formas, técnicas e funcionamento consoante o tipo de contrato em que se materialize. Inexistindo quaisquer normas que se assemelhem a um regime geral do crédito, é usual o recurso ao mútuo civil oneroso como “tronco” dos contratos de crédito. Na presente dissertação, iremos proceder à análise de alguns dos mais comuns tipos contratuais de crédito, procurando descortinar o seu funcionamento e natureza jurídica, buscando semelhanças ou aproximações do mútuo civil que evidenciem essa função central deste contrato. Posteriormente, com base nesses pontos comuns, iremos determinar quais as normas do mútuo civil oneroso que podem ter aplicação relevante às relações de crédito. Por fim, iremos observar as teorias que foram avançadas sobre a teoria geral do ato de crédito, buscando os elementos essenciais das relações que possam ser subsumidas a esta classificação.

Palavras – Chave: Crédito, mútuo, juros, instituições financeiras.

Abstract: Despite its' economic and social importance, juridically the category of credit contracts and the credit relation in general is difficult to define. Credit concession can take on many diverse forms, techniques and inner workings depending on the contractual type upon which the credit relation takes form. In the absence of a general set of norms on credit agreements, the simple civil loan is often regarded as the “core” of credit agreements. In this dissertation, we will analyse some of the most common types of credit contracts, seeking to understand its workings and juridic nature, and find common ground between them and the simple civil loan agreement that makes evident said “core” function of this contract. Then, based on those common grounds, we will determine which of the civil norms that regulate the loan contract may have relevant application beyond it, in other different credit contracts. Lastly, we will shift our attention to the theories that have been proposed regarding the credit relation in general, to try and determine the essential elements of this category of acts.

Keywords: Credit, loan, interest, financial institutions.

Nota Prévia: todos os artigos cuja origem não seja expressa ou deduzível do contexto deve ser entendida como sendo do Código Civil. São apenas usadas siglas que, pela sua notoriedade, julgamos dispensar esclarecimentos.

Conteúdo

I – Introdução	4
II – A Vertente Institucional do Crédito	5
III – Dos Contratos de Crédito em Especial	7
III.I - Do Mútuo Civil.....	8
II.II - Do Mútuo Bancário	15
II.III - Do Contrato de Abertura de Crédito	20
II.IV - Descoberto Bancário – Ponto Único	30
II.V – Cessão Financeira ou <i>Factoring</i>	32
II.VI – Locação Financeira ou <i>factoring</i>	55
III – As Normas do Mútuo Relevantes como Regra Geral	68
III.I – O Regime dos Juros	69
III.II – O Vencimento Antecipado da Obrigação de Restituição.....	85
III.III – A Resolução por não pagamento de juros.....	91
IV – Teoria Geral da Relação de Crédito	95
IV.I – As teorias sobre o mecanismo prático do crédito	95
IV.II – Elementos essenciais da relação de crédito	102
V – Conclusões	105
Referências Bibliográficas.....	107

I – Introdução

A doutrina portuguesa, salvo exceções, parece ter dedicado parca atenção ao negócio de crédito em geral, especialmente nas décadas mais próximas. Enquanto os contratos de crédito em especial recebem plena atenção, o ato de crédito em geral parece ter sido preterido. Não se limitando esta tendência a Portugal, a maioria da bibliografia existente sobre o tema emana de Itália, Alemanha, e, ainda que com menor expressão, mas não irrelevante, de França. Mas até estes ordenamentos parecem ter “abandonado” o tema depois da década de 60 do século XX.

Inexistindo entre nós um regime geral de crédito, surge amiúde nesse papel o mútuo civil oneroso, remetendo-se para esses artigos a regulação supletiva das situações que possam integrar a ampla categoria que são as relações de crédito.

É desnecessário por notoriedade fundamentar hoje a relevância do crédito e da sua concessão. A recente expansão exponencial da economia, e atual quase onipresença do setor financeiro em tantos aspetos do quotidiano, alicerçaram-se no crédito concedido tanto a pessoas singulares, famílias e empresas – no início de 1984 o montante total emprestado por instituições financeiras em Portugal totalizava €14 153 600 000; em 2024 esse valor perfaz €294 406 500 000¹(valor correspondente a 121% do PIB português), representando um aumento de 1980% em 40 anos. Também neste período, o engenho do jurista criou e apurou vários novos tipos contratuais de concessão de crédito (e certamente continuará a criar) como a cessão financeira e a locação financeira, cuja expressão não é despicienda. Esta conjuntura parece merecer uma revisitação ao tópico, não de uma perspetiva pública de regulamentação e supervisão ou política económica ou financeira – essa discussão manteve-se certamente mais viva –, mas de um prisma civilista.

Assim, na presente dissertação iremos analisar o regime e funcionamento do contrato de mútuo civil oneroso, e, seguidamente, voltaremos a nossa atenção para alguns dos tipos contratuais de crédito em especial, procurando entender o seu

¹ Estatísticas disponibilizadas pelo Banco de Portugal, disponível em <https://bpstat.bportugal.pt/serie/12527177> (consultado fevereiro 2024)

funcionamento e estabelecer pontos comuns entre cada um deles e o mútuo civil oneroso – a matriz. Posteriormente, estando estabelecidas tais ligações e demonstrado o papel nuclear do mútuo nesses contratos, iremos perceber quais as normas civis do mútuo que podem ter uma aplicação prática relevante como “regra geral” dos contratos de crédito. Por fim, iremos debruçar-nos sobre as teorias sobre a relação de crédito e do seu mecanismo prático, e procurar os elementos essenciais que definem este tipo de relações, numa contribuição para uma eventual noção geral de crédito.

Pretende-se assim perceber se, de facto, o mútuo pode ser perspetivado como a matriz de todas as relações de crédito e, em caso positivo, quais as consequências práticas da influência do mútuo nos contratos de crédito em especial.

Para tal fim, procedi à revisão crítica da literatura, legislação e jurisprudência existente, não só do nosso ordenamento jurídico, mas também fora dele, procurando contribuições para a interpretação e aplicação das normas do mútuo e das questões que este tipo suscita.

II – A Vertente Institucional do Crédito

Antes de mergulharmos no cerne da presente dissertação, cabe assinalar um aspeto importante. Quando falamos de crédito, ainda que não seja o foco da presente dissertação, não poderíamos deixar de mencionar a vertente institucional. A concessão de crédito é tratada pelo legislador com acentuada cautela em relação às demais atividades económicas – tal é o caso para todas as atividades de cariz financeiro, que são hoje as mais reguladas de todas². Esta cautela não é mais óbvia senão no próprio princípio da exclusividade constante do artigo 8º do RGICSF, que apenas permite instituições de crédito autorizadas a conceder crédito de forma profissional e habitual, e limitando a sua atividade a um estrito elenco de operações permitidas.

² A justificação da intervenção e regulação da atividade bancária (e de todo o setor financeiro), bem como as motivações históricas, sociais, económicas e jurídicas que lhe serve de base e fundamento são amiúde objeto de rica e profunda análise e discussão na literacia jurídica e económica, mas não têm cabimento no objeto da presente dissertação. Para melhor entendimento deste tópico *vide* entre nós SANTOS, António Carlos dos, GONÇALVES, Maria Eduarda e MARQUES, Maria Manuel Leitão, “Direito Económico”, 7ª edição, Almedina, Coimbra, maio 2014, pp. 207 e ss., 421 e ss., e ATHAYDE, Augusto de, “Curso de Direito Bancário – Vol. I”, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, maio de 2009, pp. 277 e ss.

A Lei define instituições de crédito como “empresas que recebem do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis e concedem crédito por conta própria” (artigo 1º-A, n.º 1 do RGICSF). Apesar de ser possível enquadrar várias instituições nesta definição legal – sendo que a própria lei as elenca, no artigo 3º do RGICSF – é inquestionável que, hoje em Portugal, o setor bancário e a figura do banco são preponderantes no setor financeiro. São os bancos que realizam a maior parte das operações reservadas às instituições de crédito, conforme resulta do artigo 4º do RGICSF – as demais instituições, tais como as empresas de investimento e as sociedades financeiras, têm competência quase residual, assumindo um papel manifestamente menor e mais limitado em face aos Bancos, normalmente dedicando-se a apenas um tipo contratual de concessão de crédito. Tal é a realidade sentida em quase todo o continente europeu, que, historicamente, dedicou a sua atenção e esforços de desenvolvimento aos bancos, em detrimento dos mercados de valores mobiliários, maculados cá por alguma “desconfiança”; já nos Estados Unidos da América podemos observar exatamente o oposto, onde se viu nos valores mobiliários – ou *securities* – o meio preferível de financiamento, levando a um maior desenvolvimento da bolsa³.

Como tal, na presente dissertação referir-nos-emos aos bancos como o principal operador financeiro, com legitimidade para o exercício da maior parte das operações de crédito. Ressalvando-se desde já que, como referimos, o sistema financeiro é complexo e conta com a participação de vários operadores no seu meio, pelo que serão também devidamente referidas as demais sociedades que podem conceder crédito. De facto, se a presente dissertação visa incidir maioritariamente sobre as normas civis, estaria incompleta sem a análise de diplomas do setor financeiro e bancário e da análise da vertente institucional sempre que se revele relevante.

Não obstante a sua natureza contratual, a praxis bancária tende a demonstrar pouco ou nenhum espaço para negociação nas suas operações de crédito, salvo exceções de contratação com estados ou grandes empresas. A enorme escala em que os bancos celebram contratos torna necessária a standardização e uniformidade dos contratos celebrados dado que “se exigem do banco diligência e técnica na prudente avaliação,

³ Para uma explicação mais aprofundada deste contraste *vide* MENEZES CORDEIRO, António Barreto, “Manual de Direito dos Valores Mobiliários”, 2ª edição, Almedina, Coimbra, novembro 2018, p. 56 e ss.

mensuração e mitigação de riscos decorrentes das operações em que participa”⁴. Como tal, os contratos celebrados pelos bancos são preenchidos por cláusulas pré-redigidas pelo banco, aperfeiçoadas em face do estado da arte e tecnicidade da atividade bancária, cumprindo com as exigências de prudência e gestão de risco impostas por lei e, simultaneamente, salvaguardando a sua posição e garantindo o cumprimento dos fins a que o contrato se destina. Assim, o cliente apenas tem a faculdade de aceitar o contrato tal como ele é apresentado pelo banco, ou recusar a sua celebração de todo. O contrato de abertura de conta, tal como todos os demais contratos celebrados com instituições de crédito, são, assim, contratos de adesão, regulado por cláusulas contratuais gerais, colocando o cliente numa posição de “pegar ou largar”.

Finalmente, neste vértice, devemos ainda mencionar o papel das instituições financeiras e da atividade creditícia na criação de moeda. Como resultou da definição que vimos acima, o cerne da atividade bancária é a coleção de depósitos para concessão de crédito. Estes depósitos correspondem a uma dívida do banco para com o seu cliente, que, por regra, são cobrados à ordem ou a prazo. Por via dos contratos de crédito, o banco transforma este passivo a curto prazo em ativos financeiros a longo prazo (v.g. nas situações de empréstimos à habitação, cuja maturidade pode ir até 40 anos), tornando a instituição numa devedora a curto prazo, e, simultaneamente, credora a longo prazo. Isto faz com que a maior parte da moeda que circula pelo sistema bancário (e em todo o mais amplo sistema financeiro) seja moeda escritural, ou seja, “a moeda constituída pelos saldos líquidos ou credores das contas de depósito e de pagamento de que são titulares os clientes dos bancos”⁵.

III – Dos Contratos de Crédito em Especial

Estando então firmado que o núcleo da atividade bancária é a recolha de depósitos para aplicação desses montantes à concessão de crédito a empresas e consumidores, e que o faz mediante contratos individuais assentes numa relação geral complexa com cada cliente, cabe agora então avaliar as várias figuras contratuais que

⁴ MIRAGEM, Bruno, “Direito Bancário”, 3ª edição rev., atual. e ampl., Thomson Reuters, São Paulo, 2019, p. 344

⁵ ANTUNES, José Engrácia, “A moeda – Estudo Jurídico e Económico”, Almedina, Coimbra, setembro 2021, p. 101.

podem ser subsumidas à ampla categoria de contratos de crédito. Todavia, iniciaremos a nossa excursão pela análise do regime do mútuo civil que, historicamente, se apresenta como a matriz dos contratos de crédito. A dissecação do seu regime é de grande relevância para o presente tema, porquanto nos permitirá identificar elementos dos contratos de mútuo nos demais contratos de crédito em especial, para que possamos identificar as semelhanças e divergências entre os vários tipos. Tentaremos então perceber qual a relevância do contrato de mútuo nos contratos de crédito, que influências aquele tem nestes, e perceber em que medida este preenche de facto a posição central na categoria de contratos creditícios.

III.I - Do Mútuo Civil

O mútuo civil é um tipo contratual que, não obstante a sua parca regulação no Código Civil, assume uma manifesta importância social e económica.

Pelo artigo 1142º do Código Civil, mútuo define-se como “o contrato pelo qual uma das partes empresta à outra dinheiro ou outra coisa fungível, ficando a segunda obrigada a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade”.

III.I.I - Objeto

Dessa definição identificamos, desde logo, a exigência da fungibilidade da coisa objeto do contrato. É esta fungibilidade que o diferencia de um ponto de vista técnico-jurídico⁶ do contrato de comodato, amiúde apresentado como figura semelhante ao contrato de mútuo e juntos sob a denominação geral de “contratos de empréstimo”, porquanto ambos contemplam a entrega de algo à contraparte, mediante obrigação de a restituir findo o contrato. A coisa fungível mais usualmente mutuada, como refere inclusive a própria definição do tipo é o dinheiro, e é exatamente esta característica que lhe concede a sua centralidade enquanto contrato de crédito, e a mesma razão que tal lugar não pode ser ocupado pelo contrato de comodato. Ainda que este seja igualmente um contrato de empréstimo, incide, por definição, sobre coisas certas, não sendo apto para empréstimos de dinheiro.

⁶ Além do objeto do contrato, os dois tipos contratuais cumprem funções socioeconómicas distintas, pelo que as distinções entre eles são mais amplas do que aqui é referido.

No entanto, refira-se que a fungibilidade da coisa pode ser *objetiva*, quando resulte das suas características físicas e naturais, mas também poderá ser de origem *subjéctiva* ou *convencional* quando as partes lhe atribuírem essa qualidade. Nestes casos, a definição constante do artigo 207º *per se*, não é suficiente para subsumir a coisa àquela categoria. É também necessário analisar o negócio jurídico em questão, porquanto “a mesma coisa ou género de coisas pode, todavia, ser fungível numa relação e funcionar como não fungível, segundo a intenção dos contraentes, numa outra relação”⁷. Segundo o exemplo dado por PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, na relação em que um indivíduo que empresta um livro a outrem contra a obrigação de que este o devolva posteriormente, este livro não poderá ser considerado como coisa fungível, e, *ergo*, esta relação terá de ser qualificada como comodato, dado que a obrigação de restituição incide sobre o mesmo livro que, concretamente, foi emprestado; por outro lado, na situação da livraria que entrega determinado livro a outra livraria para que esta a venda e obrigando-se a restituir posteriormente outro igual, considera-se que as partes atribuem ao livro a qualidade de coisa fungível, e, como tal, estaríamos perante um contrato de mútuo.

A admissibilidade da fungibilidade subjéctiva nos contratos de mútuo é controvertida entre a doutrina. Entre nós, autores como MENEZES LEITÃO defendem que apenas as coisas objetivamente fungíveis podem ser objeto de mútuo⁸. E, dentro das situações de fungibilidade objetiva, esta nunca poderá ser atribuída a animais⁹, bens imóveis, ou a universalidades de facto, dado que a estas últimas é reconhecida individualidade constante, podendo apenas ser celebrado contrato de mútuo sobre as coisas individuais fungíveis que a compõem, conforme resulta do artigo 206º, nº 2. Deve ainda referir-se que a fungibilidade pode ainda incidir sobre coisas não corpóreas, tais como a energia eléctrica¹⁰. Todavia, prestações de facto nunca poderão ser objeto de contrato de mútuo, como ocorre com “o impropriamente designado empréstimo de

⁷ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, “Código Civil Anotado – Vol. II”, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, p. 763. Também neste sentido, ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, “Direito dos Contratos”, 1ª edição, Gestlegal, setembro 2022, p. 45

⁸ LEITÃO, Luís Menezes, “Direito das Obrigações Vol. III – Contratos em Especial”, 14ª edição, Almedina, Coimbra, fevereiro 2022, p. 393

⁹ O empréstimo de animais é expressamente previsto como locação (1046º, nº 2) ou como comodato (1138º, nº 2) conforme a sua onerosidade ou gratuitidade, respetivamente.

¹⁰ LEITÃO, Luís Menezes, *op. cit.*, p. 394

trabalhadores ou prestadores de serviço, que configura antes uma cessão temporária da posição contratual”¹¹. Contudo, a divergência sobre a admissibilidade da fungibilidade subjetiva é, para o presente tema, menor, porquanto o concedido por operadores financeiros é sempre sob a forma de dinheiro (exceto no contrato de locação financeira, que veremos adiante).

III.I.II - Efeitos

Também ao contrário do contrato de comodato, o qual apenas atribui ao comodatário um direito pessoal de gozo sobre o bem comodatado, limitado, regra geral, ao uso da coisa, estando supletivamente excluído o direito de fruição (cfr. art.º 1132º), o contrato de mútuo transfere para o mutuário a propriedade sobre a coisa mutuada, conforme o artigo 1144º. Assim, por efeito do contrato de mútuo, a coisa objeto do contrato destaca-se plenamente do património do mutuante e passa a integrar o património do mutuário de forma homogénea. Esta *translatio dominii* é instrumental ao fim do contrato de mútuo, e não é um objetivo do tipo contratual em si, porque, se o fim do contrato de mútuo é que o mutuário possa utilizar o dinheiro mutuado, “a lei atribui ao mutuário o direito de propriedade sobre elas, visto ser o único direito que permite exercer plenamente essa faculdade de disposição”¹². Como a coisa mutuada será, necessariamente, fungível, e o contrato tem como função principal permitir que o mutuário retire o benefício do uso/consumo da coisa, é indispensável que este adquira pleno direito de propriedade sobre elas, não ficando assim limitado no gozo que retira da coisa, sem prejuízo dos mútuos de escopo. Nestes casos, apesar da transferência de propriedade ocorrer como no mútuo típico, a aplicação do capital mutuado fica limitado a determinado fim previamente estabelecido, por vontade das partes (como é o caso do crédito para habitação ou do financiamento de projetos).

Atribuir ao contrato de mútuo força translativa da propriedade, implica necessariamente que este seja considerado um ato de administração extraordinário. Isto limita a legitimidade para a sua celebração ao proprietário da coisa, ou quem tenha equivalentes poderes de disposição sobre esta, como é o caso procurador ou mandatário

¹¹ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, “Direito dos Contratos”, Gestlegal, 1ª edição, setembro 2022, p. 45

¹² ATAÍDE, Rui Paulo, *op. cit.*, p. 52

com poderes especiais para o ato. Apenas será considerado ato de administração ordinária quando celebrado por representante de pessoa coletiva, contando que tal ato se enquadra no objeto social desta, como é o caso dos bancos e dos demais operadores financeiros.

Contudo, conforme iremos aprofundar adiante, esta transmissão da propriedade sobre as coisas mutuadas ocorre pela *datio rei*, por força do artigo 1144º. A entrega de coisas fungíveis gera sempre a transmissão da propriedade sobre as mesmas, em face da *commixtio* que se verifica – as coisas mutuadas são integradas de forma homogénea no património de quem as recebe, não se mantendo autónomas ou separadas das demais de igual género. Assim, o mútuo celebrado com dinheiro alheio, é igualmente idóneo para provocar a transmissão da propriedade das coisas mutuadas, ainda que celebrado por quem não tenha legitimidade para tal. MENEZES LEITÃO, invoca a norma do artigo 892º, *ex vi* artigo 939º, gerando assim a *nulidade* do negócio por falta de legitimidade. Como tal, o mutuário não beneficia do prazo para utilização do capital, e o mutuário não adquire o direito a cobrar juros sobre o valor mutuado. Contudo, esta nulidade apenas afeta os que celebraram o contrato, não tendo repercussões na esfera jurídica do legítimo proprietário do dinheiro, que será considerado um terceiro para a relação contratual, mas se vê privado daquela quantia. Nesta situação, diverge a doutrina em quais serão os meios de reação do proprietário: parte defende a sub-rogação do titular à posição do mutuante, mas é-lhe apontado o argumento de que “a utilização de dinheiro alheio para celebração do mútuo não basta para alterar a pessoa que figura no contrato, uma vez que foi exclusivamente em relação a esta que o mutuário aceitou vincular-se”¹³. Assim, restará ao proprietário reunir os pressupostos para pedir uma indemnização pelos danos sofridos em sede de responsabilidade civil, ou, supletivamente, por enriquecimento sem causa.

A *datio rei* não tem necessariamente de ser material, sendo aceite a tradição simbólica ou até a tradição ficta – *v.g.* o depositário de determinada quantia passa a mutuário por acordo das partes, exemplo paradigmático da denominada *traditio brevi manu*.

¹³ LEITÃO, Luís Menzes, *op. cit.*, p. 398

Em face da estrutura *real quoad constitutionem* do contrato de mútuo civil que analisaremos em maior profundidade de seguida, a entrega da coisa é exigida para a perfeição do contrato, não sendo suficiente a declaração de vontade nesse sentido para a produção dos efeitos. Contudo, isto não implicará a desnecessidade da declaração negocial, que deverá concorrer com a entrega e deverá observar a forma legal prevista para o caso, dando cumprimento à regra do artigo 1143º. E a entrega da coisa não deverá ser confundida com a forma da declaração negocial, dado que “a entrega é uma mera atividade material que nada revela sobre a intenção das partes, enquanto que a forma, por seu lado, é sempre um modo de exteriorização das declarações de vontade, o modo de manifestação do acordo”¹⁴.

Da verificação da *commixtio* das coisas fungíveis que se verifica no momento da entrega, decorre também que a obrigação de restituição que pende sobre o mutuário não poderá incidir sobre a coisa *in individuo*, como ocorre nos contratos de comodato e locação¹⁵. Como as coisas mutuadas perdem autonomia pelo facto da entrega, a restituição será feita por equivalente quantidade de coisas do mesmo género – o denominado *tantundem eiusdem generis*. Além de ser da mesma quantidade, o *tantundem* deve ainda ter o mesmo valor do que foi entregue, correndo assim pelo mutuante o risco da inflação ou desvalorização da coisa¹⁶.

III.I.III - A Questão da Consensualidade

A categoria de contratos reais quanto à sua constituição (diferenciando de contratos reais quanto aos efeitos) – ou reais *quoad constitutionem* – tem a sua génese no sistema contratual romano, marcado pela sua forte vertente ritualística. Nestes contratos, conforme já foi referido *supra*, a entrega da coisa é elemento da formação do contrato e não uma obrigação de entrega decorrente de um contrato já firmado – como tal, a entrega define a perfeição do contrato, e, conseqüentemente, o momento da sua celebração.

¹⁴ REDINHA, João, “Contrato de Mútuo” em MENEZES CORDEIRO (org.), “Direito das Obrigações Vol. III”, AAFDL, Lisboa, 1991 p. 199

¹⁵ Conforme artigos 1022º e 1038º, i) para a locação, e 1129º e h) para o comodato

¹⁶ *A contrario sensu*, correrá pelo mutuário o risco pela deflação/valorização da coisa, ainda que tal observação tem apenas relevância académica, especialmente se o mútuo incidir sobre dinheiro.

Da definição do 1142º resulta claramente a necessidade da entrega da coisa (e, naturalmente, da declaração de vontade) para a perfeição contratual – aliás, essa definição nem parece permitir uma interpretação válida diferente dessa. Ao não referir a obrigação de entrega da coisa mutuada, logo, será de supor que, quando o contrato produz os seus efeitos, a coisa já deverá ter sido entregue. Como tal, mesmo havendo acordo entre as partes sobre todos os aspetos e termos do contrato, esse acordo, só por si, não consubstancia um contrato de mútuo típico.

E este tem sido o entendimento principal da doutrina, que precede até a vigência do atual Código Civil¹⁷. Como defende POTHIER¹⁸, todos os contratos romanos reais quanto à constituição resultam numa obrigação de restituição, *ergo*, para que esta obrigação fosse válida, seria necessário que a coisa fosse primeiro entregue, por ser impossível entregar algo que não se recebeu – assim, o contrato só poderia existir se houvesse a *traditio da coisa*, caso contrário o facto seria irrealizável e, como tal, fisicamente impossível, não permitindo a constituição válida da obrigação. O próprio conceito de restituição pressupõe a existência de uma entrega de coisa precedente, visando a restituição “desfazer” essa entrega, pelo que se terá de concluir logicamente pela impossibilidade de restituir algo que nunca foi entregue num primeiro momento.

Na doutrina nacional, ANTUNES VARELA defendeu o carácter necessariamente real do contrato de mútuo como um mecanismo de tutela dos interesses das partes, afirmando que “bem pode suceder que, depois da realização do acordo – e antes de efetuada a entrega –, sobrevenha ao possuidor da coisa uma urgente ou inesperada necessidade dela, ou um justo receio, quanto à restituição a efetuar pela contraparte” ou, no polo oposto da relação contratual, “pode igualmente suceder que, após o referido momento, se lhe torne desnecessário o empréstimo”¹⁹. Assim, a exigência da *datio rei* funcionaria como um mecanismo de proteção dos interesses das partes, permitindo-lhes

¹⁷ Na vigência do Código de Seabra *vide* ANDRADE, Manuel de, “Teoria Geral da Relação Jurídica”, Vol. II, 1ª edição, Almedina, Coimbra, 1960, pp. 50/51 e CUNHA GONÇALVES, “Dos contratos em Especial”, Edições Atica, 1953, p. 12,

¹⁸ POTHIER, Robert – Joseph, “Œuvres de R. -J. Pothier – Les Traités du droit français”, compil. Ainé Dupin, Vol. III, 1830 p. 3

¹⁹ ANTUNES VARELA, João de Matos, “Ensaio sobre o conceito do modo”, Atlântida, Coimbra, 1955, pp. 126/127.

mais liberdade de reverter as suas decisões em face de alterações externas ou internas supervenientes.

Contudo, o desenvolvimento social e económico veio obrigar à reconsideração deste conceito, sendo que hodiernamente é praticamente indiscutível a validade do mútuo consensual como contrato atípico, ao abrigo do princípio da liberdade contratual, recusando o entendimento que o mútuo deve forçosamente ser entendido como real. Analisemos.

Nesta solução alternativa, a transmissão da propriedade sobre a coisa e a consequente vinculação à obrigação de restituição operaria por mero acordo das partes nesse sentido. A entrega da coisa, e a consequente obrigação de restituição, emergiriam como resultado desse acordo prévio, válido só por si. Não peca por impossibilidade, como pretendeu fazer valer POTHIER, porque, para que a impossibilidade importe a nulidade do negócio, a mesma teria de ser definitiva. Contrariamente, a obrigação é válida se for assumida para o caso de se tornar possível posteriormente, conforme estabelece o artigo 401º, n.º 2. E a obrigação de restituir, apesar de impossível num primeiro momento, torna-se perfeitamente válida a partir do momento que a contraparte cumpre a sua obrigação de entrega do montante. Então, a obrigação de restituição assumida é válida, na medida em que é assumida na dependência da entrega do montante mutuado. E não havendo qualquer impedimento a que essa entrega possa acontecer num momento posterior ao da celebração do contrato, teremos de concluir pela improcedência do argumento de POTHIER como justificação da obrigatoriedade de carácter real do contrato de mútuo.

Mormente, ainda que a estrutura real *quoad constitutionem* possa cumprir as funções de tutela das partes, o próprio Código Civil já prevê ferramentas de proteção dos interesses das partes para essas situações apontadas, tais como a possibilidade de recusa de cumprimento em face de diminuições de garantia de cumprimento (cfr. artigo 429º) e a perda de benefício do prazo em caso de insolvência do devedor (cfr. artigo 720º). Assim, a tutela dos interesses das partes não depende necessariamente da estrutura real do contrato, ficando as partes protegidas mesmo que se adote uma estrutura consensual.

A opção entre a celebração de um mútuo real ou consensual depende, como é regra, da vontade das partes e da interpretação do contrato. Caberá a estas perceber qual a alternativa que melhor se adapta aos interesses em jogo e à situação concreta que visa fazer face. Note-se que, conforme resultará mais adiante, abstraindo-nos da definição do 1142º, as demais normas do mútuo não se encontram funcionalmente dependentes da estrutura real do contrato – bem pelo contrário, iremos encontrar algumas incongruências internas no regime do mútuo. Como tal, ainda que o mútuo consensual não se enquadre na tal definição, tal como está redigida, os demais artigos não parecem encontrar obstáculos à sua aplicação, ainda que o mútuo seja celebrado como consensual.

II.II - Do Mútuo Bancário

II.II.I – Objeto e Formação

Não obstante a pluralidade de figuras que possam consubstanciar uma relação de crédito, a figura do mútuo bancário apresenta-se como primaz, representando a maioria das operações de crédito celebradas pelos bancos. Ainda que o tipo contratual seja fundamentalmente o mesmo, o mútuo bancário distingue-se da sua contraparte civil em vários aspetos. Primeiramente, diferenciam-se por um elemento de natureza subjetiva: o mútuo bancário é celebrado por um banqueiro ou outra instituição que esteja autorizado a fazê-lo ao abrigo do RGICSF, no exercício da sua atividade profissional; e, também, por um elemento de natureza objetiva: ao passo que, conforme dispõe o artigo 1142º do Código Civil, o mútuo civil poderá incidir sobre *dinheiro ou outra coisa fungível*, o mútuo bancário incide necessariamente sobre dinheiro²⁰. Quanto ao polo passivo da relação contratual, podemos encontrar igualmente pessoas singulares e jurídicas²¹.

Apesar de, conforme exposto acima, não existam motivos válidos que impeçam a celebração do mútuo consensual ao abrigo do princípio da liberdade contratual, a

²⁰ MADEIRA, Joaquim Luís, “Mútuo Bancário”, em “Temas de Direito Bancário”, Edição dos Autores, Maputo, 1999, p. 533

²¹ Prefere-se a utilização da expressão pessoa jurídica em detrimento da expressão pessoa coletiva, por considerar aquela como desadequada pela criação da sociedade comercial unipessoal, que retirou a obrigatoriedade de pluralidade subjetiva nas pessoas jurídicas.

estrutura real *quoad constitutionem* resultante das normas do Código Civil não parece sequer aplicável ao mútuo bancário. Analisemos.

Os contratos reais *quoad constitutionem* exigem a verificação da *datio rei* e a consequente transmissão do direito de propriedade sobre a coisa entregue como momento de constituição da relação contratual, o que não ocorre no mútuo bancário. Ao invés, é usual a instituição financeira disponibilizar o montante mutuado por depósito na conta do mutuário. *Prima facie*, tal poderá parecer equivalente à entrega da coisa exigida no mútuo civil, não sendo bastante para afastar o caráter real do mútuo bancário. Contudo, quaisquer montantes depositados numa conta não correspondem necessariamente a coisas fisicamente depositadas no banco das quais o depositário ou titular da conta é proprietário. A “entrega” dos valores faz-se via depósito na conta do mutuário, o que corresponde a um direito de crédito assumido pelo banco a favor do cliente, pagável à vista, o que permite fazer uso do dinheiro a qualquer momento, cumprindo a mesma função da *translatio dominii* de assegurar a plena disponibilidade e utilização do montante. Assim, os bancos não procedem à entrega física nem simbólica do dinheiro mutuado, mas apenas assumem uma obrigação perante o mutuário, *id est*, “os bancos atribuem aos seus clientes um direito de crédito sobre si próprios: criam uma disponibilidade efetiva ou uma obrigação cambiária a favor do mutuário. A regra do 1144º do CC é expressamente afastada pelo artigo 66º do CMVM, determinando este que, nos empréstimos de valores mobiliários escriturais, a propriedade (ou *rectius* titularidade) dos valores mantém-se na esfera do mutuante. Em resumo, utilizam a moeda que criam – a moeda escritural –, em vez da moeda legal”²².

Outrossim, ainda que esta disponibilização efetiva seja um elemento constitutivo do contrato tal como a *datio rei* no mútuo civil, de cuja verificação depende a constituição do mútuo, a mesma apenas cria um direito de crédito, não operando qualquer efeito real comparável ao que vem previsto no artigo 1144º, característico da *datio rei*, pelo que a disponibilização do montante via depósito na conta não pode ser equiparada a esta. Consequentemente, temos de concluir pelo afastamento do caráter

²² PIRES, José Maria, “Direito Bancário Volume II – As Operações Bancárias”, Editora Rei dos Livros, Lisboa 1995, p. 203

real do mútuo bancário por não existir entrega da coisa – pelo menos não no sentido que a entrega assume nos contratos reais – e por este não contemplar qualquer efeito real, derogando assim o caráter real *quoad constitutionem e quoad effectum* do mútuo civil, aproximando-se mais dos contratos de natureza obrigacional.

Todavia, para JOSÉ MARIA PIRES²³ o contrato de mútuo bancário (ou *empréstimo* bancário como o autor prefere referir) não pode também ser considerado como meramente consensual, porque a disponibilização efetiva dos valores continua a ser um elemento constitutivo do contrato, sem a qual não se pode considerar o contrato como perfeito; contudo, não pode igualmente ser qualificado como contrato real por não transmitir direito de propriedade, apenas criando um direito de crédito. Tal entendimento tem sido igualmente perfilhado na jurisprudência, tendo o próprio STJ decidido que “solicitado a uma Empresa-A, por um seu associado, um empréstimo nas condições da proposta que formulou, e deferindo-a aquela, o mútuo ficou perfeito quando ela depositou a quantia em nome do beneficiário”²⁴. Neste sentido, o autor define empréstimo bancário como “o contrato pelo qual uma instituição de crédito coloca efetivamente ao dispor do seu cliente determinadas importâncias, por certo tempo, ficando o mesmo cliente obrigado a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade”²⁵. De facto, nenhuma das categorias parece ser inteiramente idónea a definir o contrato de empréstimo bancário, sendo este um contrato *sui generis*, algures no meio das duas categorias. As características referidas que lhe concedem tal qualificação decorrem das exigências da *ars* bancária, que moldam os tipos contratuais de acordo com as necessidades específicas inerentes à atividade creditícia, pelo que não devemos forçosamente tentar subsumir o contrato a qualquer categoria prévia, quando as mesmas se revelem imprecisas ou até mesmo ineptas aos fins práticos do contrato.

II.II.II - Forma

Sendo o mútuo bancário um ato objetivamente comercial por força do artigo 362º do Código Comercial - como o são todas as operações bancárias – não fica sujeito

²³ *Idem*

²⁴ Acórdão do STJ de 11/12/1998, processo n.º 97A849. Esta decisão foi, desde a sua prolação, citada em vários outros acórdãos que dão seguimento a tal argumento, tais como STJ 31/10/2006, processo n.º 06A2999, TRL 19-05-2011, processo n.º 6684/09.7TVLSB.L1-8 e ainda TRL 27-10-2011, processo n.º 920/09.7TVLSB.L1-8

²⁵ PIRES, José Maria, *op. cit.* p. 203

à regra de forma prevista no artigo 1143º do CC. Em princípio, quando o empréstimo for realizado entre comerciantes e os valores emprestados se destinem igualmente ao exercício de uma atividade comercial – v.g. entre duas instituições de crédito – é admissível prova do mesmo por qualquer forma, nos termos do artigo 396º do CCom, aplicando-se a regra geral de liberdade de forma consagrada no artigo 219º do CC.

Contudo, as atividades dos bancos que visem a obtenção de lucros (art.º 362º do CCom) ficam sujeitos primeiramente a normas especiais, quando as houver, como ocorre exatamente para os empréstimos realizados por Bancos ou outras instituições autorizadas: o artigo único do DL n.º 32765, de 29/04/1943 estabelece que:

“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”.

Como ensina VAZ SERRA, “isto não significa que esses contratos tenham sempre de ser feitos por escrito particular, mas apenas que eles podem, seja qual for o seu valor (e, portanto, mesmo que, segundo a lei civil, o mútuo devesse constar de outro documento), ser feito por escrito particular.

Assim, se o mútuo bancário atingir o limite que obrigaria a escritura pública (Cód. Civil, art. 1143º), pode, não obstante, ser feito por escrito particular”²⁶.

II.II.III – Classificações Possíveis

Os mútuos bancários podem ser categorizados de várias formas consoante vários critérios. Quanto ao prazo, o Decreto-Lei n.º 58/2013, de 8 de maio determina, no seu artigo 4º, que são considerados como créditos a *curto prazo* aqueles cujo vencimento seja inferior a um ano; *médio prazo* quando o prazo de vencimento seja entre um e cinco anos; os créditos cujo vencimento exceda a marca dos 5 anos, são classificados como a *longo prazo*. Este artigo estabelece ainda que o prazo a aplicar a um determinado crédito deve ser adequado “à natureza e características das operações reais que visam financiar”.

²⁶ VAZ SERRA, Adriano, em comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de dezembro de 1978, em Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 112º, pp. 151 e ss.

Quanto à natureza garantida ou não da operação de crédito, o contrato pode ser classificado como garantido ou a descoberto, respetivamente. Considerando que os créditos a descoberto importam um risco consideravelmente superior para a instituição de crédito do que os garantidos, e que os bancos estão sujeitos de deveres de prudência na sua atuação e de mitigação de riscos, a celebração de operações de crédito que não sejam cobertas por garantia adequada aos riscos que esta possa importar, é, em princípio, considerado um ato de má gestão, pelo critério de diligência imposto pelo artigo 75º do RGICSF²⁷. Por oposição, as garantias das operações de crédito não podem, igualmente, pecar pelo excesso – as situações de *sobregarantia*²⁸.

Em princípio, sendo a autonomia privada das partes um dos pilares centrais do direito civil, o mutuário é livre de aplicar o montante recebido às despesas que entender, desde que o restitua. Este mútuo é considerado simples e assim o será supletivamente – o chamado crédito pessoal. Mas aos mútuos podem ser, e frequentemente são, apostas cláusulas de limitação desta autonomia, atribuindo aos valores mutuados um destino específico – os chamados mútuos de escopo. Nesse caso, não é lícito ao mutuário aplicar os fundos de forma diferente do estipulado, geralmente sendo tal facto justa causa para resolução contratual. Uma das situações mais comum será o contrato de compra e venda com mútuo para habitação, regulado pelo Decreto-Lei n.º 255/93, de 15 de julho.

No que toca aos sujeitos, podemos também identificar diferentes critérios possíveis: nos casos em que no polo do mutuante figure apenas uma instituição de crédito, estamos perante um mútuo simples; sendo o crédito prestado por mais do que uma instituição é denominado de sindicado. Não basta, porém, a pluralidade de instituições: as situações de crédito sindicato, ou sindicato bancário, representam uma união de uma pluralidade de contratos de crédito cedidos por várias instituições de crédito num só empréstimo, por um acordo interbancário nesse sentido. Este acordo interbancário é a pedra-de-toque do sindicato e deverá designar um banco como banco organizador e como banco agente, atribuindo-lhes funções específicas. Tornando ao

²⁷ PESTANA VASCONCELOS, Miguel, “Direito Bancário”, 4ª edição, Almedina, Coimbra, agosto 2022, p. 196.

²⁸ Para mais sobre o fenómeno da sobregarantia *vide* COSTA GOMES, Januário, “Assunção Fidejussória de Dívida”, Faculdade de Direito da ULisboa, 1999, p. 829 e ss.

critério da diligência na atuação bancária, o sindicato bancário é uma ferramenta para financiamento de “operações que pelo seu montante e características não poderiam ser efetuadas por um único banco ou, pelo menos, não o poderiam ser dentro das regras de uma boa gestão, que impõe patamares à concessão de crédito”²⁹.

II.III - Do Contrato de Abertura de Crédito

II.III.I – Elementos Essenciais e Noção

Outro contrato que pode ser subsumido à categoria de contrato de crédito é o, aptamente designado, contrato de abertura de crédito. As suas características, distintas daquelas do mútuo que constitui o tronco central dessa mesma categoria, permitem-lhe fazer face a circunstâncias diferentes.

E é exatamente a complexidade das circunstâncias em torno da concessão de crédito que levou à criação deste mesmo contrato, nascido das necessidades da atividade comercial. Como tal, apesar de o mesmo ser nominado – é reconhecido no artigo 362º do Código Comercial como uma operação de banco (e, como tal, uma operação comercial), e novamente no já revogado Decreto-Lei n.º 344/78, de 17 de novembro –, o mesmo não é objeto de regulação especial, pelo que é também atípico, correspondendo a um tipo social³⁰.

Ainda assim, outros ordenamentos optaram pela sua tipificação, como é o caso do Código Civil Italiano, que o define, no seu artigo 1842º como: “contrato pelo qual o banqueiro se obriga a ter, à disposição do cliente, uma soma de dinheiro, por um dado período ou por tempo indeterminado”³¹. Esta definição não é, todavia, sem as suas falhas: primeiramente, a concessão do crédito não opera, necessariamente, por dinheiro, como parece limitar a definição italiana. De facto, o crédito pode também assumir outras formas que não dinheiro, como os avales ou vinculações fidejussórias perante terceiros, colocando o creditado em posição de obter crédito de terceiros – denominado *crédito por assinatura*. Assim, se o creditante se obrigar, não a entregar dinheiro ao creditado, mas, por exemplo, obrigar-se a garantir quaisquer outros

²⁹ ABREU, Luís Vasconcelos, “Os Sindicatos Bancários no Direito Português”, em “Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol. II – Direito Bancário”, Almedina, p. 525

³⁰ Sobre a tipicidade social e o sentido e relevância da expressão *vide* PINTO DUARTE, Rui, “Tipicidade e Atipicidade dos Contratos”, Almedina, janeiro 2000, p. 30 e ss.

³¹ *Vide* ainda artigo 850º do Código Comercial de Macau

empréstimos que este venha a contrair perante terceiros, nem por isso deixamos de estar no âmbito do contrato de concessão de crédito – assegurar crédito é, em si, conceder crédito. Além disso, o limite do contrato não é necessariamente temporal, podendo, alternativamente, corresponder a um *plafond* máximo concedido pelo creditante. Neste sentido, COSTA GOMES, notando essas incompletudes na definição italiana, propõe que o contrato de abertura de crédito é o contrato pelo qual “o banco disponibiliza crédito ao cliente através de dinheiro ou da sua assinatura até um determinado montante e por um período determinado ou determinável”³².

Ora, como resulta de ambas as definições (ou, na verdade, de qualquer outra), o ponto central deste tipo contratual que o distingue, por exemplo, do contrato de mútuo tradicional, é exatamente a mera *disponibilidade* dos valores a creditar – do contrato de abertura de crédito, não resulta para o creditado a obrigação de usar os valores disponibilizados. Sem prejuízo da avaliação que se fará *infra* do conteúdo das prestações das partes e da natureza jurídica do contrato e da sua execução, assinalemos, para já, que, de facto, a celebração do contrato de abertura de crédito não implica necessariamente a utilização do crédito obtido: apenas o credor fica vinculado a essa disponibilização dos valores, sendo atribuída ao devedor a faculdade de fazer uso deles, se e quando o entender. E é esta característica que se apresenta a principal vantagem deste contrato: no contrato de mútuo, o mutuário fica vinculado a restituir o montante que recebeu do mutuante e os respetivos juros, independentemente de quanto desse valor ter utilizado, ou mesmo se nunca vier a efetivamente necessitar desse dinheiro. Por oposição, o contrato de abertura permite ao creditado utilizar apenas os montantes que forem estritamente necessários, ficando apenas obrigado a restituir esses valores e juros referentes a esse montante, ajustando o montante efetivamente creditado às suas necessidades. Além disso, a segurança que resulta da certeza de que tais valores estão imediatamente disponíveis assim que for necessário, permite ao creditado negociar outros contratos de uma posição melhor (especialmente se, como é comum, o creditado for uma empresa ou exerça uma atividade comercial, em que tal celeridade é sempre

³² COSTA GOMES, Januário, “Contratos Comerciais – Contratos Comerciais em Geral: contratos bancários”, Almedina, Coimbra, 2012, p. 326.

necessária). Assim, apresenta-se como uma alternativa mais flexível e ágil para o creditado.

Naturalmente que, em situações que os valores disponibilizados não são usados, o creditante fica, invariavelmente, obrigado a manter a disponibilidade do valor total, impossibilitado de o aplicar a outros fins e não podendo cobrar juros sobre esses valores. Assim, é usual negociar-se uma comissão de imobilização, incidindo sobre os valores não utilizados, como contrapartida pela segurança de ter os capitais (ou assinatura) à disposição do creditado, que não utilize.

Assim, podemos inequivocamente afirmar que a entrega dos valores creditados não é um elemento obrigatório do contrato, nem sendo essencial para a sua perfeição. O contrato é firmado a partir do momento que as partes acordam nesse sentido, mesmo que o creditado nunca chegue a fazer uso dos fundos. Logo, o contrato de abertura de crédito deve, naturalmente, ser qualificado como consensual *quoad constitutionem*, encontrando-se novamente derogado o caráter real do mútuo civil.

É ainda de salientar que a vinculação do creditante à disponibilização dos valores, significa que este não poderá, em princípio, opor-se a esses levantamentos nem obstar a movimentação dos valores, nem tão pouco estes necessitam de consentimento do creditante. O creditado adquire assim um direito *potestativo* aos levantamentos, bastando uma ordem ou comunicação ao creditante de que pretende fazer uso dos valores, não sendo necessário declaração de vontade por parte deste. No momento da celebração do contrato, o creditante obriga-se logo à entrega imediata dos valores quando tal lhe seja requerido, ficando apenas dependente da vontade ulterior e unilateral da contraparte. Ou seja, o contrato de abertura de crédito implica necessariamente que o credor fique vinculado a uma obrigação firme de disponibilização e efetiva entrega do dinheiro, e não se confunde com o acordo pelo qual as partes acordem em condições gerais para a eventual celebração futura de contratos de crédito (normalmente, mútuos e aberturas de crédito) “reservando-se, no entanto, a faculdade de analisar as propostas efetivas de crédito rejeitando as que não obedeçam aos critérios que considere adequados”³³. Esta estrutura do contrato suscita várias questões quanto

³³ PIRES, José Maria, *op. cit.*, pág. 207

à sua natureza jurídica, bem como quanto ao conteúdo das prestações das partes, sobre as quais nos debruçaremos mais aprofundadamente *infra*.

Frequentemente, este crédito é concedido no contexto de uma conta-corrente quando seja permitido ao creditado sacar várias vezes e no montante que quiser, ficando assim sujeito às regras desta. Nestes casos, o limite máximo de utilização em determinado momento depende do saldo dessa conta corrente, sendo usualmente admitido que a medida dos pagamentos de restituição dos valores permita a reutilização ou reposição do valor do crédito (o chamado *revolving credit*)^{34/35}. Este tipo de abertura de crédito é especialmente relevante nas relações com consumidores, em que a abertura de crédito em conta-corrente funciona mediante emissão e utilização de cartão de crédito.

II.III.II – Forma

Sendo um contrato atípico, o mesmo fica, em princípio sujeito ao princípio da liberdade de forma consignado no artigo 219º do Código Civil, não ficando a sua eficácia dependente da observância de uma forma legal, nem parecendo razoável aplicar aqui a norma do 1143º.

Não obstante, as necessidades probatórias quanto ao conteúdo e existência dos contratos devem ser devidamente acauteladas, ainda mais dentro do meio bancário em que a bitola de atuação é manifestamente superior. Assim, o contrato de abertura de crédito deve adotar a forma escrita, “imposta” não por força de preceito legal, mas em virtude da necessidade e dos padrões de atuação³⁶, pelas vantagens e segurança que esta oferece³⁷.

Contudo, se o contrato de abertura de crédito for garantido por uma hipoteca, naturalmente ficará sujeito à forma legal de escritura pública, por força do disposto no

³⁴ COSTA GOMES, Januário, “Contratos Comerciais”, *op. cit.* p. 327

³⁵ Esta é a regra supletiva do regime italiano do contrato de abertura de crédito, cfr. artigo 1843 do Código Civil Italiano.

³⁶ A celebração de contratos sem acautelar tais necessidades, pode até ser considerado como ato de má gestão para efeitos do artigo 75º do RGICSF, por comprometer a posição do banco em face de eventuais inadimplementos.

³⁷ Este é o entendimento perfilhado pela jurisprudência nacional *vide* Tribunal da Relação de Coimbra, de 19/12/2012, processo n.º 132/12, relator Henrique Antunes.

artigo 22º, alínea e) do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de julho, bem como nos termos do regime especial do crédito ao consumo.

Seja qual for a forma adotada pelas partes, a mesma deve refletir inequivocamente a obrigação firme do creditante de disponibilidade dos valores, não podendo este ser confundido com meros créditos pontuais sujeitos a posterior avaliação do creditante.

Do contrato deve constar: (i) o montante máximo do crédito, (ii) duração da disponibilidade bem como eventuais prorrogações, (iii) modalidades de utilização (v.g. levantamento único ou reiterado, levantamentos em montantes pré-estabelecidos), (iv) juros e comissões devidas, (v) eventuais garantias prestadas reais ou pessoais e (vi) condições de cessação e incumprimento.

II.III.III - Regime de Cessação e Incumprimento

As mesmas incertezas que a atipicidade do contrato levantam em respeito à sua forma, tornam-se mais prementes quando nos referimos à sua cessação e incumprimento. De facto, não havendo regulação específica do tipo contratual, nem havendo um regime geral de contratos de crédito aplicável, parece existir então um vazio no que toca à regulamentação desta matéria.

Naturalmente, a solução ideal passaria pela regulação desta matéria pelas próprias partes aquando da negociação do contrato, ao abrigo da liberdade de estipulação reconhecida pelo artigo 405º, moldando o regime às circunstâncias próprias do contrato e das partes.

Mas, claro está, as questões surgem na ausência dessa estipulação entre as partes. Nesta situação, MENEZES CORDEIRO propõe uma fragmentação da situação, aplicando vários regimes típicos a vários aspetos do contrato: assim, quanto à disponibilidade seria aplicável o regime do mandato e ao saldo restante aplicaríamos as regras do mútuo, excetuando as situações em que o crédito é prestado em conta-corrente, nas quais, claro está, aplicam-se as regras desse tipo³⁸. Assim, não havendo prazo, será aplicável a regra do mútuo civil do artigo 1148º, n.º 2, gozando o devedor de

³⁸ MENEZES CORDEIRO, António, “Direito Bancário”, 6ª edição, Almedina, Coimbra outubro 2016., p. 696

30 dias para ressarcir os montantes em dívida, sendo igualmente impedido de fazer novos levantamentos. Havendo prazo estipulado, tem de ser invocado a perda do benefício do mesmo nos termos gerais do artigo 780º.

Nesta matéria, o Código Civil Italiano estabelece, no seu artigo 1845º, o seguinte regime:

“Salvo pacto em contrário, o banco não pode rescindir o contrato antes do decurso do prazo, a não ser por justa causa.

A rescisão suspende imediatamente a utilização do crédito, mas o banco deve conceder um prazo de, pelo menos, quinze dias para a restituição das somas utilizadas e dos acessórios a elas relativos.

Se a abertura de crédito for por tempo indeterminado, cada uma das partes pode rescindir o contrato, mediante aviso prévio no prazo estabelecido pelo contrato, pelos usos ou, na falta deles, no de quinze dias.”³⁹

Assim, a solução ali adotada parece estar em linha do que resulta da aplicação do nosso regime do mútuo civil, ainda que o prazo supletivo seja menor.

Apesar de a lei italiana não densificar o conceito sempre indeterminado que é a “justa causa” podemos facilmente identificar várias situações passíveis de integrar esta classificação, desde logo, se à abertura de crédito tiver sido aposta uma cláusula de escopo, o uso do crédito para fim diferente do acordado é, inequivocamente, justa causa para a sua “rescisão” (*rectius* resolução, neste caso, por incumprimento). Como também o será a falta de pagamento tempestivo das restituições, no caso do *revolving credit*.

Sendo um contrato de execução continuada, se for celebrado por tempo indeterminado, é, como em todos os casos, admissível a extinção por denúncia, sendo

³⁹ Texto original: *“Salvo patto contrario, la banca non può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se non per giusta causa.*

Il recesso sospende immediatamente l'utilizzazione del credito, ma la banca deve concedere un termine di almeno quindici giorni per la restituzione delle somme utilizzate e dei relativi accessori.

Se l'apertura di credito è a tempo indeterminato, ciascuna delle parti può recedere dal contratto, mediante preavviso nel termine stabilito dal contratto, dagli usi o, in mancanza, in quello di quindici giorni.”

que a comunicação feita ao credente é irrevogável por aplicação extensiva ou analógica do disposto no artigo 230º, nº 1⁴⁰.

II.III.IV – A Natureza do Contrato

Cabe agora então investigar a problemática central que persiste sobre este tipo contratual: qual a natureza do contrato de abertura de crédito. Esta questão é controvertida, tendo sido ao longo do tempo apontadas várias teorias, sem que uma delas tenha conhecido aceitação pacífica. Antes de analisarmos as principais correntes doutrinárias sobre esta questão, vejamos primeiro como se desenrola a execução do contrato e quais as obrigações e direitos que as partes assumem na sua vigência. Apesar da relação contratual ser una, podemos identificar dois momentos distintos na sua execução: num primeiro momento – que podemos designar de fase da *pura disponibilidade* – o contrato impõe ao credente a obrigação de manter os fundos à disponibilidade do creditado até ao limite máximo acordado e pelo prazo estipulado. Ainda que a esta disponibilidade corresponda a obrigação do creditado de pagar a comissão de abertura e a comissão de imobilização, este primeiro momento é essencialmente caracterizado pela obrigação unilateral que o credente assume de assegurar essa disponibilidade. Aqui, o credente encontra-se como devedor do creditado, a quem é atribuída a *faculdade* de, se assim entender, utilizar esses valores, não existindo, contudo, qualquer obrigação de o fazer. Se, de facto, o creditado decidir lançar mão dessa faculdade, entramos então numa segunda fase, de carácter eventual ou facultativo (exatamente por não existir tal obrigação) – a fase da *disponibilidade efetiva*. Assim, a partir do momento que o creditado saca sobre os valores disponíveis, a posição do credente altera-se fundamentalmente, passando de devedor a credor dos montantes utilizados e dos correspondentes juros. Também neste segundo o momento, as obrigações do creditado se modificam: passa de dever a comissão de abertura e comissão de imobilização, para dever os montantes que utilizou e os juros que se vençam.

Firmado isto, o debate doutrinário em torno da natureza do contrato de abertura de crédito prende-se exatamente com o valor jurídico que deve ser atribuído a estes

⁴⁰ Neste sentido entende a jurisprudência nacional *vide* Tribunal da Relação do Porto, de 03/12/2012, processo n.º 1944/09, relator Soares de Oliveira

levantamentos, e a relação desses com a obrigação inicial de disponibilização. Analisemos.

II.III.IV.I – A tese do contrato preliminar

Em geral, o contrato preliminar é aquele que confere o direito à celebração de outros contratos posteriores, ou que estabelece de antemão o conteúdo de eventuais negócios futuros. Os contratos preliminares podem ser de várias modalidades diferentes consoante as obrigações que deles resultarem para as partes: pode resultar a obrigação de celebrar futuramente um único contrato (contrato-promessa), obrigação de proceder de determinada forma na formação de negócios futuros (*pactum de modo contrahendi*), obrigação de incluir certas cláusulas nos contratos subsequentes (contrato-quadro normativo), e até a obrigação de celebrar uma pluralidade de contratos futuros (contrato-quadro de *contrahendo*)⁴¹.

Aplicando esta noção geral ao contrato de abertura de crédito, os defensores desta tese – mais notoriamente, entre nós, JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO⁴² – integram-no nesta última categoria. Aqui, do contrato de abertura de crédito surge para o creditante uma obrigação de *contrahendo*, ficando este vinculado à celebração de outros negócios jurídicos futuros, principais e definitivos. Estes negócios jurídicos, também designados contratos solutórios, seriam os efetivos levantamentos sobre o crédito disponível, que se destacam e assumem autonomia perante o acordo inicial, que é reduzido a uma simples convenção que visa preparar esses levantamentos. Assim, o creditante ficaria vinculado não a uma prestação de *dare* – a entrega do dinheiro quando exigida –, mas a uma prestação de facto – a celebração do ato jurídico que prometeu realizar – e é através desta que o creditado receberá a prestação de dinheiro. Essencialmente, o contrato de abertura de crédito deve ser entendido como um contrato-promessa unilateral de mútuo.

Para PINTO COELHO, adotando a doutrina do contrato preliminar, o creditado adquire assim um direito pessoal potestativo de crédito perante o creditante. O creditante vincula-se a uma obrigação de *contrahendo* e a disponibilização do crédito

⁴¹ FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, “Contratos IV – Funções, Circunstâncias e Interpretação”, Almedina, Coimbra, outubro 2014, p. 57

⁴² PINTO COELHO, José Gabriel, “Operações de Banco II – Abertura de Crédito”, Coimbra Editora, 1950

resolve-se nesse direito pessoal. Este “pacto unilateral de *contrahendo*” fica então dependente da vontade ulterior do creditado, isto é, de ele querer prevalecer-se de faculdade que lhe foi atribuída, reclamando o cumprimento da promessa.

Este entendimento tem especial influência a nível de incumprimento: se a prestação do creditante é uma de facto (a realização do empréstimo, em virtude do qual o creditado iria obter o direito à entrega do dinheiro) e não de coisa, não pode ser judicialmente exigida a entrega do dinheiro. Adotada esta corrente, havendo incumprimento por parte do creditante, seria apenas reconhecido ao creditado a possibilidade de ser ressarcido por danos e perdas.

II.III.IV.II – Tese do Acreditamento

Contra a tese do contrato preliminar argumentou-se que esta parece ignorar um aspeto bastante relevante do contrato de abertura de crédito: de facto, a simples disposição dos créditos, ainda que não se verifique qualquer utilização dos mesmos, cumpre, em si mesmo, uma função económico-social de grande relevância. A simples garantia de disponibilidade dos fundos que decorre da celebração do contrato – que vincula o creditante na fase a que nos referimos *supra* como fase da pura disponibilidade – altera fundamentalmente a posição do creditado perante outros possíveis negócios. Como tal, esta simples disponibilidade *per se* preenche interesses contratuais relevantes, devendo-lhe ser reconhecida autonomia enquanto prestação – prestação esta que a doutrina italiana denomina de *acreditamento*.

Segundo a tese do acreditamento, esta possibilidade de perceber do património do creditante tem um conteúdo próprio, autónomo dos efetivos levantamentos. Ora, sendo que estes levantamentos são, como já vimos, eventuais, situam-se igualmente além da perfeição do contrato, corroborando assim a natureza consensual *quoad constitutionem* do contrato. Como tal, os levantamentos devem ser entendidos como atos (facultativos) de execução do contrato.

Este entendimento parece ser o que melhor explica a dicotomia entre as fases de pura disponibilidade e disponibilidade efetiva, esta segunda com carácter sempre facultativo. Não podemos, contudo, cair no erro de reduzir toda a execução do contrato aos levantamentos. O acreditamento que surge na fase primária preenche interesses

contratuais distintos da efetiva utilização do crédito, pelo que este acordo inicial é, só por si, um contrato definitivo e não um contrato preliminar de outros que as partes se comprometeram a celebrar. Contrastando com o contrato preliminar, em caso de incumprimento, já seria assim possível exigir a entrega do dinheiro, solução que parece preferível para salvaguarda da expectativa das partes.

VAZ SERRA⁴³ rejeita a doutrina do contrato preliminar por, por um lado, ser contrária à unidade dos negócios jurídicos, que é essencial para a sua segurança, e, por outro, porque a figura dos contratos solutórios de um contrato preliminar não retrata corretamente a natureza dos levantamentos por conta da abertura de crédito.

Para explicar então a natureza dos levantamentos enquanto atos de execução e a sua relação com o acreditamento inicial, há que, primeiramente, diferenciar entre contratos de mútuo e *relações obrigacionais de mútuo*, sendo estas aquelas que têm as características essenciais do mútuo – e de toda a relação creditícia: o creditado recebe agora o direito a utilizar os valores, obrigando-se a restituí-los posteriormente.

E são estas relações obrigacionais de mútuo que se estabelecem entre credente e creditado quando este decide utilizar os fundos, não sendo, contudo, verdadeiros contratos de mútuo independentes e autónomos. Isto porque, se do acreditamento surge um direito potestativo, a declaração unilateral do creditado é suficiente para constituir estas relações obrigacionais de mútuo. Logo, o credente não fica então vinculado à celebração de um novo contrato via emissão de nova declaração de vontade, mas fica imediatamente obrigado à entrega do dinheiro.

Concluindo, não existem vários contratos de mútuo decorrentes de um negócio preliminar, mas sim várias relações obrigacionais de mútuo, que têm como fonte o direito potestativo que é reconhecido ao creditado pela via do acreditamento, que é, em si, um contrato definitivo. Legitima-se assim a aplicação das normas do mútuo ao contrato de abertura de crédito por estarem em jogo interesses e expectativas semelhantes a tutelar: a *ratio legis* por detrás dos mecanismos de proteção do mutuário

⁴³ VAZ SERRA, “Comentário ao Acórdão do STJ de 21 de abril de 1980”, em RLJ, ano n.º 114, 1981/1982, p. 116 e ss, quanto à aplicação das normas do mútuo (designadamente o artigo 1150º) ao contrato de abertura de crédito.

é perfeitamente transponível à posição do credente. Ressalva-se aqui que, ainda que (como demonstrámos) seja legítima a aplicação das normas do mútuo, estas devem, naturalmente, perspetivar-se como soluções secundárias à vontade das partes que é o elemento fulcral de qualquer negócio jurídico, designadamente através da integração das lacunas do acordo, nos termos do artigo 239º.

Na proposta de PESTANA DE VASCONCELOS, não apontando argumentos a qualquer das duas teorias, elas não devem ser consideradas como mutuamente exclusivas, obrigando a enquadrar todas as aberturas de crédito numa ou noutra das possíveis estruturas, mas permitir a coexistência das duas doutrinas. Como tal, propõe-se a designação de estrutura unitária nos casos do acréditamento, e estrutura plural para o contrato preliminar, cabendo às partes definir qual das estruturas mais se adequa às suas circunstâncias, ao abrigo da sua liberdade contratual. Tal entendimento, obrigaria a um exercício de interpretação contratual para determinar a estrutura acolhida, sendo que, em caso de ambiguidade ou imprecisão do clausulado, aplicar-se-ia a estrutura unitária por ser a mais favorável⁴⁴.

II.IV - Descoberto Bancário – Ponto Único

De forma semelhante ao contrato de abertura de crédito, o desconto bancário – também chamado *overdraft* – surge igualmente como um tipo social, brotado também da *ars* bancária. E, apesar disso, a sua existência é reconhecida pelo legislador: o Decreto-Lei n.º 220/94, de 23 de agosto expressamente o enquadra na definição de operações de crédito dada pelo seu artigo 2º. Como tal, é também um contrato nominado, mas atípico. Não obstante a parca atenção dada pela doutrina a este contrato, a sua relevância prática como mecanismo bancário de concessão de crédito não deve ser escamoteada.

Refere-se às situações em que o credor permite ao devedor usar quantias além das que, em princípio, lhe estariam disponíveis naquele determinado momento, admitindo saldo a seu favor. O descoberto serve, geralmente, como mecanismo para superar dificuldades temporárias de tesouraria do creditado, pelo que, em regra, o crédito sob esta forma é prestado por curto prazo, ou mesmo exigível à vista.

⁴⁴ PESTANA DE VASCONCELOS, Miguel, *op. cit.*, p. 230/231

A situação de descoberto pode formar-se por vários meios, sendo os mais usuais o descoberto em conta – nas situações em que, no âmbito de uma conta corrente, o titular dessa conta saca sobre ela além do valor depositado, entrando na situação vulgarmente referida como “saldo negativo” – ou mediante a emissão de cheque sem a devida provisão, mas que, de qualquer forma, o banco aceite pagar, dando assim “por uma conduta social típica, um sinal claro no sentido de aceitação do descoberto, que devem reembolsar”⁴⁵.

Independentemente das circunstâncias em se formem relações de descoberto bancário, este não depende de acordo prévio das partes nesse sentido. Claro está que, se assim entenderem, as situações de descoberto podem ser estipuladas nas cláusulas contratuais gerais do contrato de abertura de conta ou da convenção de cheque. Não havendo tal acordo, o banco pode, ainda assim, *tolerar* a constituição de uma situação de descoberto, com base apenas na sua conduta, ainda que a tal não esteja obrigado por acordo prévio, resultando assim o contrato de meras relações de facto. Estas situações, denominado de descoberto *ad nutum*, assentam em condutas socialmente típicas por parte do banco e não constituem direitos para o cliente⁴⁶. Contudo, verificando-se esta tolerância do banco, cria-se, incontornavelmente, uma situação de crédito que não pode ser ignorada.

Como é o caso em todos os contratos atípicos, o descoberto *ad nutum* suscita questões quanto à sua regulação, por não ser abrangida por cláusulas que traduzam a regulação pelas próprias partes. Nestes casos, a jurisprudência nacional tem sido consistente no entendimento de que se aplicam aqui as regras do mútuo⁴⁷, pela sua semelhante estrutura e finalidade.

⁴⁵ MENEZES CORDEIRO, António, *op. cit.*, p. 698

⁴⁶ Conforme decidiu o Tribunal da Relação de Coimbra, em 2 de fevereiro de 1999, proc. n.º 1107/96, relator Távora Vítor

⁴⁷ Neste sentido: RCb, 15/12/1992, Relator Santos Lourenço (disponível em Coletânea de Jurisprudência XVII (1992), Tomo V, pp. 76/80); RLx 06/11/1997, Relator Sousa Grandão (disponível em Coletânea de Jurisprudência XXII (1997), Tomo I, pp. 121/123), RCb 05/12/2012, Relator Avelino Gonçalves; RLx 24/11/2022, Relator Adeodato Brotas; STJ 15/02/2001, Relator Araújo de Barros; STJ 14/02/2006, Relator Alves Velho.

II.V – Cessão Financeira ou *Factoring*

II.V.I - Aspectos Preliminares

Seguidamente, viramos a nossa atenção para o contrato de cessão financeira, vulgarmente designado de *factoring*. Começando exatamente pelo próprio vocábulo inglês de origem francófona, que, na verdade, encontra as suas origens no latim *facere*, significando, como é sabido, *fazer* – o *factor* é aquele que faz. É certo que o vernáculo de certos setores económicos foi, inegavelmente, colonizado por terminologia estrangeira; e tal não é mais manifesto em qualquer outra atividade do que na financeira, onde a aplicação de vocábulos anglo-saxónicos é lugar comum, ainda que tal ocorra em detrimento (por vezes roçando o ridículo e desnecessário) da língua portuguesa. Tal fenómeno assenta, fundamentalmente, no prisma psicológico da publicidade e da imagem que se cultiva com o uso de tais expressões, geralmente entendido como demonstrando modernismo e atualização.

Mas, sendo a palavra fulcral no Direito, a escolha dos vocábulos a utilizar não pode ser tomada de ânimo leve. Mormente, sendo que as normas de cada ordenamento jurídico são construídas para determinada comunidade, e criadas de acordo com e para as características dessa comunidade, não é de desprezar – bem pelo contrário, é de promover – o uso da língua portuguesa, cabendo ao legislador o dever da sua utilização na emanação de normas. Assim, é preferível e idónea a expressão contrato de *cessão financeira*, ainda que tal locução não seja tão impressiva como *factoring*.

Não obstante esse dever, aquando da primeira referência na lei ao contrato de cessão financeira em 1965 no Decreto-lei 46302, de 27 de abril, o legislador sucumbiu à adoção do estrangeirismo – alinhado com o que se verificou em muitos outros ordenamentos jurídicos europeus⁴⁸ –, ao enquadrar na categoria de “instituições parabancárias” aquelas que exercessem “qualquer sistema de atividade denominada *factoring*”. A referência, ainda que vaga – preconizando desde logo o carácter complexo e heterogéneo do contrato e das relações que se estabelecem em função deste – perpetuou-se ao longo das várias alterações legislativas, enquanto outras expressões anglo-saxónicas como o *leasing* ou o *time sharing* foram abandonadas a favor do léxico

⁴⁸ Destacando-se, pela sua contrariedade, o ordenamento francês de onde origina a expressão, mas que acabou por optar pela designação *affacturage*, que se mantém até hoje.

português, passando a ser locação financeira e direito real de habitação periódica, respetivamente – não se entende, então, a exceção da cessão financeira.

Posto isto, sendo que o sentido da palavra é definido pelo uso que lhe é dado pela generalidade das pessoas, não podemos negar que o termo *factoring* é prevalente na doutrina e jurisprudência nacional, pelo que não lhe podemos atribuir ao seu uso qualquer desvalor jurídico. Como tal, na presente dissertação adotar-se-ão ambas as expressões como equivalentes que, efetivamente, são⁴⁹.

Ainda que não caiba necessariamente no objeto da presente dissertação, pelo que não iremos mergulhar a fundo no tema, cabe, para um bom entendimento da figura a analisar, proceder a um (breve) enquadramento histórico:

O *factoring* tal como o conhecemos hoje encontra a sua génese no fenómeno colonialista, mais concretamente, nos novos mercados e na enorme expansão comercial e mercantil que surgiam do “novo mundo”. Originalmente ligados à indústria têxtil, os primeiros factores desempenhavam, essencialmente, funções de intermediários ou distribuidores de produtores, facilitando e agilizando o comércio entre as metrópoles e as respetivas colónias. Com o tempo, a este serviço de distribuição aliaram-se a garantia do bom fim das operações, bem como a concessão de adiantamentos sobre as vendas ainda não fechadas. Este estilo de *factoring* – denominado de *factoring* colonial – persiste até ao final do século XIX, abrangendo progressivamente mais setores comerciais além do têxtil.

O abrandamento do comércio colonial e o desenvolvimento económico, forçou os factores a virarem a sua atenção para o mercado interno. Isto resultou na intensificação do carácter financeiro da sua atividade, abandonando as funções de distribuição. Os factores passam a dedicar-se à cobrança e garantia de créditos de comerciantes, bem como à prestação de adiantamentos sobre os montantes desses créditos quando assim solicitados – esta atividade mereceu a designação de *old line factoring*, e aproxima-se mais da figura contratual conforme a conhecemos hoje,

⁴⁹ Não são, porém, as únicas, podendo-se encontrar na doutrina ainda referências a contrato de *cobrança* ou contrato de *faturação*; vide ROMANO MARTINEZ, “Contratos em Especial”, Universidade Católica, Lisboa 1995, p. 330

adotada na europa desde a década de 60 do século passado, e, na década de 80, em Portugal.

Mais recentemente, surge ainda o designado *new style factor*, que abraça plenamente as suas funções como operador financeiro, passando a praticar outras operações financeiras como a locação financeira e a forfaitização.

Como resulta da breve excursão histórica, a atividade dos factores é complexa e pode abarcar vários serviços individualmente considerados, o que torna encontrar a sua definição uma tarefa igualmente complexa. Isto porque, como é comum no método jurídico, a definição de qualquer figura contratual deve invariavelmente começar pela identificação dos seus elementos essenciais: aqueles elementos de verificação necessária que lhe confere autonomia das demais figuras contratuais, e que nos permitem depois identificá-los nas relações jurídicas do quotidiano. Ora, *in casu*, a identificação dos elementos essenciais do contrato de cessão financeira não é tão linear como poderá ser para outras figuras contratuais, dado que, a maior parte dos elementos que encontramos nos atuais contratos de cessão financeira são eventuais: hoje, através de um contrato de *factoring* podem ser prestados vários serviços plenamente distintos, ainda que interligados entre si, mas caberá às partes designar quais os serviços a ser prestados e quais os que ficam excluídos. Ou seja, o contrato de cessão financeira é uma amálgama de elementos eventuais, nenhum mais relevante que os outros, o que resulta em contratos bastante diferentes, e dos quais resultam direitos, obrigações e efeitos diferentes, ainda que possam todos ser subsumidos ao mesmo tipo contratual.

Consequentemente, definir o contrato de cessão financeira de forma precisa e contundente não é uma tarefa simples, podendo mesmo ser até inalcançável, como mostram os esforços da doutrina nacional e internacional. Até o próprio legislador, não alheio a esta dificuldade, optou assumidamente por não tipificar qualquer definição, nem sequer a consagrar um regime típico para o contrato. De facto, os vários diplomas que, ao longo do tempo, incidiram sobre a atividade da cessão financeira, abstraíram-se da figura contratual em si e das suas características, mantendo como objeto principal da regulamentação as sociedades que a praticam e as normas que devem observar na sua formação e vigência; quase nenhuns artigos são destinados ao contrato em si, e os que o são, assumidamente nunca visam a sua definição. Contudo, o legislador sempre

reconheceu a existência da figura contratual atribuindo-lhe uma designação, pelo que, à semelhança do que vimos até aqui para outros contratos de crédito, o contrato de cessão financeira ou de *factoring* é nominado, mas atípico.

Porém, nem tudo em relação ao *factoring* está envolto em confusão, pelo que vejamos, agora, aquilo que pode ser afirmado com certeza sobre esta atividade.

Primeiramente, o *factoring* é considerado uma operação de crédito nos termos do artigo 4º, n.º 1, b) do RGICSF. Assim, o seu exercício com carácter habitual e profissional é apenas permitido a entidades financeiras devidamente autorizadas a tal. Ainda que o referido artigo enquadre esta atividade no elenco daquelas que são permitidas aos bancos (que, como explicámos, são, entre nós o operador financeiro por excelência), não são as únicas entidades que a podem exercer. Como veremos depois, a forma pela qual os factores concedem crédito é, pela própria natureza do contrato e de como este se desenvolve na prática, diferente da forma como os bancos concedem crédito pelas vias usuais. Como tal, desde a génese do *factoring* que este foi desenvolvido por entidades especializadas – as sociedades de *factoring*; estas ainda hoje são reconhecidas pelo RGICSF (artigo 6º, n.º 1, b), iv)) como um dos tipos de sociedades financeiras a quem pode ser reconhecida autorização pelo regulador para atuar nesta área. Atualmente, as sociedades de *factoring* independentes parecem estar em declínio, tendo os bancos assumido essas funções, através dos seus departamentos de *factoring* ou através de sociedades filiais destes. Ressalva-se aqui que o declínio das sociedades independentes não se traduz no declínio do *factoring* em si – na verdade, o setor apresenta um crescimento estável ao longo dos anos, tendo atingido um volume de negócios de 2,9 biliões de euros em 2019, sendo a europa o mercado predominante, com 67%⁵⁰.

As sociedades de *factoring* são hoje reguladas pelo Decreto-lei n.º 171/95, de 18 de julho. Quanto ao contrato em si, este diploma, de acordo com o exposto acima, dedicou apenas dois artigos, obrigando à observância de forma escrita (artigo 7º), e estabelecendo algumas normas sobre o pagamento de créditos transmitidos. Deve ainda referir-se que, à semelhança dos demais contratos de créditos até aqui vistos, como

⁵⁰ Fonte: Estatísticas da atividade de *factoring* disponibilizadas pela FCI em https://fci.nl/en/industry-statistics?language_content_entity=en (consultado junho 2023)

consequência da natureza do setor financeiro e da contratação em massa levada a cabo pelos seus operadores, bem como à complexidade e conhecimento específico inerente ao setor, os contratos de cessão financeira também são contratos de adesão. Quanto ao seu conteúdo obrigatório, o Aviso do Banco de Portugal n.º 5/86 estabelecia, ainda que ao abrigo do anterior diploma sobre *factoring*, estabelecia que este deveria conter: as obrigações assumidas pelas partes (dentro do elenco de prestações possíveis), quais os créditos a ser cedidos, bem como os títulos que devem acompanhar essa cessão, a antecedência que deve ser dada para a denúncia do mesmo, e os valores a prestar a título de comissões e juros.

II.V.II – Elementos essenciais do tipo e (uma possível) noção

Firmados que estão alguns aspetos preliminares atinentes ao contrato de cessão financeira, relevantes para um melhor entendimento da figura, mergulhemos então nas questões materiais do tipo contratual tão controvertido. Procuraremos primeiro entender quais os possíveis elementos do contrato, que tipos de cessão financeira existem e que obrigações dele podem surgir para as partes. Num segundo momento, analisaremos o contrato de cessão financeira como instrumento de concessão de crédito e como, desse prisma, podemos nele identificar elementos ou características do contrato de mútuo.

Ainda que o legislador não tenha definido o contrato de cessão financeira, definiu, no mesmo diploma acima referido, a atividade de *factoring* como a que “consiste na aquisição de créditos a curto prazo, derivados da venda de produtos ou da prestação de serviços, nos mercados interno e externo”, o que já nos faculta um ponto de partida, ainda que ténue. De facto, o único ponto comum e transversal à atividade de cessão financeira é a aquisição de créditos, sendo que os demais elementos eventuais que podem aqui figurar, se relacionam, de uma forma ou de outra, a esta cessão e aos créditos cedidos.

A esta definição cabem, desde já, três reparos: primeiro, a cessão financeira apenas contempla a transmissão de créditos a curto prazo, devendo-se considerar como tal os créditos cujo prazo de vencimento seja inferior a um ano, de acordo com a definição dada pelo Decreto-lei n.º 58/2013, de 8 de maio. Em segundo lugar, destacar que a referência final a “mercado interno e externo” é redundante e escusada: faria

apenas sentido se a referência fosse apenas a um deles com o intuito de excluir o outro; não havendo tal exclusão, deveria o legislador ter optado por omitir tal referência, de onde se tiraria a ilação lógica de que se admitem créditos originários do mercado nacional e internacional. Por fim, a referência à origem dos créditos não se apresenta completa pela simples menção de “venda de produtos ou da prestação de serviços” ainda que, possivelmente, o legislador conscientemente não quisesse ter ido mais longe.

A cessão financeira como atividade comercial que é, terá apenas como objeto créditos decorrentes de outras atividades comerciais, designadamente compras e vendas e prestações de serviços entre empresas. O *factoring*, pela sua natureza, não é compatível com relações com consumidores, estando estas excluídas do seu âmbito. Neste sentido, os dois principais instrumentos internacionais de regulação de *factoring* – a saber *United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade* de Nova Iorque em 2001 e a Convenção da UNIDROIT sobre *Factoring* Internacional de Otava em 1988 – ambos expressamente excluem do seu âmbito créditos decorrentes de compras e vendas (incluindo serviços) destinadas ao uso estritamente pessoal, familiar ou domiciliário de determinada pessoa (artigos 4º, n.º 1 a) e 1º, n.º 2 a) *in fine*, para cada convenção, respetivamente).

Esta transmissão não é, em bom rigor, um negócio jurídico *per se*, mas sim um efeito de um negócio que lhe sirva de base, como indica, desde logo, o artigo 578º. Contudo, o objeto da presente dissertação visa a esse negócio-base em si, pelo que a análise dos efeitos e vicissitudes específicas da transmissão de créditos não será feita aqui. Deve, ainda assim, referir-se que a essa transmissão é aplicável o regime civil da cessão de créditos, constante dos artigos 577º e seguintes do Código Civil.

Considerando esse negócio-base, podemos, desde já, definir a seguinte distinção: o contrato de cessão financeira pode ser estruturado em termos unitários ou duais. Na primeira hipótese estaríamos perante apenas um negócio uno de cessão de créditos futuros, pelo qual opera essa transmissão; na segunda hipótese, teríamos um contrato preliminar que obriga as partes a celebrar futuramente a cessão de créditos⁵¹. Geralmente, a estrutura dual será a que melhor tutela os interesses das partes, por

⁵¹ MENEZES CORDEIRO, António, *op. cit.*, p. 761

permitir uma consideração mais ponderada pelas partes antes de qualquer compromisso. Mormente, o recurso a um contrato quadro permite depois que esses negócios individuais posteriores – os contratos de *factoring* de segundo grau⁵² – sejam adaptados às necessidades das partes, que variam com o tempo, articulando-se os vários tipos de contratos com a vontade das partes. No entanto, a referida Convenção das Nações Unidas adota, ainda que apenas a título subsidiário, a estrutura unitária para os contratos a que esta seja aplicável, no seu artigo 8º, n.º 2.

Ora, no âmbito do contrato de cessão financeira, esta cessão de créditos ocorre com carácter continuado, estando o cedente obrigado a ceder periodicamente todos os créditos que decorrerem da sua atividade – este princípio da globalidade exclui, à partida, qualquer faculdade do cedente de selecionar os créditos a ceder. Ainda que as partes possam, mediante acordo, excluir certos créditos, *v.g.* os decorrentes de determinado ramo da atividade. Paralelo ao princípio da globalidade, temos também um princípio de exclusividade, que impede o cedente de celebrar contratos de cessão financeira com outros factores. A maioria da doutrina entende que a existências destes deveres se presume nos contratos de cessão financeira, não vinculando apenas partes que tenham expressamente acordado em contrário⁵³.

Dito isto, naturalmente que o comerciante que realize vendas ou serviços pagos a pronto, não está em posição para celebrar contratos de cessão financeira, daí a geral incompatibilidade desta atividade com relações com consumidores.

II.V.III - As prestações possíveis (ou os serviços de *factoring*)

Como se referiu, os serviços, ou, por outras palavras, as prestações que as partes podem estipular no âmbito do presente contrato são várias, e (quase) todas de carácter eventual. Começamos exatamente então, pela única que é de verificação certa: a cobrança dos créditos cedidos. Efetivamente, o factor ao obter para si os créditos cedidos, obriga-se à sua cobrança junto do devedor, terceiro alheio à relação de

⁵² Adotando a expressão usada por PESTANA DE VASCONCELOS, Miguel, em *op. cit.*, p. 256

⁵³ Neste sentido, MENZES CORDEIRO, António, “Da Cessão Financeira (*Factoring*)”, Lex, Lisboa 1994, p. 101, e MONTEIRO, Mafalda Oliveira, “O contrato de *factoring* em Portugal”, Elcla Editora, Porto 1996 p. 40

*factoring*⁵⁴. Por ser o único serviço prestado em todos os contratos, esta é frequentemente designada com a prestação principal do factor, ainda que apenas pela sua certeza, e não pela sua especial importância quando justaposta às prestações eventuais. Ainda assim, não podemos com toda a certeza acolher este entendimento, porquanto o próprio Decreto-Lei n.º 171/95, não faz sequer qualquer referência a tal cobrança – recordemo-nos que, na definição tipificada neste diploma da atividade de *factoring* esta consistia apenas na *aquisição* dos créditos. Como tal, nem o serviço de cobrança pode ser totalmente considerado um elemento essencial do contrato de cessão financeira ou uma verdadeira prestação principal.

Por este serviço de cobrança, o factor será recompensado com uma quantia calculada sobre o valor do crédito cobrado, conforme estabelecia o já revogado⁵⁵ artigo 5º, n.º 1, al. a) do Decreto-lei n.º 56/86, de 18 de março. Naturalmente que a expressão “cobrança” inclui tão bem a gestão dos créditos e, se e quando necessário, dá legitimidade para a litigância.

Paralelamente a este serviço de cobrança podem figurar, essencialmente três outros: **(i)** a assunção dos riscos da cobrança, **(ii)** concessão de adiantamentos, e **(iii)** consultadoria comercial. A referida convenção da UNIDROIT, estabelece que, para que possamos qualificar determinado contrato como cessão financeira, devem ser prestados, pelo menos dois desses quatro serviços.

Começando pela última, pela sua mais fácil explicação e menor relevância para a presente análise. Os serviços de consultadoria incluem serviços de contabilidade ou análise de risco dos devedores, entre outros que possam agilizar o quotidiano do cliente do factor – vulgarmente designado também como aderente ou facturizado.

Por outro lado, a assunção dos riscos de cobrança, ou garantia de solvabilidade do devedor, impõem ao factor a obrigação de assumir as perdas em caso de incumprimento do devedor. Segundo o regime civil da cessão de créditos, esta garantia só existe se as partes expressamente o acordarem, nos termos do artigo 587º, n.º 2.

⁵⁴ Esta “separação” entre o factor e o devedor do crédito cedido, consequência da eficácia relativa dos contratos, é a mesma razão pela qual, um pacto de não cessão acordado pelas partes do crédito cedido, não é oponível ao factor.

⁵⁵ Curiosamente, o diploma revogatório (o referido DL n.º 171/95) suprimiu o artigo relativo à retribuição do factor, incluindo a referência à cobrança de comissões de *factoring*.

Havendo esta transferência do risco, estamos perante a designada cessão financeira própria, cessão financeira sem recurso ou, ainda, cessão financeira *pro-soluto*. Não havendo esta transferência, designamos cessão financeira imprópria, cessão financeira com recurso ou, ainda, cessão financeira *pro-solvendo*.

Ou seja, verificando-se o incumprimento por parte do devedor do crédito cedido, as consequências irão variar consoante a cessão tenha sido acordada *pro-soluto* ou *pro-solvendo*. No primeiro caso, o facturizado fica plenamente desobrigado de qualquer responsabilidade, cabendo as perdas ao factor, razão pela qual a figura da cessão *pro-soluto* é geralmente subsumida, à compra e venda de créditos, especialmente quando não existe adiantamento de valores, conforme veremos a seguir. No segundo, o factor aceita o crédito sob uma cláusula de “sem garantia de boa cobrança”, e goza de direito de regresso contra o facturizado em relação montante em dívida.

Por fim, vejamos a prestação mais relevante para a presente dissertação e, possivelmente, a de maior relevância para o facturizado: a antecipação de valores. Ao adquirir o crédito, e estando tal hipótese prevista no contrato-quadro, o factor pode ser obrigado a adiantar ao seu cliente uma percentagem (geralmente, não excedendo os 90%) do valor do crédito cedido ainda que não vencido⁵⁶, ficando este depois obrigado a restituir essa mesma quantia acrescida de juros. É esta prestação que confere ao contrato de cessão financeira a sua vertente financeira, pois cria uma forma para a empresa cliente de obter no imediato a liquidez decorrente de um crédito ainda antes da sua data de vencimento. Nos casos em que não se verifique tal acordo de adiantamento de montantes – chamada cessão financeira de maturação, onde o fator se obriga meramente a gerir e cobrar os créditos sem exercer qualquer função de financiamento – o contrato perde por completo a sua função creditícia, e, conseqüentemente, a relevância para a presente dissertação, pelo que, doravante, iremos apenas abordar a cessão financeira com antecipação.

Contudo, é sabido que, atualmente, o potencial de qualquer empresa só é tão grande como a sua possibilidade de obter financiamento, pelo que a relevância das antecipações no âmbito deste contrato não é de menosprezar enquanto fator decisório

⁵⁶ Não será, compreensivelmente, admissível o pagamento antecipado sobre créditos inexistentes, pois tal configuraria um contrato de mútuo puro e simples, estranho ao presente contrato.

para o recurso das partes a serviços desta atividade. Aliás, conforme estabelecemos atrás, ainda que a definição legal da atividade de *factoring* não faça referência a nenhuma das prestações eventuais, e estando no poder das partes acordar se sequer se materializa esta vertente financeira (ou seja, não é um contrato intrinsecamente financeiro/de crédito), a mesma é plenamente enquadrada no setor financeiro, estando o seu exercício restringido e sujeito às regras de prudência e supervisão que marcam este setor. Querendo isto dizer que, não obstante o seu caráter facultativo, a antecipação de fundos sobre os créditos assume, no grande plano deste contrato, um peso considerável, pelo que “a função financeira do *factoring* é determinante para se entender – mormente na experiência portuguesa – as cautelas com que o direito rodeia a prática desta atividade”⁵⁷.

Em suma, pelo contrato de cessão financeira, são transmitidos do facturizado para o factor créditos decorrentes de vendas ou prestações realizadas a crédito com outras empresas no âmbito da sua atividade, ficando, desde logo, o factor obrigado à sua cobrança. Além da cobrança dos créditos, o factor pode ainda garantir a boa cobrança do crédito, assumindo o risco de incumprimento, e prestar, quando solicitado, adiantamentos sobre os valores nominais dos créditos, mediante obrigação de restituição. Por cada um destes serviços, o factor será, naturalmente, remunerado, seja pela comissão de cobrança (ou comissão de *factoring*), que será mais elevada se a cessão for acordada *pro-soluto* para refletir e compensar o risco mais elevado que assume o factor, quer pelos juros que são devidos pelos adiantamentos. Podem ainda ser prestados, no âmbito do mesmo contrato, serviços de aconselhamento comercial e assessoria financeira. Todas estas prestações têm, como já se enfatizou, caráter eventual, e todas são, de certa forma, equivalentes enquanto razões determinantes na decisão de uma empresa de recorrer a serviços de cessão financeira, e todas elas “são co-naturais ao *factoring* e as obrigações respetivas elementos necessariamente integradores deste tipo contratual”⁵⁸.

⁵⁷ MENEZES CORDEIRO, “Direito Bancário”, *op. cit.* p. 765

⁵⁸ PINTO DUARTE, Rui, “Notas sobre o contrato de *factoring*” em *Novas Perspetivas de Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 1988, p. 145

Perante isto, entende-se a dificuldade em tipificar uma definição do contrato, quanto mais um regime jurídico. Ainda assim, podemos arriscar a definição do contrato de cessão financeira como o contrato pelo qual uma parte, geralmente uma empresa, designada facturizada ou aderente, cede ou obriga-se a ceder a totalidade dos seus créditos a curto prazo sobre terceiros, provenientes de vendas ou prestações de serviços, a uma entidade para tal autorizada, designada factor, contra uma remuneração, podendo esta geri-los e cobrá-los na sua data de vencimento, assumindo ou não o risco de incumprimento consoante a vontade das partes, e podendo ainda obrigar-se a prestar ao facturizado adiantamentos sobre os valores dos créditos, mediante retribuição e pagamento de juros. O factor pode ainda, no âmbito do contrato, prestar outros serviços de assessoria financeira/comercial.

II.V.IV - A particular relevância do contrato de cessão financeira com adiantamento

Como vimos, para a presente dissertação assume apenas relevância o contrato de cessão financeira em que tenha sido acordada a prestação de adiantamentos, ou seja, em que se verifique a vertente financeira. Apesar de eventual, esta vertente pesa mais que as outras prestações possíveis, pelas mesmas razões que justificam a intensa regulação de toda a atividade financeira. Além disto, consideramos que a cessão dos créditos que tem lugar no âmbito de um contrato de cessão financeira apenas *aparenta* ser o elemento central e transversal do contrato, porquanto a parca legislação sobre o tema não faz qualquer referência à cobrança dos créditos. Outrossim, a cobrança dos créditos não parece ser sequer o principal motivo que influi a decisão de uma empresa de recorrer ao *factoring* – a transmissão de créditos apresenta-se como meramente instrumental para a verdadeira pretensão da empresa a que o *factoring* visa dar resposta: os adiantamentos ou a garantia de solvabilidade.

Observando os interesses em jogo num contrato de cessão financeira com antecipação, podemos delinear semelhanças com o contrato de mútuo: de facto, a empresa que detém créditos sobre clientes, recorre ao *factoring* principalmente com vista à obtenção da liquidez imediata que proporcionam os adiantamentos. Da posição do facturizado, a cessão de créditos no âmbito de um contrato de cessão financeira não

é comparável à que ocorre no âmbito de compra e venda⁵⁹: na compra e venda, o interesse do vendedor é, por natureza, a obtenção do preço do crédito – ou, na verdade, de qualquer outra coisa que possa ser objeto do contrato de compra e venda, pois tal configuração de interesses é transversal ao tipo. Diferentemente, no contrato de cessão financeira, é claro que a empresa cliente visa, mais do que o preço, a liquidez imediata proporcionada pelas antecipações, utilizando, como se referiu antes, a cessão do crédito como instrumento para obter esse financiamento. Aliás, mesmo que se encontre excluída vertente financeira, ainda assim não conseguimos enquadrar os interesses das partes na configuração típica do contrato de compra e venda: o cliente pretende obter a cobrança dos créditos por um ente para tal mais habilitado, obter garantia contra possíveis incumprimentos dos seus devedores, ou contar com o conhecimento técnico do factor sobre aspetos comerciais e de mercado. Em face desta estrutura de interesses e fins prosseguidos pelo contrato de cessão financeira, manifestamente diferente da do contrato de compra e venda, “adota-se uma construção negocial complexa, que não pode ser artificialmente simplificada através do encaixe forçado na compra e venda”⁶⁰.

Vejamos então como podemos desconstruir e encontrar pistas sobre a natureza jurídica dos contratos de cessão financeira com adiantamento e com ou sem recurso, cotejando com os contratos típicos que nos são familiares. Ressalva-se, contudo, que, qualquer esforço de subsumir um qualquer contrato atípico a outro tipo mais familiar, e todas as consequências jurídicas que advêm dessa conclusão, deve sempre partir da interpretação casuística do clausulado e o que este nos revela sobre a vontade das partes. Devemos sempre manter a vontade das partes em vista, e a solução que se adota deve ser sempre a que mais se adequar a esta e que forneça os melhores resultados dentro do que as partes querem.

Firmado isto, passemos então à análise dessas duas figuras.

⁵⁹ Regime cuja aplicação à cessão financeira conhece vários apoiantes, *vide* MONTEIRO, Mafalda Oliveira, “O contrato de *factoring* em Portugal”, *op. cit.*, pág. 82; VAZ, Teresa Anselmo, “O contrato de *factoring*”, em Revista da Banca, ano 1987, n.º 3, p. 53/88

⁶⁰ PESTANA VASCONCELOS, Miguel, “Dos contratos de Cessão financeira (*factoring*)”, em Boletim da Faculdade de Direito – *Stvdia Ivridica*, 43, 1999, p. 421

II.V.IV.1 - Contrato de cessão financeira com recurso e antecipação

Nesta configuração, o factor adquire os créditos transmitidos pelo facturizado sem garantir a sua boa cobrança, e deve conceder a este os adiantamentos sobre o valor dos créditos, quando tal lhe seja solicitado. Em contrapartida, o facturizado assume a obrigação de restituir esse montante e os respetivos juros aquando da cobrança do crédito. No entanto, verificando-se incumprimento por parte do devedor, além da restituição dos valores antecipados e juros, o facturizado é ainda obrigado a ressarcir ao factor o valor do crédito frustrado.

Nesta configuração, a posição do factor é, naturalmente, mais protegida por, efetivamente, beneficiar de dois devedores para o mesmo crédito: o terceiro devedor, e, falhando este, o próprio facturizado, em cuja esfera se mantém o risco de incumprimento.

Alguns autores italianos⁶¹, explicaram este contrato como uma compra e venda, em que meramente se visava a troca de crédito pelo preço, sendo que o vendedor assumia a garantia de cumprimento do devedor cedido. Os juros enquadrariam o critério de cálculo do preço.

Contudo, conforme verificámos, a estrutura económica do contrato de compra e venda que se pretende fazer valer aqui, não é compatível com o contrato *sub judice*. A ser aceite, traduzir-se-ia numa situação em que a empresa cliente troca o seu crédito por um de valor inferior (o adiantamento), pagando ainda a comissão de cessão financeira como preço, o que seria, no mínimo, irracional. Mesmo se equacionarmos a obrigação do factor de restituir essa diferença entre o valor nominal do crédito e o da antecipação quando o devedor cedido pague o crédito, “equilibrando” os valores das prestações, continua sem explicação cabal o facto de o cliente pagar uma comissão de cobrança, mas obtendo, a final, o mesmo valor que receberia se tivesse ele próprio procedido à cobrança.

Mormente, tal construção não consegue ainda dar explicação ao pagamento dos juros que é fulcral à vontade das partes (ou, pelo menos, de uma delas). Não parece

⁶¹ Entre outros, *vide* PANZARINI, Gionvanni, “Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito”, Giuffrè, Milão, 1984, p. 633, ainda que o autor reconheça, aqui, a acessoriedade do contrato de mútuo.

correto enquadrar no conceito de preço o pagamento dos juros, pois tal função já é assumida pela comissão do factor, que não se confunde nem se mistura com os juros. Resultaria então, em duas prestações para “pagar” o mesmo crédito: o montante antecipado acrescido da diferença, e os juros.

Além disso, pela definição de preço como contrapartida da transmissão da propriedade da coisa vendida⁶², não podemos dizer que as antecipações são prestadas como contrapartida da cessão do crédito, desde logo porque não corresponde ao valor que as partes querem atribuir àquele crédito decorrente de uma valoração subjetiva do mesmo, mas é simplesmente calculado como uma percentagem sobre o valor desse mesmo crédito. A prestação de antecipações não visa solver qualquer obrigação de preço enquanto contrapartida, mas sim criar um direito de crédito a favor do próprio factor, porque, afinal, o financiamento é, atualmente, o papel central deste tipo de contrato.

Então, se a cessão do crédito é um mero instrumento para o fim que é a obtenção de financiamento, a estrutura típica do contrato de mútuo apresenta-se como mais idónea e apta a ser aplicada à cessão financeira. Tal não implica, porém, que deixemos de estar perante uma cessão de créditos, nem que esta perca a sua relevância enquanto ponto transversal aos contratos do tipo.

Assim, estaríamos perante um mútuo, mas atípico pela forma como é acordado o reembolso do factor (mutuário). Ao passo que, no mútuo típico, essa obrigação impenderia sobre o facturizado, a quem foi mutuado o valor, aqui essa obrigação recairia, primeiramente, sobre o devedor cedido, e, apenas subsidiariamente ao facturizado. A restituição pelo facturizado ficaria condicionada à verificação de uma condição suspensiva⁶³, que seria o incumprimento, total ou parcial, do devedor cedido.

Não podemos, contudo, olvidar, como estabelecemos, que podem ser acordadas várias outras prestações no âmbito deste contrato, designadamente a cobrança dos créditos e a assessoria financeira e comercial. Tais prestações não são, de nenhuma

⁶² LOBO XAVIER, Vasco, “Venda a Prestações – Algumas notas sobre os artigos 934º e 935º do Código Civil”, Coimbra, 1977, p. 47/48

⁶³ FOSSATI, Giorgio e PORRO, Alberto, “Il *factoring* – Aspetti economici, finanziari e giuridici”, 2ª edição, Giuffrè, Milão, 1980, p. 158, ainda que os autores apenas reconheçam o aspeto creditício na cessão com recurso, mas não na cessão sem recurso, como veremos adiante.

forma, integrantes da estrutura típica do contrato de mútuo, sendo características de um contrato de prestação de serviços. Somos, então, forçados a concluir pela existência de um contrato misto.

Quanto ao devedor cedido, não podemos ainda apontar a figura do contrato a cargo de terceiro, aquele em que um agente “atua em nome e interesse próprios, mas com a intenção de que a sua posição contratual se vá em bloco radicar na esfera jurídica de um terceiro, estranho ao negócio; não existe qualquer espécie de vínculo ou de justificação legal que autorize tal intromissão”⁶⁴. Tais contratos são, naturalmente, ineficazes e ilícitos, mas não correspondem à situação *in casu*: este terceiro devedor, no momento da cessão, já se encontrava vinculado ao facturizado pelo contrato de compra e venda ou prestação de serviços original. E este crédito que o facturizado detém sobre o terceiro é um bem do seu património, livremente alienável por negócio jurídico. Além disto, por via da cessão, o montante devido pelo devedor não se altera, simplesmente passa a ser devido ao factor. Uma simples alteração subjetiva na figura do devedor não configura uma verdadeira alteração na posição do devedor, muito menos um novo contrato imposto na sua esfera jurídica pelo factor e faturizado.

Não é sequer obstáculo, o carácter real *quoad constitutionem* do regime do mútuo civil, porque, conforme vimos, nada obsta a que as partes atribuam ao contrato de mútuo natureza consensual, ao abrigo da autonomia da vontade. Aliás, conforme aponta PESTANA VASCONCELOS⁶⁵, se o factor está obrigado, por força do contrato-quadro, a celebrar com o cliente vários negócios jurídicos de segundo grau com diversas prestações, nos quais se materializam os efeitos do contrato de cessão financeira, e lhe for requerida a concessão de adiantamentos pelo facturizado, tal negócio só ficará perfeito quando lhe forem efetivamente entregues tais montantes, podendo, neste medida, o próprio negócio preservar a natureza real *quoad constitutionem* do contrato de mútuo.

Parte da doutrina pretende ainda que o contrato de *factoring* não possa ser considerado como contrato de crédito, porque, para que o fosse, a antecipação, como serviço financeiro, teria de preceder a cessão de créditos, conforme se constrói o mútuo

⁶⁴ CAMPOS, Diogo Leite de, “Contrato a favor de terceiro”, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 1991, pp. 59/60.

⁶⁵ “Dos contratos de cessão financeira (*factoring*)”, *op. cit*

típico. Contudo, tal diferença explica-se pelo facto que o crédito prestado pelos factores assenta numa técnica diferente da que é usual nas demais entidades financeiras: os bancos concedem crédito com base na avaliação das garantias e solvabilidade do devedor, avaliando, com base nisso, o risco de incumprimento e concluindo num *plafond* permitido a cada devedor. Por outro lado, o montante do financiamento prestado pelos factores é calculado exclusivamente com base no montante dos créditos cedidos – chamado *asset based financing*. Assim, não existe, na verdade, qualquer imprecisão nesta diferença entre a cessão de créditos e a concessão de adiantamentos, ainda que, para tal, tenhamos de entender as relações financeira em geral de um prisma mais lato do que a estrutura rígida do mútuo civil. Mas, tal não significando necessariamente que a relação perca a sua função financeira.

Estabelecemos previamente que o regime da compra e venda não é compatível com a forma como os interesses das partes se configuram no contrato de cessão financeira. E, de igual forma, a cessão dos créditos também não se faz a título de venda. A cessão do crédito não visa extinguir a obrigação de reembolso, porque, de facto, não tem esse efeito, visa apenas facilitar o seu cumprimento⁶⁶. Dá ao factor um meio de satisfazer o seu crédito pelos adiantamentos, caso o devedor cedido não cumprir, ou cumprir parcialmente, a sua obrigação. Neste caso, permite-se que o factor exija esse valor ao facturizado – por outra palavras, este concede ao factor uma prestação que não a restituição do *tantundem*, mas que este pode realizar para obter o seu valor. *Ergo*, a cessão de créditos é feita *em função do cumprimento* da obrigação – é instrumental à satisfação do reembolso. Estamos perante uma cessão de créditos *pro-solvendo*.

Ainda assim, apesar de a cessão ser feita *solvendi causa* em relação à obrigação de restituição da antecipação, cumpre, simultaneamente, funções de garantia, ainda que não tenha sido feita com esse fim garantístico. Independentemente do que dá causa à cessão, a mesma concede ao factor dois devedores para o mesmo crédito, solidificando a sua posição enquanto credor.

⁶⁶ ANTUNES VARELA, João de Matos, “Das Obrigações em Geral – Vol. II”, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 1995, p. 172.

Ora, a dação em função do cumprimento é, como estabelece grande parte da doutrina^{67/68}, corresponde a um mandato, conferido também no interesse do mandatário, não permitindo, por isso, a sua livre revogação.

Concluindo, o contrato de cessão financeira com recurso e com antecipações não corresponde, como defende parte da doutrina, a uma compra e venda de créditos. Primeiramente, porque os interesses que dão causa ao contrato de compra e venda não se alinham com os da cessão financeira: de facto, o facturizado não aliena os créditos com vista à obtenção do seu preço, o que é característico da compra e venda. Além disto, nem a concessão das antecipações, nem a comissão de *factoring* corresponde à definição de preço, tal como esta figura surge no contrato de compra e venda. Na verdade, tal como no mútuo, sendo prestadas estas antecipações, fica o facturizado obrigado à sua restituição e dos juros correspondentes, configurando uma relação obrigacional de mútuo. Como o factor não garante a solvabilidade do devedor, a cessão visa facilitar o cumprimento desta obrigação, concedendo-lhe dois devedores para o mesmo crédito – estamos então perante uma cessão de créditos em função do cumprimento da obrigação de restituição, que, simultaneamente, cumpre fins garantísticos. Ainda que pouco usual, a precedência da cessão à efetiva disponibilidade das antecipações não afeta a validade dessa cessão *pro-solvendo*, porque, simplesmente, o crédito disponibilizado pelos factores faz-se por uma estrutura diferente da que utilizam os bancos, que é inerente à natureza da atividade de *factoring*. Concluimos então que estamos perante um contrato misto, unindo elementos de mútuo na relação das antecipações e do respetivo reembolso, e, no que toca à cessão dos créditos em si, mandato concedido também no interesse do mandatário, podendo ainda contemplar elementos de prestação de serviço, caso seja acordada a assessoria comercial e financeira.

II.V.IV.II - Contrato de cessão financeira sem recurso e com antecipação

Nesta configuração, o factor adquire do aderente a globalidade dos créditos com vista à sua cobrança, podendo prestar antecipações sobre o valor dos créditos, e

⁶⁷ Vide COSTA, Mário Almeida, “Direito das Obrigações”, 12ª edição, Almedina, Coimbra, novembro 2009, pág. 1096 e PESSOA JORGE, Fernando, “Direito das Obrigações – Vol. I”, AAFDL, 1975, p. 449

⁶⁸ MENEZES LEITÃO, Luís, “Direito das Obrigações – Vol. II”, 13ª edição, Almedina, Coimbra, setembro 2021, p. 192

garantindo a solvabilidade do devedor. Quer isto dizer que, geralmente, o factor irá reembolsar-se cobrando o crédito junto do seu devedor. Contudo, caso o devedor cedido incumpra total ou parcialmente a sua obrigação, o factor deve assumir essas perdas, não tendo a opção de exigir esse valor do facturizado. A tal assunção de risco corresponderá uma comissão de garantia, importando mais custos para o facturizado. Note-se, porém, que esta garantia não é plena, sendo comum o acordo de uma cláusula que estipule em que situações a mesma opera, e em que situações não opera; se houver incumprimento, mas a situação não se enquadre numa das situações em que esta garantia possa operar, o facturizado deve ainda ressarcir o factor pelas perdas.

Igualmente ao que ocorre na cessão financeira com recurso, também aqui parte da doutrina entende estarmos perante uma venda de créditos⁶⁹. *Prima facie*, tal afirmação parece cabal por ocorrer uma transmissão a título definitivo. Mormente, dado que depois de transmitido o crédito, o facturizado não assume qualquer obrigação em relação ao cumprimento desse crédito, efetivamente desvinculando-se deste (pelo menos nas situações em que a garantia opere), parece corroborar este entendimento. Contudo, vale aqui o mesmo que foi dito acima sobre a incompatibilidade da estrutura dos interesses característicos da compra e venda e da cessão financeira, bem como a inaplicabilidade da figura do preço que não se coaduna com os montantes que são movimentados no âmbito deste contrato – como vimos, nem a comissão de *factoring*, nem os adiantamentos, nem os juros, nem a comissão de garantia, ainda que possamos debater a sua natureza, nunca podem ser subsumidas ao conceito de preço. Da mesma forma que argumentámos para o contrato de cessão financeira com recurso, ainda que considerássemos a antecipação como “preço” do crédito, manter-se-ia a mesma incongruência de termos duas contrapartidas para esse preço: a diferença entre o valor nominal do crédito, e os juros, ficando por explicar a comissão de *factoring* e a comissão de garantia – todas estas prestações cumprem funções distintas dentro do contrato, não sendo admissível assim a união indiscriminada de todas elas sob a designação de preço, conceito que nunca sequer se enquadraria. Vale também aqui o que foi dito em relação à precedência da cessão de créditos sobre a prestação do financiamento (sobre a forma

⁶⁹ Em sentido contrário *vide* VAZ, Teresa Anselmo, *op. cit.*, p. 71

das antecipações), e em relação à natureza real *quoad constitutionem*, inviabilizando a doutrina da venda de créditos.

Tal como vimos anteriormente, também aqui estamos perante um contrato de mútuo, ou, pelo menos, com elementos de mútuo. Novamente, transpomos para aqui o que foi dito sobre o prisma económico do contrato, sublinhando a relevância da vertente financeira como fator determinante na decisão das partes. A empresa cliente pretende aqui, acima de tudo, obter o financiamento a curto prazo concedido pelo factor, numa relação obrigacional de mútuo. Esse mútuo é, claramente, atípico, residindo essa atipicidade na forma de reembolso. A doutrina que se opõe a tal entendimento, recusa a aplicação do contrato de mútuo por aquilo que entendem ser a ausência do reembolso, elemento essencial do contrato de mútuo, o que desvirtuaria a relação de mútuo. Contudo, na verdade, o reembolso, entendido como o ressarcimento das quantias mutuadas, existe também aqui, apenas se materializa numa forma diferente da do mútuo típico: neste, esse reembolso cabe ao mutuário, que deve devolver o valor emprestado, no vencimento dessa obrigação, acrescido de juros. Diferentemente, na cessão financeira sem recurso e com antecipação, o reembolso faz-se mediante a cessão de um crédito, que o factor deve cobrar para satisfazer a obrigação. Verificamos aqui também, então, que a cessão é feita em função do cumprimento dessa obrigação, sendo que, contudo, aqui não cumpre funções de garantia, por não haver possibilidade de exigir o montante devido do faturizado.

Mesmo que se verifique incumprimento por parte do devedor, o factor só não obtém o reembolso, devido à assunção expressa desse risco. A assunção deste risco leva à extinção do seu crédito por compensação com o crédito que este assumiu perante o faturizado pelo funcionamento da “garantia de *factoring*”.

II.V.IV.II - Conclusão

A origem da cessão financeira remonta então ao surgimento do comércio colonial, visando, numa fase inicial, facilitar a circulação e distribuição de produtos entre metrópoles e colónias. A sua evolução acompanhou o desenvolvimento do comércio internacional e adaptou-se às necessidades do mercado, tendo adotado, posteriormente, uma vertente financeira que ainda hoje se assume como basilar à atividade de *factoring*, e concede aos fatores o título de operadores financeiros. A sua

evolução, culminando na atual configuração do contrato, traduz-se num tipo contratual especialmente complexo e indefinido, marcado pela heterogeneidade do seu conteúdo, no que toca à multiplicidade de serviços que podem ser assumidos pelos factores modernos.

Como tal, os esforços até aqui desenvolvidos no sentido de densificar uma noção de contrato de cessão financeira têm sido, em maior ou menor extensão frustrados pela sua incompletude ou imprecisão. De igual forma, o legislador optou igualmente por não definir o tipo de contrato, mas apenas tipificou a noção de atividade de *factoring* classificando-o como de natureza financeira. Para o contrato de cessão financeira em si, apesar de a lei reconhecer a sua existência e o seu nome, não foi previsto qualquer regime legal, deixando-o pela atipicidade legal; como vimos para outros casos, a tipicidade é apenas social, e o seu funcionamento assenta em cláusulas contratuais gerais, como é usual na contratação em massa realizada por operadores financeiros.

Ainda assim, sem pretensões de apresentar uma definição inequívoca, podemos, desde logo, indicar que todos os contratos de cessão financeira se desenvolvem em torno de uma cessão de créditos cujo prazo de vencimento seja inferior a um ano, provenientes de vendas ou prestações de serviços comerciais. Ainda que esta cessão em si nos revele pouco sobre a função e as finalidades do contrato de cessão financeira, e que o seu papel no âmbito do mesmo não seja pacífico, é, de facto, o único elemento transversal a todos os contratos deste tipo. Tudo o resto é, como vimos, eventual. A esta cessão é aplicável o regime de cessão de créditos do Código Civil.

Cedidos os créditos, ou obrigando-se o factor à sua aquisição num momento posterior no caso de cessão de créditos futuros, os serviços prestados pelo factor variam consoante as necessidades e vontade das partes, cabendo-lhes definir, de entre o elenco de prestações possíveis, quais as que, em cada caso, são desejadas. Assim por via do contrato de cessão financeira, o factor obriga-se a um ou mais dos seguintes serviços: **(i)** cobrar os créditos adquiridos, **(ii)** garantir a solvabilidade do devedor cedido; **(iii)** conceder adiantamentos sobre o valor nominal dos créditos, e **(iv)** prestar serviços de gestão e contabilidade de créditos, bem como assessoria comercial e financeira. Ora, como referimos, nenhuma destas prestações se apresenta como essencial ao contrato, sendo todas de carácter eventual, e cabendo apenas às próprias partes estabelecer quais

os serviços que irão ser prestados. Apesar de nenhuma delas ser prevalente sobre as demais, a concessão dos adiantamentos assume especial relevância como forma de concessão de crédito e financiamento de empresas, e é um motivo crucial na formação da vontade de uma empresa de recorrer a este tipo de serviços – de facto, “verifica-se que a cessão financeira – no seu núcleo central típico, mais frequente e, como tal, marcante para a generalidade do regime da figura – desempenha as funções do mútuo bancário”⁷⁰. Isto corroborado pelo facto de, ainda que a concessão de adiantamentos seja facultativa, o *factoring* é considerado uma atividade financeira, cujo exercício é apenas permitido a instituições bancárias e sociedades de *factoring*, sujeitando o seu exercício ao estrito controlo e supervisão característico do setor financeiro, justificando-se esta cautela exatamente pela relevância assumida pela concessão de crédito via adiantamentos.

Como é a concessão de adiantamentos que consagra a vertente creditícia do contrato, apenas aqueles em que tal prestação tenha sido acordada assumem aqui relevância.

Conforme prevê o artigo 587º, n.º 2, o factor pode, mediante acordo das partes nesse sentido, garantir a solvabilidade do devedor cedido. Querendo tal dizer que, em caso de incumprimento por parte deste, o factor assume o risco de incumprimento e as perdas daí decorrentes, tendo de ressarcir o facturizado pelo valor do crédito. Na ausência de tal acordo, mantém-se a regra de que o risco de incumprimento corre por conta do credor, ficando o facturizado obrigado a entregar ao factor o montante do crédito frustrado. Apesar de, na prática, esta distinção ser crucial, cabendo às partes determinar se esta eventual obrigação de garantia se deve, ou não, constituir, na verdade, tal não altera a natureza jurídica do contrato.

Ora quanto à natureza jurídica, parte da doutrina subsume o contrato de cessão financeira ao contrato de compra e venda, dado que, naquele contrato temos a transmissão de um direito – o crédito cedido – contra uma prestação pecuniária, assemelhando-se assim à estrutura típica do contrato de compra e venda. Contudo, ainda que a compra e venda seja o tipo contratual mais frequentemente utilizado para a

⁷⁰ MENEZES CORDEIRO, “Direito Bancário”, *op. cit.*, p. 764/765

cessão de créditos⁷¹, nada estipula que é o único meio pelo qual pode operar tal efeito – de facto, conforme estabelece o artigo 578º, nº 2, a cessão de créditos pode operar por vários negócios jurídicos. E, cotejando a construção típica da compra e venda com a da cessão financeira, concluímos pela incompatibilidade dos dois regimes.

Primeiramente, o contrato de compra e venda assenta na vontade de uma das partes de alienar um bem ou titularidade de direito com vista à obtenção da contrapartida pecuniária correspondente, enquanto a outra parte visa obter para si o bem ou direito vendido para se servir dele. E não encontramos tal configuração de interesses no contrato de cessão financeira: o facturizado, quando cede um conjunto de créditos ao factor, não pretende obter o preço da alienação desse direito, mas sim beneficiar dos vários serviços que o factor presta, sendo a cessão instrumental para esse fim. E, de igual forma, o factor não presta os serviços de *factoring* com vista à compra de créditos enquanto ativos patrimoniais dos quais se poderá servir – o factor quer, acima de tudo, realizar a sua atividade por forma a obter o lucro proveniente da mesma, sob a forma de comissões e juros, sendo a aquisição dos créditos, novamente, instrumental para esse fim, e não o objetivo principal do factor. Assim, a estrutura de interesses que determina duas partes à celebração de um contrato de compra e venda é manifestamente diferente da que encontramos no contrato de cessão financeira.

Além disto, outro elemento essencial do contrato de compra e venda não pode, igualmente, ser transposto ou aplicado ao contrato de *factoring*: o preço. Ainda que os pormenores da definição de preço possam ser discutíveis, este, em geral, corresponde à contrapartida pecuniária do bem cedido, cujo montante reflete o valor que as partes, por acordo, atribuem àquele bem ou direito. Ora, como vimos, nenhuma das prestações pecuniárias que se verificam no contrato de cessão financeira pode ser definida desta forma, não sendo o conceito de preço aplicável ao contrato de compra e venda.

Observando então os interesses em jogo, parece-nos mais idóneo que a ênfase da relação de *factoring* (pelo menos, do *factoring* com antecipação) seja colocado na sua vertente financeira, classificando-o como contrato de crédito. Assim, parece mais seguro afirmar que determinada empresa que realize vendas a crédito e recorra a serviços de

⁷¹ Inclusive, certos ordenamentos jurídicos como o espanhol preveem o regime da cessão de créditos como uma modalidade da compra e venda.

factoring visa, principalmente, obter o financiamento a curto prazo que resulta das antecipações, quando não queira ou não consiga recorrer a meios tradicionais de crédito bancário. E, para tal, cede os créditos provenientes dessas vendas ou prestações de serviço ao factor como meio de obter tal financiamento. Assim, além das antecipações, pode ainda contar com a cobrança desses créditos por um ente mais habilitado a tal e obter proteção contra possíveis incumprimentos dos devedores cedidos. Por tais serviços paga a comissão de *factoring* e, eventualmente, comissão de garantia, e, pelas antecipações paga os juros, que são a compensação típica devida em relações creditícias, não havendo assim qualquer inexatidão entre os conceitos e as prestações a que tais conceitos se referem.

Como relação creditícia que é, a figura do mútuo parece-nos então mais indicada a esclarecer a natureza jurídica deste contrato. Naturalmente, este mútuo seria marcado pela sua atipicidade no que toca ao ressarcimento do mutuário, mas sem que tal desvirtue o tipo contratual nem importe o afastamento dessa classificação. E, ainda que parte da doutrina reconheça afinidade entre contrato de cessão financeira com recurso e o contrato de mútuo, mas recuse tal justaposição quando não haja recurso, podemos, de igual forma, fazer essa ligação em qualquer das configurações. O contrato de cessão financeira com recurso não parece suscitar grandes dúvidas neste aspeto: não garantindo o factor a solvabilidade do devedor, terá sempre possibilidade de se ressarcir dos montantes antecipados, quer seja do devedor cedido, quer do facturizado quando aquele incumpra, beneficiando efetivamente de dois devedores para o mesmo crédito.

Por outro lado, quando o factor assuma a boa cobrança do crédito e se verifique incumprimento do devedor cedido, nas situações em que opere a designada “garantia de *factoring*”, o factor torna-se responsável pelo pagamento do valor ao facturizado do crédito frustrado. Ora, nesta situação o factor assume então uma dívida perante o facturizado correspondente ao valor nominal do crédito, mas é simultaneamente credor do facturizado pelos valores antecipados. Assim, mesmo no contrato de cessão financeira sem recurso, não podemos afirmar que não existe direito à restituição dos valores adiantados o que levaria à desconsideração da figura do mútuo, porque, de facto, tal obrigação não desaparece – o que ocorre é que essa obrigação se extingue por

compensação entre o crédito pelo adiantamento e o crédito resultante da garantia de *factoring* perante o incumprimento do devedor.

Quanto ao papel da cessão de créditos em si, podemos afirmar que, em qualquer dos casos, ela é instrumental aos objetivos que as partes visam com o contrato. Considerando então a motivação económica das partes, a cessão dos créditos parece ser feita *solvendi causa* da obrigação de restituição dos valores antecipado, visando facilitar o cumprimento dessa obrigação: na cessão financeira com recurso a cessão permite ao factor cobrar do devedor o valor das antecipações – e, caso ele não cumpra ou cumpra parcialmente, permite demandar o facturizado, denotando-se aqui uma vertente garantística da cessão, ainda que não possamos reduzir a cessão a tal função – e na cessão sem recurso, é a transmissão dos créditos que permite operar a compensação que faz extinguir a obrigação de restituir os valores antecipados. Então, podemos concluir que, em qualquer dos casos, a relação de cessão financeira assemelha-se mais à figura típica do mútuo, como contrato de crédito que é, sendo que a cessão dos créditos é feita em função do cumprimento das obrigações de restituição dos valores adiantados.

II.VI – Locação Financeira ou *leasing*

II.VI.I - Aspetos introdutórios – Funcionamento e evolução da locação financeira

Por fim, analisemos o contrato denominado contrato de locação financeira. Esta prática surgiu nos EUA, tendo a sua primeira implementação em larga escala pela *Bell Telephone Co.*, que, para distribuir os primeiros telefones depois da sua patente em 1876, optou pela sua locação em detrimento da sua venda. Tal decisão foi tomada com vista ao financiamento da construção das infraestruturas necessárias para o funcionamento do serviço de telecomunicações, e o modelo manteve-se em prática por cem anos, apenas cessando na década de 70 do séc. XX⁷². Na Europa, a receção deste tipo contratual ocorreu após a Segunda Grande Guerra, como mecanismo de fomentar

⁷² TANENBAUM, Morris, “The Historical Evolution of U.S. Telecommunications”, em *Technology in Society*, vol. 15, p. 263-272, 1993

a reconstrução e recuperação económica, num processo com vincada influência norte-americana⁷³.

Entende-se então que, como referimos anteriormente para o contrato de cessão financeira, a este tipo contratual é também associada uma designação anglo-saxónica – o *leasing* – que, pela mesma explicação apresentada para o contrato de *factoring*, é mais comumente utilizada pelas entidades que exercem esta atividade. Contudo, ao contrário do contrato de cessão financeira, aqui o legislador optou por tipificar o contrato sob a sua designação portuguesa, cumprindo o dever que sobre si incumbe de se expressar nessa língua.

Ora, a própria designação de locação financeira indica-nos, desde logo, que este tipo contratual cumpre funções de financiamento para a pessoa que a ele recorre, e que tal financiamento ocorre segundo moldes de locação, ainda que os mecanismos da tradicional locação civil se encontrem aqui mais diluídos, conforme veremos mais adiante. Esta particular forma de concessão de crédito traduz-se em várias vantagens: em geral, o crédito é de um escopo bem definido e limitado, visando apenas financiar um bem ou conjunto de bens, acompanhando o seu valor e vida útil⁷⁴. Para o locador financeiro, a retenção do direito de propriedade sobre a coisa significa uma acrescida proteção do seu crédito, sendo que “a propriedade é a garantia por excelência”⁷⁵. Assim, a normal análise de solvabilidade do devedor e risco do crédito que deve preceder a concessão do mesmo aqui é reduzida exatamente por essa garantia. E para o locatário financeiro, o financiamento não surge como um débito na sua contabilidade, não aumentando o seu endividamento e é acompanhado de certas vantagens no âmbito fiscal.

Quanto aos sujeitos o contrato de locação financeira apresenta uma estrutura tripartida: nele participam um vendedor, um locatário financeiro e um locador financeiro. Entre o vendedor e o locador celebra-se um contrato de compra e venda sobre a coisa indicada pelo locatário, coisa essa que depois é locada a este. Adiante

⁷³ WIEGAND, Wolfgang, “The Reception of American Law in Europe”, em *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, n.º 2, pp. 229-248, 1991

⁷⁴ Como veremos adiante, a vida útil da coisa a locar é o critério estabelecido pelo legislador na definição do prazo dos contratos de locação financeira.

⁷⁵ MENEZES CORDEIRO, António, “Direito Bancário”, *op. cit.*, p. 731

averiguaremos melhor a natureza jurídica destas relações, com especial incisão na última.

Apesar de haver breves referências ao termo *leasing* em diplomas anteriores, a regulamentação da locação financeira em Portugal inicia em 1979 com o Decreto-Lei n.º 135/79, de 18 de maio, que veio estabelecer as primeiras normas para a constituição e funcionamento das sociedades de *leasing*⁷⁶. Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 171/79, de 6 de junho, veio estabelecer um regime para o contrato em si. Em 1984 é fundada a *Apelease* – Associação Portuguesa de Empresas de *Leasing*.

Assim, verificamos aqui uma inversão da tendência de atipicidade dos contratos de crédito. Segundo este diploma, locação financeira define-se como “o contrato pelo qual uma das partes se obriga, contra retribuição, a conceder à outra o gozo temporário de uma coisa, adquirida ou construída por indicação desta e que a mesma pode comprar, total ou parcialmente, num prazo convencionado, mediante o pagamento de um preço determinado ou determinável, nos termos do próprio contrato”. Este primeiro regime veio, desde logo, dar cumprimento ao princípio da exclusividade característico da atividade financeira, ao determinar que apenas as sociedades de locação financeira podem, com caráter de habitualidade, dar coisas por locação financeira. Também o objeto do contrato era limitado a bens de equipamento para coisas móveis, e, para os bens imóveis, apenas aqueles que afetos ou a afetar a “investimento produtivo” em qualquer setor económico. Dentro desta qualificação podemos apontar, a título de exemplo, escritórios, fábricas, armazéns, ateliers, clínicas, hotéis, restaurantes, garagens, lojas e supermercados⁷⁷. Além disso, este diploma remete amiúde para as soluções do Código Civil, criando um regime marcadamente civilista e mais restritivo – é de ressaltar o artigo 4º do referido Decreto-Lei que concedia ao Banco de Portugal o poder de estabelecer normas sobre vários aspetos do contrato, bem como sujeitava os contratos-tipo à sua aprovação prévia.

⁷⁶ Tal como as sociedades de *factoring* no mesmo período, as sociedades de *factoring* eram também consideradas como instituições parabancárias, o que denota, desde a sua génese, a vertente financeira deste tipo de operações e a conseqüente cautela com que o legislador lida com a atividade.

⁷⁷ PIRES, José Maria, *op. cit.*, p. 247

A necessidade de aprovação prévia pelo Banco de Portugal foi posteriormente revogada pelo DL n.º 168/89, de 24 de maio, iniciando um processo de liberalização da locação financeira. Processo esse que continuou com a legislação subsequente, incluindo o Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de junho. Por este diploma, passou a ser admissível dar por locação financeira qualquer coisa que pudesse ser dada por locação, os prazos mínimos para o contrato foram reduzidos, bem como simplificada a forma legalmente exigida para a sua celebração, mantendo a tendência de afastamento do regime civilista, a favor da liberalização do contrato.

Existem, contudo, outros tipos contratuais, frequentemente associados à locação financeira ou mesmo indicados como modalidades da mesma, que, contudo, não parecem enquadrar-se na definição legal de *leasing* e, como tal, não podem ser considerados como tal. Uma destas modalidades é o chamado *leasing operacional*, caracterizado pela ausência de opção de compra pelo locatário. Ainda que a aquisição do bem tenha de ser, por definição, facultativa, essa opção tem de ser dada ao locatário como elemento essencial do contrato de locação financeira. O *leasing operacional* é realizado por empresas dedicadas a esse fim, normalmente incidindo sobre equipamentos altamente especializados. Não havendo opção de aquisição, os equipamentos devem sempre ser restituídos findo o contrato, que serão locados de novo para poder cobrir os custos de aquisição. Assim, o *leasing operacional* é, primeiro, um meio de obtenção do uso de equipamento, deixando a sua vertente financeira para segundo plano⁷⁸. Observando a definição legal do tipo contratual, a ausência da opção de compra parece ser determinante no afastamento desse regime, assemelhando-se o *leasing operacional* mais à locação simples, do que uma modalidade de locação financeira.

Outra modalidade que também suscita dúvidas, é o chamado *leaseback* ou *sale-and-leaseback* em inglês, *cession-bail* em francês, ou locação financeira restitutiva⁷⁹. Esta modalidade funciona, essencialmente, da mesma forma que funciona a locação financeira normal, apenas com a particularidade de que a coisa objeto do contrato,

⁷⁸ VANCIL, Richard F., “*Leasing of Industrial Equipment*”, McGraw – Hill Book Company, Inc., EUA, 1963, pp. 8/9

⁷⁹ Adotando a expressão usada por ROMANO MARTINEZ, Pedro em “*Contratos em Especial*”, *op. cit.*

normalmente um imóvel, seria propriedade do próprio locatário, que a vende ao locador recebendo-a imediatamente de volta, mas a título de locação. Frequentemente utilizado como forma de suprir faltas de liquidez, ou como medida de recuperação ou reestruturação de empresas. Contrariamente ao *leasing* operacional, aqui a vertente financeira do contrato mantém-se – ou, até mesmo, intensifica-se. Para ROMANO MARTINEZ o *leaseback* assemelha-se a uma hipoteca pois o imóvel cumpre funções garantísticas sobre o capital da venda entregue ao locatário com a vantagem de dispensar a venda judicial em caso de incumprimento. Contudo, a integração da locação financeira restitutiva no universo do *leasing* não é pacífica. Se nos guiarmos estritamente pela definição legal, esta apenas indica que o bem objeto do contrato deve ser indicado pelo locatário, não referindo qualquer impedimento a que esse bem seja propriedade do próprio locatário. Contudo, nesta modalidade, o locatário e o vendedor concentram-se numa só pessoa, não se verificando a estrutura tripartida da locação financeira típica. Para PINTO DUARTE⁸⁰, o *leaseback* não se enquadra, ainda assim, na locação financeira porque não se traduz, efetivamente, numa utilização ou aquisição de um bem de que o locatário antes não dispusesse e necessitasse para o exercício da sua atividade, que defende ser essencial à locação financeira. Assim, o *leaseback* não poderia ser praticado por sociedades de *factoring*.

II.VI.II - Natureza Jurídica

Pela denominação, parece claro que, o presente tipo contratual assenta na locação por todos conhecida: de facto, opera a cedência do uso da coisa contra uma retribuição pecuniária periódica, configuração típica de uma relação de locação. Todavia, a locação financeira vai além da locação simples tendo outros aspetos que lhe concedem autonomia, e que podem transfigurar a natureza locativa. Desde logo, a sua natureza financeira que não pode ser ignorada.

Antes de procedermos à análise da natureza do contrato de locação financeira, recapitulemos o seu funcionamento: o locatário financeiro que deseja adquirir determinada coisa que não pode (ou não quer) comprar, requer ao locador financeiro que a adquira de um terceiro, o vendedor, para, posteriormente, a dar a título de locação

⁸⁰ Em “Escritos sobre *leasing* e *factoring*”, Principia, janeiro 2001, p. 180

mediante pagamento de rendas. O locador financeiro tem ainda a opção de comprar a coisa pelo seu denominado valor residual, correspondendo ao preço da coisa, subtraindo-se os valores já amortizados. Refira-se que, somado o valor residual ao total dos montantes pagos a título de renda, resultará um valor superior ao preço original da coisa pago pelo locatário, residindo nessa diferença – os juros – o lucro deste.

Como vimos, a estrutura tipicamente tripartida deste contrato implica a existência de duas relações contratuais no âmbito da cessão financeira: num primeiro momento, o locador financeiro compra o bem a locar ao vendedor. A existência de uma relação de compra e venda que precede a locação propriamente dita é pacífica. Contudo, o recurso ao contrato de compra e venda, só por si, não explica a posição do locatário financeiro nessa relação. Se considerarmos que, como impõe a própria definição do tipo, a coisa objeto desse contrato de compra e venda deve ser indicada pelo locatário financeiro, foram ensaiadas hipóteses de aplicação da figura do mandato. Curiosamente, a aplicação desta figura foi defendida em configurações opostas, figurando cada uma das partes em cada polo da relação de mandato: por um lado, defendeu-se que existiria um mandato outorgado pelo locatário, agindo a sociedade de *leasing* como mandatária, que deveria adquirir a coisa escolhida pelo primeiro. Assim, o locatário estaria representado na venda pela sociedade de *leasing*, agindo esta em nome daquele. Ora, considerando que, como sabemos, os efeitos do mandato produzem-se na esfera jurídica do mandante, tal significaria que a propriedade da coisa seria adquirida pelo locatário financeiro, que a iria, simultaneamente, transferir para o locatário, “devolvendo” este a coisa a título de locação. Os defensores desta tese entendem que a produção dos efeitos na esfera do mandatário não suscitava problemas, porque, este seria o verdadeiro adquirente da coisa, e esta seria transmitida ao locatário para garantir o pagamento dos montantes que esta adiantara para a aquisição da coisa. Para PINTO DUARTE, tal conceção é de rejeitar por pressupor uma dupla transferência da coisa, o que é contrário à vontade e interesse das partes⁸¹. Em sentido paralelo, mas oposto, foi defendida⁸² a aplicação do mandato, mas invertendo os polos da relação: seria a sociedade de *leasing*, que concederia o mandato ao locatário para que este escolhesse o bem a adquirir, e

⁸¹ PINTO DUARTE, Rui, *op. cit.*

⁸² BEY, El Mokhtar, “*Factoring et credit-bail mobiliers*”, Dalloz, Paris, 1970, p. 38 e ss.

definissem os pormenores técnicos da operação. A nossa lei é omissa quanto a esta questão, referindo apenas que ao locatário é permitido exercer contra o vendedor os direitos decorrentes do contrato de compra e venda (ou empreitada), indicando a existência de uma relação entre os dois sujeitos, mas não providenciando qualquer esclarecimento sobre a natureza da mesma. Sendo que nenhuma das teses se apresenta como mais precisa ou idónea que a outra, e perante a brevidade da norma que sobre ela incide, a definição desta relação deve ser feita casuisticamente, observando a vontade das partes e o desenrolar cronológico da relação contratual.

A natureza jurídica da posterior relação entre locador e locatário financeiros é mais controvertida. Apesar de, *prima facie*, a relação de *leasing* poder aparentar ter a estrutura da compra e venda⁸³, mais especificamente da venda a prestações, a jurisprudência nacional tem sido consistente e inabalável em rejeitar a aplicação das normas que regulam a compra e venda aos contratos de locação financeira⁸⁴. Este entendimento é fundamentado na diferença entre os efeitos dos dois tipos contratuais: a compra e venda importa sempre, por definição, a transferência da propriedade sobre a coisa vendida; o momento dessa transferência pode ser alterado consoante a vontade das partes, mas ocorrerá sempre. Diferentemente, na locação financeira a transferência da propriedade sobre a coisa é necessariamente facultativa, dependendo de nova declaração de vontade, diferença que impede que se desenhem paralelismos entre estes dois tipos. Ressalva-se aqui que o recurso à figura da compra e venda é rejeitada entre o locador financeiro e o locatário financeiro, não se podendo negar que, dentro deste tipo contratual, existirá sempre um contrato de compra e venda⁸⁵, entre o vendedor e o locador.

Considerando o nome atribuído ao tipo contratual, surpreenderá ninguém o recurso à figura da locação. De facto, verifica-se a cedência temporária do gozo de uma coisa contra o pagamento de um valor pecuniário periódico, o que, em traços largos,

⁸³ Vide, entre outros, DE NOVA, Giorgio, "Il factoring", 2ª edição, Giuffrè, 1985, p. 18

⁸⁴ Vide RLx 29 junho 1989 Rosa Raposo disponível em CJ XV, 1984, n.º 4, págs. 111-112, RLx 4 julho 1992 Silva Paixão disponível em CJ XVI, 1991, n.º 4, pp. 170-171, RLx 25 janeiro 1990 Mora do Vale disponível em CJ XV, 1990, n.º 1, pp. 149-150, a título de exemplo

⁸⁵ Para efeitos de precisão, deve referir-se que o fornecimento do bem não ocorre sempre necessariamente por compra e venda, podendo também operar por empreitada quando a coisa seja construída para esse efeito. Nestes casos, naturalmente, iremos aplicar as normas da empreitada.

corresponde à estrutura da velha e conhecida locação, tal como prevista no Código Civil. Contudo, ainda que tal afinidade tenha levado o legislador a assumir o uso do termo locação quando tipificou o contrato, as regras da locação civil não encontram aplicação plena e pacífica no regime da locação financeira, como consequência de aspetos particulares desta. Aliás, como referimos, a evolução legislativa sobre esta matéria tem caminhado no sentido de se afastar da locação civil. Vejamos então.

Primeiramente, segundo o artigo 9º do Decreto-Lei n.º 149/95, cabe ao locador financeiro apenas conceder o gozo do bem, o que não parece incluir a obrigação de assegurar o gozo do bem, tal como sucede na locação civil ao abrigo do artigo 1031º, b) do Código Civil – uma coisa é conceder o gozo, coisa diferente é assegurar esse uso, nomeadamente garantindo a entrega e idoneidade da coisa para o fim a que se destina, responsabilidade que expressamente não cabe ao locador financeiro por força do artigo 12º do referido DL. Aliando a isto a inversão da regra do *res perit domino* pelo artigo 15º, bem como a atribuição ao locatário de todas as despesas inerentes à coisa, podemos afirmar que a relação entre o locador e a coisa locada é marcada por um maior “desinteresse” em relação ao bem. Adiante veremos a razão para este desinteresse.

Em segundo lugar, também as próprias rendas são calculadas em função do valor da coisa acrescido de juros, ou seja, visam cobrir o preço original da coisa, bem como conceder ao locador a margem de lucro necessária à continuação do exercício da atividade. Como tal, as prestações periódicas a ser pagas pelo locatário vão além da simples retribuição do uso da coisa, como ocorre na locação civil, onde a renda deverá, em princípio, traduzir o valor pecuniário do uso da coisa locada.

Ainda assim, existem convergências a assinalar. Desde logo, o locador é o possuidor da coisa, exercendo a sua posse através do locatário. Apesar disto, tal como na locação civil, o regime da locação financeira reconhece ao locatário o exercício dos meios de defesa da posse, inclusive contra o próprio locador (cfr. artigo 10, n.º 2, c) do DL n.º 149/95). Além disto, em caso de cessão da posição contratual do locatário (designadamente por venda do bem a entidade diferente do locatário), o regime da

locação financeira determina a aplicação do regime da locação⁸⁶, ao abrigo do seu artigo 11º.

Ora, observando o exposto, parece seguro que, pelo menos de um prisma técnico, a locação financeira, de facto, assemelha-se à locação civil, de onde se retiram vários elementos. A estrutura é semelhante, bem como as principais obrigações assumidas pelas partes. Apesar de existirem diferenças, como enunciámos, as mesmas não parecem ser de tal forma profundas que determinem a cisão entre os dois tipos contratuais, pelo que não é censurável ou imprecisa o uso dessa terminologia na tipificação do contrato.

Contudo, “se no aspecto técnico [a locação] é a base da estrutura do negócio, no funcional domina o financiamento”⁸⁷. Aliás, é esta mesma função financeira que determina os mencionados desvios da locação civil. E é igualmente a função financeira que determina a intervenção da sociedade de *leasing* – o desinteresse que marca a relação entre o locador e a coisa locada decorre exatamente pela primazia da função creditícia do tipo contratual: para o locador não releva o valor do uso da coisa, nem as suas características, nem a sua manutenção, mas sim o valor creditício que esta representa. Conforme mencionámos para o *factoring*, a inclusão da locação financeira no elenco das atividades financeiras, e das sociedades que a praticam como um dos tipos de sociedades financeiras, revela a incontornável relevância da vertente financeira do contrato e justifica o cuidado com que o legislador lida com a sua regulamentação.

A diferença chave no crédito concedido por via da locação financeira reside apenas na forma que o valor assume: ao invés do valor ser cedido sob a forma de dinheiro como é usual e como observamos nos demais contratos que analisámos até aqui, o valor cedido é transformado em bens de capital. A quantia creditada seria entregue ao vendedor da coisa, e o locatário, adquirindo o uso da coisa, amortizaria este valor através das rendas. Em vez de ser creditada a soma necessária para a aquisição de determinada coisa, entrega-se a coisa em si, já adquirida e que representará esse valor. A opção por esta diferente forma de concessão de crédito dependerá, naturalmente, da

⁸⁶ Notando-se a especificidade de que, se o bem objeto do contrato for um bem imóvel, deverá ser aplicado o Novo Regime do Arrendamento Urbano.

⁸⁷ ALMEIDA, José Carlos Moitinho de, “A locação financeira (*factoring*)” em BMJ n.º 230, Lisboa, 1973

vontade das partes e das circunstâncias concretas a que se visa fazer face, considerando as vantagens oferecidas pela locação financeira que referimos acima.

Colocando a ênfase na vertente financeira, podemos mais corretamente explicar o valor das rendas: já referimos que ultrapassa a mera expressão pecuniária do uso da coisa, mas reflete uma contraprestação por um serviço financeiro, sendo que uma parte corresponderá à amortização do valor cedido, e outra aos juros remuneratórios. De facto, o locador financeiro não visa fruir um bem próprio pela via da locação, nem sequer vendê-lo, mas apenas investe os seus capitais de acordo com as necessidades e interesses dos seus clientes que procuram, na verdade, um financiamento.

Para GRAVATO MORAIS⁸⁸, sendo que não há lugar à entrega do valor sob a forma de dinheiro, a concessão de crédito pelo *leasing* desdobra-se em dois momentos: primeiramente, mediante a entrega do preço ao fornecedor como obrigação decorrente desse contrato de compra e venda, e, posteriormente, através da concessão do gozo dessa coisa ao locatário, sendo que esse gozo incorpora, entre outras coisas, esse preço pago no primeiro momento. A função creditícia verifica-se integralmente como em qualquer outro contrato de crédito, apenas com a particularidade que opera através da disponibilidade de um bem.

Tal entendimento não cede sequer perante a opção de compra que é essencial ao contrato de locação financeira: o locador financia apenas o uso da coisa ou também a sua aquisição, consoante a vontade do locatário.

Ora, enquanto contrato financeiro que é, deveremos, por conseguinte, nele identificar elementos que o aproximem ao contrato de mútuo, em prejuízo da compra e venda (sendo que este tipo contratual já estaria afastado, pelos motivos explicitados antes).

É despiciente rebater os argumentos já apresentados que concedem ao mútuo o seu papel central no elenco dos contratos de crédito, sendo de maior relevância analisar as dificuldades que podem surgir da sua aplicação ao contrato de *factoring*. Porque, se até aqui o contrato de mútuo encontrou poucos entraves à sua aplicação, a

⁸⁸ Em “Manual de Locação Financeira”, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, p. 330

concessão de crédito através da disponibilidade de um bem apresenta um desafio novo. Isto porque, no mútuo tradicional, a obrigação de restituição deve incidir sobre o *tantundem*, ou seja, o mutuário deve restituir ao mutuante coisa de igual género e quantidade à que lhe foi entregue. Enquanto tal concessão não oferece dificuldades quando o crédito é cedido sob a forma de dinheiro – o mutuário recebe determinada quantia em dinheiro, e restitui essa mesma quantia em dinheiro acrescido de juros –, não é tão pacífico quando alteramos a forma do valor. Segundo a estrutura da locação financeira, o locatário que celebra um contrato de locação financeira com vista à aquisição de, *v.g.*, uma frota de automóveis, receberá esses automóveis (*rectius*, o uso desses automóveis), mas cumpre a sua obrigação de restituição com dinheiro (e não com outros automóveis de igual género e quantidade, como resultaria da estrutura do mútuo tradicional). A mesma questão se levantaria no caso de reivindicação das coisas: não seria entregue o *tantundem* (como é o caso no mútuo tradicional), mas as coisas em si⁸⁹.

Contudo, para GRAVATO MORAIS, a transformação do capital em dinheiro para capital em bens não implica o afastamento da figura do *tantundem* por os considerar equivalentes. Ainda que, de um ponto de vista patrimonial, o conceito de ativo seja amplo e possa englobar tanto dinheiro *strictu sensu* como uma coisa adquirida com esse dinheiro e que represente o mesmo valor, parece-nos que, de um ponto de vista técnico-jurídico tal equiparação não pode ser acompanhada pela rigidez do mútuo tradicional sem o desvirtuar dos seus elementos essenciais. De facto, a restituição do *tantundem* como consequência da fungibilidade dos bens mutuados é um elemento essencial do contrato que não pode ser distorcido e mutado irrestritamente, sob pena de se distanciar da lógica e ponderação da sua forma inicial.

É certo que o contrato de locação financeira pode ser resolvido em situações semelhantes às do mútuo, designadamente no que se refere a diminuição de garantias, mas tal semelhança decorre da lógica da atividade creditícia em geral e de tutela dos interesses do credor, não sendo uma particularidade do contrato de mútuo.

Podemos reconhecer que, funcionalmente, o contrato visa conceder um crédito, e que esse crédito adquire uma forma distinta do usual – como é também o caso que

⁸⁹ LEITE DE CAMPOS, Diogo, “A Locação Financeira”, AAFDL, Lisboa, 2012, p. 134

vimos da abertura de crédito, em que se admite a concessão de crédito pelo asseguramento de condições para obtenção de crédito perante outros –, sendo que sob a forma de mercadoria ou de dinheiro, temos sempre a creditação de um valor. Podemos igualmente reconhecer que a coisa em si e o respetivo uso assume, para o locador, uma relevância secundária apenas nos limites e em função do seu direito de crédito, e que este preserva a propriedade sobre a coisa, unicamente como forma de garantir esse mesmo crédito. Ainda assim, a coisa continua a ser elemento do contrato, um elemento que não se parece conseguir encaixar na estrutura do mútuo tradicional sem uma distorção considerável deste e dos elementos que lhe dão forma.

Como tal, seríamos forçados a concluir pela unicidade da locação financeira, pelo menos enquanto forma de crédito que partilha menos elementos com o contrato de mútuo, e cria uma forma diferente de conceder crédito, diferente e, em certa medida, incompatível com aquele.

II.VI.II - Conclusão

A locação financeira é uma das mais recentes modalidades de concessão de crédito, focada no financiamento da aquisição de bens específicos, limitando o seu escopo. Como a sua denominação indica, este crédito opera nos moldes da locação, ainda que com particularidades que lhe concedem autonomia. A coisa objeto do contrato é adquirida pelo locatário a um vendedor ou empreiteiro, dando essa coisa ao financiado a título de locação, podendo este, se assim entender, adquirir a coisa pelo valor residual não amortizado. Assim, não se verifica uma transmissão para o financiado do montante necessário à aquisição da coisa, em vez disso, é o próprio financiador que adquire a coisa e a loca ao financiado. Esta fórmula apresenta diversas vantagens para ambos os polos da relação, sendo uma importante ferramenta económica, nomeadamente para empresas. A complexa relação tripartida e separada em dois momentos (ou dois contratos) dentro de uma relação jurídica una, apresenta um desafio na caracterização dessa mesma relação. Quando o locador adquire a coisa do fornecedor por compra e venda ou empreitada, mediante indicação do locatário, não é claro qual a natureza da relação entre o locatário e o fornecedor, podendo ser explicada com recurso ao mandato, ou até à subrogação.

Mais complexa ainda é a relação entre o locador e locatário que, apesar do uso dessa terminologia, não pode ser rotulada como simples locação, tal como a conhecemos do Código Civil. É certo que, estruturalmente, encontramos na locação financeira elementos essenciais da locação civil e que esta é o molde segundo o qual o contrato se desenrola. Contudo, ao juntarmos aqui a vertente financeira da relação, encontramos marcadas divergências entre os dois tipos. E esta vertente financeira não é menor ou irrelevante, bem pelo contrário, altera profundamente os interesses envolvidos e a atuação das partes.

Mas, se até aqui, o mútuo e os seus elementos permitiram esclarecer e resolver as funções creditícias deste tipo de contratos – designadamente através das denominadas relações obrigacionais de mútuo – as particularidades da locação financeira, nomeadamente no que se refere à mudança na forma que o valor assume, parece ser incompatível com a estrutura do mútuo tradicional. De facto, o mútuo está desenhado em torno da concessão de crédito por via de dinheiro, o que lhe permitiu uma aplicação pacífica aos tipos contratuais que vimos até aqui. Mas não parece poder contemplar a concessão de crédito pela via da disponibilidade de um bem, mantendo ao mesmo tempo os elementos essenciais que o caracterizam. A figura do *tantundem* e a obrigação da sua restituição são basilares ao mútuo e apenas têm sentido quando o objeto seja dinheiro. Por essa mesma razão, se exige a fungibilidade das coisas mutuadas, por forma a permitir a sua utilização e restituição de uma de igual género e quantidade. Não podemos falar em restituição de *tantundem* se essa restituição é feita numa forma diferente do valor que foi inicialmente prestado. Ainda que desenhemos uma equivalência entre a coisa locada adquirida pelo valor do crédito e o valor em dinheiro, que, de um ponto de vista patrimonial não é incorreta, tal equivalência não procede quando a aplicamos ao objeto do contrato de mútuo – se assim fosse, qualquer coisa sob qualquer forma poderia ser objeto de mútuo desde que tivesse valor patrimonial, o que não parece razoável. Ainda que as rendas visem amortizar o valor que a coisa representa, e nesse sentido poderíamos falar em restituição do valor, a coisa em si continua sem ter um lugar claro e lógico na estrutura do contrato de mútuo.

Isto revela uma tendência já notada de afastamento das modalidades de crédito do mútuo tradicional. À medida que a sociedade progride e se desenvolve, novas formas

de concessão de crédito surgem para dar resposta a necessidades concretas e são pensados de formas inovadoras e próprias, cada vez mais distantes da figura do mútuo, que tradicionalmente ocupa a posição central nas relações de crédito. A locação financeira é apenas um exemplo dos vários contratos de crédito novos que se apresentam como *sui generis*, com as suas próprias características, e com uma ligação mais ténue ao mútuo do que verificamos nas modalidades de crédito mais tradicionais. Mantendo-se esta tendência, não será implausível prever que irão surgir futuramente novas modalidades de prestação de crédito e que os elementos característicos do mútuo percam a sua presença – porque se o mútuo é central ao conceito de crédito, não são sinónimos.

III – As Normas do Mútuo Relevantes como Regra Geral

Como vimos no capítulo prévio, os contratos de crédito em especial sobre os quais nos ocupámos podem, em geral, ser subsumidos ou reconduzidos à figura geral do contrato de mútuo, por todos apresentarem, de uma forma ou de outra, elementos que configuramos como essenciais ao mútuo tal como este vem previsto no Código Civil. De facto, ainda que aqueles contratos assumam estruturas distintas e visem dar resposta a situações e necessidades particulares, podemos em todos identificar, pelo menos, as *relações obrigacionais de mútuo*, recorrendo à expressão utilizada por VAZ SERRA. Essa similitude entre os tipos contratuais de crédito, na maior parte apenas socialmente típicos, fundamenta a aplicação das normas civis, em especial as do mútuo – que surge como ponto genético comum –, quando o clausulado e os usos sejam insuficientes ou mesmo omissos em certos cenários. Aliás, tem sido o pendor da jurisprudência, como a que analisámos também no capítulo anterior, de se socorrer das normas civis do mútuo para conhecer de questões relativas a contratos de crédito; solução que não espanta dado que o direito bancário (que, por razões já mencionadas, é incontornável quando falamos de concessão de crédito) é uma simples especialização de institutos civis, em cujas regras se baseia e utiliza⁹⁰.

Estando então legitimada a aplicação das normas do mútuo aos tipos especiais de crédito (ou parte deles), cabe então perceber *quais* dessas normas se revestem de

⁹⁰ MENEZES CORDEIRO, António, “Direito Bancário”, *op cit.* p. 190

maior relevância para as relações de crédito, ou, por outras palavras, quais as consequências práticas da aplicação das normas do mútuo aos contratos de crédito.

III.1 – O Regime dos Juros

Ainda que, hoje, a convenção de juros seja universalmente aceite e seja o “sangue” das economias capitalistas, nem sempre assim o foi. Os juros têm uma história rica que não cabe na economia do presente trabalho, mas, em traços largos, o entendimento de Aristóteles de que a moeda era uma coisa estéril e que, como tal, seria incapaz de criar riqueza só por si, colheu durante a antiguidade. Apenas assim não o era no império romano: bem pelo contrário, a usura era vista como uma forma nobre de enriquecimento⁹¹. A proibição de cobrança de juros refletiu-se depois na doutrina cristã que, inicialmente, vedava a cobrança de quaisquer valores a título de juro, mas, posteriormente, abriu exceções com limites de proporcionalidade e moderação. Segundo a Torá a cobrança de juros estaria vedada a empréstimos celebrados entre judeus⁹², e o Alcorão refere que, ainda que os empréstimos são encorajados como forma de levantamento da pobreza, a cobrança de *riba* (nome islâmico do juro) é igualmente proibida⁹³.

No nosso ordenamento, refletindo a doutrina social católica assumida como a religião do Estado Português, proibiu-se em geral a usura (utilizada aqui não com o seu significado atual, mas em referência ao empréstimo oneroso). Nas Ordenações Filipinas, Livro IV, o Título LXVII determinava-se que “Nenhuma pessoa, de qualquer estado e condição que seja, dê ou receba dinheiro, prata, ouro, ou qualquer outra quantidade pesada, medida, ou contada à usura, por que possa haver, ou dar alguma vantagem, assim por via de empréstimo, como de qualquer contrato, de qualquer qualidade, natureza e condição que seja, e de qualquer nome que possa ser dado”⁹⁴. Cominava-se a sanção de restituição dos valores recebidos a título de juro, a entrega desse valor em dobro à Coroa e degredo de dois anos.

⁹¹ VEYNE, Paul, “O Império Romano”, trad. Maria José Magalhães, em “História da vida privada, Vol I”, org. ARIËS, Phillippe e DUBY, Georges, Círculo de Leitores, Porto, outubro 1989, p. 149

⁹² Vide Êxodo 22:25, Deuterónimo 23:20. No mesmo Livro, impunha-se também limitações ao que poderia ser prestado como garantia, proibindo que, aos pobres, fosse penhorada a sua roupa ou lençóis.

⁹³ Vide Surah 2, versos 275 e 276. Nestes versos, a doutrina islâmica recusa que a atividade creditícia seja considerada como comércio, sendo este legítimo, mas aquela não.

⁹⁴ Edição Gulbenkian, pp. 871 e ss.

Posteriormente, testemunhámos a primeira exceção a essa orientação pela Lei 17/1/1757, que permitiu a cobrança de juros que não excedessem a taxa de 5% ao ano⁹⁵. Volvidos quase cem anos, o Código Comercial de 1833 veio abrir plenamente a taxa de juros à livre vontade das partes, norma que se manteve para o subsequente Código Comercial de 1867, completando uma inversão plena de proibição para liberalização. Hoje, um contrato de mútuo civil em que restem dúvidas sobre o acordo das partes sobre o vencimento ou não de juros, o mesmo até se presumo oneroso, nos termos do 1145º, n.º 1, alinhando-se a lei civil com a norma comercial do art.º 395º do CCom. Este artigo deve apenas ser aplicado em caso de dúvida conforme resulta do próprio texto da lei, sendo então uma presunção ilidível. Não se exige, contudo, que a gratuidade do mútuo resulte de declaração expressa das partes nesse sentido, podendo a presunção de onerosidade ser afastada simplesmente pelas circunstâncias do contrato, *v.g.* se o mútuo incidir sobre coisa que não dinheiro⁹⁶.

O *juro* corresponde, hoje, ao rendimento de um crédito pecuniário, determinado em função do montante deste, do tempo durante o qual se fica privado do capital (por outras palavras, a duração do empréstimo) e da taxa de remuneração⁹⁷. O juro está hoje bem enraizado no cerne de toda a atividade bancária, sendo a principal fonte de receita para os operadores financeiros – no primeiro semestre de 2023, os cinco maiores bancos de Portugal reportaram uma receita total de juros de €5 181 165 000⁹⁸.

III.I.I – Densificação do Conceito

Como é o caso com outros conceitos económico-sociais, como dinheiro ou moeda, a lei não dá uma definição firme de juro, pelo que se torna necessário dissecar o conceito para o densificar.

⁹⁵ A sanção para taxas de juros excessivas era de degradação por seis anos, bem como a “perda do ofício” para os tabeliães que titulassem tais contratos.

⁹⁶ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, “Código Civil Anotado – Vol. II”, 4ª edição, Coimbra editora, 2011

⁹⁷ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, “Direito das Obrigações”, 8ª edição, Almedina, Coimbra, setembro 2000, p. 685

⁹⁸ A saber: Novo Banco, S. A., Banco Comercial Português, S. A., Banco Santander Totta, S. A., Caixa Geral de Depósitos, S. A., e Banco BPI, S. A.; valores apurados de acordo com as demonstrações de resultados divulgadas pelas próprias instituições.

Desde logo, sendo que um montante de dinheiro pode ser emprestado várias vezes sem por isso desvalorizar, gerando juros recorrentemente, o juro é então um fruto civil, na aceção dada pelo artigo 212º.

A existência da obrigação de juros pressupõe a existência de uma obrigação de capital, da qual é acessória. Ainda que a obrigação de juros seja necessariamente dependente de uma obrigação de capital, dita obrigação principal, não se confunde com esta. A obrigação de juros nasce da obrigação principal, mas autonomiza-se plenamente dela a partir do momento que se constitui, conforme estabelece o artigo 561º. O juro existe então numa posição particular em relação à sua obrigação de crédito, por ser autónoma dela, mas, simultaneamente quase indissociável: a lei estabelece presunções de que a transmissão da obrigação de crédito importa a transmissão da obrigação de juros (artigos 582º, n.º 1 e artigo 599º, n.º 1), estende as garantias constituídas sobre o crédito às obrigações de juro (artigo 666º, n.º 1 e artigo 693º, n.º 2 e 3, para o penhor e hipoteca respetivamente), tal como nos privilégios creditórios (artigo 734º), e se for dada quitação da obrigação de crédito, presumem-se pagos tão bem os juros, na ausência de indicação em contrário (artigo 786º, n.º 1). Neste ponto, refira-se ainda que não se exige que a obrigação de capital a que os juros se referem sejam de origem contratual, sendo que as obrigações de capital extracontratuais – como é o caso das indemnizações por responsabilidade civil delitual – também vencem juros da mesma forma.

O juro é igualmente periódico, tal significando que a obrigação apenas se cria mediante o passar do tempo, não sendo permitida a cobrança de juros referente a período de tempo não decorrido, por estes não se poderem sequer considerar como existentes⁹⁹.

Ora, tais elementos, ainda que indispensáveis à noção de juro, são insuficientes. Para a correta identificação do que é, e não é, obrigação de juros, é crucial avaliar a função que exerce a obrigação de juros. Ainda que possamos dividir e classificar os juros mediante funções específicas, como veremos *infra*, o juro, em geral, é o rendimento da

⁹⁹ Esta temática será mais abordada mais aprofundadamente *infra* quando estudarmos a questão do vencimento antecipado. Mas, para já, neste sentido *vide* STJ 14/11/2006 Moreira Camilo, disponível em dgsi.pt

obrigação de capital de onde nascem¹⁰⁰, ou seja, corresponde à contrapartida ou remuneração devida pelo uso de capital alheio. É essa função que distingue o juro de demais prestações pecuniárias que possam ser devidas no âmbito de uma relação bancária.

Claro está que tal distinção não é inconsequente porquanto a classificação de determinada obrigação como sendo de juros implica a aplicação das normas do juro – ou, no sentido inverso, situações haverá de obrigações materialmente de juros, intituladas de outro modo por forma a eximir-se da aplicação do regime dos juros.

Assim o juro distingue-se, desde logo, da própria fração de restituição da obrigação de capital (vulgo prestação do empréstimo, naturalmente utilizando a expressão fora do seu significado técnico-jurídico), ainda que muitas vezes ambas possam ser cobradas simultaneamente. Tal como não se confunde com os suplementos, por estes serem calculados, não em função do tempo como impõe a definição de juro, mas em função do risco do crédito. De igual forma distingue-se das rendas ou alugueres, porque, ainda que estes também representem um valor devido pelo uso de coisa alheia, não são rendimento de uma obrigação de capital da qual sejam rendimento¹⁰¹.

Caso mais difícil será o das comissões bancárias pela sua variedade e pluralidade. Paralelamente à obrigação de capital e dos juros, são quase sempre devidas várias comissões bancárias, cobradas a título de vários serviços prestados pelo banco. Para apurar se determinada prestação deverá ou não ser qualificada como juro, deve ser observada a função económica que tal prestação desempenha no âmbito do programa contratual, e não o *nomen juris* que eventualmente lhe tenha sido atribuído. A designação de uma prestação como uma qualquer comissão que os bancos cobram (v.g. comissão de gestão, comissão de avaliação, comissão de processamento, etc.) poderá, eventualmente, funcionar como forma de ocultar juros – pelo que, toda a despesa designada como comissão deve, efetivamente, corresponder a um serviço prestado pelo Banco, e deve ser proporcional a esse serviço. Caso não o seja, tal prestação deve ser considerada como contrapartida da disponibilidade de capital, *id est*, juros. Note-se que

¹⁰⁰ FARIA, Jorge Ribeiro de, “Direito das Obrigações – Vol. II”, Almedina, Coimbra, agosto 1990, p. 240

¹⁰¹ VAZ SERRA, Adriano, “Obrigação de Juros” em Boletim do Ministério da Justiça, n.º 55, abril 1956, p. 160

tal requalificação não importa, só por si, a sua ilicitude, mas apenas a sua sujeição às normas que lhe são aplicáveis.

III.I.II – Classificação

Quanto à fonte, os juros podem ser legais ou convencionais consoante forem impostos por lei, ou por convenção das partes.

Relativamente à função, eles podem ainda ser remuneratórios quando sejam a contrapartida da cedência do capital, compensatórios quando correspondam a privação de uso (v.g. artigo 480º), moratórios quando cumpram função indemnizatória pelo não cumprimento tempestivo, ou compulsórios quando funcionam como elemento de pressão para o devedor cumprir, como no caso do artigo 829º-A.

Consoante o momento de cobrança, os juros podem ser antecipados – normalmente descontados imediatamente sobre o valor do mútuo, ou postecipados quando vencem juntamente com a obrigação de capital, ou por determinado período de tempo.

Finalmente, quanto ao titular os juros podem ser civis, comerciais (102º CCom.), ou financeiros¹⁰². Ainda que as primeiras duas modalidades sejam pacíficas, a última justifica-se dado que as instituições de crédito e sociedades financeiras observam um regime próprio nos juros que decorrem das suas operações de crédito, constante do Decreto-Lei n.º 58/2013, de 8 de maio, que havíamos já referido aquando da classificação dos contratos de mútuo quanto à duração.

III.I.III – O Cálculo dos Juros – As taxas

Os juros exprimem-se em percentagens, que são aplicadas ao valor da obrigação de capital para determinar o *quantum debeat* dos juros. Esta percentagem é designada de *taxa* de juro e pode ser fixa ou variável, consoante a taxa se mantiver inalterada no decorrer do contrato, ou seja sujeita a alterações periódicas, respetivamente. A determinação da taxa variável, não obsta, contudo, à estipulação de tetos máximos ou mínimos, criando um “corredor” de variação. Normalmente, as taxas de juro variáveis

¹⁰² MENEZES CORIDEIRO refere-se a estes últimos como *juros bancários* (“Direito Bancário”, *op. cit.* p. 673), mas tal expressão parece redutora e optámos pela expressão *juros financeiros* considerando o âmbito de aplicação do diploma que os regula – os bancos são os principais operadores no sistema financeiro, mas não são os únicos.

são determinadas mediante um indexante, ao qual pode ser acrescido uma fração fixa designada de *spread*. O Decreto-Lei n.º 220/94, de 23 de agosto, que regula as informações que devem ser prestadas aos creditados relativamente aos juros, define indexante como uma taxa de referência cuja evolução determina alterações periódicas da taxa de juro (artigo 2º, g)). O indexante mais comum¹⁰³ utilizado pelos bancos é a Euribor – *Euro Interbank Offered Rate* – que representa a taxa a que instituições de crédito dos países da UE conseguem obter fundos no mercado monetário por grosso e a descoberto.

A taxa de juro, não incluindo quaisquer taxas ou encargos adicionais, é designada, na gíria bancária como *taxa anual nominal* ou TAN, sendo que, no caso das taxas variáveis, a TAN inclui o valor do indexante e o *spread*. A taxa de juros acrescida dos encargos adicionais e comissões, designa-se como *taxa anual efetiva* ou TAE, e contempla todos os custos do crédito no pressuposto que o contrato é cumprido completa e pontualmente. Nos casos especiais do crédito ao consumo e crédito para imóveis, deve ainda referir-se a *taxa anual efetiva global* (TAEG) que, além dos encargos e comissões, deve ainda incluir os impostos que irão incidir sobre a operação de crédito. Na TAEG não são, contudo, contabilizados os montantes que podem eventualmente vir a ser devidos pelo incumprimento do contrato, por não se considerarem esses valores como referentes ao custo do crédito, além da dificuldade de os calcular de antemão¹⁰⁴. Na secção seguinte, iremos abordar a questão dos limites das taxas de juro, sendo que nos referimos à TAN, por esta representar a taxa de juro “despida” e é sobre apenas este valor que se foca a presente discussão.

III.I.III.I – Os limites das Taxas de Juro

No âmbito da legislação antiga, a qualquer empréstimo que vencesse juro – ou juro superior ao limite legal, depois de 1757 – era aplicada a designação de usura e considerada prática ilícita. Hoje, a usura persiste enquanto instituto jurídico no regime dos juros e das relações de crédito, mas assumindo um significado alterado. Desde logo,

¹⁰³ A Euribor foi declarado como um indexante crítico pela Comissão Europeia em 2016, sendo que, hoje, os instrumentos financeiros e contratos que usam a Euribor como indexante contabilizam €100 biliões (fonte: emmi-benchmarks.eu/benchmarks/euribor/)

¹⁰⁴ GRAVATO MORAIS, Fernando de, “Contratos de Crédito ao Consumo”, Almedina, Coimbra, março 2007, p. 117

existem dois tipos de usura reguladas por artigos diferentes, e aplicáveis a situações diferentes.

O primeiro regime consta do artigo 282º, previsto como um vício comum dos negócios jurídicos em geral, não sendo específico do contrato de mútuo – o que representa, em si, uma novidade em relação ao conceito anterior de usura. Esta, dita usura *material*, aplica-se a todas as situações em que se verifique aproveitamento de uma posição negocial inferior da contraparte por motivos de necessidade, inexperiência, dependência financeira ou emocional, etc. para obtenção de uma vantagem ilegítima pela via contratual. Nesta primeira modalidade de usura, inexistente qualquer relação com a cobrança de juros ou da taxa que estes assumam, mas que exista apenas, em geral, um aproveitamento de uma condição desfavorável da contraparte para obter benefícios considerados excessivos ou injustificados. A usura material implica, em princípio, a anulabilidade do negócio, mas sendo, contudo, dada ao lesado a opção de modificação do contrato segundo critérios de *equidade*, respeitando o princípio da boa-fé. Refira-se que este tipo de usura pode ainda acarretar responsabilidade penal nos termos do artigo 226º do Código Penal, norma que assume uma redação semelhante à do Código Civil.

A segunda modalidade de usura, que podemos designar como usura *formal*¹⁰⁵, constante do artigo 1146º, já se encontra codificada entre as normas do contrato de mútuo e aproxima-se mais do entendimento clássico da usura, isto é, avalia-se consoante as taxas de juro que hajam sido fixadas. Nos termos deste artigo, tem-se por usurário o mútuo que exceda os juros legais em 3% ou 5%, consoante haja ou não sido convencionada garantia real. A taxa legal de juros não consta expressamente do Código Civil, havendo no artigo 559º a referência que tal valor deva ser estabelecido por “portaria conjunta dos Ministros da Justiça e das Finanças e do Plano”. Atualmente, vigora a Portaria n.º 291/2003 que estabelece os juros legais em 4%, o que, em conjunto com o disposto no n.º 1 do artigo 1146º permite concluir que deverá ser considerado

¹⁰⁵ Adotando a terminologia utilizada por CORREIA DAS NEVES em “Manual dos Juros – Estudo Jurídico com Utilidade Prática”, Almedina, maio 1989. O autor defende que, nestes casos de usura formal (aquela que é específica ao mútuo) a estipulação de taxas de juro superiores ao limite cria uma presunção *juris et de jure* de que houve aproveitamento ou exploração da posição negocial inferior da contraparte, considerando o excedente das taxas de juro como benefício injustificado ou excessivo (*vide* nota 84).

como usurário mútuo que estipule juros remuneratórios superiores a 7% quando haja garantia real, ou 9% quando esta não exista – esta discrepância justifica-se pelo maior risco assumido pelo credor quando não haja sido estipulada garantia, o que se deverá traduzir numa maior recompensa. Isto para os juros remuneratórios; os juros moratórios observam a regra disposta no n.º 2 do mesmo artigo que qualifica como usurária a cláusula penal por mora que exceda a taxa legal em 7% ou 9%, consoante exista ou não garantia real. Assim, os juros moratórios ficam sujeitos ao limite de 11% quando haja garantia real, e 13% quando não haja. A cominação pela inobservância desses limites será a redução das mesmas até ao limite máximo, ainda que tal seja contrário à vontade das partes, nos termos do n.º 3. Além disso, nos termos do artigo 559º, n.º 2, a estipulação de juros superiores ao estipulada na mencionada portaria, deve ser celebrada por escrito sob pena de redução da taxa aos valores legais. Refira-se ainda que os dois regimes da usura são independentes e o cumprimento dos limites da taxa de juro não impede a aplicação do regime da usura material, como expressamente determina o artigo 1146º, n.º 4.

III.I.III.I.I – Âmbito de Aplicação das Normas Civis de Juros

De extraordinária relevância foi a alteração feita ao regime civil dos juros por força do Decreto-Lei n.º 262/83, que aditou o artigo 559º-A. Este novo artigo veio estender a aplicação regime da usura material a todas convenções de juros, cláusulas penais e outras vantagens patrimoniais similares em todos os contratos de crédito. Não procurou o legislador listar os tipos contratuais a que se visa aplicar esta norma, pela dificuldade já aqui patente em estabelecer uma categoria clara de contratos de crédito, parecendo deixar ao critério do aplicador da norma a qualificação de uma relação como creditícia e, conseqüentemente, a sujeição a tais limites.

Esta norma, já encontrava precedentes em legislação extraordinária. Em 1932, por força do Decreto n.º 21:730, estabeleceu-se um limite aos juros, cláusulas penais e quaisquer outras obrigações do devedor cobrados em contratos de mútuo ou de usura (artigo 1º). Estabeleceu um critério semelhante ao que observamos hoje no artigo 1146º, impondo a distinção entre aqueles em que tenha sido convencionada garantia real ou não, e tipificando um limite mais permissivo para estes últimos casos – nota-se desde logo a diferença quanto aos limites impostos que, neste diploma, eram fixados em

8% havendo garantia real, e 10% quando não houvesse¹⁰⁶; para as cláusulas penais o limite seria de 4% (cfr. artigos 2º e 3º do referido diploma). Vinha também expressa, no artigo 4º, a obrigação de restituição de juros cobrados acima do valor máximo permitido quando hajam sido excedidas as taxas legais, prevendo-se ainda a possibilidade de responsabilidade penal pelo facto. Parece então o conteúdo deste diploma é muito semelhante ao que encontramos no artigo 1146º. E o artigo 7º do referido Decreto estabelecia logo que as disposições sobre os limites das taxas de juro seriam aplicáveis “a todas as formas de concessão e de outorga de crédito”, o que significava que “não importa a *forma* de concessão do capital *mutuado*, dado a crédito, que tanto pode operar-se através de empréstimo simples, contrato de abertura de crédito, negócio cambiário, escritura pública, confissão de dívida, etc”¹⁰⁷, mostrando já o entendimento que posteriormente se veio refletir 51 anos depois, no aditamento do artigo 559º-A ao Código Civil.

As normas dos artigos 559º-A e 1146º são aplicáveis às relações comerciais, *ex vi* artigo 102º, §2 do CCom, devendo então observar-se os limites às taxas de juro cobradas. E se, conforme vimos, as instituições de crédito e sociedades financeiras exercem atividades consideradas comerciais, podem estas entidades cobrar juros superiores aos que resultam do regime civil nas suas operações de crédito? Começemos por analisar o seu regime próprio de juros que, apesar de não ser suficiente para responder à questão, é certamente o ponto de partida correto.

O regime dos juros financeiros consta do Decreto-Lei n.º 58/2013, de 8 de maio. Por força do artigo 8º deste diploma, aos juros moratórios é imposto um teto máximo de 3% a acrescer à taxa de juros remuneratórios sobre o capital vencido e não pago, considerando-se reduzido a esse valor se se verificar excesso. Mas inexistente, neste diploma, qualquer disposição semelhante para os juros remuneratórios em si. Cabe aqui destacar que no Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho, que regula o crédito ao consumo, estabelece-se um limite para os juros remuneratórios dessas operações de crédito, no seu artigo 28º. Contudo, esta norma adota um critério diferente não assente

¹⁰⁶ Note-se ainda que aqui a técnica legislativa adotada também diferente: este diploma estabelecia em si os limites máximos, ao invés de uma margem a acrescer a uma taxa legal como ocorre hoje.

¹⁰⁷ CORREIA DAS NEVES, Francisco, *op. cit.*, p. 77

num só valor fixo, mas sim por referência à média praticada em contratos semelhantes em período homólogo anterior.

Mas, fora dos casos específicos de crédito ao consumo, deve vigorar o regime do artigo 1146º enquanto regra geral? Podem as instituições financeiras cobrar juros remuneratórios superiores aos limites legais impostos pelo 1146º?

No centro do entendimento de não aplicação desses limites ao setor financeiro reside o Aviso do Banco de Portugal n.º 3/93, que no seu n.º 2 estipula que: “*São livremente estabelecidas pelas instituições de crédito e sociedades financeiras as taxas de juro das suas operações, salvo nos casos em que sejam fixadas por diploma legal*”. De tal disposição, *prima facie*, extrai-se exatamente a conclusão de que não se devem aplicar os limites civis às operações de crédito desses mutuários.

Para autores como FERREIRA DE ALMEIDA tal conclusão justifica-se pela natureza livre e competitiva do mercado, e de as instituições de crédito e sociedades financeiras operarem sob supervisão de autoridade pública. Estando as instituições de crédito vinculadas às normais regras da livre concorrência em contexto de mercado, caberá ao mercado regular as taxas de juro, devendo a intervenção legal limitar-se a situações pontuais em que o mercado não esteja a funcionar corretamente¹⁰⁸. Com *data vénia* discorda-se de tal entendimento, bem como da justificação que o suporta. Desde logo, cabe lembrar que a natureza competitiva e supervisionada dos bancos e outras instituições financeiras não é bastante para prevenir de forma eficaz os abusos – essa função cabe apenas à lei¹⁰⁹. A visão *laissez-faire* do mercado financeiro com o objetivo que o mesmo se autorregule oferece pouca segurança na proteção dos interesses envolvidos, abrindo mesmo a porta a posturas predatórias e abusivas contra os mais vulneráveis – apenas a intervenção legal pode assegurar firmemente esse fim, e é à lei que cabe realizá-lo. Aliás, a limitação das taxas de juro não implica obrigatoriamente prejuízo para a competitividade no setor económico – bem pelo contrário, para que as pequenas ou médias empresas que compõem a grande parte do tecido empresarial português, possam exercer a sua atividade de forma lucrativa e competitiva, impõe-se

¹⁰⁸ CARVALHO, Jorge Morais, “Usura nos contratos de crédito ao consumo”, em Sub Judice n.º 36, julho-setembro 2006, p. 39

¹⁰⁹ PESTANA DE VASCONCELOS, Miguel, “Direito Bancário”, *op. cit.*, nota 1162.

que as mesmas possam ter acesso a crédito de custo controlado e acessível¹¹⁰. A importância atual do crédito como fator essencial de desenvolvimento económico é precisamente a razão pela qual o mesmo não pode ser deixado em mãos invisíveis¹¹¹.

O mencionado Decreto n.º 21:730 reconhecia no seu preâmbulo que as operações de crédito, pela sua indispensabilidade à economia, “[devem] subordinar-se a condições compatíveis com uma aplicação razoável e criteriosa, pois doutra sorte, *em vez de ser um elemento colaborador da atividade económica, tornar-se-á em elemento de ruína*” (itálico nosso). As operações de crédito querem-se úteis e seguras e tal só é viável se a restituição exigida pelo empréstimo não seja excessiva e não provoque o desabamento patrimonial do devedor. Neste sentido, o mesmo preâmbulo assume que “tem o Estado o direito e o dever de intervir neste ponto porque lhe interessa a eliminação de todos os elementos mórbidos da vida social *e o livre jogo dos interesses individuais se mostrou sempre incapaz de resolver por si o problema*”. Ainda que tal redação nos preceda por mais de 90 anos, a astronómica evolução do setor financeiro em tal hiato não só manteve a pertinência de tal preceito, como o atual paradigma do mercado financeiro apenas lhe dá mais alento e firmeza.

Mas a discordância entre justificações subjacentes apenas nos carrega certa distância, sendo necessário observar as normas legais aplicáveis. E aqui também se discorda da ilação retirada do Aviso. Em matéria de juros, o Aviso n.º 3/93 foi precedido pelo Aviso n.º 3/88 – ainda que com conteúdos bastante distintos. Este aviso precedente estabelecia em 17% a taxa máxima de juro das operações ativas dos bancos (artigo 2º, n.º 1), e em 13,5% a taxa básica de desconto do Banco de Portugal¹¹². Este Aviso foi revogado pelo Aviso n.º 3/93 cujo objetivo, segundo o próprio preâmbulo, era o de reduzir a taxa básica de desconto¹¹³, e que efetivamente o fez no seu n.º 1. Ao depois

¹¹⁰ Neste sentido MENEZES CORDEIRO, apesar de reconhecer que os juros financeiros estão hoje essencialmente liberalizados, pugna pela limitação legal das taxas de juro como fator essencial para a competitividade económica em “Tratado de Direito Civil – Vol. I Tomo II”, Almedina, 4ª edição, Coimbra, março 2017, pp. 491/492

¹¹¹ Recorrendo à metáfora cunhada pelo famoso economista escocês Adam Smith ao referir-se ao poder autorregulatório do mercado sem intervenção estatal e o consequente benefício para a sociedade como um todo que daí decorre.

¹¹² Taxa de juro cobrada pelo Banco Central aos bancos comerciais de um país.

¹¹³ No preâmbulo lê-se “As medidas recentemente tomadas no âmbito do mercado cambial e os significativos ganhos conseguidos na redução da taxa de inflação permitem e justificam a decisão de diminuir a taxa básica de desconto”.

estabelecer também que os juros passam a ser livremente convencionados, tem-se então as operações de crédito livres de tal limite de 17% previamente imposto pelo Aviso agora revogado. Contudo, daqui não se depreende necessariamente que as operações de crédito não estejam, ainda assim, sujeitas ao limite geral da lei civil. Além disso, o próprio n.º 2 ressalva expressamente as taxas legais.

Mormente, o *livre estabelecimento* dos juros remuneratórios não exclui necessariamente a existência de limites máximos – os juros remuneratórios são livremente estabelecidos, dentro dos limites permitidos pela lei. Não pode sequer ser quanto a isto invocado um uso em sentido contrário, dado que o artigo 3º do Código Civil concede nenhuma força vinculativa aos usos *contra legem*.

Então, se da interpretação das normas não resulta necessariamente o afastamento da sua aplicação, resta apenas apurar se existem motivos jurídicos (e não apenas económicos) fortes que imponham o afastamento desta norma ao setor bancário. Motivos estes que igualmente parecem inexistir.

Como é claro, as normas sobre a usura, em ambos os regimes, são normas que visam proteger o devedor na relação de crédito – ainda que, no mútuo estritamente civil não se verifique um desequilíbrio negocial tão intenso. Corroborando tal entendimento, o aditado artigo 559º-A veio estender essa proteção a outros tipos de contrato que visem o empréstimo de dinheiro, procurando claramente abranger toda a categoria indefinida de contratos de crédito, para que o devedor ficasse protegido de tais negócios abusivos independentemente da estrutura ou funcionamento específico que cada contrato adotasse. Ora, não se vislumbra o sentido de criar uma norma que vise proteger o devedor e, seguidamente, afastar a sua aplicação ao setor +onde encontramos a esmagadora maioria dos devedores e das relações de crédito. Se a *ratio legis* do artigo 1146º unida ao artigo 559º-A é a de regular as relações de crédito e proteger o devedor, é insofismável que a mesma vigore no setor profissional de crédito. O entendimento de que estes artigos não devem ser aplicados ao setor financeiro e às operações de crédito dos bancos, limitaria a sua aplicação a um número bastante reduzido de situações pontuais, de relações estritamente civis (que, aliás, segundo o princípio da exclusividade do setor financeiro, nem podem ter caráter habitual ou recorrente), o que derrotaria plenamente o objetivo dessa norma. É injustificável que num empréstimo pontual entre

familiares ou amigos, de baixo valor como frequentemente o são, o mutuário fique constrangido nos valores que pode cobrar a título de juro e o devedor seja protegido neste aspeto, mas no mesmo contrato celebrado com um banco tal proteção desaparece.

Mormente, o juro deve ser definido consoante o custo do crédito, ou seja, consoante o valor da privação da disponibilidade desse valor e facilidade com que o credor pode abdicar desse valor ainda que temporariamente, e do risco de não-reembolso¹¹⁴. Ora as instituições financeiras têm elas próprias acesso a crédito, enquanto devedor, muito mais facilitado e acessível do que o cidadão comum, bem como são igualmente as instituições mais aptas a analisar, prever e mitigar os riscos das operações de crédito, sendo essa uma das suas funções essenciais enquanto participantes do mercado financeiro – razão pela qual o crédito descoberto é excepcional, tendo os bancos sempre as garantias mais sólidas possíveis. Como tal, não se justificam as taxas de valor alto, bem pelo contrário.

E se, como referimos antes, nos mútuos estritamente civis, não se vislumbra grande desequilíbrio negocial entre as partes, tal já não é verdade no setor financeiro, sendo, de facto, o oposto. Aqui os bancos assumem, salvo situações muito pontuais de negócios interbancários, com grandes empresas ou com Estados, uma posição de manifesta superioridade negocial em relação ao devedor médio, intensificada pela standardização dos contratos bancários pelo recurso a cláusulas contratuais gerais, acentuando a vulnerabilidade do devedor. Se aliarmos a isto que o setor financeiro e bancário é o único ao qual é reconhecido o poder de conceder crédito de forma habitual e profissional, o que faz com que seja neste âmbito que encontramos a grande maioria das relações de crédito e, como tal, a grande maioria dos devedores, e ainda o baixo custo e baixo risco que os bancos assumem na concessão de crédito, não se vislumbra qualquer razão que validamente justifique não aplicar ao setor bancário os limites às taxas de juros impostos pelo Código Civil, considerando que estes foram tipificados exatamente para regular tais relações¹¹⁵.

¹¹⁴ ENGRÁCIA ANTUNES, José, “A Obrigação de Juros” em *Themis*, nº 36/37, 2020/2021, p. 27.

¹¹⁵ Deve ainda referir-se que o Aviso n.º 3/93 foi proferido ao abrigo de uma Lei Orgânica do Banco de Portugal diferente da que vigorava à data do Aviso n.º 3/88, e que as normas habilitantes daquele aviso

III.I.IV – Anatocismo

Sendo que a obrigação de juros constitui, em si, um crédito pecuniário, em teoria, de acordo com o princípio da liberdade contratual, nada impede que estes também vençam juros. A este fenómeno chamamos de *anatocismo*, *usura dobrada*, *capitalização de juros*, *juros compostos* ou *juros de juros*. Isto apenas no plano teórico porque, na prática, os legisladores têm demonstrado bastante cuidado com a permissão de anatocismo, pelo perigo de crescimento exponencial dos juros devidos pela multiplicação da taxa de juro e do custo do crédito para o devedor, que rapidamente se poderá encontrar numa situação de “bola de neve” com dívidas que dificilmente se podem calcular de antemão¹¹⁶. Em 1772, o economista britânico RICHARD PRICE publicou um texto intitulado “*An Appeal to the Public, on the Subject of the National Debt*” onde, alertando exatamente para o perigo desta prática, calculou que 1 cêntimo aplicado à taxa de juros de 5% ao ano capitalizáveis, desde o dia do nascimento de Jesus Cristo até à data da publicação desse texto, somaria um montante equivalente a 150 milhões de planetas Terra de ouro maciço. Atualizando o mesmo cálculo¹¹⁷ até ao ano de 2024, esse mesmo cêntimo geraria hoje um montante superior a um undecilhão e meio de euros.

E, neste sentido, o Código Civil de Seabra, no seu artigo 1642º estipulava uma apertada restrição ao vencimento do que designava juros de juros, permitindo apenas que a capitalização tivesse lugar por acordo posterior das duas partes, sendo a *ratio* da norma a necessidade ética de proteção do devedor vulnerável contra negócios usurários¹¹⁸.

Na vigência do novo código, a atual norma presente no artigo 560º passou a ser epigrafada de “Anatocismo” e representa uma alteração do tratamento dado à capitalização de juros pelo legislador, no sentido de uma maior permissividade. A norma

são, no mínimo, questionáveis. É igualmente questionável que um Aviso do Banco de Portugal possa criar exceções ao regime geral dos juros, efetivamente derogando um Lei. Neste sentido, ver ainda, COSTA GOMES, Januário da, “Contratos Comerciais”, *op. cit.*, pp. 264/265

¹¹⁶ Ac. RLx 17/02/2011, relator Henrique Antunes.

¹¹⁷ Segundo a fórmula $A = P(1+r)^t + x \left(\frac{(1+r)^t - 1}{r} \right)$, em que P = quantidade inicial, r = taxa de juro, t = tempo (em anos), e x = valor acrescido todos os anos.

¹¹⁸ LUIS, Alberto, “O Anatocismo Bancário”, em Revista da Ordem dos Advogados, ano 61, Vol. III, dezembro 2001, p. 1351

passou a estipular vários pressupostos para que fosse admissível a cobrança de juros sobre juros: em primeiro lugar, manteve-se a exigência de que o acordo sobre o anatocismo deve ser posterior ao vencimento dos mesmos, tendo até o texto passado a ser mais claro neste pressuposto em comparação com a equivalente norma precedente. Veio ainda estabelecer uma alternativa ao acordo *interpartes*, permitindo também a notificação judicial que intime o devedor a pagar os juros sob pena de capitalização. Não basta então a simples interpelação judicial para cumprir, nem a citação para ação judicial, devendo ser expressa a cominação dos juros devidos virem a integrar o primitivo capital¹¹⁹. Além disso, veio ainda estipular-se um limite temporal aos juros que podem ser capitalizados, não podendo ser inferiores a um ano (n.º 2). Contudo, não faz qualquer distinção entre tipos de juro, entendendo-se então que é admissível a capitalização tanto de juros remuneratórios, como moratórios¹²⁰. Não estabelece também a lei que o direito à capitalização seja um *jus singulare*, inexistindo qualquer limite ao número de vezes que possa ocorrer a capitalização de juros, permitindo-se o *anatocismo sucessivo*¹²¹.

Ainda que manifestamente mais permissivo, este novo regime manteve a premissa de proteção do devedor. Contudo, o legislador abriu uma exceção à aplicação de todas estas restrições, quando houvesse regra ou uso particular de comércio em sentido contrário (n.º 3), abrindo então assim a porta para o anatocismo bancário.

III.I.IV.I – Anatocismo Bancário

Sendo que, na transição do Código Civil anterior para o atual, se determinou a prevalência das regras e usos do comércio sobre as limitações previstas no artigo 560º, colocou-se, naturalmente, a questão de saber se existia, ou não, um uso de cobrança de anatocismo na *praxis* bancária, que permitisse afastar essas limitações. A questão foi objeto de uma grande discussão doutrinária, considerando a disposição do artigo 5º do agora revogado Decreto-Lei n.º 344/78, que sofreu alterações no seu texto ao longo do tempo.

¹¹⁹ CORREIA DAS NEVES, Francisco, *op. cit.*, p. 214/215. Assim decidiu o STJ no Acórdão de 03/05/2007, do relator Salvador da Costa, entendimento ecoado posteriormente no Ac. STJ de 12/04/2012, do relator Pinto Hespanhol, ambos disponíveis em dgsi.pt

¹²⁰ Colocando um ponto final no debate doutrinário que se formou em torno da capitalização de juros moratórios, atentando no artigo 720º do Código de Seabra, atual 806º.

¹²¹ Neste sentido *vide* Ac. STJ de 14-07-2021, relatora Catarina Serra, disponível em dgsi.pt.

Hoje, não parece que a questão se coloque. De facto, o regime dos juros financeiros que vigora hoje, a que fizemos alusão antes, vem estabelecer uma regra especial expressa sobre o anatocismo bancário. O n.º 3 do artigo 560º prevê, desde logo, a existência de regras específicas, mas, mesmo que tal disposição inexistisse, a regra especial iria sempre prevalecer.

O regime do anatocismo bancário presente no artigo 7º deste diploma demarca-se claramente da antiga proibição de anatocismo, estando o mesmo praticamente liberalizado. A norma *sub judice* elimina a referência da posterioridade da convenção sobre a capitalização em relação ao vencimento dos juros; interpretando a norma *a contrario* podemos então concluir que passou a ser admissível a convenção de capitalização anterior ao vencimento dos juros. Também o limite temporal previsto na lei civil foi severamente reduzido, para apenas um mês. Mormente, também foi excluída a necessidade de notificação do devedor. Ou seja, o atual regime do anatocismo bancário permite que a capitalização dos juros fique acordada *ex ante*, e que sejam capitalizados juros referentes a períodos de um mês, sem que seja necessário notificar o devedor de tal facto. Aliando isto ao recurso a cláusulas contratuais gerais como é comum no setor bancário, poder-se-á então configurar uma situação em que a aceitação do anatocismo é imposta ao devedor como condição de acesso a crédito, o que julgamos inaceitável.

Contudo, ao contrário da lei civil, este regime já cria uma distinção entre a capitalização de juros remuneratórios e moratórios, mantendo para estes últimos a obrigatoriedade de convenção posterior ao vencimento, e limitando a sua admissibilidade a situações de reestruturação de crédito, nos termos do n.º 5 do artigo 7º.

Não se entende a opção do legislador nesta matéria. A *ratio* da proibição do anatocismo era a de proteger os devedores contra empréstimos abusivos, que, pela prática do anatocismo, poderiam subir de valor exponencialmente, resultando em obrigações de restituição muito além do inicialmente previsto, que facilmente excedem a capacidade do devedor de as pagar. Ainda que a proibição absoluta possa ser anacrónica, a evolução da legislação civil demonstrou uma manutenção na cautela com que o legislador abordou a questão, procurando sempre manter algumas barreiras em nome da proteção do devedor de juros. Então, tal como referimos para a limitação das

taxas de juros, impõem-se no setor bancário um acréscimo dessa proteção, por ser onde reside a maioria das relações de crédito. Não só encontramos aqui uma norma menos protetora da parte mais frágil da relação contratual do que a sua equivalente civil, como parece haver uma plena liberalização do anatocismo bancário, dando carta branca às instituições de crédito para lançar mão de um instituto que historicamente sempre foi visto como, no mínimo, perigoso, e que o legislador civil aborda com grandes prudências.

III.II – O Vencimento Antecipado da Obrigação de Restituição

III.II.I – Disposições Gerais

Todos os contratos têm um “programa contratual” que corresponderá ao natural desenrolar da relação contratual, cumprido na perfeição por ambas as partes sem que seja suscitada qualquer vicissitude no seu adimplemento e em observância do princípio da pontualidade. Mais importante é esse programa contratual quando inclua prazos de cumprimento, atendendo à sua protelação no tempo. Contudo, é sabido que o risco de incumprimento é perene e uma constante que pode apenas ser prevenida e mitigada, mas nunca eliminada. Como tal esse programa contratual, estabelecido de antemão aquando da celebração do contrato é sempre suscetível de alterações, por vezes indesejadas. Tais alterações podem consistir num “esticar” do programa contratual, por exemplo quando haja uma prorrogação do prazo, ficando assim o cumprimento sujeito a um programa mais demorado do que inicialmente acordado, ou numa *aceleração* quando o benefício seja coartado e, em consequência, a prestação seja devida mais cedo do que inicialmente previsto. Os casos de extensão do programa contratual, ainda que sejam tão bem relevantes, suscitam menores dúvidas e merecem mais atenção os casos de encurtamento do programa contratual, por ser este que mais põe em perigo as posições dos contratantes o que lhes concede uma gravidade acentuada

No âmbito de um contrato, o diferimento do cumprimento materializa-se num prazo de cumprimento. Se, de acordo com a regra geral do artigo 777º, nas obrigações puras o credor pode exigir o cumprimento a qualquer momento bem como pode o devedor cumprir a qualquer momento, estando estabelecido um prazo para o cumprimento dessa prestação já não assim o é, coartando-se a liberdade das partes de cumprir ou exigir cumprimento quando aprouver.

O acordo de um prazo para cumprir determinada obrigação representa, inequivocamente, um benefício para pelo menos um dos contratantes, podendo também favorecer os dois. Enquanto não houver decorrido o prazo, o devedor da obrigação pode opor a existência desse prazo ao credor que lhe exige o cumprimento prematuro dessa obrigação, sendo então livre de não realizar a prestação sem por isso entrar em incumprimento. Pode também o prazo beneficiar o credor se este tiver interesse em que a prestação seja apenas realizada no momento acordado, estando então vedado ao devedor a possibilidade de a cumprir quando assim entender. E, em geral, determinar a quem beneficia o prazo é de grande relevância prática porquanto, se o mesmo configura uma vantagem, apenas o beneficiário do prazo poderá renunciar a ele; se o prazo beneficiar ambos os contratantes só poderá haver cumprimento antecipado em caso de mútuo acordo nesse sentido.

Como nem sempre fica expresso a quem beneficia o prazo, a regra geral do artigo 779º vem determinar que o mesmo se tem por estabelecido a favor do devedor, quando a situação não demonstre o contrário.

O prazo reconhecido ao devedor assenta na confiança que o credor tem na sua contraparte, é, então, apenas lógico que, faltando esse fundamento da confiança, seja igualmente revogado o privilégio do prazo. Os motivos que possam despoletar a exigibilidade antecipada são, em parte, *ex-lege*, admitindo-se, contudo, a convenção de outros eventos aos quais as partes atribuam consequências semelhantes¹²², ao abrigo da liberdade de estipulação.

O artigo 780º estabelece, no seu n.º 1, duas causas distintas de exigibilidade antecipada, ambas remetendo, como referimos, para situações em que a confiança do credor no seu devedor é posta em causa e, como tal, este torna-se desmerecedor do benefício de suspensão de cumprimento concedido pelo prazo. A análise das causas *ex lege* constantes do artigo em questão, por não ser exclusivo do mútuo, não caberá na presente dissertação¹²³.

¹²² CUNHA, Paulo, “Direito das Obrigações – Vol. II”, Faculdade de Direito da ULisboa, 1939, p. 196

¹²³ Para uma análise aprofundada do tema, com especial incidência na realidade bancária *vide* FERREIRA, Bruno, “Contratos de Crédito Bancário e Exigibilidade Antecipada”, Almedina 2011

III.II.II – O caso especial do artigo 1147º

Contudo, tornando às regras específicas do contrato de mútuo, o artigo 1147º vem afastar a presunção do artigo 779º para os mútuos onerosos¹²⁴, ditando expressamente que, no mútuo oneroso o prazo se considera estabelecido a favor de ambas as partes. Isto porque, sendo o mútuo oneroso, ou seja, vencendo juros sobre o capital mutuado, e sendo o *quantum* destes determinado pelo tempo pelo qual o capital não seja restituído, tem assim o credor uma interesse contratual de cobrança de juros referentes a determinado período – o chamado *interusurium*, que a lei deve tutelar. Para o mútuo civil, o artigo 1148º estabelece um prazo supletivo de 30 dias sendo que, se o mútuo for gratuito poderá o mutuante exigir a restituição com 30 dias de antecedência ou, no caso de o mútuo ser oneroso, qualquer das partes pode denunciar o contrato, respeitando os mesmos 30 dias.

O recurso à expressão *denúncia* não é aqui inconsequente, ainda que, na prática tenha as mesmas consequências que resultam da aplicação do n.º 1 do mesmo artigo, mas este refere o *vencimento* da obrigação. A denúncia é exclusiva dos contratos com prestações duradouras, como é o caso do mútuo e visa a sua extinção quando esteja em causa um contrato celebrado por prazo indeterminado, ou impedir a renovação automática de um contrato que tenha sido celebrado por prazo certo, e esteja, naturalmente, sujeito a renovações. Ora, a atribuição do direito de denúncia é uma ferramenta que permite aos contratantes oporem-se a prolongação irrazoável de relações contratuais e a atribuição desse direito apenas se pode fundamentar na limitação de liberdade imposta pela assunção de obrigações contratuais¹²⁵. Quem não assume quaisquer obrigações, e, como tal, não sofre quaisquer compressões à sua liberdade, não deverá logicamente ter poder de fazer cessar a relação contratual.

Assim, se retomarmos a discussão sobre a natureza do contrato de mútuo civil, assumindo a posição de que o mútuo seria necessariamente real *quoad constitutionem*, o que implicaria que o mutuante não assumira quaisquer obrigações, não se devia atribuir a este qualquer direito de denúncia. Isto claramente é contrário ao que resulta da lei,

¹²⁴ No mútuo gratuito mantém-se a aplicação da presunção, não havendo obstáculos ao cumprimento antecipado por parte do devedor.

¹²⁵ REDINHA, João, “O Contrato de Mútuo”, *op. cit.* p. 237

que atribui esse direito a ambas as partes. Assim, teríamos de identificar a prestação do mutuante que fundamentaria a atribuição desta faculdade – se no mútuo consensual a obrigação é clara, no mútuo real, temos de olhar para a relação contratual duradoura num prisma amplo e considerar a renúncia temporária da disponibilidade do capital (que se verifica de forma igual no mútuo gratuito), como uma prestação assumida pelo mutuante. Apenas assim poderíamos afirmar que existe a mencionada limitação de liberdade que fundamenta a atribuição do direito de denúncia – o que indicia alguma incongruência por parte do legislador que tipifica o contrato de mútuo como real e, como tal, unilateral, mas simultaneamente atribui a faculdade de extinção a ambas as partes, solução que geralmente se verifica em contratos sinalagmáticos.

Ora, sendo que o interesse do credor se prende com a cobrança dos juros, o artigo 1147º *in fine* estabelece uma exceção, permitindo ao mutuário cumprir antecipadamente a sua obrigação de restituição sem acordo da contraparte, desde que cumpra por inteiro os juros. Entende-se tal solução porque, se o prazo é estabelecido em benefício do credor como forma de tutelar o *interusurium*, não veria assim lesada a expectativa da cobrança de juros.

A aplicação na prática desta norma, designadamente quando confrontada com a regra geral do 781º, não se demonstrou pacífica, tendo sido objeto de uniformização de jurisprudência em 25-03-2009. No caso em apreço, o autor, com base em cláusula de redação semelhante à do artigo 781º fez vencer antecipadamente todas as parcelas da prestação de restituição, e pretendeu, simultaneamente, que o autor fosse condenado ao pagamento integral dos juros pelo período do contrato tal como inicialmente acordado, *id est*, incluindo os juros referentes ao período que se antecipou. Neste sentido, alegou o autor que a lei expressamente prevê que o mutuário deve pagar a obrigação de juros na sua totalidade caso quisesse antecipar o pagamento, conforme o artigo 1147º.

Tal tese não colheu junto do Tribunal que, a nosso ver corretamente, salientou que o juro é calculado de acordo com o montante do capital, a taxa nominal e o período de tempo pelo qual o capital se encontra na disponibilidade do mutuário. Como tal, ao antecipar-se o vencimento de todas as parcelas da obrigação de restituição do capital mutuado, não se chegam a constituir sequer os juros; não se podem sequer considerar

os juros como de alguma forma incluídos ou implícitos nas prestações de restituição do capital (e, como tal, amalgamados e devidos conjuntamente) porque, ainda que acessórios daquela, os juros constituem um crédito autónomo (561º). Relembre-se que, como salientámos, o “custo total de crédito” – que, *in casu*, era o valor pedido pelo autor¹²⁶ – é calculado no pressuposto que o programa contratual é cumprido sem vicissitudes, e não se aplica caso haja incumprimento e a consequente antecipação do vencimento. Seria um contrassenso permitir que o credor beneficiasse da restituição antecipada do capital – que lhe permitiria, desde logo, mutuá-lo novamente mais cedo do que antecipado – e, simultaneamente, haver o pagamento integral da sua remuneração referente a período pelo qual o capital não esteve indisponível.

Quanto à invocação do 1147º nesta situação, o Tribunal determinou ser essencial para a sua aplicação que a iniciativa da antecipação venha do próprio devedor; caso a antecipação seja impulsionada pelo credor com base no incumprimento, aí sim terá de ser deduzido o *interusurium* pelos motivos referidos acima. De facto, perante o incumprimento do devedor, ao credor é apresentada uma escolha: ou cessa prematuramente a relação contratual com base no 781º, abdicando dos juros vincendos até ao fim do programa contratual, ou, se preferir perceber tais juros, mantém a relação contratual, podendo ainda acrescer-lhes juros moratórios; não pode é optar pela primeira solução, e querer, simultaneamente, manter a vantagem que adviria da segunda opção. Já em 1955 VAZ SERRA, perfilhava o entendimento de que “[se] o pagamento antecipado não resulta da resolução do devedor, mas de uma disposição legal¹²⁷, e o credor, que tenha assim mais cedo o pagamento, é razoável que deva suportar a dedução do *interusurium*”¹²⁸.

Ao contrário do alegado pelo mutuante no caso objeto do AUJ, não se está sequer a premiar o incumprimento ou permitir que o mutuário fraudulentamente se coloque intencionalmente em incumprimento para se eximir do pagamento dos juros por inteiro.

¹²⁶ Note-se que, sendo um AUJ, existem, naturalmente, decisões que perfilharam o entendimento oposto e que condenaram os devedores ao pagamento integral da prestação de juros calculada segundo o custo total de crédito, ainda que o cumprimento haja sido antecipado. *Vide* Ac. STJ 22-02-2005, do relator Pinto Monteiro, disponível em dgsi.pt

¹²⁷ Ou de cláusula contratual com conteúdo semelhante, como é o caso do mencionado AUJ

¹²⁸ “Lugar da Prestação, Tempo da Prestação – Denúncia, Cessão da Posição Contratual”, em Boletim do Ministério da Justiça nº 49 e 50, p. 155

Conforme referimos, havendo uma “aceleração” do programa contratual, fazendo com que o mutuante se veja de novo na posse do montante mais cedo do que planeado, pode este colocá-lo de novo a render juros via novo empréstimo. Ou, mesmo que depois de exigida a totalidade dos valores com base no art.º 781º, se se mantiver o mutuário em incumprimento, nada impede que o mutuante, por via de interpelação cominatória, o coloque em situação de incumprimento definitivo, podendo a indemnização por esse facto englobar o custo total do crédito (tal como originalmente acordado) por inteiro a título de interesse contratual positivo.

Ora, como ficou escrito, a determinação feita pelo artigo 1147º de que o prazo do mútuo se considera como estabelecido a favor das duas partes prende-se com a tutela do interesse do mutuante em perceber os juros referentes ao período do contrato, o que justifica a exigência de que, querendo o mutuário encurtar a vigência do contrato cumprindo antecipadamente, caiba-lhe assegurar o pagamento dos juros, por forma a não lesar o mutuário. Mas, no lado inverso da mesma questão, se não deve o mutuário ficar prejudicado pelo cumprimento antecipado da contraparte, também não deverá sair beneficiado – pelo que a norma do art.º 1147º deve ser aplicada restritivamente, por forma a realizar a sua *ratio* sem beneficiar nem prejudicar qualquer parte. Porque, se for possível ao mutuante colocar o mesmo capital a render novos juros durante o período antecipado (no caso do mutuário ser uma instituição de crédito, não terá problema em fazê-lo) – cenário que a norma não parece contemplar. Assim, nestes casos, de acordo com a interpretação proposta por PESTANA DE VASCONCELOS¹²⁹, os “juros por inteiro” a que se refere a norma devem ser calculados de acordo com a diferença entre a taxa acordada para o empréstimo que se quer cumprir antecipadamente e a taxa aplicada ao novo empréstimo, pelo período que foi antecipado. Assim, se **A** emprestou a **B** por um ano com uma taxa nominal de 6%, e, volvidos 6 meses **B** antecipa o cumprimento, permitindo a **A** celebrar novo mútuo com **C** com taxa de 4,5%, **B** apenas terá de pagar os juros correspondentes a uma taxa de 1,5%, pelos 6 meses que o cumprimento foi antecipado: assim, **A** obteria o valor que teria obtido se **B** tivesse cumprido a sua obrigação de restituição na data acordada, realizando-se a *ratio* da norma sem beneficiar nem prejudicar qualquer das partes. No caso de o mutuante ser um banco deverá ter-se

¹²⁹ “Direito Bancário”, *ob. Cit.*, pp. 183/184

em conta a taxa média aplicada a mutuários em situação semelhante durante aquele período de tempo no caso de ser possível aplicar os fundos a novo empréstimo, ou, caso não seja possível, à taxa de juro interbancária (que seria o “valor mínimo” que o banco conseguiria auferir); caso se trate de um ente não bancário, aplicar-se-ia a taxa de um depósito a prazo; não havendo diferença de taxas, nada haverá a pagar.

III.III – A Resolução por não pagamento de juros

A resolução é, em geral, uma das formas de cessação de contrato, característica dos contratos de execução continuada, e é condicionada – depende de previsão legal ou convencional –, tendencialmente vinculada – depende da alegação e comprovação do facto que a provoca –, e retroativa – tem efeitos equiparados ao da nulidade, obrigando à restituição do que foi prestado¹³⁰.

Atualmente, a resolução contratual no nosso Código Civil encontra-se prevista entre os artigos 432º e 436º, com regras especiais dispersas pelos vários contratos em especial. Uma dessas normas especiais encontra-se precisamente no âmbito do contrato de mútuo, que, no artigo 1150º, dispõe que a falta de pagamento atempado dos juros permite a resolução pelo mutuário. Esta solução decorre novamente de inspiração retirada do *Codice Civile* italiano cujo artigo 1620º retrata norma semelhante. Note-se, desde já, que entre as regras do mútuo já não encontramos, contudo, norma semelhante à que consta do 1619º do *Codice Civile*, que prevê o vencimento antecipado de todas as frações da restituição em caso de incumprimento de uma delas; entre nós, para tais casos, temos, para os mesmos efeitos, a regra geral do 781º que, como já vimos, aplica-se ao contrato de mútuo.

No âmbito do Código Civil de Seabra, perante a inexistência de norma com conteúdo semelhante, não seria admissível a resolução pela falta de pagamento de juros, conforme defendeu GALVÃO TELLES no seu parecer datado de 1956¹³¹ onde, assente na natureza real do contrato de empréstimo retribuído, rejeitou que existisse tal direito com base numa condição resolutiva tácita, característica dos contratos

¹³⁰ BAPTISTA DE OLIVEIRA, Fernando, “Contratos Privados, das noções à prática jurídica – Vol. III”, Coimbra editora, abril 2014, p. 401.

¹³¹ Parecer apendiceado à publicação “A Condição Resolutiva Tácita nos contratos unilaterais” de ABRANCHES-FERRÃO, Fernando, publicado em Jornal do Fôro, Lisboa, 1961

sinalagmáticos. Em tal parecer, defende o autor que a onerosidade do contrato não implica necessariamente a sua bilateralidade, consubstanciando conceitos não coincidentes – ainda que todos os contratos sinalagmáticos sejam onerosos, o inverso já não é necessariamente verdade, porque uma atribuição patrimonial não reveste necessariamente uma natureza de direito de crédito, *v.g.* no contrato de mútuo retribuído, em que existem atribuições patrimoniais para ambas as partes (o uso do capital alheio pelo mutuário, e a percepção de juros pelo mutuante), mas o mutuante a nada se obriga. Não estando então a falta de pagamento de juros prevista como causa *ex lege* de perda de benefício do prazo, não seria de admitir a existência a exigência antecipada do capital com base nisso.

Ora, a inclusão do artigo 1150º no atual Código Civil, com recurso ao instituto da resolução no mútuo, levanta novamente (tal como a questão da denúncia do artigo 1148º, n.º 2) questões quanto à sua natureza. Primeiramente, refira-se que a norma é de carácter excepcional, por não decorrer de qualquer norma geral que permita tal solução¹³². Verificam-se divergências doutrinárias quanto às implicações do vocábulo que parece suscitar algumas incongruências com o entendimento do contrato de mútuo como real: por um lado, autores como VAZ SERRA¹³³ depreendem daqui que o mútuo oneroso deva ser visto como um contrato sinalagmático, ainda que, nas suas palavras, *imperfeito*, por existir uma correlação entre a obrigação de pagamento de juros e o direito de uso do capital. O autor prossegue o seu entendimento de que se deve encarar a *correspetividade* de prestações além dos contratos sinalagmáticos, por forma a incluir todos os casos em que existam prestações patrimoniais comutativas. Assim, entende VAZ SERRA que, pelo menos para os efeitos de resolução, deve o contrato de mútuo ser encarado como bilateral não obstante a atribuição de natureza real *quoad constitutionem* – isto porque, como vimos acima, a finalidade do contrato de mútuo não se esgota na entrega da coisa, devendo-se presumir que as partes entendem que a transferência da coisa ou o consentimento do uso da coisa é feita em troca da obrigação de pagamento de juros. A natureza real do contrato não exclui que a intenção do

¹³² ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, “Código Civil Anotado”, *op. Cit.*

¹³³ Em “Resolução de Contrato” em Boletim do Ministério da Justiça n.º 68, 1957. Nesta mesma publicação, ainda na vigência do Código de Seabra, já o autor defendia a adoção de uma norma tal como a que existe hoje no artigo 1150º, indicando, novamente, a solução italiana do artigo 1620º do *Codice Civile*

mutuante seja a de ceder a coisa em troca do pagamento de juros, o que tornaria razoável que, frustrando-se esta expectativa, se atribuísse a o direito de resolver o contrato. Por outro lado, MENEZES CORDEIRO¹³⁴, defende que o texto do artigo 432º não distingue entre contratos unilaterais ou bilaterais, pelo que não se deve limitar a sua aplicação a prestações corresponsivas ou contratos sinalagmáticos, sendo possível resolver contratos unilaterais. Já MENEZES LEITÃO¹³⁵ reconhecendo que a previsão expressa do artigo 1150º como resolução por incumprimento leva a doutrina a qualificar o mútuo oneroso como contrato sinalagmático, coaduna este artigo com a natureza real do contrato enquadrando-a numa situação de perda de benefício do prazo.

A questão parece hoje, contudo, estar circunscrita ao campo teórico – se no âmbito do Código Civil de Seabra ela assumia relevância prática perante a omissão da lei, o legislador do Código Civil de 1966 veio “enterrar” a questão – porque, independentemente da retidão teórica sobre a natureza do contrato, a realidade é que a lei passou a prever expressamente a possibilidade, pelo que a discussão se deve voltar-se para jusante, e devemos procurar perceber as implicações práticas da sua aplicação.

Neste sentido cabe relevar à partida que, repisando o seu carácter excecional, o artigo 1150º permite a resolução do contrato com base na simples mora (também à semelhança da solução italiana que a inspirou), não exigindo incumprimento definitivo, como impõe a regra geral: havendo mora no pagamento de juros, não precisa o credor de estabelecer um prazo admonitório (cfr. art. 808º, n.º 1), podendo imediatamente proceder à resolução do contrato¹³⁶. A exigência da simples mora justifica-se por, ainda que o incumprimento possa revestir-se de menor gravidade, pode ter um valor *sintomático* com repercussões na confiança que o credor possa ter na capacidade do devedor de cumprir as prestações futuras pontualmente¹³⁷. Contudo, neste sentido, PESTANA DE VASCONCELOS¹³⁸ propõe que a aplicação da norma seja limitada às situações em que se verifique uma verdadeira debilidade do credor, designadamente quando este não goze de uma garantia sólida sobre o crédito. De facto, o credor que

¹³⁴ *Ob. últ. cit.* p. 919

¹³⁵ “Direito das Obrigações – Vol. III”, *op. Cit.* nota 834

¹³⁶ ROMANO MARTINEZ, “Da Cessação do Contrato”, 3ª edição, Almedina, Coimbra, outubro 2015, p. 344

¹³⁷ BAPTISTA MACHADO, “Pressupostos da Resolução por Incumprimento”, em Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro, Coimbra 1979, p. 10

¹³⁸ “Direito Bancário”, *op. Cit.* p. 189/190

goze de uma garantia real firme a seu favor e que, perante um atraso pontual no pagamento de juros, proceda imediatamente à resolução do contrato e consequente exigência de retribuição dos valores prestados, parece ser uma resposta desproporcional à sua situação e, como tal, pode configurar, possivelmente, uma hipótese de abuso de direito.

Também de acordo com a norma geral do artigo 436º, n.º 1 esta resolução não necessita de ser exercida judicialmente, bastando a comunicação à contraparte. Tão bem de acordo com a regra geral 434º, operando a resolução deve ser repostos tudo que haja sido prestado, tal não afeta os juros já pagos, nos termos do n.º 2.

Operando a resolução, além de vencer imediatamente a obrigação do mutuário de restituir todo o montante mutuado, são devidos os juros que já se tenham vencido, mas não hajam sido pagos. Deve ainda o mutuário pagar os juros vincendos, mas apenas até à efetiva restituição do capital. Tal como no caso da aplicação do artigo 781º, e com semelhantes razões, também aqui o mutuante perderá o direito aos juros que se venceriam pelo período antecipado. Relembre-se aqui que, de forma semelhante ao incumprimento da restituição das frações de capital e da aplicação do 781º, a restituição antecipada (ainda que o 781º e o 1150º encontrem aplicação em situações diferentes têm consequências bastante semelhantes na prática) é uma opção não sendo o credor obrigado a lançar mão dela; de facto, o credor é livre de *tolerar* o incumprimento e, com isso, continuar a vencer os juros pela quantia mutuada.

Os tipos contratuais que analisámos operam o mecanismo de crédito de formas distintas, cada qual com as suas particularidades. Contudo, a admissibilidade da resolução por incumprimento é, como vimos, um instituto aplicável a todos os tipos contratuais. Ou seja, ainda que tipos contratuais diferentes suscitem questões específicas – nomeadamente na relação de *liquidação* da relação contratual, *i.e.*, o desenrolar da extinção da relação contratual e as atribuições a considerar em tal momento a cada parte – todos podem ser resolvidos com base em incumprimento, conforme estabelece a regra geral. Assim, a previsão constante do 1150º tem aplicação em todos os tipos contratuais enquanto causa *ex lege* de resolução – a aplicação de normas específicas na cessação das relações contratuais, em nada colide com a *causa* dessa cessação, ou seja, todos eles poderão ser resolvidos por incumprimento da

obrigação de pagamento de juros, mas, uma vez posta em marcha a dita resolução, cada tipo contratual regerá a sua liquidação de acordo com as suas normas específicas.

De facto, a motivação que analisámos para a resolução por falta de pagamento de juros, designadamente o seu valor sintomático, valem para qualquer relação de crédito que, dependa d

a confiança do credor no devedor. De igual forma, também a aplicação restritiva da norma acima proposta, não perde validade consoante o tipo contratual.

IV – Teoria Geral da Relação de Crédito

IV.I – As teorias sobre o mecanismo prático do crédito

Destilar as relações de crédito de forma que permita determinar a essência do seu mecanismo prático e, simultaneamente, explicar o fenómeno da cobrança de juros, historicamente tem-se revelado como tarefa difícil. Primeiramente, porque o fenómeno do crédito pode ser avaliado de uma perspectiva não apenas jurídica, mas também económica. Ainda que a perspectiva económica não deva imiscuir-se no campo da ciência jurídica, a mesma não é despicienda, podendo dela ser retirados elementos relevantes à formação de uma teoria jurídica de crédito. Assim, cabe então analisar as várias teorias que têm sido ensaiadas ao longo do tempo, considerando, sempre que relevante, as contribuições feitas pelos economistas.

Durante o Século das Luzes, com a crescente oposição à autoridade da Igreja Católica e da sua doutrina, também a proibição de cobrança de juros foi sendo colocada em causa, impelida pelo crescimento da classe burguesa e mercantil. A doutrina eclesiástica apenas admitia o empréstimo a título gratuito motivado por um *animus* de solidariedade, o que não se coadunava com a crescente perseguição do lucro.

Assim, o economista e estadista ANNE JACQUES TURGOT foi dos primeiros a arriscar uma explicação do mecanismo prático do crédito, segundo a que veio a ser apelidada como *teoria da frutificação*. Segundo TURGOT, tal como o proprietário de uma parcela de terra vende o seu uso ao agricultor, o empréstimo de uma soma de dinheiro representa a venda do seu uso pelo credor ao devedor, que gera não rendas, mas

juros¹³⁹. TURGOT notava que alguém que possuísse capital poderia obter para si rendimentos pela aquisição de terras, pelo que não seria expectável que esse mesmo capital fosse aplicado numa atividade comercial, rural ou industrial senão contra um rendimento pelo menos equivalente ao que resultaria das terras. Assim, quaisquer juros cobrados num empréstimo seriam consequência da possibilidade de o montante emprestado ser transformado em terras arrendáveis¹⁴⁰.

Hoje, esta teoria da frutificação parece assentar num entendimento anacrónico do dinheiro e do seu valor. Mormente, como destacou desde logo BÖHM-BAWERK a explicação era também tautológica, prendendo-se num raciocínio circular em que “o dinheiro rende porque rende”¹⁴¹. Além disso, como veremos em melhor *infra*, esta conceção cede perante o efeito da *commixtio* que ocorre no mútuo, como todas as demais teorias que explicam o crédito pela atribuição de direitos sobre dinheiro alheio.

E foi neste preciso sentido que pareceu evoluir a doutrina dominante subsequente, sob a designação de *teorias do gozo/uso*, ainda que não plenamente distante da explicação de TURGOT. Nesta perspetiva, as relações de crédito visa atribuir ao devedor o gozo ou uso de uma coisa (e não a *venda* do uso como defendia a teoria da frutificação), neste caso de uma soma de dinheiro propriedade do credor^{142/143}. Contudo, a doutrina dividia-se sobre o *quid* que seria objeto deste gozo ou uso continuado. O dinheiro em si não poderia ser por ter carácter fungível, e como tal, consumido num ato instantâneo, incompatível com um direito continuado. Além disso, a *translatio dominii* e a conseqüente dissolução do valor emprestado no património do devedor, dificultam a individualização da coisa, o que, naturalmente, representa outro obstáculo a esta perspetiva.

¹³⁹ TURGOT, Anne Robert, «*Œuvres de Turgot*», comp. Gustav Schelle, Vol. II, Tomo X, Paris, 1914, p. 577

¹⁴⁰ BÖHM-BAWERK, Eugen von, “Histoire Critique des Théories de L’Interêt du Capital », Vol. II, Paris 1903

¹⁴¹ *Op. cit.*

¹⁴² A teoria do gozo/uso recolheu bastantes adeptos. Entre nós, *vide* GALVÃO TELLES, “Aspetos comuns aos vários contratos”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. VII, 1950, p. 84. Na doutrina italiana *vide* CARRESI, Franco, “Il comodato, Il mutuo”, Turim, 1957, p. 101, CARNELUTTI, Francesco, “Teoria Giuridica della Circolazione”, p. 26, COLAGROSSO, Enrico, “Diritto Bancario” Roma, 1947, p. 237.

¹⁴³ A teoria do uso/gozo parece ter tido uma influência mais profunda na redação do Código Civil italiano – a noção de frutos civis dada pelo artigo 820º desse diploma, claramente alinha com esta teoria.

Numa matriz mais romanística, e com influência direta na redação do nosso artigo 1142º, SAVIGNY¹⁴⁴ utilizou o conceito de *quantidade* de coisas passível de ser objeto de tal direito continuado. Contudo, a quantidade enquanto conceito abstrato é indissociável da coisa a que se refere, e, tal como as demais formulações desta teoria, a quantidade não se mantém individualizada na duração do empréstimo, surgindo apenas na entrega do valor e posteriormente no seu momento de restituição. No mesmo sentido, é também comum a referência ao gozo de *capital – id est* “uma soma de valores que pode mudar de forma sem substancialmente se alterar”¹⁴⁵, mas, novamente, o conceito apresenta-se como demasiado abstrato e vincadamente economicista para ser fiável de uma perspetiva jurídica.

Procurando transpor o obstáculo que a *commixtio* representa às teorias do gozo, seria necessário encontrar um objeto que se pudesse manter determinável durante toda a duração do empréstimo, sobre o qual incidiria o pretendido gozo continuado. E, desta perspetiva, enunciou-se a incidência deste gozo sobre o *incremento patrimonial* ou *enriquecimento*, entendendo-se por tal “o concreto e notório desequilíbrio patrimonial entre credor e devedor que se cria na entrega do capital, destinado a durar certo tempo devendo desaparecer no fim da relação”¹⁴⁶. Tal conceito aparenta “sobreviver” à *commixtio*, mas peca por outro lado: quando o devedor recebe o montante creditado, o mesmo vem acompanhado da sua obrigação de o restituir, que, na sua esfera patrimonial, representa um passivo de valor igual ao que se recebeu. No polo oposto da relação, também o credor, ao ceder o montante creditado, adquire no seu património, em lugar desse montante, um direito à sua restituição – um ativo patrimonial de valor igual ao que se mutuou. Ou seja, na verdade, inexistente qualquer enriquecimento patrimonial ou empobrecimento de nenhuma das partes.

Em suma, as várias formulações ensaiadas para a teoria do uso/gozo encontram todas o mesmo obstáculo: não são capazes de precisar um objeto que seja denso o suficiente para ser juridicamente fiável, e que possa ser objeto desse gozo continuado que, segundo esta, define as relações de crédito. Se pensarmos nas habituais relações

¹⁴⁴ “Das Obligationenrecht” *apud* SIMONETTO, Ernesto, “Los Contratos de Crédito”, Ediciones Olejnik, 2019

¹⁴⁵ SIMÕES PATRÍCIO, José, “Direito do Crédito: Introdução”, Lex, Lisboa 1994, p. 60

¹⁴⁶ SIMONETTO, Ernesto, “Los Contratos de Crédito *op. cit.*”, p. 39

de atribuição de uso sobre coisa alheia (arrendamento, comodato, direito real de habitação, etc.), nunca as poderemos amalgamar com as relações de crédito, porque naquelas o objeto é sempre individualizado, o que não acontece nas relações de crédito, cujo objeto só se individualiza no momento da restituição. Além disso, o “empréstimo” que se verifica nas relações de gozo é intrinsecamente distinto porque apenas se transmite a posse da coisa, e sempre temporariamente, o que é suficiente para atingir os fins que o tipo contratual visa. Contrastando, nas relações de crédito transfere-se a propriedade plena sobre a coisa, não se podendo sequer falar em propriedade temporária ou resolutiva, porque a *commixtio* não permite que a coisa se mantenha individualizada. Além disso, como já estabelecemos, esta transferência de propriedade é essencial para os fins da concessão de crédito. Por fim, a natureza fungível do dinheiro (apesar de não ser a única coisa passível de ser emprestada, a coisa creditada deve sempre ser fungível) significa que este é sempre consumido num ato instantâneo, o que dificilmente se coaduna com o suposto direito continuado.

Uma vez mais, perante a insuficiência das teorias do gozo, aproximou-se o mecanismo de crédito ao do câmbio, numa perspetiva em que as coisas eram cedidas, não para conceder um direito de uso sobre as mesmas, mas para obter outras em troca – a designada teoria do lucro: troca-se dinheiro agora, por dinheiro depois. Assim, a relação de crédito seria comparável à relação de permuta, com a diferença que, ao passo que na permuta tradicional troca-se uma coisa por outra distinta, havendo uma troca qualitativa, nas relações de crédito as coisas permutadas seriam iguais, pelo que a diferença seria *cronológica*¹⁴⁷. Aliás, a diferença cronológica é o fator que atribui relevância e sentido económico ao negócio, sendo que a troca de dinheiro por dinheiro à vista apenas faz sentido em negócios de câmbio monetário.

Segundo este entendimento, os juros a cobrar pelo empréstimo corresponderiam à diferença entre o valor do bem presente e o mesmo bem, mas futuro¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Entre nós, vide FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, “Contratos II – Conteúdo, contratos de troca”, 4ª ed., Almedina, Coimbra 2016, p. 140/141 e COSTA GOMES, Januário da, “Contratos Comerciais”, *op. cit.* p. 260

¹⁴⁸ Nas palavras de BÖHM-BAWERK *op. cit.* p. 189: “o elemento que parece conduzir à plena verdade: a influência do tempo na estimativa do valor dos bens”, sublinhando o carácter psicológico da teoria. Também CARNELUTTI, Francesco, *op. cit.* apesar de perfilhar a teoria do gozo, refere que, ainda assim, o contrato de mútuo deve ser enquadrado algures entre os contratos de crédito e os contratos de câmbio, afirmando que se verifica uma troca não quantitativa nem qualitativa, mas de carácter cronológico.

SIMONETTO¹⁴⁹ critica esta concepção das relações de crédito por colocar demasiada ênfase na troca das coisas, deixando para segundo plano o hiato temporal que medeia a entrega e a restituição, quando este, na verdade, é crucial para a relação. Isto porque, se a coisa entregue e a coisa restituída são do mesmo *genus*, não poderá ser a coisa em si que leva as partes a contratar – ao contrário das relações permuta em que o *genus* é distinto e as partes contratam exatamente para obter aquela coisa distinta da que se dá. De igual forma, nos contratos de compra e venda de coisa futura, a troca é igualmente qualitativa e é isso que motiva as partes a contratar, sendo a futuridade do bem secundária na vontade das partes. Como tal, e como já referimos, se nas relações de crédito as coisas que se “trocam” são as mesmas, não parece lógico afirmar que o que motiva as partes é a efetiva troca dos bens – terá de ser outra coisa.

Mormente, a explicação oferecida para os juros – diferença entre o valor do bem agora e do bem no futuro – não é satisfatória: esta noção não explica o caráter necessariamente periódico dos juros, e, faria dos juros uma obrigação una e não uma que depende da passagem do tempo.

Então, como inferimos *supra*, parece ser exatamente o tempo entre a entrega e a restituição que impele as partes contratar e, como tal, caracteriza a relação de crédito. Assim, foi avançada por SIMONETTO¹⁵⁰ aquela que apelidou de *teoria do prazo*, por entender que este tem uma posição central nas relações de crédito¹⁵¹. Segundo este entendimento, a relação de crédito é definida pela dilação temporal entre a entrega e a restituição. O autor entende que os termos crédito e débito são bastantes e evitam o recurso a conceitos ideais e abstratos (tais como valor, capital, enriquecimento, etc.) retirados da teoria económica, que pouca segurança ou densidade oferecem.

Precedendo SIMONETTO, já autores como CABRESI¹⁵² haviam entendido que não tinha sido dada atenção suficiente ao elemento temporal do mútuo, notando que o contrato que opere a *translatio dominii* de coisas fungíveis, mediante a correspondente

¹⁴⁹ *Op. cit.*

¹⁵⁰ *Op. cit.*

¹⁵¹ Entre nós *vide* SIMÕES PATRÍCIO, José, “Direito Bancário Privado”, Quid Juris, Lisboa 2004, p. 290. Refira-se que o autor expressamente recusa a ideia do contrato de crédito como um contrato de troca. Neste sentido, do mesmo autor *vide* “Direito do Crédito: Introdução”, Lex, Lisboa 1994, p. 44/45

¹⁵² CABRESI, Franco, “Brevi note sul contratto di mutuo” em Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, ano 1947, p. 343

obrigação de restituição, mas sendo esta devida unicamente pela vontade do credor, não pode ser considerada uma relação de mútuo, mas sim de depósito irregular¹⁵³ – uma figura contratual distinta, com características e finalidades diferentes – o que indica a essencialidade deste elemento temporal.

O prazo, ou o pacto de *aprazamento*, não se confunde com a entrega e restituição, e vem alterar essa relação crédito/débito. A aplicabilidade deste pacto de aprazamento não se limita a relações de mútuo, podendo ser aplicado a várias relações jurídicas: pode haver pacto de aprazamento no pagamento do preço numa relação de compra e venda, na indemnização de danos provenientes de facto ilícito, etc.

Este *aprazamento*, ou a concessão de prazo para a restituição, constitui uma prestação autónoma *per se* que, no caso das relações de crédito, permite a realização dos fins a que o contrato visa fazer face. É, no sentido técnico-jurídico da palavra, uma *prestação*, distinta daquela que deu origem ao crédito que vem aprazar. Assim, a relação de mútuo – a matriz dos contratos de crédito – compreende quatro prestações emparelhadas entre si: por um lado, temos a entrega do valor mutuado, à qual corresponde a obrigação de o restituir; e, por outro, temos a concessão do prazo, à qual vai corresponder o pagamento dos juros. De facto, no âmbito da teoria económica, é corrente o entendimento dos juros como “recompensa da renúncia à liquidez”, ou seja, são a “medida da relutância que sente quem possui dinheiro em alienar o seu controlo líquido sobre ele, o seu direito a dispor incondicionalmente dele”^{154/155}. Esta perspetiva dos juros explica também o seu carácter periódico, a sua autonomia que decorre do artigo 561º, e a sua relação estreita com o passar do tempo, bem como permite explicar a presunção de onerosidade presente no artigo 1145º, n.º 1 *in fine*.

O pacto de aprazamento vincula os dois polos da relação de crédito a obrigações negativas: o credor fica vinculado a uma obrigação de *non petere*, enquanto o credor, no

¹⁵³ O contrato de depósito irregular vem tipificado no artigo 1782º do *Codice Civile* como o depósito cujo objeto seja dinheiro ou outras coisas fungíveis, com opção do uso pelo depositante, mediante restituição de outra coisa de igual género e quantidade. Ainda que esse mesmo artigo mande aplicar, na medida do possível, as regras do mútuo, não parece que isso apenas seja suficiente para desenhar uma comparação plena entre os dois tipos.

¹⁵⁴ KEYNES, John M., “Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda”, Relógio d’Água, trad. Manuel Resende, p. 175

¹⁵⁵ Também na ciência jurídica os juros são amiúde perspetivados desta forma *vide* COSTA GOMES, Januário, *op. cit.*, que assim mesmo o afirma, não obstante a sua aparente adoção da teoria do lucro.

polo oposto da relação, fica vinculado a uma obrigação de *non solvere*. Novamente, se não existisse tal obrigação de *non petere*, e pudesse o credor exigir a restituição a qualquer momento após a entrega, deixaríamos de estar perante uma relação de mútuo para estar perante um depósito irregular; e a obrigação de *non solvere* permite a tutela do *interusurium*, como vimos acima.

Se tornarmos ao artigo 1150º que analisámos acima munidos com esta perspectiva sobre o prazo, percebemos que este artigo não incide diretamente sobre a obrigação de restituição. Uma melhor explicação desse artigo, tendo por base a da teoria do prazo, é a da resolução do pacto de aprazamento em si¹⁵⁶, em face do incumprimento do pagamento de juros que, como vimos, é a contraprestação da concessão desse prazo. Assim, perante o inadimplemento dessa contrapartida, pode o credor resolver esse pacto de aprazamento, “libertando-se” da obrigação de *non petere*, alterando a exigibilidade da relação entrega/restituição.

Esta perspectiva quadripartida do contrato de mútuo permite-nos ainda identificar efeitos reais e obrigacionais concorrentes, à semelhança do que se verifica com o contrato de compra e venda, e que visam, cada um deles, satisfazer interesses de naturezas igualmente diferentes. Por um lado, os efeitos reais que se traduzem na obtenção da coisa e da respetiva propriedade, satisfazendo um interesse de realização instantânea. Ao associar a esta entrega o pacto de aprazamento para a utilização dos bens, operam efeitos meramente obrigacionais que correspondem a um interesse duradouro – sendo ambos, em certa medida, independentes, ainda que essenciais.

Com base nisto, se revisitarmos o artigo 1142º, podemos assim apontar-lhe agora algumas críticas. Por um lado, é demasiado amplo, dado que o mecanismo de entrega de coisa fungível mediante restituição de outra de igual género e qualidade, não é exclusivo do mútuo – podemos aplicar a mesma definição ao penhor irregular, ao depósito irregular e à abertura de crédito. Parece aqui mais gritante a ausência de referência ao prazo, o que limita o âmbito desta noção no seio dos negócios de crédito em especial. Por outro lado, é demasiado restrito dado que exclui outras situações que constituem relações de mútuo, mas sem contemplar uma entrega *strictu sensu*, como é

¹⁵⁶ SIMONETTO, *op. cit.* p. 77

as situações da *traditio brevi manu*. Esta segunda crítica faz-nos tornar à questão dos contratos reais *quoad constitutionem* e das limitações que impõe esta visão do mútuo – e a plena revisão do conceito de contratos reais não cabe na economia da presente dissertação, além do que já foi dito acima.

IV.II – Elementos essenciais da relação de crédito

Refira-se, como é comum na doutrina neste ponto, a separação entre o *crédito* numa perspetiva subjetiva e objetiva. Numa perspetiva objetiva, este é o ato de “colocar ao dispor de determinado agente económico um valor cuja contrapartida ele só mais tarde terá que prestar”¹⁵⁷; na perspetiva subjetiva, o crédito será o ato de fé do credor na solvabilidade futura do devedor¹⁵⁸.

Curiosamente, a análise da definição de crédito, KOCH¹⁵⁹ assume uma dicotomia diferente: o autor entende crédito como a disponibilidade do credor, e a possibilidade do devedor para celebrar um contrato de crédito; por sua vez, este contrato visa a materialização de uma operação de crédito, entendendo-se esta como a cessão de propriedade habitualmente retribuída, e, por parte do devedor, a aceitação desse capital com a obrigação de o restituir e pagar juros conforme pactuado.

Seguindo, de certa forma, esta distinção, a Lei francesa n. 84-46, de 24 de janeiro de 1984 oferecia uma definição de operação de crédito, definindo-a como “qualquer ato pelo qual uma pessoa, agindo a título oneroso, disponibiliza ou promete disponibilizar fundos a outra pessoa, ou assume um compromisso através de uma assinatura, como um endosso, uma caução ou uma garantia, no interesse dessa outra pessoa”¹⁶⁰. Ainda que já revogada, esta definição, apesar de pobre em certos aspetos, limita-se a apresentar o denominador comum das diversas técnicas de crédito utilizadas pelas instituições financeiras, tendo pouco de teórico – sublinhando a importância prática na construção de um conceito de crédito. De igual forma, no nosso ordenamento, o

¹⁵⁷ SIMÕES PATRÍCIO, “Direito do Crédito” *op. cit.* p. 50

¹⁵⁸ Note-se aqui origem etimológica da palavra crédito, que encontra a sua génese no latim *credere*, significando exatamente crer ou acreditar em outrem.

¹⁵⁹ KOCH, Arwed, “Kredit em Recht” (trad. Esp.), Madrid 1946, p. 21

¹⁶⁰ Tradução própria do original : « Constitue une opération de crédit pour l'application de la présente loi tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie »

Decreto-Lei n.º 220/94, assume também o termo “operações de crédito” definindo-as como todos os contratos de concessão de crédito independentemente da forma que assumam (artigo 2º, a)), abstendo-se de proporcionar qualquer tipo de noção material.

Subtraindo-nos à densificação do conceito de crédito (e das dificuldades que tal tarefa levanta) procuremos agora listar e analisar os elementos essenciais do mesmo. Usualmente, são enunciados (ainda que, por vezes, de formas distintas) o tempo, a promessa de restituição – bem como o risco do seu incumprimento –, e a confiança.

Quanto ao primeiro, entendendo o tempo como sinónimo de prazo (ou, pelo menos o prazo enquanto materialização do elemento temporal na relação), podemos desde já afirmar que é o elemento central da relação de crédito, conforme resultou da análise da teoria do prazo. Efetivamente, sendo possível criticar, como iremos fazer, os demais elementos, não parece ser possível argumentar que o tempo possa, em algum momento, não integrar o conceito de crédito. Sublinhando aquilo que concluímos antes, o contrato que opere a transferência da propriedade de uma coisa mediante obrigação de restituição, mas sem a associação a isso de um prazo – *id est* sem o elemento temporal – não pode integrar o conceito de negócio ou ato de crédito.

Prima facie, a restituição da coisa mutuada também parece ser inquestionavelmente integrante do conceito de crédito – referimo-nos aqui para o que foi dito sobre este ponto quando analisámos o contrato de mútuo e a figura do *tantundem* em relação com a obrigação de restituição. Este é o principal objeto do direito de crédito que o credor adquire no seu património aquando da entrega da coisa cedida e terá o mesmo valor desta. Contudo, como nota PELTIER, situações há em que tal obrigação não existe, ou pelo menos não configurada de forma mais tradicional. Por exemplo, tornemos ao contrato de *factoring*, onde o reembolso dos valores mutuados recai sobre pessoa diferente da que os recebeu, ou até no crédito por assinatura onde nem chegam a ser desembolsados quaisquer valores¹⁶¹. Assim, ainda que o reembolso seja, na grande maioria das vezes, elemento presente na relação de crédito – nem parecendo razoável afastá-lo como elemento relevante perante pontuais exceções que

¹⁶¹ PELTIER, Frédéric “Introduction au droit du crédit”, 2ª ed. La Revue Banque Éditeur, p. 17

não são representativas da maioria dos atos de crédito – note-se que o mesmo pode surgir transfigurado, ou não surgir de todo, em certas situações.

Finalmente, a confiança é o elemento em torno do qual se colocam mais questões. Na perspetiva de COQUELIN, o crédito é a confiança aplicada às relações comerciais, considerando aquele uma manifestação desta¹⁶². Também LIMA SIMÕES¹⁶³ definiu a confiança como base da operação de crédito, sendo que ninguém empresta senão com a firme convicção de que a dívida será paga. Não rebatendo a relevância da confiança, a mesma pode não necessariamente ser considerada como elemento essencial, mas tão só como elemento psicológico determinante na vontade de contratar¹⁶⁴ e na medida quantitativa de crédito a conceder. De facto, situações certamente existem em que o credor concede crédito não obstante a fraca confiança merecida pelo devedor ¹⁶⁵– v.g. havendo uma fiança forte, havendo intenção de influenciar o devedor (mais comum se este for uma empresa), etc.

Ainda no campo da confiança, também não parece correto classificar os atos de crédito como negócio fiduciário, porquanto, como vimos na discussão das teorias do crédito, a propriedade transmitida pelo crédito é plena, ao contrário dos negócios fiduciários, em que o fiduciário fica limitado no seu direito em relação à coisa, designadamente no destino e uso a dar-lhes. Ora, nas relações de crédito, excetuando as situações do mútuo de escopo (e, ainda assim, a aposição de uma cláusula de escopo num mútuo é uma manifestação eventual da liberdade contratual das partes), o devedor fica vinculado apenas à sua vontade sobre como dispor dos fundos recebidos. Não é titular de um direito limitado, nem deve atuar no interesse do credor, como é costume nos negócios fiduciários.

¹⁶² COQUELIN, Charles, “Du Crédit et des Banques”, Paris, 1848, p. 54 : « *Dans l'acceptation la plus générale, le credit, c'est la confiance, en tant qu'elle s'applique aux relations commerciales. L'acte par où cette confiance se manifeste le plus ordinairement, c'est le prêt, c'est à dire, l'avance d'un capital faite par celui qui le possède à celui qui le demande, moyennant l'obligation contractée par ce dernier de le rembourser plus tard* »

¹⁶³ LIMA SIMÕES, Raul Humberto de, “Crédito Bancário: os bancos, o financiamento do comércio e da indústria e os riscos de insolvência”, Lisboa, 1930

¹⁶⁴ SIMÕES PATRÍCIO, “Direito do Crédito”, *op. cit.* Entre nós *vide* ainda SOUSA FRANCO, António de, “Moeda e Crédito”, Lisboa 1981

¹⁶⁵ KOCH, Arwed, *op. cit.* p. 20

Parece-nos então que, no tocante aos contratos de crédito, que a confiança é um elemento natural (ou prévio) da relação de crédito, e não um elemento essencial.

V – Conclusões

Se num momento introdutório da presente dissertação havíamos indiciado a relevância do estudo do crédito e, dentro deste, a imprescindibilidade da vertente prática, tal parece agora impreterível. Não só para o tema do negócio de crédito em geral enquanto parte motora da economia, mas, igualmente, para cada um dos contratos de crédito em especial.

De facto, ficou patente que este conjunto de tipos contratuais, algo heterogéneo, é marcado pela sua atipicidade legal. Ao abrigo da liberdade contratual têm surgido as mais diversas formas de conceder crédito, exatamente para fazer face também à pluralidade de situações e necessidades das partes.

A opção do legislador pela não tipificação da maioria destes contratos não será acidental, deixando para a prática aliada ao recurso a CCGs sobre a base da liberdade contratual ditar o funcionamento dos contratos. Abstraindo-nos de juízos valorativos sobre tal opção, isto vem certamente corroborar a relevância da academia e da jurisprudência na criação e definição da categoria dos contratos de crédito.

A figura do mútuo oneroso representa a maioria dos atos de crédito realizados, e é regularmente indicada como o “tronco” dos demais contratos de crédito perante a ausência de um regime geral expresso. Ressalva-se, naturalmente, que o regime do mútuo civil não foi concebido para tal função, surgindo a mesma de um exercício de interpretação e aplicação das suas normas aos demais contratos, com base no mecanismo prático de crédito, que o mútuo representa na sua forma mais simples.

Mas esta função tem sido desafiada pela constante inovação dentro da categoria. Se há contratos, como a abertura de crédito, que claramente se aproximam da figura do mútuo, outros há, como a locação financeira cujos paralelismos com o mútuo são manifestamente menores, não obstante a sua classificação como contratos de crédito. Como tal, esta amorfia da categoria representa um maior obstáculo à sua posição como

“matriz”, tendência que deverá manter-se à medida que novos tipos forem surgindo futuramente.

A categoria dos contratos reais, onde se enquadra o mútuo civil, é objeto de críticas e questões. Contudo, na verdade, tal classificação é, aqui, uma não questão porquanto não parece haver entraves válidos à conceção do mútuo enquanto contrato consensual. Aliás, é exatamente esta direção que assume a prática, como vimos no caso do mútuo bancário.

De entre as normas do mútuo civil que possam ver aplicação relevante aos demais contratos de crédito, é especialmente ponderoso o regime dos juros. O aditamento do artigo 559º-A deixou claro a intenção do legislador de sujeitar todos os atos que possam ser considerados como contratos de crédito ao regime civil dos juros. Esta norma parece ser incorretamente ignorada dentro do sistema financeiro e bancário, resultando num afastamento da proteção que o legislador visava conceder à esmagadora das relações de crédito que não se entende. Conforme referimos, é nestes campos que as exigências de proteção da parte mais vulnerável do contrato são mais prementes é exatamente o campo que se viu excluído dessas normas protetoras, acentuando essa vulnerabilidade.

O negócio de crédito em geral foi objeto de atenção tanto por juristas como por economistas, tendo sido avançadas várias teorias almejando explicar o mecanismo prático de crédito, por forma a permitir, simultaneamente, explicar o fenómeno dos juros. O cerne desta atenção foi incidindo sobre diversos elementos do negócio, parecendo-nos a mais adequada aquela que vê no prazo o elemento crucial do negócio de crédito, sem o qual a relação perderia tal qualificação.

Referências Bibliográficas

ABREU, Luís Vasconcelos – “Os Sindicatos Bancários no Direito Português”, em “Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol. II – Direito Bancário”, Almedina

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de – “Direito das Obrigações”, 8ª edição, Almedina, Coimbra, setembro 2000

ALMEIDA, José Carlos Moitinho de – “A locação financeira (*factoring*)” em BMJ n.º 230, Lisboa, 1973

ANDRADE, Manuel de – “Teoria Geral da Relação Jurídica”, Vol. II, 1ª edição, Almedina, Coimbra, 1960

ANTUNES VARELA, João de Matos – “Das Obrigações em Geral – Vol. II”, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 1995

– “Ensaio sobre o conceito do modo”, Atlântida, Coimbra, 1955

ANTUNES, José Engrácia – “A moeda – Estudo Jurídico e Económico”, Almedina, Coimbra, setembro 2021

ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas – “Direito dos Contratos”, 1ª edição, Gestlegal, setembro 2022

BAPTISTA DE OLIVEIRA, Fernando – “Contratos Privados, das noções à prática jurídica – Vol. III”, Coimbra editora, abril 2014

BAPTISTA MACHADO, João – “Pressupostos da Resolução por Incumprimento”, em Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro, Coimbra, 1979

BEY, El Mokhtar – “*Factoring et credit-bail mobiliers*”, Dalloz, Paris, 1970

BÖHM-BAWERK, Eugen von – “Histoire Critique des Théories de L’Interêt du Capital », Vol. II, Paris 1903

CABRESI, Franco – “Brevi note sul contratto di mutuo” em Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, ano 1947

CARNELUTTI, Francesco – “Teoria Giuridica della Circolazione

CARRESI, Franco – “Il comodato, Il mutuo”, Turim, 1957

CARVALHO, Jorge Morais – “Usura nos contratos de crédito ao consumo”, em Sub Judice n.º 36, julho-setembro 2006

COLAGROSSO, Enrico – “Diritto Bancario” Roma, 1947

COQUELIN, Charles – “Du Crédit et des Banques”, Paris, 1848

CORREIA DAS NEVES, Francisco – “Manual dos Juros – Estudo Jurídico com Utilidade Prática”, Almedina, maio 1989

COSTA GOMES, Januário – “Assunção Fidejussória de Dívida”, Faculdade de Direito da ULisboa, 1999

– “Contratos Comerciais – Contratos Comerciais em Geral: contratos bancários”, Almedina, Coimbra, 2012

COSTA, Mário Almeida – “Direito das Obrigações”, 12ª edição, Almedina, Coimbra, novembro 2009

CUNHA GONÇALVES – “Dos contratos em Especial”, Edições Atica, 1953

CUNHA, Paulo – “Direito das Obrigações – Vol. II”, Faculdade de Direito da ULisboa,

DE NOVA, Giorgio – “Il *factoring*”, 2ª edição, Giuffrè, 1985

ENGRÁCIA ANTUNES, José – “A Obrigação de Juros” em *Themis*, nº 36/37, 2020/2021

FARIA, Jorge Ribeiro de – “Direito das Obrigações – Vol. II”, Almedina, Coimbra, agosto 1990

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos – “Contratos II – Conteúdo, contratos de troca”, 4ª ed., Almedina, Coimbra 2016

– “Contratos IV – Funções, Circunstâncias e Interpretação”, Almedina, Coimbra, outubro 2014

FOSSATI, Giorgio e PORRO, Alberto – “Il *factoring* – Aspetti economici, finanziari e giuridici”, 2ª edição, Giuffrè, Milão, 1980

GRAVATO MORAIS, Fernando de – “Manual de Locação Financeira”, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2011

– “Contratos de Crédito ao Consumo”, Almedina, Coimbra, março 2007

KEYNES, John M. – “Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda”, Relógio d’Água, trad. Manuel Resende

KOCH, Arwed – “Kredit em Recht” (trad. Esp.), Madrid 1946

LEITE DE CAMPOS, Diogo – “A Locação Financeira”, AAFDL, Lisboa, 2012

– “Contrato a favor de terceiro”, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 1991

LIMA SIMÕES, Raul Humberto de – “Crédito Bancário: os bancos, o financiamento do comércio e da indústria e os riscos de insolvência”, Lisboa, 1930

LOBO XAVIER, Vasco – “Venda a Prestações – Algumas notas sobre os artigos 934º e 935º do Código Civil”, Coimbra, 1977

MADEIRA, Joaquim Luís – “Mútuo Bancário”, em “Temas de Direito Bancário”, Edição dos Autores, Maputo, 1999

MENEZES CORDEIRO, António Barreto – “Manual de Direito dos Valores Mobiliários”, 2ª edição, Almedina, Coimbra, novembro 2018

MENEZES CORDEIRO, António – “Tratado de Direito Civil IX”, 3ª edição, Almedina, Coimbra, março 2017

– “Direito Bancário”, 6ª edição, Almedina, Coimbra outubro 2016

– “Da Cessão Financeira (*Factoring*)”, Lex, Lisboa 1994

MENEZES LEITÃO, Luís – “Direito das Obrigações – Vol. II”, 13ª edição, Almedina, Coimbra, setembro 2021

– “Direito das Obrigações Vol. III – Contratos em Especial”, 12ª edição, Almedina, Coimbra, junho 2018

MIRAGEM, Bruno – “Direito Bancário”, 3ª edição rev., atual. e ampl., Thomson Reuters, São Paulo, 2019

MONTEIRO, Mafalda Oliveira – “O contrato de *factoring* em Portugal”, Elcla Editora, Porto 1996

PANZARINI, Gionvanni – “Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito”, Giuffrè, Milão, 1984

PELTIER, Frédéric – “Introduction au droit du crédit”, 2ª ed. La Revue Banque Éditeur

PESSOA JORGE, Fernando – “Direito das Obrigações – Vol. I”, AAFDL, 1975

PESTANA VASCONCELOS, Miguel – “Direito Bancário”, 4ª edição, Almedina, Coimbra, agosto 2022

– “Dos contratos de Cessão financeira (*factoring*)”, em Boletim da Faculdade de Direito – *Stvdia Ivridica*, 43, 1999

PINTO COELHO, José Gabriel – “Operações de Banco II – Abertura de Crédito”, Coimbra Editora, 1950

PINTO DUARTE, Rui – “Escritos sobre *Factoring* e *Factoring*”, Principia, janeiro 2001

– “Notas sobre o contrato de *factoring*” em *Novas Perspetivas de Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 1988

– “Tipicidade e Atipicidade dos Contratos”, Almedina, janeiro 2000

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA – “Código Civil Anotado – Vol. II”, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1994

PIRES, José Maria – “Direito Bancário Volume II – As Operações Bancárias”, Editora Rei dos Livros, Lisboa 1995

POTHIER, Robert - Joseph – “Œuvres de R. -J. Pothier – Les Traités du droit français”, compil. Ainé Dupin, Vol. III, 1830

- REDINHA, João – “Contrato de Mútuo” em MENEZES CORDEIRO (org.), “Direito das Obrigações Vol. III”, AAFDL, Lisboa, 1991
- ROMANO MARTINEZ – “Contratos em Especial”, Universidade Católica, Lisboa 1995
- “Da Cessação do Contrato”, 3ª edição, Almedina, Coimbra, outubro 2015
- SIMÕES PATRÍCIO, José – “Direito Bancário Privado”, Quid Juris, Lisboa 2004
- “Direito do Crédito: Introdução”, Lex, Lisboa 1994
- SIMONETTO, Ernesto – “Los Contratos de Crédito”, Ediciones Olejnik, 2019
- SOUSA FRANCO, António de – “Moeda e Crédito”, Lisboa 1981
- TANENBAUM, Morris – “The Historical Evolution of U.S. Telecommunications”, em *Technology in Society*, vol. 15
- TURGOT, Anne Robert – «*Œuvres de Turgot*», comp. Gustav Schelle, Vol. II, Tomo X, Paris, 1914
- VANCIL, Richard F. – “*Factoring of Industrial Equipment*”, McGraw – Hill Book Company, Inc., EUA, 1963
- VAZ SERRA, Adriano – “Comentário ao Acórdão do STJ de 21 de abril de 1980”, em RLJ, ano n.º 114, 1981/1982
- “Lugar da Prestação, Tempo da Prestação – Denúncia, Cessão da Posição Contratual”, em Boletim do Ministério da Justiça n.º 49 e 50
- “Resolução de Contrato” em Boletim do Ministério da Justiça n.º 68, 1957
- “Obrigação de Juros” em Boletim do Ministério da Justiça, n.º 55, abril 1956
- Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de dezembro de 1978, em Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 112º
- VAZ, Teresa Anselmo – “O contrato de *factoring*”, em Revista da Banca, ano 1987, n.º 3
- VEYNE, Paul – “O Império Romano”, trad. Maria José Magalhães, em “História da vida privada, Vol I”, org. ARIÈS, Phillipe e DUBY, Georges, Círculo de Leitores, Porto, outubro 1989
- WIEGAND, Wolfgang – “The Reception of American Law in Europe”, em *The American Journal of Comparative Law*, vo. 39, n.º 2