

QUESTÕES JURÍDICAS SUSCITADAS A PROPÓSITO DAS OPERAÇÕES DE TRANSMISSÃO DE CARTEIRAS DE CRÉDITO

Questões jurídicas suscitadas a propósito das operações de transmissão de carteiras de crédito

O elevado número de operações de transmissão de carteiras de créditos a que temos assistido nos últimos anos, motivadas essencialmente por necessidades de desalavancagem e capitalização das instituições bancárias, tem suscitado diferentes questões relativamente a este tipo de transações.

No presente artigo, pretende-se abordar, de um ponto de vista eminentemente prático e de forma sucinta, algumas destas questões, designadamente no que respeita (i) à qualificação jurídica do negócio que serve de base a estas operações, com as consequências daí advinentes no que respeita à sua forma e efeitos, (ii) a questões específicas suscitadas a propósito da aquisição de créditos por entidades não financeiras, tais como a manutenção do carácter financeiro das garantias associadas aos créditos e eventuais implicações regulamentares, bem como (iii) uma breve nota quanto às implicações fiscais deste tipo de operações.

PALABRAS CLAVE

Carteiras de créditos, cessão, garantias

Legal issues raised by the acquisition of loan portfolios

The high number of operations of transfer of loan portfolios we have witnessed in the past years, essentially based on the banks' leverage and capitalization needs, has raised different issues regarding this kind of transactions.

In this article, and on a practical basis, we intend to address some of these issues, in particular in what regards to (i) the legal classification of the transaction on the basis of the transfer and consequences thereof as to their form and effects, (ii) specific issues raised by the acquisition of credits by non-financial entities, namely as to the financial nature of collateral and possible regulatory implications, (iii) as well as a brief summary of their tax implications.

KEY WORDS

Loan Portfolios, Transfer, Collateral.

Fecha de recepción: 30-9-2014

Fecha de aceptación: 1-10-201

INTRODUÇÃO

No contexto do Programa de Assistência Económica e Financeira a Portugal, acordado em maio de 2011 entre as autoridades portuguesas, a União Europeia e o Fundo Monetário Internacional, o sistema bancário português viu-se forçado a um intenso processo de ajustamento.

Uma das principais consequências deste ajustamento, marcado essencialmente por um processo de desalavancagem acompanhado de um reforço da solvabilidade dos bancos, foi, precisamente, o recrudescimento de operações de transferência de carteiras de crédito por parte das instituições bancárias, na sua grande maioria compostas por *non-performing loans* (NPL) – termo que tem por referência o conceito de crédito em risco, determinado inicialmente pelo Banco de Portugal ao abrigo da instrução n.º 22/2011, tendo sido posteriormente alterado pela instrução n.º 24/2012.

De facto, perante este cenário, e apesar da sua reduzida dimensão comparativamente a outros mercados europeus, o mercado português de NPL tem sido identificado como um alvo de interesse para os investidores estrangeiros – a este respeito, estudos de diferentes consultoras, como a KPMG ou a PricewaterhouseCoopers, referem-se a Portugal como um país promissor neste âmbito (cfr., entre outros,

estudos apresentados na terceira edição da *NPL Meeting*, um evento organizado em Itália pela Banca IFIS, Credit Village e PricewaterhouseCoopers, disponíveis em <http://www.nplmeeting.it/>, ou estudos publicados pelo *European Portfolio Advisory Group* da PricewaterhouseCoopers, publicados em <http://www.pwc.co.uk/transaction-services/portfolio-advisory-group.jhtml>).

Feito este breve enquadramento, e não sem antes sublinhar que, com o presente artigo, não se pretende analisar exaustivamente este tipo de operações, mas tão-só levantar e tratar de forma breve um conjunto de temas que, cremos, se revestem de interesse prático, cumpre entrar na análise das questões que nos propomos a tratar.

FORMA E EFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO: CESSÃO DE CRÉDITOS VS. CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL.

A primeira das questões que pretendemos abordar respeita às diferentes qualificações do negócio jurídico que serve de base à transmissão de carteiras de crédito, questão que, embora à partida aparente revestir-se de um carácter fundamentalmente teórico, revelar-se-á decisiva para a determinação das consequências práticas da operação.

Negócio base

Embora neste ponto nos pretendamos focar no confronto entre as figuras da cessão de créditos e da cessão da posição contratual, começamos apenas por notar que, independentemente da qualificação destas figuras como negócios policausais autónomos ou apenas como disciplinas de efeitos jurídicos passíveis de ser desencadeadas por qualquer negócio transmissivo (para um confronto entre as duas teses, cfr., entre outros, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Cessão de Créditos*, 2005, Almedina, páginas 285 e 286, e VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7.^a edição, 1997, Almedina, páginas 299, 300, 394 e 395), ambas surgem num segundo plano da operação que, na sua base, poderá ter diversos tipos de negócios jurídicos, tais como a venda, a dação em cumprimento ou a doação.

Assim, quando ouvimos falar em operações de compra e venda de carteiras de crédito, estamos perante uma qualificação do negócio reconduzida ao tipo que se encontra na sua base, o qual, por sua vez, se reveste de suma relevância, dado que, tal como dispõem os artigos 425.º e 578.º, n.º 1, do Código Civil, a nulidade ou anulação da cessão de créditos ou da cessão da posição contratual, fundadas na falta ou nos vícios da vontade, bem como as suas prescrições de forma, dependem do negócio que lhe serve de base.

Objeto da transmissão operada

Ocupando-nos agora do confronto entre estas figuras, começamos por referir que a diferença mais imediata entre ambas reside na abrangência do objeto da transmissão operada por cada uma.

Enquanto que na cessão de créditos assistimos apenas a uma transmissão, pelo credor cedente para o terceiro cessionário, da sua posição creditícia, permanecendo o cedente como parte na relação contratual originária, na cessão da posição contratual verifica-se uma transferência global do complexo unitário de situações ativas e passivas do cedente para o cessionário, com a extinção subjetiva da relação contratual original entre o cedente e o cedido.

Este enquadramento clássico, segundo o qual a cessão de créditos será apenas uma transferência de uma simples parte da relação obrigacional complexa, tem vindo, no entanto, a ser questionado por alguns autores. Apoiando-se na doutrina geral sobre a complexidade das obrigações e no facto de,

na falta de convenção em contrário, a cessão de créditos importar também a transmissão das garantias e outros acessórios do direito transmitido que não sejam inseparáveis da pessoa do cedente (artigo 582.º, n.º 1, do Código Civil), têm estes autores defendido que a diferença entre estas figuras deverá aparecer «*mais como uma diferença de grau relativamente ao conteúdo da posição contratual transmitida, que ocorre em ambos os casos, do que propriamente uma diferença de objeto*» (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op. cit.*, páginas 314, 584 e 585).

Acessórios do crédito

Ora, a figura dos «acessórios do crédito» é absolutamente essencial, não apenas para compreender a perspetiva desta corrente doutrinária, mas também, e principalmente, para compreender a figura da cessão de créditos e o seu objeto.

Como acessórios do crédito temos, desde logo, as garantias associadas ao crédito transmitido. Embora se entenda pacificamente que a fiança, a consignação de rendimentos, o penhor e a hipoteca se transmitem para o cessionário com a cessão de créditos, dúvidas levantam-se no que toca à transmissão de garantias bancárias autónomas, do direito de retenção, da reserva de propriedade, da alienação fiduciária em garantia e à garantia prestada pelo cedente relativamente à existência e exigibilidade do crédito a terceiro por parte do cessionário (para uma análise da transmissibilidade destas e outras garantias e confronto entre posições doutrinárias, cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op. cit.*, página 325 e seguintes, para uma análise concreta da questão relativa à transmissão automática das garantias bancárias, cfr. PINTO, José Costa, «A (eventual) transmissão automática da garantia bancária em caso de cessão do crédito garantido», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 25, 2010, página 34 e seguintes).

Foquemo-nos, no entanto, nos «outros acessórios». Saber exatamente o que se considera abrangido nesta expressão não é tarefa fácil, tendo o tema sido já objeto de cuidada análise na doutrina (cfr., entre outros, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op. cit.*, pág. 324 e ss. PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão da Posição Contratual*, 1970, Atlântida Editora, SARL, páginas 161 e seguintes e 225 e seguintes e VASCONCELOS, Luís Miguel D. P. Pestana de, «Dos Contratos de Cessão Financeira (Factoring)», *Stvdia Ivridica*, 43, 1999, Coimbra Editora, páginas 301 e seguintes).

A este respeito, tem-se considerado, de forma relativamente pacífica, que, entre os outros acessórios do crédito que não sejam inseparáveis da pessoa do cedente, se incluem os seguintes:

- (i) Juros vincendos e juros vencidos, sendo que estes últimos apenas se transmitem quando assim expressamente se estipule;
- (ii) *Commodum* de representação;
- (iii) Compromisso arbitral;
- (iv) Cláusulas penais, incluindo cláusulas penais moratórias, sendo que, caso a mora se tenha verificado antes da transmissão do crédito, a sua transferência apenas ocorrerá quando assim se estipule expressamente;
- (v) Direitos potestativos conexos com o crédito, tais como a faculdade de interpelação (art. 805.º, n.º 1, do Código Civil), o direito de determinação da prestação nas obrigações genéricas e alternativas, a possibilidade de fixar ao devedor um prazo suplementar para conversão da mora em incumprimento definitivo (artigo 808.º do Código Civil) e o direito à reparação dos defeitos ou à substituição da coisa, excluindo-se os direitos que estão ligados à própria relação contratual onde o crédito se insere, como o direito de anulação, resolução ou redução do contrato; e
- (vi) Deveres secundários inerentes à qualidade de credor, tais como, no caso de a obrigação ser cumprida, os deveres de prestar ao devedor a correspondente quitação (artigo 787.º do Código Civil) ou de restituir o título (artigo 788.º do Código Civil), bem como o dever de indemnizar o devedor por despesas que este suporte em virtude de uma situação de mora do credor (artigos 813.º e 816.º do Código Civil), ou outros deveres específicos como o dever de restituir a coisa locada no termo do contrato ou o de efetuar a verificação da obra, no caso de aquisição do direito pessoal de gozo sobre coisa locada ou da realização de uma empreitada, respetivamente (artigos 1038.º, alínea i), e 1218.º, ambos do Código Civil).

Um dos pontos que mais discussão tem originado na doutrina respeita à transmissão dos deveres acessórios de conduta. Embora não respeitando diretamente à realização da prestação principal, estes deveres relevam ao nível do regular desenvolvimento da relação contratual, conforme os ditames da boa fé. Entre estes deveres encontram-se, por exemplo, os deveres de informação (sobre altera-

ções produzidas ao nível da estrutura acionista, alteração de sede, etc.), que nos contratos de concessão de crédito bancário se caracterizam por uma elevada abrangência.

Para parte da doutrina, designadamente para MOTA PINTO, o critério para a determinação da transmissão destes deveres acessórios consiste em saber se os mesmos estão objetivamente ligados à atividade do devedor em que a prestação consiste ou à atividade do credor para a sua recepção, sendo que apenas se transmitiria para o cessionário «a titularidade ativa dos deveres laterais que estão ao serviço do interesse em não sofrer um dano concomitantemente com a recepção da prestação ou em obter desta o rendimento esperado, segundo a boa fé». Considera ainda este autor que, por falta de consentimento da outra parte, não se transfere a titularidade passiva dos deveres laterais relacionados com a atividade do credor, dirigida a receber a prestação (cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota, *op. cit.*, páginas 267 e 268).

Contudo, esta tese é rejeitada por outros autores, designadamente MENEZES LEITÃO e PESTANA DE VASCONCELOS, para quem estes deveres acessórios, embora intimamente relacionados com o contrato, resultam diretamente do princípio da boa fé (artigo 762.º, n.º 2, do Código Civil), pelo que se devem considerar como onerando, a todo o momento, qualquer parte da relação obrigacional (cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op. cit.*, páginas 348 e 349, e VASCONCELOS, Luís Miguel D. P. Pestana de, *op. cit.*, páginas 309 e 310) e, por isso, como transmitidos para o cessionário.

Necessidade de consentimento

Outro dos aspetos em que ambas as figuras divergem marcadamente respeita à necessidade de consentimento do devedor cedido.

Ora, enquanto que, para a cessão de créditos não se exige o consentimento do devedor cedido (artigo 577.º, n.º 1, do Código Civil), para a cessão da posição contratual, este consentimento é exigido (artigo 424.º do Código Civil).

Note-se ainda que, na cessão da posição contratual, no que respeita à manutenção das garantias relativas às obrigações transmitidas, sustenta-se, na generalidade da doutrina e da jurisprudência, a aplicação analógica do regime previsto em sede de assunção de dívida (artigo 599.º, n.º 2, do Código Civil), que exige o acordo do terceiro para a transmissão da sua posição. Assim, embora as garantias prestadas pelo

cedente ou pelo cessionário sejam transmitidas com a cessão da posição contratual (salvo acordo em contrário, naturalmente), no que respeita às garantias prestadas por terceiro (fiança, penhor ou hipoteca sobre bens deste ou garantias bancárias) a regra será a sua extinção, salvo se o terceiro que prestou a garantia consentir na cessão da posição contratual (cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. II, 5.ª edição, 2007, Almedina, página 90). A aplicação analógica do regime da assunção de dívida é sustentada nos casos de cessão da posição contratual tanto do devedor como do credor (cfr., quanto a este último caso e a título de exemplo, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de maio de 2010, número de processo 878/07.3YYLSB-A.L1.S1)

A este respeito, duas breves notas.

Em primeiro lugar, embora não vislumbremos lacuna que justifique o recurso à aplicação analógica, caso se admita esta tese, entendemos que, quando estamos perante a cessão da posição contratual de credor, a opção pelo recurso à analogia com o regime da assunção de dívidas deveria ser objeto de maior e mais cuidada justificação do que aquele que atualmente procede na doutrina e na jurisprudência, de forma a afastar a aplicação daquele que seria o regime naturalmente mais próximo desta figura – a cessão de créditos, que dispensa esse consentimento do terceiro garante –, tanto mais nos casos em que a cessão da posição contratual do credor se reconduz, na prática, à cessão do crédito, por inexistência de outros deveres ou direitos relevantes.

De qualquer das formas, somos do entendimento de que o consentimento de terceiros garantes sempre será exigível, conclusão que nos parece resultar desde logo e diretamente do próprio artigo 424.º do Código Civil inexistindo, como tal, uma lacuna que justifique o recurso à aplicação analógica.

AQUISIÇÃO DE CRÉDITOS POR ENTIDADES NÃO FINANCEIRAS

Face à frequência e à importância económica que tem sido assumida por fundos de capital de risco e outras entidades não financeiras como compradores das carteiras de créditos, abordamos de seguida alguns dos temas que se têm suscitado quando a transmissão de créditos ou a cessão da posição contratual se efetue para uma entidade não financeira. Suscitaremos, assim, algumas preocupações regulatórias que deverão ser tidas em consideração, bem como o possível impacto que esta transmissão

tenha no caráter financeiro das garantias prestadas pelo mutuário ou pelo terceiro. Note-se, por fim, que as entidades não financeiras estão sujeitas a um regime fiscal diferente, tema que será referido no ponto seguinte.

Aspetos regulatórios

A transmissão de créditos ou a cessão de posição contratual em contratos de operações de crédito deverão estar sempre enquadradas no princípio da exclusividade que norteia a prática da atividade bancária e da concessão de crédito, princípio esse insito no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, tal como sucessivamente alterado, que aprova o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras («RGICSF»).

A cessão de créditos, originalmente detidos por uma entidade bancária, para um terceiro (seja este uma entidade financeira ou não) ocorre frequentemente em Portugal.

Ora, quando se pretenda transmitir a posição contratual num contrato assumida anteriormente por uma entidade financeira para um cessionário que seja uma entidade não financeira, poder-se-ão suscitar algumas questões. Neste plano, assume particular relevância o princípio acima referido, por essa posição contratual poder conter em si direitos e obrigações que a lei entenda exclusivamente reservados às entidades financeiras.

Na ausência de critérios específicos estabelecidos na lei e de posição oficial emitida pelo Banco de Portugal sobre a cessão da posição contratual a entidades não financeiras, a experiência tem demonstrado que, tendencialmente, a conformidade com a lei de uma cessão de posição contratual para uma entidade não autorizada poderá estar em causa sempre que a resposta a uma das seguintes questões seja positiva (e, *a contrario*, mais defensável quando não o seja):

- (i) existem montantes por desembolsar ou crédito não utilizado pelo mutuário?
- (ii) estamos perante um *performing loan*?
- (iii) a entidade não financeira desenvolve a atividade de aquisição de carteiras de crédito numa base profissional?

Não cabendo no escopo deste artigo a análise do conceito de «prática de atividade bancária numa base profissional» nem da bondade destes critérios, apenas podemos sublinhar a necessidade de obter

a confirmação prévia do Banco de Portugal da legalidade da transmissão projetada.

Esta confirmação assume particular relevância uma vez que a prática não autorizada de operações reservadas às instituições de crédito ou às sociedades financeiras, em violação dos requisitos constantes do RGICSF, poderá acarretar a aplicação de uma contraordenação pela prática de uma infração especialmente grave, punida com coima de € 10.000 a € 5.000.000 ou de € 4.000 a € 2.000.000, consoante se trate de pessoa coletiva ou singular, respetivamente (cfr. artigo 211.º, alínea *a*), do RGICSF). Tal como estabelecido no artigo 211.º-A desse regime, se o dobro do benefício económico exceder o limite máximo da coima aplicável, esse limite será elevado para o montante correspondente ao dobro do benefício económico obtido pelo agente. Acrescente-se, ainda, que, conjuntamente com esta coima, poderão ser aplicadas sanções acessórias, designadamente a apreensão e perda do objeto da infração, incluindo o produto económico daí resultante, o que poderá eventualmente resultar na própria invalidade do contrato de cessão (cfr. artigo 212.º, alínea *a*), do RGICSF).

Perda do carácter financeiro das garantias prestadas

Outro aspeto que deverá ser ponderado na estruturação de uma operação de compra de uma carteira de créditos é a (possível) perda do carácter financeiro de algumas das garantias já prestadas pelo mutuário ou por terceiros – e que se poderão transmitir, no caso de terceiros, com ou sem necessidade de consentimento, como vimos *supra*, consoante estejamos perante uma cessão do crédito ou da posição contratual –, e o impacto que esse facto possa originar. Frequentemente, o interesse económico e a viabilidade de uma transacção deste tipo assentam justamente nas garantias financeiras prestadas, recorrendo às particularidades oferecidas pelo regime previsto no Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de maio (o «Decreto-Lei n.º 105/2004»).

Com efeito, as garantias ditas financeiras possuem vantagens inegáveis face ao regime comum de garantias, como a consagração do direito de disposição a favor do beneficiário do penhor financeiro, ou a permissão do pacto comissório (ainda que, em rigor, a lei devesse falar não nessa figura mas em pacto marciano, uma vez que obriga à restituição da diferença entre o valor do objeto da garantia e o montante da dívida – cfr., por todos, ALVES, Hugo

Ramos, *Do Penhor*, 2010, Almedina, página 281). Outro traço distintivo e de extrema utilidade neste tipo de operações, dada a frequente debilidade económica em que os mutuários se encontram, prende-se com o regime excecional em situação de insolvência consagrado neste diploma face ao estabelecido no Código da Insolvência e Recuperação de Empresas («CIRE»). O Decreto-Lei n.º 105/2004 determina a validade dos contratos de garantia financeira celebrados mesmo nos períodos ditos «suspeitos» (cfr. artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 105/2004 e os artigos 120.º e 121.º do CIRE), em que imperam as presunções de invalidade que aqui são afastadas.

Pese embora a importância da aplicação deste regime, que será naturalmente benéfica para o cessionário, o carácter financeiro das garantias prestadas depende da presença de determinados elementos no contrato, salientando-se, entre eles, a natureza dos sujeitos do contrato de garantia.

De facto, o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 105/2004 consagra um elenco de entidades que se podem constituir como prestadoras ou beneficiárias de garantias financeiras e, cabendo o mutuário na categoria de «pessoas coletivas» referida na alínea *f*) desse artigo, como sucederá as mais das vezes, o beneficiário da garantia – isto é, o cessionário – deverá pertencer, de forma resumida, a uma das seguintes categorias: entidades públicas (alínea *a*)), Banco de Portugal ou outros bancos centrais ou internacionais (alínea *b*)), contraparte central, agente de liquidação ou câmara de compensação (alínea *d*) ou instituições sujeitas a supervisão prudencial, tipicamente instituições de crédito (alínea *c*)). Foi ao abrigo desta alínea *c*) que os bancos cedentes puderam ser beneficiários de garantias financeiras no âmbito dos contratos originais de financiamento.

Ora, quando o cessionário não seja uma entidade financeira e, tipicamente, não se possa enquadrar em nenhuma destas categorias, estaremos perante um facto que, a meio da vida do contrato, impede a verificação de um dos requisitos indicados pela lei como fundamentais para a qualificação de uma garantia como financeira.

Quid iuris?

Não sendo um tema abordado pela maioria dos autores que tenha estudado o penhor ou o regime das garantias financeiras, parece-nos que a razão estará com MARGARIDA COSTA ANDRADE que, não esquecendo o princípio da tipicidade dos direi-

tos reais, abre caminho para o recurso ao artigo 293.º do Código Civil, preconizando a conversão deste negócio num outro direito real de garantia (*maxime*, um penhor) sobre os instrumentos financeiros que estejam em causa, mas despojado já da sua natureza financeira e afastando-se da sujeição ao regime do Decreto-Lei n.º 105/2004, desde que estejam verificadas as regras aplicáveis em termos de formalidades para esse direito real de garantia (cfr. ANDRADE, Margarida Costa, «O penhor financeiro com Direito de Disposição de Valores Mobiliários», in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2010, ano 70, vol. I/IV).

IMPLICAÇÕES FISCAIS

Cessão de posição contratual vs. cessão de créditos

Como nota final, não poderia deixar de se sublinhar a importância de se determinar o possível impacto fiscal resultante da escolha de uma das estruturas em detrimento da outra.

Sem qualquer pretensão de aprofundar o tema – que não deixar umas breves linhas que identifiquem as principais questões que se suscitam –, diríamos que, tendencialmente, a opção entre a cessão da posição contratual ou a cessão de créditos deveria ser equivalente do ponto de vista de tributação em sede de IVA, já que ambas as operações estarão isentas deste imposto. No que respeita ao Imposto do Selo, este será devido desde que existam ainda montantes por desembolsar ou crédito não utilizado pelo mutuário, independentemente de a operação se concretizar via cessão de créditos ou cessão da posição contratual.

Atente-se, no entanto, que, pela própria estrutura da cessão de créditos e em nome da sua viabilidade prática, frequentemente se estabelece que o cessionário poderá instruir o cedente quanto à forma de exercício dos direitos que não foram transmitidos ao cessionário e que permaneceram com o cessionário.

Neste caso, deverão ser analisados os termos e condições em que tais instruções são conferidas, de forma a mitigar o risco de o cedente ser considerado um estabelecimento estável do cessionário, o que poderá acarretar consequências particularmente relevantes em matéria de tributação sobre o rendimento (naturalmente quando esteja em causa uma transmissão para uma entidade não residente).

Designadamente, e de forma a evitar essa qualificação, será importante configurar esta obrigação em

termos que permitam assegurar que o cedente continuará a exercer esses direitos em seu benefício, ao abrigo da posição contratual que ainda mantém e no quadro normal da sua atividade. O cedente deverá pois manter a sua independência jurídica (i.e., um certo grau de liberdade e de responsabilização pelos resultados da sua conduta perante o cessionário, ainda que possa estar sujeito a determinadas orientações que lhe sejam conferidas por este), bem como a sua independência económica, não devendo exclusiva ou quase exclusivamente atuar em benefício do cessionário, assumindo o risco do seu negócio, suportando os custos associados e sendo remunerado de forma adequada pela prestação deste serviço.

Como se compreenderá, este tema dificilmente se suscitará nas operações de cessão da posição contratual, já que nesta estrutura todos os direitos serão exercidos apenas pelo cessionário.

Transmissão de carteiras de créditos para entidades não financeiras

Se a escolha entre uma estrutura ou outra poderá ser relativamente irrelevante do ponto de vista fiscal, ressalvadas as considerações quanto à figura do estabelecimento estável, o mesmo já não se poderá dizer na transmissão de carteiras (seja via cessão da posição contratual ou de créditos) de entidades financeiras para entidades não financeiras.

Efetivamente, caso o cessionário seja uma entidade não financeira, os juros devidos pelo mutuário estarão agora sujeitos a retenção na fonte, às taxas que se reputem aplicáveis, seja pela aplicação da lei nacional ou ao abrigo de convenções para evitar a dupla tributação que estejam em vigor com o país da nacionalidade do cessionário.

Perante este cenário, assumirão particular relevância as cláusulas existentes nos contratos celebrado com o mutuário que permitam ou proíbam o *gross up*, estabelecendo que da transmissão da posição contratual ou dos créditos não poderão resultar custos acrescidos para o mutuário. Este tipo de cláusulas será frequente sobretudo em contratos com mutuários que possuem uma certa força negocial face às entidades financiadoras.

Por seu turno, os juros pagos pela mutuária, que se encontram sujeitos a Imposto do Selo, quando cobrados por uma entidade financeira, deixarão de estar sujeitos a este imposto, caso a transmissão seja efetuada para entidade não financeira.

FORMA MAIS ADEQUADA PARA AS OPERAÇÕES DE TRANSMISSÃO DE CARTEIRAS DE CRÉDITO POR INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Em jeito de conclusão, e retomando a distinção entre as figuras da cessão de créditos e da cessão da posição contratual que, de certa forma, acaba por servir de fio condutor para as questões que aqui trazemos, parece-nos que a escolha por uma das mesmas deverá ser feita com todo o cuidado e atenção às características do caso concreto, tendo em consideração os pontos acima referidos.

Na verdade, embora ao não exigir o consentimento do devedor – o que, numa operação de transmissão de uma carteira de créditos de considerável dimensão, se afigura como uma enorme vantagem face à cessão da posição contratual –, a cessão de créditos possa aparentar ser, desde logo, a solução preferida, parece-nos que o recurso à figura da cessão da posição contratual será, na maioria das vezes, a solução mais segura e adequada a este tipo de operações.

Isto mesmo se explica pelo facto de, num cenário como aquele que marca a grande maioria das operações de transmissão de carteiras de crédito nos nossos dias, um dos aspectos fundamentais ser precisamente a extinção subjetiva da relação contratual entre o cedente o devedor, com a liberação do cedente da relação contratual a que se encontrava ligado.

Com a extinção da relação contratual originária, apenas possível através da cessão da posição contratual, não apenas os bancos se libertam em absoluto destes créditos e das obrigações com os mes-

mos relacionados, como também o cessionário vê em seu poder a subsistência do contrato, evitando a sujeição a diversos riscos que a manutenção da relação originária poderia dar lugar, tais como a invocação, pelo devedor, de exceção de não cumprimento ou até a resolução do contrato com base em incumprimento por parte do cedente.

Isto é, a cessão da posição contratual, com a absoluta cessação da relação entre o cedente e o cedido, permite às instituições financeiras não apenas um reforço da sua solvabilidade como também uma libertação dos múltiplos deveres acessórios a este tipo de créditos, permitindo ao cessionário, por outro lado, evitar a exposição às consequências da manutenção da relação obrigacional originária.

A isto acresce ainda o facto de, na distinção entre estas duas figuras, a nossa doutrina e jurisprudência adoptarem a concepção tradicional, que tem como base o objeto de ambas as operações – transferência de uma simples parte da relação obrigacional, na cessão de créditos, vs. transferência do complexo dos direitos e obrigações advenientes do contrato-base, na cessão da posição contratual.

Apesar das vantagens inegáveis da cessão da posição contratual, deverão ser chamadas à colação as demais questões aplicáveis ao caso concreto, como sejam o tema da transmissão das garantias ou aspetos regulatórios que impeçam ou favoreçam uma determinada estrutura de transação, de forma a melhor acautelar os interesses em jogo.

VERÓNICA MARTINS MENDES E MARIA LUÍSA ELVAS*

* Abogadas del Área de Mercantil de Uría Menéndez- Proença de Carvalho (Lisboa).