

Cessão de Créditos - Algumas particularidades enquanto instrumento necessário em operações de titularização de créditos

António Gaio

Resumo

As operações de titularização de créditos assentam numa prévia ou concomitante cessão de créditos. Analisa-se no presente artigo a relevância que deve ser conferida à causa/realidade subjacente à cessão de créditos, enquanto veículo integrante de um processo mais vasto de titularização de créditos, procurando-se estabelecer as principais consequências que dessa análise podem advir em matéria de IRC e Imposto do Selo.

Abstract

Securitisation operations are based on a prior or simultaneous assignment of credits. This article analyses the importance that should be accorded to the cause/reality underlying the assignment of credits, whilst constituting a vehicle within a securitisation operation, and tries to establish the main consequences that from such analysis may arise from a Corporate Income Tax and Stamp Tax perspectives.

Introdução

A cessão de créditos assume hoje em Portugal uma importância acrescida, que lhe advém do facto de se constituir no meio instrumental necessário¹ para a realização de uma operação mais complexa, que o legislador nacional usou designar por titularização² de créditos.

O objectivo deste texto é o de alinhar algumas ideias sobre o instituto da cessão de créditos e as particularidades que este assume quando integrado em operações de titularização de créditos³,

¹ A sub-rogação, enquanto “*substituição do credor, na titularidade do direito a uma prestação fungível, pelo terceiro que cumpre em lugar do devedor ou que faculta a esse os meios necessários ao cumprimento*”, nos termos definidos por João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 5ª Edição, Livraria Almedina, Coimbra, pág. 334, pode, ainda que em condicionantes diferentes, fazer operar uma transferência de créditos que, pelo menos teoricamente, poderia, em nossa opinião, suportar uma operação de titularização. Veja-se que o instituto da sub-rogação está previsto e regulado no Capítulo IV (do Título III do Livro II do Código Civil) que trata da “Transmissão de Créditos e de Dívidas”. Na verdade, no dizer de João de Matos Antunes Varela, a “*cessão serve o interesse da circulação do crédito, enquanto a sub-rogação visa apenas compensar o sacrifício que o terceiro chamou a si com o cumprimento de obrigação alheia*”.

² Utilizaremos a expressão “titularização sujeita ao regime jurídico do DL” para nos referirmos às operações reguladas pelo Decreto-Lei n.º 453/99, de 5 de Novembro, e a palavra “titularização” para todas as outras operações com as mesmas características mas não abrangidas pela disciplina jurídica consagrada no referido Decreto-Lei.

³ A titularização de créditos nasce, entre nós, com a publicação do Decreto-Lei n.º 453/99, de 5 de Novembro, que estabeleceu “o regime jurídico das operações de transmissão de créditos com vista à subsequente emissão, pelas entidades

designadamente no que ao regime fiscal aplicável diz respeito, sem quaisquer preocupações ou pretensões de carácter académico ou doutro.

I) A Cessão de Créditos

No dizer do Prof. Antunes Varela, a cessão de créditos pode definir-se como “*o contrato pelo qual o credor transmite a terceiro, independentemente do consentimento do devedor, a totalidade ou uma parte do crédito*”⁴.

A cessão de créditos, em si mesma, não revela a sua causa ou fundamento jurídico⁵.

A seguir procuramos dar conta da razão de ser da existência deste instituto e destacar as suas características fundamentais.

A) Razão de ser

A cessão de créditos surge como resposta ao desenvolvimento do comércio jurídico, remontando as suas origens ao direito romano. De acordo com Luiz da Cunha Gonçalves, “*a cessão surgiu, entre as invenções jurídicas, como um meio de o credor embolsar o seu crédito antes do vencimento ou sem*

adquirentes, de valores mobiliários destinados ao financiamento das referidas operações” (cfr. primeiro parágrafo do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 453/99, de 5 de Novembro). Deixando de lado o aspecto relacionado com a questão da designação escolhida pelo legislador para este tipo de operação, a operação de titularização pode definir-se, no dizer de Paulo Câmara, como uma “*operação de desintermediação de segundo grau, envolvendo uma transmissão em massa de direitos de crédito aptos a gerar fluxos financeiros duradouros, tendo em vista virem estes a servir de garantia de valores mobiliários emitidos por entidades especialmente constituídas para o efeito*” vd. *A Operação de Titularização, Titularização de Créditos*, Coleção de Colóquios do Instituto de Direito Bancário 4, Instituto de Direito Bancário, Lisboa, pág. 19.

De forma mais simples (que não simplista), Barry Ditcher, responde à questão “o que é a securitização” da seguinte forma: “*Securitizations, also known as structured financings, raise money for an owner of financial assets by converting those assets into securities. “Financial assets” are assets that represent payment obligations of third parties*”, vd. *Securitisation in the United States: why and how?*, Titularização de Créditos, Coleção de Colóquios do Instituto de Direito Bancário 4, Instituto de Direito Bancário, Lisboa, pág. 78.

Ver, ainda, quanto à génese da securitização nos Estados Unidos da América, Steven L. Schwarcz, *Structured Finance – A Guide to the principles of Asset Securitization, Second Edition, Practising Law Institute*, págs. 3 e 4.

⁴ João de Matos Antunes Varela, *op. cit.*, pág. 293.

⁵ *Vd.*, a este respeito, Adriano Paes da Silva Vaz Serra, Estudos, Boletim do Ministério da Justiça, Número Especial – 1955, p. 9 “*Se alguém cede o seu crédito a outrem, normalmente haverá uma causa, como se o cedente cede, porque vende o crédito, ou porque o dá em cumprimento (cessio in solutum) ou em função do cumprimento (cessio solvendi causa) ou faz uma doação (cessio donandi causa) ou quer obter a cobrança do crédito ou constituir uma garantia (cessão fiduciária) ou ainda constituir uma relação obrigacional (cessio credendi causa)*” e, ainda, o parágrafo final da nota de pé de página n.º 1, p. 7, “*Reconhece-se modernamente que o crédito é um bem susceptível de tráfico e que, por isso, pode transferir-se mediante cessão, para o património do cessionário: tal é a concepção de todas as grandes novas codificações (francesa, suíça, italiana, etc.) e a do direito anglo-americano (assignment of choses in action)*”. As cessões de crédito de que aqui tratamos fundam-se numa relação causal de venda do crédito e testemunham a “tradicabilidade” dos créditos.

oferecer as despesas dum possível litígio; ao mesmo tempo que oferece ao cessionário vantagens materiais, quando o crédito cedido seja uma boa colocação de capital e, porventura, vantagens morais, quando se pretende eliminar um concorrente, ou livrar o devedor de um mau credor⁶”.

B) Regime legal - características

O regime jurídico da cessão de créditos está previsto nos arts. 577.º a 588.º do Código Civil (“C. Civ.”) podendo as suas características fundamentais sintetizar-se como segue:

- Transmissão de créditos;
- Não dependência de consentimento do devedor do(s) crédito(s) cedido(s);
- Definição dos efeitos em função do negócio jurídico que lhe serve de base;
- Subordinação às regras próprias do contrato que lhe serve de base (variáveis, como é sabido, por exemplo nos casos de doação ou compra e venda⁷);
- Admissibilidade de cedência de todos os tipos de créditos, salvo imperativo legal ou convenção das partes;
- Notificação ou aceitação do devedor como condição de produção de efeitos quanto a este⁸; e
- Transmissão de garantias e acessórios⁹ do direito transmitido, salvo convenção em contrário ou quando inseparáveis do cedente.

A nota mais importante da cessão de créditos será, porventura, a sua adaptabilidade. Não deixa de ser interessante verificar que, com as características sumariamente indicadas, este instituto tenha vindo a granjear uma importância crescente renovando-a no passado mais próximo, primeiro com o *factoring*¹⁰ e, mais recentemente, com a titularização de créditos.

C) A cessão de créditos integrada em operações de titularização sujeitas ao regime jurídico do Decreto-Lei 453/99, de 5 de Novembro

⁶ *Vd.* Luiz da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, pág. 72. Para uma perspectiva do enquadramento histórico do instituto, ver ainda Luís Miguel D. P. Pestana de Vasconcelos, *Dos Contratos de Cessão Financeira (Factoring)*, *Studia Iuridica* 43, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, págs. 277 e ss.

⁷ Será com certeza a compra e venda a forma mais utilizada para as cessões de crédito em geral e, em particular, para as cessões de crédito efectuadas no âmbito de operações de titularização sujeitas ao regime jurídico do DL.

⁸ Quanto aos efeitos *inter partes*, estes produzem-se no momento da formalização do negócio que dá origem à cessão de créditos. Neste sentido, João de Matos Antunes Varela, *op. cit.*, págs. 311 a 313.

⁹ Exemplo de direito acessório será o do direito aos juros futuros, *vd.* Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Volume I, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Limitada, pág. 598.

¹⁰ Na verdade, a distinção de certos tipos de *factoring* de certos tipos de operações de titularização poderá, enquanto operação financeira, ser dificultada. Parece-nos que a decisiva diferença há-de residir, nos casos de transferência de risco – (*factoring* sem recurso) para o *factor*, nas operações de *factoring*, e (*true sale*) para o *special purpose vehicle* (“SPV”), nos casos de operações de titularização, - na entidade ou entidades que, em última instância correm o risco de incumprimento no pagamento dos créditos cedidos. No primeiro caso o *factor*, no segundo os titulares dos valores mobiliários emitidos pelo SPV.

O legislador Português optou, ao elaborar o regime jurídico da titularização de créditos, por consagrar algumas particularidades ao regime da cessão de créditos quando integrada naquele tipo de operações. De um modo geral pode considerar-se que estas particularidades radicam na necessidade de protecção dos investidores nos valores mobiliários resultantes das referidas operações.

Assim, nos termos do n.º 1 do art. 4.º do Decreto-Lei 453/99, de 5 de Novembro (a seguir abreviadamente designado por “DL”¹¹) só podem ser objecto de cessão de créditos aqueles relativamente aos quais se verifiquem cumulativamente os seguintes requisitos: (i) ausência de restrições legais ou convencionais à sua transmissibilidade¹²; (ii) serem de natureza pecuniária; (iii) não se encontrarem sujeitos a condição; (iv) não se encontrarem vencidos; e, (v) não serem litigiosos e não se encontrarem dados em garantia nem judicialmente penhorados ou apreendidos¹³. Admite ainda o DL, embora com restrições ao regime geral, a cessão de créditos futuros¹⁴ “*desde que emergentes de relações jurídicas constituídas*¹⁵ e de montante conhecido ou estimável”.

Quanto aos efeitos da cessão de créditos para titularização em relação ao devedor, ficam estes dependentes de notificação¹⁶. Só assim não será quando a entidade cedente seja instituição de crédito, sociedade financeira, empresa de seguros, fundo de pensões, ou sociedade gestora de fundos de pensões em que os respectivos efeitos se verificam no momento em que a cessão se tornar eficaz entre o cedente e o cessionário, independentemente do conhecimento, aceitação ou notificação dos devedores.

D) A cessão de créditos integrada em operações de titularização

¹¹ Alterado pelo Decreto-Lei n.º 82/2002, de 5 de Abril. Salvo onde expressamente indicado neste texto, a expressão “DL” abrange as alterações nele introduzidas por aquele Decreto-Lei.

¹² Não se percebe bem o alcance da referência expressa a esta restrição, visto que a mesma é característica do regime jurídico geral aplicável às cessões de crédito (cfr. art. 477.º, n.º 1 do Código Civil). Terá o legislador entendido “*quod abundant non nocet*”...

¹³ Restrição, na nossa opinião, amplamente justificada em virtude carácter aleatório do negócio, *vd.* Pires de Lima e Antunes Varela, *op.cit.*, pág. 596.

¹⁴ A este respeito *vd.* Diogo Leite de Campos e Manuel Monteiro, *Titularização de Créditos, Anotações ao Decreto-Lei n.º 453/99, de 5 de Novembro, Almedina.*

¹⁵ São, desta forma, insusceptíveis de cessão os créditos futuros que não assentem em relações constituídas à data do contrato de cessão. Isto é, todos os créditos que resultem de relações contratuais não constituídas no momento em que a cessão é efectuada (*vd.* João de Matos Antunes Varela, *op. cit.*, pág. 315). *Vd.*, ainda, o ponto II) C) *infra*.

¹⁶ *Vd.* art. 6.º do DL. São aqui introduzidas diferenças quanto ao regime geral da cessão de créditos previsto no Código Civil. De facto, a eficácia da cessão quanto ao devedor fica dependente de notificação - o que parece constituir uma limitação ao regime geral que admite, ainda, a eficácia em caso de aceitação do devedor independentemente de notificação (cfr. art. 583.º n.º 1 do Código Civil).

Por outro lado, dispensa-se a notificação nos termos *supra* referidos, o que constitui uma flexibilização do regime justificada, de acordo com Diogo Leite de Campos e Manuel Monteiro pelo facto de “*se tratar, em regra, de cedência de créditos em massa, em que a notificação poderia envolver demoras e encargos*” e, “*talvez sobretudo, por a generalidade dos cedentes previstos neste número [n.º 4 do art. 6.º do DL] manter necessariamente a gestão dos créditos. Pelo que, perante o devedor, o credor aparente será o cedente, sem que isto lhe cause transtornos*”, *vd. op. cit.*, pág. 30.

A cessão de créditos efectuada fora do âmbito do DL, integrada no âmbito de operações de titularização, fica muitas vezes sujeita a regulação por lei estrangeira. Este facto é compreensível tendo em conta que muitas vezes os cessionários são usualmente entidades não residentes e, o mais das vezes, sobejamente experimentadas em operações de titularização¹⁷. De salientar, nesta sede, que a escolha de lei efectuada ao abrigo da Convenção Sobre a Lei Aplicável Às Obrigações Contratuais, de 19 de Junho de 1980 (Convenção de Roma¹⁸), encerra uma importante limitação em matéria de cessão de créditos. De facto, sendo embora permitida a escolha de lei que regula as obrigações entre cedente e cessionário nos termos e condições gerais da Convenção, a lei que regula os créditos cedidos determina “*a natureza cedível deste, as relações entre o cessionário e o devedor, as condições de oponibilidade da cessão ao devedor e a natureza liberatória da prestação feita pelo devedor*” (cfr. art. 12.º, n.º 2 da Convenção de Roma).

II) Regime fiscal¹⁹

Atento o exposto, cabe agora verificar os principais aspectos do regime fiscal aplicável às operações de titularização sujeitas ao regime jurídico do DL, por um lado, e titularização, por outro.

A. Regime fiscal²⁰ aplicável às operações de titularização sujeitas ao regime jurídico do DL

O regime fiscal das operações de titularização sujeitas ao regime jurídico do DL consta do Decreto-Lei n.º 219/2001, de 4 de Agosto²¹.

¹⁷ Esta experiência leva as entidades cessionárias a impor ao cedente instrumentos jurídicos conhecidos e testados em operações já realizadas. É bastante usual a escolha da lei Inglesa para este tipo de operações.

¹⁸ Aprovada para ratificação através da Resolução da Assembleia da República n.º 3/94, de 4 de Novembro de 1993, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 1/94, de 3 de Fevereiro, ambos publicados no Diário da República, I Série-A, n.º 28, de 3 de Fevereiro de 1994.

¹⁹ Não nos ocupamos, de forma propositada, do regime de tributação em sede de Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA). Todavia, regista-se a importância do disposto no art. 5.º do Decreto-Lei n.º 219/2001, de 4 de Agosto, que isenta de IVA (i) as operações de administração e gestão dos Fundos de Titularização de Créditos, (ii) as prestações de serviço de gestão levadas a cabo no quadro do art. 5.º do DL – que prevê a celebração de contrato de “gestão de créditos” sempre que o cedente seja instituição de crédito, sociedade financeira, empresa de seguros, fundo de pensões ou sociedade gestora de fundos de pensões –, e (iii) as operações dos depositários previstas no art. 24.º do DL. Igualmente importante é o facto de o cessionário poder, verificadas certas circunstâncias, regularizar o IVA respeitante aos créditos cujos risco assumiu.

²⁰ De acordo com Steven L. Schwarz, existem três aspectos centrais, do ponto de vista fiscal, na estruturação de transacções financeiras: (i) o reconhecimento de ganhos ou perdas ao nível do originador pela transferência dos recebíveis; (ii) o grau de tributação do SPV (enquanto emitente das “securities”); e (iii) o tratamento fiscal dos investidores nessas mesmas “securities” (vd. *op. cit.* págs. 45 e ss.).

²¹ Vd. quanto aos antecedentes legislativos deste Decreto-Lei, Manuela Duro Teixeira, *Securitização de Créditos – Questões Fiscais*, Fisco, n.º 99/100, Outubro 2001, Ano XII, págs. 100 e 101.

Este Decreto-Lei concretizou a autorização legislativa que foi conferida ao Governo pela Lei 30-G/2000, de 29 de Dezembro, no seu art. 9.º. Nos termos desta autorização legislativa, ficou “o Governo autorizado, no prazo de seis meses, a estabelecer o regime fiscal das operações de titularização de créditos a realizar no âmbito do Decreto-Lei n.º 453/99, de 5 de Novembro, no sentido da neutralidade fiscal, nomeadamente conjugando a tributação do veículo de titularização e dos respectivos sujeitos passivos investidores com a tributação que resultaria do investimento directo.”

Antes porém de proceder à descrição dos aspectos fundamentais do regime fiscal das operações de titularização sujeitas ao regime jurídico do DL, não pode deixar de referir-se que houve necessidade de estabelecer um regime especial para este tipo de operações porque, das regras gerais em vigor, não resultaria, na perspectiva do legislador, que fosse este o regime fiscal concretamente aplicável. Se assim não fosse, o Decreto-Lei n.º 219/2001, de 4 de Agosto seria redundante.

Porém, não nos parece que, pelo menos algumas das particularidades do referido regime, não resultassem já da legislação em vigor.

1) Entidades cedentes

As entidades cedentes²² ficam, em termos gerais, sujeitas a um regime fiscal em matéria de IRC assente na relevância da diferença entre o valor da cessão e o valor contabilístico dos créditos cedidos (englobamento para efeitos de tributação) da seguinte forma: (i) sendo positiva a diferença, regista-se como proveito no exercício da cessão; e (ii) sendo negativa a diferença, regista-se como custo no exercício da cessão.

Porém, nesta última hipótese, caso a entidade cedente adquira qualquer interesse²³ (*sic*) nos proveitos da entidade cessionária, o custo deverá ser diferido, em fracções iguais, nos exercícios até à data do vencimento.

Importante aspecto, do ponto de vista da captação de negócios das entidades cessionárias é a consagração de isenção de tributação dos rendimentos por parte de entidades cedentes não residentes

²² Nos termos do art. 2.º, n.º 1 do DL, podem ceder créditos para efeitos de titularização “o Estado e demais pessoas colectivas públicas, as instituições de crédito, as sociedades financeiras, as empresas de seguros, os fundos de pensões, as sociedades gestoras de fundos de pensões bem como outras pessoas colectivas cujas contas dos três últimos exercícios tenham sido objecto de certificação legal por auditor registado na Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM).”

²³ A definição do que seja “interesse” deverá, em nosso entender, ser analisada em face da verificação de uma cedência efectiva dos activos, isto é, uma cessão de créditos com integral transferência dos riscos a estes associados. O critério poderá buscar-se no Aviso do Banco de Portugal n.º 10/2001, de 20 de Novembro (cfr. número 3.º, n.º 2 do mencionado Aviso) – aplicável, como é bom de ver, apenas a instituições de crédito e sociedades financeiras. Seria da maior conveniência que para entidades cedentes sujeitas à supervisão do Instituto de Seguros de Portugal (empresas de seguros, fundos de pensões e sociedades gestoras de fundos de pensões) e para as restantes entidades referidas na nota anterior fosse estabelecido idêntico critério. A esta questão voltaremos mais à frente (*vd.* II B. 1 § *infra*).

em território português e sem estabelecimento estável neste território ao qual os rendimentos sejam imputáveis, excepto nos casos em que a entidade não residente seja uma pessoa colectiva detida directa ou indirectamente em mais de 25% por entidades residentes em território português ou por quaisquer entidades residentes em Estado ou território constante de lista aprovada por Portaria do Ministro das Finanças²⁴.

Por último, refira-se que não existe obrigação de efectuar retenção na fonte de IRC relativamente aos rendimentos derivados da cessão de créditos. Ou seja, a entidade cedente ao ceder os créditos, e no caso de os ceder por valor superior ao seu respectivo valor contabilístico, não está obrigada a efectuar a retenção na fonte de IRC. Esta disposição ganhou importância acrescida com a alteração efectuada ao DL, pelo Decreto-Lei n.º 82/2002, de 5 de Abril. De facto, até então, as Sociedades de Titularização de Créditos eram expressamente qualificadas como sociedades financeiras (cfr. ex-art. 39.º do DL)²⁵. E, nessa medida, as regras gerais previstas sempre dispensariam a retenção na fonte quando a entidade cessionária fosse uma Sociedade de Titularização de Créditos.

Efectivamente, no caso em que os rendimentos de cessões de crédito eram qualificáveis como rendimentos de capitais²⁶, (cfr. art. 5.º n.º 9 do Código do IRS), a dispensa de retenção na fonte de IRC, quando este revestisse a natureza de imposto por conta já estava genericamente considerada quanto a instituições financeiras, nos termos do disposto na al. a) do n.º 1 do art. 90.º do Código do IRC.

2) Entidades cessionárias

²⁴ *Vd.* Portaria n.º 1272/2001, de 9 de Novembro. Esta Portaria lista os países, territórios e regiões com regimes de tributação privilegiada, claramente mais favoráveis.

²⁵ Não deixa de ser curiosa a “desqualificação” das STCs como sociedades financeiras, para depois sujeitar estas entidades aos requisitos de supervisão tão restritos por parte da CMVM. É esta entidade que procede à verificação da adequação dos fundos próprios ao contrário do que acontece relativamente a todas as sociedades financeiras (cfr. art. 99.º do Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro – Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras –, aplicável por expressa remissão do art. 196.º do mesmo diploma legal). Parece-nos, de um ponto de vista sistemático, que esta opção quadra mal com a manutenção daquela qualidade por parte das Sociedades Gestoras de Fundos de Titularização de Créditos (cfr. n.º 1 do art. 17.º do DL). Recorde-se que a qualificação como sociedade financeira é comum às sociedades gestoras de fundos de investimento (cfr. al. d) do n.º 1 do art. 6.º do Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro).

²⁶ Quanto à qualificação do rendimento das operações de cessão de créditos como rendimentos de capital, *vd.* Manuela Duro Teixeira, *op. cit.*, págs. 103 e ss.. Pese embora o facto de a qualificação do rendimento da cessão, como rendimento de capitais, só agora ter ficado expressa com a introdução do n.º 9 do art. 5.º do Código do IRS, pela Lei n.º 109-B/2001, de 27 de Dezembro (Orçamento do Estado para 2002), parece-nos que a conclusão retirada pela Autora, no que se refere à limitação da qualificação deste tipo de rendimentos aos que derivem de cessões de crédito temporárias já então seria válida. Aliás, a própria redacção do referido preceito aponta claramente nesse sentido ao restringir-se a: “(...) cessões de crédito referidas na alínea a) do n.º 2 (...)”, assim parecendo querer diferenciar as cessões de crédito que incorporem o conceito de rendimentos de capital – temporárias – de outras que não se incluam no conceito genérico previsto no n.º 1 do art. 5.º do Código do IRS e, em particular, na al. a) do n.º 2 do mesmo artigo. A esta matéria regressamos no ponto II) B. 2) *infra*.

As entidades cessionárias²⁷, por sua vez, ficam sujeitas ao regime geral de tributação previsto no Código do IRC para as entidades que exerçam, a título principal, uma actividade de natureza comercial, industrial ou agrícola.

A diferença positiva entre o valor da cessão e o valor nominal dos créditos é considerada custo da entidade cessionária nos exercícios compreendidos entre a data de aquisição dos créditos²⁸, ou do primeiro vencimento de juros, para créditos futuros²⁹, até à data do último reembolso, proporcionalmente aos juros vencidos e vincendos em cada um daqueles exercícios.

Quanto à retenção na fonte, também aqui se consagra uma dispensa da sua obrigatoriedade. Mantém-se *mutatis mutandis* as considerações acima feitas quanto a esta matéria.

3) Unidades de titularização e créditos e obrigações titularizadas

Os rendimentos e transmissão de unidades de titularização de créditos e de obrigações titularizadas estão sujeitos ao regime fiscal aplicável às obrigações.

Os rendimentos de unidades de titularização de créditos, incluindo os derivados da sua transmissão onerosa, estão isentos de imposto quando obtidos por não residentes em território português sem estabelecimento estável situado neste território ao qual aqueles rendimentos sejam imputáveis, excepto nos casos em que a entidade não residente seja uma pessoa colectiva detida directa ou indirectamente em mais de 25% por entidades residentes em território português ou por quaisquer entidades residentes em Estado ou território constante de lista aprovada por Portaria do Ministro das Finanças.

Parece-nos desnecessária a consagração expressa da isenção de rendimentos derivados da transmissão onerosa daqueles valores mobiliários, tendo em conta a isenção geral consagrada no art. 26.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais.

4) Imposto do Selo

Estabelece-se também em matéria de Imposto do Selo um conjunto de isenções que assumem relevância no quadro das operações de titularização sujeitas ao regime jurídico do DL (cfr. art. 6.º do Decreto-Lei n.º 219/2001, de 4 de Agosto). Ficam isentos daquele imposto:

- a) As cessões de créditos, incluindo eventuais retrocessões de créditos cedidos;

²⁷ Nos termos do art. 3.º do DL, só podem adquirir créditos para titularização: “a) *Os fundos de titularização de créditos; b) As sociedades de titularização de créditos.*”

²⁸ A redacção do n.º 2 do art. 3.º do DL é gramaticalmente incorrecta. Parte-se da consideração de créditos (plural) para, depois, se referir a aquisição do crédito (singular).

²⁹ *Vd. nota 15 supra.*

- b) Os juros cobrados e a utilização de crédito concedido por instituições de crédito e sociedades financeiras aos fundos de titularização de créditos e às sociedades de titularização de créditos;
- e
- c) As comissões e contraprestações cobradas às entidades cessionárias que se enquadrem no art. 5.º do DL³⁰ e as operações dos depositários a que se refere o art. 24.º do mesmo DL.

Quanto à isenção dos juros cobrados e a utilização de crédito referida em b) *supra*, parece-nos que esta reveste particular importância no quadro destas operações de titularização.

Antes da alteração ao DL, pelo Decreto-Lei n.º 82/2002, de 5 de Abril, e dada a “desqualificação” das STCs como sociedades financeiras que este último promoveu, em nossa opinião, esta isenção apenas era determinante em: (i) todas as operações de titularização em que o beneficiário do crédito fosse um Fundo de Titularização de Créditos (“FTC”); e (ii) todas as operações de titularização, no âmbito das quais as cessões de créditos subjacentes tivessem carácter definitivo.

De facto:

- Nas operações de titularização em que o beneficiário do crédito fosse um FTC, sempre os juros cobrados e a utilização de crédito concedido por instituições de crédito e sociedades financeiras estariam sujeitos a Imposto do Selo (cfr. respectivamente, pontos 17.2.1 e 17.1 da Tabela Geral do Imposto do Selo);
- Nas operações de titularização em que o beneficiário do crédito fosse uma Sociedade de Titularização de Créditos (“STC”), atenta a qualidade de sociedade financeira que o DL expressamente lhe conferia, e nas quais as cessões de créditos subjacentes envolvessem financiamento às entidades cedentes – cessões de crédito não definitivas –, parecia-nos haver uma “sobreposição” de isenções, já que esta situação estaria já abrangida pelo disposto no art. 6.º n.º 1 al. e) e n.º 2 do Código do Imposto do Selo (CIS)³¹. A “desqualificação” das STCs

³⁰ Pretendem-se abranger aqui as comissões cobradas em conexão com a prática pelas entidades cedentes de todos os actos que se revelem adequados à boa gestão dos créditos e, se for o caso, das respectivas garantias, a assegurar os serviços de cobrança, os serviços administrativos relativos aos créditos, todas as relações com os respectivos devedores e os actos conservatórios relativos às garantias, caso existam.

³¹ Estabelece a referida al. e) do n.º 1 do art. 6.º do CIS, que ficam isentos do imposto “*Os juros cobrados e a utilização de crédito concedido por instituições de crédito e sociedades financeiras a instituições, sociedades ou entidades cuja forma e objecto preencham os tipos de instituições de crédito e sociedades financeiras previstas na legislação comunitária, umas e outras domiciliadas nos Estados Membros da União Europeia, ou em qualquer Estado, com excepção das domiciliadas em territórios com regime fiscal privilegiado a definir por portaria do Ministro das Finanças*”. Acrescenta o n.º 2 do mesmo artigo que esta isenção apenas se aplica “*às operações financeiras directamente destinadas à concessão de crédito, no âmbito da actividade exercida pelas instituições e entidades referidas naquelas alíneas.*”

Ora, antes da alteração ao DL (levada a cabo pelo Decreto-Lei n.º 82/2002, de 5 de Abril) nas operações de titularização que tivessem subjacentes cessões de créditos envolvendo financiamento às entidades cedentes, as STCs obtinham os fundos necessários para directamente os afectar à concessão de crédito – efectuado através da operação de cessão de créditos.

Parecia-nos, assim, irrelevante a qualidade (financeira ou não) da entidade cedente no âmbito desta isenção. Em sentido contrário, Manuela Duro Teixeira, *op. cit.*, pág. 108.

como sociedades financeiras, acima referida, tornou determinante esta isenção para estas situações. O mesmo se diga, pelas mesmas razões, relativamente às comissões cobradas pelo Depositário ao abrigo do art. 24.º do DL (cfr. parte final da alínea c) *supra*).

- Nas operações de titularização, em que o beneficiário fosse uma STC, mas nas quais as cessões de créditos subjacentes não envolvessem qualquer financiamento às entidades cedentes por configurarem cessões de crédito definitivas (*true sale*), não estaria cumprido o requisito de que depende a isenção prevista no art. 6.º n.º 2 do CIS. De facto, a STC não utiliza os fundos obtidos junto das instituições de crédito ou sociedades financeiras para, no âmbito da sua actividade, o afectar directamente à concessão de crédito, *in casu*, às entidades cedentes.

Assim, se a STC ou o FTC, enquanto entidades cessionárias, necessitarem de fundos para adquirir um conjunto de créditos a uma dada entidade cedente, beneficiarão sempre de isenção de Imposto do Selo os juros cobrados e a utilização do crédito quando devidos ou concedido, respectivamente, por instituições de crédito e sociedades financeiras.

B. Regime fiscal aplicável às operações de titularização³²

A consagração expressa de um regime fiscal específico para as operações de titularização sujeitas ao regime jurídico do DL acaba por relegar todas as operações não sujeitas à disciplina deste diploma legal, ainda que substancialmente equivalentes, para o regime previsto na legislação fiscal geral aplicável. É o que procuramos analisar de seguida.

1) Móbil das operações de titularização

As operações de titularização assentam em questões fundamentalmente associadas à tomada de risco e/ou regulamentares. A titularização permite “desviar” o risco de crédito da entidade cedente para outra entidade especialmente criada para esse efeito (*special purpose vehicle - SPV*), separando a fonte de pagamento do devedor³³. O SPV será, no âmbito da operação, estruturado de tal forma que o risco da sua própria falência seja muito reduzido (*bankruptcy remoteness*).

Ao ceder os créditos ao SPV – definitivamente – permite-se que estes activos sejam efectivamente retirados do património da entidade cedente e entrem no património do SPV, concentrando, desta forma, o risco do investidor nos activos que suportam a emissão dos valores mobiliários em que investem. O potencial investidor irá ter em conta o *cash flow* gerado pelos activos que suportam os valores mobiliários e não necessariamente o risco de crédito associado à entidade cedente.

³² *Vd. nota 2 supra.*

³³ *Vd. Steven L. Schwarz, op. cit, pág. 1.*

Por outro lado, também as instituições de crédito ou sociedades financeiras poderão, através deste tipo de operações, libertar fundos próprios através da transferência integral dos riscos associados aos activos objecto de cessão³⁴ (vd. a nota referente ao Aviso do Banco de Portugal 10/2001 a seguir).

A realização de operações de financiamento via titularização, enquanto via possível ou alternativa à emissão de dívida ou ao financiamento bancário directo, terá nos aspectos acima resumidamente indicados a sua razão de existir.

§ Aviso do Banco de Portugal 10/2001 (“Aviso”)³⁵

Parece-nos útil fazer aqui uma referência a este Aviso na perspectiva da importância que a efectiva transferência de risco associado aos activos objecto de cessão assume para efeitos regulatórios.

De facto, neste Aviso se regulamenta, para fins prudenciais, o enquadramento das operações de titularização de créditos³⁶, sempre tendo como pressuposto fundamental a não libertação, por via da realização daquelas operações, de fundos próprios das instituições de crédito ou sociedades financeiras sem a concomitante transferência integral de riscos.

A existência de cessão efectiva e completa depende, desta forma, do preenchimento das seguintes condições: (i) separação jurídica do património do cedente dos activos transferidos, confirmada por parecer jurídico, devidamente fundamentado, emitido por entidade idónea, experiente e independente e (ii) inexistência de qualquer controlo efectivo do cedente sobre os activos transferidos.

2) Cessão de créditos – relevância tributária em matéria de impostos sobre o rendimento

Do que não restarão, porventura, dúvidas é de que a operação de titularização sempre se consubstancia numa “antecipação de fundos”. Numa linguagem coloquial, poderá dizer-se que os activos cedidos se liquefazem na esfera das entidades cedentes antes da respectiva maturidade, por via da consumação da cessão de créditos.

Questão fundamental é saber se esta antecipação se poderá subsumir numa realidade sujeita a imposto, por integrar a previsão de uma qualquer norma de incidência tributária.

³⁴ Desde que para tanto sejam cumpridas as exigências estabelecidas no Aviso do Banco de Portugal n.º 10/2001, atrás referido (cfr. nota 23 e II B. 1 § *supra*).

³⁵ Não sendo esta a sede para desenvolver alguns aspectos fundamentais da regulamentação objecto do Aviso, não podemos deixar, pela importância que merecem, de fazer referência a dois pontos fundamentais: (i) a diferença entre o regime de contabilização das mais e menos valias previsto face ao regime fiscal previsto no Decreto-Lei n.º 219/2001, de 4 de Agosto, e (ii) o regime transitório relativo à libertação de fundos próprios que, até alteração a determinar pelo Banco de Portugal, impõe que as instituições cedentes devem adicionar ao total dos requisitos dos fundos próprios 25% dos fundos próprios libertados em cada operação de titularização.

³⁶ Repare-se que as operações de titularização abrangidas pelo presente Aviso não se circunscrevem àquelas sujeitas à disciplina do DL mas antes a todas as operações de titularização – veja-se a este respeito a Instrução n.º 29/2001 do Banco de Portugal (notificação de operações de titularização).

A resposta a esta questão terá, em matéria de impostos sobre o rendimento, de partir da análise da qualificação do rendimento associado às operações de cessão de crédito.

O art. 88.º n.º 1 al. c) do Código do IRC prevê a sujeição a retenção na fonte dos rendimentos de aplicação de capitais obtidos em território português, tal como definidos para efeitos de IRS, quando o seu devedor seja sujeito passivo de IRC.

Desta sorte, a qualificação do rendimento obtido através de uma operação de titularização como rendimento de capitais, tal como este último tipo de rendimentos é definido no Código do IRS, haverá de condicionar a sujeição, ou não, daquele rendimento a retenção na fonte.

A qualificação de rendimentos de capitais encontra-se prevista no art. 5.º do Código do IRS, que dispõe genericamente o seguinte:

“Artigo 5.º

Rendimentos da categoria E

1 – Consideram-se rendimentos de capitais os frutos e demais vantagens económicas, qualquer que seja a sua natureza ou denominação, sejam pecuniários ou em espécie, procedentes, directa ou indirectamente, de elementos patrimoniais, bens, direitos ou situações jurídicas, de natureza mobiliária, bem como da respectiva modificação, transmissão ou cessação, com excepção dos ganhos e outros rendimentos tributados noutras categorias.”

Por sua vez, o n.º 2 do mesmo artigo enumera, de forma não exaustiva, o que se deverá compreender por *“frutos e vantagens económicas”*, assumindo particular importância o disposto na al. a) deste número 2, que estabelece o seguinte:

“2 – Os frutos e vantagens económicas referidas no número anterior compreendem, designadamente:

a) Os juros e outras formas de remuneração decorrentes de contratos de mútuo, abertura de crédito, reporte e outros que proporcionem, a título oneroso, a disponibilidade temporária de dinheiro ou outras coisas fungíveis;”

Neste preceito estariam incluídas as cessões de crédito que se efectuam a título temporário e nas quais os créditos têm uma função garantística. Isto é, aquelas em que os créditos são cedidos como garantia de um financiamento mas o risco de incumprimento corre por conta do cedente que, em último recurso, sempre poderá vir a ter de devolver ao cessionário o montante correspondente ao financiamento.

Para esta interpretação parece apontar definitivamente o disposto no n.º 9 do art. 5.º do CIRS (aditado pela Lei n.º 109-B/2001, de 27 de Dezembro - Orçamento do Estado para 2002). Dispõe, este preceito, o seguinte:

“No caso de cessões de crédito previstas na alínea a) do n.º 2, o rendimento sujeito a imposto é constituído pela diferença positiva entre o valor da cessão e o valor nominal do crédito.”

Com a introdução deste preceito resulta de forma mais clara a existência de diferentes tipos de cessão de créditos: (i) as previstas na al. a) do n.º 2 (qualificando-se, desta forma, como rendimentos de capital os delas emergentes) e (ii) aquelas cujos rendimentos não se integram na previsão da referida na al. a) do n.º 2.

Parece o legislador fiscal ter querido clarificar, e bem, que à diferença de qualificação jurídica corresponderão distintas consequências ao nível do regime fiscal aplicável.

Na verdade, a contraprestação a pagar pelo cessionário numa cessão de créditos, em função da sua definitividade, poderá importar uma diferente qualificação jurídica. De tal modo que:

- As cessões previstas na al. a), do n.º 2 do art. 5.º do CIRS, pressupõem a existência de uma contraprestação cuja substância se aproxima de um empréstimo, “garantido” pelos créditos cedidos, mas por cuja restituição será sempre responsável, em última análise, o cedente – mormente no caso de incumprimento dos créditos cedidos;
- As cessões não incluídas naquele preceito pressupõem a existência de uma contraprestação cuja substância se aproxima do pagamento de um preço, dada a semelhança existente entre a cessão sem recurso (definitiva) e o contrato de compra e venda³⁷.

Só no primeiro caso *supra* referido existe uma “*disponibilidade temporária de dinheiro*”, sendo essa a condição necessária para a qualificação da diferença entre a contraprestação e o valor nominal dos créditos como rendimento de capital.

Nos casos de cessões de créditos em que não se verifique essa “*disponibilidade temporária de dinheiro*”, a contraprestação corresponde efectivamente ao pagamento de um preço de aquisição de um activo – consubstanciado num conjunto homogéneo de direitos de crédito.

Este tipo de cessões de crédito (temporárias) não constitui decerto a regra das cessões de crédito integradas nas operações de titularização, desde logo porque aquele tipo de cessão não resolve cabalmente as questões do risco de crédito (na óptica das entidades cessionárias) ou regulamentares (na óptica das entidades cedentes) que, como acima se explicitou, estão muitas vezes na base da decisão de efectuar estas operações.

³⁷ Neste sentido, Manuela Duro Teixeira, *Securitização de Créditos – Questões Fiscais, Fisco, n.º 99/100, Outubro 2001, Ano XII, p. 105.*

No quadro de uma cessão de créditos a que as partes confirmam carácter definitivo, tudo se passa como numa normal venda de activos (em lugar de um título de crédito ou outro activo, vende-se um conjunto de direitos de crédito)³⁸.

3) Cessão de créditos – Imposto do Selo

Em matéria de Imposto do Selo, são válidas as considerações manifestadas no ponto A4) *supra*. De facto, a análise fundamental reside nas características da cessão de créditos subjacente à operação de titularização:

- Se a cessão de créditos integrada na operação de titularização não corresponder a uma venda definitiva de créditos, envolvendo financiamento, cai a utilização do crédito na norma de incidência prevista no ponto 17.1 e os juros dele decorrentes na norma de incidência prevista no ponto 17.2.1;
- Se, por outro lado, a cessão de créditos integrada na operação de titularização corresponder a uma venda definitiva de créditos (*true sale*), não envolvendo em si mesma por definição qualquer financiamento, não haverá qualquer sujeição a Imposto do Selo.

Estando perante operações a que não se aplica o regime fiscal previsto no Decreto-Lei n.º 219/2001, de 4 de Agosto, as isenções de Imposto do Selo acima referidas nas als. b) e c) do ponto A4) do presente texto, não são aplicáveis a estas operações de titularização (não sujeitas à disciplina do DL).

No entanto, é igualmente certo que, no que se refere à primeira das referidas isenções, o recurso a um eventual financiamento por aquelas entidades dificilmente importará a sujeição a Imposto do Selo dado que, regra geral, a obtenção do referido financiamento será contratada junto de entidades não domiciliadas fiscalmente em Portugal.

Já no que se refere à segunda das isenções referidas, sempre haverá lugar ao pagamento do Imposto do Selo nestas operações.

C. A cessão de créditos futuros – natureza e limitações

De um ponto de vista meramente teórico, sem levar em conta quaisquer restrições legais ou outras, é possível considerar a cessão de quatro tipos diferentes de créditos: (i) créditos já facturados, embora ainda não vencidos; (ii) créditos não facturados, embora correspondentes a serviços já prestados; (iii) créditos não facturados, correspondentes a serviços ainda não prestados; e (iv) créditos que nascerão de

³⁸ Esta parece ser a conclusão de Manuela Duro Teixeira (*vd. op. cit.*, pág. 105). A autora levanta, no entanto, algumas reservas à extensão desta conclusão quanto a operações em que esteja envolvida a cessão de créditos futuros. Da nossa parte, não nos parecem existir razões formais ou substanciais que justifiquem esta reserva.

contratos de prestação de serviços a celebrar no futuro (relações jurídicas a constituir no futuro).

Os Créditos referidos em (iii) e (iv) correspondem a créditos futuros³⁹. Assenta a diferença entre ambos no facto de os primeiros (aqui identificados como (iii)) terem por base uma relação jurídica já constituída no momento da cessão.

Como referimos *supra*, os créditos futuros que não sejam emergentes de relações jurídicas já constituídas e de montante estimável não são susceptíveis de cessão no âmbito de operações de titularização sujeitas ao regime jurídico do DL.

Se bem que não exista igual limitação quanto aos créditos futuros cedidos fora do quadro do DL⁴⁰, dada a equivalência substancial das operações nele previstas com as operações de titularização sujeitas ao regime jurídico do DL, somos de opinião que se mantêm válidas as razões que a justificam quanto a cessões subjacentes àquelas operações.

Assentes neste pressuposto, parece-nos possível que este último tipo de créditos seja objecto de um contrato-promessa⁴¹ de cessão de créditos futuros. A simples constituição das relações jurídicas, das quais emergem os créditos futuros objecto da promessa, operaria a cessão dos referidos créditos que, então passariam a integrar o grupo (iii).

No que se refere ao montante a pagar pelos créditos, julgamos serem aqui inteiramente aplicáveis as considerações efectuadas por Diogo Leite Campos e Manuel Monteiro em anotação ao art. 4.º do DL⁴²: *“O problema põe-se quanto aos créditos futuros decorrentes de relações jurídicas já constituídas, como a relação jurídica do cartão de crédito, o fornecimento de gaz, água ou eletricidade, cujo montante não seja conhecido. Neste caso, basta que o montante seja estimável. Este último conceito não significa que esse montante seja determinável com rigor. Bastará que, de acordo com a experiência passada, estudos de previsão, etc., se possa alcançar um montante provável”*.

No caso concreto da promessa de venda de créditos futuros, o cessionário pagaria ao cedente um sinal no momento da assinatura do contrato. O sinal, como é sabido, assume a natureza de um preço devendo, por consequência, seguir na prática o mesmo regime daquele⁴³.

D. Conclusão

³⁹ São coisas futuras as que não estão em poder do disponente, ou a que este não tem direito, ao tempo da declaração negocial (cfr. art. 211.º do Código Civil).

⁴⁰ Antunes Varela, aponta entre os exemplos de cessão de créditos futuros *“as rendas de um contrato de arrendamento ainda não celebrado”*, parecendo fazer depender a cessão de créditos futuros da característica de *“determinabilidade”* dos mesmos, *vd. op. cit.* pág. 314..

⁴¹ Contrato-promessa é a convenção pela qual ambas as partes, ou apenas uma delas, se obrigam, dentro de certo prazo ou verificados certos pressupostos, a celebrar determinado contrato, *vd.*, João de Matos Antunes Varela, *op. cit.*, vol. I, pág. 312.

⁴² Cfr. *op. cit.*, pág. 23.

⁴³ De acordo com o n.º 1 do art. 442.º do C. Civ., *“Quando haja sinal, a coisa deve ser imputada na prestação devida, ou restituída quando a imputação não for possível.”*

Em jeito conclusivo, parece-nos possível resumir o conjunto de considerações acima expostas como segue:

1. A cessão de créditos encerra em si uma realidade subjacente e não pode, sem a análise desta realidade caso a caso, ser qualificada para efeitos fiscais (ou outros);
2. As cessões de créditos integradas em operações de titularização sujeitas ao regime jurídico do DL ou de titularização tendem a assumir um carácter de verdadeira venda de activos (definitiva) em virtude das razões que estão na génese daquelas operações;
3. O Decreto-Lei n.º 219/2001, de 4 de Agosto, ao estabelecer o regime fiscal das operações de titularização, tornou indiferente de um ponto de vista fiscal a qualificação das cessões de créditos (temporárias ou definitivas) efectuadas no âmbito destas operações;
4. A aplicação das regras gerais previstas no Código do IRC, pelo contrário, impõe a análise e qualificação das cessões de crédito integradas em operações de titularização não sujeitas à disciplina jurídica do DL – desta análise resultando diferentes consequências fiscais;
5. A mesma análise e qualificação será, de certo modo, relevante em matéria de Imposto do Selo, o que facilmente se compreende tendo em conta a desejável unicidade do sistema fiscal.

António Gaió
António Frutuoso de Melo e Associados,
Sociedade de Advogados