

Cessão de créditos com escopo de garantia: breves notasⁱ

1. Enquadramento

Uma das garantias tipicamente utilizadas na prática bancária, nomeadamente em operações de financiamento, é a cessão de créditos com escopo de garantia ou “*assignment of receivables by way of security*”. Trata-se de uma figura mediante a qual a mutuária cede créditos que detenha sobre terceiros a favor do mutuante, com um escopo de garantia acessório a um contrato de financiamento.

Tal cessão é, contudo, temporária e apenas vigorará enquanto as obrigações decorrentes do contrato de financiamento não forem integralmente cumpridas, o que implica que haja uma retransmissão dos créditos no seguimento do eventual cumprimento, quer por estipulação de uma obrigação do mutuante, quer por condição resolutivaⁱⁱ. No caso de incumprimento da mutuária, o mutuante poderá satisfazer o seu crédito, (i) fazendo-se pagar pelo produto resultante do cumprimento do crédito pelo devedor cedido ou (ii) mediante a alienação do crédito a terceiro. Por outras palavras, faz seu o crédito.

Esta figura reflete as características típicas de um negócio fiduciário, por implicar a transferência de ativos ao cuidado de um fiduciário e, por conseguinte, tem muitas semelhanças a outras figuras fiduciárias, como a alienação fiduciária em garantia. ^{CS'}



Francisco Luna Vaz
ASSOCIADO

2. Relevância e algumas questões práticas

Os negócios fiduciários com escopo de garantia surgiram como uma alternativa às garantias reais tradicionais (i.e., hipoteca e penhor), as quais poderão não acautelar de forma adequada os interesses do credorⁱⁱⁱ, tanto pela sua morosidade, como pela sua vulnerabilidade no âmbito de um eventual processo de insolvência da mutuária. Adicionalmente, negócios fiduciários, como a cessão de créditos em garantia, permitem um enquadramento mais lógico e eficaz da constituição de garantias sobre créditos futuros, especialmente para quem entenda que o penhor de créditos futuros é inadmissível em razão, entre outras, da sua natureza real *quod constitutionem*^{iv}.

Neste sentido, uma das vantagens de uma cessão fiduciária face, por exemplo, ao regime tradicional do penhor de créditos é o regime insolvencial aplicável, em caso de insolvência da mutuária^v. Dado que a titularidade dos bens dados em garantia passa a pertencer ao mutuante, tais bens ficarão segregados dos bens da mutuária e, por conseguinte, serão excluídos da massa insolvente, afastando tais bens das pretensões de outros credores do devedor insolvente. Naturalmente, que tal confere enorme segurança ao mutuante, que não terá de concorrer com outros credores, quanto aos ativos sob o regime da cessão fiduciária.

Com efeito, no que diz respeito aos ativos dados em garantia, enquanto que o credor pignoratício é um credor que deve ser pago com preferência em concurso com outros credores, o credor cessionário é um credor legitimado a receber a prestação por inteiro, quanto aos créditos cedidos^{vi}. Outra das vantagens práticas desta figura consiste no facto de a validade do penhor depender de notificação, enquanto que a cessão dos créditos se torna eficaz imediatamente com a celebração do contrato, não obstante a sua oponibilidade perante os respetivos devedores dependa da notificação. Este regime poderá revelar-se útil por questões reputacionais, designadamente em situações em que a

mutuária não queira que o seu endividamento bancário seja conhecido imediatamente pelos seus devedores – é a chamada “cessão silenciosa”^{vii}. Para que a “cessão silenciosa” se torne oponível aos devedores cedidos, de modo a assegurar a execução da cessão de créditos com escopo de garantia, bastará que seja enviada, quando necessária, a notificação aos respetivos devedores, nos termos do disposto no artigo 583.º, n.º 1 do CC. ^{CS'}

3. Cessão de créditos futuros com escopo de garantia

Ainda, uma questão da maior relevância consiste em saber como opera uma cessão de créditos futuros com escopo de garantia. Apesar de existir alguma controvérsia nesta matéria, em virtude da exigência de determinação dos bens cedidos, a doutrina e jurisprudência têm admitido a cessão de créditos futuros, desde que verificados requisitos referentes ao crivo da determinabilidade dos mesmos^{viii}, até porque prestações de bens futuros são expressamente aceites no CC^{ix}.

Nesta sede, importa perceber se:

- O crédito futuro se constitui, primeiro, na esfera da mutuária cedente, transmitindo-se, de seguida, para a esfera do mutuante cessionário (*teoria da transmissão*); ou se
- O crédito futuro se constitui imediatamente na esfera do mutuante cessionário (*teoria da imediação*),

o que tem implicações relevantes no âmbito de um eventual processo de insolvência da mutuária, dado que determina se o crédito futuro, aquando da sua constituição na pendência de tal processo, integrará a massa insolvente, nos termos do artigo 46.º, n.º 1 do CIRE, ou o património segregado do fiduciário^x. Considerando que, nos termos do artigo 81.º, n.º 1 do CIRE, após a declaração de insolvência, se transferem os poderes de administração e disposição de bens do insolvente para o administrador da insolvência, o mesmo poderá impedir a cessão dos créditos, que integrem

a massa insolvente, para o mutuante cessionário^{xi}. Não existe uma solução clara na lei, podendo ser defendida, tanto uma teoria, como a outra^{xii}.

Parece-nos não fazer sentido que o crédito se constitua (formal e inutilmente) na esfera da cedente para ser imediatamente transmitido para o cessionário, devendo atender-se à vontade das partes e ao facto de a *ratio* da cessão de créditos com escopo de garantia se prender precisamente com a blindagem da posição do mutuante no processo de insolvência. É também de ponderar a própria expectativa jurídica de aquisição do crédito que esta garantia cria no mutuante cessionário, que não poderá deixar de ser tutelada^{xiii}.

Cabe, contudo, notar que certos autores defendem que a constituição imediata do crédito na esfera do cessionário deve ser vista caso a caso, consoante as expectativas jurídicas criadas em conformidade com o clausulado acordado entre as partes^{xiv}. Como a finalidade da cessão de créditos com escopo de garantia se prende, como referido *supra*, intrinsecamente com a proteção da posição do cessionário no processo de insolvência da cedente mutuária, parece-nos que uma análise tão casuística é contrária à lógica desta garantia que, embora seja formalmente atípica, é socialmente típica, com finalidades sociais bem definidas.

Ou seja, na generalidade dos casos, parece-nos difícil entender que as partes quiseram deliberadamente “amputar” a eficácia de uma garantia no processo insolvencial, quando a utilidade da sua constituição, no primeiro lugar, daí advém. Trata-se, sem dúvida, de uma questão de interpretação do clausulado e, naturalmente, que as partes podem estipular uma solução contrária à teoria da imediação.

Contudo, existem fortes elementos teleológicos associados à figura da cessão de créditos com escopo de garantia que fundamentam a prevalência geral da teoria da imediação: por outras palavras, em caso de dúvida ou casos omissos, é de admitir que as partes pretenderam que os créditos

se constituíssem imediatamente na esfera do cessionário, dado que tal é inerente à natureza desta garantia, cuja identidade está fortemente ligada à tutela no processo de insolvência.

Considerando o antecedente, parece-nos que a teoria da imediação é aquela que melhor tutela os interesses das partes, sem prejuízo de ser aconselhável que as partes estipulem expressamente que os créditos futuros se constituam imediatamente na esfera do mutuante nos contratos de financiamento ou contratos de garantias, consoante a estrutura contratual adotada. Tal entendimento não colide, nem com o regime do CC (onde não se impõem quaisquer limites ao nascimento imediato do crédito na esfera do cessionário), nem com o regime do CIRE (onde, aliás, se admitem cessões imediatas e automáticas no artigo 115.º, sem a necessária integração dos créditos na massa insolvente)^{xv}.

4. Obstáculos

Cabe referir que a cessão de créditos com escopo de garantia ainda não foi reconhecida expressamente, quer pelo legislador português, quer pelos tribunais portugueses, apesar de ser uma figura relativamente consensual na doutrina portuguesa moderna^{xvi} (sem prejuízo da sua validade ter sido inicialmente questionada pela doutrina tradicional^{xvii}), o que continua a gerar insegurança no tráfego bancário. Ainda assim, os negócios fiduciários em geral e a alienação fiduciária em garantia, já foram considerados válidos pelos Tribunais Superiores^{xviii}.

Assim, note-se que esta figura se encontra sujeita aos seguintes obstáculos jurídicos:

- **Proibição do pacto comissório** – com vista a prevenir situações de exploração do devedor em desvantagem, usura e de excessiva desigualdade entre credores de um devedor^{xix}, são proibidos quaisquer negócios que permitam ao credor garantido apropriar-se de bens dados em garantia pelo devedor – esta proibição foi prevista para a hipoteca, mas é aplicável ao penhor e consignação

de rendimentos^{xx} e, no entendimento maioritário da doutrina, ao universo das garantias^{xxi};

- **Tipicidade das garantias reais** – não é admissível constituir outros direitos reais de garantia para além daqueles que estejam previstos na lei – por exemplo, a hipoteca e o penhor, duas garantias reais típicas, encontram-se expressamente previstas no Código Civil, enquanto nada se refere quanto à cessão de créditos em garantia; e
- **Violação do artigo 604.º do CC e do princípio do *par conditio creditorum* no processo de insolvência** – um dos credores do devedor não pode ser injustificadamente privilegiado em prejuízo dos demais credores.

O legislador e jurisprudência portuguesa ainda não se pronunciaram diretamente sobre a admissibilidade da cessão de créditos em garantia, pelo que este tema está em aberto. Não obstante, existem argumentos ponderosos a favor da aceitação desta figura na ordem jurídica portuguesa (já apontados pela doutrina portuguesa moderna), que nos parece ser a posição mais adequada.

Com efeito, os *supra* expostos obstáculos jurídicos não podem valer, pelo seguinte:

- A admissão legislativa do pacto marciano no Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de maio, bem como a sua admissão doutrinária, que implica a devolução à mutuária da diferença entre o valor do crédito devido e o valor do crédito dado em garantia, baseada numa avaliação justa de tais ativos, em moldes semelhantes aos regimes do penhor financeiro/mercantil com apropriação^{xxii} - permitindo-se, assim, a satisfação do crédito pelo próprio credor^{xxiii};
- O princípio da tipicidade dos direitos reais apenas delimita o universo dos direitos reais, mas não o universo dos negócios com efeitos reais – nesta medida, o negócio fiduciário, embora contratualmente atípico, não altera o conteúdo do direito de propriedade em si, baseando-se na titularidade de um direito, até porque os direitos de crédito dados em garantia, por natureza, têm natureza obrigacional (não real) e são apenas oponíveis aos respetivos devedores^{xxiv};
- O princípio da igualdade dos credores conhece várias limitações na lei, sendo admissível, à luz do artigo 604.º, n.º 2 do CC, que as partes constituam outras causas de preferência convencionais, para além daquelas previstas na lei, tendo por base a titularidade de um direito^{xxv};

- Do mesmo modo, parece difícil admitir que exista uma fraude ao CIRE, quando o próprio CIRE reconhece credores com posições convencionais privilegiadas face a outros, com graduações distintas de créditos (cfr. artigo 47.º do CIRE), podendo as partes, ao abrigo da autonomia privada, escolher subordinar os seus créditos (cfr. artigo 48.º, alínea c) do CIRE);
- Aceitação sistemática pelo legislador de negócios eminentemente fiduciários no Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de maio, no que diz respeito ao penhor financeiro e alienação fiduciária em garantia, entre outros regimes em que a propriedade/titularidade de um direito assume uma função de garantia^{xxvi} - veja-se, ainda, a aceitação de uma cessão de créditos em garantia legal/judicial, de natureza fiduciária, a favor dos credores do devedor insolvente, no artigo 239.º, n.º 2 do CIRE^{xxvii}; e
- Num ordenamento jurídico primacialmente dominado pela autonomia privada, faz todo o sentido admitirem-se novas figuras negociais que permitam acautelar os interesses das partes, até porque a cessão de créditos com escopo de garantia, *prima facie*, não contraria quaisquer princípios fundamentais da ordem jurídica portuguesa. ^{CS'}

5. Conclusões

Em suma, a cessão de créditos com escopo de garantia apresenta inúmeras vantagens face a outras garantias reais típicas, nomeadamente em relação ao seu regime insolvencial, decorrentes da segregação dos ativos do património da mutuária.

Apesar de a admissibilidade da cessão de créditos com escopo de garantia não ser um ponto totalmente assente no ordenamento jurídico português, existem vários fundamentos jurídicos a seu favor. A aceitação de tais estruturas garantísticas não colide com princípios fundamentais do ordenamento jurídico português e o seu incentivo permitirá que bancos possam conceder crédito a mutuárias que, embora tenham necessidade de capital, não tenham outros ativos adequados para dar em garantia.

Deste modo, poderá dizer-se que, em primeira linha, embora a existência de tal garantia confira maior segurança aos bancos, em resultado do seu regime insolvencial favorável, reflexamente, poderá vir a beneficiar as empresas portuguesas, facilitando o seu acesso ao crédito^{xxviii}.

Neste sentido, será porventura positivo que o legislador ou os tribunais portugueses se pronunciem sobre a admissibilidade da cessão de créditos com escopo de garantia e sobre o respetivo regime aplicável, da mesma maneira que o fizeram quanto à alienação fiduciária em garantia no Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de maio, de modo a reforçar a certeza jurídica da sua utilização por bancos e mutuárias. ^{CS}

i Serão utilizadas as seguintes abreviaturas: Código Civil (“CC”), Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (“CIRE”) e Código dos Valores Mobiliários (“CVM”).

ii Cfr. Catarina Monteiro Pires, *Alienação em Garantia*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 123; Luís Menezes Leitão, *Cessão de Créditos*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 447; Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 614-615.

iii Cfr. Rui Pinto Duarte, *Curso de Direitos Reais*, 2.ª edição, Parede, Príncipe, 2007, p. 261.

iv Cfr. Vítor Neves, *A Afectação de Receitas Futuras em Garantia*, in *Themis*, Ano 1, N.º 2, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 158-162, 172-174.

v Cfr. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 1143.

vi Cfr. Luís Menezes Leitão, *op. cit.*, p. 450.

vii Cfr. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência, em Particular da Posição do Cessionário na Insolvência do Cedente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 442.

viii Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12.04.2018, processo n.º 529/15.6T8BGC.G1.S1 (relator Tomé Gomes).

ix Por exemplo, artigos 211.º e 399.º do CC.

x Cfr. Catarina Monteiro Pires, *op. cit.*, pp. 132-134.

xi Cfr. Tiago Ramalho, *A Cessão de Créditos Futuros e a Insolvência, a Posição do Cessionário na Insolvência do Cedente*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Vol. 9, Coimbra, Coimbra Editora, p. 502; *Vide*, ainda, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 11.07.2017, processo n.º 529/15.6T8BGC.G1 (Relatora Hígina Castelo). Defende-se que a teoria da transmissão deve prevalecer, em razão, entre outras, de o administrador da insolvência não poder auferir de poderes de disposição que o insolvente não tivesse antes da declaração da insolvência, pelo que não poderá forçar a integração dos créditos futuros cedidos na massa insolvente, que serão transmitidos automaticamente para o mutuante cessionário, mesmo na pendência do processo de insolvência. Ultrapassa-se, deste modo, uma das fragilidades principais desta teoria. Não me parece, contudo, que os poderes de disposição do administrador da insolvência tenham limites claros na lei e que se encontrem limitados por um contrato-base que apenas vincula a própria mutuária insolvente (à luz do princípio da relatividade dos contratos), pelo que admitir a teoria da transmissão poderá criar maiores riscos e insegurança para os particulares, sem fundamento, especialmente considerando que os negócios não cumpridos ficam suspensos até que o administrador da insolvência escolha cumprir o contrato, nos termos do artigo 102.º do CIRE.

xii Cfr. Pestana de Vasconcelos, *op. cit.*, p. 469.

xiii Cfr. *idem, ibidem*, p. 482.

xiv Cfr. *idem, ibidem*, p. 482.

xv Cfr. *idem ibidem*, pp. 472-473.

xvi A favor da sua admissibilidade, veja-se Catarina Monteiro Pires, *op. cit.*, p. 124; Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória de Dívida, sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação como Fiador*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 97-99; Luís Menezes Leitão, *op. cit.*, pp. 443-444; Pedro Romano Martinez, Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias de Cumprimento*, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 2006, p. 257; Pestana de Vasconcelos, *op. cit.*, pp. 921-923; Vítor Neves, *op. cit.*, pp. 172-174.

xvii Cfr. Luís Menezes Leitão, *op. cit.*, pp. 443-444.

xviii *Vide*, neste sentido, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26.04.2018, processo n.º 2037/13.0TBPVZ.P1.S1 (Relatora Fernanda Isabel Pereira), o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24.04.2018, processo n.º 1405/17.3YLPRT.L1-7 (Relatora Cristina Coelho) e o acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 15.12.2009, processo n.º 283/2002.E1 (Relator Fernando Bento).

xix Cfr. Isabel Andrade de Matos, *O Pacto Comissório – Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 58 e ss.

xx Artigos 678.º e 655.º do Código Civil.

xxi Cfr. Januário da Costa Gomes, *op. cit.*, p. 94.

xxii Cfr. *idem, ibidem*, pp. 98-99; Hugo Ramos Alves, *op. cit.*, pp. 321-322.

xxiii Cfr. Pestana de Vasconcelos, *op. cit.*, p. 923.

xxiv Cfr. Hugo Ramos Alves, *op. cit.*, pp. 324-325.

xxv Cfr. Pestana de Vasconcelos, *op. cit.*, pp. 922-923.

xxvi Os exemplos clássicos são os regimes da reserva de propriedade, prevista no artigo 409.º do CC, e o contrato de locação financeira, particularmente na modalidade restitutiva (*sale and lease back*), previsto no Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de junho.

xxvii Cfr. André Figueiredo, *O Negócio Fiduciário perante Terceiros, com Aplicação Especial na Gestão de Valores Mobiliários*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 251.

xxviii No mesmo sentido, *vide* Pestana de Vasconcelos, *op. cit.*, p. 1000.