

A TRIBUTAÇÃO DO *FACTORING*

UMA ABORDAGEM CRÍTICA NUMA PERSPECTIVA NACIONAL E INTERNACIONAL

I PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO FISCAL

2004-2005

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO PORTO

Fevereiro 2005

DUARTE ABRUNHOSA E SOUSA

ÍNDICE

Abreviaturas.....	5
1. Introdução.....	6
2. O contrato de <i>factoring</i>	11
2.1. Conceito.....	11
2.1.1. Perspectiva prática.....	11
2.1.2. Perspectiva jurisprudencial.....	14
2.1.3. Perspectiva doutrinária.....	17
2.1.4. Conclusões.....	24
2.2. O Contrato-Quadro.....	26
2.3. O contrato de <i>factoring</i> com recurso.....	28
2.3.1. O contrato de <i>factoring</i> com recurso e com antecipação.....	28
2.3.2. O contrato de <i>factoring</i> com recurso e sem antecipação.....	29
2.4. O contrato de <i>factoring</i> sem recurso.....	31
2.4.1. O contrato de <i>factoring</i> sem recurso e com antecipação.....	31
2.4.2. O contrato de <i>factoring</i> sem recurso e sem antecipação.....	32
2.5. A notificação.....	34
2.6. Enquadramento legal do contrato e das sociedades de <i>factoring</i>	38
2.6.1. Quanto ao contrato de <i>factoring</i>	38
2.6.2. Quanto às sociedades de <i>factoring</i>	40
2.7. O <i>Factoring</i> Internacional.....	43
2.8. O contrato de <i>factoring</i> e outros contratos financeiros.....	46
2.8.1. O contrato de <i>factoring</i> e a Locação Financeira (<i>Leasing</i>)....	46
2.8.2. O contrato de <i>factoring</i> e o Contrato de <i>Swap</i>	47
2.8.3. O contrato de <i>factoring</i> e o Contrato de <i>Franchising</i>	48
2.8.4. O contrato de <i>factoring</i> e o Contrato de Agência.....	49
2.8.5. O contrato de <i>factoring</i> e o <i>Forfaiting</i>	49

2.8.6. O contrato de <i>factoring</i> e o Seguro de Crédito.....	50
2.8.7. O contrato de <i>factoring</i> e o desconto cambiário.....	52
2.8.8. Conclusões.....	53
3. A tributação do <i>factoring</i>	55
3.1. O contrato de <i>factoring</i> em sede de Imposto de Selo.....	56
3.1.1. O Imposto de Selo.....	56
3.1.2. A Tributação do Contrato de <i>Factoring</i>	59
3.1.3. Conclusões.....	61
3.2. A relevância das contribuições para a segurança social no contrato de <i>factoring</i>	64
3.2.1. O Decreto-Lei 411/91, de 17 de Outubro.....	64
3.2.2. O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 3 de Dezembro de 2002.....	66
3.2.3. Conclusões.....	69
3.3. A tributação das sociedades de <i>factoring</i>	71
3.3.1. A sociedade de <i>factoring</i> enquanto contribuinte.....	71
3.3.2. A sociedade de <i>factoring</i> enquanto extensão da administração fiscal.....	76
3.3.3. Conclusões.....	79
4. A tributação do <i>factoring</i> em sede de IVA e implicações do Acórdão MKG.....	81
4.1. A sexta directiva 77/388/CEE.....	81
4.2. O Acórdão MKG.....	90
4.2.1. Enquadramento Jurídico.....	90
4.2.2. Factos.....	93
4.2.3. Questões Prejudiciais.....	95
4.2.4. Decisão.....	96
4.3. O reenvio prejudicial e a ordem jurídica portuguesa	102
4.4. O caso espanhol e a alteração da Ley 62/2003.....	105
4.5. O caso português.....	109
4.6. Conclusões.....	112

5. A tributação do contrato fora da União Europeia.....	115
6. Conclusão.....	117
Bibliografia.....	121
Textos disponíveis na Internet.....	124
Outras publicações.....	125
Jurisprudência.....	126
Legislação e Orientações Administrativas.....	127

ABREVIATURAS

BCE – Banco Central Europeu

CC – Código Civil

CIRC – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas

CIRS – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares

CIS – Código de Imposto de Selo

CIVA – Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado

CPCI – Código de Processo e Contribuição de Impostos

CPT – Código de Processo Tributário

IOF – Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários

IRC – Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas

IRS – Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares

IS – Imposto de Selo

IVA – Imposto sobre o Valor Acrescentado

LGT – Lei Geral Tributária

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

RGICSF – Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras

TCE – Tratado da Comunidade Europeia

TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

UE – União Europeia

1. INTRODUÇÃO

Quando a estrutura empresarial de um Estado se encontra alicerçada em pequenas e médias empresas (PME's), várias são as soluções a encontrar por forma a garantir a sua solvabilidade.

Como sustenta PESTANA VASCONCELOS, o *factoring*, o *leasing*, o *forfaiting* e o *swap* são contratos introduzidos na Europa na década de sessenta, emanados da prática económico-financeira norte-americana¹. O velho continente encontrava-se ainda num período de reabilitação económica após a Segunda Grande Guerra. A presença norte-americana na Europa, em virtude do plano Marshall, facilitou a introdução da sua prática financeira nas trocas comerciais.

Acresce que, nesta mesma época, começou a florescer o seguro de crédito. Foi na Bélgica e na França que este contrato de seguro teve o seu maior crescimento nos tempos modernos².

Deste modo, observando a instabilidade da actual conjuntura económica mundial, não é difícil retirar a conclusão de que todos os contratos acima mencionados são de uma enorme utilidade enquanto parceiro comercial das mais variadas empresas, pois através destes, estas empresas transferem algumas das suas responsabilidades e riscos para outra entidade que, regra geral, é uma instituição de crédito ou uma sociedade financeira.

Para mais, tornou-se prática corrente o pagamento diferido no tempo das trocas comerciais. Este pagamento diferido traduz-se na facturação com vencimentos a 30, 60, 90 ou 120 dias. Assim, em termos concretos, estamos

¹ VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos de Cessão Financeira (Factoring)*, Boletim da Faculdade de Direito, *Stvdia Iuridica* 43, Coimbra Editora, 1999, pág. 13

² Para uma abordagem histórica do seguro de crédito, v. BASTIN, Jean, *O Seguro de Crédito no Mundo Contemporâneo*, Cosec, 1983, págs. 15 a 47

perante verdadeiras vendas a crédito por parte de empresas fornecedoras de bens ou de prestadores de serviços.

Dentro deste contexto, temos de analisar as dificuldades sentidas pelas empresas com estes pagamentos. O maior problema será a falta das quantias facturadas, mas ainda não vencidas. As empresas permanecem durante o período de diferimento do pagamento com meras expectativas sobre os seus créditos, muito embora tenham o dever de cumprir pontualmente as suas obrigações. Mais ainda, o risco da falta de solvabilidade dos devedores corre por conta destas empresas, que suportam também o dever de liquidar o IVA calculado sobre facturas ainda não vencidas ou pagas. Desta forma, o ónus que recai sobre estas empresas é enorme e torna-se muitas vezes insustentável.

Agrava esta situação o facto de o pagamento diferido no tempo ser uma solução quase obrigatória devido à lógica de mercado. Cada vez mais as facilidades de pagamento são um atractivo extra para a realização das trocas comerciais. Assim, é impossível a qualquer empresa sobreviver no mercado sem proceder à facturação com vencimento a 30, 60, 90 ou 120 dias, ou com descontos para os clientes que pagarem a pronto.

Posto isto, foi gradual a introdução dos contratos acima mencionados na economia mundial. Assim, as empresas que tinham como objecto a realização destes contratos tornaram-se os mais adequados parceiros comerciais para as mais variadas actividades económicas.

O contrato de cessão financeira, mais conhecido por *factoring*³, tem-se assumido como um dos mais importantes auxílios das empresas. O volume de negócios que se depara perante as várias sociedades de *factoring*, começa a ser cada vez mais relevante ao nível do PIB de todos os Estados Ocidentais. Aliás, Portugal não foge à regra. A implementação destas sociedades em

³ Para uma melhor análise da designação deste contrato, v. VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos*, cit., págs. 18 a 20, nota de rodapé n.º 6; v. VELLOZO-FERREIRA, Damião, *Sociedades de Factoring. Sociedades de Capital de Risco*, Rei dos Livros, 1990, pág. 19, nota de rodapé n.º 7.

território nacional tem sido um sucesso. Nos últimos anos, o peso do *factoring* no PIB do Estado português tem subido constantemente⁴:

- 7,6% em 2000;
- 8,3% em 2001;
- 8,5% em 2002 e
- 9,3% em 2003.

Segundo a Associação Portuguesa de Empresas de *Factoring*, no ano de 2003, 12,180 milhões de euro de créditos foram tomados pelas dez sociedades de *factoring* a operar em Portugal⁵. Já em 2004, este sector teve um volume de negócios que ascendeu a 14,170 milhões de euro, representando mais de 10% do PIB, sendo que, em Espanha, não chega aos 5%⁶. Assim, a taxa de crescimento ascendeu a 20,78% no ano de 2004⁷. ANÍBAL MARQUES, Presidente da Associação Portuguesa de Empresas de *Factoring*⁸, afirma mesmo que não há qualquer paralelo a nível europeu e mundial⁹. Portanto, este contrato tem demonstrado uma enorme vitalidade nestes últimos anos de crise. Aliás, é em tempos de crise que a cessão financeira consegue o maior crescimento. A este factor deve juntar-se o facto de que, como sustenta ANÍBAL MARQUES, em Portugal “*paga-se normalmente tarde*”¹⁰.

⁴ v. Quadro disponível em *Fórum Empresarial*, n.º 89, ano VIII, Julho 2004, pág. 33

⁵ v. *Fórum Empresarial*, cit., pág. 33

⁶ MARQUES, Aníbal, *Crédito Especializado: Factoring e Leasing*, suplemento integrante da edição do Expresso n.º 1683, de 29 de Janeiro de 2005, pág. 3

⁷ O que contrasta com o crescimento na ordem dos 10,60% que se verificou no ano de 2004, v. tabela disponível em *Crédito Especializado: Factoring e Leasing*, cit., pág. 6.

⁸ Por decisão tomada em Assembleias Gerais a 21 de Janeiro de 2005, houve uma fusão entre a Apelease – Associação Portuguesa de Empresas de *Leasing* e a APEF – Associação Portuguesa de Empresas de *Factoring*, sendo que passou a designar-se Associação Portuguesa de *Leasing e Factoring* (ALF).

⁹ MARQUES, Aníbal, *Crédito Especializado: Factoring e Leasing*, cit., loc. cit.

¹⁰ MARQUES, Aníbal, *Fórum Empresarial*, cit., pág. 35

No dia 26 de Junho de 2003, o TJCE, no seu acórdão MKG¹¹, veio dissipar algumas dúvidas na abordagem do contrato de *factoring* em sede IVA. Neste acórdão, o TJCE pronunciou-se sobre dois pontos: em primeiro lugar, que as sociedades de *factoring* seriam sujeitos passivos de IVA, beneficiando do respectivo direito à dedução; em segundo lugar, que quando há uma simples cessão de créditos, com o risco de incumprimento do devedor assumido pela sociedade de *factoring*, a comissão facturada aos seus clientes é uma “cobrança de dívida”, nos termos do art. 13.º, B, alínea d), ponto 3, *in fine*, da Sexta Directiva 77/388, sendo, deste modo, uma excepção à isenção concedida por esta disposição.

Desta forma, torna-se cada vez mais importante analisar este contrato do ponto de vista tributário. Como já vimos, o volume de negócios realizados em Portugal com sociedades de *factoring* é enorme. No entanto, existe uma lacuna no âmbito da tributação dos seus serviços. Assim, surge um problema – devido às enormes potencialidades deste contrato, são vários os seus campos de actuação. Esta diversidade gera dificuldades em definir o facto tributário a liquidar em cada uma das suas diferentes características. Aliás, os problemas tributários do *factoring* são frequentemente sublinhados por ANÍBAL MARQUES, que refere as evidentes lacunas da legislação portuguesa neste campo¹².

Com este trabalho pretendemos esclarecer o conceito de contrato de *factoring* e procurar entender como se processa a sua tributação. Neste sentido, é nosso objectivo estudar também as implicações que o acórdão MKG do TJCE pode ter na legislação fiscal portuguesa e na posição assumida pela administração fiscal. Para este efeito, socorremo-nos do exemplo espanhol, na medida em que a lei espanhola do IVA foi alterada (*Ley 37/1992, de 28 Dezembro*), no início do ano de 2004¹³, no sentido de se adaptar à

¹¹ Acórdão de 26 de Junho de 2003, MKG, C-305/01

¹² v. MARQUES, Aníbal, *Fórum Empresarial*, cit., pág. 35; MARQUES, Aníbal, *Crédito Especializado: Factoring e Leasing*, cit., pág. 5.

¹³ A referida alteração à Lei Espanhola do IVA foi introduzida pela “*Ley 62/2003*”, de 30 de Dezembro.

jurisprudência comunitária, pelo que deixou de existir qualquer incompatibilidade com o referido acórdão do TJCE.

Assim, como objecto do nosso estudo, vamos começar por entrar no conceito de contrato de *factoring* em termos civilísticos e comerciais, passando por todas as questões tributárias inerentes a este contrato e às sociedades que praticam esta actividade.

Por conseguinte, dentro destes pressupostos, pretendemos levar a água ao nosso moinho e clarificar estas dúvidas e lacunas que ainda rodeiam o contrato de *factoring* em Portugal.

2. O CONTRATO DE *FACTORING*

2.1. CONCEITO

Antes de tudo, devemos identificar as partes de um contrato de *factoring*. Em primeiro lugar, temos o **factor** ou cessionário¹⁴, uma instituição de crédito a quem os créditos dos seus clientes vão ser cedidos com ou sem adiantamentos.

Em segundo lugar, o **aderente** ou cedente, enquanto fornecedor de bens ou prestador de serviços, que recorre a uma sociedade de *factoring* com vista a ceder-lhe os seus créditos e a usufruir da sua assistência qualificada.

Finalmente, temos o **devedor** do cliente do factor. Esta parte é a devedora do crédito cedido ao factor.

Para uma melhor abordagem ao estudo do contrato de *factoring*, não podemos deixar de tentar apreender o seu conteúdo técnico. Para atingir esse objectivo, temos de compreender que este contrato tem uma importante função jurídico-económica. Desta forma, vamos analisar o conceito que resulta da experiência prática, da jurisprudência e da doutrina jurídica.

2.1.1. PERSPECTIVA PRÁTICA

Do ponto de vista eminentemente prático, podemos começar por realçar a definição de *factoring* dada pelo Presidente da Associação Portuguesa de Empresas de *Factoring*. Para ANÍBAL MARQUES, “*numa linguagem prática, o factoring é um conjunto de serviços financeiros composto por uma função*

¹⁴ Por vezes também designado como “*cessionário financeiro*”, v. CORDEIRO, António Menezes, *Da Cessão Financeira (Factoring)*, Lex – Edições Jurídicas, Lisboa, 1994

*financeira, na medida em que as empresas de factoring fazem adiantamento sobre o volume de facturação dos seus clientes. Tem ainda uma componente seguradora de risco de crédito, uma vez que, quando tomamos os créditos dos nossos clientes sem direito de regresso, estamos a assumir o risco comercial do comprador. É um produto com três componentes distintas: a componente de financiamento, uma componente seguradora de riscos de crédito comerciais e uma componente de serviços de gestão e cobrança*¹⁵. Deste conceito, podemos aferir a forte vertente de prestação de serviços que é atribuída pelo seu autor. Assim, na apreensão prática do contrato de *factoring*, começa a ganhar espaço o conjunto de serviços prestados pelo operador aos seus clientes. Esta prestação de serviços é uma componente importante do contrato de *factoring*.

Continuando numa abordagem meramente prática do contrato em estudo, um dos operadores do mercado português estabelece que o *factoring* é “*um apoio financeiro continuado, através da aquisição de créditos a curto prazo, resultantes das vendas regulares da (...) empresa sobre os seus clientes*”¹⁶. Este operador defende ainda que o recurso a este contrato tem como objectivo suprir necessidades de tesouraria das empresas. De uma forma directa, afirmam que o *factoring* não aumenta o endividamento porque as empresas clientes trocam os seus activos por liquidez¹⁷. É dada alguma relevância, nesta exposição, ao papel que estas sociedades podem ter enquanto parceiro económico fundamental nas trocas comerciais, nomeadamente através dos financiamentos concedidos.

Outro operador português acentua três vertentes fundamentais do contrato de *factoring*: seguro de crédito, simplificação administrativa com ganhos de eficiência e antecipação de pagamento¹⁸. Assim, este operador salienta as maiores vantagens do recurso ao contrato de *factoring*.

¹⁵ MARQUES, Aníbal, *Fórum Empresarial cit.*, pág. 34

¹⁶ Disponível em <http://www.euroges.pt/eol/public/factoring.htm>

¹⁷ Disponível em <http://www.euroges.pt/eol/public/factoring.htm>

¹⁸ Disponível em http://www.bnpfactor.pt/html_p/botao_22.html

Ainda no seguimento destas vantagens apresentadas, outro operador nacional dá o seu contributo afirmando que o *factoring* permite: reduzir os custos fixos da empresa aderente devido à diminuição da sua carga administrativa, aumentar a eficácia da cobrança dos créditos, limitar a exposição do aderente a riscos comerciais, facilitar a obtenção de liquidez e libertar a empresa aderente da prática de serviços em que não é especializada¹⁹.

Assim, com a exposição das ideias fornecidas pelos práticos desta actividade, podemos concluir que são evidentes as vantagens atribuídas pelos operadores aos seus serviços. Dentro deste contexto, as principais funções do contrato de *factoring* na óptica do aderente são quatro:

1. Seguro de crédito;
2. Financiamento;
3. Maior eficácia da cobrança dos créditos e
4. Diminuição da carga administrativa.

Em suma, as sociedades de *factoring* afirmam as qualidades dos seus serviços com o objectivo de valorizarem a sua posição enquanto parceiro comercial ideal. Ora aqui estará o ponto fulcral apresentado pelos operadores – *factoring* é um contrato atípico e com inúmeras potencialidades que visa adaptar-se ao mercado actual. A sua grande competitividade encontra-se no facto de se traduzir, por vezes, num verdadeiro financiamento prestado ao aderente²⁰.

A forte implementação das sociedades de *factoring* em Portugal, demonstra, de forma inequívoca, que os seus argumentos têm surtido efeito.

¹⁹ Disponível em <http://www.hellerfactoring.pt/duvidas/duvidas.htm>

²⁰ Quanto à questão específica do financiamento, faremos uma abordagem mais à frente no nosso estudo. Relativamente ao problema de os aderentes recorrerem ao *factoring* essencialmente por uma função de financiamento, v. SOARES, Quirino, “*Contratos Bancários*”, *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Janeiro/Abril 2003, Tomo LII, Número 295, pág. 121 e ss.

2.1.2. PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL

No seio da jurisprudência, os tribunais portugueses tem sido profícuos, muito embora sigam os caminhos traçados pela doutrina. Contudo, a última tendência da jurisprudência do STJ, na abordagem do contrato de *factoring*, tem sido muito discutível. Com a posição recente deste Tribunal, são colocadas dúvidas quanto à verdadeira natureza da cessão financeira.

No entender de RUI PINTO DUARTE, a jurisprudência sobre *factoring* confirma, como a doutrina aponta, que a cessão de créditos é a forma jurídica em que este contrato se baseia²¹.

Pese embora o contrato de *factoring* tenha começado a influenciar com maior segurança as trocas comerciais, essencialmente nos últimos anos, a jurisprudência do STJ apenas começou a aprofundar os seus problemas na última década. Como exemplo desse facto, temos o acórdão de 6 de Fevereiro de 1997²², decidido ainda na vigência do Decreto-Lei 56/86²³. Aqui se estabelece como objecto do contrato a cessão de créditos e se determinam como responsabilidades de uma sociedade de *factoring*: o risco inerente à futura cobrança dos créditos cedidos, a da eventual inadimplência do devedor do aderente e a da concessão de financiamento ao cedente.

Por outro lado, o acórdão do STJ de 6 de Outubro de 1998²⁴, expressa bem as características do contrato em estudo:

- 1) Duradouro;
- 2) Oneroso;
- 3) Sinalagmático e
- 4) Atípico.

²¹ DUARTE, Rui Pinto, “A Jurisprudência Portuguesa sobre o Factoring – Algumas Observações”, Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL, 2000, Ano I, n.º 2, pág. 273 e 274

²² Acórdão do STJ, de 06 de Fevereiro de 1997, disponível em <http://www.dgsi.pt> - Quanto a este acórdão, podemos encontrar algumas semelhanças com a definição dada pelo mesmo Tribunal no acórdão de 25 de Maio de 1999.

²³ O Decreto-Lei 56/86, de 18.03.1986, regulou o contrato de *factoring* até a aprovação do Decreto-Lei 171/95 de 18.07.1995. Para mais informações sobre o enquadramento legal do contrato de *factoring*, v. pág. 38 do presente estudo.

²⁴ Acórdão do STJ, de 6 de Outubro de 1998, in Boletim do Ministério da Justiça, 480, 435

Para além de estabelecer as características do contrato de *factoring*, este acórdão define-o enquanto cedência de uma parte – o cliente – à outra – o cessionário financeiro ou factor – de um crédito seu sobre terceiro – o devedor – mediante remuneração. Esclarece ainda que se trata de um “*contrato-quadro organizatório*” cuja estrutura está centrada em posteriores vendas a crédito por parte do aderente. Tem como elementos primordiais o seguro de crédito e a prestação de serviços, assim como uma função financeira.

Este mesmo Tribunal, num acórdão de 25 de Maio de 1999²⁵, configurou o contrato de *factoring* como o contrato em que “*uma das partes (...) adquire créditos a curto prazo que a outra parte tem sobre os seus clientes, derivados da venda de produtos ou de prestação de serviços nos mercados, assentando, assim, o seu núcleo central numa cessão de créditos com função financeira*”. De realçar neste acórdão a importância dada à função financeira do contrato de *factoring*. Aliás, como já vimos acima, parecem ter particular relevância para o aderente os adiantamentos acordados.

Continuando a análise à jurisprudência do STJ, cumpre analisar o seu acórdão de 26 de Setembro de 2002²⁶. Neste acórdão, o Tribunal refinou a sua classificação de contrato de *factoring* definindo-o como “*aquele em que uma das partes se obriga a ceder à outra a totalidade dos seus créditos a curto prazo resultantes de fornecimentos de bens ou prestações ou serviços promovidos por si em território nacional, no âmbito da sua actividade comercial normal, sobre terceiro seu cliente, identificado nas condições particulares do contrato, ou em lista anexa, e em que a segunda contraente se obrigou a aceitar a cessão de créditos da primeira sobre os devedores que expressamente declarasse, nos termos e condições estabelecidos no contrato*”. Aqui, já não é tida em conta apenas a função financeira do contrato, mas essencialmente o forte vínculo que este gera para ambas as partes. Para esse efeito, os magistrados estabeleceram que o aderente se obriga a ceder os seus créditos ao factor, assim como este se obriga a aceitar a sua cessão dentro dos

²⁵ Acórdão do STJ, de 25 de Maio de 1999, *in* Colectânea de Jurisprudência, 1999, 2, 107

²⁶ Acórdão do STJ, de 26 de Setembro de 2002, *in* Colectânea de Jurisprudência, 2002, 3, 57

termos acordados. Desta forma, em termos genéricos, estão descritas as obrigações para ambas as partes de um contrato de *factoring*. Acresce ainda que cada uma destas obrigações existe na dependência da outra, daí que este contrato seja, como já mencionámos, sinalagmático.

O mesmo Tribunal, num acórdão de 05 de Junho de 2003²⁷, salientou que, pese embora o contrato de *factoring* tenha uma “*natureza essencialmente comercial*”, tal facto não invalida que assuma a natureza de uma cessão de créditos, nos termos do disposto no art. 577.º e ss. do Código Civil. Aí reside a sua natureza jurídica.

O acórdão de 27 de Maio de 2004²⁸ qualifica o *factoring* como uma actividade parabancária²⁹. De facto, esta qualificação vai no sentido do entendimento de QUIRINO SOARES que acentua a função financeira do contrato de *factoring*³⁰. Para mais, o já referenciado Decreto-Lei 56/86 qualificava também a actividade do *factoring* como parabancária³¹.

Para finalizar, cumpre analisar o acórdão de 4 de Março de 2004. Refere esta decisão judicial que, “*no contrato de factoring, a transmissão das facturas tem uma função estruturante do negócio, pois a cessão de créditos derivada daquele contrato é, ao fim e ao cabo, uma venda de facturação do aderente ou cedente*”. Pois bem, esta perspectiva do Tribunal parte, no nosso entender, de um pressuposto viciado. As facturas são importantes num contrato de *factoring* enquanto documento indicador do crédito cedido. O art. 7.º, n.º 2 do Decreto-Lei 171/95³² dispõe que a cedência dos créditos deve ser acompanhada pela

²⁷ Acórdão do STJ, de 5 de Junho de 2003, *in* www.dgsi.pt

²⁸ Acórdão do STJ, de 27 de Maio de 2003, *in* www.dgsi.pt

²⁹ O *factoring* era uma actividade parabancária. Com a entrada em vigor do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, no dia 01.01.1993, as sociedades de *factoring* passaram a ser instituições de crédito, o que não invalida que a sua actividade não seja parabancária. Mais à frente no nosso estudo temos o ponto 2.6.2. sobre a evolução das sociedades de *factoring*.

³⁰ SOARES, Quirino, *cit.*, pág. 121 e ss.

³¹ V. Art. 1.º do Decreto-Lei 56/86. Já o Decreto-Lei 46302 de 27 de Abril de 1965 identificava o contrato de *factoring* como uma das actividades parabancárias típicas. Como já mencionamos, a partir de 1993, as sociedades de *factoring* assumiram a designação de instituições de crédito. Porém, a actividade do *factoring* continua a ser uma actividade parabancária, ou mesmo bancária.

³² Para uma melhor abordagem a este artigo do Decreto-Lei 171/95, v. pág. 38 e ss.

transmissão das correspondentes facturas, suporte documental equivalente ou título cambiário. Parece-nos que não se retira que a cedência realizada no contrato de *factoring* é uma cedência de facturas. Embora estes documentos sejam importantes para a realização da cessão, certo é que existe uma transmissão de um crédito. Ou seja, o aderente cede ao factor créditos que detém sobre os seus devedores e não as correspondentes facturas. As facturas são um documento com forte finalidade fiscal e que documentam um crédito. Porém, este existe independentemente de factura. Deste modo, salvaguardando o devido respeito, acreditamos que a decisão judicial em análise, parte de um pressuposto que subverte a cessão financeira na sua natureza jurídica. A transmissão de um crédito não pode ficar dependente da transmissão da respectiva factura. A factura é somente “*um documento de segundo grau, pressupondo a existência de um negócio jurídico com base no qual é redigida*”³³ e não o crédito em si mesmo. Portanto, a factura, enquanto acto jurídico, é uma mera declaração de ciência³⁴.

2.1.3. PERSPECTIVA DOUTRINÁRIA

Na doutrina portuguesa, o contrato de *factoring* tem sido estudado por um número crescente de juristas. Naturalmente que o fomentar das cessões financeiras conjugado com os seus problemas correntes, tem estimulado vários juristas a analisarem este contrato atípico.

No âmbito deste nosso estudo, é fundamental identificarmos a natureza jurídica do contrato de *factoring*. Para esse efeito, cumpre fazer algumas aproximações à doutrina portuguesa, assim como a alguma doutrina internacional.

Para começar, uma breve abordagem à doutrina estrangeira pode revelar-se importante, até porque apenas podemos analisar mais à frente o

³³ VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos cit.*, pág. 273, nota de rodapé n.º 676, *in fine*

³⁴ VASCONCELOS, Luís Miguel, *op. cit, loc. cit.*

acórdão MKG se tivermos uma perspectiva geral do fenómeno da actividade do *factoring*.

A proximidade da cessão financeira e do seguro de crédito, proporcionou algumas considerações de JEAN BASTIN³⁵. Para este autor belga, o *factoring* é um misto de operações comerciais e financeiras³⁶. Porém, JEAN BASTIN analisa este contrato de uma forma comparativa com o seguro de crédito, pelo que nos vamos abstrair de expor neste momento a sua posição completa³⁷.

Na nossa pesquisa, encontramos um completo estudo de LUIS LAPIQUE, GONZALO LUCAS e JOSÉ LUIS REYS³⁸. Para estes autores, o contrato de *factoring* é um meio para melhorar a eficiência de uma empresa. Por conseguinte, consideramos pertinente salientar a sua definição deste contrato como “*Acuerdo en el que una de las partes presta un conjunto de servicios administrativos, financieros y de garantía de cobro a otra parte sobre las ventas que ésta realiza*”³⁹. Neste contexto, o contrato de *factoring* é entendido como uma prática reiterada de serviços a um cliente, sendo esses serviços de índole administrativa, financeira e de garantia. Deste modo, entendem estes autores que do contrato em análise resultam serviços prestados, mesmo quando está em causa a função de garantia da cobrança do crédito.

Ainda dentro de alguma doutrina estrangeira, podemos retirar que a cessão de créditos é o elemento fundamental no *factoring*. Aliás, para GIORGIO FOSSATI e ALBERTO PORRO, sem cessão de créditos, não existe *factoring*⁴⁰.

³⁵ BASTIN, Jean, *O Seguro de Crédito – A Protecção contra o Incumprimento*, Cosec, 1994, págs. 59 e ss.

³⁶ BASTIN, Jean, *op. cit., loc. cit.*

³⁷ Para uma melhor abordagem da relação entre o contrato de *factoring* e o seguro de crédito, v. ponto 2.8.6. da nossa exposição.

³⁸ LAPIQUE, Luis, LUCAS, Gonzalo e REYS, José Luis, *Factoring – Un medio para mejorar la eficiencia de la empresa*, estudo uruguaio publicado na internet, disponível em http://www.adm.com.uy/eventos/des2001/mayo2001/Presentation16_05_01.ppt

³⁹ LAPIQUE, Luis, LUCAS, Gonzalo e REYS, José Luis, slide de exposição n.º 5, disponível em http://www.adm.com.uy/eventos/des2001/mayo2001/Presentation16_05_01.ppt

⁴⁰ FOSSATI, Giorgio e PORRO, Alberto, *Il Factoring – aspetti economici, finanziari e giuridici*, terza edizione, giuffrè editore, 1985, pág. 168

Assim, estes autores italianos entendem que este contrato é consensual, sinalagmático e a título oneroso⁴¹.

Aliás, Itália tem uma estrutura empresarial muito semelhante à portuguesa, daí o sucesso da cessão financeira neste país. Acresce que, como alertou PESTANA VASCONCELOS, as empresas italianas recorrem ao contrato de *factoring* essencialmente pela sua vertente financeira, pelo que os serviços prestados pelo factor não são muito importantes⁴². Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, salienta que é a doutrina italiana que tem focado “o *incremento dos serviços do factor*”, nomeadamente enquanto segurador, expedidor, empresa de consultadoria e de estudos de mercado, empresa de publicidade, contencioso, empresa de contabilidade, entre outros⁴³.

Para finalizar a nossa pequena abordagem sobre o *factoring* em Itália, é importante referir que o maior problema jurisprudencial que este contrato levou para os tribunais italianos foi o debate relativamente à forma da notificação a efectuar ao devedor⁴⁴.

No Reino Unido, o contrato de *factoring* já começa a ser bastante desenvolvido pela doutrina. R. M. GOODE, define um factor como “*one who purchases debts due from trade costumers, causes notice of the assignment to be given to the debtors, collects in the accounts himself and, within defined limits, accepts the risks of debtor default by buying on a non recourse basis*”⁴⁵. Daqui decorre que este autor britânico entende que, regra geral, o contrato de

⁴¹ Referem estes autores italianos: “*Il contratto di factoring non è previsto dal nostro ordinamento positivo e la sua figura atipica lo pone fra i contratti inominati. Esso è un particolare contratto consensuale (perchè si forma col semplice consenso delle parti), sinallagmatico (poichè ciascuna parte si sottone ad un’obbligazione verso l’altra) e a titolo oneroso. Esso interessa quindi tre persone distinte:*

a) *il factor;*

b) *il cliente del factor;*

c) *Il debitore tale cliente.*” – V. FOSSATI, Giorgio e PORRO, Alberto, *Il Factoring, cit.*, pág. 21

⁴² VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos cit.*, pág. 91

⁴³ CORDEIRO, António Menezes, *Da Cessão cit.*, pág. 64

⁴⁴ Para um estudo mais aprofundado da jurisprudência italiana sobre a forma da notificação ao devedor, v. VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos cit.*, pág. 92. Para uma abordagem da notificação em Portugal, v. ponto 2.5. do nosso estudo.

⁴⁵ GOODE, R. M., *Commercial Law*, Penguin Books, pág. 858

factoring realizado no seu país é celebrado sem recurso, sendo que será com recurso quando os créditos não forem aprovados pelo factor.

Em França, a cessão financeira teve sérias dificuldades iniciais para se introduzir na prática comercial, nomeadamente devido à concorrência do desconto cambiário⁴⁶, à vontade das empresas protegerem o seu negócio e a uma desconfiança quanto aos poderes de controlo e investigação das sociedades de *factoring*⁴⁷.

Da doutrina francesa, destacamos PIERRE JUDE, que define *factoring* como uma técnica em virtude da qual uma organização especializada (neste caso, o factor) se compromete por contrato assumir de forma irrevogável, todos ou parte dos créditos comerciais de um fornecedor de bens ou serviços (o aderente)⁴⁸. Desta posição, destacamos a expressão “*técnica*” utilizada que não nos parece ser a mais indicada. MENEZES CORDEIRO salienta as fragilidades da doutrina francesa quanto ao estudo do *factoring*, essencialmente devido à tardia implementação neste país e falta de base legal que o sustente⁴⁹.

Salientamos também a importância da doutrina alemã, devido à recepção quase pioneira do contrato de *factoring* neste território. Em consequência, na Alemanha, os estudos e a jurisprudência⁵⁰ sobre este contrato estão mais avançados do que em qualquer outro país europeu. Aqui, o contrato de *factoring* traduz-se numa cessão global de créditos futuros, desde que determináveis.

⁴⁶ Quanto ao desconto cambiário e a cessão financeira, v. ponto 2.8.7. do nosso estudo, pág. 59

⁴⁷ VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos cit.*, pág. 85 e ss.

⁴⁸ JUDE, Pierre, *Technique et Pratique du Factoring*, Clet Editions Banque, 1984, pág. 10

⁴⁹ CORDEIRO, António Menezes, *Da Cessão cit.*, pág. 51 e ss. – O contrato de *factoring* em França está sustentado na subrogação, porque o instituto da cessão de créditos francês não é compatível com a cessão em massa, devido à forma que a lei impõe para a notificação do devedor. O art. 1690.º do *Code Civil* estabelece que a notificação deve ser judicial e realizada por um oficial de diligências. Assim sendo, a forma desta notificação impede que a cessão financeira possa ser uma cessão de créditos na ordem jurídica francesa. Para uma melhor análise deste tema, v. JUDE, Pierre, *Technique et Pratique du Factoring, cit.*, pág. 16 e ss. e VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos loc. cit.*

⁵⁰ Na Alemanha, a doutrina e a jurisprudência têm um problema acrescido: neste país, os fornecedores apenas vendem a crédito mediante reserva de propriedade sobre os bens alienados, até efectivo e integral pagamento.

Na Alemanha, a cessão financeira tem essencialmente três funções: função de financiamento, função de seguro e função de prestação de serviço⁵¹. A conjugação destas funções vai criar várias modalidades de contrato de *factoring*. Em virtude do acórdão MKG ser decisão de uma decisão a título prejudicial requerida pelo Tribunal Alemão, cumpre-nos fazer referência às duas modalidades de contrato de *factoring* neste país. Por um lado, temos o *factoring* próprio (*echte Factoring*)⁵², no qual temos uma transferência do risco de incumprimento do devedor. Assim, nesta modalidade, estaríamos, para uma parte da doutrina alemã, perante uma compra e venda de créditos. Por outro lado, o *factoring* impróprio (*unechte Factoring*), onde o factor não assume o risco de inadimplência. A sua natureza seria a de um empréstimo⁵³.

Em Portugal, os estudos sobre a cessão financeira começam a aumentar de forma proporcional à importância que este contrato tem vindo a adquirir em nosso país.

Um estudo importante sobre o contrato de *factoring* foi o de TERESA ANSELMO VAZ em 1987⁵⁴. Esta autora sublinha que a relação contratual entre o factor e o aderente determina a aquisição de créditos do segundo pelo primeiro, sendo que o factor obriga-se ainda a prestar serviços ao aderente⁵⁵. Aliás, esta autora, perante a complexidade do contrato de *factoring*, afirma mesmo que esta actividade “engloba uma série de obrigações que, isoladamente consideradas, se integrariam em negócios jurídicos distintos, como sejam a compra e venda e o mútuo”⁵⁶, sendo que salvaguarda que este contrato deve ser tomado num “contexto unitário”⁵⁷.

⁵¹ CORDEIRO, António Menezes, *Da Cessão cit.*, pág. 45

⁵² *Factoring* próprio e *factoring* impróprio são as expressões utilizadas na tradução portuguesa do acórdão MKG.

⁵³ CORDEIRO, António Menezes, *Da Cessão, cit.*, pág. 42 e ss.

⁵⁴ VAZ, Teresa Anselmo, “O contrato de *Factoring*”, *Revista da Banca*, 1987

⁵⁵ VAZ, Teresa Anselmo, “O contrato de *Factoring*”, *cit.*, pág. 53

⁵⁶ VAZ, Teresa Anselmo, “O contrato de *Factoring*”, *cit.*, pág. 55

⁵⁷ VAZ, Teresa Anselmo, *loc. cit.*

Importa salientar que se retira do estudo em análise que na actividade de *factoring* há uma cessão de créditos comerciais de empresas⁵⁸. MENEZES CORDEIRO também reforça esta ideia quando menciona que a cessão financeira tem uma natureza comercial⁵⁹. Esta natureza resulta do facto de apenas recorrerem ao *factoring* comerciantes ou sociedades comerciais, ou por ser um contrato objectivamente comercial⁶⁰. Para mais, este último autor afirma ainda que a cessão financeira é um contrato bancário, na medida em que é praticada por instituições de crédito⁶¹.

Neste sentido, PESTANA VASCONCELOS configura o contrato de cessão financeira como um contrato em que *“uma das partes (...) transfere ou se obriga a transferir ao outro contraente (...) a totalidade ou parte dos seus créditos comerciais a curto prazo (30, 90 ou 180 dias), presentes ou futuros, resultantes da venda ou prestação de serviços, da totalidade ou de parte (...) dos seus clientes”*⁶². Este autor vai acrescentar que a referida transmissão de créditos vai ter como objectivo a administração e cobrança pelo factor e a eventual concessão de adiantamentos sobre o valor dos créditos cedidos, a que se vai acrescer a assunção do risco de rédito por parte do factor⁶³. Daqui, ao contrário do que sustenta TERESA ANSELMO VAZ, não resulta qualquer promessa de compra e venda de créditos do aderente para o factor.

Parece ser aceite pela nossa doutrina que a função de financiamento é fundamental na estrutura da cessão financeira. Aliás, Pinto Monteiro e Carolina Cunha sublinham, inclusivamente, que *“a característica mais saliente do*

⁵⁸ VAZ, Teresa Anselmo, *cit.*, pág. 57. Esta autora define contrato de *factoring* como a *“convenção pela qual uma das partes (aderente) se obriga a ceder à outra (factor) a totalidade dos créditos a curto prazo, presentes e futuros, provenientes da sua actividade comercial (sublinhado nosso) conexos com o fornecimento de bens ou prestação de serviços, vinculando-se, por sua vez, esta última a proceder à cobrança dos créditos assim cedidos, podendo, além de assumir o risco do não cumprimento por parte do devedor cedido, reembolsar antecipadamente à data do seu vencimento o respectivo montante”*.

⁵⁹ CORDEIRO, António Menezes, *Da Cessão, cit.*, pág. 17

⁶⁰ CORDEIRO, António Menezes, *loc. cit.* – cfr. ABREU, Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, Almedina, 2000, pág. 40 e ss.

⁶¹ CORDEIRO, António Menezes, *loc. cit.* – Analisar ainda ponto 2.6.2. do nosso estudo, onde analisamos com maior pormenor as sociedades de *factoring*, pág. 40

⁶² VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos cit.*, pág. 19 e ss.

⁶³ VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos cit., loc. cit.*

*factoring em Portugal é, sem dúvida, a sua indissociabilidade da ideia de financiamento*⁶⁴, pelo que se retira daqui o papel que os adiantamentos assumem neste tipo de contrato.

Passamos agora para a análise sumária das vantagens e desvantagens do contrato de *factoring*.

Segundo ANTÓNIO SARMENTO BATISTA, as vantagens deste contrato são as seguintes⁶⁵:

1. Possuírem os factores um grupo de profissionais com experiência em cobranças e muita informação e meios ao seu alcance;
2. Permite uma melhor gestão de tesouraria para os aderentes;
3. Garante poupanças para os aderentes por entregarem todo o processo de cobrança ao factor.

Pelo contrário, este mesmo autor apresenta como desvantagens do *factoring*⁶⁶:

1. O problema de os aderentes eventualmente perderem clientes⁶⁷;
2. As dificuldades que podem causar as suspensões dos créditos relativamente aos clientes menos cumpridores.

Independentemente da análise das vantagens e desvantagens, este autor salienta que as duas funções básicas do *factoring* são o procedimento de cobrança e o meio de financiamento disponibilizado⁶⁸, pelo que salienta a prestação de serviços e a função financeira do factor.

⁶⁴ MONTEIRO, António Pinto e CUNHA, Carolina, *Sob o Contrato cit.*, pág. 5

⁶⁵ BATISTA, António Sarmiento, *A Gestão do Crédito como Vantagem Competitiva, Vida Económica*, 2.ª Edição, 1996, pág. 252 e 253.

⁶⁶ BATISTA, António Sarmiento, *A Gestão cit., loc. cit.*

⁶⁷ Como aliás já referia MENEZES CORDEIRO. v. CORDEIRO, António Menezes, *Da Cessão, cit.*, pág. 15

⁶⁸ BATISTA, António Sarmiento, *A Gestão cit., loc. cit.*

Torna-se fundamental, neste momento, aferir também da questão da tipicidade e atipicidade do contrato de *factoring* em Portugal. Para PINTO MONTEIRO e CAROLINA CUNHA, este contrato detém uma tipicidade social, na medida em que se manifesta na realidade social de forma constante e reiterada⁶⁹. Quanto a esta tipicidade, parece que a generalidade da doutrina não tem qualquer dúvida. Estas surgem, porém, quanto à sua (a)tipicidade legal. PINTO MONTEIRO e CAROLINA CUNHA defendem⁷⁰ que a existência de um tipo legal não implica um tipo obrigatoriamente fechado, na medida em que as fronteiras da sua existência não devem ser estanques. Estes autores argumentam que a legislação específica deste contrato abraça “*um núcleo essencial, ainda que mínimo*”⁷¹, com base no qual se individualiza o tipo legal do contrato de *factoring*. Pelo contrário, autores como MENEZES CORDEIRO. Sustentam que, apesar da existência de um diploma legal afecto ao *factoring*, deste resultam elementos insuficientes para a mera definição legal deste contrato. O *factoring* permanece, assim, estruturalmente atípico⁷².

2.1.4. CONCLUSÕES

Julgamos ter identificado as dificuldades na conceitualização deste contrato em todas as vertentes: prática, jurisprudencial e doutrinal. Posto isto, vamos entender que o contrato de *factoring* traduz-se num contrato pelo qual duas partes (um factor e um aderente) acordam manter uma relação contratual permanente, que implica a obrigação do aderente ceder a totalidade ou parte dos créditos sobre os seus devedores, com vista a que a sua gestão e cobrança seja efectuada pelo factor, e a obrigação deste último aceitar a sua cessão, dentro dos pressupostos previamente acordados, prestando ao

⁶⁹ MONTEIRO, António Pinto e CUNHA, Carolina, *Sob o Contrato cit.*, pág. 13.

⁷⁰ MONTEIRO, António Pinto e CUNHA, Carolina, *Sob o Contrato cit.*, pág. 15 e ss.

⁷¹ MONTEIRO, António Pinto e CUNHA, Carolina, *Sob o Contrato cit.*, pág. 20

⁷² CORDEIRO, António Menezes, *Da Cessão, cit.*, pág. 17

aderente os referidos serviços de gestão e cobrança e, quando solicitado, adiantamentos sobre os créditos cedidos. O factor é remunerado através das comissões de *factoring* e de garantia e os juros sobre os adiantamentos. De salientar que um contrato de *factoring*, seja qual for a sua modalidade, implica sempre, no mínimo, uma prestação de serviços de cobrança.

2.2. O CONTRATO-QUADRO

A estrutura do *factoring* está alicerçada num contrato-quadro. Assim sendo, antes de começarmos a nossa análise ao contrato de *factoring* propriamente dito, temos de explorar um pouco o conceito contrato-quadro.

O contrato-quadro é o negócio jurídico que dá início às relações entre aderente e factor e aos consequentes “*contratos de segundo grau*”⁷³. Este tipo de contrato gera a obrigação de as partes celebrarem, no futuro, contratos condicionados ao que foi anteriormente estipulado. Como refere PESTANA DE VASCONCELOS, “*o contrato-quadro desempenha (...) uma importante função organizatória das relações entre as partes, tanto presentes como futuras, sendo mesmo o instrumento organizatório por excelência*”⁷⁴. Daqui decorre que todas as relações contratuais futuras entre aderente e factor vão estar numa posição de dependência face ao que foi acordado no contrato-quadro. Assim, é neste contrato que se vão estabelecer as condições em que as cessões dos créditos se vão realizar.

A relação duradoura que resulta deste contrato organizatório vai estabelecer a necessidade de se fazer acompanhar, como sustenta MENEZES CORDEIRO⁷⁵, de fortes deveres de lealdade e de cooperação. Aliás, mesmo R. M. Goode refere que “*Relations between the factor and the trader (client) are governed by a detailed master agreement (...) which regulates the terms upon which the factor will purchase receivables due to the client from those to whom he supplies goods or services (costumers)*”⁷⁶.

Por conseguinte, defende-se aqui a tese de que existe, previamente à efectivação das diversas cessões de créditos, um contrato organizatório, em

⁷³ Expressão utilizada por PESTANA DE VASCONCELOS e que corresponde aos contratos posteriores onde se estabelecem a transferência dos créditos (contratos analisados no ponto seguinte da nossa exposição) – v. VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos cit.*, pág. 355 e ss.

⁷⁴ VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos cit.*, pág. 162

⁷⁵ CORDEIRO, António Menezes, *Da Cessão cit.*, pág. 82

⁷⁶ GOODE, R. M., *loc. cit.*

oposição com as ideias amparadas por alguma doutrina, que tem entendido que o *factoring* é um contrato promessa de cessão de créditos⁷⁷. Aliás, TERESA ANSELMO VAZ menciona que o contrato de *factoring* é um contrato de execução continuada⁷⁸, consubstanciando-o como uma promessa unilateral de cessão de créditos⁷⁹.

Concluindo, a estrutura do contrato-quadro serve como suporte para as futuras relações entre o factor e o aderente. Assim, temos um contrato de cessão financeira que tem um papel organizatório relativamente a posteriores cessões de créditos entre as partes.

⁷⁷ Alguma doutrina defende que o contrato de *factoring* estabelece uma cessão de créditos futuros, desde que determináveis. Dentro deste contexto, a cessão seria válida com a consequente transmissão dos créditos, quando estes surgissem na esfera jurídica do cedente (aderente). O envio das facturas ou dos títulos cambiários seriam obrigações acessórias contratualmente acordadas. – v. MONTEIRO, António Pinto e CUNHA, Carolina, “*Sob o Contrato de Cessão Financeira ou de «Factoring»*”, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Volume Comemorativo, Coimbra, 2002, pág. 22

⁷⁸ VAZ, Teresa Anselmo, “*O contrato de Factoring*”, *cit.*, pág. 61

⁷⁹ VAZ, Teresa Anselmo, “*O contrato de Factoring*”, *cit.*, pág. 88

2.3. CESSÃO DE CRÉDITOS COM RECURSO

Após a celebração do contrato-quadro entre o aderente e o factor, ficamos perante quatro modalidades possíveis para a transmissão dos créditos. Começamos pela primeira modalidade dos “*contratos de segundo grau*” – contratos de factoring com recurso. Dentro desta modalidade, podemos fazer uma distinção em duas sub-modalidades: contrato com recurso e antecipação e contrato com recurso e sem antecipação.

Cumpre-se agora expor as referidas sub-modalidades:

2.3.1. O CONTRATO DE *FACTORING* COM RECURSO E COM ANTECIPAÇÃO

Neste tipo de contrato, temos uma cessão de crédito com direito de regresso do factor sobre o aderente. Deste modo, assegura o factor que, em caso de incumprimento por parte do devedor, o crédito seja retransmitido ao aderente, sendo debitado da conta corrente deste o seu valor e a comissão de cessão financeira⁸⁰. O aderente garante o cumprimento por parte do devedor na data estipulada para o vencimento do crédito. Aliás, como sustenta PESTANA VASCONCELOS, o factor não precisa de recorrer à via judicial para provar a falta de meios do devedor para cumprir, pelo que lhe bastará a mora deste último para que possa exercer o seu direito de regresso sobre o aderente⁸¹.

No contrato de *factoring* com recurso pode haver antecipações por conta do crédito cedido. Nestas situações, o contrato pode prever que o factor, sempre que solicitado para tal pela contraparte⁸², proceda a adiantamentos sobre o valor nominal do crédito até determinado montante, que nunca poderá

⁸⁰ VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos*, cit., pág. 334

⁸¹ VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos*, cit., pág. 335

⁸² Em Itália, pese embora os contratos estipulem que o adiantamento tem de ser solicitado pelo aderente, o que acontece é que as sociedades de *factoring*, aquando da aprovação do crédito, procedem prontamente ao adiantamento. – v. VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos*, cit., pág. 96

exceder a posição credora do aderente⁸³. Aqui, haverá lugar a pagamento dos juros sobre o adiantamento.

Assim, conclui-se que um contrato com estas características satisfaz duas finalidades fundamentais: a gestão e a cobrança de créditos e o financiamento do aderente. A primeira traduz-se claramente numa prestação de serviços e a segunda num contrato de mútuo⁸⁴. Acrescentamos que PESTANA VASCONCELOS atribui correspectividade entre a obrigação da cobrança e gestão dos créditos por parte do factor e a obrigação de pagar a respectiva comissão por parte do aderente. Este autor realça, ainda, correspectividade existente entre a concessão de adiantamentos e o pagamento de juros sobre esses adiantamentos. Desta maneira, PESTANA VASCONCELOS fundamenta a existência de um sinalagma nas obrigações que resultam deste tipo de contrato de *factoring*⁸⁵.

2.3.2. O CONTRATO DE *FACTORING* COM RECURSO E SEM ANTECIPAÇÃO

Este contrato tem uma amplitude de finalidades inferior ao anterior. Aqui, o factor e o aderente celebram um contrato no âmbito do qual o segundo cede ao primeiro um crédito com o objectivo de proceder à gestão e cobrança deste último. Neste caso, o factor não tem a obrigação de garantir o risco de incumprimento do devedor, nem de proceder a qualquer adiantamento.

Se houver incumprimento por parte do devedor, o crédito será retransmitido para o aderente, sendo cobrada uma comissão de cessão financeira. Acresce que o factor deve prestar todas as informações sobre a sua actuação com vista à cobrança do crédito cedido, na medida em que temos uma mera obrigação de meios e não de resultado.

⁸³ v. art. 7.º, n.º 2 do Decreto-Lei 171/95 e ponto 2.6.1. do presente estudo

⁸⁴ VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos*, cit., pág. 379; ver ainda VAZ, Teresa Anselmo, *O Contrato*, cit., pág. 71 e UVA, João de Sousa *Factoring – Um Instrumento de Gestão*, Texto Editora, 1991, pág. 17. Este último refere que o factor é um prestador de serviços e um intermediador financeiro.

⁸⁵ VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos*, cit., pág. 378 – Neste mesmo sentido, v. também MONTEIRO, António Pinto e CUNHA, Carolina, “*Um Exemplo das Novas Tendências do Direito Comercial: O contrato de locação financeira entre a origem civilística e a comercialidade*”, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Texto n.º 530, pág. 27

Nesta versão do contrato de *factoring* é importante o acentuar da função de gestão e cobrança de créditos por parte do factor. Aqui, não existe qualquer função financeira. O aderente não recorre aos serviços de *factoring* com vista a obter financiamento, mas sim com o objectivo de garantir uma melhor gestão e cobrança dos seus créditos, assim como o de diminuir o peso da sua carga administrativa.

PESTANA VASCONCELOS entende, quanto a esta categoria do contrato de *factoring*, que estamos perante um mandato comercial sem representação⁸⁶. Neste contrato, uma das partes (o factor) obriga-se a praticar actos jurídicos de administração e cobrança, por conta de outrem (o aderente), sendo que, para esse efeito, o aderente lhe transmite a titularidade do crédito⁸⁷. Assim, a transmissão do crédito é um elemento do próprio contrato.

⁸⁶ VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos, cit.*, pág. 406

⁸⁷ VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos, cit.*, pág. 401 – Para uma análise mais completa sobre o contrato de *factoring* com recurso sem antecipação e o mandato, v. op. cit., pág. 394 e ss.

2.4 O CONTRATO DE *FACTORING* SEM RECURSO

O contrato de *factoring* tem ainda uma outra modalidade bastante mais complexa quanto ao âmbito das suas funções. Neste sentido, passamos a fazer uma exposição sobre o contrato de *factoring* sem recurso, que também existe em duas sub-modalidades:

2.4.1. O CONTRATO DE *FACTORING* SEM RECURSO E COM ANTECIPAÇÃO

Aqui temos uma cessão financeira na qual o aderente cede um crédito, sem que o factor tenha direito de regresso, solicitando de seguida, nos termos do contrato celebrado, um adiantamento por conta desse crédito. Após o vencimento do crédito, com o cumprimento do devedor, o factor coloca à disposição do aderente o restante montante não adiantado sobre esse crédito. Dessa quantia, são subtraídas as comissões de cobrança e de garantia e os juros sobre o adiantamento. Em caso de incumprimento do devedor, o factor, após um período de mora previamente acordado, paga o restante montante não adiantado ao qual é deduzido as referidas comissões e juros⁸⁸.

Deste tipo de contrato resulta então um elemento importante: a garantia que é prestada pelo factor. Assim, este contrato distingue-se dos acima referidos porque existe aqui uma função de seguro de crédito – a “*garantia factoring*”⁸⁹.

Quanto à qualificação deste contrato, é pertinente fazer uma pequena aproximação à figura da compra e venda de créditos, sustentada pela maioria da doutrina alemã⁹⁰. Para estes autores, estaríamos perante uma “*típica troca de direito pelo preço*”⁹¹. Aqui, a antecipação seria somente o adiantamento do

⁸⁸ VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos cit.*, pág. 341

⁸⁹ Expressão utilizada por PESTANA VASCONCELOS - VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos cit.*, pág. 412

⁹⁰ Esta questão é importante para melhor compreensão do acórdão MKG.

⁹¹ VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos cit.*, pág. 413

preço acordado⁹². PESTANA VASCONCELOS critica esta posição da doutrina alemã, na medida em que não seria de aceitar que o aderente “*trocasse um crédito por montante pecuniário inferior ao valor nominal do direito cedido, pagando ainda uma comissão de cessão financeira, uma comissão de garantia e os juros*”⁹³.

Conclui-se, deste modo, que este contrato é o mais completo no seio da figura da cessão financeira. Engloba todas as suas funções, pelo que os aderentes procuram este contrato quando pretendem descentralizar a gestão e a cobrança dos seus créditos para o factor, obter uma garantia contra o risco de incumprimento dos seus devedores e garantir financiamentos. Assim, temos presentes simultaneamente um contrato de mandato, uma fiança comercial e um contrato de mútuo⁹⁴.

2.4.2. O CONTRATO DE *FACTORING* SEM RECURSO E SEM ANTECIPAÇÃO

Neste contrato, o aderente vai ceder ao factor créditos a curto prazo sobre os seus devedores para que este proceda à sua gestão e cobrança. Como contrapartida, o factor recebe uma comissão, calculada sobre o valor do crédito. Se o devedor não cumprir, o factor entrega ao aderente o valor do crédito, ao qual vai retirar, para além da mencionada comissão, uma quantia suplementar por garantir o risco de incumprimento do devedor⁹⁵. Assim, esta modalidade assume a dupla natureza de mandato e fiança⁹⁶.

Daqui se retira alguma proximidade do *factoring* com o seguro de crédito⁹⁷.

⁹² VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos loc. cit.*

⁹³ VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos cit.*, pág. 414 e ss.. Ver também outras críticas à doutrina da compra e venda – *loc. cit.*

⁹⁴ VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos loc. cit.*

⁹⁵ Garantia esta que PESTANA VASCONCELOS designa de comissão de garantia.

⁹⁶ VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos cit.*, pág. 406 e ss.

⁹⁷ V. Ponto 2.8.6. do nosso estudo, pág. 50, onde nos debruçamos sobre as semelhanças entre o seguro de crédito e o *factoring*. Analisar também VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos cit.*, pág. 403 e ss.

Muitas vezes, porém, os contratos de *factoring* celebrados sem recurso e sem antecipação sofrem, por acordo das partes, uma mutação na sua natureza, passando a abranger antecipações. É uma mera evolução do contrato que é estimulada pelo aderente que, por vezes, sente necessidades de tesouraria e requer um adiantamento sobre os créditos cedidos.

Outras vezes, o aderente não tem mesmo interesse no financiamento. Assim, recorrendo a este tipo de contrato de *factoring*, as empresas pretendem descentralizar as suas funções de cobrança e gestão de dívidas para o factor e garantir que o risco de incumprimento do devedor corra por conta deste ente financeiro. É, desta forma, um contrato que pode ser bastante útil para empresas médias, com uma pequena base administrativa e uma grande facturação. Com este contrato conseguem obter uma maior eficácia na cobrança dos seus créditos, ter gastos administrativos mais reduzidos e assegurar que o factor garanta o incumprimento dos seus devedores a curto prazo.

2.5. A NOTIFICAÇÃO

Numa análise rigorosa do contrato de *factoring*, torna-se importante destacar **o papel da notificação ao devedor do aderente**, por forma a que a cessão de créditos possa produzir os seus efeitos jurídicos.

Dispõe o art. 583.º, n.º 1 do CC⁹⁸ que a cessão de créditos produz efeitos em relação ao devedor apenas quando lhe for notificada, ou quando for por este aceite. Porém, o n.º 2 do mesmo artigo salvaguarda que se o devedor pagar ao cedente ou celebrar com este algum negócio jurídico sobre o crédito antes da notificação ou da aceitação, este pagamento ou negócio é oponível ao cessionário se este provar que o devedor tinha conhecimento da cessão.

Normalmente, na prática, a notificação feita ao devedor é realizada quer pelo factor, quer pelo aderente. Assim, os devedores têm sido notificados duas vezes. Esta referência é importante, na medida em que a notificação poderia ser feita quer pelo cedente, quer pelo cessionário⁹⁹. No entanto, nos contratos de *factoring* está estipulado, regra geral, que a notificação deve ser efectuada pelo aderente.

Quanto à forma, ao contrário do que acontece noutras ordens jurídicas¹⁰⁰, a notificação ao devedor pode ser judicial ou extrajudicial. Deste modo, como referem PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, para que possamos considerar que houve notificação, bastará uma simples declaração negocial nos termos do art. 217.º do CC¹⁰¹.

⁹⁸ Devemos referir que, como sustenta CAROLINA CUNHA, a cessão de créditos regulada no CC foi concebida para transmissões isoladas, cuja composição de interesses é diferente daquela que resulta de contratos de *factoring*, pois aqui a cessão é um mero veículo à prestação de determinados serviços. v. CUNHA, Carolina, “*Contrato de Factoring: Quem Paga Mal, Paga Duas Vezes? - Acórdão do STJ de 26.09.2002, Proc. 1460/02*”, Cadernos de Direito Privado, n.º 3, Julho/Setembro de 2003, pág. 48.

⁹⁹ Neste sentido, v. LIMA, Pires de e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 1987, anotação ao art. 583.º, pág. 599. Acresce ainda que a responsabilidade da notificação é quase sempre aderente por via do estipulado no contrato.

¹⁰⁰ Nomeadamente na francesa – v. ponto 2.1.3. do nosso estudo, pág. 20

¹⁰¹ LIMA, Pires de e VARELA, Antunes, *Código loc. cit.*

Outro problema que cada vez mais se torna comum é a cedência de um crédito a mais do que uma pessoa¹⁰². O art. 584.º CC visa evitar que tal situação se torne frequente, determinando que nestas situações prevalece a cessão que for notificada em primeiro lugar ao devedor, ou que por este tenha sido aceite. O legislador pretendeu dar uma “*importância capital*”¹⁰³ à notificação, pois nestas situações define qual a cedência de créditos que deverá produzir os seus efeitos jurídicos.

Em consequência, quando um aderente cede os seus créditos a mais do que um factor, apenas produz efeitos, como vimos, a cedência notificada em primeiro lugar. Deste modo, a sociedade de *factoring* que não tenha sido a primeira a notificar o devedor, terá de ser ressarcida de todos os danos sofridos pelo incumprimento contratual. A isto acresce que os contratos de *factoring* costumam conter cláusulas de exclusividade do aderente, sendo que a violação desta cláusula é também passível de gerar responsabilidade contratual do cedente¹⁰⁴. Acresce que os contratos de *factoring* costumam conter cláusulas de exclusividade com os seus aderentes, pelo que estes não podem ceder créditos a outro factor, daí que o incumprimento contratual pode ser também gerado pela violação desta cláusula.

Similarmente, no Reino Unido, refere R. M. Goode, “*The factor wins unless the subsequent assignee advanced without notice of the factoring agreement and was the first to give notice of the assignment to the debtor concerned*”¹⁰⁵.

Outra questão importante, é a dos meios de defesa oponíveis pelo devedor. Nos termos do disposto no art. 585.º CC, “*o devedor pode opor ao cessionário, ainda que este os ignorasse, todos os meio de defesa que lhe seria lícito invocar contra o cedente, com ressalva dos que provenham de facto*

¹⁰² Neste caso, a cedência a mais do que uma sociedade de *factoring*.

¹⁰³ LIMA, Pires de e VARELA, Antunes, *Código, cit.*, anotação ao art. 584.º, pág. 600

¹⁰⁴ VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos, cit.*, pág. 299 – Para este Autor, o cedente que transmite duas vezes o mesmo crédito, dispõe de um direito alheio. Neste sentido, faz referência ao facto de se aplicar às transmissões de créditos comerciais o disposto no art. 467.º, n.º 2 do Código Comercial.

¹⁰⁵ GOODE, R. M., *Commercial Law, cit.*, pág. 870

posterior ao conhecimento da cessão". O legislador português pretendeu proteger o devedor, munindo-o de todas as excepções que poderia opor ao cedente, relativamente ao cessionário. Apenas é aberta uma excepção quando o meio de defesa tenha origem num facto posterior à cessão. Assim, o art. 585.º *in fine* "*harmoniza-se*"¹⁰⁶ com o n.º 2 do art. 583.º, na medida em que são atribuídos efeitos jurídicos ao conhecimento da cessão por parte do devedor quando, regra geral, apenas se produzem com a sua notificação ou aceitação.

A relevância que tem o art. 7.º do Decreto-Lei 171/95 na estrutura do contrato de *factoring*¹⁰⁷ tem correspondência com o teor do art. 586.º CC. Neste último artigo está configurado que o cedente é obrigado a entregar ao cessionário os documentos e outros meios probatórios do crédito que estejam na sua posse e em cuja conservação não tenha interesse legítimo. Já o Decreto-Lei 171/95, no referido art. 7.º, especifica que esses documentos devem ser facturas¹⁰⁸ ou título cambiário. PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA afirmam que esta obrigação se destina a "*facilitar o exercício do direito cedido*"¹⁰⁹.

Importa agora, após esta exposição, discernir qual o momento em que o direito de crédito se transmite para a esfera jurídica do cessionário. Para este efeito, PESTANA VASCONCELOS distingue o momento da aquisição do direito com o da sua eficácia¹¹⁰. A cessão de créditos não será um negócio em si mesmo, mas um mero efeito de um determinado contrato, em que a transferência do crédito surgirá como uma prestação a que a contraparte fica vinculada a partir da conclusão do negócio¹¹¹. Desta forma, a notificação ou aceitação do devedor da cessão de créditos previamente acordada é um requisito de eficácia da transmissão do crédito relativamente a este. Pelo que a cessão será logo eficaz perante todos os terceiros, excepto aqueles que também adquiriram o mesmo crédito antes da sua notificação ou aceitação.

¹⁰⁶ LIMA, Pires de e VARELA, Antunes, *Código, cit.*, anotação ao art. 585.º, pág. 601

¹⁰⁷ v. ponto 2.3.1. do nosso estudo, pág. 28 e ss.

¹⁰⁸ Ou suporte documental equivalente

¹⁰⁹ LIMA, Pires de e VARELA Antunes, *Código, cit.*, anotação ao art. 586.º, pág. 602

¹¹⁰ VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos, cit.*, pág. 289

¹¹¹ VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos, cit.*, Pág. 292

Releva ainda o facto de ao cessionário serem transmitidas todas as garantias e outros acessórios do crédito cedido pela sua contraparte, salvo aqueles que dela sejam inseparáveis¹¹².

¹¹² Para um estudo mais aprofundado sobre este tema, v. VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos, cit.*, pág. 301 e ss. – v. ainda o art. 582.º CC

2.6. ENQUADRAMENTO LEGAL DO CONTRATO DE *FACTORING* E DAS SOCIEDADES DE *FACTORING*

É relevante, neste momento do nosso estudo analisar a evolução da lei portuguesa reguladora do contrato de cessão financeira e das sociedades de *factoring*. A sua relevância torna-se, actualmente, maior, pois Portugal é o único país europeu que tentou regular legislativamente a cessão financeira.

Para esse efeito vamos dividir o tema em duas partes distintas:

- o contrato de *factoring*;
- as sociedades de *factoring*.

2.6.1. QUANTO AO CONTRATO DE *FACTORING*

O contrato de *factoring* teve, pela primeira vez, um regime legal com o Decreto-Lei 56/86, de 18 de Março¹¹³. O seu art. 1.º dispunha que o *factoring* consiste na aquisição de créditos a curto prazo, derivados da venda de produtos ou da prestação de serviços nos mercados interno e externo. Este diploma estende a esta actividade “as acções complementares de colaboração da empresa que a ela se dedica com os seus clientes, designadamente de estudos dos riscos de crédito e de apoio jurídico, comercial e contabilístico à boa gestão dos créditos transaccionados”¹¹⁴.

O referido Decreto-Lei menciona que o factor devia pagar aos aderentes o valor dos créditos nas datas dos vencimentos destes ou na data de um vencimento médio presumido que fosse estipulado no contrato de *factoring*¹¹⁵. Podia, contudo, o factor pagar antecipadamente aos vencimentos a totalidade ou parte dos créditos cedidos ou possibilitar, mediante a prestação de garantia

¹¹³ Menezes Cordeiro constatou, durante a vigência deste diploma, que o direito português era o único que regulava a cessão financeira através de legislação avulsa. Todavia, este autor concluiu que deste Decreto-Lei não era possível retirar qualquer definição de *factoring* – v. CORDEIRO, António Menezes, *Da Cessão*, cit., pág. 16

¹¹⁴ v. art. 1.º, n.º 2 do Decreto-Lei 56/86, de 18 de Março

¹¹⁵ v. art. 4.º, n.º 1 do Decreto-Lei 56/86, de 18 de Março

ou outro meio idóneo, a cobrança antecipada por intermédio de instituições bancárias¹¹⁶. No entanto, o legislador português entendeu que era importante impedir que o *factoring* se transformasse num mero contrato de mútuo, pelo que estabeleceu que os pagamentos antecipados de créditos pelo factor não poderiam exceder a posição credora do aderente na data da efectivação do pagamento¹¹⁷.

Quanto à forma de pagamento dos seus serviços, o factor far-se-ia cobrar através de comissões de *factoring* calculadas sobre o montante dos créditos adquiridos, juros, nos casos de pagamento antecipado ou comissões de garantia¹¹⁸. Competia ao Banco de Portugal regular as comissões e os juros a cobrar pelo factor. Assim, eram frequentes os Avisos do Banco de Portugal reguladores da actividade do *factoring* durante a vigência do Decreto-Lei 56/86.

Este diploma regulava quer o contrato de *factoring*, quer as sociedades de *factoring*. Com o aparecimento do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF)¹¹⁹ que passou a regular estas sociedades, muitas das suas normas se tornaram obsoletas, conduzindo ao surgimento do Decreto-Lei 171/95, de 18 de Julho.

Começando pelo preâmbulo deste último diploma, o legislador defende a clarificação e desregulamentação do contrato de *factoring*. No seu art. 2.º, o *factoring* é equiparado à cessão financeira. Porém, os conceitos mais importantes estão no seu art.º 7¹²⁰. Neste artigo, é imposta a forma escrita ao contrato. Assim, este contrato deve ser sempre celebrado por escrito e dele deve constar também o conjunto de relações do factor com cada aderente. Como elemento estruturante, acrescentamos ainda que a transmissão de créditos no âmbito de contratos de *factoring* deve ser acompanhada de facturas

¹¹⁶ v. art. 4.º, n.º 2 do Decreto-Lei 56/86, de 18 de Março

¹¹⁷ v. art. 4.º, n.º 3 do Decreto-Lei 56/86, de 18 de Março

¹¹⁸ v. art. 5.º, n.º 1 do Decreto-Lei 56/86, de 18 de Março

¹¹⁹ Diploma aprovado pelo Decreto-Lei 298/92, de 31 de Dezembro, com a última alteração pelo Decreto-Lei 201/2002, de 26 de Setembro

¹²⁰ Corresponde, com pequenas alterações, ao art. 3.º do Decreto-Lei 56/86

ou da transmissão de outro suporte documental ou título cambiário¹²¹, sendo que o Decreto-Lei 171/95 veio acrescentar a este artigo estes títulos de crédito.

2.6.2. QUANTO ÀS SOCIEDADES DE *FACTORING*

O Decreto-Lei n.º 46.302, de 27 de Abril, fez a primeira referência da lei portuguesa às sociedades de *factoring*. Neste diploma, as instituições que exerciam a actividade de *factoring* foram qualificadas como parabancárias, passando a ser regidas pelo regime que era aplicável a estas últimas.

Apenas em 1986, devido ao Decreto-Lei 56/86, passou a existir um regime específico para as sociedades de *factoring*, pese embora o diploma continuasse ainda a atribuir a esta actividade o estatuto de parabancária¹²². Durante a vigência deste Decreto-Lei, as sociedades de *factoring* tinham de ter como objecto social exclusivo o exercício da actividade de *factoring*. Segundo o seu art. 6.º, estas sociedades deviam constituir-se sob a forma de sociedade anónima. Acresce que o seu capital social de ser realizado em, pelo menos, 100.000 contos (sem prejuízo de realizações em outro tipo de bens acima deste valor)¹²³. Estabelecia o art. 8.º do Decreto-Lei 56/86 que seriam obrigatoriamente nominativas ou ao portador (registadas) as acções representativas de, pelo menos, 80% do capital social. Este mesmo artigo, no seu n.º 2, salvaguardava que nenhum accionista poderia deter, directamente ou por interposta pessoa, mais de 20% do capital social de uma sociedade de *factoring*.

Ainda durante a vigência do Decreto-Lei 56/86, a constituição de uma sociedade de *factoring* necessitava de autorização do Ministério das Finanças, concedida mediante Portaria¹²⁴. Para a concessão da referida autorização era necessário um parecer favorável do Banco de Portugal e que se verificassem

¹²¹ Como já foi analisado no ponto 2.1.2. da nossa exposição, este art. 7.º, n.º 2 pode causar alguns problemas na interpretação da importância do documento que acompanha o crédito. O STJ já afirmou que o *factoring* se traduz numa cedência de facturas – v. *supra* pág. 17.

¹²² v. Preâmbulo e arts. 1.º e 2.º do Decreto-Lei 56/86, de 18 de Março

¹²³ v. art. 7.º do Decreto-Lei 56/86, de 18 de Março

¹²⁴ v. art. 9.º do Decreto-Lei 56/86, de 18 de Março

necessidades económico-financeiras nacionais, regionais ou locais. Quanto a demais critérios, encontravam-se especificados no art. 10.º, n.º 2.

Com o RGICSF, passaram a existir dois tipos de entidades financeiras: as instituições de crédito e as sociedades financeiras. Neste diploma, as sociedades de *factoring* foram incluídas na categoria de instituições de crédito. Desta forma, as disposições do Decreto-Lei 56/86 quanto a estas sociedades tornaram-se conflituantes com o RGICSF.

Posto isto, apenas as sociedades de *factoring* e os bancos podem praticar a cessão financeira. O art. 8.º do RGICSF impõe, aliás, um princípio da exclusividade da prática desta actividade. Devemos acrescentar também que as sociedades acima referidas continuam a adoptar a forma de sociedade anónima¹²⁵. PESTANA VASCONCELOS acrescenta ainda que os contratos de cessão financeira são actos objectivamente comerciais, pelo que as sociedades de *factoring* são, inerentemente, sociedades comerciais¹²⁶.

As sociedades de cessão financeira apenas se podem financiar através de fundos próprios ou dos seguintes recursos¹²⁷:

1. Emissão de obrigações de qualquer espécie;
2. Financiamentos concedidos por outras instituições de crédito;
3. Suprimentos e outras formas de empréstimos e adiantamentos entre uma sociedade e os respectivos sócios e as operações de tesouraria, quando legalmente permitidas, entre sociedades que se encontrem numa relação de domínio ou de grupo.

Assim, relativamente à regulamentação das sociedades de *factoring*, no RGICSF, o legislador português tentou libertá-las da rigidez do Decreto-Lei 56/86. O actual Decreto-Lei 171/95 demitiu-se, em grande parte, de disciplinar os aspectos mais relevantes destas sociedades, pois passou a aplicar-se-lhes o RGICSF¹²⁸. Aliás, como sustenta MENEZES CORDEIRO, normalmente os

¹²⁵ V. art. 14.º, n.º 1, al. b) do RGICSF

¹²⁶ Para melhor analisar esta questão, v. VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos, cit.*, pág. 124 e ss.

¹²⁷ v. art. 5.º do Decreto-Lei 171/95, de 18 de Julho.

¹²⁸ Neste mesmo sentido, v. MONTEIRO, António Pinto e CUNHA, Carolina, *Sobre o Contrato cit.*, pág. 22

bancos, embora possam exercer a actividade de *factoring*, optam por criar suas afiliadas para esse exercício¹²⁹. Este autor defende ainda a exclusividade da actividade da cessão financeira para as sociedades de *factoring*¹³⁰, situação que de facto se justifica por razões de sã concorrência no mercado e especialização.

¹²⁹ CORDEIRO, António Menezes, *Manual de Direito Bancário*, Almedina, 2.º Edição, 2001, pág. 282.

¹³⁰ CORDEIRO, António Menezes, *loc. cit.*

2.7. O *FACTORING* INTERNACIONAL

Com a globalização do comércio, torna-se cada vez mais frequente que as empresas de um determinado país estabeleçam as suas relações comerciais com empresas de outros países. Desta forma, os problemas subjacentes às transacções comerciais internacionais são comuns das transacções nacionais, com uma agravante: o desconhecimento do direito do Estado importador e as dúvidas sobre o cumprimento atempado dos seus devedores¹³¹. Para mais, além de um risco de incumprimento destes devedores, a empresa tem ainda de suportar o risco cambiário, o risco de catástrofe e o risco político.

Posto isto, cumpre fazer uma aproximação ao contrato de *factoring* internacional:

Quando uma determinada empresa decide estabelecer relações comerciais com empresas estrangeiras, pode socorrer-se do contrato de *factoring*. Para o efeito, o aderente exportador deve recorrer a um factor da sua nacionalidade (com o qual tenha um contrato de cessão financeira de exportação) e pedir aprovação dos seus futuros créditos sobre um devedor de outra nacionalidade. Esta sociedade de *factoring* vai ter de recorrer a outro factor do país importador (com o qual tem um *Inter Factors Agreement*¹³²) através de um pedido de cobertura do risco dos créditos. Este pedido é analisado pelo factor do país importador que conhece muito melhor o mercado. Depois toma a decisão de aprovar o crédito ou não. Aprovando-o, o aderente

¹³¹ PESTANA VASCONCELOS salienta que o *factoring* internacional é importante essencialmente porque, no comércio internacional, existe um desconhecimento do parceiro contratual e de outros ordenamentos jurídicos. v. VASCONCELOS, Luís Miguel, “O Contrato de Cessão Financeira (*Factoring*) no Comércio Internacional”, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Ribeiro de Faria, Coimbra Editora, n.º especial, 2003, pág. 412.

¹³² As sociedades de *factoring* celebram contratos entre si por forma a regular as suas relações em questões de *factoring* internacional. Estabelecem estes contratos a obrigação mútua de cessão de todos os créditos cedidos pelos seus aderentes que resultem de contratos de fornecimento de bens ou de prestações de serviços, celebrados entre estes e empresas da nacionalidade do outro factor – v. VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos cit.*, pág. 29

exportador deve enviar para a empresa importadora a factura original com a indicação de que o crédito foi transmitido para um factor da sua nacionalidade, pelo que é a este que deverá ser efectuado o pagamento. Deve também enviar uma cópia dessa factura para o factor exportador. Aquando da recepção da cópia da factura, o factor exportador entrará em contacto com o factor importador, confirmando a realização da operação nos termos acordados. Assim, a sociedade de *factoring* importadora pode, caso lhe seja solicitado, proceder a adiantamentos ao aderente por conta deste crédito cedido. Ao invés, os outros serviços, nomeadamente o da cobrança do crédito e do risco de incumprimento, serão prestados pelo factor importador¹³³. Aliás, as qualidades deste tipo de contrato são bem expressas por PESTANA VASCONCELOS: “Na verdade, num único contrato com um único ente financeiro, o exportador pode obter um conjunto diverso, mas articulado de serviços, permitindo-lhe que se concentre no aspecto central da sua actividade”¹³⁴.

Agora que analisamos o procedimento do contrato de *factoring*, vamos ver o contexto jurídico internacional em que se insere.

No ano de 1988, surgiu a Convenção *Unidroit* sobre o contrato de cessão financeira internacional¹³⁵. Esta Convenção foi criada com vista a dar resposta à crescente importância das trocas comerciais internacionais. Desta forma, tenta ser o mais abrangente possível. No seu art. 1.º, n.º 2, al. b), a Convenção dispõe que o factor tem de praticar, pelo menos, duas destas funções:

1. financiamento do aderente;
2. gestão das contas;
3. cobrança dos créditos e

¹³³ Para uma melhor abordagem do procedimento do contrato de *factoring* internacional – v. VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos cit.*, pág. 30 e 31

¹³⁴ VASCONCELOS, Luís Miguel, “O Contrato de Cessão Financeira (*Factoring*) no Comércio Internacional”, *cit.*, pág. 444

¹³⁵ A Convenção *Unidroit* sobre o contrato de cessão financeira internacional (*UNIDROIT – Convention on International Factoring*) foi aprovada no dia 28 de Maio, de 1988, em Otava (Canadá).

4. garantia do risco de incumprimento dos devedores.

Deste modo, o objectivo foi e de não tomar parte quanto ao conteúdo do *factoring*, na medida em que as funções por este desempenhadas e as finalidades que preenche podem ser diferentes de Estado para Estado. Aliás, quanto a esta norma, PESTANA DE VASCONCELOS afirma mesmo que os seus redactores optaram por descrever um tipo em vez de elaborar um conceito¹³⁶.

A convenção dispõe ainda sobre a necessidade de notificação dos devedores no seu art.º 1, n.º 2, al. c). No n.º 4 deste artigo, é determinado que a notificação deve revestir-se de forma escrita.

O devedor é obrigado, nos termos da Convenção, a pagar ao factor da sua nacionalidade, sempre que a cessão lhe tenha sido devidamente notificada¹³⁷.

Por conseguinte, concluímos que o contrato de *factoring* internacional é bastante complexo, pois implica interactividade entre sociedades de *factoring* de várias nacionalidades. Com esta cessão financeira, o comércio internacional pode fluir, podendo os riscos comerciais correr por conta dos factores, na medida em que existe uma estrutura contratual que dá resposta às suas necessidades de mercado. Aliás, este tipo de contrato de *factoring* vai promover neutralidade nas vendas, independentemente de serem nacionais ou internacionais¹³⁸. Acresce ainda que a Convenção *Unidroit* fornece uma base legal, de âmbito internacional, a este contrato.

¹³⁶ VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos cit.*, pág. 36

¹³⁷ Art.º 8.º, n.º 1 da Convenção *Unidroit* sobre o contrato de cessão financeira internacional.

¹³⁸ VASCONCELOS, Luís Miguel, “O Contrato de Cessão Financeira (*Factoring*) no Comércio Internacional”, *cit.*, pág. 444

2.8. CONTRATO DE *FACTORING* E OUTROS CONTRATOS FINANCEIROS

Como já mencionamos, são muitos os contratos que resultaram da prática financeira norte-americana e que se introduziram na prática comercial europeia.

Os contratos mais relevantes e que decidimos destacar neste estudo são a locação financeira (*leasing*), o *swap*, o *franchising*, o *forfaiting*, o seguro de crédito e o contrato de agência, assim como o desconto cambiário. Todos estes contratos têm uma função financeira importante, pelo que se podem considerar contratos de estrutura semelhante à do *factoring*. Assim sendo, passamos a expor cada um deles, fazendo considerações sobre o seu conteúdo.

2.8.1. CONTRATO DE *FACTORING* E A LOCAÇÃO FINANCEIRA (*LEASING*)

Para começar, vamos fazer uma aproximação comparativa do contrato em análise com a locação financeira. A locação financeira, mais conhecida na linguagem corrente por *leasing*, é o contrato pelo qual o titular de uma empresa, necessitando de um bem de equipamento, em vez de o comprar, acorda com uma instituição financeira que esta o adquira por sua indicação, com o compromisso de depois lhe ceder a utilização desse bem, por um determinado prazo e mediante o pagamento de uma renda que permita a amortização feita pelo adquirente e a cobertura do seu lucro¹³⁹.

Em consequência, podemos concluir que o *leasing* tem uma forte componente financeira para as empresas que a ele recorrem. A sua finalidade é a aquisição de bens de forma ligeira, por forma a evitar grandes custos.

¹³⁹ MONTEIRO, António Pinto e CUNHA, Carolina, “Um Exemplo das Novas Tendências do Direito Comercial: O contrato de locação financeira entre a origem civilística e a comercialidade”, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Texto n.º 530, pág. 3

QUIRINO SOARES apresentou este contrato na sua vertente parabancária, enquanto solução credível para os cofres de qualquer empresa¹⁴⁰.

Tal como o contrato de *factoring*, também o *leasing* visa financiar uma empresa, muito embora de forma distinta. No primeiro contrato, a sua função financeira traduz-se nos eventuais adiantamentos por conta dos créditos cedidos. No segundo, o financiamento verifica-se na compra do bem por parte da instituição financeira, para gozo do locatário. Deste modo, ambos os contratos são ideais enquanto suportes financeiros de empresas, independentemente de se depararem ou não com dificuldades de tesouraria, pelo que são uma alternativa muito favorável para manter estabilizados os custos, ano após ano.

2.8.2. O CONTRATO DE *FACTORING* E O CONTRATO DE *SWAP*

O contrato de *swap* é um contrato atípico, assim como o *factoring*. MARIA CLARA CALHEIROS faz referência à definição de *swap* dada por BOULAT e CHABERT: “Os *swap* são uma família de contratos, pelos quais se estabelece uma obrigação recíproca de pagar, de acordo com modalidades pré-estabelecidas, na mesma divisa ou em diferentes divisas, certas quantias de dinheiro calculadas por referência aos fluxos financeiros ligados a activos e passivos monetários, reais ou fictícios, ditos subjacentes”¹⁴¹. Aqui, existe a cobertura de um risco financeiro. Ambas as empresas envolvidas têm interesses económicos adjacentes a esta permuta, sendo a principal função deste contrato a financeira. Desta forma, quer o *factoring* quer o *swap*, embora distintos, possuem essa forte função financeira que os torna bastante atraentes quando se trata de fazer as melhores opções de mercado para uma empresa. Aliás, o recurso ao *swap* implica, como já foi referido, um importante risco financeiro devido às oscilações das divisas e das taxas de juro. No *factoring*, umas das grandes finalidades do aderente é transmitir o risco comercial dos

¹⁴⁰ SOARES, Quirino, *cit.*, págs. 123 e ss.

¹⁴¹ CALHEIROS, Maria Clara, *O Contrato de Swap*, Coimbra Editora, 2000, pág. 126 e ss.

seus devedores para o aderente, enquanto no *swap* existe uma assunção de um risco financeiro de terceiro.

2.8.3. O CONTRATO DE *FACTORING* E O CONTRATO DE *FRANCHISING*

O contrato de *franchising* apresenta-se como o “contrato mediante o qual o produtor de bens e ou serviços concede a outrem, mediante contrapartidas, a comercialização dos bens, através da utilização da marca e demais sinais distintivos do primeiro e em conformidade com o plano, método e directrizes prescritas por este, que lhe fornece conhecimentos e regular assistência”¹⁴². Com este contrato, o franquizador passa a controlar e a dirigir, através de empresas independentes, a distribuição de bens ou serviços, como se tratasse de uma relação com uma filial. No entanto, esta relação é desprovida dos custos e riscos que se verificariam se os franquizados fossem efectivamente suas filiais. Acresce que o franquizador tem a possibilidade de proceder ao controlo dos serviços prestado pelo franquizado¹⁴³. Na verdade, tem-se entendido que o controlo exercido pelo franquizador é necessário e essencial para garantir a eficácia da fórmula concedida¹⁴⁴.

As contrapartidas do franquizador podem ser realizadas de várias formas, no entanto, é frequente existirem compensações mensais proporcionais ao volume de negócios do franquizado¹⁴⁵.

Quer o *franchising* quer o *factoring* são contratos que visam transportar para outra entidade determinados encargos. No *franchising*, o franquizador, por razões de estratégia financeira, opta por conceder a outrem a comercialização dos seus bens ou serviços. No *factoring*, o aderente opta por transferir para o factor a cobrança dos seus créditos e o risco comercial dos seus credores,

¹⁴² MONTEIRO, António Pinto, *Contrato de Distribuição Comercial*, Almedina, 2002, pág. 122

¹⁴³ MONTEIRO, António Pinto, *Contrato, cit.*, pág.122 e ss.

¹⁴⁴ RIBEIRO, Ana Paula, *O Contrato de Franquia (Franchising) – No Direito Interno e Internacional*, Tempos Editores, pág. 24 e ss.

¹⁴⁵ Para uma melhor análise das obrigações pecuniárias do franquizado face ao franquizador, v. VASCONCELOS, Luís Miguel, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, Almedina, 2000, pág. 34 e ss.

podendo obter ainda adiantamentos por conta dos créditos cedidos. Ambos os contratos implicam uma transferência, para outra entidade, de actividades que seriam da responsabilidade que seria do franquizador/aderente. Desta forma, com o recurso ao *franchising* e ao *factoring*, as empresas conseguem diminuir os seus custos em investimentos que podem ser suportados por terceiros, evitando assim todos os riscos a que estariam sujeitos.

2.8.4. O CONTRATO DE *FACTORING* E O CONTRATO DE AGÊNCIA

A lei define agência como “o contrato pelo qual uma das partes se obriga a promover por conta da outra a celebração de contratos de modo autónomo e estável, mediante retribuição, podendo ser-lhe atribuída uma certa zona ou um determinado círculo de clientes”¹⁴⁶. Neste contrato, parecem claras algumas semelhanças com o *franchising*, pese embora este último seja um contrato de distribuição e o primeiro um contrato de promoção de negócios¹⁴⁷. Acresce ainda que, como defende PESTANA VASCONCELOS, o agente é retribuído por essa actividade, ao contrário do franquizado que paga a assistência do franquizador¹⁴⁸.

Deste modo, o que foi referido sobre o *franchising* aplica-se agora ao contrato de agência no que se refere à transferência, para outrem, da prática de uma actividade que deveria ser praticada pela própria empresa. Neste sentido, sublinhamos o já referenciado no ponto anterior quanto ao *factoring*.

2.8.5. O CONTRATO DE *FACTORING* E O CONTRATO DE *FORFAITING*

Neste âmbito, o contrato de *forfaiting* tem alguns pontos de contacto com o *factoring*. *Forfaiting* consiste na compra de títulos com vencimento futuro (prazos médios e longos), originado em actividades mercantis, especialmente

¹⁴⁶ v. art. 1.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho

¹⁴⁷ VASCONCELOS, Luís Miguel, *O Contrato*, cit., pág.45

¹⁴⁸ VASCONCELOS, Luís Miguel, *O Contrato*, loc. cit.

exportação, sem direito de regresso¹⁴⁹. Embora ainda pouco desenvolvido em Portugal, este contrato apresenta-se como uma actividade concorrente do *factoring* internacional, na medida em que permite que os exportadores possam transmitir o risco de atrasos nos pagamentos dos compradores. Temos, portanto, um desconto de títulos de crédito sem direito de regresso sobre o exportador.

Existem, assim, bastantes semelhanças com o *factoring*, pois ambos os contratos perspectivam garantir a posição do aderente sobre devedores com adiantamentos sobre o valor dos créditos. No *forfaiting*, porém, os prazos são muito mais longos.

GIORGIO FOSSATI e ALBERTO PORRO sublinham igualmente as grandes diferenças entre *factoring* e *forfaiting*. Para além da já mencionada diferença quanto aos prazos dos créditos, estes autores reforçam que o *forfaiting* se aplica exclusivamente aos bens de investimento, enquanto o *factoring* abrange essencialmente bens de consumo. Acrescentam ainda que o *forfaiting* garante o risco político e monetário inerente às exportações. Já no *factoring*, a assunção deste risco não decorre automaticamente. Finalmente, no *factoring* internacional, para termos uma cessão, é necessário que haja uma aceitação do crédito por parte de um factor do país importador que assuma o risco comercial do devedor seu nacional, situação que não se verifica no *forfaiting*, na medida em que não existe, neste contrato qualquer limitação deste tipo¹⁵⁰.

2.8.6. O CONTRATO DE *FACTORING* E O SEGURO DE CRÉDITO

Este contrato de seguro apresenta muitas semelhanças com o contrato de *factoring*. Aliás, o seu objecto pode muitas vezes confundir-se. JEAN BASTIN definiu seguro de crédito como “*um sistema de seguro que permite aos credores, mediante o pagamento de um prémio, cobrir-se contra o não pagamento dos crédito devidos por pessoas previamente identificadas e em*

¹⁴⁹ Disponível em <http://www.ipv.pt/econogloss/f.htm>

¹⁵⁰ Para uma melhor abordagem da comparação deste contrato v. FOSSATI, Giorgio e PORRO, Alberto, *cit.*, pág. 36

*estado de incumprimento*¹⁵¹. Ora, uma das funções do contrato de *factoring* é segurar o crédito, muito embora não seja a única. Deste modo, o conceito de seguro de crédito será sempre menos lato do que o de *factoring*.

Não é difícil entender que estes dois contratos são actividades paralelas e concorrentes. O contrato de *factoring* é, todavia, uma actividade mais onerosa para o aderente, na medida em que os seus serviços são mais abrangentes. Implicam não só o seguro de crédito, como também a maior eficácia na cobrança de dívidas, a diminuição da carga administrativa e o financiamento. Aliás, o financiamento é a grande diferença entre estes dois contratos. No *factoring*, este financiamento é efectuado através de adiantamentos fornecidos pelo factor ao aderente por conta da cedência do crédito. Aos invés, no seguro de crédito, temos uma mera assunção do risco de incumprimento dos devedores por parte da seguradora. Pelo que o financiamento¹⁵² no seguro surge apenas perante o incumprimento do devedor e assume a forma de pagamento. Aliás, seguindo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, podemos mesmo afirmar que o *factoring* transcende o mero seguro¹⁵³.

Ainda numa comparação entre o seguro de crédito e *factoring*, ANTÓNIO SARMENTO BATISTA estabelece como objectivo do primeiro garantir aos credores os prejuízos sofridos por incumprimento do devedor e como objectivo do segundo cobrir o risco de não pagamento de facturas que comprou a um fornecedor de bens ou serviços no momento das suas emissões¹⁵⁴. Ora, por razões já expostas, discordamos parcialmente deste autor, pois, pese embora concordemos com a distinção que faz entre seguro de crédito e contrato de *factoring*, não podemos aderir à posição na medida em que defende a assunção, por parte do factor, do risco de não pagamento de facturas do aderente.

Assim, defendemos que a grande distinção entre estes dois contratos reside na existência ou não de uma função financeira.

¹⁵¹ BASTIN, Jean, *O Seguro, cit.*, Pág. 87

¹⁵² Não é, em termos rigorosos, um financiamento.

¹⁵³ CORDEIRO, António Menezes, *Da Cessão, cit.*, pág. 88

¹⁵⁴ BATISTA, António Sarmiento, *A Gestão cit.*, pág. 284 a 285

2.8.7. O CONTRATO DE *FACTORING* E O DESCONTO CAMBIÁRIO¹⁵⁵

Temos de começar por aceitar que pelo menos, aparentemente, a fronteira entre o contrato de *factoring* e o desconto cambiário é muito ténue. Mas, mesmo assim, a distinção entre as duas figuras é possível.

No desconto bancário, é transmitido, para uma instituição bancária, um crédito incorporado num título cambiário. Neste sentido, este contrato tem semelhanças importantes com o contrato de *factoring* com recurso¹⁵⁶, na medida em que, em caso de incumprimento do devedor, o banco tem direito de regresso sobre o descontário¹⁵⁷.

Acresce ainda que o contrato de *factoring* tem como elemento estruturante a obrigação de o aderente entregar ao factor facturas ou documentos equivalentes, assim como títulos de crédito. Desta forma, como refere JOÃO CABOZ SANTANA, no desconto, o crédito é representado por um título negocial, ao contrário do que sucede no *factoring*, pois aqui os créditos cedidos podem ser titulados por outros documentos que não títulos de crédito¹⁵⁸.

O desconto bancário implica uma forte componente financeira. As empresas recorrem a este tipo de contrato para obterem financiamento, aproveitando-se da “*negociabilidade*”¹⁵⁹ de um título de crédito sobre um terceiro.

¹⁵⁵ Também designado por desconto bancário

¹⁵⁶ v. ponto 2.3. do nosso estudo, pág. 28 e ss.

¹⁵⁷ O cliente do banco é responsável subsidiário pelo pagamento da letra, pelo que apenas lhe poderá ser exigido o seu pagamento após o incumprimento do aceitante – v. Acórdão do STJ, de 12 de Janeiro de 1994, *in* Colectânea de Jurisprudência, 1994, 1, 40

¹⁵⁸ SANTANA, João Caboz, *O Contrato de Factoring – sua caracterização e relações factor-aderente*, Edições Cosmos, 1995, pág. 39

¹⁵⁹ PATRÍCIO, José Simões, *Direito de Crédito – Introdução*, Lex – Edições Jurídicas, Lisboa, 1994, pág. 31

A grande diferença entre o desconto e o *factoring* reside na maior amplitude de funções deste último¹⁶⁰. E acresce que, na cessão financeira, os créditos cedidos podem estar titulados apenas em facturas¹⁶¹.

2.8.8. CONCLUSÕES

Todos os contratos acima referenciados são contratos financeiros ao serviço do comércio jurídico. A sua finalidade é tornar mais fáceis as relações comerciais entre as várias empresas ou entre estas e os seus devedores. O *factoring* tem fortes semelhanças com o *forfaiting*, o seguro de crédito e o desconto bancário. O *forfaiting* e o seguro de crédito têm a mesma função de assunção de risco do incumprimento dos devedores das empresas, sendo que o *factoring* tem uma maior abrangência quanto às suas potencialidades.

Relativamente aos outros contratos financeiros, foram analisados pelo facto de se apresentarem como fortes alternativas para maximizar as contas de uma empresa. O *factoring* acentua a sua finalidade na cobrança das dívidas e eventuais adiantamentos, outros amortizam investimentos, mas todos se tornaram parceiros comerciais por excelência para a estabilidade de qualquer empresa de maior ou menor dimensão.

Posto isto, a estes contratos acima descritos chamamos contratos descentralizadores de funções para terceiros, na medida em que todos eles, na óptica de uma empresa, transferem para uma outra entidade actividades que seriam, *a priori*, sua responsabilidade¹⁶². Para mais, com estes contratos, os seus aderentes pretendem também transferir riscos correntes da sua actividade (cambial, de investimento ou do incumprimento dos devedores).

¹⁶⁰ No desconto bancário, o descontário apenas pretende obter financiamento. Pelo contrário, no *factoring*, o aderente obtém outros serviços para além do financiamento, nomeadamente a gestão e cobrança dos seus créditos.

¹⁶¹ Também desta opinião, v. CORDEIRO, António Menezes, *Da Cessão*, *cit.*, pág. 89

¹⁶² Já neste sentido v. VAZ, Teresa Anselmo, *cit.*, pág. 53

Ressaltamos esta característica no *factoring*, porque é um contrato descentralizador de funções para terceiro na sua plenitude. O aderente transmite para o factor:

1. A responsabilidade pelo risco dos seus créditos;
2. A respectiva cobrança;
3. Gestão da conta de clientes;

Por conseguinte, com este contrato, o aderente vai transferir, para um terceiro especializado, todas estas actividades, por fortes razões de estratégia comercial ou por necessidades de tesouraria.

3. A TRIBUTAÇÃO DO *FACTORING*

Com a afirmação do Estado Social, são cada vez maiores as necessidades a serem satisfeitas pelos Estados¹⁶³.

Para que os Estados possam efectuar as suas despesas públicas, necessitam de financiamento. Esse financiamento provém, em grande parte, dos impostos arrecadados.

Uma eficaz e equilibrada angariação de receitas derivadas dos impostos, resultará num maior equilíbrio das contas públicas. Assim, nenhum Estado pode deixar de tributar todos os factos relevantes¹⁶⁴, até porque, como sustenta CASALTA NABAIS, grande parte dos meios pecuniários são obtidos junto dos agentes económicos privados¹⁶⁵. Neste contexto, temos impostos sobre os rendimentos e sobre a despesa.

Os impostos sobre os rendimentos tributam os rendimentos dos contribuintes, sejam estes pessoas singulares, sejam pessoas colectivas. Os impostos sobre a despesa tributam os rendimentos dos contribuintes quando se manifestam na aquisição de bens ou de prestação de serviços.

Por conseguinte, sendo o contrato de *factoring* um contrato que assume, como já analisamos¹⁶⁶, uma posição cada vez mais sólida no comércio jurídico, cumpre aos Estados acompanhar a sua evolução aplicando-lhe os impostos devidos. Não deixa, no entanto, de ser uma tarefa difícil não só pela amplitude

¹⁶³ AMORIM PEREIRA menciona ainda que “os Estados modernos têm a incumbência de muitas das necessidades colectivas, das necessidades que não exigem, para sua satisfação, qualquer actividade do consumidor”. – v. PEREIRA, Alberto Amorim, *Noções de Direito Fiscal*, Quid Juris?, 23, Porto, 1981, pág. 13; NUNO SÁ GOMES afirma que o Estado para prosseguir os seus fins, tem necessidade de obter meios económicos para esse fim, Acrescenta ainda que o imposto é a mais importante receita pública. – v. GOMES, Nuno Sá, *Manual de Direito Fiscal*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 168, Vol. I, Lisboa, 1993, pág. 11 e ss.

¹⁶⁴ A não ser que o legislador opte por isentar um determinado sujeito passivo ou um determinado acto.

¹⁶⁵ NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, Almedina, 2000, pág. 27

¹⁶⁶ v. introdução do nosso estudo, pág. 6 e ss.

de funções que este contrato abrange, mas também devido à sua atipicidade legal.

O legislador fiscal português tem vindo a ignorar uma parte dos factos tributáveis decorrentes de um contrato de *factoring*. Todavia, neste ponto da nossa exposição vamos fazer uma análise positiva da tributação deste contrato. Acresce ainda que os factores, enquanto sociedades anónimas, são sujeitos passivos do imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas (IRC), pelo que do fenómeno da cessão financeira, resulta ainda mais uma fonte de receita para o Estado. Deste modo, vamos fazer uma aproximação à tributação, quer do contrato de *factoring*, quer das instituições de crédito que têm a cessão financeira como objecto social.

3.1. A TRIBUTAÇÃO DO CONTRATO DE FACTORING EM SEDE DE IMPOSTO DE SELO

3.1.1. O IMPOSTO DE SELO

Para iniciarmos o estudo tributário do contrato de *factoring*, temos de começar pelo imposto que, neste momento, se lhe aplica.

Em primeiro lugar, importa salientar que o imposto de selo é o imposto mais antigo do sistema fiscal português¹⁶⁷. A antiguidade deste tributo expressa a sua resistência à evolução dos sistemas fiscais, senão veja-se:

- a) É um imposto de evasão difícil;
- b) Tem uma aceitação relativamente fácil por parte dos devedores;
- c) Os seus custos de cobrança são reduzidos; e
- d) Possui grande flexibilidade em termos de fixação da incidência¹⁶⁸.

¹⁶⁷ LOBO, Carlos Baptista, “O Novo Código do Imposto de Selo – Alguns aspectos iniciais de enquadramento”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 400, Outubro-Dezembro, 2000, pág. 249; VÁRIOS, *Guia do Fisco 2004*, Ano 10, n.º 10, Abril de 2004, BPI, pág. 365.

Todas estas características do imposto de selo fizeram com que não tivesse desaparecido com a implementação do IVA e com as sucessivas reformas do sistema fiscal português. Não negamos, contudo, que o peso deste imposto tenha diminuído, até porque acabou por ser ultrapassado na sua incidência pelo IVA. Em consequência, podemos afirmar que o imposto de selo é “*uma forma de tributação residual, visando essencialmente atingir manifestações de capacidade contributiva não abrangidos por outros impostos*”¹⁶⁹.

Posto isto, o imposto de selo tem continuado a ser um tributo fundamental na actividade financeira, nomeadamente nas áreas bancária e seguradora, pelo que entendemos que é por aqui que devemos começar o nosso percurso pela tributação do *factoring*.

Para alguns autores estamos perante um imposto que é um misto de tributação directa e indirecta, pese embora não ponham em causa que se trate de um imposto indirecto¹⁷⁰. Para outros, é o preço do serviço prestado pelo Estado¹⁷¹. Existe no imposto de selo como que uma manifestação da capacidade contributiva dos sujeitos passivos relevante para o legislador¹⁷².

Na verdade, no imposto do selo, temos o selo do documento e o selo da operação.

No selo do documento, o valor do imposto a pagar é fixo, pelo que não depende do valor do negócio a que se aplica. Este selo implica um documento escrito.

Relativamente ao selo da operação, o imposto varia conforme o valor do negócio a que se refere.

¹⁶⁸ LOBO, Carlos Baptista, *cit.*, pág. 252

¹⁶⁹ VÁRIOS, *Guia do Fisco 2004*, pág. 366.

¹⁷⁰ RODRIGUES, José Avelino, *O Sistema Fiscal Português*, Quid Juris, n.º 11, Porto, 1979, pág. 54; Para uma distinção entre impostos directos e indirectos, v. NABAIS, José Casalta, *cit.*, pág. 58 e ss.

¹⁷¹ LOBO, Carlos Baptista, *cit.*, pág. 251

¹⁷² LOBO, Carlos Baptista, *loc. cit.*

Quanto à incidência territorial do imposto de selo, aplica-se o princípio da territorialidade¹⁷³. Assim, de acordo com este princípio que resulta do disposto no art. 4.º, n.º 1 do CIS, o tributo em estudo aplica-se a todos os actos, contratos, documentos, títulos, livros, papéis e outros factos previstos na Tabela Geral¹⁷⁴, desde que ocorridos em território nacional.

Relativamente à incidência subjectiva, de acordo com o art. 2.º do CIS, “*são sujeitos passivos do imposto as entidades legalmente incumbidas da sua liquidação e pagamento*”. Este facto não impede que estes sujeitos passivos possam fazer repercutir o pagamento do imposto para outras entidades. Para este efeito, o legislador deu uma ajuda através do art. 3.º do CIS, quando dispôs que o imposto constitui encargo das entidades com interesse económico. Deste modo, foram criadas presunções por forma a retirar eventuais dúvidas sobre a responsabilidade no encargo do imposto – com particular interesse para o presente estudo, destacamos as presunções de que o interesse económico nas concessões de crédito pertence ao utilizador do crédito¹⁷⁵ e nas restantes operações financeiras realizadas por instituições de crédito, aos seus clientes¹⁷⁶. Ainda assim, a liquidação do imposto de selo vai ser da responsabilidade dos sujeitos passivos indicados no art. 2.º, n.º 1 do CIS¹⁷⁷. Salvaguarda o n.º 2 do art. 23.º, contudo, que quando o imposto for devido por operações de crédito ou garantias prestadas por um conjunto de instituições de crédito ou de sociedades financeiras, a sua liquidação pode ser efectuada globalmente por qualquer uma daquelas entidades.

As taxas a pagar em sede de imposto de selo estão previstas na tabela anexa em vigor no momento em que o imposto é devido. Acresce que não pode haver acumulação de taxas do imposto relativamente ao mesmo acto ou

¹⁷³ Para uma abordagem mais aprofundada do princípio da territorialidade, v. TEIXEIRA, Glória, *A Tributação do Rendimento – Perspectiva Nacional e Internacional*, Almedina, 2000, pág. 31; TEIXEIRA, António Braz, *Princípios de Direito Fiscal*, Vol. I, 3.ª Edição, Almedina, pág. 162 e ss.

¹⁷⁴ Tabela em anexo ao CIS onde constam os valores a tributar em sede de imposto de selo a cada um dos factos. A utilização de uma tabela de incidência em anexo é uma regra contrária à dos outros impostos portugueses. v. VÁRIOS, *Guia do Fisco 2004*, cit., pág. 368.

¹⁷⁵ Cfr. Art. 3.º, n.º 3, al. f) do CIS

¹⁷⁶ Cfr. Art. 3.º, n.º 3, al. g) do CIS

¹⁷⁷ Cfr. Art. 23.º, n.º 1 do CIS

facto estabelecido no art. 1.º, n.º 1 do CIS, pelo que, em caso de acumulação de taxas, aplica-se a que tiver o maior valor nominal ou percentagem.

3.1.2. A TRIBUTAÇÃO DO CONTRATO DE *FACTORING*

Após uma pequena abordagem ao imposto de selo, vamos analisar em que medida é tributado o contrato de *factoring* em sede deste imposto.

A Tabela Geral do imposto de selo refere-se às operações financeiras no seu ponto 17. Resulta deste ponto, no seu n.º 1, que é tributada a utilização de crédito, sob a forma de fundos, quando concedida a qualquer título, nomeadamente a cessão de créditos, o *factoring* e as operações de tesouraria, desde que envolvam qualquer tipo de financiamento ao cessionário, aderente ou devedor. Segundo a circular n.º 15/2000¹⁷⁸, no seu ponto 23, esta enumeração é meramente exemplificativa e não taxativa. Acrescenta ainda este ponto 17.1. que se considera sempre como nova concessão de crédito a prorrogação do prazo do contrato. Quanto à taxa aplicável, varia conforme o prazo do crédito. Se o crédito for concedido por um prazo inferior a um ano, por cada mês ou fracção, aplica-se a taxa de 0,04%¹⁷⁹. Caso o crédito tenha um prazo igual ou superior a um ano, é aplicada a taxa de 0,5%. Se o crédito for concedido por um prazo igual ou superior a cinco anos, a taxa é de 0,6%¹⁸⁰. Porém, o que frequentemente acontece na actividade de *factoring* é que os financiamentos são concedidos nos termos do ponto 17.1.4. da Tabela Geral do imposto de selo. Aqui está previsto que o crédito, quando utilizado sob a forma de conta corrente, descoberto bancário ou qualquer outra forma em que o prazo de utilização não seja determinado ou determinável, é tributado à taxa de 0,04% sobre a média mensal obtida através da soma dos saldos em dívida apurados diariamente, durante o mês, divididos por 30. Assim, a incidência do imposto vai para além do clássico financiamento (através dos contratos de mútuo e abertura de crédito), na medida em que abrange os eventuais

¹⁷⁸ Circular de 5 de Julho de 2000

¹⁷⁹ Cfr. ponto 17.1.1. da Tabela Geral do imposto de selo.

¹⁸⁰ Cfr. ponto 17.1.2. da Tabela Geral do imposto de selo.

adiantamentos das sociedades de *factoring*¹⁸¹. Parece-nos, no entanto, estranho que a administração fiscal considere que o contrato de *factoring* seja tributado em sede de imposto de selo apenas quando com recurso¹⁸². Entendemos que o que resulta da lei é que a tributação da cessão financeira deverá ser realizada sempre que haja um adiantamento de uma sociedade de *factoring* ao aderente, independentemente de ser com ou sem recurso, pois em qualquer destes contratos estamos perante uma concessão de um crédito. Na verdade, terá entendido a administração fiscal que o financiamento prestado pelo factor a um aderente num contrato de *factoring* sem recurso seria um adiantamento por conta do preço do crédito. Ora, em coerência com a primeira parte do nosso estudo, defendemos que a cessão financeira não é um contrato de compra e venda de créditos, pelo que será de afastar esta interpretação da administração fiscal. Aliás, o factor é sempre ressarcido quando procede a um adiantamento em sede de juros¹⁸³. Pelo que se pode afirmar que a tributação da cessão financeira se torna bastante lacunosa¹⁸⁴. Na verdade, esta posição da administração fiscal é claramente influenciada pelo conceito de *factoring* da doutrina alemã. A assimilação deste conceito germânico subverte a real natureza da cessão financeira. Acresce que a circular n.º 15/2000 veio referir no seu ponto 24, quanto à tributação da cessão de créditos, que o facto tributário não seria a cessão propriamente dita, mas o financiamento a esta associado. Acrescenta ainda esta circular que as taxas a serem aplicadas são

¹⁸¹ VÁRIOS, *Guia do Fisco 2004*, cit., pág. 385.

¹⁸² VÁRIOS, *Guia do Fisco 2004*, loc. cit.; MATEUS, J. Silvério, FREITAS, L. Corvelo de, *Os Impostos sobre o Património Imobiliário. O Imposto de Selo. Anotados e Comentados.*, Engifisco, 2005, págs. 735 e 736.

¹⁸³ Neste sentido, PESTANA VASCONCELOS não tem dúvidas que o contrato de *factoring* sem recurso com adiantamento contenha elementos de um contrato de mútuo, através do qual realiza a sua função financeira - v. VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos cit.*, pág. 423 e ss; ponto 2.4.1. da nossa exposição, pág. 31

¹⁸⁴ Aquando da reforma do imposto do selo, já JOÃO FERNANDES defendia que a tributação da cessão de créditos era uma matéria a clarificar. Neste caso, a sua posição crítica abrangeu essencialmente um problema de interpretação do ponto 17.1. da Tabela Geral do imposto do selo. Resultava desta disposição que apenas haveria tributação quando o cessionário fosse o financiado e não o cedente. Veio a administração fiscal, através da circular n.º 15/2000, de 5 de Julho, interpretar a referida norma, afirmando que ao alargar a tributação ao cessionário, visava tributar apenas o financiamento e não a operação da cessão de créditos. – FERNANDES, João, *“Imposto de Selo – Comentário Crítico sobre o Novo Código”*, Fisco, n.º 90/91, Setembro de 2000, ano XI, pág. 38 e 39

correspondentes ao período pelo qual deve durar o financiamento. No entanto, na prática, os factores têm, regra geral, pago o imposto de selo independentemente de se tratar de um contrato de factoring com ou sem recurso.

Parece-nos também que, da letra da lei, resulta que deve haver tributação de imposto de selo nos juros cobrados pelo factor do montante adiantado. Esta interpretação resulta do disposto no ponto 17.2.1. da Tabela Geral do imposto de selo. Aqui, serão tributados à taxa de 4% sobre o valor dos juros cobrados pelo financiamento.

As várias vertentes de um contrato de *factoring* vão-se encaixando na referida tabela. Nos termos do ponto 17.2.4., deverão ser tributadas à taxa de 4% as comissões e contraprestações por serviços financeiros, onde se incluirá a já referida comissão de garantia. Surge-nos aqui a dúvida sobre o alcance destas normas e a sua aplicação à cessão financeira. No entanto, não nos choca admitir que as comissões de cessão financeira sejam tributadas nos termos do disposto no pontos 17.2.4..

Para finalizar, cumpre fazer uma alusão ao ponto 5 da circular 15/2000, que refere que os juros cobrados por instituições de crédito sediadas em Portugal a sucursais suas estabelecidas noutra Estado não membro da UE estão sujeitos a imposto de selo, por força do princípio da territorialidade explícito no art. 4.º, n.º 1 do CIS. Apenas assim não acontecerá se houver alguma isenção, nos termos da parte final da al. e) do n.º 1 do art. 6.º do CIS.

3.1.3. Conclusões

Posto isto, concluímos que o imposto de selo continua pouco claro na sua relação com o contrato de *factoring*. Os factores salvaguardam muitas vezes a sua posição repercutindo o montante a pagar de imposto de selo para os aderentes. Esta repercussão é acordada logo no contrato-quadro. Porém, consideramos essencial que o legislador adopte uma conduta de clarificação do teor do CIS no que se trata de tributar a cessão de créditos, e

principalmente o *factoring*, na medida em que é um contrato com uma importância extrema na economia nacional.

Não nos parece que seja fácil de abdicar, para as estruturas administrativas fiscais, do conceito tradicional de contrato de *factoring* sem recurso enquanto contrato de compra e venda de créditos. Porém, não deixamos de repudiar esta posição por estas razões:

1. Uma sociedade de *factoring* ao adquirir um crédito do aderente sem direito de regresso, está a garantir o incumprimento do seu devedor;
2. Garante o factor também todo um serviço de cobrança do crédito, relativamente ao qual o aderente fica totalmente dispensado;
3. Como contrapartida de um adiantamento por conta do crédito solicitado pelo aderente, o factor cobra juros bancários durante o período entre a data em que o financiamento foi concedido até a data de vencimento previsível de cada crédito cedido;
4. O aderente recebe necessariamente do factor uma quantia inferior ao valor global do crédito cedido.

Assim sendo, estranhámos, tal como PESTANA VASCONCELOS¹⁸⁵, que aos aderentes sejam cobrados juros por conta do adiantamento do preço acordado. Estranhámos ainda mais porque não conseguimos conceber porque razão, neste eventual contrato de compra e venda de créditos, o aderente teria de ver reduzida a prestação do factor – o pagamento integral do valor nominal do crédito.

Como já analisámos¹⁸⁶, a doutrina portuguesa não se encontra muito influenciada pela posição maioritária na Alemanha, pelo não se entende que seja posição da administração fiscal que o contrato de *factoring* sem recurso não deva ser tributado. Aliás, este entendimento é mesmo lesivo para os seus interesses, na medida em que deixa de ser tributado o financiamento de uma

¹⁸⁵ VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos cit.*, pág. 423 e ss

¹⁸⁶ v. ponto 2.1.3., da nossa exposição, pág. 14 e ss.

parte das cessões de crédito realizadas no âmbito da cessão financeira, com a inerente perda de receitas para o Estado.

Finalizamos, mencionando apenas que urge reformar a tributação do contrato de *factoring*, e avançamos, desde já, que essa reforma pode não passar apenas pelo imposto de selo.

3.2. A RELEVÂNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURANÇA SOCIAL NO CONTRATO DE *FACTORING*

3.2.1. O DECRETO-LEI 411/91, DE 17 DE OUTUBRO

Relativamente às contribuições para a segurança social, estas podem ter implicações em sede de contrato de *factoring*.

O Decreto-Lei 411/91, de 17 de Outubro, dispõe no seu art. 11.º que o Estado e outras pessoas colectivas de direito público só podem conceder algum subsídio ou proceder a um pagamento superior a € 5.000¹⁸⁷ a contribuintes do regime geral de segurança social de inscrição obrigatória, com empregados por conta de outrem, mediante a apresentação de declaração comprovativa da situação contributiva destas perante as instituições de previdência ou de segurança social que as abranjam¹⁸⁸. Considera o legislador que têm a situação contributiva regularizada os contribuintes que não sejam devedores de contribuições¹⁸⁹, ou os contribuintes devedores de contribuições cuja dívida tenha sido objecto de autorização judicial ou extrajudicial para o seu pagamento em prestações e enquanto estejam a ser cumpridas as condições dessa autorização¹⁹⁰. Assim, para que as entidades privadas possam vir a ser ressarcidas por algum pagamento superior a € 5.000, por parte do Estado ou de uma pessoa colectiva de direito público, têm de demonstrar que a sua situação contributiva se encontra regularizada. Para esse efeito, necessitam de uma declaração comprovativa, sendo que a administração tem 10 dias a contar da data do requerimento para a emitir. A validade desta declaração pode ser de

¹⁸⁷ O citado Decreto-Lei refere-se a esc. 1.000.000\$00, pelo que fizemos uma conversão para o Euro por arredondamento.

¹⁸⁸ Estamos perante uma forma de extinção da obrigação contributiva – v. NEVES, Ilídio das, *Direito da Segurança Social – Princípios Fundamentais Numa Análise Prospectiva*, Coimbra Editora, 1996, pág. 422 e 423.

¹⁸⁹ A letra da lei refere-se a dívidas à segurança social relativamente às quais são acrescidos juros moratórios. Porém, se o contribuinte tiver regularizado as contribuições, mas ainda estiverem por liquidar os juros, considera-se que se encontra em situação de incumprimento. Sobre os juros, v. art. 16.º do Decreto-Lei 411/91, de 17 de Outubro.

¹⁹⁰ Cfr. art. 13.º do Decreto-Lei 411/91, de 17 de Outubro.

4 a 6 meses¹⁹¹. Posto isto, se resultar desta declaração a existência de dívidas às instituições de previdência e de segurança social, devem o Estado ou outras pessoas colectivas de direito público reterem o montante em débito, até ao limite máximo de 25% do total cedido¹⁹². Assim, as importâncias retidas devem ser depositadas à ordem do Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social¹⁹³.

Estamos perante, como defende ILÍDIO DAS NEVES, de uma retenção, muito embora distinta do direito de retenção previsto nos arts. 754.º e ss. do CC¹⁹⁴. Justifica este autor que a diferença reside no facto de que quem pode exercer a retenção não é a instituição credora, mas outra entidade pública ou privada, embora o resultado pretendido seja exactamente o mesmo, ou seja, a extinção total ou parcial, da obrigação contributiva¹⁹⁵. ILÍDIO DAS NEVES refere ainda que, por vezes, esta retenção é qualificada como uma medida cautelar do cumprimento da obrigação contributiva. Assim sendo, a sua natureza seria semelhante à da sanção pecuniária compulsória, pelo que visaria estimular o devedor a regularizar a sua situação contributiva. No entanto, para este autor, não pode ser esta a sua natureza jurídica, pois com a retenção, existe uma extinção, total ou parcial, da dívida¹⁹⁶.

Após esta pequena abordagem ao Decreto-Lei 411/91, vamos aproximar o seu conteúdo com o do contrato de *factoring*.

Como sabemos, muitas vezes as sociedades recorrem ao *factoring* como um último meio para obter financiamento. Estas empresas, em situações de dificuldade, raramente têm regularizadas as suas contribuições para a segurança social. Desta forma, caso tivessem créditos sobre entidades públicas superiores a € 5.000, correriam o risco de lhe serem retidos 25% do montante de que são credores. Não será difícil concluir, então, que qualquer

¹⁹¹ Cfr. art. 14.º do Decreto-Lei 411/91, de 17 de Outubro.

¹⁹² Cfr. art. 11.º, n.º 2 do Decreto-Lei 411/91, de 17 de Outubro.

¹⁹³ Cfr. art. 11.º, n.º 5 do Decreto-Lei 411/91, de 17 de Outubro.

¹⁹⁴ NEVES, Ilídio das, *Direito cit., loc. cit.*

¹⁹⁵ NEVES, Ilídio das, *Direito cit., loc. cit.*

¹⁹⁶ NEVES, Ilídio das, *Direito cit., loc. cit.*

uma destas empresas têm interesse em ceder esses créditos a outras entidades. É aqui que entram as sociedades de *factoring*. A cessão financeira é uma óptima solução com vista à cedência de créditos, pelo que este tipo de aderentes pretendem evitar as consequências previstas no art. 11.º, n.º 2 do Decreto-Lei 411/91 recorrendo às sociedades de *factoring*¹⁹⁷.

3.2.2. O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, DE 3 DE DEZEMBRO DE 2002

Assim sendo, o *factoring* poderia transformar-se num meio de fuga das empresas com dívidas à segurança social. Neste sentido, temos o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 3 de Dezembro de 2002¹⁹⁸.

O citado acórdão refere-se a um recurso que tinha como partes um factor (apelante) e uma entidade pública. Quantos aos factos, um aderente cedeu a este factor créditos sobre a Maternidade Alfredo da Costa – uma pessoa colectiva de direito público. Os créditos cedidos foram pagos ao factor, à excepção de dois que não foram liquidados na sua globalidade. A Maternidade Alfredo da Costa deduziu 25% destes créditos no valor de esc. 7.876.462\$00 e de esc. 7.772.153\$00, respectivamente, nos termos do art. 11.º, n.º 2 do Decreto-Lei 411/91. A sociedade de *factoring* sentiu-se lesada, tendo intentado uma acção de simples apreciação negativa, com processo ordinário, contra esta entidade pública, pedindo que o tribunal declarasse que foi celebrado entre o factor, enquanto instituição de crédito que se dedica à actividade do *factoring*, e uma terceira, credora da Maternidade Alfredo da Costa, um contrato que implica futuras cessões de créditos, pelo que a entidade pública não poderia efectuar a retenção, no acto de pagamento das facturas em dívida, do montante de 25% do valor dos créditos respectivos, invocando que o credor original não tinha regularizadas as suas contribuições

¹⁹⁷ Naturalmente que partimos aqui do pressuposto que estas instituições de crédito têm a sua situação contributiva regularizada.

¹⁹⁸ Acórdão do TRL, de 3 de Dezembro de 2002, recurso n.º 5566/02, *in* Colectânea de Jurisprudência, 2002, 5, 82

face às instituições de previdência¹⁹⁹. A primeira instância julgou lícita a actuação da Maternidade Alfredo da Costa.

Apresentados os factos, definiu o tribunal de recurso que a questão principal a ser decidida se prendia com a de saber sobre quem impende a obrigatoriedade de apresentação de documento válido que comprove a regularização, ou não, da sua situação contributiva, aquando da celebração de um contrato de *factoring* que envolva créditos sobre o Estado ou outras entidades públicas. Surge, assim, a dúvida de saber se esta responsabilidade recai sobre o aderente, sobre o factor ou sobre ambos.

Neste acórdão, o tribunal começou por fazer uma pequena introdução ao contrato de *factoring*, com vista a apreender a sua natureza. O tribunal concluiu, nesta primeira parte, que a natureza deste contrato é a da cessão de créditos²⁰⁰. Logo, temos um credor diferente do credor inicial. Aqui surgem as maiores dificuldades de interpretação face ao art. 11.º do Decreto-Lei 411/91. Quando uma empresa vai cobrar um crédito seu, superior a € 5.000, sobre uma entidade pública, vai ter de apresentar comprovativo da regularização da sua situação contributiva. Agora, se esta mesma empresa ceder este crédito a uma sociedade de *factoring*, essa obrigação de apresentação do comprovativo é transferida? O tribunal entendeu que a obrigatoriedade de apresentação do já referido documento pertence quer ao aderente, quer ao factor. Fundamenta-se, essencialmente, na *ratio* do Decreto-Lei 411/91 – “O legislador, quando se propôs elaborar uma norma deste tipo, certamente não deixou de contar com eventuais fugas ao fisco (...)”²⁰¹. Assim, por forma a fixar o sentido e o alcance da lei, menciona o tribunal que, nos termos do art. 9.º, n.º 3 do CC, o intérprete deve presumir que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados. Pelo contrário, a sociedade de *factoring* apelante defendeu que o facto de o Decreto-Lei 411/91 não prever

¹⁹⁹ Acórdão do TRL, *cit.*

²⁰⁰ Não nos vamos prender muito com as referências que este acórdão faz ao contrato de *factoring*, no entanto, discordamos quando define a cessão financeira como uma promessa de venda de créditos futuros.

²⁰¹ Acórdão do TRL, *cit.*

as situações de cessão de créditos implica a existência de uma lacuna. Neste sentido, o tribunal contrapôs ainda que, a existir uma lacuna, esta deveria ser suprida através do recurso às normas gerais do direito civil aplicáveis à cessão de créditos (art. 577.º e ss. do CC), em “*perfeita consonância*” com os contratos de cessão financeira celebrados. Dispõe o art. 582.º do CC – “*Na falta de convenção em contrário, a cessão do crédito importa a transmissão para o cessionário das garantias e outros acessórios do direito transmitido, que não sejam inseparáveis da pessoa do cedente*”. Ora, esta norma aplica-se à cessão financeira por força do disposto no art. 588.º do CC. Assim, defendeu o tribunal que se transmite para o factor a obrigatoriedade de apresentação da referida documentação. Acrescenta ainda que, mesmo que se admitisse que o art. 11.º do Decreto-Lei 411/91 fosse uma norma excepcional, uma interpretação extensiva nos termos do art. 9.º do CC levaria sempre a uma decisão semelhante à do tribunal recorrido.

O Tribunal da Relação de Lisboa foi ainda mais longe. Considerou que se a obrigatoriedade de apresentação dos referidos documentos fosse pura e simplesmente transferida para o factor, estavam abertas as portas à fraude, na medida em que uma empresa com dívidas à segurança social poderia ser sempre ressarcida na totalidade do crédito caso o cedesse a um terceiro que tivesse as suas contribuições regularizadas. Assim, apenas se pode ultrapassar estas dificuldades obrigando o aderente (cedente) a demonstrar que também nada deve à segurança social, caso contrário estaríamos perante uma clara situação de fraude à lei.

Deste modo, decidiu o tribunal que, quando uma empresa tiver créditos sobre uma entidade pública, de valor superior a € 5.000 e os ceder a uma sociedade de *factoring* (ou simplesmente a um terceiro), têm ambos (cedente e cessionário) a obrigatoriedade de demonstrar que nada devem à Segurança Social.

3.3.3. CONCLUSÕES

A fundamentação do aludido acórdão visava impedir que o *factoring* se transformasse numa actividade conotada com a fuga ao disposto no n.º 2 do art. 11.º do Decreto-Lei 411/91. De facto, haveria uma perda da seriedade da figura da cessão financeira se se tornasse frequente que empresas com dívidas à segurança social recorressem a este contrato como forma de fuga ao pagamento das suas contribuições. Assim, o *factoring* ganharia uma péssima reputação no mercado, ao que acresceria, ainda, o facto de poderem surgir algumas dúvidas sobre a origem dos créditos. Nestas situações, estaríamos perante uma fraude à lei: Uma empresa credora do Estado não necessitaria de regularizar a sua situação contributiva para proceder à cobrança em causa, pois poderia sempre ceder o seu crédito a um terceiro (factor), evitando ou contornando a obrigação prevista no art. 11.º Decreto-Lei 411/91²⁰².

Acreditamos que esta decisão do tribunal vai, de facto, de encontro à *ratio legis* do Decreto-Lei 411/91. Acresce que o teor do art. 582.º do CC parece ser decisivo para retirar qualquer dúvida.

Posto isto, as sociedades de *factoring* devem ter cautelas quando aprovam créditos elevados sobre entidades públicas. Parece-nos que os factores podem antecipar-se, reduzindo eventuais problemas, se requererem aos aderentes, antes da aprovação destes créditos, um comprovativo válido²⁰³ da sua situação contributiva actual. Ora, entendemos que tal exigência protegeria suficientemente o factor nas situações em que a data de vencimento do crédito é anterior ao final do período de validade do referido comprovativo. Contudo, quando tal não se verifique, e a data de vencimento do crédito se mostre posterior ao período de validade do documento comprovativo que o aderente deve apresentar, entendemos que do aludido acórdão resulta um risco desproporcional para o factor, que não pode, em circunstância alguma, actuar segundo um juízo calculado de segurança. Perante esta situação e a ser

²⁰² Não estamos a considerar aqui quaisquer implicações penais que estas empresas e os seus gerentes poderiam ter com esta conduta.

²⁰³ Comprovativo válido pelos prazos mencionados nas al. a) e b) do n.º 2 do art. 14.º do Decreto-Lei 411-91.

adoptada a posição defendida no acórdão citado, nada mais restará ao factor do que atenuar tão grande risco através do recurso a cláusulas contratuais acidentais, como seja a sujeição da cessão a condição ou termo resolutivo.

Acrescentamos, ainda, que as sociedades de *factoring* têm *know-how* do mercado onde actuam, pelo que conseguem detectar mais facilmente as dificuldades que algumas empresas sentem, nomeadamente os seus aderentes. Deste modo, parece que o citado acórdão veio alertar para um problema real do sector. Aliás, o cedente dos créditos sobre a Maternidade Alfredo da Costa já tinha entrado em processo de falência, pelo que o factor muito dificilmente se veria ressarcido dos seus danos.

Para finalizar, acrescentamos ainda que um factor que frequentemente detenha créditos sobre entidades públicas deve manter sempre actualizada uma declaração sobre a sua própria situação contributiva, por forma a poder apresentá-la sempre que requerido.

3.3. A TRIBUTAÇÃO DAS SOCIEDADES DE *FACTORING*

Fizemos, já, uma referência às sociedades de factoring e ao seu regime²⁰⁴. Torna-se agora importante estudar, parcialmente, as regras da tributação dos rendimentos das sociedades de *factoring*.

Como referimos anteriormente os factores são instituições de crédito que têm de assumir a forma de uma sociedade anónima. São, portanto, pessoas colectivas, pelo que deverão ser tributadas em sede de IRC. No entanto, as suas obrigações fiscais não se resumem só à tributação do seu rendimento. As sociedades têm uma panóplia de deveres para com a administração fiscal, nomeadamente em sede de IVA, IRS e contribuições para a Segurança Social. Podemos considerar que as pessoas colectivas de direito privado substituem a administração fiscal na sua função de arrecadação de receitas através de impostos.

3.3.1. Sociedade de Factoring enquanto Contribuinte

Foi acima referido que uma sociedade de *factoring* é sempre uma sociedade anónima, logo, uma pessoa colectiva. Posto isto, não deixam os factores de obter rendimentos através da cabal persecução do seu objecto social, daí que tenham de ser tributados em sede de IRC.

O IRC incide sobre os rendimentos obtidos pelas pessoas colectivas, mesmo quando provenientes de actos ilícitos, no período de tributação²⁰⁵. Temos, deste modo, três pressupostos para o surgimento da obrigação tributária²⁰⁶:

1. Pressuposto subjectivo – que o titular do rendimento seja sujeito passivo nos termos do disposto no art. 2.º do CIRC;

²⁰⁴ Consultar ponto 2.6.2., pág. 40 e ss.

²⁰⁵ Cfr. art. 1.º CIRC

²⁰⁶ Pressupostos identificados em VÁRIOS, *Guia do Fisco 2004, cit.*, pág. 185.

2. Pressuposto objectivo – que haja uma obtenção de rendimentos por parte destes sujeitos passivos;
3. Pressuposto temporal – que essa obtenção de rendimentos corresponda a um período de tributação.

Para que a obrigação de pagar o imposto nasça, é necessário que se verifiquem estes três pressupostos em simultâneo²⁰⁷.

O art. 2.º do CIRC vai definir quem é sujeito passivo de IRC. Para o efeito, o legislador identifica três sujeitos passivos:

- a) As sociedades comerciais ou civis sob a forma comercial, as cooperativas, as empresas públicas e as demais pessoas colectivas de direito público ou privado, com sede ou direcção efectiva em território português;
- b) Entidades desprovidas de personalidade jurídica, com sede ou direcção efectiva em território português, cujos rendimentos não sejam tributáveis em sede de IRS ou em sede de IRC directamente na titularidade de pessoas singulares ou colectivas;
- c) Entidades, com ou sem personalidade jurídica, que não tenham sede nem direcção efectiva em território português e cujos rendimentos nele obtidos não estejam sujeitos a IRC.

Salvaguarda o n.º 3 deste artigo que são considerados residentes as pessoas colectivas e outras entidades que tenham sede ou direcção efectiva em território português.

Ora, esta questão é muito importante, pois o RGICSF dispõe no seu art. 10.º que podem exercer as actividades previstas no diploma as instituições de crédito e sociedades financeiras com sede em Portugal e sucursais de instituições de crédito e instituições financeiras com sede no estrangeiro. Aliás, as portas para o exercício da actividade em território português por parte de instituições de crédito com sede no estrangeiro há muito foram abertas através

²⁰⁷ VÁRIOS, *Guia do Fisco 2004*, cit., pág. 185.

dos arts. 44.º e ss. do RGICSF. No entanto, o legislador português não se esqueceu de se precaver através da grande abrangência do artigo 2.º do CIRC. Assim, em termos fiscais, as sociedades de *factoring* são sujeitos passivos de IRC, independentemente de terem em sede em território português. Bastaria até que uma destas sociedades tivesse apenas uma filial em Portugal para que pudesse ser tributada em sede IRC.

Relativamente à incidência real, prevista no art. 3.º do CIRC, vamos centralizar a nossa análise na tributação das sociedades comerciais. Deste modo, o IRC vai incidir sobre o lucro das sociedades comerciais que exerçam a título principal uma actividade de natureza comercial ou sobre o lucro tributável de estabelecimentos estáveis²⁰⁸ situados em território português.

Por conseguinte, o que vai ser tributado em sede de IRC é o lucro destes sujeitos passivos, enquanto diferença entre os valores do património líquido no fim e no início do período de tributação, com as devidas correcções²⁰⁹. Acresce que este imposto incide ainda sobre os rendimentos obtidos fora de Portugal pelas sociedades comerciais com sede ou direcção efectiva em território português²¹⁰, pelo que vemos aqui, na sua plenitude, o princípio da residência (*worldwide taxation of residents*)²¹¹. A extensão da obrigação de imposto abrange, quanto às pessoas colectivas ou entidades que não tenham sede ou direcção efectiva em território português, os rendimentos nele obtidos (princípio da territorialidade²¹²).

Relativamente ao período de tributação, o imposto é devido por cada exercício económico, que coincide com o ano civil. No entanto, o legislador

²⁰⁸ Nos termos do disposto no art. 5.º do CIRC, estabelecimento estável é uma instalação fixa através da qual seja exercida uma actividade de natureza comercial. O legislador dá como exemplo nomeadamente um local de direcção, uma sucursal ou um escritório. A estes estabelecimentos estáveis aplicam-se as taxas gerais de IRC; cfr. art. 5.º da Convenção Modelo da OCDE; v. NABAIS, Casalta, *Direito Fiscal, cit.*, pág. 220 e 221; TEIXEIRA, Glória, *A Tributação cit.*, pág. 92 e ss.

²⁰⁹ Cfr. art. 3.º, n.º 2 do CIRC

²¹⁰ Cfr. art. 4.º, n.º 1 do CIRC

²¹¹ Para uma melhor abordagem do princípio da residência, v. TEIXEIRA, Glória, *A Tributação cit.*, pág. 31 e 32

²¹² v. TEIXEIRA, Glória, *A Tributação cit.*, pág. 31

estabeleceu excepções²¹³. Uma das excepções é para as pessoas colectivas que não tenham sede nem direcção efectiva em território português e que neste disponham estabelecimento estável, que podem adoptar um período anula de imposto diferente da regra geral, o qual deve ser mantido, no mínimo, durante os cinco exercícios imediatos²¹⁴. Outra excepção poderá ser criada pelo Ministro das Finanças que pode, a requerimento do interessado, tornar extensiva a outras entidades a faculdade prevista na primeira excepção, desde que razões de interesse económico o justifiquem²¹⁵.

Pode, ainda, o período de tributação ser inferior a um ano, se se verificarem os pressupostos das alíneas do n.º 4 do art. 8.º do CIRC²¹⁶. Aliás, o legislador ao “*ficcionar*”²¹⁷ estes períodos de tributação, visou promover a organização dos sujeitos passivos, por forma a que fossem balizados os seus rendimentos durante um determinado período de tempo.

Ainda quanto ao período de tributação, devemos sublinhar que o facto gerador do imposto considera-se verificado no último dia deste período.

Posto isto, podemos afirmar que as sociedades de *factoring* a actuar em Portugal são sujeitos passivos de IRC, estejam ou não sediadas no nosso território. Às despesas que vão efectuando contrapõe-se as receitas que vão arrecadando através sua actividade ou dos meios previstos no art. 5.º do Decreto-Lei 171/95²¹⁸.

Assim, cumpre fazer uma pequena abordagem sobre a determinação da matéria colectável em sede de IRC.

Uma sociedade com alguma estrutura como são as sociedades de *factoring*, determina a sua matéria colectável nos termos do disposto no art. 16.º, n.º 1 do CIRC. Aqui temos uma auto-liquidação do imposto pelo contribuinte, devidamente controlada pela administração fiscal.

²¹³ Cfr. art. 8.º CIRC.

²¹⁴ Cfr. art. 8.º, n.º 2 do CIRC.

²¹⁵ Cfr. art. 8.º, n.º 3 do CIRC

²¹⁶ Para estes períodos de tributação destacamos os exercícios de início de tributação e os de cessação de actividade do sujeito passivo.

²¹⁷ VÁRIOS, *Guia do Fisco 2004*, cit., pág. 189.

²¹⁸ v. supra, ponto 2.6.2., pág. 40.

Para ser determinada a matéria colectável, quanto a entidades residentes em território português, têm de ser deduzidos ao lucro tributável²¹⁹, os montantes correspondentes aos prejuízos fiscais²²⁰ e a eventuais benefícios fiscais²²¹. Se o sujeito passivo não for residente no nosso território, a matéria colectável vai obter-se pela dedução ao seu lucro tributável²²² também dos prejuízos fiscais que lhe sejam imputáveis, com as necessárias adaptações e dos benefícios fiscais (dedutíveis).

O acima mencionado lucro tributável, nos termos do art. 17 do CIRC, é constituído pela soma algébrica do resultado líquido²²³ do exercício e das variações patrimoniais positivas e negativas verificadas no mesmo período e não reflectidas naquele resultado. Aliás, o conceito de lucro tributável é fundamental, pois é o ponto de partida para a tributação em sede de IRC.

Determinada a matéria colectável, vai ser aplicada uma taxa de imposto. A taxa a aplicar à matéria colectável é de 25% para as sociedades comerciais com sede em Portugal. Relativamente a entidades não residentes, a taxa aplicável também é de 25% (excepto os rendimentos obtidos nos termos do art. 80.º, n.º 2, al. e) do CIRC).

Algumas sociedades de *factoring* fazem parte de grupos de sociedades. Deste modo, aplica-se-lhes o regime especial de tributação de grupos de sociedades previsto nos arts. 63.º a 65.º do CIRC. Nestes termos, a sociedade dominante pode optar pela aplicação do regime especial de determinação da matéria colectável em relação a todas as sociedades do grupo²²⁴, desde que se verifiquem os requisitos do n.º 3 do art. 63.º do CIRC²²⁵.

²¹⁹ Determinado nos termos do disposto no art. 17.º do CIRC.

²²⁰ Cfr. art. 47.º CIRC.

²²¹ Que possam ser deduzidos ao lucro.

²²² Determinado nos termos do art. 50.º do CIRC.

²²³ Diferença entre os proveitos (art. 20.º do CIRC) e custos (art. 23.º do CIRC).

²²⁴ Temos um grupo de sociedade quando estão verificados os pressupostos do n.º 2 do art. 63.º do CIRC:

1. Uma sociedade dominante tem de deter, directa ou indirectamente, pelo menos 90% do capital de outra ou de outras sociedades dominadas;

Independentemente destes factores, o pagamento do imposto efectua-se através dos pagamentos por conta, nos termos dos art. 96.º e 97.º do CIRC. Assim, as entidades residentes e as não residentes com estabelecimento estável em território português estão obrigadas a proceder a três pagamentos por conta anuais, que se vencem nos meses de Julho, Setembro e Dezembro do próprio ano a que respeita o lucro tributável. O imposto a pagar no pagamento por conta é calculado com base no imposto liquidado no exercício imediatamente anterior àquele em que se devam efectuar esses pagamentos²²⁶. Assim sendo após o apuramento do imposto, se a quantia paga for inferior ao imposto a liquidar, terá o sujeito passivo de entregar o valor em dívida. Se acontecer o contrário, haverá lugar ao reembolso do sujeito passivo.

3.3.2. A sociedade de *factoring* enquanto extensão da administração fiscal

Agora vamos analisar as obrigações das sociedades de *factoring* enquanto no âmbito da substituição fiscal²²⁷.

Estabelece o art. 20.º da LGT que a substituição verifica-se quando, por imposição da lei, a prestação tributária for exigida a pessoa diferente do

2. E que essa participação lhe confira mais de 50% dos direitos de voto.

²²⁵ Para ser requerido o regime especial, tem de se aferir cumulativamente os seguintes requisitos:

- A. Todas as sociedades tem de ter sede e direcção efectiva em território português;
- B. Têm de estar sujeitas ao regime geral de tributação em IRC à taxa geral mais elevada;
- C. A sociedade dominante tem de deter a participação das sociedades dominadas por um período de tempo superior a um ano;
- D. A sociedade dominante não pode ser considerada dominada relativamente a qualquer outra sociedade residente em território português.

²²⁶ Cfr. art. 97.º CIRC

²²⁷ Para um estudo mais aprofundado sobre a substituição fiscal, v. FEIO, Diogo, *A Substituição Fiscal e a Retenção na Fonte: O caso Específico dos Impostos sobre o Rendimento*, Coimbra Editora, 2001

contribuinte. Acrescenta este artigo que a substituição fiscal é efectuada através do mecanismo de retenção na fonte do imposto devido²²⁸.

A figura da substituição fiscal divide-se em substituição total ou substituição parcial. Quanto à primeira, o substituto fiscal vai substituir o contribuinte quer na obrigação de imposto, quer nas outras obrigações e deveres fiscais acessórios²²⁹. Este tipo de substituição abrange as retenções na fonte com carácter definitivo. Relativamente à segunda substituição, o substituído vai a generalidade ou parte das suas obrigações e deveres acessórios²³⁰.

Por conseguinte, temos aqui uma relação triangular entre o substituto, o substituído e a administração fiscal, na qual o substituto vai ter a faculdade de exercer um direito de retenção sobre o substituído, por forma a cumprir as suas obrigações perante a administração fiscal.

Daqui se retira que o substituto fiscal vai ocupar a posição da administração fiscal enquanto entidade credora do imposto. Contudo, não deixa de ser apenas credora numa primeira linha, pois a obrigação de entregar os montantes retidos ao credor originário (administração fiscal).

Decorre da substituição fiscal, nos termos do art. 28.º da LGT, um regime de responsabilidade especial. Este regime está consagrado em três disposições distintas:

1. A entidade obrigada à retenção na fonte é responsável pelas importâncias retidas e não entregues nos cofres do estado, pelo que o substituído fica desonerado de qualquer responsabilidade no seu pagamento;
2. No caso de a retenção ser efectuada somente a título de pagamento por conta do imposto devido a final, a responsabilidade originária pelo pagamento não retido

²²⁸ Esta opção do legislador é criticada por CASALTA NABAIS, na medida em considera que houve um retrocesso relativamente ao CPCI e ao CPT. Defende este autor que, como acontece noutros Estados, pode haver substituição tributária sem retenção, ou retenção sem haver substituição. v. NABAIS, Casalta, *Direito Fiscal, cit.*, pág. 222 e 223.

²²⁹ NABAIS, Casalta, *Direito Fiscal, loc. cit.*

²³⁰ NABAIS, Casalta, *Direito Fiscal, loc. cit.*

compete ao substituído, ficando o substituto com uma responsabilidade subsidiária (sendo que este fica ainda sujeito aos juros compensatórios devidos desde o termo do prazo de entrega até ao termo do prazo para apresentação da declaração pelo responsável originário ou até a entrega do imposto retido, se anterior;

3. Em todas as outras situações, o substituído é apenas subsidiariamente responsável pelo pagamento da diferença entre as importâncias que deviam ter sido deduzidas e as que efectivamente o foram.

Daqui decorre uma grande responsabilidade para o substituto fiscal que não pode, de forma alguma, abdicar das suas obrigações para com a administração fiscal.

No caso de uma sociedade de *factoring*, o facto de ter vários trabalhadores dependentes vai torná-la uma substituta fiscal por excelência, em sede de IRS e contribuições para a segurança social.

O art. 99.º do CIRS obriga as entidades devedoras de rendimentos de trabalho dependente e de pensões (substituto) a reter o imposto no momento do seu pagamento ou da colocação à disposição dos respectivos titulares (substituídos). Para esse efeito, o substituto deve solicitar ao substituído (sujeito passivo do imposto) no exercício das suas funções ou antes de ser efectuado o primeiro pagamento, os dados indispensáveis, relativos à sua situação pessoal e familiar. Desta forma, a retenção vai ser efectuada de acordo com uma tabela adaptada ao sujeito passivo e ao seu agregado familiar²³¹.

O mesmo acontece com as contribuições para a segurança social. Nos termos do Decreto-Lei 103/80, de 9 de Maio de 1980, as entidades patronais devem proceder ao pagamento das contribuições para a segurança social dos seus trabalhadores, sendo que são obrigados a fazer a retenção dos respectivos montantes nas remunerações destes, conforme as taxas referidas

²³¹ v. tabelas de retenção da fonte anexas ao CIRC.

no Decreto-Lei 199/99, de 8 de Junho. Assim, para a obtenção desta receita, mais uma vez a Administração Fiscal vai socorrer-se de entidades que se vão substituir ao devedor originário. Aliás, este sistema impõe mesmo deveres acrescidos às entidades patronais, nomeadamente a declaração de remunerações, estabelecida nos arts. 12.º e ss. do Decreto-Lei 8-B/2002, de 15 de Janeiro. Esta declaração de remunerações pode actualmente ser feita através de suporte electrónico²³², mensalmente, de 1 a 15 do mês seguinte àquele a que as mesmas digam respeito²³³.

3.3.3. Conclusões

Posto isto, cumpre analisar o impacto que as sociedades de *factoring* têm em sede de IRC.

As sociedades de *factoring* são importantes agentes económicos. Como tal, através da persecução do seu objecto social visam a obtenção de lucro. Este lucro, enquanto rendimento, deve ser tributado. Deste modo, independentemente de ser uma sociedade com sede ou direcção efectiva em território português, ou somente um estabelecimento estável em Portugal, será sempre sujeito passivo de IRC. Assim, estamos perante uma verdadeira fonte de riqueza para o Estado, na medida em que estas sociedades têm vindo a obter, como já foi analisado, receitas cada vez mais avultadas.

Pese embora os factores originarem receitas para os cofres do Estado através da tributação do seu rendimento, são também centros de imputação de responsabilidade por parte da Administração Fiscal. Através do mecanismo da retenção na fonte, as sociedades de *factoring* assumem uma tarefa que deveria incumbir ao Estado, pelo que lhe prestam um serviço de arrecadação de receitas.

²³² V. Decreto-Lei 106/2001, de 6 de Abril

²³³ V. art. 1.º, n.º 2 do Decreto-Lei 106/2001, de 6 de Abril

Assim, em jeito de conclusão, podemos salientar que os factores são entidades:

1. Tributadas pelo seu rendimento auferido num determinado período de tributação;
2. Que procedem à auto-liquidação do seu imposto através de pagamentos por conta controlados pela administração fiscal;
3. Que auxiliam a administração fiscal através do mecanismo de retenção na fonte em sede de IRC;
4. Que auxiliam também a administração fiscal no âmbito das contribuições para a Segurança Social, através do mesmo mecanismo de retenção na fonte.

Finalizando, temos de atender que nem sempre o *factoring* é praticado por sociedades que tenham esta actividade como único objecto social. Por vezes, os bancos têm ocupado esse lugar. Acresce ainda que a maioria dos factores são filiais de outros bancos, pelo que se lhe aplicam as disposições acima referidas²³⁴.

²³⁴ v. ponto 2.6.2., pág. 40

4. A TRIBUTAÇÃO DO *FACTORING* EM SEDE DE IVA E IMPLICAÇÕES DO ACÓRDÃO MKG

Após esta exposição, compete abordar uma das questões mais importantes no tratamento fiscal da cessão financeira – o acórdão MKG e o futuro da tributação do *factoring* em Portugal.

4.1. A SEXTA DIRECTIVA 77/388/CEE

A 17 de Maio de 1977, com vista à harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios, o Conselho das Comunidades Europeias criou um sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado – a Sexta Directiva 77/388/CEE²³⁵. Um sistema comunitário de tributação dos impostos sobre o volume de negócios não era uma ideia original, na medida em que já existiam Directivas com o mesmo objecto desde 11 de Abril de 1967. Todavia, a Sexta Directiva assumiu um papel decisivo e permanente nas ordens jurídicas dos Estados-membros, na medida em que prosseguia os seguintes objectivos:

1. Liberalizar a circulação de pessoas, dos bens, dos serviços e dos capitais;
2. Suprir a tributação na importação e desagravar as exportações, nas trocas entre os Estados-membros;

²³⁵ Sexta Directiva 77/388/CEE, de 17 de Maio de 1977, publicado no JO L145, p. 1.; EE 09 F1 p.54

3. Garantir a neutralidade do sistema comum de impostos sobre o volume de negócios quanto à origem dos bens e das prestações de serviços;
4. Delimitar a noção de sujeito passivo, por forma a permitir que os Estados-membros conseguissem abranger as pessoas que realizassem operações ocasionais;
5. Precisar a noção de operação tributável;
6. Fixar o lugar das operações tributáveis, nomeadamente no que se refere à entrega de bens para montagem e às prestações de serviços;
7. Harmonizar as noções de facto gerador e de exigibilidade do imposto;
8. Conciliar a matéria colectável, de maneira a que a aplicação da taxa conduzisse a resultados comparáveis em todos os Estados-membros;
9. Zelar que as taxas aplicadas permitissem a dedução normal do imposto aplicado no estágio anterior;
10. Estabelecer uma lista uniforme de isenções;
11. Harmonizar o regime das deduções;
12. Promover o cálculo de forma análoga em todos os Estados-membros do valor do *pro rata* de dedução;
13. Precisar quem são os devedores do imposto;
14. Garantir uma cobrança equivalente do imposto, através de declarações periódicas dos devedores;

Assim, a Sexta Directiva estimulou um sistema unitário de tributação nos Estados-membros, que visava facilitar as trocas intra-comunitárias. Com as recentes adesões à UE, a esfera comunitária tem vindo a aumentar, pelo que a referida Directiva viu a sua importância aumentar galopantemente. Aliás, como refere EDUARDO PAZ FERREIRA, passou, inclusivamente, a ser “*uma espécie de*

*bíblia utilizada como modelo mesmo noutros espaços geográficos, onde se optou por criar impostos semelhantes*²³⁶.

Posto isto, cabe agora fazer um breve análise às normas da Sexta Directiva que se revestem de maior relevância para o presente estudo.

Estão sujeitas a IVA as entregas de bens e as prestações de serviços, efectuadas a título oneroso, no território de um Estado-membro²³⁷, por um sujeito passivo agindo nessa qualidade, bem como as importações de bens²³⁸. Daqui decorrem os seguintes requisitos cumulativos para a verificação do facto tributário:

1. Entrega de bens ou prestações de serviços;
2. A título oneroso;
3. Localizado no território de um Estado-membro ;
4. Consumado por um sujeito passivo de IVA agindo nessa qualidade.

Desta forma, o art. 4.º refere que se entende por sujeito passivo qualquer pessoa que exerça, de modo independente²³⁹, em qualquer lugar, uma das actividades económicas referidas no n.º 2 do mesmo artigo, independentemente do fim ou do resultado dessa actividade. Para este efeito, o art. 4.º, n.º 2 menciona que essas actividades são as de produção, comercialização ou de prestação de serviços. Pode, contudo, ser qualificado como sujeito passivo, nos termos desta Directiva, qualquer pessoa que realize, a título ocasional, uma operação relacionada com estas actividades²⁴⁰. Salvaguarda ainda este artigo que os Estados-membros podem considerar como único sujeito passivo as pessoas estabelecidas no território do país que,

²³⁶ FERREIRA, Eduardo Paz, “*Aspectos da Harmonização Fiscal Europeia*”, Fisco, n.ºs 105 e 106, Novembro de 2002, ano XII, pág. 9

²³⁷ Segundo o art. 3.º da Sexta Directiva, 77/388/CEE, de 17 de Maio de 1977, considera-se “território de um Estado-membro”, o território de um país tal como está definido nos termos do art. 227.º do TCE.

²³⁸ Cfr. art. 2.º da Sexta Directiva

²³⁹ O art. 4.º, n.º 4 da Sexta Directiva refere-se à expressão “de modo independente” como uma forma de exclusão da tributação dos assalariados e outras pessoas, devido ao vínculo a uma entidade patronal por um contrato de trabalho ou por qualquer outra relação jurídica que estabeleça vínculos de subordinação no que diz respeito às condições de trabalho e de remuneração e à responsabilidade da entidade patronal.

²⁴⁰ Cfr. art. 4.º, n.º 3 da Sexta Directiva

embora juridicamente independentes, se encontrem estreitamente vinculadas entre si nos planos financeiro, económico e de organização²⁴¹.

Importa salientar igualmente que, no âmbito do art. 4.º, as pessoas de direito público não são sujeitos passivos quando actuem munidas do seu *ius imperium*, ou seja, relativamente às actividades ou operações que exerçam na qualidade de autoridades públicas. Porém, estas pessoas de direito público podem ser sujeitos passivos de IVA se a sua não sujeição ao imposto conduza a distorções de concorrência significativas.

A Sexta Directiva especifica, ainda, nos seus arts. 5.º e 6.º o que entende por entrega de bens e prestação de serviços. Por entrega de bem entende-se a transferência do poder de dispor de um bem corpóreo²⁴², como proprietário. Por prestação de serviços entendeu o legislador comunitário qualquer prestação que não constitua uma entrega de bens nos termos do art. 5.º, pelo que uma definição pela negativa.

Como a cessão financeira se vai traduzir numa prestação de serviços do factor ao aderente, convém acentuar que o mencionado art. 6.º da Sexta Directiva exemplifica em que deve consistir essa prestação de serviços:

1. Cessão de um bem incorpóreo representado ou não por um título;
2. Obrigação de não fazer ou de tolerar um acto ou uma situação;
3. Execução de um serviço prestado em consequência de acto de Administração Pública ou em seu nome ou por força da lei.

Consideramos, todavia, que esta enumeração é meramente exemplificativa, na medida em que o legislador entendeu precaver-se contra o aparecimento de novas prestações de serviços.

Ainda dentro desta questão, o art. 9.º da Sexta Directiva dispõe que se entende como lugar da prática da prestação de serviços o local onde o

²⁴¹ Cfr.. art. 4.º, n.º4, *in fine* da Sexta Directiva.

²⁴² O art. 5.º da Sexta Directiva refere que a energia eléctrica, o gás, o calor, o frio e similares consideram-se bens corpóreos. Acrescenta ainda que os Estados-membros podem considerar bens corpóreos determinados direitos sobre bens imóveis, direitos reais que conferem ao respectivo titular um poder de utilização sobre bens imóveis, participações e acções cuja posse confira, de direito ou de facto, a propriedade ou gozo de um bem imóvel ou de uma fracção de um bem imóvel.

prestador dos mesmos tenha a sede da sua actividade económica ou um estabelecimento estável a partir do qual os serviços são prestados ou, na falta de sede ou estabelecimento estável, o lugar do seu domicílio ou da sua residência habitual. Esta é a regra geral quanto ao local das prestações de serviços²⁴³.

Passando agora à análise do art. 10.º da Sexta Directiva, vai entender-se como facto gerador o facto mediante o qual são preenchidas as condições legais necessárias à exigibilidade do imposto²⁴⁴. Assim sendo, temos de determinar o momento em que o imposto se torna exigível. Ora, este momento é aquele em que o facto gerador ocorre – aquando da entrega do bem ou da prestação de serviços. Acresce ainda que as prestações de serviços de que resultem sucessivas deduções ou pagamentos consideram-se efectuadas no termo dos prazos a que se referem essas deduções ou pagamentos. Quando houver, contudo, pagamentos por conta antes da entrega dos bens ou da prestação de serviços, o imposto vai tornar-se exigível no momento da cobrança e em relação ao montante recebido.

Relativamente à matéria colectável, esta consiste, quanto à entrega de bens e à prestação de serviços, na contrapartida que o fornecedor ou o prestador recebeu ou deve receber em relação a essas operações, por parte do adquirente, do destinatário ou de um terceiro²⁴⁵. A referida matéria colectável inclui os impostos, direitos aduaneiros, taxas e demais encargos (com excepção do próprio imposto sobre o valor acrescentado) e as despesas acessórias (despesas de comissão, embalagem, transporte e seguro, exigidas pelo fornecedor ao adquirente ou ao destinatário). Pelo contrário, a matéria colectável não inclui as reduções de preço resultantes de desconto por pagamento antecipado, os descontos e abatimentos concedidos aos adquirentes ou ao destinatário (no momento em que a operação se realiza) e

²⁴³ No entanto, esta regra tem algumas derrogações no n.º 2 e ss. do art. 9.º da Sexta Directiva, que não vamos indagar neste nosso estudo.

²⁴⁴ Direito que o fisco pode fazer valer, nos termos da lei, a partir de um determinado momento, face ao devedor, relativamente ao pagamento do imposto, ainda que possa ser deferido. Cfr. art. 10.º, n.º 1, al. b) da Sexta Directiva.

²⁴⁵ Cfr. art. 11.º, n.º 1, al. a) da Sexta Directiva

as quantias que um sujeito passivo recebe do adquirente ou do destinatário, a título de reembolso das despesas efectuadas em nome e por conta destes últimos (que estejam registadas na sua contabilidade em contas transitórias).

Chega agora a oportunidade de nos debruçarmos sobre as taxas aplicáveis nos termos da Sexta Directiva. Por conseguinte, a taxa a aplicar às operações tributáveis é aquela que estiver em vigor no momento em que o facto gerador ocorre²⁴⁶. Relativamente aos casos dos pagamentos por conta acima indicados, quando ocorram antes da entrega dos bens ou da prestação de serviços, aplica-se a taxa em vigor no momento em que o imposto se torna exigível²⁴⁷. A taxa normal de IVA aplicável deve ser fixada por cada Estado-membro numa percentagem da base de tributação que é idêntica para a entrega de bens e para a prestação de serviços, sendo que, de 1 de Janeiro de 2001 até 31 de Dezembro de 2005, essa percentagem não pode ser inferior a 15%²⁴⁸. A Sexta Directiva, porém, permite que os Estados-membros possam fixar também uma ou duas taxas reduzidas, mas nunca inferiores a 5% e sempre aplicáveis ao fornecimento bens e prestações de serviços das categorias referidas no anexo H²⁴⁹.

Estabelece também a Sexta Directiva algumas isenções à tributação em sede de IVA²⁵⁰. Relevantes para o presente estudo, são as isenções consagradas na alínea d) do ponto B) do art. 13.º. No n.º 3 desta alínea, o legislador concebeu que *“as operações, incluindo a negociação relativa a depósitos de fundos, contas-correntes, pagamentos, transferências, créditos, cheques e outros efeitos de comércio, com excepção da cobrança de*

²⁴⁶ Cfr. art. 12.º, n.º 1 da Sexta Directiva

²⁴⁷ Cfr. art. 12.º, n.º 1, al. a) da Sexta Directiva.

²⁴⁸ O Conselho vai ter de decidir por unanimidade, sob proposta da Comissão e após consulta ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social, do nível da taxa normal aplicável depois de 31 de Dezembro de 2005.

²⁴⁹ Este anexo apresenta uma lista de bens e serviços relativamente aos quais se poderão aplicar taxas reduzidas de IVA, nomeadamente, produtos alimentares destinados ao consumo humano e animal, abastecimento de água, produtos farmacêuticos do tipo normalmente utilizado em cuidados de saúde, equipamentos médicos, livros, jornais, entradas para eventos culturais, entre outros.

²⁵⁰ Apesar de estas actividades estarem isentas de IVA, tal facto não invalida que sejam tributadas em sede de outros impostos, designadamente em imposto de selo.

dívidas²⁵¹, deveriam ser actividades isentas. Ora esta norma suscita várias dificuldades de interpretação, essencialmente devido às diferentes traduções de que a parte final deste artigo foi alvo²⁵².

Importa fazer também uma referência ao art. 17.º da Sexta Directiva. Este artigo estabelece a origem e o âmbito do direito à dedução. No seu n.º 1, está expresso que o direito à dedução surge no momento em que o imposto dedutível se torna exigível. Assim, desde que os bens e os serviços sejam utilizados para os fins das próprias operações tributáveis, o sujeito passivo está autorizado a deduzir do imposto de que é devedor o IVA devido ou pago em relação a bens que lhe tenham sido fornecidos ou que lhe devam ser fornecidos e a serviços que lhe tenham sido prestados ou que lhe devam ser prestados por outro sujeito passivo²⁵³. Contudo, pode acontecer que os bens e serviços adquiridos por um sujeito passivo sejam utilizados, não só para operações com direito a dedução como para operações sem direito a dedução. Nestes casos, só temos dedução relativamente à parte do IVA proporcional ao montante respeitante à primeira categoria de operações – *pro rata*²⁵⁴. Podem, porém, os Estados-membros autorizar o sujeito passivo a determinar um *pro rata* para cada sector da actividade e a manter contabilidades distintas para cada um desses sectores; obrigá-lo a determinar um *pro rata* para cada sector da respectiva actividade e a manter contabilidades distintas para cada um desses sectores ou estabelecer que não se tome em consideração o IVA que não pode ser deduzido, quando o montante respectivo for insignificante.

Neste contexto, para que um sujeito passivo possa exercer o seu direito à dedução, deve possuir uma factura que documente o IVA liquidado. Assim, é efectuada a dedução através da subtracção, à quantia total, do imposto devido num determinado período fiscal, do montante do imposto em relação ao qual, durante o mesmo período, o direito à dedução surge.

²⁵¹ Sublinhado nosso.

²⁵² Quanto a este tema, vamos aprofundá-lo com a análise do acórdão MKG. v. ponto 4.2., pág. 90

²⁵³ Cfr. art. 17.º, n.º 2, alínea a) da Sexta Directiva.

²⁵⁴ O cálculo do *pro rata* está estabelecido no disposto no art. 19.º da Sexta Directiva.

Independentemente desta questão, os devedores do imposto perante o fisco são essencialmente as pessoas que mencionem o IVA numa factura ou em qualquer outro documento que a substitua²⁵⁵.

Acresce ainda que os devedores do imposto nos termos do art.22.º da Sexta Directiva, são sujeitos a inúmeras obrigações:

1. Declarar o início, a alteração e a cessação da sua actividade como sujeitos passivos;
2. Possuir uma contabilidade suficientemente pormenorizada, por forma a permitir a aplicação do IVA e sua fiscalização pela administração fiscal;
3. Emitir uma factura²⁵⁶ ou um documento que a substitua, em relação à entrega de bens e às prestações de serviços que efectuem a outro sujeito passivo, e conservar um de todos os documentos emitidos²⁵⁷;
4. Devem apresentar uma declaração de onde constem todos os dados necessários para o apuramento do montante de imposto exigível e do montante de deduções a serem efectuadas²⁵⁸;
5. Pagar o montante líquido do IVA no momento de apresentação da declaração periódica²⁵⁹;
6. Apresentação, quando exigida, de uma declaração da qual constem os dados referentes ao apuramento do montante de imposto exigível e respectivas deduções, relativamente a todas as operações realizadas no ano anterior;
7. Cumprir as obrigações de declaração e de pagamento enquanto devedores do imposto em substituição de um sujeito passivo estabelecido no estrangeiro.

²⁵⁵ Cfr. art. 21.º da Sexta Directiva

²⁵⁶ A factura deve mencionar claramente o preço líquido de imposto e o imposto correspondente a cada taxa diferente e, se se aplicar, a isenção. Cada Estado-membro deve estabelecer os seus critérios para definir um documento como factura.

²⁵⁷ Também deve emitir uma factura sobre todos os pagamentos por conta efectuados antes da entrega dos bens ou da prestação de serviços.

²⁵⁸ O prazo para a entrega destes documentos deve ser determinado por cada Estado-membro, dentro dos pressupostos do art. 22.º, n.º 4 da Sexta Directiva.

²⁵⁹ Os Estados-membros podem fixar outro prazo para o pagamento ou até cobrar adiantamentos provisórios.

Assim, caminhámos um pouco pela Sexta Directiva. Para apreendermos correctamente o objecto do nosso estudo, torna-se imperioso dominar parcialmente o IVA ao nível comunitário, pelo que, neste momento da exposição, podemos já começar a analisar as questões mais relevantes suscitadas pelo acórdão MKG.

4.2. O ACÓRDÃO MKG

4.2.1. ENQUADRAMENTO JURÍDICO

No dia 26 de Junho de 2003, o TJCE decidiu sobre um reenvio prejudicial, interposto por um tribunal alemão (*Bundesfinanzhof*), nos termos do art. 234.º TCE. Esta decisão debruçou-se sobre determinadas disposições da Sexta Directiva.

No tribunal de origem, surgiu um litígio entre o *Finanzamt Grob-Gerau* (administração fiscal alemã) e a sociedade *MKG – Kraftfahrzeuge-Factoring GmbH* (factor germânico) sobre o modo de cálculo do IVA devido por esta última na qualidade de sociedade cuja actividade é o *factoring* em sentido próprio²⁶⁰.

Tendo já sido feita uma pequena introdução à Sexta Directiva, cumpre salvaguardar as seguintes referências da legislação alemã:

1. O CIVA alemão (*UStG 1991*) estabelece no seu art. 1.º que estão sujeitos a imposto sobre o volume dos negócios as entregas e outras prestações realizadas a título oneroso por uma empresa no interior do seu país, no âmbito da sua actividade empresarial;
2. O mesmo diploma dispõe ainda, no seu art.º 2, que empresário é qualquer pessoa que desenvolve uma actividade comercial ou profissional por conta própria, sendo certo que o conceito de empresa engloba todas as actividades comerciais ou profissionais do empresário;
3. No mesmo artigo, é referido que actividade comercial ou profissional é qualquer actividade de carácter permanente com

²⁶⁰ Como já analisámos, na óptica alemã, *factoring* em sentido próprio é o contrato sem recurso. v. ponto 2.4. da nossa exposição, pág. 31 e ss.

- a finalidade de obtenção de receitas, mesmo que não exista o objectivo de realizar lucros;
4. O art. 4.º do CIVA Alemão estabelece que estão isentas de IVA a concessão, intermediação e administração de créditos, bem como a gestão de créditos, (...) as operações respeitantes à actividade de créditos em numerário e a intermediação destas operações, com exclusão da cobrança de dívidas;
 5. Segundo o art. 9.º do CIVA alemão, intitulado “Renúncia às isenções”, um empresário pode realizar no regime de sujeição ao imposto as operações isentas acima referidas, quando a operação é realizada com outro empresário para a respectiva empresa;
 6. Pode um empresário, nos termos do art. 15.º do mesmo diploma, deduzir o imposto mencionado separadamente nas facturas respeitante a entregas de bens e outras prestações que lhe tenham sido fornecidas por outro empresário para utilização da sua empresa;
 7. Face à lei Alemã, não pode ser objecto de dedução o imposto respeitante a entregas de bens e prestações de serviços que o empresário utilize para operações isentas.

Após esta referência à legislação alemã aplicável, que se apresenta alinhada com a Sexta Directiva, torna-se importante conferir as orientações da administração fiscal alemã quanto ao IVA:

1. *“A actividade de factoring em sentido próprio (compra de créditos²⁶¹ com assunção plena dos riscos de incumprimento do devedor), não constitui qualquer actividade da instituição de crédito, porque essa instituição não realiza qualquer operação onerosa nem com a compra do crédito, nem com a respectiva*

²⁶¹ Sublinhado nosso.

*cobrança*²⁶² – secção 18, n.º 4, terceiro período, das UStR 2000;

2. *“Há actividade em sentido impróprio quando o cliente, designado aderente, embora transmita os seus créditos de vendas de bens e prestações de serviços ao factor, tem de continuar a assumir totalmente as contingências do não pagamento por parte do devedor*²⁶³. *Do ponto de vista económico, o aderente continua a ser o titular dos créditos. A actividade do factor em relação ao aderente consiste, neste caso, na concessão de crédito, na verificação da solvidade do devedor, na gestão das contas dos devedores, na realização de mapas e estatísticas e na cobrança dos créditos. Trata-se aqui de várias prestações de serviços principais. A concessão de crédito pelo factor é uma operação isenta de IVA (...). As restantes prestações do factor são, pelo contrário, operações sujeitas a imposto*²⁶⁴ – secção 57, n.º 3, primeiro a sexto períodos, das UStR 2000;
3. *“Na actividade de factoring em sentido próprio, a cessão de créditos em numerário ao factor está isenta de imposto (...). Há actividade de factoring em sentido próprio quando o aderente transmite os seus créditos de entregas de bens e de prestações de serviços ao factor e este assume o risco de incumprimento dos devedores dos créditos adquiridos”* – secção 60, n.º 3, primeiro e segundo períodos, das UStR 2000.

²⁶² v. acórdão do Bundesfinanzhof-BFH- de 10 de Dezembro de 1981, V R 75/76, *in*: BFHE 134, 470; BStBl II 1982, 200

²⁶³ Corresponde ao contrato de *factoring* com recurso.

²⁶⁴ v. Acórdão do BFH *in* BFHE 134, 470; BStBl II, 1982, 200

4.2.2. FACTOS

Posto isto, resumiremos a natureza do litígio no processo principal e das duas questões prejudiciais enviadas pelo tribunal alemão para o TJCE.

Em 1991, a sociedade MKG²⁶⁵ (factor) assumiu os créditos de uma sociedade (aderente) que se dedicava à importação e comercialização de automóveis, através de um contrato onde assumia o risco de incumprimento dos devedores, respeitantes a venda de automóveis, sem qualquer direito de regresso (pelo que estávamos perante um contrato de *factoring* sem recurso). Acresce ainda que o factor assumiu a cobrança dos outros créditos deste aderente, assim como a gestão das contas dos seus devedores e transmissão de documentação que permitisse a este conhecer as suas relações comerciais com cada um dos seus devedores.

Quanto à prestação do factor, acordaram as partes que este pagaria o valor nominal dos créditos cedidos semanalmente, sendo que o pagamento deveria ser efectuado no terceiro dia útil bancário da semana seguinte, após a devida dedução das comissões previamente acordadas²⁶⁶. Para além destas comissões, o aderente teria ainda de pagar ao factor juros sobre o saldo devedor diário da conta corrente²⁶⁷.

O factor agia como prestador de serviços sujeitos a IVA, mesmo quando exercia a actividade de *factoring* em sentido próprio (contrato sem recurso). Na verdade, assumindo o factor o risco de incumprimento dos devedores, considerou que prestava serviços tributáveis em sede de IVA, pelo que na declaração de 1991, deduziu o imposto no valor de 1.028.100 DEM, relativamente às operações a montante relacionadas com as referidas prestações.

Após uma inspecção, a Administração Fiscal Alemã negou ao factor, na liquidação que fez a 11 de Abril de 1997, o direito à dedução previsto no art.

²⁶⁵ A sociedade MKG sucedeu à Factoring KG, que era o factor original nesta cessão de créditos.

²⁶⁶ Foi estipulado que a comissão de *factoring* seria de 2% e a comissão de garantia de 1% do valor nominal dos créditos tomados.

²⁶⁷ Esta taxa de juro teria de ser 1,8% superior à taxa de juro média que o factor

15.º do CIVA Alemão²⁶⁸. Entendeu assim a Administração Fiscal, nos termos da secção 18, n.º 4 das UStR 2000²⁶⁹, que o factor não exercia actividade empresarial na parte em que realiza operações de *factoring* em sentido próprio.

Posto isto, entendeu o factor impugnar a liquidação no Tribunal de Finanças regional (*Hessisches Finanzgericht*), que lhe deu provimento. Entendeu este tribunal que o factor realiza por conta do aderente, seja em *factoring* em sentido próprio, ou sentido impróprio, um certo número de prestações sujeitas a imposto. Deste modo, não poderia acolher a ideia de que o factor, quando assume os riscos de incumprimento do devedor, não efectua qualquer prestação sujeita a imposto, pois estaria a actuar por conta própria enquanto novo credor. Ao negar esta posição, o tribunal opõe-se à negação de estatuto de empresário para este tipo de sociedades, pois não seria legítimo conceder o benefício da dedução no caso de *factoring* em sentido impróprio e recusá-lo no caso do *factoring* em sentido próprio. Concluiu o *Finanzgericht* que o factor apresenta, no seu conjunto, as características de uma empresa, pois, mesmo no *factoring* em sentido próprio, realiza prestações de serviços. Desta forma, não se poderá recusar o seu direito à dedução.

A administração fiscal (*Finanzamt*) interpôs recurso de revista da referida decisão para o *Bundesfinanzhof*. Nas suas alegações, o *Finanzamt* alegou o seguinte:

1. A actividade de *factoring* em sentido próprio (sem recurso) consiste numa compra de créditos com assunção plena dos riscos de incumprimento dos devedores;
2. O factor apenas é beneficiário de uma cessão de créditos;
3. Ao proceder à gestão e cobrança de créditos que lhe foram cedidos sem direito de regresso, o factor não efectua uma prestação a título oneroso por conta do seu co-contratante, pelo que esta actividade não é empresarial;
4. A jurisprudência do *Bundesfinanzhof* suposta a sua posição.

²⁶⁸ v. *supra*, pág. 90 e 91

²⁶⁹ v. *supra*, pág. 91 e 92

Na audiência, pese embora o *Finanzamt* tenha admitido que, numa primeira fase, o factor tenha concedido um crédito ao aderente sob a forma de mútuo e apenas depois de reunidas as condições do vencimento²⁷⁰ lhe tenha transmitido o mesmo montante a título de preço de vendas de créditos, defendeu que a comissão de garantia e a comissão *factoring* não constituem uma remuneração de uma prestação de serviços sujeita a imposto.

O *Bundesfinanzhof* ficou com dúvidas sobre a viabilidade da sua jurisprudência anterior, pelo que surgiu uma grande questão: é o factor em questão, de uma forma geral, um sujeito passivo que realiza operações ou apenas um beneficiário destas mesmas operações? Na verdade, o *Bundesfinanzhof* entendeu que tratar o factor apenas parcialmente como sujeito passivo viola o princípio da neutralidade do IVA²⁷¹. Este tribunal hesitou em recusar o direito à dedução invocado, sentindo a necessidade de interpretar correctamente a Sexta Directiva²⁷².

4.2.3. QUESTÕES PREJUDICIAIS

Perante as dúvidas, o *Bundesfinanzhof* suspendeu a instância e submeteu ao TJCE duas questões prejudiciais:

- A) Deve entender-se que uma sociedade de *factoring* utiliza bens e serviços que lhe são fornecidos e

²⁷⁰ Foi acordado que pagamento seria efectuado 150 dias depois do vencimento da factura respectiva.

²⁷¹ Quanto a este princípio da neutralidade, refere VIDAL LIMA que o IVA deve assegurar a neutralidade nas transacções internas, pois os operadores não têm qualquer interesse em se integrar por razões meramente fiscais – qualquer que seja a fase em que um bem passe até chegar ao consumidor final, a sua carga fiscal vai ser, regra geral, a mesma. Releva ainda para esta princípio o facto de o modo de distribuição ao longo do circuito económico não ter qualquer influência sobre a respectiva carga fiscal.

Relativamente à neutralidade nas relações comerciais interestaduais, configura VIDAL LIMA deste modo: “As restrições à exportação e às compensações na importação são pois calculadas de forma simples e rigorosa, assegurando a neutralidade do imposto nas relações entre os Estados” – v. LIMA, Emanuel Vidal, *Imposto sobre o Valor Acrescentado, Comentado e Anotado*, Porto Editora, 8.ª Edição, 2002, pág. 18.

²⁷² Parece claro que a actividade de *factoring* impróprio é entendida na Alemanha como uma actividade tributável em sede de IVA.

prestados para os fins das suas próprias operações mesmo quando adquire créditos e assume o risco de cobrança dos mesmos?

- B) Trata-se nesse caso de operações tributáveis ou – e em todo caso – das operações a que se refere o art. 13.º, B, alínea d), da Sexta Directiva, que podem ser tributadas quando os Estados-membros tenham concedido aos sujeitos passivos a faculdade de optar pela tributação? De qual das operações enumeradas no art. 13.º B, alínea d) da Sexta Directiva se trata nesse caso?

Com estas questões prejudiciais podemos desde já sublinhar que o *Bundesfinanzhof* separou claramente as suas dúvidas. Em primeiro lugar, ao pretender uma interpretação do TJCE sobre a afectação dos bens de um factor, o tribunal procurou aferir o papel que uma cessão financeira sem recurso tem na actividade global de uma sociedade de *factoring*. Em segundo lugar, entendo ser necessário esclarecer se um contrato de *factoring* “em sentido próprio” é uma actividade isenta de IVA, nos termos do art. 13.º B, alínea d) da Sexta Directiva, ou uma excepção à isenção?

4.2.4. DECISÃO

Quanto à primeira questão, o TJCE começa por fazer referência aos artigos 2.º e 4.º da Sexta Directiva, por forma a definir o campo de aplicação do IVA. Destes artigos retira-se que apenas estão submetidas a este imposto as actividades com carácter económico, quando efectuadas no interior do Estado-membro por um sujeito passivo que actue nessa qualidade²⁷³. Acresce ainda que a mencionada Directiva considera sujeito passivo de IVA qualquer

²⁷³ v. pág. 4.1. da nossa exposição.

pessoa que, de forma independente, exerce uma dessas actividades económicas²⁷⁴.

Sendo que “actividade económica”, nos termos do art. 4.º da Sexta Directiva, comporta prestações de serviços, incluindo as operações que impliquem a exploração de um bem corpóreo ou incorpóreo com o fim de auferir receitas com carácter de permanência, parece que logo aqui é dado o primeiro passo para o caminho a seguir nesta decisão do TJCE. Aliás, sustenta o tribunal que a sua jurisprudência atribui um âmbito de aplicação muito lato ao IVA, na medida em que engloba todos os estádios da produção, da distribuição e da prestação de serviços²⁷⁵. Neste sentido, devido às imposições do princípio da neutralidade do IVA, da mesma jurisprudência resulta que o conceito de “exploração” disposto nos termos do art. 4, n.º 2 da Sexta Directiva, se refere a todas as operações, independentemente da sua forma jurídica, que tenham como objectivo retirar do bem em questão receitas com carácter de permanência.

Parece ser relevante referir que o TJCE fez menção neste acórdão à sua jurisprudência sobre as sociedades *holding*²⁷⁶, enquanto sociedades que se dedicam a tomar participações sociais de outras empresas. Julgou aqui o tribunal que estas sociedades não seriam sujeitas passivas de IVA, pelo que se afasta qualquer semelhança com as sociedades de *factoring*, nem sequer através da analogia.

O TJCE alude que uma prestação de serviços a título oneroso implica prestações recíprocas entre o prestador e o beneficiário. Ora, quando o factor pratica uma actividade de *factoring* em sentido próprio através da compra dos créditos do aderente, sem beneficiar de qualquer direito de regresso em caso de incumprimento dos devedores, fornece “*incontestavelmente*”²⁷⁷ um serviço ao aderente que se vai consubstanciar na desobrigação deste de cobrar o

²⁷⁴ v. *supra*, pág. 83.

²⁷⁵ v. Acórdão de 4 de Dezembro de 1990, *Van Tiem*, C-186/89, Colect., p. I-4363, n.º 17.

²⁷⁶ v. Acórdão de 20 de Junho de 1991, *Polysar Investments Netherlands*, C-60/90, Colect., p. I-3111, n.º 17; Acórdão de 14 de Novembro de 2000, *Floridienne e Berginvest*, C-142/99, Colect., p. I-9567, n.º 17.

²⁷⁷ v. Acórdão MKG, *cit.*, n.º 49

crédito, ou de correr o risco de não cumprimento dos seus devedores²⁷⁸. Por estes serviços, o factor vai receber do aderente uma remuneração que vai corresponder à diferença entre o valor nominal do crédito cedido e a quantia efectivamente entregue ao seu cedente. Entende o TJCE que esta remuneração constitui uma contrapartida real pela actividade económica praticada pelo factor. Assim, desta forma, o tribunal sustenta que existe uma ligação directa entre as prestações de serviços dos factores e a sua contrapartida, pelo que não se poderá entender que no contrato de *factoring* em sentido próprio não existem serviços prestados a título oneroso ao aderente. Daqui se retira ainda que *“o facto de o factor garantir ao cliente o pagamento dos créditos assumindo o risco de incumprimento dos devedores deve ser considerado como uma exploração do bem em questão com vista a obter dele receitas com carácter de permanência, na acepção do art. 4.º, n.º 2, da Sexta Directiva, quando esta operação seja efectuada mediante remuneração, por um período determinado, como era o caso no processo principal”*²⁷⁹.

Deste modo, é afirmado neste acórdão que às actividades de *factoring* em sentido próprio se aplica o IVA, sendo esta posição suportada no princípio da neutralidade deste imposto²⁸⁰, e pelas versões inglesa e sueca do art.º 13.º B, alínea d), ponto 3, *in fine*, da Sexta Directiva. Para mais, sublinha também que não existe qualquer razão válida para fundamentar uma diferença de tratamento, em sede de IVA, entre os contratos de *factoring* em sentido próprio e impróprio, pois em ambos existe uma prestação de serviços a título oneroso por parte do factor. Se assim não fosse, seria criada uma situação insustentável para o factor que os custos de IVA sem qualquer possibilidade de dedução. Aliás, sustenta o TJCE, que as deduções visam libertar o empresário do ónus do IVA devido ou pago no âmbito de todas as suas actividades

²⁷⁸ Nas suas conclusões, o Advogado-Geral refere quando um factor adquire um crédito, está a prestar um serviço, aliviando o aderente do risco de não cumprimento. Assim, desde logo, afasta qualquer comparação com o Acórdão *Polysar*. v. Conclusões do Advogado-Geral F. G. Jacobs, de 6 de Março de 2003, C-305/01, n.º 25.

²⁷⁹ v. Acórdão MKG, *cit.*, n.º 50

²⁸⁰ Nos termos do Acórdão de 25 de Maio de 1993, *Bally*, C-18/92, Colect., p. I-2871

económicas. Visa assim a Sexta Directiva garantir a perfeita neutralidade da carga fiscal de todas as actividades económicas que são sujeitas a IVA, independentemente do seu fim ou resultado²⁸¹.

Concluiu o TJCE, relativamente a esta primeira questão, que a interpretação a ser dada à Sexta Directiva quanto ao *factoring* em sentido próprio, será a de que é o factor sujeito passivo de IVA, **pelo que beneficia do direito à dedução, nos termos do seu art. 17.º**.

Quanto à segunda questão prejudicial, cumpre analisar se as operações efectuadas por uma sociedade que pratique a actividade de *factoring* em sentido próprio são operações sujeitas a imposto nos termos do art. 17.º, n.º 2 da Sexta Directiva. Assim sendo, pretendeu o TJCE aferir com a sua decisão se o já referido contrato de *factoring* é uma actividade sujeita a IVA ou se, pelo contrário, se encontra isenta deste imposto.

Podemos partir do pressuposto de que, na Alemanha, esta actividade pode ser tributada, em virtude de este Estado-membro ter concedido aos seus sujeitos passivos o direito de optarem ou não pela sua tributação.

Para este efeito, o sujeito passivo terá de renunciar expressamente à isenção das operações relativas ao *factoring* em sentido próprio que realizou. Sustenta o TJCE que as isenções estabelecidas no art. 13.º da Sexta Directiva, constituem noções autónomas de direito comunitário que visam afastar divergências na aplicação do regime do IVA e que devem ser contextualizadas no sistema comum deste imposto. Posto isto, acresce que o TJCE realçou que a interpretação a fazer relativamente ao art. 13.º deve ser estrita, pois contém derrogações ao princípio geral – todas as prestações de serviços efectuadas a título oneroso por um sujeito passivo são tributáveis em sede de IVA²⁸². Desta modo, para este tribunal, a actividade de *factoring* em sentido próprio é, como foi entendido na primeira questão prejudicial, uma prestação de serviços a título oneroso efectuada pelo factor ao aderente, pelo que deve ser considerada

²⁸¹ v. Acórdão de 27 de Setembro de 2001, *Cibo Participations*, C-16/00, Colect., p. I-6663, n.º 27.

²⁸² v. Acórdão de 9 de Outubro de 2001, *Mirror Group*, C-409/98, Colect., p. I-7175, n.º 30

como incluída no âmbito de aplicação dos artigos 2.º e 4.º da Sexta Directiva. Aliás, o TJCE lembra ainda que a “cobrança de dívidas” referida no art. 13.º, é declaradamente uma excepção à isenção. Neste contexto, a dificuldade reside em aferir se o conceito de *factoring* em sentido próprio é compatível com esta expressão. Para esse efeito, o tribunal socorreu-se das versões inglesa e sueca desta disposição que, como excepção à isenção de aplicação do IVA, assemelham o *factoring* à cobrança de dívidas. Apesar da evidência deste facto, também é verdade que, de todas as outras versões, tal não resulta. No entanto, até o presente momento, como alega o Advogado-Geral nas suas conclusões prévias ao acórdão em análise²⁸³, não foi suscitada qualquer incompatibilidade com os textos inglês e sueco da Directiva. Destarte, procedeu o TJCE a uma interpretação em função do espírito da norma. Nesse sentido, recordou que, sendo as isenções uma derrogação à aplicação geral do IVA, a sua interpretação teria de ser restritiva, por forma a salvaguardar os interesses que estas visam proteger. Por outro lado, referiu que o teor do art. 13.º, B, alínea d), ponto 3 *in fine*, enquanto excepção a uma regra que derroga a aplicação geral do IVA, pode ser interpretado de uma forma extensiva. Reforça ainda o TJCE esta posição através da *ratio* da excepção à isenção, na medida em que vai derrogar uma forma de exclusão do princípio na base da Sexta Directiva. Assim, é possível encaixar o *factoring* como uma das formas de cobrança de dívida, até porque a sua verdadeira essência é a “cobrança e encaixe de créditos de terceiros”²⁸⁴.

Em consequência, reconheceu o tribunal que se entende que o *factoring* constitui uma excepção à isenção consagrada no referido artigo, pelo que, partindo deste pressuposto, esta isenção não se aplica a nenhuma das modalidades de *factoring* – em sentido próprio e em sentido impróprio. Na verdade, o TJCE refere mesmo que nenhuma razão justifica uma diferença de tratamento, em sede de IVA, entre estas duas categorias.

²⁸³ v. Conclusões do Advogado-Geral, *cit.*, n.º 24.

²⁸⁴ v. Acórdão MKG, *cit.*, n.º 77

Sintetizando, decidiu o tribunal que “*uma actividade económica pela qual um operador compra créditos assumindo o risco de incumprimento dos devedores e, em contrapartida, factura aos seus clientes uma comissão, constitui uma «cobrança de dívida» na acepção do art. 13.º, B, alínea d), ponto 3, in fine, da Sexta Directiva e, por conseguinte, **está excluída da isenção estabelecida nessa disposição***”²⁸⁵ (sublinhado nosso).

Em suma, da pronúncia do TJCE resultam duas ideias fortes:

1. Uma sociedade que exerce a actividade de *factoring*, independentemente da modalidade, efectua uma actividade económica nos termos do art. 2.º e art. 4.º da Sexta Directiva, pelo que beneficia do direito à dedução nos termos do art. 17.º, enquanto sujeito passivo de IVA;
2. O contrato de *factoring* em sentido próprio e, inerentemente, o contrato de *factoring* em sentido impróprio constituem uma cobrança de dívida nos termos do art. 13.º, B, alínea d), ponto 3, *in fine* e, em consequência, estão excluídos da isenção estabelecida nesta norma.

²⁸⁵ v. Acórdão MKG, *cit.*, n.º 81

4.3. O REENVIO PREJUDICIAL E A ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA

O reenvio prejudicial está previsto no art. 234.º do TCE. Dispõe este artigo que o TJCE²⁸⁶ é competente para decidir, a título prejudicial, questões sobre a interpretação do TCE, sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas Instituições da Comunidade e pelo BCE ou sobre a interpretação dos estatutos dos organismos criados por actos do Conselho, desde que estes estatutos o prevejam.

No acórdão em apreço, foi suscitado pelo *Bundesfinanzhof* uma questão prejudicial sobre a interpretação de uma Directiva, ou seja, nos termos do disposto na alínea b) do art. 234.º do TCE. Resulta, assim, uma dúvida: quais os efeitos que pode este acórdão vir a ter na ordem jurídica portuguesa²⁸⁷?

Segundo MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, “o instituto do chamado reenvio prejudicial constitui um instrumento de cooperação entre o Tribunal de Justiça e os tribunais nacionais, considerados como tribunais comuns de direito comunitário”²⁸⁸. Entende ainda este autor que “o direito criado pelas Comunidades deve ser aplicado no plano estadual através dos órgãos nacionais, sejam eles judiciários ou administrativos”²⁸⁹. Ora, a decisão tomada pelo TJCE num reenvio prejudicial²⁹⁰, vincula apenas o juiz do processo²⁹¹, pelo que não se estende, no entendimento deste mesmo autor, relativamente a

²⁸⁶ Sublinha JOSÉ CAMELO GOMES que “o Direito contido nos Tratados e o Direito deles derivado é objecto de interpretação por um órgão jurisdicional próprio, com competência exclusiva e obrigatória”. – v. GOMES, José Carmelo, *O Juiz Nacional e o Direito Comunitário – O exercício da autoridade jurisdicional nacional na jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, Almedina, 2003, pág. 22.

²⁸⁷ Neste sentido, devemos referir que já JOSÉ CAMELO GOMES suscitou os problemas relativos à dificuldade de interpretação dos acórdãos do TJCE e à necessidade da sua aplicação uniforme. – v. GOMES, José Carmelo, *O Juiz Nacional cit.*, pág. 54.

²⁸⁸ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *Direito Comunitário*, Almedina, 2002, pág. 287

²⁸⁹ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *cit.*, *loc. cit.*

²⁹⁰ Pertinente citar Miguel Gorjão-Henriques: “A pronúncia do Tribunal de Justiça, contudo, está, pela sua natureza, a meio caminho entre a apreciação abstracta típica do assento (excepto na sua força jurídica) e a concreção do precedente” - GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *cit.*, pág. 298.

²⁹¹ Refere-se ao juiz do processo que efectuou o reenvio; v. GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *cit.*, *loc. cit.*

outros órgãos jurisdicionais nacionais²⁹². Quanto a JOÃO MOTA CAMPOS e JOÃO LUIZ MOTA CAMPOS, sustentam também que um acórdão do TJCE interpretativo vincula somente o juiz nacional que recorreu a este tribunal comunitário²⁹³. Mas, ainda neste contexto, pode o TJCE admitir que a autoridade do seu acórdão ultrapasse o quadro do caso concreto, na medida em que vá dispensar os tribunais supremos dos Estados-membros da obrigação de reenvio, que lhes é imposta pelo art. 234.º do TCE, sempre que uma questão de interpretação seja suscitada e já tenha sido decidida por acórdão anterior do TJCE²⁹⁴. Estes autores salvagam, então, duas hipóteses²⁹⁵:

1. Se se estiver perante um caso análogo, cuja questão da interpretação tenha sido já decidida, o tribunal nacional pode fazer uma interpretação semelhante a uma anteriormente feita pelo TJCE, ou;
2. Reenviar para o TJCE por forma a obter deste a confirmação ou a modificação da interpretação já fornecida.

Aliás, tem sido entendimento do TJCE que a interpretação efectuada num reenvio prejudicial, quando enviada ao juiz nacional, deve estar apta à solução do litígio, dado que não se deve limitar à simples função interpretativa²⁹⁶.

Daqui se conclui que as decisões tomadas pelo TJCE, em sede de reenvio prejudicial, apenas produzem efeitos para os juizes dos processos a que se referem. No entanto, partindo do pressuposto de que este tribunal vai manter a sua decisão em interpretações futuras, justificam JOÃO MOTA CAMPOS e JOÃO LUIZ MOTA CAMPOS que o tribunal nacional pode optar por não reenviar a questão, acatando a sua interpretação anterior²⁹⁷ ou, como já vimos, reenviar esta questão interpretativa para o TJCE, com vista a que este tribunal confirme ou modifique o acórdão prejudicial anterior.

²⁹² GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *cit., loc. cit.*

²⁹³ CAMPOS, João Mota, CAMPOS, João Luiz Mota, *Manual de Direito Comunitário*, Fundação de Calouste Gulbenkian, 4.ª Edição, 2004, pág. 442.

²⁹⁴ CAMPOS, João Mota, CAMPOS, João Luiz Mota, *cit., loc. cit.*

²⁹⁵ CAMPOS, João Mota, CAMPOS, João Luiz Mota, *cit., loc. cit.*

²⁹⁶ GOMES, José Caramelo, *O Juiz Nacional cit.*, pág. 54.

²⁹⁷ Apenas poderá ser deste modo se estivermos perante uma situação análoga.

Importa acrescentar aqui que, ainda que se entendesse que a eficácia do acórdão interpretativo fosse *erga omnes*, como destaca JOSÉ CAMELO GOMES, os seus custos iriam ser superiores aos benefícios²⁹⁸, dado que, se a eficácia destes acórdãos for apenas *inter partes*, sempre haverá uma maior abertura para a constante adaptação da interpretação do TJCE a casos concretos futuros²⁹⁹.

²⁹⁸ GOMES, José Caramelo, *O Juiz Nacional cit.*, pág. 60.

²⁹⁹ GOMES, José Caramelo, *O Juiz Nacional cit.*, pág. 61

4.4. O CASO ESPANHOL E A ALTERAÇÃO DA LEY 62/2003

A *Ley 62/2003*, de 30 de Dezembro, introduziu várias alterações nas medidas fiscais espanholas, nomeadamente na sua lei do IVA (*Ley 37/1992*, de 28 de Dezembro).

Perante este facto, cumpre começar por analisar uma destas alterações que parece resultar da decisão do acórdão MKG. O art. 9.º, n.º 1 do parágrafo C, alínea d) da *Ley 37/1992* passou a ter a seguinte redacção:

c) El cambio de afectación de bienes corporales de un sector a otro diferenciado de su actividad empresarial o profesional. El supuesto de autoconsumo a que se refiere esta letra c) no resultará aplicable en los siguientes casos:

(...)

“Las operaciones de cesión de créditos o préstamos, con excepción de las realizadas en el marco de un contrato de «factoring»”³⁰⁰.

Com esta alteração, o legislador espanhol mantém um sector diferenciado. No entanto, vai excluir as actividades de cessão de créditos e empréstimos quando estiverem no âmbito de um contrato de *factoring*.

Relativamente à excepção à isenção em sede de IVA, dispunha o art.º 20, n.º 18, da *Ley 37/1992* deste modo: *“Estarán exentas de este impuesto las siguientes operaciones (...) financieras:*

a) Los depósitos en efectivo en sus diversas formas, incluidos los depósitos en cuenta corriente y cuentas de ahorro, y las demás operaciones relacionadas con los mismos, incluidos los servicios de cobro o pago prestados por el depositario en favor del depositante. La exención no se extiende a los servicios de gestión de cobro de créditos³⁰¹, letras de cambio, recibos y otros

³⁰⁰ Sublinhado nosso.

³⁰¹ Sublinhado nosso.

documentos. No se considerarán de gestión de cobro las operaciones de abono en cuenta de cheques o talones; (...)

h) Las operaciones relativas a transferencias, giros, cheques, libranzas, pagarés, letras de cambio, tarjetas de pago o de crédito y otras órdenes de pago.

La exención se extiende a las operaciones siguientes:

a') La compensación interbancaria de cheques y talones.

b') La aceptación y la gestión de la aceptación.

c') El protesto o declaración sustitutiva y la gestión del protesto.

No se incluye en la exención el servicio de cobro de letras de cambio o demás documentos que se hayan recibido en gestión de cobro.

i) La transmisión de los efectos y órdenes de pago a que se refiere la letra anterior, incluso la transmisión de efectos descontados; (...)”.

Dentro deste contexto, já se poderia observar que a lei espanhola era bastante receptiva à tributação do factoring em sede de IVA, até porque salvaguardava, desde logo, a gestão de créditos. Posto isto, o legislador espanhol, na *Ley 62/2003*, optou por configurar estas alíneas do art. 20.º de forma diferente, senão veja-se:

A alínea a) passou a ter a seguinte disposição – “*Los depósitos en efectivo en sus diversas formas, incluidos los depósitos en cuenta corriente y cuentas de ahorro, y las demás operaciones relacionadas con los mismos, incluidos los servicios de cobro o pago prestados por el depositario en favor del depositante. La exención no se extiende a los servicios de cobro de créditos letras de cambio, recibos y otros documentos. Tampoco se extiende la exención a los servicios prestados al cedente en el marco de los contratos de factoring, com excepción de los de anticipo de fondos que, en su caso, se pueden prestar en estos contratos*³⁰². *No se considerarán de gestión de cobro las operaciones de abono en cuenta de cheques o talones*”.

Quanto à alínea h), o seu conteúdo também foi alterado, na medida em que se acrescentou, na sua parte final – “*Tampoco se incluyen en la exención*

³⁰² Sublinhado nosso.

los servicios prestados al cedente en el marco de los contratos de factoring, com excepción de los de anticipo de fondos que, en su caso, se pueden prestar en estos contratos”.

Para finalizar, a alínea i) passou a deter, *in fine*, a mesma expressão da alínea h).

Posto isto, retira-se destas alterações à *Ley 37/1992* que o legislador espanhol optou por conceber uma excepção à isenção do IVA da qual não resultasse qualquer dúvida. Para esse efeito, afastou das suas isenções dispostas nas alíneas a), h) e i) do n.º 18, do art. 20.º, os serviços prestados pelo factor exceptuando os adiantamentos contratualmente previstos.

Todavia, autores espanhóis mostravam já, antecipadamente, alguma relutância face à *Ley 37/1992*, na medida em que as alíneas c)³⁰³ e e)³⁰⁴ do n.º 18 do art. 20.º isentavam (e continuam a isentar) a concessão de créditos e a transmissão de empréstimos e créditos, enquanto excluí os serviços de cobrança de créditos, qualquer que seja a sua forma³⁰⁵. Ora, o entendimento da administração fiscal espanhola era no sentido de que, na medida em que de um contrato de *factoring* resulta uma cessão de créditos do aderente ao factor e uma concessão de crédito deste para aquele, ambas as operações estavam isentas de IVA nos termos do disposto nas referidas alíneas do art. 20.º. Actualmente, essas alíneas apenas se limitam, aparentemente, a isentar do pagamento do IVA a cessão de créditos na óptica da sua transmissão.

Com a alteração da *Ley 62/2003*, resultaram as seguintes mudanças no tratamento fiscal da actividade de *factoring*:

³⁰³ Esta alínea estabelece como isenção “*La concesión de créditos y préstamos en dinero, cualquiera que sea la forma en que se instrumente, incluso mediante efectos financieros o títulos de otra naturaleza*”.

³⁰⁴ Quanto a esta alínea, isenta “*La transmisión de préstamos o créditos*”.

³⁰⁵ Vários, “*Modificaciones Introducidas por la Ley 62/2003 en la Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Anadido*”, Pricewaterhousecoopers, pág. 4

1. O factor, ao praticar a actividade de *factoring* com ou sem recurso, presta ao aderente serviços sujeitos a IVA;
2. Ao facturar os seus serviços aos aderentes cobra IVA que estes vão poder deduzir a montante (desde que sejam sujeitos passivos);
3. Por sua vez, o factor torna-se sujeito passivo pelo que poderá também deduzir o imposto que liquidou;
4. O contrato de *factoring* engloba eventuais adiantamentos ao aderente cujos juros se encontram isentos de IVA;
5. O cálculo do valor de IVA dedutível do factor vai ser aferido através do *pro rata* calculado tendo em conta as prestações de serviços não isentas e o financiamento isento.

Em conclusão, o acórdão MKG teve uma enorme influência na alteração da lei do IVA espanhola. Aliás, no prazo de seis meses, o regime tributário do *factoring* em Espanha adaptou-se à interpretação da Sexta Directiva feita pelo TJCE.

4.5. O CASO PORTUGUÊS

Neste momento, em Portugal, a tributação do *factoring* é realizada, como já analisámos, através do imposto de selo³⁰⁶.

Um contrato de *factoring* implica, tal como expusemos, várias prestações de serviços do factor ao aderente. Acontece que, presentemente, nenhuma destas prestações de serviços é tributada no nosso país em sede de IVA.

O CIVA, no seu art.º 9, estabelece as isenções deste imposto nas operações internas. O n.º 28 deste artigo isenta, na sua alínea a), a “concessão e a negociação de créditos, sob qualquer forma”³⁰⁷, *compreendendo operações de desconto e redesconto, bem como a sua administração ou gestão efectuada por quem os concedeu* e, na sua alínea c), as *“operações, incluindo a negociação, relativas a depósitos de fundos, contas correntes, pagamentos, transferências, recebimentos, cheques, efeitos de comércio e afins, com excepção da cobrança de dívidas”*³⁰⁸. Neste contexto, a administração fiscal tem entendido que as comissões auferidas pelas sociedades de *factoring* estão isentas de IVA, nos termos do disposto no art. 9.º, n.º 28, alínea a) do CIVA³⁰⁹.

No nosso entendimento, e salvaguardando o devido respeito, esta posição da administração fiscal está sustentada numa concepção errada de *factoring*. Se partirmos do pressuposto de que o contrato sem recurso é uma simples compra e venda de créditos³¹⁰, então o factor, ao cobrar o crédito, vai fazê-lo por conta e interesse próprios pelo que a expressão *“cobrança de dívida”* nunca se lhe poderá aplicar num quadro de excepção à isenção, pois não estaria o factor a efectuar nenhuma prestação de serviços ao aderente de acordo com o art. 4.º do CIVA. Ainda dentro do mesmo pressuposto, facilmente

³⁰⁶ Para uma melhor abordagem da tributação do *factoring* em sede de imposto de selo, v. ponto 3.1.2. do nosso estudo.

³⁰⁷ Sublinhado nosso.

³⁰⁸ Sublinhado nosso.

³⁰⁹ v. Informações Vinculativas da DGCI, Proc. C071 2002008, com despacho concordante do Sr. Director-Geral dos Impostos, em 18/10/2004, Boletim do Contribuinte, Revista de Informação Fiscal, Novembro, 2.ª Quinzena, Ano 72.º, 2004, n.º 22, pág. 788.

³¹⁰ Quanto à natureza do contrato de *factoring*, v. ponto 2.1. e 2.3. da nossa exposição.

se enquadraria a isenção da tributação do contrato com recurso nos termos do art. 9.º, n.º 28, alínea a) do CIVA, considerando os seus serviços no âmbito da concessão e negociação de créditos.

Não defendemos, contudo, esta posição, pelo que vamos partir do pressuposto de que o contrato de *factoring* é muito mais do que uma mera compra e venda de créditos, independentemente da sua modalidade. – No contrato sem recurso, o aderente vai ceder o crédito para que seja o factor a cobrá-lo, garantindo este o cumprimento do devedor. Para esse efeito, o aderente paga uma comissão de *factoring* e uma comissão de garantia, para além dos juros sobre um eventual adiantamento. O valor que o aderente vai receber do factor é necessariamente inferior ao valor do crédito, pois o primeiro suporta o pagamento das prestações de serviços do segundo. Sintetizando, no contrato sem recurso, o factor presta serviços a título oneroso ao aderente nos termos do art. 4.º do CIVA. Neste serviços, é relevante o papel da cobrança de dívidas³¹¹, pelo que entendemos que deve considerar-se esta actividade como uma excepção à isenção de acordo com o art. 9.º, n.º 28, alínea d), *in fine* do CIVA. Para mais, estabelece o art. 11.º, n.º 1 da LGT que na determinação do sentido das normas fiscais se aplica as regras e princípios gerais. Desta forma, subsidiariamente, vamos utilizar o 9.º, n.º 3 do CC que dispõe que “*na fixação do sentido e alcance da lei, o interprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o pensamento em termos adequados*”. Fazendo, então, uma interpretação nestes termos, concluímos que o legislador utilizou a expressão “*cobrança de dívidas*” no sentido de abranger o conceito de actividade de *factoring* quer se trate de um contrato sem recurso ou com recurso. E, mesmo que dúvidas houvesse quanto ao *factoring* sem recurso, estas nunca deveriam existir quanto ao *factoring* com recurso.

Por conseguinte, pese embora a posição assumida pela Administração Fiscal quanto ao contrato de *factoring*, entendemos que, face à legislação actual, todas as modalidades de um contrato de cessão financeira devem ser

³¹¹ A cobrança de dívida consiste nos serviços mínimos a praticar pelo factor.

tributadas em sede de IVA, com excepção dos financiamentos (que deverão ser tributados nos termos do CIS).

A 1 de Janeiro de 2004, entrou em vigor em Espanha, a *Ley 62/2003* que introduziu alterações à *Ley 37/1992* (CIVA espanhol). Para estas alterações, contribuiu o acórdão MKG, de 26 de Junho de 2003. Em Portugal, em Janeiro de 2005, ainda não houve qualquer movimentação da Administração Fiscal e nem do legislador para alterar a sua posição quanto à tributação do *factoring*. No entanto, bastaria uma mudança da interpretação da lei, na medida em que o nosso CIVA é perfeitamente compatível com a interpretação feita pelo TJCE. De salientar apenas, num âmbito de mudança interpretativa, uma referência a PATRÍCIA NOIRET CUNHA, que detectou alguma incompatibilidade entre o acórdão MKG e o entendimento da Administração Fiscal Portuguesa³¹².

Concretizando, em Portugal³¹³, nem o legislador, nem a Administração Fiscal procederam a qualquer aproximação ao entendimento sustentado no acórdão MKG.

³¹² CUNHA, Patrícia Noiret, *Imposto Sobre o Valor Acrescentado - Anotações ao Código do Imposto Sobre o Valor Acrescentado e ao Regime do IVA nas Transacções Intracomunitárias*, Coimbra Editora, 2004, pág. 206 e 207

³¹³ Contrariamente ao que aconteceu, como vimos, em Espanha.

4.6. CONCLUSÕES

Em suma, o acórdão MKG veio retirar algumas dúvidas que poderiam existir nos vários Estados-membros. Ou porque tributavam o contrato de *factoring* em sede de outro imposto que não o IVA, por o considerarem, à luz da Sexta Directiva, isento, ou porque, embora aplicassem IVA a este contrato, apenas o faziam relativamente à actividade de *factoring* com recurso, por considerarem que a cedência de créditos sem direito de regresso do factor sobre o aderente seria uma compra e venda de créditos, pelo que o factor actuaria por sua conta e risco.

Em Portugal, como já vimos, nenhum efeito foi retirado do referido acórdão do TJCE. Nem o legislador, nem a administração fiscal aproveitaram as orientações seguidas por este tribunal. O TJCE fez uma interpretação da Sexta Directiva por via do art. 234.º do TCE. Desta forma, não nos parece que devamos continuar a interpretar o nosso CIVA de forma contrária à do entendimento do TJCE, na medida em que este foi construído à imagem da Sexta Directiva.

Não vamos fazer aqui qualquer referência ao efeito directo das Directivas, mas apenas ao seu efeito indirecto, nomeadamente à Teoria da Interpretação Conforme. Segundo esta teoria, existe uma obrigação de os tribunais nacionais, face a uma incompatibilidade legislativa, fazerem da lei uma interpretação conforme às Directiva Comunitárias. Num texto legal, podem existir várias interpretações, sendo que deve fazer-se aquela que mais se aproxime do objectivo previsto pela Directiva, tendo sempre como limite a interpretação “*contra legem*”. Aliás, como refere MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, “o princípio da interpretação conforme afirma que o intérprete e aplicador do direito, internamente, deverá, ainda quando deva aplicar apenas o direito

*nacional, atribuir a este uma interpretação que se apresente conforme o sentido, economia e termos das normas comunitárias*³¹⁴.

Neste contexto, devemos fazer uma referência ao *Acórdão Marleasing*³¹⁵ que veio firmar o princípio do efeito indirecto, invocando que “(...) ao aplicar o direito nacional e nomeadamente as disposições de uma lei nacional especialmente adoptada para executar uma directiva (...), o órgão jurisdicional nacional é obrigado a interpretar o seu direito nacional à luz do texto e do objectivo da directiva para atingir o resultado referido no art. 249.º, parágrafo 3 TCE. Contudo, este não deve ser o caminho a seguir na nossa fundamentação, na medida em que a taxatividade da directiva é igual à do nosso CIVA. O facto externo é o acórdão MKG.

Ora, o TJCE, enquanto única instituição competente para interpretar autenticamente o direito derivado das Comunidades Europeias³¹⁶, através do seu acórdão MKG, dirigiu a sua interpretação da Sexta Directiva num determinado sentido. A Administração Fiscal faz, contudo, uma interpretação diferente do conteúdo do art. 9.º, n.º 28, alínea c) do CIVA, que corresponde a uma transposição quase literal, para a ordem jurídica portuguesa, do art. 13.º B, alínea d), ponto 3, *in fine*, da Sexta Directiva. Todavia, podia o Estado Português, à luz do art. 13.º B desta Directiva, isentar taxativamente a actividade do *factoring*, pois este artigo confere-lhe essa faculdade.

Certo é, que à presente data, o legislador não efectuou qualquer identificação objectiva do *factoring* enquanto actividade isenta. Desta forma, apenas nos podemos limitar a interpretar o art.º 9.º, n.º 28, alínea c) do CIVA de acordo com o art. 9.º do CC e o art. 13.º B, alínea d), ponto 3, *in fine*, da Sexta Directiva. Dentro deste contexto, tendo o TJCE interpretado a Directiva no sentido de que o *factoring*³¹⁷ consiste numa “cobrança de dívidas”, implicando a prestação de serviços a título oneroso do factor ao aderente nos

³¹⁴ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *cit.*, pág. 207.

³¹⁵ Acórdão de 13 de Novembro de 1990, *Marleasing*, C-106/89, Colect., p.I-4135, n.º 8

³¹⁶ cfr. art. 220.º do TCE; v. GOMES, José Caramelo, “O Contencioso dos Auxílios dos Estados”, disponível em <http://comunitario.no.sapo.pt/textos/Auxilio3.pdf>, pág. 6

³¹⁷ Quer o contrato de *factoring* sem recurso, quer o contrato de *factoring* com recurso.

termos dos seus artigos 2.º, n.º 1 e 6.º, não deverá a administração fiscal entender de forma diferente, socorrendo-se das posições que entendem que este contrato, quando sem recurso, é uma compra e venda de créditos. Também é certo, porém, que o *factoring* não se traduz somente numa cobrança de dívidas, pois implica igualmente a prestação dos vários serviços já abordados neste estudo. No entanto, como entendeu acertadamente o TJCE, um contrato com estas características tem de ser tributado de uma forma unitária e coerente devido a um princípio de neutralidade, até porque, um contrato de *factoring*, no mínimo, implica cobrança de dívidas.

O legislador espanhol pretendeu não deixar qualquer margem de manobra a eventuais dúvidas e aproveitou a interpretação do TJCE para alterar a sua lei fiscal. Deste modo, destacamos o facto de ter separado a prestação de serviços que resulta da cessão financeira e dos adiantamentos que os factores realizam aos aderentes. Assim, continuou a isentar estes financiamentos concedidos, porque a sua natureza é a de um mútuo, independentemente da modalidade do contrato³¹⁸.

Pelo exposto, parece-nos que o acórdão MKG apenas tem eficácia para o juiz do processo reenviado. No entanto, não pode deixar de ter um forte efeito persuasivo sobre a interpretação da letra da lei em Portugal, pois a orientação da jurisprudência do TJCE está, como vimos, lançada. A insistência da Administração Fiscal nessa interpretação contrária ao TJCE pode implicar que, numa eventual via litigiosa, se arrisque a ver este tribunal a confirmar o acórdão MKG.

Em suma, a letra da lei portuguesa deve passar a ser interpretada à luz do referido acórdão. Entendemos não ser necessário um esforço legislativo como aquele que foi efectuado em Espanha com a *Ley 62/2003*. Contudo, não afastamos totalmente essa opção devido ao quadro actual da actividade de *factoring* e às dúvidas acerca da sua natureza.

³¹⁸ Como já vimos, no contrato de *factoring* sem recurso, as quantias entregues ao aderente antes do vencimento do documento que titula o crédito correspondem a um mútuo e não um adiantamento do preço, nos termos de um contrato de compra e venda.

5. A TRIBUTAÇÃO DO CONTRATO FORA DA UNIÃO EUROPEIA

Analizamos já a tributação do *factoring* à luz da Sexta Directiva. Cumpre agora abordar um exemplo de tributação da cessão financeira fora da UE.

No Brasil, o Decreto n.º 4.494, de 3 de Dezembro de 2002, regulamentou o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF. Este imposto visa tributar todas as operações de crédito.

Assim, o IOF vai incidir sobre operações de crédito realizadas por “empresas que exercem as atividades de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (*factoring*)”³¹⁹. Neste sentido, este imposto vai tributar, nos termos do art. 3.º do IOF, a alienação de direitos creditórios de aderentes a sociedades de *factoring*.

Acresce que, segundo o art. 4.º, parágrafo único, contribuinte do IOF é o alienante dos créditos, ou seja, o aderente. No entanto, o responsável pela cobrança do imposto e pelo seu recolhimento para o Tesouro Nacional é a sociedade de *factoring* adquirente dos créditos³²⁰.

O IOF é um imposto com algumas semelhanças ao imposto de selo português, pois visa tributar as operações financeiras.

³¹⁹ Cfr. art. 2.º, n.º 1, alínea b) do IOF

³²⁰ Cfr. art. 5.º, n.º 2 do IOF.

No Brasil, o contrato de *factoring* é entendido como uma compra e venda de créditos, pelo que a sua tributação está adaptada a esta realidade.

6. CONCLUSÃO

Com este estudo, visamos aprofundar um tema pouco debatido pela doutrina portuguesa – a tributação do *factoring*. Na abordagem do tema, pese embora fosse o nosso objectivo elaborar um trabalho única e exclusivamente no âmbito do Direito Fiscal, fomos forçados a embrenhar-nos em questões de Direito Civil, Comercial e Comunitário, sem as quais não poderíamos retirar a presente conclusão.

Posto isto, após o aprofundar de todos os pontos a que nos propusemos estudar, resultaram, do nosso estudo, os seguintes pressupostos que nos auxiliaram na conclusão final:

A – QUANTO AO CONTRATO DE *FACTORING*

1. O *factoring* apresenta-se como um contrato pelo qual duas partes (um factor e um aderente) acordam manter uma relação contratual permanente, que implica a obrigação do aderente ceder a totalidade ou parte dos créditos sobre os seus devedores, com vista a que a sua gestão e cobrança seja efectuada pelo factor, e a obrigação deste último aceitar a sua cessão, dentro dos pressupostos previamente acordados, prestando ao aderente os referidos serviços de gestão e cobrança e, quando solicitado, adiantamentos sobre os créditos cedidos;
2. Este contrato traduz-se, no mínimo, numa cobrança de dívidas;
3. O factor é remunerado através de comissões de *factoring* (sobre os serviços prestados) e de garantia (sobre o risco de incumprimento dos devedores e juros (sobre a quantia adiantada ao aderente));
4. É um contrato descentralizador de função para terceiro;

5. Em nenhuma das suas modalidades resulta que o *factoring* é um simples contrato de compra e venda de créditos;
6. Deriva do contrato de *factoring* sem recurso e com antecipação que a sua natureza é a de um mandato fiduciário, de um mútuo e de uma fiança; do contrato sem recurso e sem antecipação, resulta uma natureza de mandato e fiança; quanto ao contrato com recurso e antecipação a de um mútuo e de um mandato comerciais e, finalmente, o mandato sem representação estrutura o contrato com recurso e sem antecipação;

B – QUANTO À TRIBUTAÇÃO DO *FACTORING*

7. Em Portugal, o contrato de *factoring* é tributado em sede de imposto de selo, quer relativamente às eventuais antecipações efectuadas pelo factor ao aderente, quer relativamente às comissões cobradas pelo primeiro ao segundo.
8. Apesar de a Administração Fiscal ter entendido que o contrato de *factoring* sem recurso não deve ser tributado, por se tratar de uma compra e venda de créditos, na medida em que o factor actua por sua conta e risco e as antecipações são meros adiantamentos por conta do preço acordado, certo é que a prática corrente tem sido diferente;
9. Com o acórdão MKG, passou a existir uma interpretação do TJCE que sustenta que o *factoring* é uma excepção à isenção da Sexta Directiva, pelo que esta actividade deve ser tributada em sede de IVA;
10. Este acórdão apenas tem efeitos vinculativos para o juiz do tribunal do processo reenviado, sendo que, por essa razão, apenas pode produzir efeitos persuasivos sobre o legislador português e a Administração Fiscal nacional;
11. Pese embora o legislador espanhol tenha alterado a sua lei devido ao referido acórdão, a administração fiscal portuguesa continuou a seguir a mesma interpretação do art. 9.º, n.º 28, c) CIVA.

Por conseguinte, concluímos que o imposto de selo apenas se deve aplicar relativamente ao adiantamento efectuado pelo factor ao aderente. Sendo este imposto um tributo destinado, em grande parte, à área bancária, entendemos que deve ser tributada em sede de imposto de selo aquela que é a função financeira de um contrato de *factoring*. Esta tributação deve ser efectivada independentemente de estarmos perante um adiantamento de um contrato com ou sem recurso.

Quanto às comissões cobradas pelo factor sobre a cessão de créditos, traduzem-se no pagamento do aderente por serviços que lhe são prestados, nomeadamente a cobrança do crédito e o risco de incumprimento do devedor assumido. Face à lei actual, nem é preciso recorrer ao acórdão MKG para aferir que, sendo o *factoring*, no mínimo, um serviço especializado de cobrança de dívidas, deve ser tributado em sede de IVA nos termos do art. 9.º, n.º 28, c) *in fine* do CIVA – contrariando, deste modo, a orientação da administração fiscal.

Ainda assim, o acórdão MKG veio dar uma maior substância a esta posição. O TJCE interpretou as disposições mais relevantes da Sexta Directiva quanto a esta matéria no sentido de que a actividade de *factoring* não é isenta de IVA porque se traduz numa excepção à isenção do imposto. Ora, daqui decorre que o órgão por excelência para interpretar o direito derivado das Instituições das Comunidades atribuiu um determinado sentido a um texto legal (art.º 13.º B, alínea d), ponto 3, *in fine* da Sexta Directiva) que foi transposto quase na sua totalidade para o art. 9.º, n.º 28, c), *in fine*, do CIVA. Se é certo que o reenvio prejudicial apenas produz efeitos para as partes e não para terceiros, também é certo que a não adopção da base de entendimento do TJCE pode traduzir-se num fracasso para a Administração Fiscal numa eventual via litigiosa.

Desta forma, acreditamos que a questão não se coloca quanto à letra da lei portuguesa. No entanto, uma alteração legislativa como a que foi efectuada em Espanha é um exemplo da necessidade de manter a harmonização fiscal no seio da UE. Mais se diga que temos, também, as indicações das versões

sueca e inglesa da Sexta Directiva, que colocam o *factoring* ao lado da cobrança de dívidas, como excepções à isenção do art. 13.º.

Ainda neste contexto, os agentes económicos teriam todas as vantagens nesta alteração da tributação do *factoring*, pese embora os serviços do factor se tornassem mais dispendiosos devido à liquidação dos 19% do IVA. Por um lado, os aderentes (que nunca são o consumidor final), que fossem sujeitos passivos de IVA, passariam a poder deduzir a montante o imposto liquidado no pagamento dos serviços dos factores, deixando de suportar, na totalidade, o imposto de selo. Por outro, os factores, enquanto sujeitos passivos, passariam a poder deduzir também a montante o IVA liquidado na aquisição de bens e de prestações de serviços afectos à sua actividade (que viria a ser aferido através do *pro rata*).

Acreditamos que está para surgir a revolução da tributação do *factoring* e que estará para breve. Apenas não sabemos qual será o meio utilizado nessa revolução: a interpretação da lei conforme a Sexta Directiva (através da jurisprudência nacional ou comunitária), ou uma alteração legislativa propriamente dita. Com o excesso de legislação acumulada nos últimos anos, aparentemente, a interpretação conforme da lei apresenta-se como a melhor solução. Contudo, por razões de segurança jurídica, não descartamos a hipótese de uma alteração da lei semelhante à espanhola poder ser a chave do problema.

BIBLIOGRAFIA

- ABREU, Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, Almedina, 2000
- BASTIN, Jean, *O Seguro de Crédito – A Protecção contra o Incumprimento*, Cossec, 1994
- BASTIN, Jean, *O Seguro de Crédito no Mundo Contemporâneo*, Cossec, 1983
- BATISTA, António Sarmiento, *A Gestão do Crédito como Vantagem Competitiva, Vida Económica*, 2.ª Edição, 1996
- CALHEIROS, Maria Clara, *O Contrato de Swap*, Coimbra Editora, 2000
- CAMPOS, João Mota, CAMPOS, João Luiz Mota, *Manual de Direito Comunitário*, Fundação de Calouste Gulbenkian, 4.ª Edição, 2004
- CORDEIRO, António Menezes, *Da Cessão Financeira (Factoring)*, Lex – Edições Jurídicas, Lisboa, 1994
- CORDEIRO, António Menezes, *Manual de Direito Bancário*, Almedina, 2.º Edição, 2001
- CUNHA, Carolina, “*Contrato de Factoring: Quem Paga Mal, Paga Duas Vezes? - Acórdão do STJ de 26.09.2002, Proc. 1460/02*”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 3, Julho/Setembro de 2003
- CUNHA, Patrícia Noiret, *Imposto Sobre o Valor Acrescentado - Anotações ao Código do Imposto Sobre o Valor Acrescentado e ao Regime do IVA nas Transacções Intracomunitárias*, Coimbra Editora, 2004
- DUARTE, Rui Pinto, “*A Jurisprudência Portuguesa sobre o Factoring – Algumas Observações*”, *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, 2000, Ano I, n.º 2
- FEIO, Diogo, *A Substituição Fiscal e a Retenção na Fonte: O caso Específico dos Impostos sobre o Rendimento*, Coimbra Editora, 2001
- FERNANDES, João, “*Imposto de Selo – Comentário Crítico sobre o Novo Código*”, *Fisco*, n.º 90/91, Setembro de 2000, ano XI
- FERREIRA, Eduardo Paz, “*Aspectos da Harmonização Fiscal Europeia*”, *Fisco*, n.ºs 105 e 106, Novembro de 2002, ano XII

- FOSSATI, Giorgio e PORRO, Alberto, *Il Factoring – aspetti economici, finanziari e giuridici*, terza edizione, giuffrè editore, 1985
- GOMES, José Caramelo, *O Juiz Nacional e o Direito Comunitário – O exercício da autoridade jurisdicional nacional na jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, Almedina, 2003
- GOMES, Nuno Sá, *Manual de Direito Fiscal*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 168, Vol. I, Lisboa, 1993
- GOODE, R. M., *Commercial Law*, Penguin Books
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *Direito Comunitário*, Almedina, 2002
- JUDE, Pierre, *Technique et Pratique du Factoring*, Clet Editions Banque, 1984
- LIMA, Emanuel Vidal, *Imposto sobre o Valor Acrescentado, Comentado e Anotado*, Porto Editora, 8.ª Edição, 2002
- LIMA, Pires de e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 1987
- LOBO, Carlos Baptista, “O Novo Código do Imposto de Selo – Alguns aspectos iniciais de enquadramento”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 400, Outubro-Dezembro, 2000
- MATEUS, J. Silvério, FREITAS, L. Corvelo de, *Os Impostos sobre o Património Imobiliário. O Imposto de Selo. Anotados e Comentados.*, Engifisco, 2005
- MONTEIRO, António Pinto e CUNHA, Carolina, “Sob o Contrato de Cessão Financeira ou de «Factoring»”, *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra*, Volume Comemorativo, Coimbra, 2002
- MONTEIRO, António Pinto e CUNHA, Carolina, “*Um Exemplo das Novas Tendências do Direito Comercial: O contrato de locação financeira entre a origem civilística e a comercialidade*”, *Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Texto n.º 530
- MONTEIRO, António Pinto, *Contrato de Distribuição Comercial*, Almedina, 2002
- NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, Almedina, 2000
- NEVES, Ilídio das, *Direito da Segurança Social – Princípios Fundamentais Numa Análise Prospectiva*, Coimbra Editora, 1996
- PATRÍCIO, José Simões, *Direito de Crédito – Introdução*, Lex – Edições Jurídicas, Lisboa, 1994
- PEREIRA, Alberto Amorim, *Noções de Direito Fiscal*, Quid Juris?, 23, Porto, 1981
- RIBEIRO, Ana Paula, *O Contrato de Franquia (Franchising) – No Direito Interno e Internacional*, Tempos Editores

- RODRIGUES, José Avelino, *O Sistema Fiscal Português*, Quid Juris, n.º 11, Porto, 1979
- SANTANA, João Caboz, *O Contrato de Factoring – sua caracterização e relações factor-aderente*, Edições Cosmos, 1995
- SOARES, Quirino, “*Contratos Bancários*”, *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Janeiro/Abril 2003, Tomo LII, Número 295
- TEIXEIRA, António Braz, *Princípios de Direito Fiscal*, Vol. I, 3.ª Edição, Almedina
- TEIXEIRA, Glória, *A Tributação do Rendimento – Perspectiva Nacional e Internacional*, Almedina, 2000
- UVA, João de Sousa, *Factoring – Um Instrumento de Gestão*, Texto Editora, 1991
- VÁRIOS, *Guia do Fisco 2004*, Ano 10, n.º 10, Abril de 2004, BPI
- VASCONCELOS, Luís Miguel, *Dos Contratos de Cessão Financeira (Factoring)*, Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica* 43, Coimbra Editora, 1999
- VASCONCELOS, Luís Miguel, “*O Contrato de Cessão Financeira (Factoring) no Comércio Internacional*”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra Editora, n.º especial, 2003
- VASCONCELOS, Luís Miguel, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, Almedina, 2000
- VAZ, Teresa Anselmo, “*O contrato de Factoring*”, *Revista da Banca*, 1987
- VELLOZO-FERREIRA, Damião, *Sociedades de Factoring. Sociedades de Capital de Risco*, Rei dos Livros, 1990

TEXTOS DISPONÍVEIS NA INTERNET

GOMES, José Caramelo, “*O Contencioso dos Auxílios dos Estados*”, disponível em <http://comunitario.no.sapo.pt/textos/Auxilio3.pdf>

LAPIQUE, Luis, LUCAS, Gonzalo e REYS, José Luis, *Factoring – Un medio para mejorar la eficiencia de la empresa*, estudo uruguaio publicado na internet, disponível em http://www.adm.com.uy/eventos/des2001/mayo2001/Presentation16_05_01.ppt

Vários, “*Modificaciones Introducidas por la Ley 62/2003 en la Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Anadido*”, Pricewaterhousecoopers

<http://www.euroges.pt/eol/public/factoring.htm>

http://www.bnpfactor.pt/html_p/botao_22.html

<http://www.hellerfactoring.pt/duvidas/duvidas.htm>

<http://www.ipv.pt/econogloss/f.htm>

OUTRAS PUBLICAÇÕES

Fórum Empresarial, n.º 89, ano VIII, Julho 2004

Crédito Especializado: Factoring e Leasing, suplemento integrante da edição do Expresso n.º 1683, de 29 de Janeiro de 2005

JURISPRUDÊNCIA

Nacional:

Acórdão do STJ, de 6 de Fevereiro de 1997, *in* www.dgsi.pt

Acórdão do STJ, de 6 de Outubro de 1998, *in* Boletim do Ministério da Justiça, 480, 435

Acórdão do STJ, de 25 de Maio de 1999, *in* Colectânea de Jurisprudência, 1999, 2, 107

Acórdão do STJ, de 26 de Setembro de 2002, *in* Colectânea de Jurisprudência, 2002, 3, 57

Acórdão do STJ, de 5 de Junho de 2003, *in* www.dgsi.pt

Acórdão do STJ, de 27 de Maio de 2003, *in* www.dgsi.pt

Acórdão do STJ, de 4 de Março de 2004, *in* www.dgsi.pt

Acórdão do TRL, de 3 de Dezembro de 2002, recurso n.º 5566/02, *in* Colectânea de Jurisprudência, 2002, 5, 82

Internacional:

TJCE

Acórdão de 4 de Dezembro de 1990, *Van Tiem*, C-186/89, Colect., p. I-4363

Acórdão de 20 de Junho de 1991, *Polysar Investments Netherlands*, C-60/90, Colect., p. I-3111

Acórdão de 25 de Maio de 1993, *Bally*, C-18/92, Colect., p. I-2871

Acórdão de 14 de Novembro de 2000, *Floridienne e Berginvest*, C-142/99, Colect., p. I-9567

Acórdão de 27 de Setembro de 2001, *Cibo Participations*, C-16/00, Colect., p. I-6663

Acórdão de 9 de Outubro de 2001, *Mirror Group*, C-409/98, Colect., p. I-7175

Acórdão de 26 de Junho de 2003, *MKG*, C-305/01

Alemanha

acórdão do Bundesfinanzhof-BFH- de 10 de Dezembro de 1981, V R 75/76, *in*: BFHE 134, 470; BStBl II 1982, 200

LEGISLAÇÃO E ORIENTAÇÕES ADMINISTRATIVAS

Nacional:

CC

CIVA

CIRC

CIRS

Decreto-Lei n.º 46.302, de 27 de Abril

Decreto-Lei 103/80, de 9 de Maio de 1980

Decreto-Lei 56/86, de 18 de Março

Decreto-Lei 298/92, de 31 de Dezembro, com a última alteração pelo Decreto-Lei 201/2002, de 26 de Setembro (RGICSF)

Decreto-Lei 171/95, de 18 de Julho

Decreto-Lei 199/99, de 8 de Junho

Decreto-Lei 106/2001, de 6 de Abril

Decreto-Lei 411/91, de 17 de Outubro

Decreto-Lei 8-B/2002, de 15 de Janeiro

Circular n.º 15/2000, de 5 de Julho

Informações Vinculativas da DGCI, Proc. C071 2002008, com despacho concordante do Sr. Director-Geral dos Impostos, em 18/10/2004, Boletim do Contribuinte, Revista de Informação Fiscal, Novembro, 2.ª Quinzena, Ano 72.º, 2004, n.º 22, pág. 788

Internacional:

Alemanha

CIVA alemão (*UStG 1991*)

UstR 2000

Institucionais

Convenção *Unidroit* sobre o contrato de cessão financeira internacional (*UNIDROIT – Convention on International Factoring*), aprovada no dia 28 de Maio, de 1988

Sexta Directiva 77/388/CEE, de 17 de Maio de 1977, publicado no JO L145, p. 1.; EE 09 F1 p.54