

Introdução

É relativamente frequente que um sujeito, comerciante ou não, adquira a firme convicção de que irá, a breve trecho, carecer de uma determinada soma em dinheiro, para o que necessitará de recorrer a um financiamento externo. Contudo, pode ainda não conhecer qual a quantia de que irá necessitar, e quando e por quanto tempo.

O recurso imediato a um financiamento não será avisado: poderá mesmo verificar-se, porventura, que o dinheiro nem venha a ser necessário, ou, pelo menos, que não o seja na quantidade e pelo período de tempo que se antevia previsível. É desaconselhável, portanto, contrair um empréstimo nestas condições.

Mas já se aconselha que o sujeito nestas condições angarie a certeza de que, se e quando precisar de financiamento, não se lhe colocarão dificuldades no acesso ao mesmo; é fundamental (até porque as actuais condições subjectivas do candidato ao financiamento podem alterar-se de forma negativa), que o referido hipotético sujeito garanta o recurso ao crédito, por forma a que a concessão do financiamento dependa apenas da sua vontade, e nas circunstâncias e montante que melhor sirvam os seus interesses.

O sujeito que assim deseje proceder deve dirigir-se a uma instituição de crédito¹ e solicitar-lhe que negocie e contrate com ele a sua disponibilidade para que, a sua simples solicitação, lhe seja concedido crédito, permitindo o saque das quantias que entender, no momento em que desejar, até que se atinja um determinado montante-limite, acordado entre as partes.

¹ Ou a qualquer outro sujeito que lhe possa conceder crédito. A abertura de crédito é, em nossa opinião, um contrato de crédito, versando a *mercadoria dinheiro*, mas não necessariamente um contrato bancário, pois o seu sujeito passivo não tem, forçosamente, que ser um Banco.

Efectivamente, o novo Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei nº 298/92, de 28 de Dezembro, reserva para estas instituições a prática de operações de crédito, mas apenas, em nosso entender, quando estas constituem uma indústria, o mister ou parte do mister da entidade que realiza o crédito. Nada impede que qualquer entidade possa, ocasionalmente e sem fazer disso profissão, realize operações de crédito esporádicas - como é exemplo óbvio a realização de mútuos.

Aliás, como adiante se verá, a lei fiscal contém preceitos que só fazem sentido se as aberturas de crédito puderem ser realizadas por sujeitos passivos de IRS, v.g., o artº 8º, nº 4, do CIRS.

Já em Itália, como adiante se referirá, a abertura de crédito é entendida como um contrato bancário, o que resulta do tipo legal definido nos artºs 1842 a 1845 do Codice Civile, e que, segundo FERRI ("Apertura de Credito", in Enciclopedia del Diritto, II, pág. 600), se justifica pela economia do negócio.

Partindo do pressuposto de que a abertura de crédito é sempre concedida contra o pagamento de uma comissão por parte do cliente/creditado (o que, em Portugal, nem sempre será verdadeiro), defende FERRI que tal comissão é inferior aos juros de um mútuo constituído sobre montante idêntico, uma vez que para os bancos, atento o constante fluxo de dinheiro que verificam, a imobilização do capital não constitui desvantagem comparável à que sofrem em resultado da efectiva concessão de um crédito. Será por esta razão que o contrato de abertura de crédito, segundo FERRI, tem o seu âmbito natural de aplicação no círculo das operações bancárias, porquanto "*Al di fuori del sistema bancario, la immobilizzazione del capitale in conseguenza dell'apertura di credito importerebbe costi non corrispondenti al vantaggio che ne deriva all'acreditato, Il contratto quindi sarebbe economicamente irrealizzabile.*" (ob. e loc. cit.)

Este contrato que o sujeito propõe é um contrato de abertura de crédito.

PARTE I

Da natureza jurídica do contrato de abertura de crédito.

1. Introdução.

A descrição que fizemos do contrato de abertura de crédito não satisfaz em termos doutrinários, designadamente porque esta figura suscita importantes problemas, designadamente a nível fiscal, os quais só podem ser solucionados pela correcta precisão do seu conceito jurídico. Tal tarefa revela-se assaz complexa, não só pela imprecisão do conteúdo do negócio jurídico, mas ainda (ponto que releva em particular para a questão da sua tributação em imposto do selo), pela dificuldade em compreender a conexão do contrato com os actos de utilização de crédito que o cliente venha a realizar.

Tudo se agrava quando constatamos que o legislador negligenciou a regulamentação deste contrato, privando assim o intérprete de um ponto de partida para os seus esforços hermenêuticos. Em Portugal, para além do que se estabelece em Imposto do Selo (e que trataremos *infra*, em sede própria), a abertura de crédito apenas surge mencionada, enquanto uma operação de banco, no artº 362º do Código Comercial. Aliás, no conjunto dos países latinos que nos são mais próximos, só a Itália parece possuir um regime específico para este contrato², enquanto a Espanha e a França sofrem, como nós, o silêncio do legislador.

2. Ponto de partida.

A lei italiana avança com uma definição que constitui, a nosso ver, ponto de partida interessante para a discussão que iremos estabelecer. Ela contém, em nossa opinião, algumas das características fundamentais do contrato de abertura de crédito.

Segundo o artº 1842º do Codice Civile, a abertura de crédito é o contrato pelo qual um Banco³ se obriga a manter à disposição de outra parte uma soma de dinheiro, por um dado período de tempo ou por tempo indeterminado⁴. E, como vimos, é precisamente isto que se passa em qualquer abertura de crédito: o cliente fica com uma espécie de *direito de saque* sobre o banco,

² Os referidos artºs 1842 a 1845 do Codice Civile.

³ Cf. nota 1.

⁴ Artº 1842 do Codice Civile: "*L'apertura di credito bancario è il contratto col quale la banca si obbliga a tenere a disposizione dell'altra parte una somma di danaro per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato*".

que utilizará como entender, desde que os seus *levantamentos* não excedam um determinado valor.

Assim, ainda que nem todos os autores tenham como ponto de partida para a sua tarefa as disposições da lei italiana, a verdade é que, porque o artº 1842 do Codice Civile reúne as características essenciais do contrato em questão, não há dúvida que o mencionado pelos autores como sendo abertura de crédito parece reconduzir-se, com efeito, à mesma realidade económico-jurídica.

Esta conclusão parece-nos importante, porque só sabendo que os vários autores têm em vista a mesma realidade podemos confrontar com segurança as diversas teses que têm vindo a ser desenhadas sobre o assunto, com a convicção de que elas interessam para o esclarecimento da verdadeira natureza jurídica da abertura de crédito.

3. As correntes doutrinárias mais significativas.

De acordo com BRAZ TEIXEIRA⁵, "Uma orientação mais antiga (Lyon-Caen e Renault,Thaler), hoje geralmente abandonada, via na operação de abertura de crédito um contrato real, um mútuo, cuja perfeição e eficácia dependiam da efectiva utilização do crédito por parte do acreditado."

Esta tese foi abandonada a partir do momento em que se constatou que a entrega do capital, a efectiva utilização do crédito, não é elemento essencial do contrato, o qual se tem por perfeito mesmo que tal utilização nunca se chegue a verificar. Mas, ainda de acordo com BRAZ TEIXEIRA, "a validade desta crítica não impede, no entanto, a subsistência de um outro problema, em torno do qual vão situar-se daí em diante as disputas doutrinárias: o de saber que nexos há entre a abertura de crédito e as operações subsequentes de levantamento ou utilização desse mesmo crédito: trata-se de novos contratos ou de meros actos de execução do inicial contrato de abertura de crédito?"

A grande divisão na doutrina veio a estabelecer-se entre, por um lado, (i) os autores que atribuem ao contrato de abertura de crédito o carácter de um contrato preliminar da realização dos contratos em que se consubstanciam as diversas utilizações do crédito (ii) e, por outro lado, os autores que entendem estarmos perante um contrato não preliminar, não necessariamente conexo com a realização dos actos ou contratos em que se traduz a utilização do crédito concedido.

⁵ "Sobre a Natureza Jurídica do Contrato de Abertura de Crédito", in "Questões de Direito Fiscal", Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, nº 90, pág. 11 e segs.

3.1. Contrato preliminar.

A defesa da tese do contrato preliminar assenta na constatação de que o contrato de abertura de crédito dá lugar à posterior realização de novos actos jurídicos, e não de actos meramente materiais. De acordo com este entendimento, a abertura de crédito não cumpre, por si só, os objectivos prosseguidos pelas partes, antes circunscrevendo a sua função à preparação da celebração de outros contratos, quais sejam, os necessários para a realização das utilizações do crédito.

A tese do contrato preliminar é, de acordo com G. FERRI⁶ e BRAZ TEIXEIRA⁷, defendida originalmente por COVIELLO⁸; SALANDRA, ainda dentro do âmbito desta tese, especifica um pouco mais, afirmando que estamos perante um contrato normativo, ou, na terminologia utilizada por ANTUNES VARELA⁹, perante um contrato-tipo, i.e., um contrato que fixa as condições de outros contratos a celebrar no futuro.

Em ordem a rebater as teses que configuram a abertura de crédito como um contrato preliminar, salientam desde logo os seus detractores que os contratos definitivos a celebrar na decorrência de um contrato preliminar devem (i) ser do mesmo tipo contratual e (ii) conter em si os elementos essenciais dos contratos definitivos a realizar. Ora uma abertura de crédito não é um mútuo (como adiante se verá), normal modalidade do contrato em que se consubstanciam as utilizações, nem inclui em si os aspectos essenciais dos contratos correspondentes às utilizações do crédito que se venham a fazer, uma vez que estes dependerão das circunstâncias concretas de cada utilização, de acordo com a modelação que lhes for dada pelo cliente.

Se atendermos à função do contrato, constatamos que, no caso da abertura de crédito, esta não se encontra ligada aos contratos que se venham a realizar posteriormente, ao invés do que sucede com os contratos preliminares, cuja função decorre do que se pretende estipular no contrato definitivo. A sua função é, outrossim, garantir de *per si* ao cliente o acesso ao crédito, a disponibilidade de somas de dinheiro, o que se atinge logo com a celebração da abertura de crédito, independentemente da utilização (ou não utilização) que se venha a fazer das somas

⁶ Ob. cit., pág. 596 e segs.

⁷ Ob. cit.

⁸ Entre nós, cf. J.G. PINTO COELHO, "Operações de banco", 2ª Edição, Lisboa, 1962, Vítor Faveiro, "Manual do Imposto do Selo", Coimbra, 1944, e VAZ SERRA, Anotação ao Acórdão do S.T.J. de 1 de Março de 1979, in R.L.J., 112, 281-285. Ainda CHRISTIAN GAVALDA e JEAN STOUFFLET, "Droit Bancaire", Paris, 1992.

⁹ "Das Obrigações em Geral", I, 6ª Edição, Coimbra, pág. 312.

disponibilizadas. Este, outro argumento avançado para negar a natureza de contrato preliminar à abertura de crédito.

BRAZ TEIXEIRA¹⁰ refere-se, ainda, a outro importante elemento: a extinção do contrato preliminar, a qual ocorre, por natureza, com a celebração do contrato definitivo. Ora, a abertura de crédito perdura para além das sucessivas utilizações que se venham a fazer, o que se antolha evidente no caso das aberturas de crédito em conta-corrente.

Por último, e atendo-nos agora apenas à tese de SALANDRA (contrato normativo), devemos notar que, ao contrário do que sucede neste tipo de contratos (dos quais apenas emerge para as partes a obrigação de respeitar as suas estipulações *se e quando* se celebrarem os contratos aí regulados), da abertura de crédito resultam directamente obrigações para as partes, ou melhor, pelo menos para uma das partes: a obrigação de garantir o acesso ao crédito, de realizar a *prestação de disponibilidade*¹¹.

3.2. Mútuo consensual.

De acordo com FERRI, parte da doutrina¹² considerou que a abertura de crédito reveste a natureza de um mútuo consensual.

Por mútuo consensual "(...) *designa-se um contrato de conteúdo idêntico ao mútuo típico excepto no afastamento da entrega do momento estipulativo para o momento executivo do negócio. Numa fórmula simples, alguém obriga-se a entregar certa coisa em mútuo. A entrega já não surge como um acto espontâneo, indispensável ao surgimento do contrato, mas como um acto devido, praticado em execução ou cumprimento desse contrato.*"¹³

¹⁰ Op. cit., pág. 13.

¹¹ Pese embora na prática se confundam, por vezes, os contratos de abertura de crédito com certos tipos de contratos normativos. Referimo-nos, especificamente, aos cartões de crédito de comerciantes, i.e., aos títulos emitidos pelos comerciantes a favor dos seus clientes e que permitem aos respectivos detentores o acesso a condições especiais de pagamento dos produtos adquiridos a esse comerciante. Ao invés do que sucede com os vulgares cartões de crédito, estes cartões de comerciante não garantem financiamento ao respectivo titular, antes consistindo numa peculiar forma de modelação do contrato de compra e venda a celebrar, designadamente no que se refere às condições de pagamento do produto adquirido. O comerciante, diferentemente do que sucede com os cartões VISA, Mastercard, American Express e outros, não empresta dinheiro em sentido jurídico, limita-se tão-só a permitir o fraccionamento do pagamento do preço.

Nessa medida, os cartões de crédito de comerciantes, ao representarem a conformação de contratos de compra e venda a celebrar no futuro entre o comerciante e o titular do cartão, constituirão apenas uma modalidade de contrato-normativo, e não revestem a natureza de abertura de crédito.

¹² Esta doutrina é, de acordo com BRAZ TEIXEIRA (op. cit., pág. 14), defendida por GRECO. No mesmo sentido, ainda CARLOS VAZQUEZ IRUZUBIETA, "Operaciones Bancarias", Madrid, 1985, pág. 213.

¹³ JOÃO REDINHA, "Contrato de Mútuo", in "Direito das Obrigações" (sob a coordenação de Menezes Cordeiro), 3º Vol., 2ª Edição revista e ampliada, Lisboa, 1991, pág. 205-206.

FERRI e BRAZ TEIXEIRA admitem a existência do conceito de mútuo consensual, mas negam validade à tese que pretende reconduzir a abertura de crédito a essa figura. Na verdade, ainda que se pretenda que o mútuo é um contrato unilateral¹⁴, a verdade é que a entrega de capital por parte do mutuante ao mutuário é elemento fundamental para que se possa falar da existência de um contrato de mútuo, afirmação que é válida mesmo que tal entrega possa ser diferida no tempo ou condicionada, quanto ao momento, à vontade do mutuário.

Ora, na abertura de crédito, a entrega de capital é um elemento fundamental, mas não essencial, do contrato. O plano em que se coloca é o do objecto mediato ou material do contrato¹⁵ - a entrega de somas, a prestação de facto positivo a favor do creditado -, e não o de um dos seus elementos constitutivos ou definidores. Por outras palavras: o contrato de abertura de crédito é perfeito independentemente da verificação, ou não, dos actos de utilização que dele venham a resultar, ds entregas de capital que sejam consequência e objecto da obrigação assumida pelo creditante e da vontade do creditado.

Com efeito, para que haja mútuo é necessário que a entrega seja devida, ainda que sob condição; mas quando a condição é potestativa, quando a utilização do crédito depende do exercício de um direito potestativo por parte do creditado, não é apenas a eficácia do dever de entrega que está em causa: a entrega é um efeito directo da vontade do creditado, é um dever que se constitui com a declaração unilateral por parte do creditado.

Esta parece-nos ser a crítica fundamental a formular relativamente a esta posição.

FERRI chama ainda que a atenção para o facto de na abertura de crédito, "*(...) non sussiste un obbligo de prelevamento da parte dell'acreditato, mentre nel mutuo consensuale all'obbligo del mutuante di dare a credito corrisponde l'obbligo del mutuatario di prendere a credito la somma stabilita.*"¹⁶

Assim, também esta posição parece não reunir condições para explicar, cabalmente, a natureza do contrato de abertura de crédito.

¹⁴ *Vaexata questio* que não cabe, aqui, debater.

¹⁵ Sobre o objecto do negócio jurídico, cf. JOÃO DE CASTRO MENDES, "Teoria Geral do Direito Civil", II, AAFDL, Lisboa, 1979, pág. 199 e segs.; sobre o objecto nas relações jurídicas obrigacionais, cf. ANTUNES VARELA, ob. cit., pág. 79 e segs.

¹⁶ Ob. cit, pág. 598.

3.3. Contrato autónomo, compreendendo os actos de utilização.

MESSINEO vem defender que o contrato de abertura de crédito constitui um contrato de âmbito mais largo do que o comumente entendido. Na opinião deste autor¹⁷, os actos de utilização não devem considerar-se negócios jurídicos distintos da abertura de crédito, mas antes actos de cumprimento do contrato de abertura de crédito. O banco e o cliente estariam, assim, obrigados à realização dos actos de utilização, obrigação de que o banco poderia eximir o cliente, seja gratuitamente, seja mediante o pagamento de uma determinada prestação, a qual seria assim uma espécie de preço a pagar pelo direito de não utilização¹⁸.

Ora, não parece hoje oferecer contestação que não resulta do contrato de abertura de crédito qualquer obrigação de utilização por parte do cliente. Aliás, poderemos mesmo afirmar que esta opinião desvirtua não só aquilo que nos parece ser essencial a este contrato (a obrigação do banco à entrega de capitais, à prestação de facto positiva favor do creditado), mas ainda, quando há lugar a contraprestação pecuniária por parte do cliente, a própria razão de ser económica dessa contraprestação. Na realidade, o cliente paga para que o banco coloque a capacidade de crédito à sua disposição, e não para se desobrigar de a ele recorrer.

Assim, também esta tese não parece explicar a natureza do contrato de abertura de crédito.

3.4. A posição de ANTUNES VARELA.

Em anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Abril de 1980¹⁹, ANTUNES VARELA procede a uma caracterização do contrato de abertura de crédito que, por oposição à sua recondução ao tipo do contrato de mútuo, parece integrar a corrente de autores que defende, na esteira de MESSINEO, a sua definição como contrato atípico e uno que, na sua plenitude, abarca as relações de mútuo que consubstanciam as utilizações de crédito. A estas relações de mútuo, que, na opinião da A. VARELA, não configuram verdadeiros contratos, deve ser aplicado o regime do mútuo.

A. VARELA coloca o assento tónico da caracterização do contrato de abertura de crédito no facto de este criar, na esfera do creditado, um verdadeiro direito potestativo²⁰ - o que

¹⁷ Que conhecemos pelos trabalhos de FERRI (op. cit., pág. 598) e BRAZ TEIXEIRA (op. cit., pág. 13-14).

¹⁸ Sobre este aspecto, cf. em particular FERRI, op. e loc. cit.

¹⁹ R.L.J., 114º, págs. 105 e segs.

²⁰ Por direito potestativo entende-se o "(...) poder conferido a uma pessoa de, mediante um acto unilateral (isolado ou apoiado em outro acto de uma entidade pública), criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica com outra pessoa." (ANTUNES VARELA, ob. cit., pág. 56). Ainda sobre direito potestativo, cf. HEINRICH EWALD HÖRSTER, "A Parte Geral do Código Civil Português", Almedina, Coimbra, 1992, págs. 243 e segs.

irremediavelmente afastará esta figura do tipo dos contratos-promessa. De acordo com este autor:

"A verdade, porém, é que, segundo a melhor doutrina, da abertura de crédito não nasce para o creditado um simples direito de crédito à celebração de novo contrato; dela brota desde logo um direito potestativo do creditado sobre o creditante. Logo que o creditado exercer esse direito através do saque por conta do crédito, o creditante não fica apenas obrigado a celebrar um (novo) contrato de mútuo, mediante a emissão de uma (nova) declaração de vontade; fica antes obrigado desde logo a entregar a quantia contra ele sacada, sinal de que o creditado, mediante uma simples declaração unilateral, tem o poder de constituir um verdadeiro direito de crédito sobre o creditante: e esse é o traçado estrutural típico dos direitos potestativos.

*Não pode assim afirmar-se, em bom rigor, que a cada saque (ou levantamento) efectuado pelo creditado, por conta do crédito que lhe foi concedido, corresponda um contrato de mútuo. Mas pode com inteira propriedade sustentar-se que a esses saques corresponde uma relação obrigacional de mútuo: relação de mútuo que tem por fonte imediata, não um acordo contratual entre as partes, mas o exercício do direito potestativo que o contrato de abertura de crédito conferiu a uma delas."*²¹

Pena é que, em virtude do reduzido âmbito visado pela anotação, A. VARELA não prossegue, ensaiando uma explicação para a natureza jurídica da abertura de crédito. Aliás, o próprio facto de o Acórdão em anotação versar uma abertura de crédito bancária contribui para que a visão de A. VARELA possa revelar-se algo influenciada, uma vez que o seu carácter automático quanto à constituição do dever de entrega por parte da entidade creditante, se é evidente no caso de instituições de crédito, já não é para nós tão claro na hipótese de o creditante ser outro tipo de pessoa jurídica, designadamente uma pessoa singular²².

Assim, esta posição ensaiada por A. VARELA²³ mantém como elementos relevantes a negação da sua natureza como contrato promessa de mútuo, logo, como contrato preliminar, e o ênfase na caracterização da posição jurídica em que é investido o creditado como um verdadeiro direito potestativo. Mas não podemos dizer que constitua uma nova tendência na discussão da natureza jurídica do contrato de abertura de crédito.

²¹ Op. cit., pág. 116.

²² Designadamente quanto ao dever de respeitar a forma exigida no artº 1143º do Código Civil, que, quanto a nós, se verificará neste caso.

²³ E que aliás, como adiante veremos em face de uma sua afirmação em obra mais recente, não sabemos se mantém actualidade.

3.5. Contrato misto (mútuo e depósito).

SIMONETTO e ROCCO²⁴ entendem a abertura de crédito como um negócio jurídico complexo, mais concretamente como uma união entre um contrato de mútuo e um contrato de depósito. Celebrada a abertura de crédito, o banco empresta ao cliente um montante igual ao limite máximo de capital contratado, o qual fica em depósito, à ordem do cliente - o que explicaria a disponibilidade característica da abertura de crédito. Quanto à razão de ser da comissão eventualmente paga pelo cliente, esta corresponderia à diferença das taxas de juro do mútuo e do depósito, sendo que, cada vez que ocorresse um levantamento, a taxa de juro do mútuo não seria compensada pela do depósito.

FERRI contrapõe a esta fórmula a letra da lei italiana, a qual considera a abertura de crédito como um contrato uno²⁵ - o que inviabiliza *ad limine* a viabilidade desta tese. Além disso, refere ainda que a natureza da obrigação em que se constitui o banco (a disponibilidade), e que constitui o essencial da abertura de crédito, não supõe qualquer duplicidade, antes se tratando de um fenómeno lógico e juridicamente unitário.

Se bem que o primeiro argumento não tenha validade face à lei portuguesa (dado o silêncio do legislador), o segundo parece-nos suficiente para negar esta sofisticada tese. Com efeito, escapa-nos a necessidade de entender como complexa uma operação que, em si mesma, é afinal bem simples, e que se traduz na singela obrigação do banco a *sujeitar-se* à vontade do cliente para a realização de empréstimos²⁶.

3.6. *Somministrazione*.

FERRI dá ainda notícia de uma tese atribuída a FIORENTINO²⁷, de acordo com a qual a abertura de crédito é concebida como um contrato de natureza particular, cujo traço característico assenta no carácter reiterado dos actos de utilização. Entre a abertura de crédito e os sucessivos mútuos que, em sua decorrência, se venham a celebrar, existiria a mesma

²⁴ Mais uma vez são FERRI (op. cit., pág. 598-599) e BRAZ TEIXEIRA (op. cit., pág. 15-16) os autores que nos permitem conhecer esta opinião.

²⁵ Artº 1842 do Codice Civile.

²⁶ Escreve BRAZ TEIXEIRA a este respeito (op. cit., pág. 16): "*Por outro lado ainda, cabe não esquecer que o contrato de abertura de crédito fica perfeito mesmo que as importâncias não cheguem a ser utilizadas, não sendo também essencial à sua existência, diferentemente do que acontece com o mútuo, que essas importâncias venham a ser restituídas.*" Salvo o devido respeito, não compreendemos o alcance destas críticas. A utilização, na formulação criticada, dar-se-ia com o levantamento do capital em depósito, não constituindo o mútuo integrante da abertura de crédito um acto de utilização - pelo que também aqui a utilização não é essencial. E a obrigação de restituição que existe não revestirá, no caso vertente, importância, porquanto os capitais em depósito que não seja utilizados serão compensados; se o cliente deve restituir o capital mutuado, também o banco deve restituir o capital depositado.

²⁷ Op. cit., pág. 599.

relação que a existente entre um contrato de fornecimento²⁸ e as vendas que do material fornecido se venham a realizar.

FERRI rebate esta tese com uma variada panóplia de argumentos; a nós, basta-nos fazer notar que a determinação da natureza jurídica de um determinado contrato não se deve fundar naquilo que pode não chegar a verificar-se sem que o contrato deixe de ser perfeito. Determinar a natureza jurídica da abertura de crédito apenas com recurso à repetição dos actos de utilização não parece posicionamento correcto, uma vez que as utilizações podem nunca chegar a fazer-se, sem que a abertura de crédito fique, por isso, prejudicada.

3.7. A posição de FERRI e BRAZ TEIXEIRA. Conclusão.

FERRI e BRAZ TEIXEIRA socorrem-se da análise do objecto (mediato) do contrato de abertura de crédito para, a partir desse dado, construir a respectiva natureza jurídica. De acordo com estes autores, o que distingue o contrato de abertura de crédito dos demais contratos de crédito ou bancários é o facto de o seu objecto não consistir em dinheiro, mas na disponibilidade de crédito conferida sobre o banco ao cliente ²⁹.

Na realidade, ao celebrar com um banco uma abertura de crédito, o que o cliente em primeira linha pretende não é o financiamento, o acesso ao dinheiro, mas a garantia de que ele lhe será concedido quando e se o desejar. O valor, o bem que se pretende adquirir não é dinheiro, mas a faculdade ou direito de obrigar o banco à realização de financiamentos, ou, por outras palavras, a entregas de capital.

Nesta medida, a disponibilidade do banco constitui um valor em si mesmo, um bem com tradução económica e jurídica, passível de consubstanciar o objecto mediato de um negócio jurídico. Assim, através de um contrato de abertura de crédito, é constituída uma vantagem - direito - a favor do cliente (a pretensão) e, bem assim, uma desvantagem - obrigação - para o banco (a sua disponibilização).

Esta permuta de direito e obrigação é suficiente para explicar a realidade de um contrato de abertura de crédito, o qual se torna, com esse intercâmbio, perfeito. E constitui plena justificação para duas das questões que perturbam a conceptualização da abertura de crédito, quais sejam, a relação entre a abertura de crédito propriamente dita e as utilizações

²⁸ No original, *somministrazione*. A tradução é de nossa responsabilidade.

²⁹ Como já referimos, a abertura de crédito é por nós entendida como um contrato financeiro ou de crédito, versando a *mercadoria-dinheiro*, mas não necessariamente um contrato bancário.

posteriores de crédito, e a natureza da prestação do cliente, quando este é chamado a realizar um prestação no âmbito apenas do contrato de abertura de crédito.

Nesta perspectiva do contrato como um negócio de aquisição de uma vantagem, ou, melhor, de uma *disponibilidade de crédito*, compreende-se que as utilizações de crédito que, em seu resultado, se venham a fazer, sejam realidades completamente distintas do ponto de vista jurídico. As utilizações de crédito constituem um complexo de relações inteiramente novo e distinto daquele que se estabelece entre o banco e o cliente ao realizarem uma abertura de crédito, uma vez que a relação que no seio deste contrato se estabelece é a aquisição da disponibilidade do banco, por parte do cliente. Celebrada a abertura de crédito, em nenhuma outra obrigação (para além, eventualmente, da determinação do tipo de abertura de crédito, ou seja, da forma de utilização do crédito) ficam as partes constituídas, para além da aquisição da disponibilidade pelo cliente e correspondente dever do banco de a observar.

Fica assim explicada, também, a razão pela qual não se verifica a extinção das relações de utilização de crédito quando a abertura de crédito atinge o seu termo. É a independência da abertura de crédito em relação às utilizações, a perfeição e definitividade do contrato, que assim o determina.

Por outro lado, é inegável a importância económica da aquisição da disponibilidade por parte do cliente. O acesso ao crédito por simples determinação do mutuário constitui, nitidamente, uma importante vantagem, na medida em que se eliminam as possíveis contingências no acesso a um financiamento, o qual pode ser obtido caso surja uma necessidade, no preciso momento e medida em que essa necessidade é sentida. Ora, tratando a abertura de crédito da atribuição ao cliente de um importante direito, cuja contrapartida é desvantajosa para o banco, não choca que este exija um preço pela situação de desvantagem em que se vai colocar; pelo contrário, é perfeitamente entendível que a comissão a pagar ao banco pela abertura de crédito seja devida pela simples celebração do contrato, nada tendo a ver com as obrigações em que o cliente se constituirá por via do crédito de que venha a contrair.

E concluem, assim, que o contrato de abertura de crédito é um contrato com uma natureza jurídica própria, qual seja, a de ter em vista a criação de uma disponibilidade sobre um banco ou outra entidade.

Salvo o respeito devido a tão ilustres autores, não nos parece que esta conclusão permita esgotar *de per si* o problema da natureza jurídica da abertura de crédito. Na verdade, não nos parece satisfatório entender que o contrato trata da aquisição de uma disponibilidade sobre um banco ou outra entidade, traduzida na aquisição de um direito à realização de contratos de

mútuo e correspondente obrigação do banco/outra entidade. Falta esclarecer algo que nos parece ser o fulcro da questão: que constitui, em que consiste, afinal, essa disponibilidade? Em que se traduz a situação do creditante (banco ou outro) e, reflexamente, a do cliente/creditado?

Para estas questões não nos é dada, afinal, uma resposta definitiva. Assim, e não obstante tantos e tão valiosos contributos, de tão reputados autores, parece-nos que a discussão sobre a natureza jurídica deste controverso contrato permanece em aberto.

4. Alguns subsídios para a discussão da natureza jurídica do contrato de abertura de crédito. A possibilidade da promessa unilateral de mútuo ou de pacto de opção.

Da investigação empreendida, verificamos, não sem alguma surpresa, que, apesar de se tratar de um contrato de vincada e anciã tradição no universo bancário, a abertura de crédito não foi ainda cabalmente explicada pelos qualificados juristas que sobre ela tiveram oportunidade de se debruçar. Não seremos nós, portanto, a ensaiar uma explicação definitiva para a natureza jurídica de tão complexa figura. Limitar-nos-emos, apenas, a chamar a atenção para alguns aspectos que nos parecem de alguma relevância, a saber:

- o facto de os argumentos visando o afastamento da promessa unilateral de mútuo como uma hipótese de configuração da abertura de crédito não se encontrarem isentos de crítica;
- a possibilidade de a abertura de crédito constituir um *pacto de opção*.

Terminaremos por assentar em algumas características do contrato de abertura de crédito que, não obstante a diversidade de explicações ensaiadas para a sua natureza jurídica, parecem dever reunir o consenso dos autores.

4.1. A abertura de crédito como promessa unilateral de mútuo.

O banco fica sujeito, caso o cliente exerça a sua pretensão, a entregar-lhe determinadas somas de capital³⁰. Não será isto uma obrigação de contratar? Ou, por outras palavras, não estaremos nós perante um contrato de promessa de mútuo?

³⁰ "Como dice Giuseppe Ferri, de disponibilidad de la suma, de parte del acreditado, se puede hablar solamente en sentido económico. Jurídicamente, la puesta a disposición de la suma implica solamente que el acreditado pueda PRETENDER de la banca la prestación de la suma solicitada por l, implicando por lo tanto sólo un derecho de crédito." (MARIO BAUCHE GARCADIAGO, "Operaciones Bancarias", Guadalajara (México), 1985. O autor faz referência à obra de FERRI "Manuale di Diritto Commerciale", Seconde Edizione, Torino, 1960, mas FERRI conserva esta posição no op. cit., pág. 597.

*"Contrato promessa de mútuo, nos termos do artº 410º/1 (do Código Civil), é a convenção pela qual uma ou ambas as partes se obrigam à celebração de um contrato de mútuo (pactum de mutuo dando ou de mutuo dando et accipiendo), Trata-se de um pré-contrato ou contrato preliminar, que cria para cada promitente uma obrigação de contratar, i.e., cujo objecto é uma prestação de facto jurídico positivo. A cessão temporária do gozo da coisa não é efeito deste contrato, mas do contrato definitivo ou prometido."*³¹/³²

Ora, poderá afirmar-se, não fugindo à realidade do contrato e tendo em conta a definição de mútuo dada pelo artº 1142º do Código Civil³³, que o banco fica unilateralmente obrigado a contratar, obrigação essa que fica condicionada (i) a um termo final³⁴ (o prazo de vigência da abertura de crédito) e (ii) a um determinado limite quantitativo, sendo que a dívida total do cliente não poderá ultrapassar, pelo menos em nenhum momento da vigência do contrato³⁵, o valor máximo nele previsto.

As sucessivas utilizações de crédito que se venham a realizar mais não serão, assim, do que a celebração de contratos prometidos, unilateralmente, pelo banco, o que explica a independência e autonomia jurídica dos contratos de abertura de crédito e dos actos de utilização de crédito. Se considerarmos a sujeição do contrato a um termo final, fica ainda explicada a possibilidade de tais actos não serem realizados sem que a abertura de crédito resulte perturbada.

Nesta medida, aquilo que se entende por disponibilidade mais não seria do que a obrigação de contratar em que o banco se constitui, cuja concretização depende apenas e tão-só da vontade do cliente (daí o binómio obrigação/direito). Pelo que poderia conceber-se a natureza jurídica do contrato de abertura de crédito como de uma promessa unilateral de mútuo.

E se examinarmos com atenção a forma como alguns autores definem o contrato de abertura de crédito, verificamos que tais definições acabam por, de alguma forma, conduzir à conclusão avançada. Senão vejamos:

³¹ JOÃO REDINHA, op. cit., pág. 213.

³² "O contrato-promessa cria a obrigação de contratar, ou, mais concretamente, a obrigação de emitir a declaração de vontade correspondente ao contrato prometido. A obrigação assumida por ambos os contraentes, ou por um deles se a promessa é apenas unilateral, tem assim por objecto uma prestação de facto positivo, um facere oportere. E o direito correspondente atribuído à outra parte traduz-se numa verdadeira pretensão." ANTUNES VARELA, ob. cit., pág. 313.

³³ "Mútuo é o contrato pelo qual uma das partes empresta à outra dinheiro ou outra coisa fungível, ficando a segunda obrigada a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade."

³⁴ Sendo regra a sujeição do contrato a um termo final certo, nada obstará, em nossa opinião, à fixação de um termo incerto, condição, ou outra cláusula acessória legalmente admitida.

³⁵ Sendo que a cláusula assim formulada explica a possibilidade de *repristinação* do crédito.

De acordo com VAZ SERRA³⁶, "Esse contrato, quando celebrado por um banco, é aquele pelo qual este se obriga a mutuar ao cliente, por prazo determinado ou sem prazo determinado, até certo montante, podendo o cliente sacar total ou parcialmente, por uma ou mais vezes, essa quantia, e devendo restituir, com os respectivos juros, o montante ou os montantes sacados e mutuados". E, mais adiante³⁷, "(...) o contrato de abertura de crédito, segundo uma opinião muito divulgada³⁸, é, afinal, se tiver por objecto um mútuo, um contrato-promessa de mútuo (...)."

Por outro lado, CHRISTIAN GAVALDA e JEAN STOUFFLET afirmam³⁹ ser o contrato de abertura de crédito "(...) une promesse unilatérale du banquier de mettre sous certaines conditions de temps et de taux à la disposition de son client des moyens de paiement sous une ou plusieurs formes."⁴⁰

Mesmo BRAZ TEIXEIRA, na definição que avança para o contrato de abertura de crédito, acaba por se reconduzir à noção de promessa unilateral. Afirma este autor⁴¹: "(...) a abertura de crédito será o contrato pelo qual alguém, em geral um banco, se obriga a prestar a outrem o seu crédito, considerado este com um valor económico." Discordamos, naturalmente, do objecto da obrigação, uma vez que o banco não fica obrigado a prestar crédito, presta-o desde logo. A prestação do crédito, a nosso ver, é a própria realização do contrato de abertura de crédito, acto bastante para que o cliente adquira a disponibilidade económica de somas de capital. Coisa diferente é aquilo em que se consubstancia esse crédito, *in casu*, a obrigação unilateral de entregar capital^{42/43}.

Poderemos referir algumas das principais críticas feitas a esta posição, tentando rebatê-las na medida do possível.

³⁶ Op. cit., pág. 283. Sublinhado nosso.

³⁷ Op. cit., pág. 284.

³⁸ O autor refere-se, em nota de rodapé, a J.G. PINTO COELHO, Operações de banco, I, Depósito bancário, II, Abertura de crédito, 1962, II, n.ºs 10 e segs.

³⁹ Op. cit., pág. 208. Sublinhado nosso.

⁴⁰ Ao invés do que referem estes autores, a promessa unilateral em que se constitui o sujeito activo de uma abertura de crédito não versará uma colocação à disposição de meios de pagamento. Em nossa opinião, a colocação à disposição é a própria promessa. Veja-se o que dizemos em relação à definição dada por BRAZ TEIXEIRA.

⁴¹ Op. cit., pág. 17. Sublinhado nosso.

⁴² Na qualificação da posição do cliente como um direito a uma prestação de facto positivo, cf. FERRI, op. cit., pág. 601.

⁴³ Cf. nota 28.

4.1.1. Críticas à promessa unilateral.

BRAZ TEIXEIRA continua a frase anteriormente citada afirmando: "*Dela não nasce qualquer dever do creditado de usar o crédito concedido mas unicamente um direito potestativo a utilizar ou não as importâncias objecto desse direito de crédito.*" Importa recordar, aqui, a posição da A. VARELA, que, considerando a natureza potestativa do direito atribuído ao creditado, afasta, apenas por isso, a possibilidade de configuração da abertura de crédito como promessa unilateral.

Contudo, sem pretender pôr em causa tão avisadas opiniões, apenas chamamos a atenção para o facto de, em termos de efeito prático e, de alguma forma, mesmo em termos jurídicos, a posição em que se acha constituído o beneficiário de uma promessa unilateral de mútuo reveste características muito semelhantes ao conjunto de poderes em que se encontra qualquer sujeito investido de um direito potestativo. Na verdade, a concretização do negócio prometido dependerá apenas da vontade do creditado, encontrando-se o creditante numa situação de sujeição àquele que for o desejo do cliente - o que traduz, em nossa opinião, a essência dos direitos potestativos.

Por outro lado, o ponto de partida utilizado por FERRI e BRAZ TEIXEIRA para alcançar que a natureza jurídica da abertura de crédito radica na disponibilidade criada a favor do cliente é a constatação de que o objecto da abertura de crédito é o gozo da referida disponibilidade, enquanto nos demais contratos de crédito (de que o empréstimo é paradigma) o objecto seria o gozo de dinheiro. Ora, dizer-se que a abertura de crédito possui a natureza de promessa unilateral de mútuo quer dizer que a abertura de crédito tem por objectivo o gozo de dinheiro, o que parece contraditar o afirmado por aqueles autores.

Todavia, será possível, pensamos, dever distinguir dois planos no que se refere ao objecto de uma abertura de crédito: um plano directo, que é constituído, de facto, pelo gozo dessa disponibilidade, enquanto objecto mediato da relação jurídica; mas, ainda, um indirecto, o qual, em nossa opinião, não pode deixar de ser o gozo de uma soma de dinheiro.

Efectivamente, a necessidade cujo preenchimento o cliente tem em vista é a de assegurar, no momento em que se venha a revelar necessário, o acesso a um financiamento, ou, por outras palavras, o gozo de somas em dinheiro. Pelo que, se bem que o efeito pretendido com a celebração não seja, directamente, o gozo de dinheiro, a disponibilidade assegurada destina-se a, se e quando for necessário, poder gozar de somas em dinheiro.

Noutra perspectiva, também se pode afirmar que o objecto mediato de uma promessa unilateral de mútuo não é directamente o gozo de dinheiro, mas, tão-só, a obtenção da vinculação do banco, ou talvez melhor, a sua contrapartida na esfera do cliente, a pretensão em que este fica constituído. Assim, a promessa unilateral de mútuo, *in casu*, a abertura de crédito, tem como objecto mediato a criação de uma disponibilidade na esfera do banco, de um direito na esfera do cliente, e, num plano indirecto, o gozo de somas em dinheiro⁴⁴ - o que, sem traduzir a opinião manifestada pelos referidos autores pode, de alguma forma, acabar por traduzir fenómeno semelhante.

4.1.2. Crítica fundada no carácter preliminar da promessa unilateral do contrato.

O contrato promessa é, indubitavelmente, um contrato preliminar, pois tem em vista a celebração de outros contratos, os contratos prometidos. Ora, como vimos supra, FERRI e BRAZ TEIXEIRA recusam à abertura de crédito a natureza de contrato preliminar, fundando-se numa série de razões, que cabe, aqui, tentar rebater.

Começam esses autores por afirmar que o contrato preliminar deve ser do mesmo tipo dos contratos que, na sua sequência, venham a ser celebrados. Esta crítica não nos parece grave, uma vez que as utilizações de uma abertura de crédito serão sempre relações configuráveis, se não como contratos, pelo menos como relações obrigacionais de mútuo⁴⁵. Adiante trataremos esta questão.

Mais se refere que o contrato preliminar deve conter os elementos essenciais dos contratos subsequentes. Sem criticar esta afirmação, podemos dizer que nos parece que a abertura de crédito contém os elementos essenciais a considerar nas utilizações, a saber, quem utiliza, (eventualmente) como utiliza (questão que nos parece confundir-se com a definição do tipo da abertura de crédito de acordo com as modalidades de utilização), e (sempre) durante quanto tempo essas utilizações podem efectuar-se. E, entrando agora a criticar a afirmação desses autores, sempre se dirá que há elementos essenciais de um contrato prometido que podem não constar de um contrato-promessa. Por exemplo, a promessa de compra e venda pode deixar a definição da taxa de juro para o momento da celebração do contrato, sem que, apenas por isso, a promessa seja inválida, ou deixe de constituir um contrato preliminar.

⁴⁴ Outra objecção que poderia ser colocada seria a de os contratos de abertura de crédito e de mútuo possuírem causas diferentes. Mas tal diferença de *causa negotii* ocorrerá sempre que estejamos perante um contrato promessa e o respectivo contrato prometido. Sobre o conceito de causa do negócio, cf. JOÃO DE CASTRO MENDES, ob. cit., pág. 189 e segs.

⁴⁵ Cf. A. VARELA, RLJ, cit., pág. 116.

A crítica de que um contrato preliminar não cumpre, de *per si*, a função pretendida pelas partes (que só poderia ser alcançada com a celebração dos contratos posteriores, em cujas disposições se substanciaria) também não nos parece aplicável ao caso vertente. Na realidade, a função pretendida pelas partes numa abertura de crédito atinge-se com a mera celebração do contrato. Mas também assim é em qualquer contrato promessa, em que a vinculação das ou de uma das partes a uma prestação de facto positivo é, também, atingida simplesmente pela celebração do contrato-promessa. E não é por isso que o contrato-promessa deixa de ser um contrato preliminar ...

Quanto à questão da extinção do contrato-promessa com a celebração do contrato definitivo, se bem que seja afirmação correcta e aplicável na quasi totalidade dos casos, a verdade é que a liberdade contratual das partes permite-lhes, certamente, criar um contrato em que a promessa não tem em vista apenas um ou vários contratos determinados, mas tantos quantos os necessários para os fins por elas pretendidos. A formulação do contrato como permitindo a celebração de tantos mútuos quantos os que o cliente pretender, desde que, durante a vigência da abertura de crédito, a sua dívida total à instituição não ultrapasse determinado montante, parece-nos possível, sem contender, por isso, com a sua natureza de promessa de contrato. Por outro lado, determinados tipos de abertura de crédito (como é o caso da abertura de crédito simples) extinguem-se com a utilização da totalidade do crédito concedido.

4.1.3. A contraprestação do cliente.

O facto do cliente ser chamado a pagar um preço pela disponibilidade concedida pelo banco também não perturba, a nosso ver, a caracterização da natureza jurídica da abertura de crédito como de promessa unilateral de mútuo.

"Num contrato-promessa unilateral pode o promissário obrigar-se a pagar determinada prestação ao promitente, como correspectivo da obrigação, que este assume, de celebrar o contrato definitivo, a simples requerimento do credor da promessa. Em França, por exemplo, são frequentes as convenções (contratos-promessa) em que uma das partes se obriga, durante certo prazo, na qualidade de proprietária de um prédio rústico ou urbano (ou de determinada fracção autónoma de um prédio urbano), a vendê-lo por determinado preço à contraparte, a qual não fica adstrita a fazer a compra, mas se vincula a pagar determinada prestação ao promitente, para o compensar do prejuízo que sofre com a imobilização, no seu património, sem possibilidade de actualização do preço convencionado. À prestação (ou prestações) a pagar pelo beneficiário da promessa chama a doutrina francesa indemnização de imobilização, que constitui, no fundo, o custo da vantagem que o promitente lhe proporciona de, durante certo prazo, poder adquirir,

*quando quiser, determinada coisa (geralmente uma casa, um apartamento, um prédio rústico) pelo preço estipulado.*⁴⁶

Esta lição não pode ser importada, *ta quale*, para o domínio da abertura de crédito, uma vez que o *preço do dinheiro* pode não ser fixado no contrato. De todo o modo, é inegável que a vantagem do cliente, o seu direito à celebração de mútuos pelo banco, tem como correspectivo uma desvantagem do banco, posto que este deve acautelar a possibilidade de se verificarem utilizações do crédito, para tanto immobilizando capital e sofrendo por isso, eventualmente, os respectivos custos de oportunidade.

Este custo de oportunidade, contraface da vantagem adquirida pelo cliente, é razão da contraprestação que o banco pode exigir a quem fica beneficiado com a sua promessa unilateral de mútuo.

4.1.4. A abertura de crédito em conta-corrente. Remissão.

Outra crítica possível consiste na afirmação de que a abertura de crédito em conta-corrente não quadra à natureza jurídica que avançamos para a abertura de crédito, o que se prenderia com o facto de o mútuo ser difícil de descortinar e, ainda, com a possibilidade de repriminção do crédito.

Se bem que o que se afirmou até agora já nos pareça suficiente para rebater esta crítica, reservamos o seu esclarecimento para o próximo ponto do trabalho, para o qual também remetemos a questão de saber se as utilizações de uma abertura de crédito podem sempre ser reconduzidas a relações jurídicas de mútuo.

4.2. A abertura de crédito como pacto de opção.

"O contrato de opção é uma figura jurídica de grandes tradições, correspondendo àquele por virtude do qual o proprietário de uma coisa ou direito concede a outra pessoa, por tempo fixo e em determinadas condições, a faculdade exclusiva de o adquirir ou transmitir a um terceiro, obrigando-se a manter, entretanto, o oferecido à sua disposição nas condições pactuadas. O contrato de opção não se confunde com várias outras figuras jurídicas que lhe são próximas, como os contratos-promessa e os pactos de preferência, centrando-se a principal diferença entre o contrato de opção e aqueles outros no facto de na opção uma das partes proferir desde logo a sua

⁴⁶ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, "Código Civil anotado", I, 4ª Edição revista e actualizada, Coimbra, 1987., pág. 377. Sobre o mesmo assunto, cf. ANTUNES VARELA, "Sobre o contrato-promessa", Coimbra, 1988, pág. 22 e segs.

declaração negocial conferindo, desse modo, ao declaratário, um direito potestativo de aceitar ou não a declaração que, normalmente de forma irrevogável, lhe é feita pela outra parte. Ou seja, na opção uma das partes emite desde logo a declaração correspondente ao contrato que pretende celebrar o qual, assim, se encontra já em formação. (...)

No nosso Direito, o contrato de opção constitui um contrato inominado, pelo que compete às partes livremente configurar o seu conteúdo dentro das limitações geralmente impostas pelo sistema jurídico e por eventuais estruturas organizadas do mercado financeiro e cambial.⁴⁷

Ora, parece possível configurar a abertura de crédito como uma espécie particular de pacto de opção de mútuo, em que o banco emite a sua declaração negocial, por forma a que o contrato fique perfeito sem necessidade de qualquer declaração por parte do creditado.

Esta posição parece ser a que melhor corresponde ao estado de sujeição em que se constitui uma instituição de crédito ao celebrar um contrato de abertura de crédito. De facto, se entendermos que basta a declaração negocial do creditado para que haja lugar a uma utilização, então dir-se-á que, estando dispensado o acordo do creditante, o creditado apenas exerce o direito potestativo à aceitação da declaração negocial de mútuo emitida pelo banco⁴⁸.

Todavia, e embora o próprio Prof. ANTUNES VARELA, ao que julgamos perceber, oscile quanto à possibilidade de a abertura de crédito corresponder a um contrato de promessa unilateral ou a um pacto de opção⁴⁹, parece-nos que esta hipótese nada de novo traz em relação àquela outra que pretende definir a abertura de crédito como um contrato de mútuo consensual em que a prestação de entrega se encontra suspensa de uma condição potestativa, de um direito potestativo atribuído ao creditado - pelo que as razões então avançadas para negar essa hipótese não podem deixar de ser, também aqui, aplicadas.

Mas, noutra perspectiva, a figura do pacto de opção pode revelar-se interessante, se entendermos que a abertura de crédito não constitui, em si, um contrato imperfeito, mas um contrato definitivo, cujo objecto mediato é a declaração negocial, negócio jurídico unilateral celebrado pelo creditante.

⁴⁷ FERNANDO CASTRO SILVA, "Opções sobre Divisas - abordagem a aspectos contabilísticos e fiscais", in Revista Fisco, nº 54, pág. 3 e segs. Ainda sobre pacto de opção, cf. ANTUNES VARELA, ob. cit., pág. 314.

⁴⁸ Sobre a natureza jurídica da proposta contratual, com referência ao direito potestativo de aceitação conferido ao declaratário, cf. MENEZES CORDEIRO, "Direito das Obrigações", I, AAFDL, Lisboa, 1987, pág. 446 e segs.

⁴⁹ Em nota, a págs. 314 da ob. cit., refere este autor: "O que na prática nem sempre se torna fácil é distinguir entre um contrato definitivo, mas incompleto, e o contrato-promessa. Além disso, há ainda contratos, como a abertura de crédito, cuja natureza é, sob esse aspecto, bastante controvertida, mesmo teoricamente, entre os autores".

Explicando melhor: a realidade que se vem entendendo por contrato de abertura de crédito consistirá no negócio jurídico nos termos do qual, seja em contrapartida de uma prestação pecuniária por parte do creditado, seja por forma gratuita, o creditante emite uma declaração negocial de mútuo, ficando a conclusão do contrato *subjacente* pendente da aceitação por parte do creditado.

Tudo se passará, assim, à semelhança do que sucede com as conhecidas *opções financeiras*, v.g. de divisas ou de títulos; e assim se conseguirá explicar, de forma, a nosso ver satisfatória, algumas das importantes questões suscitadas pela abertura de crédito, a saber:

- a autonomia das utilizações face ao contrato principal - o contrato principal, embora celebrado tendo em vista a emissão de uma declaração negocial de mútuo, é perfeito mesmo que o mútuo nunca chegue a ser celebrado;
- o carácter potestativo do direito atribuído ao creditado - a declaração negocial mantém-se irrevogável durante o período de tempo convencionado pelas partes⁵⁰, pelo que a celebração do contrato de mútuo depende, tão-só, da vontade do creditado;
- a ausência de sinalagma contratual - à semelhança do que sucede com a promessa unilateral, o contrato de abertura de crédito, embora bilateral, versa sobre um acto jurídico unilateral (a declaração contratual);
- a natureza quase exclusivamente bancária do contrato - o que se explicará, não pelo excessivo preço que a disponibilidade representaria para as entidades não bancárias⁵¹, mas, outrossim, pelos requisitos de forma exigidos, para o mútuo, pelo artº 1143º do Código Civil⁵².

De referir que, mesmo de acordo com este ponto de vista, não retomamos as teses que defendem que o contrato de abertura de crédito constitui um negócio jurídico preliminar, tendo em vista a constituição de relações jurídicas de mútuo que resultem das utilizações de crédito. Na verdade, a celebração do contrato de abertura de crédito corresponde ao primeiro momento de celebração do contrato de mútuo, uma vez que o seu elemento essencial é a

⁵⁰ Cf. artº 228º do Código Civil.

⁵¹ Conforme defendido por FERRI, op. cit., pág. 600.

⁵² Nos termos do artº 1143º do Código Civil, o contrato de mútuo em valor superior a 200.000\$00 deve ser celebrado por escritura pública, e o superior a 50.000\$00 por escrito particular assinado pelo mutuário. Contudo, e para além de que "O empréstimo mercantil entre comerciantes admite, seja qual for o seu valor, todo o género de prova". (artº 396º do Código Comercial), sucede que nos termos do artº único do Decreto-Lei nº 32 675, de 29 de Abril de 1943, "Os contratos de mútuo ou usura, seja qual for o seu valor, quando feitos por estabelecimentos bancários autorizados, podem provar-se por escrito particular, ainda mesmo que a outra parte não seja comerciante."

emissão da proposta contratual, acto jurídico unilateral que não deixa de fazer parte de uma nova *unidade jurídica* que é o contrato de mútuo⁵³.

Por outro lado, a troca de vantagens que consubstancia o contrato de abertura de crédito oneroso, ou a emissão da declaração contratual por forma gratuita, não reconduz esta figura ao contrato de mútuo, mesmo que consensual - o que nos permite afastar todas as críticas que a doutrina vem tecendo a propósito das teses que pretendem a recondução da abertura de crédito ao conceito do mútuo. Com efeito, trata-se de um contrato definitivo e perfeito, que pretende e constitui o início de um contrato de mútuo - mas que, em si, não lhe é reconduzível, porquanto a relação de mútuo pode não se chegar a concretizar (pode o creditado nunca emitir a aceitação), sem que o contrato de abertura de crédito seja perturbado.

Esta parece ser, portanto, no actual estado da doutrina e jurisprudência, a posição que melhor corresponde à realidade que, na vida prática, se denomina por abertura de crédito. Assim, e sem prejuízo de reconhecermos todas as dúvidas e dificuldades que a doutrina vem assinalando e, bem assim, a própria divisão que essa doutrina manifesta, pensamos, tendo em conta, designadamente, o pragmatismo que deve presidir à aplicação da lei fiscal, v.g. na valoração dos elementos económicos subjacentes a cada realidade jurídica, dever adoptar este ponto de vista para a análise do enquadramento fiscal de tão controversa figura.

5. Características e conceito do contrato de abertura de crédito.

De tudo o que até aqui se expôs é possível extrair conclusões quanto à caracterização do contrato de abertura de crédito.

Trata-se de um contrato atípico ou inominado, resultado da livre criação das partes, no exercício da sua liberdade contratual. Nem outra coisa poderia ser, uma vez que, como oportunamente assinalámos, a lei não lhe dedica qualquer regulamentação específica.

Por outro lado, estamos perante um contrato unilateral, não sinalagmático, mesmo quando o cliente realiza uma prestação em contrapartida da aquisição da disponibilidade sobre o banco. É certo que, quando se prevê essa contraprestação, existem obrigações a cumprir de parte a parte, quais sejam a obrigação de contratar do banco e a obrigação do cliente de pagar a

⁵³ Como refere H. E. HÖRSTER, "*Depois de se ter tornado eficaz, a aceitação é - tal como uma proposta - irrevogável. A irrevogabilidade da proposta, durante certo prazo, resulta da necessidade de garantir a possibilidade da sua aceitação; a irrevogabilidade da aceitação eficaz por seu lado, é a consequência da conclusão do contrato o qual apenas pode ser extinto por mútuo consentimento (artº 406º, nº 1, 2ª parte) e não por um acto unilateral de revogação da aceitação, uma vez que o contrato, acabado de concluir, é um todo.*" (ob. cit., pág. 464. Sublinhado nosso).

comissão. Mas, como refere ANTUNES VARELA a respeito do contrato-promessa unilateral celebrado contra uma prestação pecuniária por parte do beneficiário da promessa, "*falta, no entanto, entre as obrigações de ambas as partes o nexo de reciprocidade próprio do contrato bilateral ou sinalagmático. São obrigações que nascem simultaneamente e que procedem da mesma fonte, que é o contrato-promessa (unilateral) celebrado entre as partes. Mas nenhuma das obrigações é causa jurídica da outra, pois não há entre elas o nexo de causalidade ou reciprocidade próprio do sinalagma.*"⁵⁴

O autor prossegue afirmando "A obrigação de vender assumida pelo promitente, a título eventual, não encontra correspectivo do lado da contraparte, que não se obrigou a comprar. (...)". Entendemos que esta posição, embora tomada sem ter em vista a abertura de crédito, designadamente quando entendida como pacto de opção, não pode deixar de lhe ser aplicada.

Será, contudo, oneroso, sempre que haja lugar ao pagamento de uma comissão pelo cliente, em contrapartida da disponibilidade do banco.

Quanto à forma, uma vez que a abertura de crédito pode ser realizada junto de qualquer entidade ou pessoa, e não apenas junto de uma instituição bancária, esta dependerá da natureza das partes no contrato,

Concretizando: o contrato é meramente consensual, quando celebrado entre comerciantes; é formal, devendo ser realizado (i) por escrito sempre que o creditante seja uma instituição de crédito, ou mesmo (ii) por escritura pública, se o creditante for uma pessoa singular não comerciante.

Tudo visto, pensamos poder definir o contrato de abertura de crédito como sendo o contrato mediante o qual uma entidade (creditante) emite, gratuita ou onerosamente, perante outra (creditado), uma proposta negocial de mútuo, nos termos da qual entregará, enquanto mutuante, as quantias que o creditado pretender, durante um determinado ou indeterminado período de tempo, sob condição de os montantes em dívida não ultrapassarem (considerando-se ou não os reembolsos que se realizem na vigência do contrato) um determinado limite.

⁵⁴ ANTUNES VARELA, "Sobre ...", pág. 25-26.

6. Os vários tipos de abertura de crédito.

O contrato de abertura de crédito é, como temos indo a referir, utilizado com bastante frequência no comércio bancário, sendo possível distinguir e tipificar algumas das formas que pode revestir com maior frequência.

A tipologia refere-se não ao contrato em si mesmo, no que lhe é essencial, mas sim à forma como serão realizados os autónomos negócios jurídicos que constituem as utilizações do crédito decorrentes do contrato original. Podemos, assim, distinguir:

- a) a abertura de crédito simples;
- b) a abertura de crédito em conta corrente;
- c) a abertura de crédito garantida;
- d) a abertura de crédito documentário.

6.1. Simples.

A abertura de crédito simples é aquela que mais facilmente permite divisar a natureza de promessa unilateral de mútuo: neste tipo de contrato, o cliente apenas pode utilizar uma vez o capital prometido mutuar, ainda que, para tanto, possa realizar várias utilizações parciais. Não há, neste caso, a repristinação do crédito que normalmente surge associada a estes contratos.

6.2. Em conta-corrente.

Trata-se do contrato mais divulgado, caracterizando-se por a utilização ser realizada mediante a constituição de uma conta-corrente entre o cliente e o banco. É a fórmula utilizada comumente pelas partes para concretizar a possibilidade de repristinação do crédito, a qual constitui uma importante vantagem para o cliente.

Neste tipo de abertura de crédito, para além do cliente poder fazer utilizações parciais do crédito, os reembolsos que venha a efectuar permitem-lhe *reutilizar* a disponibilidade de crédito concedida pelo banco, na diferença entre o capital em dívida, em cada momento, e o limite máximo de crédito a conceder, conforme acordado no contrato. A constituição da conta-corrente constitui, assim, a forma encontrada pelas partes para regular as sucessivas entregas de capital que, de parte a parte, se vão realizando, consoante o cliente vai exercendo a sua

pretensão sobre o banco e realizando reembolsos do capital, durante a vigência da abertura de crédito.

Devemos, contudo, notar que esta conta-corrente não corresponde ao tipo contratual regulado nos artºs 344º e seguintes do Código Comercial. E isto atendendo à natureza da obrigação em que o banco se constitui perante o cliente. Senão vejamos:

De acordo com o disposto no referido artº 344º, *"Dá-se contrato de conta-corrente todas as vezes que duas pessoas, tendo de entregar valores uma à outra, se obrigam a transformar os seus créditos em artigos de «deve» e «há-de haver», de sorte que só o saldo final resultante da sua liquidação seja exigível."*

Ora, após a celebração do contrato de abertura de crédito, o banco não tem de entregar valores ao cliente, nada lhe deve; apenas se encontrará obrigado a entregar valores se se realizar a utilização, uma vez que a obrigação em que se constitui com a realização da abertura de crédito é a de realizar mútuos se e quando o cliente o pretender. Por outro lado, uma das principais características do contrato típico de conta-corrente, como resulta da própria definição legal, é o facto de só ser exigível o saldo dessa conta, enquanto que as somas em dinheiro entregues em decorrência da utilização de uma abertura de crédito devem ser, na sua integralidade, restituídas ao banco, pois não são susceptíveis de serem compensadas com o valor do crédito que não foi utilizado (pois o banco não devia esse dinheiro).

Esta imprópria conta-corrente mais não é, assim, do que a expressão daquela cláusula muito particular que individualiza a maioria das promessas unilaterais de mútuo abrangidas pelo género *abertura de crédito*: a repriminção do crédito, durante a vigência do contrato, mediante reembolso das somas de dinheiro utilizadas - cláusula que, esclarecendo finalmente o que deixámos em aberto no ponto anterior, nos parece quadrar perfeitamente a uma promessa unilateral de mútuo. Ela tem como efeito fazer renascer a pretensão do cliente e correspondente obrigação de contratar do banco, o que não nos parece que se encontre vedado às partes, livres de conformar o conteúdo dos negócios jurídicos que celebrem, dentro dos limites de uma lei que nada diz a esse respeito.

Daqui se deve concluir que o regime jurídico do contrato de conta-corrente é inaplicável às utilizações de crédito realizadas na sequência de contratos de abertura de crédito em conta-corrente⁵⁵. Pode ainda constatar-se, finalmente, que entre esta abertura de crédito e a

⁵⁵ Assim sucede em Itália, onde os regimes da abertura de crédito em conta-corrente e do contrato de conta-corrente são distintos (cf. FERRI, op. cit., pág. 601). Em Portugal, cf., no mesmo sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Março de 1960, B.M.J., 95º, pág. 298.

abertura de crédito simples a única diferença reside, tão-só, na repristinação do crédito, o que equivale a dizer que os negócios de utilização são os mesmos que em qualquer abertura de crédito, i.e., contratos prometidos de mútuo.

6.3. Garantida.

Como o nome o indica, a abertura de crédito garantida é o contrato em que o banco, como forma de garantir o reembolso do capital que venha a ser mutuado na sequência das utilizações, exige do cliente a prestação de uma garantia, seja ela pessoal ou real. a garantia visa, assim, cobrir créditos futuros, e não a abertura de crédito em si, porque com a celebração deste contrato não se constitui nenhuma dívida, nem do banco, nem do cliente.

6.4. Abertura de crédito documentário.

A abertura de crédito documentário constitui uma fórmula amplamente utilizada nas operações de comércio internacional. Sumariamente, pode ser descrita como a abertura de crédito que o cliente (comprador) destina ao pagamento do preço de uma determinada aquisição de bens, indicando o vendedor dos bens como o sujeito ao qual as somas em dinheiro devem ser entregues. O banco, contra a entrega dos documentos representativos das mercadorias, (i) ou paga de imediato ao vendedor, (ii) ou aceita uma letra emitida pelo seu cliente em que o vendedor das mercadorias surge como sacador, ou ainda (iii) desconta uma letra que o vendedor emite sobre o seu cliente pela importância do preço da venda⁵⁶.

A abertura de crédito documentário é revogável, quando o banco pode modificar ou revogar livremente o contrato, sem necessitar do consentimento do vendedor/beneficiário; irrevogável, quando o banco confirma a sua obrigação junto do vendedor; irrevogável confirmada, quando além do banco do comprador, intervém ainda na utilização um banco indicado pelo vendedor, o qual efectua realiza a operação junto do vendedor por conta do banco do comprador; transferível, quando se permite ao vendedor transmitir a terceiro o benefício constituído a seu favor pelo comprador junto do banco.

Seja qual for o método escolhido para realizar a utilização, facto é que se verifica uma entrega de fundos ao vendedor pelo banco, mas essa entrega não é realizada *nomine proprio*: ela decorre do contrato de abertura de crédito, constituindo um pagamento por conta do cliente⁵⁷, que fica devedor dessa importância.

⁵⁶ MANUEL BROSETA PONT, "Manual de Derecho Mercantil", 6ª Edição, Madrid, 1985, pág. 470-471.

⁵⁷ Neste sentido, FERRI, op. cit., pág. 603.

Assim, pese embora a operação que dá origem à abertura de crédito documentário ser uma compra e venda, não é este contrato que funda as relações entre o banco e o seu cliente, nem o vendedor da mercadoria é parte nas relações de abertura de crédito: a soma entregue ao vendedor é a soma mutuada pelo banco ao seu cliente, o qual, para cumprir funções de garantia, fica obrigado a fazer a entrega do capital não ao mutuário/cliente, mas a um terceiro por este indicado⁵⁸.

Resta dizer que a abertura de crédito documentário constituía o tipo de abertura de crédito que maiores dificuldades podia trazer na qualificação da natureza das operações de utilização, ponto que havíamos deixado aberto *supra*; o que dissémos agora explica a nossa opinião de que todas as operações de utilização de um contrato de abertura de crédito se podem, de alguma forma, subsumir ao tipo do contrato de mútuo⁵⁹.

⁵⁸ Artº 770º do Código Civil: "A prestação feita a terceiro não extingue a obrigação, excepto: a) Se assim foi estipulado ou consentido pelo credor; (...)".

⁵⁹ Negamos a natureza de abertura de crédito ao contrato pelo qual o banco se disponibiliza não a fornecer fundos, mas a prestar garantias até certo montante. Pretender que esse contrato constitui um abertura de crédito equivaleria a afirmar que a prestação de garantia era uma operação de crédito, o que não nos parece plausível.

PARTE II

Regime fiscal do contrato de abertura de crédito.

7. Introdução.

Feito o recorte daquilo que, em nossa opinião, constitui a natureza, características e conceito do contrato de abertura de crédito, importa agora proceder ao seu enquadramento na lei fiscal portuguesa.

Começaremos por abordar o seu enquadramento no âmbito do imposto sobre o rendimento, para depois abordarmos o IVA e o Imposto do Selo. Mas importa, desde já, chamar a atenção para aquilo que, como vimos, constitui uma questão fundamental, tantas vezes olvidada pelo intérprete quando chamado a aplicar o direito fiscal a este contrato: a abertura de crédito distingue-se, em termos jurídicos e económicos, das utilizações do crédito. É à luz desta distinção, essencial, que todo o regime fiscal da abertura de crédito deve ser analisado, sendo certo que, em sede de imposto do selo, é à particular natureza do contrato que iremos buscar os elementos essenciais para a definição do respectivo enquadramento.

8. IRS/IRC

Em sede de imposto sobre o rendimento, importa desde já esclarecer que o legislador tem em vista, ao referir-se a abertura de crédito, a realidade jurídica cuja definição ensaiámos. Outro não poderá ser o espírito da lei, pois ao abster-se de definir a realidade a tributar, deixa à doutrina e aos intérpretes a determinação daquilo que a norma de incidência visa abranger.

Concordamos, assim, com BRAZ TEIXEIRA, que, referindo-se embora ao extinto imposto de capitais, afirmava: *"(...) a noção que, para efeitos de imposto do selo, o respectivo regulamento nos fornece nada adianta para o esclarecimento da questão⁶⁰, pois é demasiado ampla e vaga, abrangendo situações que se situam fora dos limites normais e correntes da abertura de crédito, tal como ela se processa na vida dos negócios. Ora, foi decerto esta noção mais restrita e precisa aquela a que se ateu o legislador fiscal no n.º 2 do art.º 3.º do Código de 10 de Setembro de 1962, na linha, aliás, da lei anterior."*⁶¹

⁶⁰ A questão em causa é a da natureza jurídica da abertura de crédito.

⁶¹ Op. cit., pág. 11.

8.1. A contrapartida cobrada pela abertura de crédito.

Nos termos do artº 6º, nº 1, alínea a), do CIRS, "*Consideram-se rendimentos de capitais: a) Os juros e outras formas de remuneração decorrentes de contratos de mútuo, abertura de crédito, reporte e outros que proporcionem, a título oneroso, a disponibilidade temporária de dinheiro ou outras coisas fungíveis;*"

Tudo parece, à primeira vista, simples: a remuneração auferida em contrapartida da celebração de uma abertura de crédito encontrar-se-ia abrangida por esta norma de incidência, sendo tributada enquanto rendimento de capitais.

Contudo, uma abertura de crédito não corresponde, por natureza, a qualquer aplicação de capitais, uma vez que dela não resulta a disponibilização temporária de capital. Como se referiu *supra*, a disponibilização de capital operada por uma abertura de crédito consiste numa disponibilidade de acesso ao capital, meramente económica, sem se traduzir na transferência de propriedade do mesmo ou, pelo menos, no trânsito de um capital entre duas esferas patrimoniais.

Nessa medida, a contrapartida auferida em razão de uma abertura de crédito não nos parece revestir a natureza de um rendimento de capitais, antes consistindo, a nosso ver, num rendimento decorrente da normal actividade da entidade que realiza o contrato e encaixa a contrapartida, devendo ser tributado enquanto tal, e não como rendimento de capitais.

Contra, poderia argumentar-se que, constituindo a abertura de crédito um contrato essencialmente financeiro, não chocaria que o legislador ficcionasse a caracterização da contrapartida cobrada pela sua realização como rendimento de capitais.

Todavia, esse argumento não convence, desde logo porque, a ser verdadeiro, permitiria que, por exemplo, a quase totalidade do rendimento auferido por um banco, independentemente da sua natureza, fosse entendido como um rendimento de capitais para efeitos da sua tributação em IRC. Por outro lado, a dupla presunção estabelecida no artº 7º, nº 2, do CIRS, claramente afasta essa posição.

Nos termos deste preceito, as aberturas de crédito referidas no artº 6º, nº 1, alínea a), presumem-se remuneradas, mais se presumindo que o juro se começa a vencer desde a data da sua utilização⁶². Daqui decorre, com alguma clareza, que a referência feita na norma de

⁶² Artº 7º, nº 2, do CIRS, na redacção dada pelo Decreto-Lei nº 360/91, de 28 de Setembro.

incidência às aberturas de crédito tem em vista, não a contrapartida cobrada pela celebração do contrato, mas antes, os juros a auferir pelo creditante em razão das utilizações do crédito que se venham a concretizar.

Pelo que se reforça a nossa conclusão que a norma de incidência do artº 6º, nº 1, alínea a), do CIRS, não abrange a remuneração de uma abertura de crédito, mas apenas os juros cobrados em resultado das operações de utilização do crédito que se venham a realizar. A contrapartida cobrada não constitui, assim, rendimento de capitais, mas normal rendimento decorrente do exercício da actividade pela entidade beneficiária, tributado enquanto tal.

8.2. Os juros das utilizações.

Os juros cobrados pelas utilizações de crédito constituem, como vimos, rendimentos de capitais, pelo que o seu regime fiscal, conforme o artº 6º, nº 1, alínea a), do CIRS, é o desta categoria de rendimentos.

Em particular, estes rendimentos, desde que pagos por entidades que possuam ou devam possuir contabilidade organizada, são sujeitos a retenção na fonte, à taxa de 15%, taxa essa que possui, em regra, a natureza de imposto por conta (artº 94º, nº 1, do CIRS e artº 75º, nº 3, do CIRC). Recorde-se que as instituições financeiras encontram-se dispensadas desta retenção na fonte, nos termos do artº 10º, nº 1, do Decreto-Lei nº 215/89, de 1 de Julho.

8.2.1. A determinação da matéria colectável em sede de IRS.

Como vimos, em sede de IRS presume-se o início do vencimento dos juros desde a data da utilização da abertura de crédito (artº 7º, nº 2), contados dia a dia (artº 8º, nº 5), à taxa de juros legais, se outra não resultar do título constitutivo (artº 39º, nº 1). Estas presunções apenas podem ser ilididas, nos termos do nº 5 do artº 7º, com base em decisão judicial, acto administrativo, declaração do Banco de Portugal ou reconhecimento por parte da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos.

Contudo, de acordo com o nº 4 do artº 8º do CIRS, outra presunção se estabelece: "*As aberturas de crédito consideram-se utilizadas na totalidade sempre que, segundo as cláusulas do contrato, os levantamentos possam fazer-se independentemente de escritura ou instrumento notarial.*" Em nossa opinião, esta regra estabelece mais do que uma presunção, constituindo uma verdadeira regra imperativa de tributação das *utilizações* de uma abertura de crédito, cuja justificação se poderá fundar em razões de segurança na tributação desta realidade económica.

Daqui decorre que, sempre que a abertura de crédito não seja pelas partes submetida a forma solene, se considera a abertura de crédito, celebrada por um sujeito passivo de IRS⁶³ enquanto sujeito activo da relação, utilizada, e pela sua totalidade, na data da celebração do contrato. O legislador subverte, deste modo, a peculiar natureza da abertura de crédito, configurando-a antes como um banal contrato de mútuo, real, tributando-o enquanto tal.

Assim, de acordo com aquela regra, o sujeito activo de uma abertura de crédito será tributado pela totalidade dos juros que auferiria se o montante total de crédito disponibilizado fosse utilizado na data da celebração do contrato. Isto sem considerar a não utilização, total ou parcial, do crédito, nem mesmo a possibilidade de repriminção do crédito, caso se trate de um contrato de abertura de crédito em conta-corrente.

8.2.2. A determinação da matéria colectável em sede de IRC.

Em sede de IRC, as regras de determinação da matéria colectável não prevêem qualquer presunção a respeito de aberturas de crédito. Os juros resultantes da utilização de uma abertura de crédito concorrerão positivamente para a formação do lucro tributável, enquanto rendimento de natureza financeira (artº 20º, alínea c), do CIRC), mas apenas na medida em que sejam contabilizados, porquanto a determinação daquele lucro deve ser realizada com base na contabilidade da entidade em causa (artº 17º do CIRC), não existindo nenhuma regra fiscal que, neste domínio, imponha qualquer especialidade a considerar na determinação da matéria colectável.

9. IVA.

A abertura de crédito constitui uma prestação de serviços, dados os amplos e residuais termos do artº 4º, nº 1, do CIVA, encontrando-se, assim, sujeita a IVA. Trata-se, contudo, de uma operação prevista na alínea a) do nº 28 do artº 9º do CIVA⁶⁴, pelo que se encontra isenta desse imposto.

Esta isenção não depende da qualidade dos intervenientes no contrato, uma vez que, na nova redacção dada ao corpo do nº 28 daquele artigo⁶⁵, as operações isentas deixaram de ser

⁶³ Assim não sucederá se o juro auferido pelo sujeito passivo de IRS for imputável ao exercício de uma actividade de natureza comercial, industrial ou agrícola. Neste domínio, a determinação da matéria colectável é realizada de acordo com as regras estabelecidas no Código do IRC (artº 31º do CIRS), as quais, como adiante se verá, não prevêem semelhantes presunções.

⁶⁴ A citada alínea isenta de IVA "A concessão e a negociação de crédito, sob qualquer forma, compreendendo operações de desconto e redescuento, bem como a sua administração ou gestão efectuada por quem os concedeu;".

⁶⁵ Pelo Decreto-Lei nº 195/89, de 12 de Junho.

caracterizadas como operações bancárias e financeiras, para serem simplesmente denominadas por operações - o que traduz a preocupação de não fazer depender a isenção de imposto da natureza ou actividade dos intervenientes na operação.

10. Imposto do Selo.

O enquadramento fiscal da abertura de crédito surge particularmente complexo em sede de Imposto do Selo. Para tanto contribuem, nomeadamente, duas ordens de razões:

- as dúvidas que persistem, nos normais intervenientes deste tipo de contratos, sobre a natureza e características do contrato de abertura de crédito e,
- a existência de uma definição legal de abertura de crédito.

10.1. O imposto do selo aplicável.

Quanto à primeira questão, o problema coloca-se quanto ao carácter autónomo ou unitário do contrato, ou melhor, quanto à autonomia das operações de utilização de crédito face ao contrato de abertura de crédito propriamente dito. Ora, e numa primeira abordagem, poder-se-á afirmar que, uma vez que a abertura de crédito constitui um negócio jurídico distinto dos actos que, em sua execução, se concretizem, a eventual tributação destes actos de utilização em sede de imposto do selo não preclui nem substitui a cobrança do imposto relativo à abertura de crédito⁶⁶.

Efectivamente, e constituindo negócios jurídicos distintos, não se pode falar de duplicação ou cumulação de imposto. Serão impostos diferentes, incidentes sobre realidades diversas, uma vez que, aquando da utilização, haverá que falar não de um acto, mas de dois ou mais actos, todos eles distintos. Distinção que se revelará não só em termos conceptuais, mas também para efeitos de imposto do selo - pelo que não haveria lugar à aplicação da regra de não acumulação de taxas contida no artº 269º do Regulamento do Imposto do Selo⁶⁷.

Sucedem, porém, que a questão, do nosso ponto de vista, não pode ser prefigurada com esta simplicidade, designadamente tendo em conta a posição sobre a natureza jurídica do contrato de abertura de crédito que o entende como consubstanciando um pacto de opção.

⁶⁶ "O contrato de abertura de crédito pode coexistir com outro especialmente previsto e regulado na lei do selo, havendo em tal caso que tributar separadamente cada um deles. (...)" Trata-se de um excerto de um antigo despacho da administração fiscal, datado de 24 de Abril de 1958, citado por HERCULANO MADEIRA CURVELO e JOSÉ CARDOSO DOS SANTOS, in "O Imposto do Selo", Lisboa, 1987, pág. 262.

⁶⁷ Neste sentido, HERCULANO MADEIRA CURVELO e JOSÉ CARDOSO DOS SANTOS, ob. cit., pág. 423. Sobre a interpretação do artº 269º do Regulamento, cf. VÍTOR FAVEIRO, ob. cit., pág. 56 e segs.

Com efeito, se o contrato de abertura de crédito for entendido como um pacto de opção, cujo objecto mediato é uma proposta contratual de mútuo, emitida pelo creditante a favor do creditado, então não pode deixar de se concluir pela necessária unidade entre a declaração emitida em resultado do contrato de abertura de crédito e a aceitação do creditado que despoleta a utilização desse mesmo crédito. É que, como referimos já, o conceito unitário de contrato compreende uma declaração negocial e a correspondente aceitação, sendo que, quando se verifica o encontro desses dois actos jurídicos unilaterais, nasce, no universo jurídico, um novo acto jurídico em sentido lato, negocial, qual seja, o contrato assim celebrado⁶⁸.

À luz desta interpretação da natureza jurídica do contrato de abertura de crédito, há que reanalisar a redacção do artº 269º do Regulamento do Imposto do Selo. Com efeito, de acordo com este preceito:

"Não há lugar a acumulação de taxas do imposto do selo em um mesmo acto ou documento se a tabela não o determinar expressamente. Quando mais do que uma taxa esteja indicada, sem se prescrever a acumulação, somente a maior será devida."

Ora, o artº 1 da TGIS manda tributar a abertura de crédito, à taxa de 6‰; mas o artº 54 da mesma tabela manda tributar a "Confissão ou constituição de dívida, incluindo a inerente aos contratos de mútuo e de usura (...)", à taxa de 5‰. Partindo do pressuposto de que, ao referir-se a abertura de crédito, o legislador se refere ao pacto de opção de mútuo, que tem por objecto mediato o acto jurídico unilateral em que se consubstancia a declaração negocial emitida pelo creditante, e que a utilização do crédito pelo creditado configura uma aceitação, então:

- no artº 1 da TGIS é tributada a declaração negocial do creditante/mutuante;
- no artº 54 da TGIS é tributada a declaração negocial (aceitação) do creditado/mutuário.

O que equivale a dizer que ambos os preceitos tributam as duas faces de um mesmo acto jurídico negocial, pelo que, de acordo com o artº 269º do Regulamento do Imposto do Selo, só se deverá aplicar o selo do artº 1 da TGIS, por ser este o preceito que estabelece a taxa mais elevada - 6‰ - e não ser expressamente prevista a acumulação de taxas.

⁶⁸ Sobre o conceito de acto jurídico, designadamente sobre a distinção entre acto jurídico negocial e acto jurídico simples, cf. CASTRO MENDES, ob. cit., II, pág. 17 e segs.; H. E. HÖRSTER, ob. cit., pág. 202 e segs.

Esta parece ser, aliás, a posição que mais correctamente corresponderá à função de *franquia* que a abertura de crédito cumpre em relação aos financiamentos que se venham a conceder, uma vez que, numa óptica de tributação das operações bancárias e dos respectivos efeitos económicos, que parece subjazer ao estabelecimento do imposto previsto no artº 1 da TGIS, pouco sentido faria o duplo prejuízo dos agentes que viessem a utilizar, com efectividade, as aberturas de crédito celebradas⁶⁹.

Assim, para além do imposto do selo previsto nos artºs 92, 93 e 100 da TGIS⁷⁰, apenas deverá ser liquidado:

- o selo do artº 1 da TGIS, sobre a abertura de crédito (6‰);
- o selo do artº 120-A, alínea b), da TGIS, sobre os juros cobrados por instituições de crédito ou sociedades financeiras pelos capitais mutuados na sequência de uma abertura de crédito (9%).

A tributação da abertura de crédito, nos termos do artº 1 da TGIS, é questão que se discutirá adiante em pormenor.

Quanto à não aplicação do artº 54 às utilizações de crédito, ela parece-nos evidente, não obstante a distinção entre a abertura de crédito e os actos de utilização. Contudo, devemos ainda referir alguns aspectos que carecem, a nosso ver, de esclarecimento.

Em primeiro lugar, cumpre registar que a opinião da administração fiscal é de que o imposto do artº 54 deverá ser aplicado a todas as utilizações que se façam no âmbito da abertura de crédito, mesmo se a abertura é, ela própria, tributada - como resulta do teor de um despacho da administração fiscal datado de 11 de Agosto de 1986. Esta instrução administrativa, citada por HERCULANO CURVELO e CARDOSO DOS SANTOS⁷¹, foi proferida quanto a contratos efectuados entre instituições de crédito e os seus empregados, destinados a aquisição de habitação, mas surge plenamente aplicável a qualquer caso em que a uma abertura de crédito suceda uma operação de utilização.

Por outro lado, dizer-se que (i) a utilização do crédito não deve ser tributada quando a abertura de crédito é celebrada na modalidade de conta-corrente porque o contrato de conta-

⁶⁹ Sobre a valoração dos elementos económicos na hermenêutica das regras fiscais, sem prejuízo, porém, das regras gerais da interpretação jurídica, cf., por todos, NUNO SÁ GOMES, "Lições de Direito Fiscal", C.T.F. nº 134, II, pág. 285 e segs.

⁷⁰ Trata-se do selo sobre o documento, consoante a forma adoptada pelas partes para a realização do contrato.

⁷¹ Ob. cit., pág. 338. O despacho foi emitido no âmbito do processo nº 12/1, L. 8/2601.

corrente não é previsto na TGIS, ou ainda dizer-se que (ii) apenas o saldo da conta-corrente deve ser tributado⁷², afigura-se-nos incorrecto, na medida em que as utilizações não resultam num contrato de conta-corrente, mas numa normal constituição de dívida, relativa à totalidade do crédito efectivamente utilizado.

Deve ainda referir-se que, considerando a referida lógica de autonomia da abertura de crédito em relação às utilizações que desse crédito se façam, devemos considerar a incidência de imposto do selo sobre os juros cobrados pelos capitais mutuados em execução da abertura de crédito. Trata-se do imposto é previsto no artº 120-A, sendo devido nos casos em que o juro seja auferido por instituições de crédito ou sociedades financeiras, nacionais ou estrangeiras^{73/74/75}.

Por último, uma breve referência ao imposto previsto no artº 94 da TGIS, o qual incide, à taxa de 5‰, sobre a "*Fiança, caução ou penhor, (...)*". Este imposto não deve ser aplicado à garantia constituída para efeitos de uma abertura de crédito de tipo *garantida*.

Com efeito, o nº 1 do referido artigo da TGIS exclui da incidência do imposto as garantias "*(...) constituídas como acessórias de contratos especialmente tributados na tabela*". Ora, sendo o contrato de abertura de crédito tributado pelo artº 1 da TGIS, e a garantia constituída apenas para efeitos desse contrato, é nossa opinião que se verifica a não sujeição dessas garantias ao imposto previsto no artº 94 da TGIS⁷⁶.

⁷² Porquanto num contrato de conta-corrente só o saldo da conta é exigível - artº 346º, nº 4º, do Código Comercial.

⁷³ Terminologia consagrada pelo novo Regime Geral destas instituições, aprovado pelo Decreto-Lei nº 298/92, de 28 de Dezembro.

⁷⁴ Sobre a necessidade de o sujeito activo nas operações tributáveis ser uma instituição de crédito ou sociedade financeira para que se verifique a incidência do imposto do selo do artº 120-A, cf. J. G. XAVIER DE BASTO, "O Selo das Operações Bancárias nas Transacções de Valores Mobiliários", in "Problemas Societários e Fiscais do Mercado de Valores Mobiliários", Lisboa, 1992, pág. 133 e segs.

O mesmo sentido se poderia retirar já de VÍTOR FAVEIRO, ob. cit., a pág. 457, quando o autor, ao referir-se à incidência do artº 120-A, afastava a tributação das operações realizadas por corretores oficiais de fundos, "*(...) visto estes não poderem realizar operações bancárias*." De realçar que V. FAVEIRO seguia uma decisão administrativa datada de 1942!

⁷⁵ Encontram-se isentos deste imposto, nos termos do nº 2, alínea b), do artº 120-A, os juros devidos por aquelas instituições a outras da mesma natureza, desde que ambos os sujeitos, activo e passivo, da operação, sejam residentes em território português.

⁷⁶ A administração fiscal parece fazer depender a acessoriedade referida no nº 1 do artº 94 da TGIS do facto de a garantia ser constituída "*(...) no mesmo instrumento ou título que documente o contrato cujo cumprimento garantem (...)*" (Circular da DGCI nº 24/77, de 10 de Outubro). Este entendimento não nos parece corresponder a uma correcta interpretação do espírito da lei.

10.2. A aplicação do artº 1 da TGIS.

O artº 1 da TGIS faz incidir imposto do selo, à taxa de 6‰, sobre a "*Abertura de crédito, sobre o seu valor e a pagar por meio de verba.*" A interpretação deste artigo não ofereceria grande dificuldade, depois de termos determinado aquilo que, em nossa opinião, constitui um contrato de abertura de crédito: seriam tributados os contratos que correspondessem ao conceito que avançamos para este género contratual.

Esta conclusão, porém, esbarra com o facto de o legislador ter procedido à definição daquilo que, para efeitos de tributação em sede de imposto do selo, deve ser entendido como uma abertura de crédito. Essa definição, feita no extenso texto do artº 1 da TGIS, e no artº 194º do Regulamento do Imposto do Selo, pode ser *dissecada* da seguinte forma:

Serão aberturas de crédito, para efeitos da sua tributação em imposto do selo,

- os negócios jurídicos pelos quais alguém assume a obrigação de fornecer
 - fundos,
 - mercadorias, ou
 - outros valores;
- titulados por instrumento público, escrito particular ou correspondência;
- independentemente do local em que sejam realizadas as utilizações.

Trata-se de uma definição que extravasa os limites conceptuais que traçamos ao género contratual que entendemos como abertura de crédito (pacto de opção de mútuo), permitindo a tributação de um assinalável leque de realidades com relevância jurídica. Cabe perguntar, portanto, se o preceito deve ser interpretado de acordo com a definição dada pelo legislador, ou se essa definição deve ser corrigida, entendendo-se que a lei pretende apenas tributar a verdadeira abertura de crédito, não passando a definição operada pelo legislador de uma incorrecta manifestação do espírito da lei.

Em nossa opinião, ao invés do que acontece em sede de impostos sobre o rendimento, o legislador do imposto do selo, imbuído do espírito prático que foi (é) o seu timbre, entendeu coarctar a liberdade dos intérpretes, preferindo ser ele próprio a indicar aquilo que deve e não

deve ser sujeito a imposto⁷⁷. Se o fez bem ou mal, se procedeu correcta ou incorrectamente, não cabe aqui avaliar. O que nos interessa é saber se nos é admitido interpretar correctivamente a lei, entendendo que o artº 1 da TGIS visa, apenas, as aberturas de crédito em sentido próprio, ou se, de acordo com a sua letra, devemos, com fundamento numa norma definidora de abertura de crédito, tributar realidades que, eventualmente, pouco ou nada têm a ver com ela.

Pelas mais elementares regras hermenêuticas, estamos vinculados a não contrariar a letra da lei, pelo que não se afigura possível evitar ou ignorar a definição legal, ainda para mais quando ela é estabelecida "(...) *para os efeitos deste artigo*". Dir-se-ia que não interessa, para efeitos de tributação em imposto do selo, a precisa determinação do que é uma abertura de crédito, pois existe um conceito específico, o qual, nalguns aspectos, se revela mais abrangente que o conceito de abertura de crédito e que, noutros aspectos, permite que não se tributem alguns contratos que devem ser definidos como integrando esse género.

Partindo do primeiro elemento da definição legal que autonomizámos (obrigação de fornecimento de fundos, mercadorias ou outros valores), parece, à primeira vista, que seremos forçados a concluir que o legislador desvalorizou o carácter unilateral e não sinalagmático do contrato de abertura de crédito. Com efeito, o legislador basta-se com a constituição de uma obrigação de fornecimento, sem cuidar de precisar se essa obrigação é unilateralmente constituída, ou se constitui correspectivo de uma outra obrigação assumida pela contraparte.

Cabe perguntar, contudo, se a realidade que se pretende referenciar sob a designação *obrigação de fornecer*, se o acto jurídico visado pelo legislador ao utilizar o termo *fornecer*, admite a correspectividade de prestações⁷⁸. Trata-se, por outras palavras, de descortinar o que se entende por fornecimento.

Quando alguém se obriga a fornecer algo a outrem, parece-nos, à semelhança do que se passa com a abertura de crédito, que é celebrado entre as duas partes um contrato perfeito e autónomo, distinto dos contratos que se venham a realizar sob a sua égide. A parte que fornece fica obrigada, sempre que a outra parte assim o entenda, a celebrar contratos de compra e venda de mercadorias. A outra parte, por sua vez, adquire um direito ou pretensão à realização do contrato de compra e venda, mas sem que, na sua esfera jurídica, seja criado qualquer dever em contrapartida do direito adquirido. Temos, assim, de um lado uma

⁷⁷ Nos termos do artº 9º, nº 1, do Código Civil, deve o intérprete ter em conta, na fixação do sentido e do alcance da lei, "(...) *as circunstâncias em que a lei foi elaborada (...)*", expressão que se refere à consideração do elemento histórico na hermenêutica jurídica.

⁷⁸ Referimo-nos tão-só a contratos bilaterais, uma vez que são contratos os negócios jurídicos visados.

declaração unilateral de contrato, ou declaração negocial e, do outro, apenas um direito potestativo à aceitação e nenhum dever⁷⁹.

Mas a obrigação de fornecer nada mais é do que essa declaração negocial. A nada mais o fornecedor se obriga no âmbito do contrato de fornecimento. Designadamente, não fica o fornecedor obrigado a proceder à entrega de bens, obrigação que só se constituirá com a realização do contrato em formação.

Verifica-se, aqui, uma grande semelhança com o que se passa numa abertura de crédito, uma vez que nela apenas fica o sujeito activo obrigado a concretizar mútuos, não ficando vinculado, como vimos, a entregar qualquer capital. Nem o sujeito passivo se constitui em qualquer correspectivo dever, nomeadamente, não fica o sujeito passivo constituído na obrigação de aceitar o contrato proposto, nem, muito menos, de restituir capital mutuado, ainda que não entregue⁸⁰.

Podemos, assim, precisar o factor de semelhança que existe entre a obrigação de fornecer e a obrigação em que se constitui o sujeito activo de uma abertura de crédito⁸¹, qual seja:

A obrigação em que se constitui a parte activa consubstancia uma proposta negocial,
unilateral, visando a concretização de um contrato.

Daqui decorre, como vimos, que não é constituída, para o creditante, qualquer obrigação de entrega, nem se verifica, na esfera jurídica do creditado, a constituição de uma obrigação de sinal oposto.

Ora, quando a regra de incidência de imposto fala de *Aberturas de crédito* e de *obrigação de fornecer*, parece-nos ser de acordo com os dados e conclusões ora avançados que devemos interpretar esse preceito. Na realidade, não podemos entender a *obrigação de fornecer* como uma obrigação de entrega, mas como algo distinto. A *obrigação de fornecer* não pode deixar de ser uma declaração negocial, uma proposta de contrato,, pois só é fornecedor quem se coloca à disposição de outrem para com ele concretizar os contratos que este desejar. Caso a outra parte se vincule, também ela, a um dever de contratar, já não podemos falar de fornecimento, mas de outra realidade jurídica, pois o vínculo que se estabelece entre as partes já não é o de fornecimento (que pressupõe a eventual realização de contratos), mas o de realizar,

⁷⁹ Ou melhor, nenhum correspectivo dever.

⁸⁰ Pensamos, naturalmente, na tese que configura a abertura de crédito como um mútuo consensual.

⁸¹ FIORENTINO (cf. *supra*, ponto 3.5.), ao referir as semelhanças entre a abertura de crédito e o contrato de fornecimento, atinge, quanto a nós, o âmago da questão. Não nos parece, contudo, que a caracterização do contrato assim efectuada baste para a determinação da sua natureza jurídica - como então afirmámos.

efectivamente, os contratos prometidos ou, caso o vínculo não se configure como uma promessa mas como um contrato definitivo, o de realizar as prestações a que se obrigou.

Devemos assim concluir, em nossa opinião,

- que a norma de incidência tem em vista um leque mais amplo de realidades do que as subsumíveis ao conceito de abertura de crédito, porquanto se abrangem contratos pelos quais se assumem obrigações de fornecimento de mercadorias ou outros valores, e não apenas de fundos;
- mas, também, que a norma de incidência visa apenas, no domínio das obrigações de fornecimento de fundos, as aberturas de crédito em sentido próprio, de acordo com a definição que avançamos, pois só estes contratos permitirão a constituição de obrigações de *fornecimento* de fundos.

Para nós, portanto, a parte inicial do artº 1 da TGIS, e o corpo do artº 194º do Regulamento do Imposto do Selo, permitem tributar apenas:

- os contratos de fornecimento de mercadorias;
- os contratos de fornecimento de outros valores;
- os contratos de abertura de crédito em sentido próprio.

Não devem, assim, ser tributados em sede do artº 1 da TGIS:

- os contratos-promessa bilaterais de compra e venda de mercadorias ou outros valores;
- os contratos-promessa unilaterais ou bilaterais de mútuo.

Nem tão-pouco devem ser tributados os contratos de mútuo consensual, porquanto estes não visam o fornecimento de fundos, antes constituindo, como vimos, verdadeiros contratos de mútuo, em que apenas a obrigação de entrega de capital se encontra diferida no tempo⁸².

Não basta, contudo, o que se acabou de dizer para esgotar a determinação das realidades abrangidas pelo imposto do selo previsto no artº 1 da TGIS. Isto porque a referida regra, e o artº 194º do Regulamento, impõem ainda a tributação:

⁸² Cf. *supra* o que se afirmou a propósito deste género contratual na análise da natureza jurídica da abertura de crédito.

- das cartas de crédito, desde que estas habilitem alguém, perante o destinatário, a sacar as quantias nelas determinadas, e desde que os signatários sejam comerciantes;
- da abonação definida nos artºs 627º e 630º do Código Civil, desde que realizada por comerciantes;
- das ordens de pagamento, desde que condicionadas por forma que não seja a de identificação, cheque ou recibo.

Importa precisar se, com a menção expressa destes fenómenos como sujeitos a imposto, o legislador esclarece a incidência da norma (a qual resultaria da parte inicial do artº 1 da TGIS), ou se procede ao alargamento da base de incidência, mandando tributar algo não subsumível à definição por ele avançada de abertura de crédito.

10.2.1. Cartas de crédito

Nos termos do § único do artº 194º do Regulamento do Imposto do Selo, por carta de crédito entende-se *"(...) o título que habilita alguém perante o destinatário a sacar as quantias que ela autorizar; é condição essencial para ser exigível o imposto que os signatários das cartas sejam comerciantes."*

Ora, de acordo com o artº 629º, nº 1, do Código Civil⁸³, *"Aquele que encarrega outrem de dar crédito a terceiro, em nome e por conta do encarregado, responde como fiador, se o encargo for aceite"*. Trata-se de uma fiança constituída tacitamente, motivo pelo qual não pode ser sujeita a imposto nos termos do artº 94 da TGIS.

Concebida a carta de crédito à luz daquele preceito do Código Civil, esta não parece ser, assim, uma verdadeira abertura de crédito, mas um *convite* à concessão de crédito. O crédito é concedido não ao emitente da carta, mas ao seu portador, constituindo-se o emitente em fiador do portador da carta. Verificamos, pois, que se procede a um alargamento da base de incidência, pois na carta de crédito não se verifica a assunção de uma obrigação de fornecimento de fundos, mas a constituição tácita de uma garantia.

Cumpra sempre ter presente que, para que seja aplicável o artº 1 da TGIS é necessário que estejamos perante uma carta de crédito que possua uma característica típica das aberturas de crédito, i.e., que habilite o portador a sacar valores, total ou parcialmente, até ao limite nela

⁸³ A epígrafe deste preceito é "Mandato de Crédito".

referida. Caso assim não seja, e se preveja o pagamento de uma quantia certa, o selo a aplicar já não é o do artº 1, mas o do artº 35 da TGIS⁸⁴.

É ainda necessário que o emitente e o portador/beneficiário da carta sejam comerciantes para que se verifique a incidência do artº 1 da TGIS.

10.2.2. Abonação.

O termo *abonação* quererá significar sub-fiança, conforme definida nos artºs 627º e 630º do Código Civil⁸⁵. Era este o termo utilizado no Código de 1867 para referir a sub-fiança⁸⁶, pelo que nos parece que não poderá ser outra a realidade que o legislador do selo pretende tributar⁸⁷. Trata-se, assim, de uma garantia pessoal prestada a favor do credor, o que não corresponde a uma abertura de crédito conforme a entendemos.

Ora, a normal fiança é tributada nos termos do artº 94 da TGIS, preceito que deverá também abranger, por princípio, a sub-fiança. Qual o sentido, então, da referência que lhe é feita no artº1 da TGIS? Ou, ainda, como entender a parte final do corpo do artº 194º do Regulamento, que manda tributar a abonação no artº 35 da TGIS?

Em nossa opinião, a interpretação destes preceitos deve ser feita tendo em conta o que se referiu a propósito das cartas de crédito e da sua natureza - até porque a referência à abonação é feita sempre em ligação com as cartas de crédito. Para nós, essas cartas consubstanciam um mandato de crédito, e não uma verdadeira abertura de crédito, e só por isso se pode pretender a tributação da sub-fiança no artº 1 da TGIS.

Com efeito, quando a carta de crédito permite que um terceiro, que não o visado beneficiário, requeira a concessão de crédito, verifica-se, quando da apresentação da carta, a constituição não apenas da fiança, como sucede quando é o beneficiário que requer o crédito, mas ainda de uma sub-fiança. O património do beneficiário responderá pelo património do terceiro, e o do emitente pelo do beneficiário.

⁸⁴ Será este o sentido da parte final do corpo do artº 194º do Regulamento, sob pena de contraditar o que resulta dos artºs 1 e 35 da TGIS. A menção feita naquele preceito ao artº 33 da TGIS deve ter-se por feita ao artº 35.

⁸⁵ Neste sentido, cf. PAULO CUNHA, citado por JOÃO MELO FRANCO E HERLANDER ANTUNES MARTINS in "Conceitos e Princípios Jurídicos", Coimbra, 1983, pág. 15.

⁸⁶ Cf. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, ob. cit., pág. 647-648.

⁸⁷ Pena é que o legislador do selo não se tenha dado ao trabalho de actualizar a redacção do artº 1 da TGIS, sabendo-se que a última redacção deste preceito foi dada pelo Decreto-Lei nº 205/90, de 25 de Junho.

Assim, o verdadeiro objecto do imposto continua a ser a carta de crédito, apenas se pretendendo afirmar que esta deve ser tributada mesmo quando não é o seu beneficiário, mas terceiro à ordem deste, que se apresenta para realizar o saque para o qual a carta habilita.

Assim, a sub-fiança tácita, constituída por via de um mandato de crédito/carta de crédito, deve ser tributada não por subsunção ao disposto no artº 94 da TGIS, mas no artº 1, quando habilita ao saque de quantias até um determinado limite máximo, ou no artº 35, quando a quantia visada for certa.

De novo se verifica, pois, um alargamento da incidência, pois também aqui não estamos, naturalmente, perante uma abertura de crédito em sentido próprio. E de novo se verificará a tributação apenas se os signatários forem comerciantes.

10.2.3. Ordens de pagamento.

Estas ordens de pagamento, tributadas se forem condicionadas por forma que não seja a de identificação, cheque ou recibo, podem constituir verdadeiras aberturas de crédito, desde que o pagamento seja realizado recorrendo a fundos do destinatário da ordem. Neste caso, devemos considerar que o ordenante, quando o ordenado executar a ordem, constituirá com este uma relação de mútuo.

Se os fundos utilizados forem do ordenante, não se estabelece qualquer relação de crédito, pelo que cabe avaliar a hipótese de tributação destas simples ordens de pagamento.

Em nossa opinião, estas simples ordens de pagamento não devem ser tributadas. Com efeito, não podemos deixar de considerar, na interpretação desta parte do artº 1 da TGIS, o contexto do preceito. Pretendendo-se tributar aberturas de crédito, não vemos como pretender que o preceito abranja uma realidade que com ela não possui qualquer relação, como será o caso de uma mera ordem de pagamento.

O que esta parte do artº 1 da TGIS pretende abranger será, simplesmente, as aberturas de crédito de tipo *triangular*, ou seja, os casos em que a abertura de crédito realizada entre dois sujeitos se destina a ser utilizada por um terceiro, como sucede, por exemplo, na abertura de crédito documentário. Não se pode, assim, falar de um alargamento da incidência, porquanto estamos perante verdadeiras aberturas de crédito, embora de um género peculiar.

Não se verifica, aqui, qualquer restrição quanto à qualidade dos sujeitos, como sucede, aliás, quando a parte inicial do artº 1 estabelece a regra de tributação das aberturas de crédito.

10.3. Em resumo.

Podemos resumir a tributação das aberturas de crédito em sede de imposto do selo da seguinte forma:

Artº 1 da TGIS: Tributação

- das aberturas de crédito em sentido próprio, quando realizadas por instrumento notarial, correspondência ou escrito particular;
- dos contratos de fornecimento de mercadorias ou outros valores, quando realizados por instrumento notarial, correspondência ou escrito particular;
- das cartas de crédito, conforme definidas no § 1 do artº 194º do Regulamento, mesmo que ao saque se apresente terceiro à ordem do original beneficiário, desde que habilitem o saque de quantias até um determinado montante e desde que os signatários sejam comerciantes.

Artº 120-A: Tributação

- da eventual contrapartida cobrada por uma instituição de crédito ou sociedade financeira por uma abertura de crédito (alínea c).
- dos juros auferidos pelas instituições de crédito ou sociedades financeiras na sequência dos actos de utilização (alínea b).

João Espanha

Fernando Castro Silva