

RUI PINTO DUARTE

O CONTRATO DE LOCAÇÃO FINANCEIRA
UMA SÍNTESE

Separata

THEMIS

Revista da Faculdade de Direito da UNL

Ano X – N.º 19 – 2010

O CONTRATO DE LOCAÇÃO FINANCEIRA – UMA SÍNTESE

RUI PINTO DUARTE

PALAVRAS-CHAVE: locação financeira, *leasing*

SUMÁRIO: Introdução. 1. A noção de locação financeira. 1.1. Locação financeira e *leasing*. 1.2. Locação financeira e “propriedade económica”. 2. Evolução legislativa em Portugal. 3. As modalidades do contrato de locação financeira. 3.1. *Full-pay-out leasing (formule de l’amortissement intégral, 1 DM-Modell) versus non-full-pay-out leasing (formule de la valeur résiduelle, Restwertmodell)*. 3.2. Locação financeira mobiliária versus locação financeira imobiliária. 3.3. *Lease-back*. 3.4. Locação financeira para consumo. 3.5. Locação financeira internacional. 4. Os sujeitos do contrato. 5. As relações entre o locatário e o fornecedor. 6. O objecto da locação financeira. 7. A forma do contrato. 8. O registo da locação financeira. 9. O prazo contratual. 10. As rendas. 11. O preço de aquisição pelo locatário. 12. As obrigações do locador resultantes da lei. 13. As obrigações do locatário resultantes da lei. 14. O risco de perda ou deterioração do bem. 15. As cláusulas contratuais (*praeter legem*) mais vulgares. 15.1. Cláusulas relativas à obrigação de entrega do bem locado. 15.2. Cláusula estabelecendo o vencimento antecipado das rendas vincendas em caso de incumprimento. 15.3. Cláusula penal estabelecendo a obrigação de, em caso de resolução do contrato com fundamento em incumprimento do locatário, este indemnizar o locador mediante o pagamento de uma certa percentagem das rendas vincendas. 15.4. Cláusula penal estabelecendo a obrigação de, em caso de resolução do contrato com fundamento em incumprimento do locatário e não devolução do bem, o locatário indemnizar o locador mediante o pagamento de um certo valor por cada período de tempo de atraso na devolução. 16. A transmissão da posição do locador. 17. A transmissão da posição do locatário. 17.1. Transmissão *inter vivos* voluntária. 17.2. Transmissão *inter vivos* forçada. 17.3. Transmissão *mortis causa*. 18. (Sub)locação de bens objecto de locação financeira. 18.1. Admissibilidade. 18.2. Qualificação da situação. 18.3. Alguns aspectos de regime. 19. A desconformidade do bem. 20. Os fundamentos específicos de resolução do contrato pelo locador. 21. A providência cautelar de entrega judicial do bem objecto de locação financeira. 22. A insolvência do locador. 23. A insolvência do locatário. 24. A responsabilidade civil pelos danos causados pelo bem locado a terceiros. 25. A «relocação financeira» 26. A locação financeira com outros serviços associados. 27. Natureza jurídica do contrato de locação financeira.

RUI PINTO DUARTE

ABSTRACT: The purpose of this text is to give a synthetic but comprehensive image of the Portuguese regime of the leasing contract. It corresponds to a written and updated version of the lectures rendered by the author on the subject some years ago at the Universidade Católica Portuguesa in the frame of a post-graduation course coordinated by Professor Paulo Merelo Sendin (to whom it is dedicated).

Como resulta da “introdução” que se segue, o presente texto foi escrito para um livro de homenagem a Paulo Merelo Sendin, composto por textos correspondentes a intervenções dos nele participantes em cursos de pós-graduação em Direito Comercial da Universidade Católica Portuguesa coordenados pelo homenageado. O atraso na edição da obra em causa leva à sua publicação na Themis.

INTRODUÇÃO

Entre 1981 e 2001, escrevi vários textos sobre locação financeira, que, na sua maioria, compilei no livro *Escritos sobre Leasing e Factoring*. Nenhum desses textos foi elaborado com fins didácticos e, por isso, nunca os pude usar como base directa das exposições orais sobre a matéria que, ao longo de quase trinta anos, fui chamado a fazer.

Até agora, achei que não valia a pena pôr em prosa essas exposições, não só por o seu conteúdo e a sua forma variarem em função dos destinatários e das circunstâncias, mas sobretudo por terem sido pensados para serem ouvidos – e não para serem lidos.

Não podia, porém, deixar de participar nesta homenagem a Paulo Merelo Sendin, já pela importância que teve no panorama universitário português, já pela simpática atenção que me concedeu nos contactos que mantivemos.

As páginas que seguem são, pois, a redução a escrito (com as alterações que isso acarreta relativamente ao primitivo discurso oral) do essencial das (anti-)prelecções sobre locação financeira que fiz em cursos de pós-graduação em Direito Comercial da Universidade Católica Portuguesa coordenados pelo homenageado – com actualizações impostas pela evolução da legislação, da doutrina e da jurisprudência. Aqui e ali usei trechos de trabalhos meus anteriores, mas a estrutura do texto é inteiramente nova*.

* Agradeço a Alexandra Cabral e a Hígina Castelo a leitura de versões anteriores deste texto e as sugestões que amavelmente me fizeram.

1. A NOÇÃO DE LOCAÇÃO FINANCEIRA

1.1. Locação financeira e *leasing*

Em Portugal, é comum tomar a expressão locação financeira como sinónima da palavra inglesa *leasing*. Isso mesmo fez o legislador que criou a locação financeira, ao escrever no art. 1.º do Dec.-Lei 135/79, de 18 de Janeiro¹: «As sociedades de locação financeira são instituições parabancárias² que têm como objecto social exclusivo o exercício, nos termos do presente diploma e demais legislação aplicável, da actividade de locação financeira (*leasing*)»³.

A verdade, porém, é que a figura que a lei portuguesa regula sob o nome «locação financeira» não abarca tudo quanto na linguagem internacional dos negócios cabe sob o nome «*leasing*».

Coisa semelhante acontece de resto em vários outros países, como está espelhado em a lei-modelo do Unidroit sobre *leasing* (de 2008) se chamar na versão em língua inglesa «Unidroit Model Law on Leasing» e na versão em língua francesa «Loi type d'Unidroit sur la location et la location-financement»⁴.

Para fixar a noção de *leasing*, tal como ela é usada no mundo dos negócios, podemos usar o *International Accounting Standard* (IAS) 17, relativo aos *Leases*. Aí se lêem as seguintes definições:

- «A lease is an agreement whereby the lesser conveys to the lessee in return for a payment or series of payments the right to use an asset for an agreed period of time»;

¹ O diploma em causa teve por objecto a regulação das sociedades de locação financeira. Seguiu-se-lhe, alguns dias depois, o Dec.-Lei 171/79, de 6 de Junho, que estabeleceu o regime do contrato de locação financeira. O primeiro vigorou até ao Dec.-Lei 103/86, de 19 de Maio, e o segundo até ao Dec.-Lei 149/95, de 24 de Junho, como melhor explicarei no n.º 2 deste texto.

² A categoria legal das instituições parabancárias existiu entre o Dec.-Lei 46.302, de 27 de Abril de 1965, e o Dec.-Lei 298/92, de 31 de Dezembro, que aprovou o Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras (adiante RGICSF). Era definida como abrangendo as instituições que não sendo instituições de crédito, nem exercendo funções auxiliares de crédito, exerciam alguma função de crédito ou qualquer actividade que pudesse afectar de forma especial o funcionamento dos mercados monetário e financeiro. Depois de tal definição, o Dec.-Lei 46.302 apresentava o seguinte elenco exemplificativo dos tipos de instituições em causa: sociedades gestoras de fundos, sociedades financeiras e de investimentos, sociedades de financiamento de vendas a prazo e sociedades de cobrança de créditos, nomeadamente as de *factoring*.

³ Sinonímia essa que o legislador também expressou no preâmbulo do diploma em causa.

⁴ V. *Uniform Law Review Revue de Droit Uniforme*, NS, Vol. XIV, 2009-3, pp. 648 e ss.

- «A finance lease is a lease that transferred substantially all the risks and rewards incidental to ownership of an asset. Title may or may not eventually be transferred»;
- «An operating lease is a lease other than a finance lease».

Do ponto de vista económico, como muitos especialistas escrevem, «financial leases are a source of financing» (...) «signing a financial lease contract is like borrowing money»⁵.

Do ponto de vista da estrutura jurídica, os *operating leases* e alguns dos *financial leases* são locações, ainda que acompanhadas de outras prestações, nomeadamente de serviços. No entanto, do mesmo ponto de vista, a maior parte dos *financial leases* corresponde a alugueres-vendas ou locações com opção de compra.

Embora a distinção entre *leasing* financeiro e *leasing* operativo não assente nas características do locador, mas apenas na transferência dos riscos e dos proveitos inerentes à propriedade (espelhada nos binómios duração do contrato/período de vida útil do bem e valor das rendas/valor do bem), o que é facto é que em vários países o *leasing* financeiro foi introduzido (ou desenvolvido) por empresas financeiras. A actividade de tais empresas não era (e não é) a de produzir ou comercializar bens, mas sim a de financiar a sua utilização bem como, por vezes, a sua aquisição – por meio da compra dos mesmos e da sua concomitante locação aos interessados (nalguns casos acompanhada da outorga de uma opção de compra). O mesmo é dizer que a actividade dessas empresas consistia (e consiste) em concessão de crédito.

Assim se percebe que em muitos países a actividade de locação financeira esteja reservada a (alguns tipos) de instituições de crédito ou de sociedades financeiras. Em Portugal só pode ser exercida por bancos, sociedades de locação financeira e instituições financeiras de crédito (IFIC) – art. 4.º, n.º 1, alínea b), e n.º 2, art. 7.º e art. 8.º, n.º 2, do RGICSF⁶, art. 1.º, n.º 1, do Dec.-Lei 72/95, de 15 de Abril, e art. 1.º do Dec.-Lei 186/2002, de 21 de Agosto.

A actual definição legal de locação financeira é a de «contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante retribuição, a ceder à outra o gozo temporário de uma coisa, móvel ou imóvel, adquirida ou construída por indicação desta, e que o locatário pode comprar, decorrido o período acordado, por um preço nele determinado ou determinável mediante simples aplicação dos cri-

⁵ RICHARD A. BREALEY, STEWART C. MYERS e FRANKLIN ALLEN, *Principles of Corporate Finance (Global Edition)*, McGraw-Hill, 10.ª ed., 2011, p. 654.

⁶ Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras, aprovado pelo Dec.-Lei 298/92, de 31 de Dezembro, entretanto objecto de múltiplas alterações.

térios nele fixados» (art. 1.º do Dec.-Lei 149/95, de 24 de Junho). No essencial, tal definição é igual à do acima referido primeiro diploma que definiu o tipo contratual em causa (art. 2.º, n.º 2, do Dec.-Lei 135/79, de 18 de Maio⁷).

A locação financeira tem um âmbito semelhante ao dos tipos contratuais que os legisladores francês, belga, espanhol e italiano designaram como *crédit-bail*, *location-financement*, *arrendamiento financiero* e *locazione finanziaria*, mas tem um âmbito mais restrito do que o tipo contratual internacionalmente conhecido pelo nome de *leasing* e, o que mais nos interessa, do que a sua modalidade conhecida por *leasing* financeiro. Isso resulta não apenas das características impostas às entidades locadoras e do direito (que deverá sempre estar presente) do locatário a comprar o bem, por um preço pré-estabelecido, findo o prazo contratual, como ainda daquilo a que podemos chamar o carácter tripartido da operação. Com efeito, a coisa dada em locação, tendencialmente, é fornecida ao locador por um terceiro não interveniente no contrato de locação financeira (só assim não sucede no caso do chamado «*lease-back*» e, em certa medida⁸, no caso dos contratos em que locadores financeiros dão em *leasing*⁹ bens que anteriormente tinham dado em locação financeira sem que os mesmos tivessem sido adquiridos pelos locatários financeiros).

Assinale-se, a outro tempo, que aquilo a que alguns autores chamam a tripla opção (i.e., o locatário, no final do contrato, poder escolher entre adquirir o bem, renovar a locação e pôr fim ao contrato – devolvendo o bem ao locador) não é, face à nossa lei, característica do contrato, já que o locatário não pode impor unilateralmente a sua renovação.

Há trinta anos notei que da delimitação legal da locação financeira resultava a interdição da actividade da locação financeira aos sujeitos que não fossem sociedades de locação financeira (agora sociedades de locação financeira, bancos e IFIC) e a inexistência de um regime específico para aquela parte do *leasing* que extravasasse a locação financeira¹⁰. É claro que não adivinhava que a realidade social iria pôr com grande intensidade os problemas de enquadramento da actividade dita de «aluguer de longa duração» («ALD») – ou, pelo

⁷ Definição essa que o legislador de resto reproduziu no art. 1.º do Dec.-Lei 171/79, de 6 de Junho.

⁸ A medida é a de que a coisa foi mediatamente (no primeiro contrato) fornecida por um terceiro.

⁹ Sendo duvidoso que tais opções mereçam ser qualificadas como locação financeira – como adiante melhor veremos.

¹⁰ Na minha dissertação de pós-graduação, acabada de escrever em Janeiro de 1981, que a Editora Danúbio veio a publicar em 1983 sob o título *A Locação Financeira (Estudo Jurídico do Leasing Financeiro)* – texto esse também incluído no livro *Escritos sobre Leasing e Factoring*, Cascais, Príncipia, 2001, sendo a página relevante a 30.

menos, de algumas das suas formas –, quer no que respeita à legalidade da prossecução da mesma por empresas que não são instituições de crédito, quer no que respeita à aplicação aos contratos celebrados no seu exercício das normas ditadas para o contrato de locação financeira. Apesar do seu grande interesse, não é possível tratar desses problemas no âmbito deste escrito¹¹.

1.2. Locação financeira e «propriedade económica»

É frequente ser afirmado que o locatário financeiro tem a «propriedade económica» da coisa locada, nomeadamente por ele ser o utilizador exclusivo da coisa e vigorar uma regra contabilística que determina que ele a considere como integrada no seu activo imobilizado¹².

¹¹ Pelo que remeto para PAULO DUARTE, «Algumas Questões sobre o ALD», *in Estudos de Direito do Consumidor*, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 3, 2001, pp. 301 e ss., e RUI PINTO DUARTE, «Alguns Aspectos Jurídicos dos Contratos Não Bancários de Financiamento da Aquisição e Uso dos Bens», *in Revista da Banca*, n.º 22, Abril/Junho 1992, pp. 63 e ss., e *Aspectos Contratuais do Aluguer, da Locação Financeira e de Outros Contratos Afins à Face da Lei Portuguesa* – texto incluído no meu referido livro *Escritos sobre Leasing e Factoring*, pp. 161 e ss., mas inicialmente publicado na *Fisco*, n.º 51/52, Fev./Mar. 1993, pp. 64 e ss. (com a particularidade de, nessa primeira publicação, tudo aquilo que eram parênteses ter sido transformado em reticências!).

¹² Actualmente, resultante das palavras iniciais relativas à «Classe 4 – Investimentos» das notas de enquadramento ao Código de Contas aprovado pela Portaria 1011/2009, de 9 de Setembro: «Esta classe inclui os bens detidos com continuidade ou permanência e que não se destinem a ser vendidos ou transformados no decurso normal das operações da entidade, quer sejam de sua propriedade, quer estejam em regime de locação financeira». Até 1.1.94, os bens dados em locação financeira não eram registados pelos locatários nos seus imobilizados e eram no pelos locadores. O plano de contas especial para as sociedades de locação financeira aprovado pelo Aviso do Banco de Portugal em 12.8.82, publicado a 29 de Setembro de 1992, previa expressamente (contas 46 e 47) que as sociedades de locação financeira registassem como imobilizações suas os bens por elas dados em locação financeira. O Dec.-Lei 171/79 – que foi publicado na vigência do Plano Oficial de Contabilidade de 1977 (aprovado pelo Dec.-Lei 47/77, de 7 de Fevereiro) – determinava, no seu art. 31, que os locatários financeiros evidenciassem em contas de ordem à margem do balanço o montante global dos encargos a satisfazer em exercícios futuros relativamente a contratos de locação financeira. Era essa a forma de combater alguns dos efeitos ilusórios que o *leasing*, no âmbito da sua anterior forma de contabilização, poderia ter sobre os balanços dos locatários. A 1 de Janeiro de 1994, entraram em vigor as regras de contabilização constantes das notas explicativas à classe 4, e em especial à conta 42, do Plano Oficial de Contabilidade de 1989 (v. o art. 4.º do Dec.-Lei 410/89, de 21 de Novembro, e o artigo único, n.º 2, do Dec.-Lei 29/93, de 12 de Fevereiro). Segundo tais regras, tal como nas que actualmente vigoram, deviam ser registadas como imobilizações de uma empresa os bens por ela detidos com continuidade ou permanência, que não se destinassem a ser vendidos ou trans-

Para além disso, a «propriedade económica» do locatário financeiro manifesta-se em várias outras regras, como as seguintes (às duas primeiras das quais voltaremos adiante):

- O risco de perda ou deterioração do bem locado corre por conta do locatário (art. 15 do Dec.-Lei 149/95, de 24 de Junho);
- Em caso de a locação versar sobre fracção autónoma, cabe ao locatário pagar as chamadas contribuições para o condomínio (art. 10, n.º 1, alínea b), do Dec.-Lei 149/95, na redacção do Dec.-Lei 265/97, de 2 de Outubro);
- O locatário financeiro é equiparado a proprietário para efeitos da legislação relativa ao licenciamento de veículos automóveis e seus reboques (Dec.-Lei 11/84, de 7 de Janeiro);
- A que, na redacção primitiva do actual Código da Estrada (aprovado pelo Dec.-Lei 114/94, de 3 de Maio), referia expressamente a locação financeira de veículos como fundamento da atribuição aos locatários de “posse efectiva” sobre os mesmos e, por força disso, de responsabilidade pelas infracções relativas às disposições condicionantes da admissão dos veículos ao trânsito (art. 136, n.º 2)¹³.

No entanto, o locador conserva importantes poderes, nomeadamente o de recuperar a «propriedade plena» nos casos de incumprimento pelo locatário ou de não exercício por este do seu direito de aquisição. Daí que a ideia de que a «propriedade económica» do objecto da locação financeira pertence exclusivamente ao locatário não seja rigorosa. Melhor será dizer que ele comunga da «propriedade económica» da coisa desde o início do contrato e que a sua parte nessa comunhão vai crescendo ao longo do contrato. De um ponto de vista económico, durante a locação financeira a propriedade fica dividida entre

formados, quer fossem de propriedade da empresa, quer estivessem em regime de locação financeira. No domínio do Plano Oficial de Contabilidade de 1989 foi publicada a directriz contabilística n.º 25 (DR, II Série, de 11 de Maio de 2000), que adoptou noções de locação financeira e de locação operacional muito próximas das noções de *lease*, *finance lease* e *operating lease* constantes do IAS 17, que atrás referimos. Actualmente, vigora a Norma Contabilística e de Relato Financeiro (NCRF) 9, relativa às locações (aprovada, tal como as demais Normas Contabilísticas e de Relato Financeiro do Sistema de Normalização Contabilística, pelo Despacho 588/2009/MEF, publicado no DR, II Série, de 7 de Setembro de 2009), a qual segue de muito perto o referido IAS 17 – com um erro de tradução no respeitante à palavra inglesa «eventually», que, no caso, não significa «eventualmente» mas sim «ulteriormente».

¹³ Regra essa, entretanto, substituída por uma mais geral que atribui responsabilidade por tais infracções aos titulares do documento de identificação do veículo (art. 135, n.º 3, alínea b), do Código da Estrada, na redacção do Dec.-Lei 44/2005, de 23 de Fevereiro).

locador e locatário. As «fracções de propriedade» representadas pelas participações de locador e locatário vão-se alterando ao longo do contrato, diminuindo aquela, crescendo esta, à medida que o valor de capital vai sendo pago.

Do ponto de vista do Direito Privado, essa «divisão de propriedade» exprime-se, nomeadamente, em tanto a posição do locador financeiro (o direito de propriedade onerado pela locação financeira) como a posição do locatário financeiro serem transmissíveis (voluntariamente ou forçadamente)¹⁴ – sem que o seu conteúdo seja alterado. Quem adquirir aos primitivos locador financeiro e locatário financeiro as suas posições suportará, no primeiro caso, a possibilidade de vir a perder a «propriedade jurídica» (em contrapartida das rendas e do preço – dito «valor residual» – que receberá) e, no segundo caso, gozará da possibilidade de vir a adquirir tal propriedade (pagando as rendas e o preço).

Quer a posição do locador financeiro quer a posição do locatário financeiro têm uma certa dimensão real¹⁵ – que podemos aproximar do que se passava com as posições dos titulares do domínio directo e do domínio útil na enfiteuse¹⁶. O mesmo é dizer que as posições de ambas as partes no contrato de locação financeira interessam a terceiros, sobretudo aos credores de locador e locatário, potencialmente à comunidade em geral¹⁷.

2. A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA EM PORTUGAL

Foi em 1979 que foram publicadas as primeiras leis portuguesas sobre *leasing* financeiro: em 18 de Maio, o Dec.-Lei 135/79 sobre as sociedades de locação financeira, e, em 6 de Junho, o Dec.-Lei 171/79 sobre o contrato de locação financeira.

¹⁴ V. adiante, n.ºs 16 e 17.

¹⁵ Essa dimensão real das posições de locador e locatário financeiros não se manifesta apenas pelo «lado externo» das mesmas (caso em que seria de lhes reconhecer dimensão «absoluta», mas não necessariamente real), mas também no seu «lado interno» – ou seja, nos poderes que incluem.

¹⁶ Sobre a enfiteuse, v. RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, 2.ª ed., Cascais, Príncipeia, 2007, pp. 209 e ss., e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Enfiteuse: Extinção e Sobrevivência*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Martim de Albuquerque*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2010, vol. I, pp. 101 e ss.

¹⁷ Uma outra arrumação plausível da posição do locatário financeiro é na categoria «direitos pessoais de gozo» (v. JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *Direitos Pessoais de Gozo*, Coimbra, Almedina, 1999, *passim*, *maxime* p. 39). Parece-nos, porém, que esta outra arrumação não valoriza suficientemente o direito de aquisição do locatário.

Cerca de dois anos depois, começaram a surgir no mercado as empresas de locação financeira. De então para cá – embora com natural atenuação nos últimos anos – este tipo de actividade financeira cresceu quase incessantemente.

Ao longo dos cerca de trinta anos da história da locação financeira em Portugal, o seu quadro jurídico sofreu muitas alterações.

Os principais momentos dessa evolução foram os seguintes:

- Dec.-Lei 135/79, de 18 de Maio, sobre as sociedades de locação financeira;
- Dec.-Lei 171/79, de 6 de Junho, sobre o contrato de locação financeira;
- Aviso do Banco de Portugal de 19 de Fevereiro de 1982, publicado no DR, 1.ª Série, a 4 de Março de 1982, sobre os bens móveis passíveis de serem objecto de locação financeira;
- Dec.-Lei 311/82, de 4 de Agosto, sobre o regime fiscal da locação financeira;
- Aviso do Banco de Portugal de 12 de Agosto de 1982, publicado no DR, 1.ª Série, a 28 de Setembro de 1982, sobre a contabilidade das sociedades de locação financeira;
- Aviso do Banco de Portugal de 24 de Novembro de 1982, publicado no DR, 1.ª Série, a 4 de Dezembro de 1982, estabelecendo normas sobre as rendas da locação financeira mobiliária;
- Dec.-Lei 25/83, de 22 de Janeiro, alterando parcialmente o Dec.-Lei 135/79;
- Dec.-Lei 97/83, de 17 de Fevereiro, alterando parcialmente o Dec.-Lei 135/79;
- Aviso do Banco de Portugal de 31 de Março de 1983, publicado no DR, 1.ª Série, a 20 de Abril de 1983, estabelecendo normas sobre as rendas da locação financeira imobiliária;
- Aviso do Banco de Portugal publicado no DR, 1.ª Série, a 28 de Junho de 1983, estabelecendo normas sobre as rendas da locação financeira mobiliária (revogando tacitamente o Aviso de 24 de Novembro de 1982 – aliás quase integralmente repetido);
- Dec.-Lei 286/85, de 22 de Julho, sobre limites prudenciais a observar pelas sociedades de locação financeira;
- Dec.-Lei 103/86, de 19 de Maio, sobre as sociedades de locação financeira (revogatório do Dec.-Lei 135/79 e do Dec.-Lei 286/85);
- Aviso do Banco de Portugal de 14 de Julho de 1986, publicado no DR, 1.ª Série, a 14 de Julho de 1986, estabelecendo limites sobre o endividamento das sociedades de locação financeira e outras regras prudenciais;

- Dec.-Lei 228/87, de 11 de Junho, alterando parcialmente o Dec.-Lei 103/86;
- Aviso do Banco de Portugal n.º 2/88, de 2 de Março de 1988, publicado no DR, 1.ª Série, a 2 de Março de 1982, sobre os bens móveis passíveis de serem objecto de locação financeira (revogatório do Aviso do Banco de Portugal de 19 de Fevereiro de 1982);
- Portaria 40/89, de 23 de Janeiro, estabelecendo os valores mínimos para o capital social das sociedades de locação financeira;
- Aviso do Banco de Portugal n.º 5/89, de 23 de Março de 1988, publicado no DR, 1.ª Série, a 28 de Março de 1989, sobre os bens móveis passíveis de serem objecto de locação financeira (revogatório do Aviso do Banco de Portugal n.º 2/88);
- Dec.-Lei 168/89, de 24 de Maio, revogando o n.º 2 do art. 4.º do Dec.-Lei 103/86;
- Dec.-Lei 318/89, de 23 de Setembro, revogando a alínea a) do n.º 1 do art. 10 do Dec.-Lei 103/86 (cuja disciplina substituiu);
- Dec.-Lei 410/89, de 21 de Novembro, aprovando um novo Plano Oficial de Contabilidade, que estabelecia um novo regime de contabilização da locação financeira, mas determinando que esse novo regime ficava suspenso, por um prazo máximo de três anos, até à alteração do plano de contas das sociedades de locação financeira;
- Dec.-Lei 18/90, de 11 de Janeiro, alterando parcialmente o Dec.-Lei 171/79;
- Dec.-Reg. 2/90, de 12 de Janeiro, estabelecendo um novo regime para a reintegração e amortização dos elementos do activo imobilizado, incluindo no respeitante aos bens objecto de locação financeira (cujas reintegrações mantinha como custos das locadoras – art. 14);
- Dec.-Lei 10/91, de 9 de Janeiro, sobre locação financeira para habitação;
- Aviso do Banco de Portugal n.º 8/91, de 11 de Setembro de 1991, publicado no DR, 2.ª Série, a 1 de Outubro de 1991, sobre os bens móveis passíveis de serem objecto de locação financeira (revogatório do Aviso do Banco de Portugal n.º 5/89);
- RGICSF, aprovado pelo Dec.-Lei 298/92, de 31 de Dezembro – o qual, além do mais, «promoveu» as sociedades de locação financeira de instituições parabancárias a instituições de crédito¹⁸ e abriu aos bancos a possibilidade de celebrarem operações de locação financeira¹⁹;

¹⁸ Sobre isso, v. RUI PINTO DUARTE, «A Regulação pelo RGICSF das Anteriormente Chamadas Instituições Parabancárias», in *Revista da Banca*, n.º 25, Janeiro/Março 1993, pp. 55 e ss.

¹⁹ Para um sumário da discussão que precedeu essa abertura v. o *Livro Branco sobre o Sistema Financeiro*, 1992, vol. I, *Relatório Principal*, Ministério das Finanças, Maio 1991, pp. 68 e ss.

- Dec.-Lei 29/93, de 12 de Fevereiro, diferindo para 1.1.94 o início da vigência do regime de contabilização das operações de locação financeira constante do POC de 1989;
- Dec.-Lei 420/93, de 28 de Dezembro, introduzindo alterações ao Código do IRC motivadas pela entrada em vigor do novo regime de contabilização da locação financeira;
- Portaria 95/94, de 9 de Fevereiro, sobre o capital social mínimo das instituições de crédito e das sociedades financeiras (mantendo para as sociedades de locação financeira os valores anteriores);
- Dec.-Reg. 16/94, de 12 de Julho, dando nova redacção ao art. 14 do Dec.-Reg. 2/90 (de modo a as reintegrações de bens objecto de locação financeira passarem a ser custos dos locatários);
- Dec.-Lei 72/95, de 15 de Abril, sobre as sociedades de locação financeira (revogatório do Dec.-Lei 103/86, de 19 de Maio);
- Dec.-Lei 149/95, de 24 de Junho, sobre o contrato de locação financeira (revogatório do Dec.-Lei 171/79, de 6 de Junho);
- Dec.-Lei 265/97, de 2 de Outubro, alterando parcialmente o Dec.-Lei 149/95, de 24 de Junho, e revogando o Dec.-Lei 10/91, de 9 de Janeiro;
- Dec.-Lei 285/2001, de 3 de Novembro, alterando parcialmente o Dec.-Lei 72/95, de 15 de Abril e o Dec.-Lei 149/95, de 24 de Junho;
- Dec.-Lei 186/2002, de 21 de Agosto, criando as IFIC e permitindo-lhes a prática da locação financeira;
- Dec.-Lei 30/2008, de 25 de Fevereiro, alterando parcialmente o Dec.-Lei 149/95, de 24 de Junho.

No campo do Direito Privado, o principal traço definidor da evolução foi o da crescente liberalização do regime. Assim:

- O art. 4.º do Dec.-Lei 171/79 determinava que os modelos dos contratos-tipo de locação financeira tinham de ser submetidos à aprovação prévia do Banco de Portugal, tendo esse preceito sido revogado pelo Dec.-Lei 168/89, de 24 de Maio;
- O art. 3.º, n.º 1, do Dec.-Lei 171/79 determinava que locação financeira de imóveis só podia respeitar a bens afectados ou a afectar ao investimento produtivo na indústria, na agricultura, no comércio ou noutros sectores de serviços de manifesto interesse económico ou social, tendo o Dec.-Lei 10/91, de 9 de Janeiro, alargado a locação financeira imobiliária a imóveis destinados a habitação própria do locatário e o Dec.-Lei 149/95 eliminado todas as restrições (art. 2.º, n.º 1);

- O art. 2.º do Dec.-Lei 171/79 determinava que a locação financeira de móveis só podia respeitar a bens de equipamento, tendo esta restrição sido eliminada pelo Dec.-Lei 149/95 (citado art. 2.º, n.º 1)²⁰;
- O art. 8.º do Dec.-Lei 171/79 determinava que a locação financeira de coisas imóveis tinha de ser celebrada por escritura pública e a de coisas móveis por escrito particular, seguindo-se neste caso ou a autenticação notarial ou o simples reconhecimento por semelhança das assinaturas dos outorgantes, consoante, respectivamente, a coisa objecto do contrato fosse sujeita a registo ou não; o art. 6.º do Dec.-Lei 10/91 permitiu que a locação financeira de imóveis para habitação própria do locatário fosse feita por escrito particular com mero reconhecimento presencial das assinaturas; a versão primitiva do art. 3.º do Dec.-Lei 149/95 admitiu que todos os contratos de locação financeira passassem a poder ser feitos por escrito particular, limitando-se a exigir no tocante a imóveis o reconhecimento notarial presencial das assinaturas – exigência essa que desde o Dec.-Lei 30/2008, de 25 de Fevereiro, passou a ser inaplicável quando as mesmas sejam feitas na presença de funcionários dos serviços de registo;
- O art. 11 do Dec.-Lei 171/79 fixava os prazos mínimos de dois e dez anos para o contrato de locação financeira, consoante se tratasse de coisas móveis ou imóveis, respectivamente; a versão primitiva do 6.º, n.º 1, do Dec.-Lei 149/95 baixou esses prazos para 18 meses e 7 anos, respectivamente; a sua versão actual não prevê quaisquer prazos mínimos;
- O art. 29 do Dec.-Lei 171/79 determinava que a antecipação de rendas não podia ser superior a um semestre; a versão primitiva do art. 20 do Dec.-Lei 149/95 manteve essa regra, o Dec.-Lei 265/97, alterando tal artigo, permitiu a antecipação até 18 meses no caso de locação financeira de imóveis e o Dec.-Lei 285/2001, revogando o mesmo, aboliu a regulação específica da matéria.

²⁰ Mesmo dentro dos bens de equipamento, o Aviso do Banco de Portugal de 4 de Março de 1982 restringiu os bens móveis que podiam ser objecto da locação financeira mobiliária restrição essa que foi aliviada pelo Aviso do Banco de Portugal de 2 de Março de 1988, ma reforçada pelo Aviso do Banco de Portugal n.º 5/89, de 23 de Março de 1989, só tendo as limitações regulamentares cessado com a revogação deste último Aviso pelo Aviso n.º 8/91, de 11 de Setembro.

3. AS MODALIDADES DO CONTRATO DE LOCAÇÃO FINANCEIRA

3.1. *Full-pay-out leasing (formule de l'amortissement intégral, 1 DM-Modell) versus non-full-pay-out leasing (formule de la valeur résiduelle, Restwertmodell)*

Para cabal compreensão da nossa figura, temos de começar por uma divisão de natureza económico-financeira: a que opõe o *full-pay-out leasing (formule de l'amortissement intégral, 1 DM-Modell)* ao *non-full-pay-out leasing (formule de la valeur résiduelle, Restwertmodell)*

Como as palavras indicam, a diferença entre as duas figuras está em que no *full-pay-out leasing* as rendas são calculadas de modo a compreender todos os custos do locador (e o seu lucro), ao passo que no *non-full-pay-out leasing* as rendas (incluindo obviamente o lucro do locador) só parcialmente cobrem aqueles custos, sendo o reembolso da parte restante assegurado pelo valor do bem, recuperado ou vendido a final (por valor significativo).

Embora alguns autores façam equivaler os *financial leases* e os *full-pay-out leases*²¹, a verdade é que grande parte da literatura menciona a possibilidade de haver *leasing* financeiro que é *non-full-pay-out*.

É de sublinhar que, nos primeiros anos da sua actividade, as sociedades de locação financeira portuguesas praticaram apenas, no que toca a equipamentos, o *full-pay-out leasing*. O Dec.-Lei 171/79 não era claro, porque o n.º 1 do art. 10 parecia pretender que a locação financeira fosse sempre *full-pay-out* e o n.º 3 do mesmo artigo parecia permitir o *non-full-pay-out*, mas, durante muito tempo, o Banco de Portugal restringiu a locação financeira de equipamentos ao *full-pay-out leasing*²².

O art. 4.º do Dec.-Lei 149/95 determinava que a renda devia permitir a recuperação de mais de metade do capital correspondente ao valor do bem locado e estabelecia que até o Banco de Portugal estabelecer outros limites para o valor residual o mesmo não poderia ser inferior a 2% nem relativamente aos bens móveis superior a 25%. No entanto, esse artigo foi revogado

²¹ Como é o caso dos citados BREALEY, MYERS e ALLEN nas seguintes palavras: «Some leases are short-term and cancelable during the contract period at the option of the lessee. These are generally known as *operating leases*. Others extend over most of the estimated economic life of the asset and cannot be canceled or can be canceled only if the lessor is reimbursed for any losses. These are called *capital, financial, or full-payout leases*» (ob. cit., p. 654).

²² Os antes referidos Avisos de 19 de Novembro de 1982 e de 28 de Junho de 1983 determinavam que o «valor residual ... a que se refere o n.º 3 do artigo 10 do Dec.-Lei 171/79 não poderá ser fixado em menos de 2% e em mais de 6% do valor do contrato».

pelo Dec.-Lei 285/2001, de 3 de Novembro – não existindo actualmente restrições legais quanto à fracção do valor do bem que pode ser financiado. O mesmo é dizer que, actualmente, não há dúvidas de que no âmbito da locação financeira tanto é possível fazer operações de *full-pay-out* como de *non-full-pay-out*.

3.2. Locação financeira mobiliária *versus* locação financeira imobiliária

Até ao Dec.-Lei 72/95, de 15 de Abril, na nossa lei, esta divisão tinha grande relevância, pois projectava-se em as sociedades de locação financeira só se poderem constituir para a prática de uma ou de outra (art. 1.º, n.º 3, do Dec.-Lei 135/79, e art. 1.º, n.º 2, do Dec.-Lei 103/86, de 19 de Maio).

Com a eliminação dessa regra e também por força da dessolenização dos negócios relativos a imóveis, a importância da natureza mobiliária ou imobiliária da locação financeira resume-se hoje a:

- No caso da locação financeira imobiliária, a lei exigir o reconhecimento presencial das assinaturas ou a sua efectuação na presença de funcionário dos serviços de registo (art. 3.º, n.º 2, do Dec.-Lei 149/95 na redacção do Dec.-Lei 30/2008);
- No caso da locação financeira mobiliária, a lei exigir a certificação pela entidade que efectue o reconhecimento ou pelo funcionário dos serviços de registo da existência de licença de utilização ou de construção do imóvel (art. 3.º, n.º 3, do Dec.-Lei 149/95 na redacção do Dec.-Lei 30/2008);
- No caso da locação financeira respeitante a bens móveis sujeitos a registo, a lei exigir que os signatários indiquem o número, a data e a entidade emitente do documento de identidade relevante (art. 3.º, n.º 4 do Dec.-Lei 149/95 na redacção do Dec.-Lei 30/2008);
- O prazo contratual supletivo ser de 18 meses no caso da locação financeira mobiliária e de 7 anos no caso da locação financeira imobiliária.

Para além disso, há a notar que a natureza imóvel da coisa locada leva a admitir que o locador possa não ser proprietário, mas apenas superficiário. O próprio Dec.-Lei 149/95 se refere a essa possibilidade, ao estabelecer que, «quando o locador construa, em regime de direito de superfície, sobre terreno do locatário, este direito presume-se perpétuo, sem prejuízo da faculdade de aquisição pelo proprietário do solo, nos termos gerais» (art. 2.º, n.º 2)²³.

²³ Igual norma constava já do Dec.-Lei 171/79 (art. 3.º, n.º 2).

3.3. *Lease-back*²⁴

Costuma o *lease-back* ser caracterizado como a operação pela qual o proprietário de um bem o vende a outrem, que lhe o loca de imediato, outorgando ao vendedor tornado locatário a possibilitar de voltar a adquirir o bem finda a locação. O locatário financeiro continua assim a utilizar o bem de que era proprietário ao mesmo tempo que aumenta os seus meios financeiros.

Falta, pois, ao *lease-back* o carácter tripartido que apontámos à locação financeira. Assinala-se, no entanto, que se caracterizarmos o *leasing* financeiro a partir do seu escopo de financiamento este reentra, sem dúvida, no seu âmbito.

Nos primórdios da história da locação financeira em Portugal – à semelhança do que sucedeu noutros países²⁵ – questionou-se o enquadramento da figura na locação financeira²⁶ e mesmo a sua legalidade, tendo Banco de Portugal chegado a proibi-la²⁷. No entanto, desde há muito, não só não há dúvidas quanto à admissibilidade da figura, como a mesma passou a ser considerada como modalidade da locação financeira²⁸.

Para isso, teve papel relevante a Lei 39-B/94, de 27 de Dezembro, que introduziu no Código do IRC um preceito (o n.º 2 do art. 24-A, a que corresponde actualmente o n.º 2 do art. 25) destinado a regular alguns aspectos fiscais do *lease-back* – embora sem utilizar a expressão.

As dúvidas que ainda pudessem existir foram dissipadas pelo Dec.-Lei 149/95, ao desvincular a locação financeira da finalidade de financiar investimentos, que lhe era assinalada nos primeiros diplomas legais.

²⁴ Sobre o *lease-back*, além das obras gerais sobre *leasing*, v. DIOGO PAREDES LEITE DE CAMPOS, «Nota sobre a Admissibilidade da Locação Financeira Restitutiva (Lease-Back) no Direito Português», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 42, III, Setembro-Dezembro, 1982, pp. 775 e ss., DUARTE VIEIRA PESTANA DE VASCONCELOS, «A Locação Financeira», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 45, I, Abril 1985, pp. 263 e ss., *maxime* pp. 279 e ss., J. P. REMÉDIO MARQUES, «Locação Financeira Restitutiva (Sale and Lease-Back) e a Proibição dos Pactos Comissórios – Negócio Fiduciário, Mútuo e Acção Executiva», in *BEDUC*, vol. LXXVII, pp. 575 e ss., FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 392 e ss., e ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *O Contrato de Locação Financeira Restitutiva*, Lisboa, UCP, 2008.

²⁵ V., por exemplo, G. PARLEANI «Le contrat de lease-back», in *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1973, p. 699 e ss., *maxime* p. 725.

²⁶ V., por exemplo, o que escreveu E. ROPPO, em *Casi e Questioni di Diritto Privato V – Obbligazioni e Contratti*, a cura di A. DI MAJO, B. INZITARI, V. MARICONDA e E. ROPPO, pp. 59 e ss., bem como as decisões jurisprudenciais transcritas a pp. 61 e ss. da mesma obra.

²⁷ Pela instrução anexa à circular n.º 145 (Série A), de 20/5/1986 (Folha S –1503.II.1/01)

²⁸ V. RUI PINTO DUARTE, *Escritos sobre Leasing e Factoring*, cit., pp. 49 e ss. e 180.

3.4. Locação financeira para consumo

Genericamente falando, nada impede a aplicação da estrutura jurídica da locação financeira para a concessão de crédito ao consumo. Aliás, bem recordadas as coisas, a estrutura jurídica em causa – embora sob outros nomes – até é usada desde há muito nas relações de consumo²⁹. No entanto, como o tipo negocial que se expandiu pelo Mundo nos últimos 50 anos sob o nome de *leasing* se referia no início dessa divulgação a relações entre empresas, a prática de *leasing* para consumo só se vulgarizou num segundo momento dessa expansão³⁰.

Em Portugal, o regime primitivo da locação financeira interditava a locação de bens destinados ao consumo. O Dec.-Lei 149/95 pôs fim a essa interdição.

A principal nota a fazer sobre a locação financeira para consumo é a de que a mesma é abrangida pelo regime do crédito ao consumo, estando, pois, submetida às regras especiais sobre a matéria – actualmente, o Dec.-Lei 133/2009, de 2 de Junho³¹. Na verdade, esse diploma abrange tendencialmente todos os contratos de concessão de crédito a consumidores e da sua lista de exclusões, com relevância para o que aqui nos interessa, só constam os «contratos de locação de bens móveis de consumo duradouro que não prevejam o direito ou a obrigação de compra da coisa locada, seja no próprio contrato, seja em contrato separado»³² – o que, *a contrario*, confirma que os contratos de locação com a opção de compra são abrangidos pelo diploma³³.

A submissão dos contratos de locação financeira para consumo ao regime do crédito ao consumo é fonte de dúvidas, nomeadamente no respeitante à possibilidade de o consumidor exercer contra o locador financeiro os direitos que a lei lhe atribui contra o concedente do crédito em caso de incumprimento.

²⁹ V. o citado livro *Escritos sobre Leasing e Factoring, maxime pp. 19 a 22* (com referência ao *hire-purchase* inglês).

³⁰ Sobre o reconhecimento pelas leis e pela doutrina da difusão do *leasing* para consumo, v. LEONOR AGUILAR RUIZ, *La Protección Legal del Consumidor de Crédito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 257 e ss.

³¹ Que procedeu à transposição da directiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Abril de 2008.

³² A versão portuguesa da directiva 2008/48/CE, na parte relevante refere-se aos «Contratos de aluguer ou de locação financeira que não prevejam uma obrigação de compra do objecto do contrato, seja no próprio contrato, seja num contrato separado; considera-se que existe uma obrigação se assim for decidido unilateralmente pelo mutuante» (art. 2.º, n.º 2, alínea d)).

³³ Como de resto já sucedia com o Dec.-Lei 359/91, de 21 de Setembro (v. os seus artigos 1.º, 2.º, n.º 1 alínea a) e 3.º, alínea a)).

mento ou cumprimento defeituoso do contrato de venda do bem financiado (actualmente, no art. 18, n.ºs 3, 4 e 6, do Dec.-Lei 133/2009), na medida em que o reconhecimento desses direitos ao locatário é contrário ao disposto no art. 12 do Dec.-Lei 149/95³⁴.

3.5. Locação financeira internacional³⁵

As operações de *leasing* internacional, por porem em contacto empresas localizadas em mercados com experiências negociais não coincidentes e regidos por direitos diversos, dão origem a problemas jurídicos relevantes.

Ao contrário do que sucede com outros contratos, muitos desses problemas não se resolvem por meio da escolha de um certo direito para regular o contrato. Nem sequer pela escolha – nem sempre fácil – do mesmo direito para regular o contrato de *leasing* e o contrato de «fornecimento».

Prova de que assim é está em que a natureza e o conteúdo dos direitos do locador e do locatário sobre a coisa locada são, em larga medida, problemas de direitos reais – e não de direito contratual – e, por isso, a influência da autonomia das partes sobre eles é escassa.

De assinalar é que no nosso próprio direito o regime da locação financeira internacional sofre um desvio relativamente ao regime geral da locação financeira imposto pelo Direito Europeu.

Na verdade, o Dec.-Lei 383/89, de 6 de Novembro, que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Directiva 85/374/CE, do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições dos Estados-membros em matéria de responsabilidade por produtos defeituosos, cumprindo a directiva, equipara a produtor e responsabiliza pelos danos causados pelos produtos em causa aquele que, *no exercício da sua actividade comercial*, importe do exterior da União para a União produtos para locação financeira (art. 2.º, n.º 2, alínea a))³⁶. A simples expressão «no exercício da sua actividade comercial», quando

³⁴ Sobre a questão, v. FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, «Do Regime Jurídico do Crédito ao Consumo», in *Scientia Iuridica*, n.ºs 286/288, tomo XLIX, Julho/Dezembro 2000, pp. 375 e ss., em especial pp. 409 e ss., e *Manual da Locação Financeira*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 151 e ss.

³⁵ Especificamente sobre *leasing* internacional, v. PILAR RODRÍGUEZ MATEOS, *El Contrato de Leasing Mobiliario Internacional*, Madrid, Eurolex, 1997.

³⁶ Sobre a regra em causa, v. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 554 e ss.

referida a um locador financeiro³⁷, provoca, nos quadros da nossa lei e da nossa prática, estranheza, mas a lei não deixa de o ser por ser má ...

A internacionalização da actividade de *leasing* tende a ser prejudicada pelos problemas de índole jurídica. A atenuação destes problemas poderia resultar da adopção generalizada da Convenção de Otava sobre locação financeira internacional³⁸. Infelizmente, passados mais de 20 anos sobre a sua aprovação, não parece que assim vá suceder. Tendo embora apenas indirectamente efeitos no plano internacional talvez a atrás referida *Unidroit Model Law on Leasing* possa contribuir para tal atenuação

4. OS SUJEITOS DO CONTRATO

Embora comumente se caracterize a locação financeira como operação tripartida, os sujeitos do contrato de locação financeira são apenas dois: a entidade locadora e o locatário utilizador do bem. O fornecedor, qualquer que seja a construção que se faça das relações do locador e do locatário com ele, é estranho, ao menos neste sentido, ao contrato de locação financeira, já que não é parte nele.

Locador, já o sabemos, só o podem ser os bancos, as sociedades de locação financeira e as instituições financeiras de crédito (IFIC). A lei explicita que «as entidades habilitadas a exercer a actividade de locação financeira podem constituir consórcios para a realização de operações que constituem o seu objecto» (art. 7.º do Dec.-Lei 72/95, na redacção do Dec.-Lei 285/2001, que de resto, no essencial, reproduz o art. 8.º do Dec.-Lei 103/86, o qual, por sua vez, tinha mantido o essencial do art. 10 do Dec.-Lei 135/79, de 18 de Maio) – sendo, porém, duvidoso que tais «consórcios» reentrem na figura que o Dec.-Lei 231/81, de 28 de Julho regula sob tal nome³⁹.

³⁷ O que a versão em língua francesa da directiva em causa diz é: «Sans préjudice de la responsabilité du producteur, toute personne qui importe un produit dans la Communauté en vue d'une vente, location, *leasing* ou toute autre forme de distribution dans le cadre de son activité commerciale est considérée comme producteur de celui-ci au sens de la présente directive et est responsable au même titre que le producteur» (art. 3.º, n.º 2).

³⁸ Sobre essa convenção, v. RUI PINTO DUARTE, *Escritos sobre Leasing e Factoring*, cit., pp 111 e ss.

³⁹ Sobre a figura do consórcio, mormente aquela que o Dec.-Lei 231/81 regula sob tal nome, v., na doutrina, LUÍS BIGOTTE CHORÃO, «A Propósito das **Societates** e do Consórcio», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, vol. I, FDUL/Coimbra Editora, 2003, ANTONIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2001 (pp. 450 e ss.), ABILIO MANUEL DE ALMEIDA MORGADO, «Regime Jurídico-Tributário do Consór-

Actualmente não há restrições à assunção da qualidade de locatário financeiro, ao contrário do que sucedia no regime português inicial, por força das restrições ao próprio objecto do contrato.

5. AS RELAÇÕES ENTRE O LOCATÁRIO E O FORNECEDOR⁴⁰

Se é certo que o fornecedor da coisa (vendedor ou empreiteiro consoante diz o art. 13 do Dec.-Lei 149/95 e como antes dizia o art. 23 do Dec.-Lei 171/79) não é parte no contrato de locação financeira, não menos certo é que ele não pode ser ignorado. A coisa que ele vende ou constrói é simultaneamente objecto do contrato que realiza com o locador e do que este realiza com o locatário. Não é o locador que vai utilizar essa coisa, mas sim o locatário, pelo que há necessariamente uma ligação entre este e o fornecedor.

Não será demais frisar, no entanto, que é o locador quem contrata com o fornecedor, embora segundo instruções do locatário, e que, no pensamento subjacente à nossa lei, bem como na nossa prática, o faz pessoalmente, ou seja, sem que o locatário o represente, como muitas vezes sucede noutros países.

O legislador português contemplou as relações entre locatário e fornecedor, atribuindo àquele o exercício de, «quando disso seja caso, todos os direitos relativos ao bem locado ou resultantes do contrato de compra e venda ou de empreitada» (art. 13 do Dec.-Lei 149/95). Nos países em que a lei é omissa a tal respeito, é a prática contratual que revela a normal atribuição pelo locador ao locatário do direito de demandar judicialmente o fornecedor, para o exercício dos direitos que normalmente competiriam ao locador. Aliás, foi

cio, da Associação em Participação e da Associação à Quota. Estudo Preparatório do Decreto-Lei n.º 3/97, de 8 de Janeiro», in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 385, Janeiro-Março 1997, ALBERTO AMORIM PEREIRA, «O Contrato de “Joint Venture” Conceito e Prática», in *ROA*, ano 48, III, Lisboa, Dezembro 1988, MANUEL ANTÓNIO PITA, «Contrato de Consórcio», in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XXX, n.º 2, Abril-Junho 1988, PAULO ALVES DE SOUSA DE VASCONCELOS, *O Contrato de Consórcio*, cit., RAÚL VENTURA, «Primeiras Notas sobre o Contrato de Consórcio», in *ROA*, ano 41, III, Setembro-Dezembro 1981, e ARMINDO RIBEIRO MENDES e JOSÉ ANTÓNIO VELOZO, «Consórcios Internacionais», in *Scientia Juridica*, Janeiro-Dezembro 1982, tomo XXXI, n.ºs 175-178, pp. 138 e ss., mormente pp. 150 e ss. (sendo de sublinhar que este último texto foi escrito no quadro legal anterior ao Dec.-Lei 231/81, de 28 de Julho). Na Jurisprudência, v., por exemplo, o acórdão Rel. Lisboa 16.4.96, in *CJ XXI*, tomo II, pp. 94 e ss., o acórdão STJ 24.2.99, in *CJ-STJ VII*, tomo I, pp. 124 e ss., e o acórdão Rel. Lisboa 27.9.07, in www.dgsi.pt, processo 3423/2007-6.

⁴⁰ Neste número, utilizo parte do que escrevi no n.º 4.5 do texto *A Locação Financeira (Estudo Jurídico do Leasing Financeiro)* incluído no meu citado livro *Escritos sobre Leasing e Factoring*.

sobretudo este facto que levou os autores a tentar levantar uma construção jurídica que enquadrasse as relações entre locatário e fornecedor, o mesmo é dizer, que desse forma jurídica ao carácter tripartido (triangular) da relação fáctica.

Tal tentativa foi sobretudo levada a cabo por autores franceses e antes de mais por El Mokhtar Bey⁴¹, que lhe dedicou parte relevante do livro que escreveu sobre *leasing*⁴². A figura para que recorrentemente se apelou foi a do mandato.

Para Bey, o *leasing* e o *crédit-bail* mobiliários seriam traduzidos no plano jurídico pela imbricação de três figuras: o mandato, a venda (entre o fornecedor e o locador) e a locação, tendo o mandato lugar em várias fases da operação⁴³. Seria por virtude de um mandato, outorgado pelo locador, que o locatário procederia à compra da coisa; seria também por virtude de um mandato que o locatário receberia a coisa; e, por último, seria por virtude de um mandato que o locatário poderia demandar judicialmente o fornecedor.

Repare-se que autores houve que, também recorrendo à figura do mandato, o fizeram com um sentido exactamente oposto, já que sustentaram que o mandante seria o locatário, sendo mandatário o locador⁴⁴. Aliás, esta outra formulação da «teoria do mandato» precedeu aquela. Por outro lado, não foi Bey o primeiro a formular, nos seus termos gerais, aquela primeira posição, mas sim Champaud, que a sustentou na sequência de crítica à segunda posição referida.

Na primeira, do ponto de vista cronológico, das suas formulações, a «teoria do mandato» foi alvitrada pela *Chambre Nationale des Conseillers Financiers*, falando de «un mandat tacitement donné par le premier et reçu par la société de *leasing* lui permettant d'acheter le matériel choisi par le preneur et le faire livrer suivant les indications qui lui sont fournies»⁴⁵.

Champaud criticou-a dizendo, nomeadamente, que se o locatário fosse o mandante «il faudrait admettre qu'en vertu du principe que les effets du mandat se produisant en la personne du mandant, l'acquisition du matériel est réputée

⁴¹ V., no entanto, também MICHELE HARICHAUX-RAMU, «Le transfert des garanties dans le crédit-bail mobilier (étude de contrats-types)», in *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1978, n.º 4, pp. 209 e ss.

⁴² *De la Symbiotique dans les Leasing et Crédit-bail Mobiliers*, Paris, Dalloz, 1970.

⁴³ *De la Symbiotique dans les Leasing et Crédit-bail Mobiliers*, cit., pp. 34 e ss., 94 e ss. e 141 e ss.

⁴⁴ V. CARLOS VIDAL BLANCO, *El Leasing*, Madrid, Edit. Instituto de Estudios Fiscales, 1977, pp. 130 e ss., BEY, *De la Symbiotique dans les Leasing et Crédit-bail Mobiliers*, cit., pp. 76 e ss. e RENÉ RODIÈRE, *Droit Commercial*, Paris, Dalloz, 1975, pp. 219 e ss.

⁴⁵ Citado em BEY, *De la Symbiotique dans les Leasing et Crédit-bail Mobiliers*, p. 77.

faite pour le compte du locataire» e sustentou que seria o locador que outorga ao promitente-locatário um mandato para este escolher o material e discutir os pormenores técnicos da operação⁴⁶.

Bey apoiou tal posição e desenvolveu-a no sentido já indicado (intervenção da figura do mandato em vários momentos). A posição de Bey, não logrou, contudo, recolher a unanimidade das opiniões.

A teoria do mandato na formulação da *Chambre Nationale des Conseillers Financiers* parece claramente inadequada, já que, como bem assinalou Champaud no passo transcrito, não é por conta do locatário que o locador age.

Mario Giovanoli⁴⁷ tentou retomar esta tese que sustentou ter sido apressadamente abandonada. Segundo o Autor, o facto de a aquisição dever ser tomada como feita por conta do locatário não oferece dificuldades, já que, na sua construção, o locatário é o verdadeiro adquirente, o qual, contudo, ao mesmo tempo que adquire a coisa ao fornecedor, aliena-a ao locador, com vista a garantir o pagamento dos fundos que esta empresta. Trata-se, pois, de uma posição que só aparentemente retoma a da *Chambre Nationale des Conseillers Financiers*, já que se enquadra numa construção jurídica global do *leasing* financeiro assaz diferente.

A adequação à realidade da «teoria do mandato», na sua outra formulação, parece ser possível, pelo menos em alguns casos, tudo dependendo, como é óbvio, de como os factos se passem. É que, mesmo dando como ponto assente, como o fez Bey, que o problema só se coloca após a conclusão do contrato de locação financeira, sempre seriam abstractamente possíveis duas vias: o locador celebrar pessoalmente com o fornecedor o contrato de compra e venda (e o mesmo, *mutatis mutandis*, se diga a respeito daquilo que Bey chama mandato acessório – para a recepção da coisa) ou a celebração desse contrato se dar sendo o locador nele representado pelo locatário. Naquela hipótese não há certamente lugar à figura do mandato, mas nesta ele terá certamente lugar – não sendo, porém, um elemento próprio do contrato de locação financeira, mas algo (um outro contrato) que lhe é justaposto. Não parecem, pois, nesta medida, pertinentes as objecções levantadas à posição de Bey, nomeadamente as de Rodière⁴⁸, que, sustentando que o locatário age também no seu interesse, já que será ele o utilizador da coisa, pretende daqui retirar um argumento contrário à tese de Bey. O facto de o locatário agir também no seu interesse não obsta a que a figura do mandato tenha lugar.

⁴⁶ V. *Jurisclasseur Périodique*, 1965.1.1954.

⁴⁷ *Le Crédit-bail (Leasing) en Europe: Développement et Nature Juridique*, Paris, Litec, 1980, p. 406.

⁴⁸ *Droit Commercial*, cit., p. 38.

Deve, no entanto, levar-se em conta que toda esta problemática radica num quadro distinto do traçado na lei portuguesa. No que toca ao chamado mandato inicial (para a compra da coisa), e também no que toca ao chamado mandato acessório, o que impressionava a Bey era o desequilíbrio das situações do locador e do locatário ... a favor deste. «*Une partie agit, une autre subit*»⁴⁹. Na descrição e visão de Bey, este negociaria com o fornecedor sem intervenção daquele, ficando, porém, o locador obrigado, por virtude do contrato de locação, a entregar a coisa em estado de permitir o seu gozo pleno pelo locatário. Por outro lado, no que toca ao mandato para o locatário estar em juízo demandando o fornecedor (*mandat d'ester*), a necessidade a que se procurava dar resposta era a da possibilidade de o locatário demandar directamente o fornecedor, mantendo o locador alheio às questões levantadas em torno das qualidades da coisa, já que este se limita a uma função financeira. Foi por isso que Rodière⁵⁰, que não aceitou a posição de Bey, chamou a atenção para a possibilidade de o locatário poder demandar o fornecedor, lançando mão da *action oblique* (acção subrogatória).

Ora, na lei portuguesa o quadro é bem diverso. Os arts. 12 e 13 do Dec.-Lei 149/95 determinam, por um lado, que o locador não responde pelos vícios da coisa locada, salvo o disposto no art. 1034 do Código Civil, e, por outro, que o locatário pode exercer contra o vendedor ou o empreiteiro, quando disso seja caso, todos os direitos relativos à coisa locada, o que, conjugado, resulta na atribuição pela lei ao locatário dos direitos que, na falta dessas normas, competiriam ao locador contra o fornecedor, ou seja, na subrogação legal do locatário nos direitos do locador contra o fornecedor⁵¹.

Dir-se-á que, face à lei portuguesa, está precludida a questão que Bey procurou resolver apelando para o mandato «*d'ester*», mas já não as questões que o mesmo autor procurou resolver fazendo chamada àquilo que denominou de mandato inicial e de mandato acessório.

No entanto, não parece possível traçar uma solução geral para tais questões, pois tudo depende do que for acordado. O máximo que se pode afirmar com alguma segurança – mas sem grandes consequências práticas – é que entre o contrato de locação financeira e o contrato de fornecimento há uma conexão relevante⁵².

⁴⁹ *De la Symbiotique dans les Leasing et Crédit-bail Mobiliers*, cit., p. 38.

⁵⁰ *Droit Commercial*, cit., p. 220.

⁵¹ Parece que não total, já que, nomeadamente, a atribuição do direito de resolução da compra e venda ou da empreitada ao locatário equivaleria à frustração dos interesses do locador, o que parece inadmissível.

⁵² Desenvolvendo essa linha de pensamento, v. ANA LOPEZ FRIAS, *Los Contratos Conexos*, Barcelona, José María Bosch, 1994, pp. 107 e ss.

6. O OBJECTO DA LOCAÇÃO FINANCEIRA

De acordo com o art. 2.º do Dec.-Lei 149/95, «a locação financeira tem como objecto quaisquer bens susceptíveis de serem dados em locação».

É de lembrar, porém, que, como já ficou escrito, a disciplina primitiva da figura restringia fortemente os bens sobre que podia recair: a locação financeira mobiliária só podia respeitar a bens de equipamento e a imobiliária só podia respeitar a «bens imóveis afectados ou a afectar ao investimento produtivo na indústria, na agricultura, no comércio ou em outros sectores de serviços de manifesto interesse económico ou social» (arts. 2.º e 3.º, n.º 1, do Dec.-Lei 171/79). Como se sublinhou, o primeiro alargamento do âmbito da locação financeira consistiu na possibilidade de a mesma ter por objecto imóveis destinados a habitação própria do locatário (Dec.-Lei 10/91), resultando a regra actual da redacção primitiva do Dec.-Lei 149/95.

O regime vigente, apesar de tudo, deixa margem para dúvidas, nomeadamente quanto à possibilidade de a locação financeira incidir sobre coisas incorpóreas (incluindo direitos). No profundo estudo que dedicou à locação financeira de acções⁵³, Margarida Costa Andrade sustentou, com argumentos fortes, a admissibilidade da mesma – solução essa que julgamos extensível à generalidade das coisas incorpóreas.

7. A FORMA DO CONTRATO

Como já vimos, de acordo com o art. 3.º, n.º 1, do Dec.-Lei 149/95, todos os contratos de locação financeira, qualquer que seja o seu objecto, podem ser celebrados por documento particular. No caso de imóveis, as assinaturas das partes devem ser presencialmente reconhecidas ou efectuadas na presença de funcionários dos serviços do registo, no momento da apresentação do pedido de registo (art. 3.º, n.º 2). À entidade que efectue o reconhecimento ou ao funcionário do registo perante o qual as assinaturas sejam feitas compete certificar a existência de licença de utilização ou de construção do imóvel (mesmo art. 3.º, n.º 3). No caso de móveis sujeitos a registo, as assinaturas das partes devem ser acompanhadas da indicação, feita por elas, do número, data e entidade emitente do bilhete de identidade ou documento equivalente emitido pela autoridade competente de um dos países da União Europeia ou do passaporte (art. 3.º, n.º 4).

⁵³ *A Locação Financeira de Acções e o Direito Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007 (sendo de relevar o que consta a pp. 81 e ss. e a pp. 379 e ss.).

Também nesta área as regras actuais são menos exigentes do que as passadas, tendo acompanhado a tendência para a dessolenização que tem marcado o direito português. O próprio Dec.-Lei 149/95 foi duas vezes alterado nos preceitos relevantes: primeiro, pelo Dec.-Lei 265/97, depois pelo Dec.-Lei 30/2008.

8. O REGISTO DA LOCAÇÃO FINANCEIRA

O n.º 5 do art. 3.º do Dec.-Lei 149/95 (introduzido pelo Dec.-Lei 30/2008) determina que «a locação financeira de bens imóveis ou de móveis sujeitos a registo fica sujeita e inscrição no serviço de registo competente».

O efeito do registo da locação financeira parece ser o de oponibilidade do direito do locatário financeiro a terceiros – nos termos do art. 5.º do Código Registo Predial⁵⁴.

A sujeição a registo da locação financeira foi determinada logo no Dec.-Lei 171/79 (art. 9.º, n.º 1) e foi depois regulada pelo Código do Registo Predial e nos diplomas sobre registo automóvel.

Actualmente, o preceito do Código do Registo Predial que prevê sujeição a registo de «a locação financeira e as suas transmissões» é o art. 2.º, alínea l), havendo ainda a sublinhar que a inscrição registral da locação financeira, para além das menções comuns a todas as inscrições, apenas contém o prazo e a data do seu início (art. 95, n.º 1, alínea n), do mesmo código).

No respeitante a automóveis, os preceitos relevantes são o art. 5.º, alínea d), do Dec.-Lei 54/75, de 12 de Abril (na redacção do Dec.-Lei 461/82, de 26 de Novembro), e os arts. 18, n.º 5, 42, n.º 5, e 60 do Dec.-Lei 55/75, de 12 de Fevereiro, na redacção do Decreto 130/82, de 27 de Novembro.

Vale a pena sublinhar que as inscrições registrais da locação financeira não contém menções a valores – ao contrário, por exemplo, das inscrições registrais da hipoteca que contém os valores dos créditos assegurados, bem como os dos seus acessórios e ainda os montantes máximos assegurados (art. 96, n.º 1, alínea a), do Código do Registo Predial).

⁵⁴ A oponibilidade a terceiros do direito de propriedade do locador não depende do registo da locação financeira, mas sim do registo desse direito de propriedade (com interesse para o tema, apesar de se referir ao caso dos bens não sujeitos a registo, v. ISABEL MENÉRES CAMPOS, «Breve Apontamento acerca do Contrato de Locação Financeira de Bens Móveis não Sujeitos a Registo – Oponibilidade a Terceiros do Direito da Locadora», in *Ars Iudicandi Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. II, *Direito Privado*, n.º 91 da colecção *Studia Iuridica* do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 109 e ss.).

Merece destaque a regra do n.º 2 do art. 17 do Dec.-Lei 149/95, introduzido pelo Dec.-Lei 30/2008, que possibilita o cancelamento do registo com fundamento na resolução do contrato por incumprimento com base na mera prova da comunicação da resolução à outra parte – regime este que nos parece francamente criticável, como explicaremos quando abordarmos a providência cautelar de entrega do bem locado (já que tal cancelamento ocorre normalmente a pedido do locador e constitui pressuposto de tal providência).

Por último, vale ainda a pena fazer referência à questão do cancelamento do registo de locação financeira em caso de o contrato ser cumprido mas o locatário não exercer o direito a adquirir a coisa locada. As questões que se colocam são a de saber se o cancelamento desse registo deve ser oficioso ou depender de solicitação nesse sentido (nomeadamente, por parte do locador) e, optando-se pela segunda possibilidade, a de saber como deve ser instruída essa solicitação. A favor da oficiosidade joga a chamada «realidade substantiva»: a locação financeira cessa os seus efeitos logo que o prazo contratual se esgota, se o locatário não exercer a opção de compra. Contra a oficiosidade joga uma consideração de índole prática: como pode o conservador saber se o locatário exerceu o seu direito a adquirir. O Conselho Técnico do Instituto dos Registos e do Notariado pronunciou-se sobre o assunto, sustentando que o registo de locação financeira relativo a veículos automóveis se mantém após o decurso do prazo contratual até que suceda um dos seguintes factos:

- Cancelamento por consentimento do locatário;
- Cancelamento ao abrigo do disposto no art. 118, n.º 1, do Código do Registo Predial;
- Registo de aquisição a favor do locatário⁵⁵.

9. O PRAZO CONTRATUAL

Em matéria de prazo, só vigoram actualmente três regras, todas resultantes da redacção que o Dec.-Lei 285/2001 deu ao art. 6.º do Dec.-Lei 149/95:

- A de que o prazo da locação financeira de coisas móveis não deve ultrapassar o correspondente ao período presumível de utilização económica da coisa (art. 6.º, n.º 1);
- A de que o contrato de locação financeira não pode ter duração superior a trinta anos (art. 6.º, n.º 2);

⁵⁵ Deliberação aprovada em 27.2.09, no processo C.Bm. 47/2008 STJ-CT.

- A de que, na ausência de estipulação de prazo (o que muito dificilmente sucederá!) o contrato de locação financeira se considera celebrado pelos períodos de dezoito meses ou de sete anos, consoante se trate de bens móveis ou imóveis (art. 6.º, n.º 3).

10. AS RENDAS

Antes de o serem em sentido jurídico, as rendas da locação financeira são rendas em sentido financeiro, isto é, sucessões de valores monetários que se vencem em momentos tendencialmente equidistantes uns dos outros.

Do ponto de vista financeiro, as rendas podem ser classificadas segundo vários critérios, que levam a opor:

- As rendas antecipadas às postecipadas;
- As rendas com termos constantes às rendas com termos variáveis⁵⁶.

No caso da locação financeira, como no de outros financiamentos (pense-se no crédito à habitação), as rendas, além de serem compostas por uma fracção do valor do capital financiado e a reembolsar, integram também o juro que remunera o serviço prestado pelo financiador. Naturalmente que, se a taxa de juro estiver ligada a algum índice, o valor das rendas tende a variar em função da variação desse índice.

Do ponto de vista financeiro, as rendas da locação financeira são iguais às de qualquer outro financiamento com estrutura semelhante. A consciência deste facto é essencial para a correcta análise jurídica dos problemas que a locação financeira coloca.

Entre esses problemas, estão, é claro, os que surgem em caso de pagamento antecipado das rendas – o qual, para que não se verifique o pagamento de juro relativo a um período de tempo que não chegou a decorrer, obriga ao que na linguagem financeira se chama a actualização do valor das rendas vincendas (cálculo do valor que no momento tido por actual corresponde ao valor de um crédito vincendo).

Por outro lado, a natureza económica das rendas da locação financeira leva a que elas juridicamente estejam muito mais perto das prestações de uma dívida (no sentido do art. 781 do Código Civil) do que das rendas da locação

⁵⁶ A variabilidade pode ser função da desigualdade do valor de capital de cada renda (rendas progressivas ou regressivas) e, no caso de as rendas integrem também juros, da indexação destes.

comum. O locatário financeiro, sobretudo no *full-pay-out leasing*, reembolsa uma única dívida de capital – não remunera a sucessiva utilização do bem.

Estas reflexões serão determinantes para a resolução dos problemas levantados pelas cláusulas de vencimento antecipado das rendas vincendas em caso de incumprimento, que adiante são tratados.

11. O PREÇO DE AQUISIÇÃO PELO LOCATÁRIO

Quanto ao preço de aquisição, a única regra que a lei vigente estabelece é a que sempre resultaria das regras gerais: a exigência da sua determinação ou determinabilidade (parte final do art. 1.º do Dec.-Lei 149/95).

Como já vimos, porém, nem sempre foi assim. O primeiro regime da locação financeira estabelecia que o preço de aquisição devia corresponder ao presumível valor residual do bem locado no fim do prazo do contrato (art. 10, n.º 3 do Dec.-Lei 171/79) e a versão primitiva do Dec.-Lei 149/95 determinava que, até o Banco de Portugal estabelecer outros limites, o valor residual não podia ser inferior a 2% nem relativamente aos bens móveis superior a 25% (art. 4.º, n.ºs 2 e 3 – revogado pelo Dec.-Lei 285/2001).

12. AS OBRIGAÇÕES DO LOCADOR RESULTANTES DA LEI

O Dec.-Lei 149/95, no art. 9.º, n.º 1, enuncia expressamente três obrigações do locador:

- Adquirir ou fazer construir o bem (alínea a));
- Conceder o gozo do bem (alínea b));
- Vender o bem (alínea c)).

A última das referidas obrigações merece desenvolvimento, na medida em que a sua construção jurídica levanta dúvidas.

Por força do contrato de locação financeira, o locatário tem o direito de «adquirir o bem locado, findo o contrato, pelo preço estipulado» (art. 10, n.º 2, alínea f) do Dec.-lei 149/95) ou, vistas as coisas pelo prisma do locador, este tem a obrigação de «vender o bem ao locatário, caso este queira, findo o contrato» (art. 9.º, n.º 1, alínea c) do Dec.-lei 149/95).

A primeira das disposições citadas é compatível quer com a ideia de que o contrato de locação financeira contém uma promessa unilateral de venda, quer com a ideia de que contém uma proposta de venda, nos termos que ocor-

rem no chamado contrato de opção⁵⁷. A segunda das disposições aponta, embora de modo não decisivo, no primeiro dos sentidos. A nossa opinião é de que dentro do quadro da lei ambas as construções são possíveis (sobretudo quando o objecto do contrato é um bem móvel) e que só face a cada contrato é possível determinar se o esquema contratual escolhido foi um ou outro⁵⁸.

Naturalmente, quando se tratar de mera promessa será necessário, após a declaração em que o locatário manifeste o propósito de adquirir, celebrar um contrato de compra e venda, ao passo que quando se tratar de proposta de venda a mesma produzirá os seus efeitos pela simples declaração de aceitação do locatário.

O facto de a coisa não existir fisicamente no momento do contrato de locação financeira não levanta qualquer problema, bem como não o levanta o facto de a coisa existir mas no património de outrem (o fornecedor), não havendo, nesta última hipótese, sequer que sustentar (como nos parece correcto) que as partes consideraram necessariamente o bem como futuro, já que o art. 467, n.º 2, do Código Comercial parece sempre aplicável⁵⁹.

13. AS OBRIGAÇÕES DO LOCATÁRIO RESULTANTES DA LEI

A lei impõe ao locatário uma extensa lista de obrigações. Ei-las por uma ordem algo diferente da do n.º 1 do art. 10 do Dec.-Lei 149/95:

- Pagar as rendas (alínea a));
- Fazer um uso prudente do bem (segunda parte da alínea e) e alínea k), na parte em que refere que, quando deva ser restituído, o bem deve estar em bom estado, ressalvadas as deteriorações inerentes a uma utilização normal);
- Assegurar a conservação do bem (primeira parte da alínea e));
- Aplicar o bem no fim a que se destina (alínea d));
- Facultar ao locador o exame do bem locado (alínea c));

⁵⁷ Sobre o qual se podem ver, por exemplo, ANA PRATA, *O Contrato-Promessa e o seu Regime Civil*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 395 e ss., TIAGO SOARES DA FONSECA, *Do Contrato de Opção – Esboço de uma Teoria Geral*, Lisboa, Lex, 2001, e CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, pp. 135, 163 e 164.

⁵⁸ Para a defesa de que se trata sempre de uma promessa unilateral de venda, v. FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, cit., pp. 397 e 398. Em sentido oposto, v. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, pp. 193 e 194.

⁵⁹ Esta última circunstância preclude qualquer discussão sobre se a nulidade cominada para a venda de bens alheios na legislação civil se estende ao contrato-promessa dessa venda e sobre o referido no texto no sentido de que, qualquer que seja a redacção do clausulado do contrato de locação financeira, haverá necessariamente a consideração da coisa como futura.

- Avisar o locador de vícios do bem, de perigos que o ameacem e da invocação de direitos por terceiros (alínea i));
- Efectuar seguros que cubram os riscos de perda e deterioração bem como o de danos por ela provocados (alínea j));
- Restituir o bem, no final do contrato, quando a opção de compra não seja exercida (alínea k));
- Nos casos em que o objecto da locação seja uma fracção autónoma, pagar as contribuições para o condomínio (alínea b)).

Um dos melhores modos de perceber o alcance dessas obrigações é compará-las com as que impendem sobre o locatário comum, nomeadamente com as enunciadas no art. 1038 do Código Civil – que manifestamente inspirou o elenco relativo ao locatário financeiro.

Essa comparação leva a concluir que:

- As obrigações de pagar as rendas, de fazer um uso prudente do bem, de aplicar o bem no fim a que se destina, de facultar ao locador o exame do bem locado e de avisar o locador de vícios do bem, de perigos que o ameacem e da invocação de direitos por terceiros são iguais na locação comum e na locação financeira;
- A obrigação de restituir o bem, no final do contrato, que é típica da locação comum, só existe na locação financeira quando a opção de compra não é exercida;
- Na locação comum a lei impõe ao locatário a obrigação de «tolerar as reparações urgentes» (art. 1038, alínea e), do Código Civil), sobre a qual nada diz no diploma que rege o contrato de locação financeira;
- O locatário financeiro tem a obrigação de assegurar a conservação do bem – o que é mais exigente que a obrigação de «manter e restituir a coisa no estado em que a recebeu, ressalvadas as deteriorações inerentes a uma prudente utilização» que o art. 1043 do Código Civil impõe ao locatário comum;
- O locatário financeiro tem a obrigação de efectuar seguros que cubram os riscos de perda e deterioração bem como o de danos por ela provocados, que o locatário comum não tem;
- O locatário financeiro de fracção autónoma tem a obrigação de pagar as contribuições para o condomínio, que no arrendamento comum são de conta do senhorio, salvo estipulação em contrário (art. 1078, n.ºs 1 e 3, do Código Civil)⁶⁰.

⁶⁰ Sobre o alcance dessa obrigação, v., por exemplo, os acórdãos do STJ de 10.7.08 (*in* www.dgsi.pt documento n.º SJ20080710010571), de 6.11.08 (*in* CJ-STJ ano XVI, tomo III, 2008,

14. O RISCO DE PERDA OU DETERIORAÇÃO DO BEM

Na locação financeira, o risco de perecimento ou deterioração da coisa corre por conta do locatário – sem prejuízo de estipulação em contrário. Tal regime decorre art. 15 do Dec.-Lei 149/95. No regime geral da locação, o locatário só responde pela perda da coisa ou pela sua deterioração anormal quando elas resultem de facto que lhe seja imputável (art. 1044 do C.C.). Há, na locação financeira, uma inversão do princípio⁶¹ *res suo domino perit*, o que se justifica pela configuração peculiar que o direito de propriedade do locador aqui assume e pelo facto de, do ponto de vista económico, o domínio da coisa, tendencialmente por todo o seu período de vida útil, pertencer ao locatário.

15. AS CLÁUSULAS CONTRATUAIS (*PRAETER LEGEM*) MAIS VULGARES⁶²

Apesar de o regime legal da locação financeira ser muito completo, a vida dá azo a que nos contratos surjam cláusulas sobre aspectos não previstos na lei. Vale a pena comentar algumas dessas cláusulas (a que no título chamei, de modo algo impreciso, mas que creio impressivo, «*praeter legem*»), até pelas controvérsias jurisprudenciais que têm gerado⁶³.

pp. 120 e ss.) e de 2.3.10 (in CJ-STJ ano XVIII, tomo I, 2010, pp. 84 e ss.) – cuja doutrina me parece ser a correcta –, o acórdão da Relação do Porto de 14.3.2006 e a *Anotação* ao mesmo de FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 20, Outubro/Dezembro 2007, pp. 50 e ss., e ainda URBANO DIAS, «Propriedade Horizontal: Despesas Inerentes ao Uso e Conservação, no Caso de Locação Financeira», in *O Direito*, ano 141, 2009, V, pp. 1033 e ss. – sendo de referir que o Conselheiro Urbano Dias foi relator do referido acórdão do STJ de 10.7.08.

⁶¹ Princípio esse que, ao contrário do que parece resultar de muita literatura, não é um verdadeiro princípio jurídico, mas sim um corolário económico do conteúdo do direito de propriedade (tomado este em sentido amplo).

⁶² Neste número, utilizo parte do que escrevi no texto «A Jurisprudência Portuguesa sobre *Leasing* – Algumas Observações», publicado na *Themis*, Ano I, n.º 1, 2000, e também incluído no meu citado livro *Escritos sobre Leasing e Factoring*.

⁶³ Sumariando as orientações do STJ acerca de algumas dessas cláusulas, v. LUIS ANTÓNIO NORONHA NASCIMENTO, «As Cláusulas Contratuais Gerais na Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça», in *Estudos de Direito do Consumidor*, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 5, 2003, pp. 112 e ss.

15.1. Cláusulas relativas à obrigação de entrega do bem locado

A lei não regula a entrega do bem – a qual, na prática, é feita pelo fornecedor ao locatário. Embora ao receber o bem, o locatário actue em interesse próprio, a verdade é que actua em nome do locador e também no interesse do locador⁶⁴. Daí que os clausulados contratuais regulem pormenorizadamente essa matéria, estabelecendo, normalmente que:

- A entrega deve ser feita pelo fornecedor ao locatário, o qual a recebe em nome do locador;
- O local da entrega;
- A entrega deve ser objecto de um «auto», que a comprove;
- O locatário deve avisar o locador da realização da entrega e enviar-lhe cópia do «auto»;
- Os atrasos na entrega não dão qualquer direito ao locatário financeiro contra o locador financeiro.

Creio que todas essas cláusulas são válidas. Relativamente à última vale a pena explicitar que a regra legal segundo a qual cabe ao locador financeiro conceder o gozo do bem locado não pode ser interpretada como pondo a cargo do locador o risco de o fornecedor não cumprir⁶⁵.

15.2. Cláusula estabelecendo o vencimento antecipado das rendas vindicadas em caso de incumprimento

Muitos contratos de *leasing* prevêem que os locadores, em caso de incumprimento pelo locatário, em alternativa à resolução do contrato, possam exi-

⁶⁴ Ao abrigo de um mandato ou de algo similar – v. *supra*, n.º 5.

⁶⁵ O acórdão da Relação de Lisboa de 20.5.99 (CJ ano XXIV, tomo III, 1999, pp. 107 e ss.), não se debruçando sobre um caso de falta de entrega, abordou um problema conexo: o de saber em que medida a ressalva da aplicação à locação financeira do art. 1034 do Código Civil implica que esteja necessariamente a cargo do locador financeiro a obtenção das licenças administrativas necessárias ao uso do bem locado. Entendeu o Tribunal que cabia ao locador essa obtenção, apesar de o contrato de locação financeira ter cláusulas que punham a cargo do locatário «a regularização da documentação». Em minha opinião, não é esse o sentido da ressalva do art. 1034, pois os casos em que este preceito manda considerar incumprido o contrato de locação o que têm de comum é o locador haver assegurado ter, no plano do Direito Privado, o direito necessário para dar a coisa em locação. Assim como a regra que diz caber ao locador financeiro conceder o gozo do bem locado não pode ser interpretada como pondo a seu cargo o risco de o fornecedor não cumprir, a ressalva do art. 1034 não pode ser interpretada como impedindo as partes de convencionarem caber ao locatário financeiro obter o licenciamento administrativo e suportar os prejuízos da não obtenção ou da obtenção tardia.

gir antecipadamente as rendas vincendas até final do contrato. A validade desta cláusula foi negada em várias decisões dos nossos Tribunais⁶⁶, como de resto, sucedeu também noutros países⁶⁷.

A cláusula é vulgar pelo Mundo fora, nomeadamente nos contratos ditos de amortização integral (*full-pay-out leasing*). Para se compreender a estipulação em jogo, há que ter em conta que, como vimos, o *leasing* financeiro – sobretudo a modalidade de amortização integral – é funcionalmente equivalente a um mútuo. O serviço que o locador financeiro presta ao locatário é idêntico ao que um banco poderia prestar, sendo a principal diferença a de que, enquanto o banco ficaria provavelmente a dispor de um penhor ou de uma hipoteca sobre o bem financiado, o locador financeiro fica titular do direito de propriedade sobre o mesmo.

Como também realçámos atrás, dos pontos de vista económico e do cálculo financeiro, as rendas do *leasing* são rigorosamente iguais às prestações («rendas», na terminologia do cálculo financeiro) pelas quais um mutuário reembolsa capital e paga juros (quando a amortização do capital e o pagamento dos juros não são feitos em prestações separadas).

Primacialmente, os locadores financeiros não estão interessados em reaver os bens locados. A sua lógica é financeira (como se reflecte na natureza das empresas em causa). O que os locadores financeiros pretendem é ser reembolsados dos valores que investem nos bens e ser retribuídos pelos serviços que prestam.

É claro que, perante o incumprimento do locatário (incumprimento no sentido estrito, no sentido de incumprimento definitivo), se o locatário não tiver meios com que pagar, é preferível ao locador reaver o bem do que ficar sem nada. Por isso mesmo, os contratos de locação financeira prevêm (tendencialmente sempre) a hipótese de resolução pelo locador com base em incumprimento pelo locatário e, para essa hipótese, atribuem ao locador direito a exigir do locatário:

- a) As rendas vencidas e não pagas (e respectivos juros);

⁶⁶ V. acórdão Rel. Lisboa de 13.3.90 (CJ ano XV, tomo II, 1990, pp. 129 e ss.), acórdão STJ de 7.3.91 (BMJ 405, pp. 465 e ss.), acórdão Rel. Lisboa de 27.2.92 (CJ ano XVII, tomo I, 1992, pp. 172 e ss.), acórdão Rel. Lisboa de 24.6.93 (BMJ 428, p. 662), acórdão Rel. Coimbra de 23.11.93 (CJ, ano XVIII, tomo V, 1993, pp. 38 e ss.), acórdão STJ de 5.7.94 (BMJ 439, pp. 516 e ss., ou CJ-STJ, ano II, tomo II, 1994, p. 170, ou ainda CJ-STJ ano II, tomo III, 1994, pp. 41 e ss.) e acórdão STJ de 17.11.94 (BMJ 441, pp. 274 e ss.).

⁶⁷ V. GRAF VON WESTPHALEN, *Der Leasingvertrag*, 2.^a ed., Colónia, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1984, pp. 404 e ss., MICHAEL MARTINEK, *Moderne Vertragstypen*, vol. I, *Leasing und Factoring*, Munique, C.H. Beck, 1991, pp. 214 e ss., e MARIO GIOVANELLI, *Le Crédit-Bail (leasing) en Europe. Développement et Nature Juridique*, cit., pp. 249 e ss.

- b) O bem locado;
- c) Uma indemnização pelos prejuízos sofridos, com a natureza de cláusula penal.

No entanto, precisamente por virtude da referida falta de interesse no re-possamento do bem locado, os contratos de locação financeira, em Portugal como nos outros países, prevêem frequentemente a referida alternativa à resolução pelo locador em caso de incumprimento pelo locatário: *o direito de o locador exigir antecipadamente as rendas vincendas*.

Note-se de passagem que não é apenas na locação financeira que o incumprimento pode dar lugar, *em alternativa*, à faculdade de resolução do contrato e à de exigência do cumprimento do mesmo. Isso é, até, o que genericamente se verifica, a começar pelo vulgaríssimo contrato-promessa de compra e venda, em que a falta de pagamento pelo promitente-comprador pode dar lugar, em alternativa, à resolução ou à execução específica.

Voltando ao cerne do problema, lembre-se que prestações de reembolso do mútuo são fracções de uma única prestação e que é por isso que ninguém hesita em entender aplicável ao mútuo o art. 781 do Código Civil, segundo o qual, quando a obrigação pode ser liquidada em duas ou mais prestações, a falta de realização de uma delas importa o vencimento de todas. O mesmo é dizer que as cláusulas que conferem aos locadores financeiros o direito a, em caso de incumprimento pelo locatário, exigir antecipadamente as rendas vincendas são, na parte em que tais rendas correspondem a capital, similares à faculdade de o mutuante exigir o pagamento antecipado de todas as prestações de capital, em caso de falta de pagamento de alguma. O problema que se pode e deve colocar é o de saber se o facto de as rendas da locação financeira englobarem juros torna a sua exigibilidade antecipada ilícita.

A convenção de Otava sobre *leasing* internacional prevê que o locador, em caso de incumprimento substancial pelo locatário, para além das rendas vencidas e não pagas, juros e indemnização, e em alternativa à resolução do contrato, «pode ainda exigir o pagamento antecipado do valor das rendas futuras, se tal estiver previsto no contrato de locação financeira»⁶⁸.

A expressão acabada de citar não é inocente: o *valor* das rendas futuras inculca a ideia de que o que o locador pode exigir, ao abrigo de tal Convenção, não são os quantitativos nominais das rendas futuras, mas antes, para utilizar linguagem dos financeiros, o seu valor actual, à data da exigência, ou seja, a

⁶⁸ V. o respectivo art. 13.º, n.º 2, *in* RUI PINTO DUARTE, *Escritos sobre Leasing e Factoring*, cit., p. 127.

parte do seu valor que corresponde à amortização de capital e já não a parte que corresponde a juros.

Na verdade, tendo em conta que as rendas da locação financeira se decompõem em amortização de capital e em juros, a exigência antecipada da sua totalidade engloba a exigência antecipada dos juros incorporados nas rendas. Na medida em que a parcela dos juros seja parte muito significativa do valor das rendas, a exigência antecipada das mesmas pelo seu valor nominal leva a desequilíbrios favoráveis aos locadores, cuja aceitabilidade há que discutir.

A cláusula que estabelece o vencimento antecipado das rendas assume, muito provavelmente, natureza de cláusula penal⁶⁹, que está ausente da referência do n.º 2 do art. 13 da Convenção de Otava (na economia de tal art. 13, o direito à indemnização vem tratado no n.º 1 – e não no n.º 2).

Assim se vê que, mesmo tendo em consideração que a exigência antecipada de rendas vincendas representa a exigência antecipada das parcelas de juros que as mesmas contêm, nem por isso a cláusula em causa fica condenada, atendendo a que é da natureza das cláusulas penais imporem aos inadimplentes sacrifício maior que o mero cumprimento forçado. Aliás, *se a exigência do cumprimento antecipado tivesse por objecto apenas a parte de capital incluída nas rendas, isso não representaria qualquer sanção para o locatário e poderia redundar, até, numa faculdade de cumprimento antecipado ilógica, tendo em vista que o prazo é estabelecido (também) em benefício do locador.*

Parece, pois, claro que a Convenção referida legitima cláusulas como as aqui discutidas – legitimação essa que ultrapassa a vigência da mesma Convenção, por o seu texto exprimir a *communis opinio* sobre a matéria em causa. Tão comum é essa opinião que foi apoiada mesmo pelos representantes daqueles países (encabeçados pela França) cujas doutrina e jurisprudência mais se opuseram à assimilação da locação financeira a um puro negócio de crédito⁷⁰.

O último e primeiro reduto da argumentação no sentido da admissibilidade das cláusulas em discussão está, porém, no princípio da liberdade contratual. No domínio dos contratos vigora o princípio da liberdade (art. 405 do Código Civil), pelo que, não havendo nenhuma regra imperativa em contrário, as estipulações das partes, incluindo as respeitantes às consequências do incumprimento, se devem, em princípio, ter por válidas.

⁶⁹ Desde que se pense que a cláusula penal não tem necessariamente uma função indemnizatória, podendo ter, apenas, uma função de compulsão ao cumprimento (sobre tal questão, v. por todos, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990, *maxime* pp. 647 e ss.).

⁷⁰ Cfr. os dois volumes com as actas da Conferência de Otava de 1988 publicados pelo *Unidroit* sob o título (na versão inglesa) *Diplomatic Conference for the Adoption of the Draft Unidroit Conventions on International Factoring and International Financial Leasing*.

Diga-se ainda que as cláusulas em jogo não representam⁷¹ a indemnização do interesse contratual positivo, na medida em que se está fora do quadro da resolução.

A outro tempo, previna-se que não é procedente a invocação contra o que ficou defendido da doutrina (bem) fixada no acórdão uniformizador do Supremo Tribunal de Justiça 7/2009, consistente em que no «no contrato de mútuo oneroso liquidável em prestações, o vencimento imediato destas ao abrigo de cláusulas de redacção conforme ao artigo 781.º do Código Civil não implica a obrigação de pagamento dos juros remuneratórios nelas incorporados»⁷². Na verdade, neste aspecto mútuo e locação financeira são bem diversos: *enquanto no mútuo o vencimento antecipado da prestação do financiado equivale ao fim da execução do contrato* (a prestação do mutuante havia sido cumprida anteriormente e a do mutuário passa a ser devida de imediato), *na locação financeira o programa da execução da prestação do financiador* (a concessão do gozo do bem objecto do contrato) *mantém-se inalterado, justificando-se a alteração (“aceleração”) do programa da execução da prestação do financiado pelo seu incumprimento*. As situações não são, assim, análogas.

Isso não significa que, em concreto, algumas vezes, essas cláusulas não se revelem demasiadamente onerosas para os locatários. A solução para o desequilíbrio excessivo está, naturalmente, no art. 812 do Código Civil.

Vale a pena dizer que as decisões dos Tribunais portugueses que afirmaram a nulidade da cláusula não partiram da melhor colocação dos problemas em causa, discutindo sobretudo se a exigibilidade antecipada das rendas é compatível com a resolução do contrato. É evidente que se tiver havido resolução não pode haver exigência antecipada de rendas vincendas – porque obviamente a resolução do contrato faz desaparecer rendas vincendas.

Em abono das decisões referidas, há a acrescentar que a colocação de problemas nelas feita foi induzida pelos textos das cláusulas contratuais cujo sentido e validade discutiram. Na verdade, pelo menos algumas dessas cláusulas estabeleciam que, em caso de incumprimento pelo locatário financeiro, o locador podia resolver o contrato e optar, de seguida, ou pela exigência da devolução do bem locado e de um montante indemnizatório ou pela exigência antecipada das rendas vincendas (mantendo-se a locação). É bem de ver que a qualificação feita pelos redactores das cláusulas dos direitos que quiseram atribuir ao locador financeiro está errada. A exigência antecipada das rendas vincendas (mantendo-se a locação) não configura a resolução do contrato.

⁷¹ Como se escreveu no acórdão da Relação de Lisboa de 27.2.92 e como se interrogou na parte final do acórdão do STJ de 5.7.94 (referidos na nota 66).

⁷² DR, I Série, 5 de Maio de 2009.

Esse erro de qualificação constante dos textos contratuais, porém, condicionou a jurisprudência.

Além disso, também pelo menos nalguns casos⁷³, as cláusulas em jogo não só permitiam ao locador a exigência das rendas como admitiam a exigência do preço de venda (o chamado “valor residual”) – o que parece inadmissível.

15.3. Cláusula penal estabelecendo a obrigação de, em caso de resolução do contrato com fundamento em incumprimento do locatário, este indemnizar o locador mediante o pagamento de uma certa percentagem das rendas vincendas

Como escrevi antes, os contratos de locação financeira prevêm (tendencialmente sempre) a hipótese de resolução pelo locador com base em incumprimento pelo locatário e, para essa hipótese, atribuem ao locador direito a exigir do locatário não só as rendas vencidas e não pagas e a devolução do bem locado como uma indemnização pelos prejuízos sofridos, com a natureza de cláusula penal.

Em Portugal, nos primeiros anos da história da locação financeira, por força da intervenção na matéria do Banco de Portugal, que se verificou até ao Dec.-Lei 168/89, de 24 de Maio, a indemnização referida era fixada, na generalidade, se não mesmo em todos os contratos-tipo, em 20% do somatório dos valores das rendas vincendas com o chamado «valor residual». Actualmente, essa percentagem apresenta variações, sendo em muitos casos superior a tais 20%.

Por vezes, surgem vozes no sentido de que tais cláusulas são manifestamente excessivas e, portanto, susceptíveis de redução, nos termos do art. 812 do Código Civil.

Não é, porém, viável fazer um tal juízo com carácter geral. Só perante cada situação de resolução é possível apurar se a cláusula é manifestamente excessiva. Dos direitos que a resolução gera para o locador pode resultar lucro ou prejuízo relativamente ao que se verificaria se o locatário cumprisse. Depende do valor do capital em dívida à data da resolução e do valor pelo qual o locador aliene a terceiros o bem objecto da locação financeira (ou, se se preferir, do valor de mercado desse bem). Se este valor for maior do que aquele, todo o montante da cláusula penal é um «sobrelucro», que poderá ser considerado manifestamente excessivo. Se esse segundo valor for menor do que o primeiro,

⁷³ V. o acórdão do STJ de 7.3.91 e o acórdão da Relação de Lisboa de 24.6.93 (citados na nota 66).

o montante da cláusula penal destinar-se-á primacialmente a compensar o prejuízo, podendo até nem ser suficiente para isso (sobretudo quando a resolução tenha lugar num momento em que o capital em dívida seja elevado e o bem pouco valha no mercado de segunda mão).

15.4. Cláusula penal estabelecendo a obrigação de, em caso de resolução do contrato com fundamento em incumprimento do locatário e não devolução do bem, o locatário indemnizar o locador mediante o pagamento de um certo valor por cada período de tempo de atraso na devolução

Também são vulgares as cláusulas que estabelecem a obrigação de o locatário indemnizar o locador mediante o pagamento de um certo valor por cada período de tempo de atraso na devolução, em caso de a resolução do contrato com fundamento em incumprimento do locatário e de não devolução do bem.

Em relação a estas cláusulas surgem outrossim vozes no sentido de que as mesmas são excessivas e, portanto, susceptíveis de redução, nos termos do art. 812 do Código Civil.

À semelhança do que escrevi a propósito das cláusulas penais tratadas no (sub) número anterior, creio que não é viável fazer um juízo com carácter geral. No sentido da admissibilidade destas cláusulas joga o art. 1045 do Código Civil que para a locação comum estabelece as regras de que se a coisa locada não for restituída logo que o contrato finde o locatário é obrigado a pagar a título de indemnização até ao momento da restituição a renda estipulada e que logo que se constitua em mora essa indemnização é elevada para o dobro. No entanto, quando se esteja perante um caso de *full-pay-out leasing* e a resolução surja perto do final do contrato, pode bem suceder que o valor a pagar em função das cláusulas em jogo supere em muito o que o locatário teria que pagar para adquirir o bem – o que não é razoável⁷⁴.

⁷⁴ No sentido de que é válida a cláusula estabelecida num contrato de locação financeira segundo a qual, em caso de resolução do mesmo por incumprimento do locatário, o locador tem direito a receber durante a mora na restituição do objecto do contrato um valor igual ao da última renda – não sendo essa cláusula contrária ao art. 19, alínea c) do Dec.-Lei 446/85, de 25 de Outubro – v. o acórdão do STJ de 12.6.07 (*in* CJ-STJ ano XV, tomo II, 2007, pp. 107 e ss.). No mesmo sentido, mas acrescentando que o art. 1045, n.º 2, do Código Civil não se aplica à locação financeira, v. o acórdão do STJ de 9.3.10 (*in* CJ-STJ ano XVIII, tomo I, 2010, pp. 112 e ss.).

16. A TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO DO LOCADOR

No respeitante à transmissão da posição contratual do locador financeiro, o preceito relevante é o n.º 4 do art. 11 que estabelece: «O contrato de locação financeira subsiste para todos os efeitos nas transmissões da posição contratual do locador, ocupando o adquirente a mesma posição jurídica do seu antecessor».

O preceito em causa parece inútil. Por um lado, é redundante, porque se há transmissão da posição contratual o contrato subsiste... Por outro lado, nada diz sobre os verdadeiros problemas, nomeadamente, o de saber se o locador financeiro pode transmitir a sua posição sem o consentimento do locatário e o de saber o que sucede ao contrato no caso de alienação do bem locado desacompanhada de cessão expressa da posição contratual.

Sobre tais problemas, parece-me que:

- A cessão da posição está submetida às regras do art. 424 do Código Civil, estando, pois, dependente de consentimento do locatário;
- A alienação do bem locado tenderá a significar uma cessão da posição contratual (tudo dependendo, porém, do sentido que em concreto se deva atribuir ao negócio celebrado pelo locador com o adquirente do bem).

Vale ainda a pena lembrar que a mera cessão de créditos pelo locador – que será operação mais vulgar que a cessão da posição contratual – não depende do consentimento do locatário, por força do estabelecido no art. 577, n.º 1, do Código Civil.

17. A TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO DO LOCATÁRIO

Vale a pena distinguir entre:

- Transmissão *inter vivos* voluntária
- Transmissão *inter vivos* forçada
- Transmissão *mortis causa*

17.1. Transmissão *inter vivos* voluntária

No respeitante à transmissão *inter vivos* voluntária, as regras relevantes constam dos n.ºs 1 a 3 do art. 11 do Dec.-Lei 149/95 (na redacção que lhes foi dada pelo Dec.-Lei 265/97), ou seja:

- No caso de bens de equipamento a posição do locatário é transmissível sem necessidade de consentimento do locador em caso de a mesma ser englobada num trespasse de estabelecimento comercial;
- Nos demais casos a transmissão da posição do locatário está submetida ao regime geral da locação, pelo que depende do consentimento do locador (art. 1059, n.º 2, do Código Civil);
- Em qualquer caso, o locador pode opor-se à transmissão da posição do locatário, se o cessionário não oferecer garantias bastantes de que o contrato será cumprido.

17.2. Transmissão *inter vivos* forçada

A coisa objecto de locação financeira não é penhorável pelos credores do locatário financeiro, mas julgamos que a posição contratual do locatário financeiro o é, ao abrigo do art. 860-A do Código de Processo Civil⁷⁵. Naturalmente, a essa penhora pode seguir-se a venda executiva da posição jurídica em causa.

17.3. Transmissão *mortis causa*

O n.º 1 o art. 11 do Dec.-Lei 149/95 estabelece que «tratando-se de bens de equipamento, é permitida (...) a transmissão por morte, a título de sucessão legal ou testamentária, quando o sucessor prossiga a actividade profissional do falecido», decorrendo do n.º 3 desse mesmo artigo (na redacção do Dec.-Lei 265/97) que o locador se pode opor a tal transmissão quando o cessionário não ofereça «garantias bastantes à execução do contrato».

A primeira parte de tal n.º 1 transcrita no parágrafo anterior não pode ser interpretada *a contrario*, sob pena de se chegar⁷⁶ ao resultado paradoxal de que no caso de locação financeira de bens imóveis e de bens de consumo duradouro a morte do locatário financeiro determinaria a extinção do contrato, sem que nada fosse transmitido aos seus sucessores (o que equivaleria a uma

⁷⁵ Sobre tal artigo do Código de Processo Civil, v. JOSÉ LEBRE DE FREITAS e ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 3.º, Coimbra Editora, 2003, pp. 461 e ss., e JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Acção Executiva depois da Reforma da Reforma*, 5.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, pp. 252 e ss.

⁷⁶ Como chega FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual de Locação Financeira*, cit., pp. 103 e 104.

expropriação em favor do locador financeiro que nada justifica e que repugna ao sistema). O sentido útil dessas (infelizes) palavras da lei há-de ser o de que não são válidas quaisquer cláusulas que condicionem a transmissão sucessória na hipótese em causa – sem prejuízo do disposto no referido n.º 3 do mesmo artigo.

Assim, julgo que a regra é a da transmissão *mortis causa* da posição de locatário financeiro – a qual, porém, pode ser condicionada por cláusula contratual, salvo quando se trate de equipamento e o sucessor prossiga a actividade profissional do falecido, e à qual o locador se pode opor quando o cessionário não ofereça «garantias bastantes à execução do contrato».

18. (SUB)LOCAÇÃO DE BENS OBJECTO DE LOCAÇÃO FINANCEIRA

18.1. Admissibilidade

Não há que ter dúvidas quanto a que um locatário financeiro pode dar em (sub?)locação o bem objecto da locação financeira. Não só isso resulta do princípio da liberdade contratual como a lei se refere expressamente a tal possibilidade, ao estabelecer que é obrigação do locatário financeiro não proporcionar a outrem o gozo do bem por meio de sublocação, excepto se o locador financeiro o autorizar (art. 10, n.º 1, alínea g), do Dec.-Lei 149/95, na redacção do Dec.-Lei 265/97).

No entanto, a situação em causa merece algumas notas.

18.2. Qualificação da situação

A primeira nota destina-se a chamar a atenção para que é discutível que a mesma configure uma sublocação – quer no sentido do art. 1060 do Código Civil, quer em termos conceituais.

Começando pelo primeiro desses planos, lembro que tal preceito legal reza que «a locação diz-se sublocação quando o locador a celebra com base no direito de locatário que lhe advém de um precedente contrato locativo». Como a locação financeira não é um mero contrato locativo⁷⁷, é duvidoso que a locação feita pelo locatário financeiro, na qualidade de locador, seja uma sublocação.

Com isto não quero dizer que o contrato celebrado por locatário financeiro mediante o qual ele, contra retribuição, se obrigue a proporcionar a

⁷⁷ Sobre a natureza da locação financeira, v. adiante, n.º 27.

outrem o gozo temporário da coisa objecto da locação financeira não é uma locação. É-o, sem dúvida, pois que, para que haja locação, não é necessário que o locador seja proprietário: basta que tenha um título que lhe permita proporcionar ao locatário o gozo da coisa a locar⁷⁸. O que interrogo é apenas que seja uma sublocação no sentido do art. 1060 do Código Civil.

Mesmo que se entenda que se trata de sublocação, julgo claro que a mesma se desvia do paradigma do Código Civil, espelhado no seu art. 1062, que determina que «o locatário não pode cobrar do sublocatário renda ou aluguer superior ou proporcionalmente superior ao que é devido pelo contrato de locação, aumentado de vinte por cento, salvo se outra coisa tiver sido convencionada com o locador». Parece-me óbvio que os pressupostos desta norma não se verificam na locação financeira⁷⁹.

Já o art. 1063 do Código Civil (que determina que se tanto o locatário como o sublocatário estiverem em mora quanto às respectivas dívidas de renda ou aluguer, é lícito ao locador exigir do sublocatário o que este dever, até ao montante do seu próprio crédito) me parece aplicável à sublocação em que o locador é locatário financeiro⁸⁰.

No que respeita ao plano conceitual, a qualificação da situação também levanta dúvidas. Se se entender que só há sublocação quando o contrato com base no qual é celebrado o contrato derivado é contrato do mesmo tipo deste, a resposta será negativa. Se se entender que o conceito de sublocação deve abranger casos em que o «contrato-base» não é um contrato de locação, já a resposta poderá ser positiva.

A questão pode colocar-se no patamar mais elevado da teoria do subcontrato – figura definível nos seguintes termos: «negócio jurídico bilateral, pelo qual um dos sujeitos, parte em outro contrato, sem deste se desvincular e com base na posição jurídica que daí lhe advém, estipula com terceiro, quer a utilização, total ou parcial, de vantagens de que é titular, quer a execução, total ou parcial, de prestações a que está adstrito»⁸¹.

Se se entender que só merece ser qualificado como subcontrato aquele cujo conteúdo é idêntico ao do contrato-base ou, pelo menos, coincide com este nos seus elementos essenciais, a locação feita pelo locatário financeiro como

⁷⁸ Sobre a legitimidade para dar de arrendamento, v., por exemplo, F. M. PEREIRA COELHO, *Arrendamento*, Coimbra, 1988 (policopiado), pp. 100 e ss.

⁷⁹ No entanto, melhor será que as partes evitem a dúvida regulando expressamente a matéria...

⁸⁰ No entanto, mais uma vez, melhor será que as partes evitem a dúvida regulando expressamente a matéria...

⁸¹ Trata-se da definição apresentada por PEDRO ROMANO MARTINEZ, no seu livro *O Subcontrato* – Coimbra, Almedina, 1989, p. 188.

locador não merecerá ser qualificada como subcontrato. Se se adoptar uma noção mais ampla de subcontrato que abranja casos em que este seja de tipo diferente do contrato base, já essa locação merecerá tal nome⁸².

18.3. Alguns aspectos de regime

No que respeita ao regime da figura, há a notar, em primeiro lugar, que, por força do princípio da boa fé e também porque no que diz respeito ao arrendamento urbano há preceito legal expresso nesse sentido (art. 3.º, n.º 1, alínea b) do Dec.-Lei 160/2006, de 8 de Agosto), o contrato pelo qual o locatário financeiro dê de arrendamento o imóvel objecto da locação financeira deve mencionar que a natureza do direito do locador sobre o bem é a de locatário financeiro.

Por outro lado, há que explicitar algo que resulta do que já escrevi: uma tal (sub)locação configurará um incumprimento do contrato de locação financeira, se não for autorizada pelo locador (art. 10, n.º 1, alínea g), do Dec.-Lei 149/95, de 24 de Junho, na redacção do Dec.-Lei 265/97, de 2 de Outubro).

19. A DESCONFORMIDADE DO BEM

Na locação financeira, o locador não assegura ao locatário o gozo da coisa para os fins a que ela se destina. Tal obrigação, que no regime geral da locação consta da alínea b) do art. 1031 do Código Civil, não se aplica à locação financeira, por força do art. 12 do Dec.-Lei 149/95, que dispõe que o locador não responde pelos vícios da coisa locada ou pela sua inadequação face aos fins do contrato, salvo o disposto no art. 1034 do Código Civil⁸³.

A isenção de responsabilidade do locador resulta da circunstância de não ser ele o produtor ou o construtor da coisa e, o que é mais importante, de, normalmente, nem sequer a conhecer, por não a chegar a deter, já que está remetido a uma função meramente financeira, limitando a sua intervenção à prestação de fundos para a operação.

⁸² Sobre a amplitude da figura de subcontrato, v. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, cit., pp. 97 e ss.

⁸³ Esta excepção compreende-se bem: se o locador financeiro pode não ter, e normalmente não terá, conhecimento ou possibilidade de conhecer as características da coisa que dá em locação, conhece o seu direito.

20. OS FUNDAMENTOS ESPECÍFICOS DE RESOLUÇÃO DO CONTRATO PELO LOCADOR

Nos termos do art. 17, n.º 1, do Dec.-Lei 145/95, o contrato de locação financeira pode ser resolvido por qualquer das partes, nos termos gerais, com fundamento no incumprimento das obrigações da outra parte, não sendo aplicáveis as normas especiais, constantes de lei civil, relativas à locação.

A resolução da locação financeira pode ter lugar sempre que, havendo inexecução da obrigação de uma das partes, a outra perca o interesse na prestação (ou automaticamente ou após a marcação de prazo), além de poder ter lugar nas hipóteses contratualmente previstas.

Para além destes casos, a lei prevê ainda mais duas hipóteses em que o locador tem direito à resolução do contrato. São elas, nos termos do art. 18 do Dec.-Lei 145/95, a dissolução ou liquidação do locatário, quando este seja uma sociedade, e a de verificação dos fundamentos de declaração de falência do locatário. A segunda levanta problemas, que abordarei no número relativo à insolvência do locatário.

21. A PROVIDÊNCIA CAUTELAR DE ENTREGA JUDICIAL DO BEM OBJECTO DE LOCAÇÃO FINANCEIRA

O Dec.-Lei 149/95, na sua versão primitiva, introduziu na nossa ordem jurídica uma providência cautelar destinada a tutelar interesses do locador financeiro, consistente na possibilidade de este, em caso de o contrato cessar pelo decurso do prazo sem ter sido exercido o direito de compra ou por resolução e de o locatário não proceder à restituição do bem, requerer a entrega imediata do mesmo e o cancelamento do respectivo registo, quando o bem a tal estivesse sujeito.

A consagração da providência em causa visou corresponder a interesses dos locadores financeiros consistentes sobretudo em, verificando-se resolução do contrato com fundamento em incumprimento do locatário, poderem não só aceder rapidamente à detenção do bem como, nos casos de contratos sujeitos a registo, obter o cancelamento deste – atento que o mesmo, só por si, representava uma condicionante prática relevante à recomercialização do bem.

No texto primitivo do Dec.-Lei 149/95, a providência em causa só abrangia a locação financeira mobiliária, mas o Dec.-Lei 265/97 alargou-a a todos os casos (v. a redacção primitiva do n.º 8 do art. 21 do Dec.-Lei 149/95 e a redacção que o Dec.-Lei 265/97 deu ao mesmo – o qual passou a ser n.º 9 do artigo em causa por força do Dec.-Lei 30/2008).

Desde o Dec.-Lei 30/2008, a providência está restringida à entrega do bem. No que respeita ao cancelamento do registo, como vimos, o n.º 2 do art. 17 do Dec.-Lei 149/95, na redacção do Dec.-Lei 30/2008, dá a qualquer das partes num contrato de locação financeira o poder de obter o cancelamento do respectivo registo com fundamento na resolução por incumprimento com base na mera prova da comunicação da resolução à outra parte – o que tornou inútil que a providência abrangesse o cancelamento do registo. Actualmente, o n.º 1 do art. 21 do Dec.-Lei 149/95⁸⁴ limita-se a fazer depender a providência cautelar do prévio pedido de cancelamento do registo, nos termos em causa. A meu ver, esses termos são uma solução muito estranha, sem paralelo no nosso direito, possivelmente inconstitucional por representar um caso de auto-tutela sem justificação bastante⁸⁵.

No regime da providência cautelar merece também destaque o n.º 7 do art. 21, na redacção do Dec.-Lei 30/2008, que possibilita ao juiz, em caso de decretamento da providência, ouvidas as partes, antecipar o juízo sobre a causa principal, ou seja, proferir decisão de fundo nos autos de providência – desde que os mesmos contenham os elementos necessários para tanto.

Tal regra merece duas notas. A primeira para sublinhar que ela se aproxima do constante do regime processual civil experimental (art. 16 do Dec.-Lei 108/2006, de 8 de Junho) e também, ainda que menos fortemente, do previsto para o processo administrativo (art. 121 do Código do Processo nos Tribunais Administrativos)⁸⁶. A segunda para apontar o aparente ilogismo de a decisão de fundo só poder ser proferida quando a providência tenha sido decretada – não também quando ela tenha sido indeferida.

22. A INSOLVÊNCIA DO LOCADOR

Do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (adiante “CIRE”) resulta que, em caso de insolvência do locador financeiro⁸⁷, o loca-

⁸⁴ Retomando uma proposta constante do projecto que esteve na base do Dec.-Lei 149/95 (e que, na altura, critiquei), mas que a redacção primitiva deste não acolheu (v. *Escritos sobre Leasing e Factoring*, cit., p. 184).

⁸⁵ No preâmbulo do Dec.-Lei 30/2008, o legislador justifica o regime em causa com a invocação de que ele permite «evitar acções judiciais desnecessárias».

⁸⁶ No regime do CPTA, a possibilidade de resolução definitiva do caso depende de manifesta urgência da mesma, a determinar em função da natureza das questões e da gravidade dos interesses envolvidos.

⁸⁷ A que será aplicável o Dec.-Lei 199/2006, de 25 de Outubro, que regula a liquidação de instituições de crédito com sede em Portugal.

tário financeiro pode exigir o cumprimento do contrato, desde que a coisa objecto do mesmo já lhe tivesse sido entregue à data da declaração de insolvência (art. 104, n.ºs 2 e 1). No caso de a coisa ainda não ter sido entregue nessa data, serão aplicáveis as regras gerais do art. 102 do código em causa, segundo as quais o administrador da insolvência pode optar entre a execução do contrato e a recusa do seu cumprimento (art. 102, n.º 1), tendo a outra parte o direito de fixar um prazo razoável ao administrador da insolvência para este exercer a sua opção, findo o qual se considera recusado o cumprimento (art. 102, n.º 2).

23. A INSOLVÊNCIA DO LOCATÁRIO

Do n.º 3 do art. 104 do CIRE resulta que em caso de insolvência de comprador sob reserva de propriedade ou de *locatário*, encontrando-se o insolvente na posse da coisa, a contraparte pode fixar um prazo razoável ao administrador da insolvência para este optar entre o cumprimento e o incumprimento do contrato (nos termos gerais do n.º 2 do art. 102), mas que tal prazo «não pode esgotar-se antes de decorridos cinco dias sobre a data da assembleia de apreciação do relatório, salvo se o bem for passível de desvalorização considerável durante esse período e a outra parte advertir expressamente o administrador dessa circunstância».

O facto de a lei se referir apenas a “locatário” (sem o adjectivo “financeiro”) é fonte de dúvidas, sobretudo porque o já referido art. 18 do Dec.-Lei 149/95, de 24 de Junho, estabelece que o locador financeiro tem direito a resolver o contrato em caso de «verificação de qualquer dos fundamentos de declaração de falência do locatário».

O sentido exacto deste último preceito pode ser discutido, mas em nossa opinião ele significa (ou significava...) que o locador financeiro tem o direito a resolver o contrato desde que estejam reunidos os pressupostos de declaração de insolvência do locatário – quer a mesma já tenha sido declarada quer não o tenha sido. Como, quando essa regra foi introduzida na nossa lei (pelo art. 27 do Dec.-Lei 171/79, de 6 de Junho), vigorava uma regra aplicável à generalidade dos contratos bilaterais do falido, segundo a qual a declaração de falência não importava a sua resolução, podendo o administrador da falência optar por os cumprir ou por recusar o seu cumprimento, consoante o mais conveniente para a massa falida (art. 1197 do Código de Processo Civil), não pode haver dúvida de que a intenção da lei foi dar ao locador financeiro um poder muito maior do que o conferido à generalidade das contrapartes dos falidos.

Como conciliar o art. 18 do Dec.-Lei 149/95 com as regras do CIRE?⁸⁸

Parece haver três possibilidades:

- Entender que o art. 18 do Dec.-Lei 149/95 foi tacitamente revogado pelo n.º 3 do art. 104 do CIRE;
- Entender que o art. 18 do Dec.-Lei 149/95 está em vigor, mas que o direito à resolução nele atribuído se altera em caso de declaração de insolvência, passando a reger-se pelo n.º 3 do art. 104 do CIRE;
- Entender que o art. 18 do Dec.-Lei 149/95 está em vigor e que o n.º 3 do art. 104 do CIRE não abrange a locação financeira, podendo o locador financeiro resolver o contrato em caso de insolvência do locatário financeiro (raciocinando por maioria de razão a partir do primeiro preceito: se a mera verificação dos fundamentos fácticos da insolvência do locatário dá ao locador o direito a resolver o contrato, em caso de declaração de insolvência o locador financeiro não pode deixar de continuar a ter tal direito)⁸⁹.

As duas primeiras de tais possibilidades interpretativas passam, naturalmente, por entender que o n.º 3 do art. 104 do CIRE visa precisamente regular a insolvência do locatário financeiro – à semelhança do que faz quanto ao locador financeiro, já que o n.º 1 desse artigo regula primacialmente a insolvência do vendedor com reserva de propriedade mas o n.º 2 do mesmo estende essa regulação à insolvência do locador financeiro⁹⁰.

Se tais interpretações procederem, em caso de insolvência do locatário financeiro, o locador financeiro não pode resolver o contrato de imediato. Apenas pode, ao abrigo do art. 102, n.º 2, fixar um prazo razoável ao administrador da insolvência para este declarar se pretende cumprir o contrato (com as referidas condicionantes do n.º 3 do art. 104 do CIRE).

A ser assim, se o administrador da insolvência optar por cumprir o contrato de locação financeira, o locador financeiro não poderá opor-se a isso.

⁸⁸ Sobre a sua (também difícil) conciliação com as regras do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (adiante «CPEREF»), v. RUI PINTO DUARTE, *Escritos sobre Leasing e Factoring*, cit., pp. 194 e ss.

⁸⁹ Contra este raciocínio, no quadro do CPEREF, v. MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Os Efeitos Substantivos da Falência*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2000, pp. 280 e 281.

⁹⁰ Tal foi, por exemplo, o entendimento perfilhado no acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 9.10.08 (consultável em www.dgsi.pt/jtrg.nsf), que considerou que os arts. 104 e 102 do CIRE são aplicáveis à insolvência do locatário financeiro – embora tenha também admitido o direito do locador financeiro a separar o bem locado da massa insolvente e a obter a sua restituição.

Se o administrador da insolvência optar pelo não cumprimento, então sim, a locação financeira findará e o locador financeiro poderá exigir a restituição do bem⁹¹.

Como quer que seja, parece claro que, em caso de insolvência do locatário financeiro, o locador financeiro está muito mais protegido do que o credor hipotecário.

24. A RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS DANOS CAUSADOS PELO BEM LOCADO A TERCEIROS

No direito português, não há uma regra geral que responsabilize os proprietários pelos danos causados pelas coisas que lhes pertence. Entre as regras avulsas que ligam domínio e responsabilidade merece destaque a do art. 503, n.º 1 do Código Civil, que determina que aquele que tem a direcção efectiva de qualquer veículo de circulação terrestre responde pelos danos provenientes dos riscos próprios do mesmo (tendo a expressão «directão efectiva» o sentido de «poder de facto»⁹²).

Já houve quem sustentasse que da aplicação dessa regra à locação financeira resultaria que o locador financeiro seria responsável pelos danos provenientes dos riscos próprios dos veículos. Julgo, porém, claro que quem tem a «directão efectiva do veículo» é o locatário financeiro. Para o demonstrar, basta lembrar o que se escreveu atrás sobre a «propriedade económica» da coisa locada⁹³.

No âmbito deste número, vale a pena relembrar que o já atrás⁹⁴ referido Dec.-Lei 383/89, de 6 de Novembro, que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Directiva 85/374/CE, do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições dos Estados-membros em matéria de responsabilidade por produtos defeituosos, cumprindo a directiva, equipara a produtor e responsabiliza pelos danos causados pelos produtos em causa aquele que, no exercício da sua actividade comercial, importe do exterior da União para a União produtos para locação financeira (art. 2.º, n.º 2, alínea a)).

⁹¹ V. o acórdão da Relação de Guimarães de 9.10.08 (*in* CJ ano XXXIII, tomo IV, 2008, pp. 291 e ss.).

⁹² V., por exemplo, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, p. 513.

⁹³ No acórdão da Relação de Lisboa de 23.11.11 escreveu-se que «o facto de o réu (...) ser locatário financeiro é suficiente para se presumir a direcção efectiva do veículo e a utilização no seu próprio interesse» (*in* CJ ano XXXV, tomo V, 2011, p. 105).

⁹⁴ No n.º 3.5.

25. A «RELOCAÇÃO FINANCEIRA»

Quando um contrato de locação financeira termina sem que o locatário financeiro adquira o bem locado (seja por o locatário, pura e simplesmente, não ter exercido a opção de compra, seja por o contrato ter sido resolvido ou distratado), o bem torna à detenção do locador – o qual, naturalmente, pretende rendibilizar o respectivo valor. Não pode haver dúvida de que entre os meios dessa rendibilização (a par da alienação e da locação comum) está a celebração de operações que correspondem ao conteúdo da locação financeira excepto num aspecto: o bem não ser fornecido por um terceiro (entidade industrial ou comercial, em sentido estrito). Resulta isso de, desde o Dec.-Lei 285/2001, o n.º 2 do art. 1.º do Dec.-Lei 72/95 estabelecer: «As sociedades de locação financeira podem, como actividades acessórias: a) alienar, ceder a exploração, locar ou efectuar outros actos de administração sobre bens que lhes hajam sido restituídos, quer por motivo de resolução de um contrato de locação financeira, quer em virtude do não exercício pelo locatário do direito de adquirir a respectiva propriedade; b) Locar bens imóveis fora das condições referidas na alínea anterior».

Vale, porém, a pena dizer algo mais sobre o assunto.

O Dec.-Lei 420/93, de 28 de Dezembro, introduziu no Código do IRC um preceito (o art. 24-A, a que corresponde actualmente o art. 25, n.º 1) destinado a regular alguns aspectos fiscais das situações em que locatário financeiro entrega o bem ao locador financeiro, mas o retoma de imediato em locação financeira, tendo dado à operação nome de «relocação financeira» – que aqui adopto, mas utilizando-o num sentido mais amplo, de modo a englobar não só os casos em que o locatário financeiro é o mesmo como os casos em que o locatário financeiro é outro.

A dúvida que a relocação financeira poderia levantar é afim da levantada pelo *lease-back*: em que medida o facto de a operação não ser triangular preclui a sua submissão ao regime da locação financeira. Atendendo à resposta que dei à questão a propósito do *lease-back* compreende-se que também aqui entenda que a operação é enquadrável no regime da locação financeira. Não posso, porém, deixar de sublinhar que quando a relocação seja feita a um terceiro se podem levantar problemas quanto à aplicabilidade daquelas normas cuja razão de ser está em o fornecedor do bem ser outrem que não o locador, nomeadamente da que dispõe que o locador não responde pelos vícios da coisa locada (art. 12 do Dec.-Lei 149/95) e da que atribui ao locatário, «quando disso seja caso, todos os direitos relativos ao bem locado ou resultantes do contrato de compra e venda ou de empreitada» (art.13 do Dec.-Lei 149/95).

26. A LOCAÇÃO FINANCEIRA COM OUTROS SERVIÇOS ASSOCIADOS

A nossa lei criou a locação financeira como uma pura actividade de crédito. A prática, porém, mormente no sector automóvel, tem suscitado a possibilidade de os locadores financeiros combinarem os seus serviços financeiros com serviços não financeiros. Enquadrando essa realidade, o art. 1.º-A do Dec.-Lei 72/95, introduzido pelo Dec.-Lei 285/2001, estabelece que «encontra-se vedada às sociedades de locação financeira a prestação dos serviços complementares da actividade de locação operacional, nomeadamente a manutenção e a assistência técnica dos bens locados, podendo, no entanto, contratar a prestação desses serviços por terceira entidade» (sublinhado meu).

27. NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE LOCAÇÃO FINANCEIRA⁹⁵

Porque o *leasing* financeiro nasceu num país de quadros jurídicos bem diversos e começou a ser utilizado na prática negocial dos países da Europa Continental antes que os respectivos legisladores o tivessem tomado como seu objecto, os juristas ligados à prática negocial destes países, primeiro, e a doutrina e a jurisprudência dos mesmos, depois, procuraram formalizar e qualificar tal contrato de modo a minimizar o efeito de rejeição que tal tipo de transplantação sempre provoca⁹⁶.

Bem diversas foram as coisas no nosso país, pois o legislador antecipou-se à prática negocial locação financeira, prejudicando, assim, em grande medida, o alcance prático de tentar reconduzir a locação financeira aos tipos contratuais que lhe preexistiam. No entanto, a operação conservará ainda interesse para a determinação das normas aplicáveis em caso de omissão dos diplomas que o regulam e para a determinação do alcance das próprias disposições legais. Mantém-se, a outro tempo, plenamente vivo o interesse doutrinário de responder à questão consistente em saber se a locação financeira é um tipo contratual autónomo ou um subtipo que reentra num preexistente.

Nas literaturas dos países da Europa Continental que mais influenciam a portuguesa, a primeira solução para os problemas de enquadramento que o *leasing* financeiro coloca parece ter sido considerá-lo como uma modalidade

⁹⁵ Neste número, utilizo parte do que escrevi no n.º 4.10 do texto *A Locação Financeira (Estudo Jurídico do Leasing Financeiro)* incluído no meu citado livro *Escritos sobre Leasing e Factoring*.

⁹⁶ Cfr. GIUSEPPE MIRABELLI, «Il Leasing e il Diritto Italiano», *in Banca, borsa e titoli di credito*, 1974, p. 228.

de locação. Para isso terão contribuído a qualificação e a terminologia utilizadas pelas sociedades de *leasing* financeiro nos seus modelos contratuais e a própria qualificação para que a sua denominação de origem desde logo aponta.

Naquele que é muitas vezes citado como um dos primeiros artigos europeus sobre a nossa figura, «Le leasing» de Jean-Pierre Gaulier⁹⁷, o Autor, confrontado com a necessidade de a considerar como uma compra e venda a prestações, como uma locação-venda ou ainda como uma locação, decidiu-se por esta solução dizendo que «*le contrat de leasing est donc plutôt un contrat de louage assorti à titre accessoire d'une promesse de vente, alors que les opérations de location-vente et de vente à crédit se caractérisent essentiellement par l'opération de vente terminale*»⁹⁸.

Numa, também muito frequentemente referida, sentença do tribunal de comércio de La Rochelle de 26 de Junho de 1964, proferida sobre a pretensão de o locador reaver o bem objecto do contrato de *leasing* à qual se opunha o síndico da falência, que sobre o locatário impendia, considerou-se também tratar-se de uma locação (e assim procedente a pretensão). A *Revue Trimestrielle de Droit Commercial* apoiou tal decisão⁹⁹, baseada sobretudo em que o fim da operação não era a transferência da propriedade e em que a própria promessa de venda não descaracterizaria a locação pelo facto de o locatário só poder exercer o seu direito numa altura em que o bem teria «um valor residual pequeno e um interesse económico limitado».

Tabet¹⁰⁰, em comentário a uma sentença do tribunal de Vigevano, de 11 de Dezembro de 1972, na qual o contrato foi qualificado como atípico, sustentou mais longa e fundamentadamente a qualificação do *leasing* financeiro como locação, rebatendo os argumentos que os opositores de tal tese ofereciam para assinalar a descaracterização daquele contrato. Tais argumentos residiam nas cláusulas contratuais típicas segundo as quais a instalação, a conservação e a reparação da coisa são suportadas pelo locatário, o locador se exime da responsabilidade pelos vícios da coisa, o locatário pode demandar directamente o fornecedor e o risco de perda ou deterioração da coisa corre por conta do locatário. Tabet, examinando tais cláusulas, concluiu pela sua não incompatibilidade com a locação (prevista nos arts. 1571 e ss. do *Codice Civile*) e sustentou ainda que a opção de compra nada mais é que uma cláusula acessória inserida nesse contrato.

⁹⁷ Ver Banque, n.º 221, 1964, p. 751.

⁹⁸ Ob. cit., p. 753.

⁹⁹ Ver os comentários publicados na referida revista, anos de 1964, p. 858, e de 1965, p. 158.

¹⁰⁰ Ver Banca, borsa e titoli di credito, 1973, p. 287.

Na doutrina alemã¹⁰¹, a recondução do *leasing* financeiro à locação foi defendida por Werner Flume¹⁰². Colocando a questão em termos de saber se a prestação do locador financeiro é a coisa ou o uso da coisa e se a contraprestação do locatário financeiro remunera uma ou outro («*ist die Leistung des Leasing-Gebers die "res" oder der "usus re" und ist die Vergütung des Leasing-Nehmers eine solche "pro re" oder "pro usu rei": Kauf oder Miete, ist die Frage*»)¹⁰³, o Autor inclinou-se para a segunda hipótese, pelo menos na maioria dos casos.

Para Flume, o facto de a vida económica da coisa não ultrapassar a duração do próprio contrato não poderia basear que se deixe de perspectivar o locador como proprietário e a prestação do locatário como *pro usu rei*, tal como quando um usufruto é constituído a favor de uma pessoa colectiva, cuja extinção não é previsível¹⁰⁴, nem por isso se deixa de configurar o nu proprietário como o único proprietário¹⁰⁵. Quando, no entanto, a concessão do gozo da coisa pelo locador cesse de ter contrapartida, ou passe a ter uma contrapartida meramente nominal, deixaríamos de estar perante uma locação para se verificar uma verdadeira venda¹⁰⁶.

Como variante dessa posição refira-se a tese de o *leasing* financeiro ser uma locação atípica, defendida, nomeadamente, por Graf von Westphalen¹⁰⁷.

Contra estas opiniões, parte da doutrina sustentou a recondução do *leasing* financeiro a uma venda a prestações com reserva de propriedade.

Em Itália, foram esses os casos de De Nova¹⁰⁸ e de Mirabelli¹⁰⁹. Aquele Autor, dizendo que «*la riconduzione al tipo consente una risposta non in termini*

¹⁰¹ Alguns autores alemães tomaram como exemplo paradigmático de «leasing» o caso em que o locatário não goza de opção de compra – o que obviamente tem de ser levado em conta na compreensão das suas posições. Assim, por exemplo, escreveu PETER PLATHE: «Das Financial Leasing ist daher im Grundfall, dass das Leasing-Objekt nach der vereinbarten Zeit dem Leasing-Geber zurückgegeben wird» (*Die rechtliche Beurteilung des Leasing-Geschäfts*, Munique, *Dissertationsdruck*, 1969, p. 157).

¹⁰² *Leasing in Zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht*, Dusseldorf, Verlag Handelsblatt, 1972, pp. 12 e ss.

¹⁰³ Ob. cit., p.17.

¹⁰⁴ O § 1061 do B.G.B. diz que o usufruto constituído a favor de uma pessoa colectiva se extingue com esta.

¹⁰⁵ Ob. cit., loc. cit.

¹⁰⁶ Ob. cit., p. 20.

¹⁰⁷ *Der Leasingvertrag*, cit., *passim*, *maxime* pp. 84,110 e 510.

¹⁰⁸ «Contratto di "leasing" e controllo delle condizioni generali di contratto», in *Rivista del diritto commerciale*, 1973, pp. 329 e ss. (aliás, este Autor voltou ao tema na sua adiante citada obra *Il Tipo Contrattuale*, pp. 154 e ss., mas não modificou nem acrescentou substancialmente a sua posição).

¹⁰⁹ V. «Il Leasing e il Diritto Italiano», cit., pp. 251 e ss.

*alternativi di appartenenza o non appartenenza, ma in termini di appartenenza maggiore o minore», decidiu-se pela aproximação à venda a prestações, com base no desconhecimento da coisa que o locador tem e nas cláusulas que fazem correr pelo locatário o risco de perda ou deterioração¹¹⁰ e ainda naquelas que põem a seu cargo todas as despesas com a coisa relacionadas. Procurou também apoio ao artigo 1526 do *Codice Civile* (que manda aplicar o disposto em matéria de resolução do contrato por incumprimento do comprador a prestações «nel caso in cui il contratto sia configurato come locazione, e sia convenuto che, al termine di esso la proprietà della cosa sia acquistata al conduttore per effetto del pagamento dei canoni pattuiti») e frisou que tal aproximação não significa a total aplicação da disciplina da venda a prestações ao *leasing* financeiro. Mirabelli, sublinhando a função económica da operação, sustentou que o interesse do locatário seria igualmente satisfeito por meio da compra e venda a prestações e afirmou não ser correcto dizer que o efeito translativo da compra e venda não se verifica no *leasing* financeiro, por isso que, em sua opinião, o exercício pelo locatário do seu direito a comprar a coisa é um mero evento condicionante desse efeito que é estipulado no próprio contrato.*

Também na Alemanha a aproximação à compra e venda a prestações foi defendida. Fê-lo, por exemplo, Peter Raisch, com a originalidade de invocar um argumento diverso dos citados autores italianos. Consistiu o mesmo em as normas sobre a compra e venda se aplicarem tendencialmente a todos os contratos em que se verifica a alienação ou a oneração de uma coisa contra retribuição, sendo esta a forma de colmatar os espaços cinzentos entre os vários tipos contratuais¹¹¹. A base deste argumento estava nos §§ 445, 493 e 515 do BGB então vigentes, os dois primeiros dos quais mandavam aplicar aos contratos que visassem a alienação ou oneração de um objecto em contrapartida de uma prestação a realizar pela outra parte algumas normas sobre a compra e venda, sendo o terceiro¹¹² uma norma semelhante à do art. 939 do nosso Código Civil, determinadora da submissão genérica da troca às disposições sobre a compra e venda.

Não se resumem a estas duas as teses em confronto, autores havendo que, de uma forma ou de outra, defendem a irrecondutibilidade do *leasing* financeiro quer à locação quer à compra e venda.

¹¹⁰ No direito italiano (art. 1523 do *Codice Civile*), o risco, na compra e venda a prestações com reserva da propriedade, corre por conta do adquirente.

¹¹¹ *Unternehmensrecht, I – Unternehmensprivatrecht: Handels-und Gesellschaftsrecht*, Reinbeck bei Hamburg, 1973, pp. 55 e 56.

¹¹² Que a reforma do direito das obrigações de 2002 manteve, mas como § 480.

Na verdade, logo em 1965, Champaud¹¹³ defendeu tal posição, sustentando a sua atipicidade, pois que, contrastada com a venda a prestações e com a locação-venda, tratar-se-ia de «uma situação nova colocando em jogo simultaneamente técnicas jurídicas diversas e que permanecem distintas das últimas».

Similar foi a tese perfilhada na referida sentença de 1972 do tribunal italiano de Vigevano, que lhe assinalou em comum com a locação a finalidade de conceder o gozo de um bem, mas a autonomizou desta com base nas cláusulas já referidas a propósito da posição de Tabet. De resto, a qualificação da locação financeira como contrato atípico foi tese que, embora com hesitações, fez caminho na jurisprudência italiana¹¹⁴.

Na Alemanha a tese do contrato atípico foi acolhida, entre outros, por Karl Larenz, em, várias das edições do seu manual de Direito das Obrigações¹¹⁵ e por Michael Martinek¹¹⁶.

Regressando à doutrina italiana, também Gargiullo¹¹⁷ sustentou que o *leasing* financeiro seria um contrato atípico, com uma causa e características objectivas e subjectivas próprias, nas quais confluiriam elementos do mútuo, da venda e da locação. Para este Autor, a figura não seria reconduzível ao mútuo porque a isso se oporia a ausência da obrigação de restituir coisa fungível; não o seria também à compra e venda em virtude da não verificação da transmissão automática da propriedade; e também não o seria à locação porque nesta a propriedade do locador é pressuposto, ao passo que no *leasing* financeiro a sua aquisição é objecto de uma obrigação assumida pelo concedente e ainda porque neste está ausente a obrigação de garantir o gozo da coisa.

Também em Itália, refira-se, ainda, Vailati¹¹⁸ que, apesar de reconhecer a proximidade com o *affitto* (locação de coisa produtiva prevista no art 1615 do

¹¹³ V. *Jurisclasseur Périodique*, 1965, I. 1954.

¹¹⁴ V. as sentenças recolhidas em *Giurisprudenza del Contratto I Casi e Materiali, a cura di MASSIMO DOGLIOTTI e ALBERTO FIGONE Raccolti da DONATELLA MORELLO DI GIOVANNI*, Milão, Giuffrè, 1998, pp. 507 e ss., mormente a sentença da *Cassazione* de 28 de Outubro de 1983, constante a pp. 508 e ss.

¹¹⁵ V., por exemplo, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 10.ª ed., Munique, C. H. Beck, 1972, vol. II, pp. 350 e ss. Na 13.ª edição da mesma obra, da responsabilidade de CLAUS-WILHELM CANARIS, é feita uma exposição das várias construções defendidas na doutrina alemã, mas não é defendida nenhuma posição (v. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 13.ª ed., Munique, C. H. Beck, 1994, vol. II, tomo 2, pp. 103 e ss.).

¹¹⁶ *Moderne Vertragstypen*, vol. I: *Leasing und Factoring*, Munique, C. H. Beck, 1991, pp. 64 e ss., *maxime* p. 90.

¹¹⁷ V. VINCENZO BUONOCORE, «La locazione finanziaria nell'ordinamento italiano», in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, 3, Milão, Giuffrè, 1975, pp. 6 e ss., e GASTONE COTTINO, *Diritto Commerciale*, Pádua, Cedam, 1978, vol. II, pp. 37 e ss.

¹¹⁸ V. obras e locais citados na nota anterior.

Codice Civile), sustentou tratar-se de um negócio misto. Este Autor reconheceu ainda a confluência no *leasing* financeiro de elementos do mútuo e da compra e venda (para além dos da locação), mas, pondo a tónica na diferença de causas relativamente a todos estes contratos, sustenta a irrecondutibilidade aos mesmos.

Ainda na doutrina transalpina, Guido Ferrarini situou a locação financeira entre a locação e a venda com reserva de propriedade, procurando identificar que normas de cada uma das figuras lhe seriam aplicáveis, mas recusando a sua recondução a uma ou a outra¹¹⁹.

Numa das mais profundas obras que se escreveram sobre *leasing* financeiro, o suíço Mario Giovanoli sustentou que o *leasing* financeiro é um mútuo ao qual é somada uma alienação do direito de propriedade com fins de garantia¹²⁰. O locador transmitiria pois ao locatário os fundos necessários para a aquisição e este compraria o bem ao fornecedor, alienando simultaneamente ao locador a propriedade do mesmo, com o fim de garantir a restituição da coisa mutuada. Para Giovanoli, a recepção legal do *leasing* financeiro representaria a consagração de um novo tipo de crédito garantido pela propriedade do próprio bem financiado, que corresponderia à introdução de um novo tipo de garantia real sem desapossamento do devedor.

Poder-se-ia alongar ainda mais esta exposição das posições face à natureza jurídica do contrato de locação financeira¹²¹. Seria, porém, exercício inútil, pois já ficaram alinhados os principais argumentos e qualificações expendidos na doutrina da Europa continental. Cabe agora apreciá-los.

Há que começar por notar que as divergências sobre o enquadramento do *leasing* financeiro, como outras discordâncias similares, radicam muito mais nos utensílios de que os autores se servem que em qualquer outro motivo. Na verdade, é possível, por exemplo, tratar as noções de locação e de compra e venda como tipos ou como conceitos e tratando-as como tipos poder-se-á ter

¹¹⁹ V. *La Locazione Finanziaria*, Milão, Giuffrè, 1977, *passim*, *maxime* pp. 222 e ss. (sendo de referir que o Autor admitiu que a locação financeira caberia no «modelo descritivo» da locação, mas não no seu «modelo prescritivo» ou «preceptivo» – v. pp. 208 e 209).

¹²⁰ *Le Crédit-bail (Leasing) en Europe: Développement et Nature Juridique*, cit., pp. 374 e ss.

¹²¹ Por exemplo, na doutrina alemã, outra posição que surgiu, talvez sem paralelo na de outros países, foi a de considerar o *leasing* financeiro como uma compra de um direito de natureza obrigacional (a uma utilização da coisa limitada no tempo) – v. PLATHE, ob. cit., loc. cit. Diga-se que esta posição não parece apresentar qualquer contribuição inovadora para a questão, consistindo apenas numa formulação diferente de algo sobre que não há desacordo. Contra ela fala, como escreveu LARENZ (*Lehrbuch des Schuldrechts*, 10.ª ed., cit., p. 353), o facto de os direitos obrigacionais ao uso temporário das coisas serem descritos normativamente como locações ou como comodatos.

em mente tipos fechados ou abertos¹²², bem como se poderá ter em mente tipos reais ou tipos normativos¹²³. Ora, segundo o caminho que se seguir, as soluções serão ou, pelo menos, poderão ser diferentes. No caso do *leasing* financeiro, no que toca a muitos países, as dificuldades são ainda acrescidas pelo facto de este ser um contrato não previsto na lei e, assim, as suas notas caracterizadoras serem apontadas divergentemente de autor para autor. A outro tempo, sucede ainda usarem os civilistas recorrer à noção de tipo (ao falarem, v.g., de contratos típicos e atípicos), sem que tal implique uma tomada de posição quanto àquela primeira questão.

Tudo isto obriga a tentar dilucidar tais questões metodológicas com especial referência ao problema que queremos tratar¹²⁴.

A dogmática jurídica buscou nas ciências sociais, que por sua vez o tinham feito nas ciências da natureza, o método de pensamento que recorre à noção de tipo¹²⁵. Max Weber, a quem é atribuída a paternidade da introdução de tal método na sociologia, justificou-o dizendo que resulta absurdo conferir às sínteses do pensamento histórico uma definição segundo o esquema *genus proximum, differentia specifica*¹²⁶, porque o exame atento dos elementos conceituais da exposição histórica mostraria que o historiador, logo que pretende ultrapassar a mera comprovação de algumas relações concretas para determinar o significado cultural de um processo individual, trabalha e tem de trabalhar com conceitos que, por regra geral, só podem determinar-se de forma precisa e inequívoca através de tipos ideais¹²⁷. Estes tipos ideais obtêm-se mediante a acentuação unilateral de um ou vários pontos de vista e mediante a reunião de grande quantidade de fenómenos individuais, em que podem

¹²² V. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.ª ed. (tradução da 6.ª ed. do original alemão, de 1991), Lisboa, Gulbenkian, 1997, pp. 300 e ss., 363, 362, 424 e ss. e 655 e ss. Sobre a tipicidade nos contratos, v. GIORGIO DE NOVA, *Il Tipo Contrattuale*, Pádua, Cedam, 1974, MARIA DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA, *Estructura y Función del Tipo Contractual*, Barcelona, Bosch, 1979, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Coimbra, Almedina, 1995, e RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Coimbra, Almedina, 2000.

¹²³ V. OLIVEIRA ASCENSÃO, *A Tipicidade dos Direitos Reais*, Lisboa, 1968, p. 23.

¹²⁴ Procurei aprofundar as questões metodológicas aqui tratadas no citado livro *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*.

¹²⁵ LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., p. 656, e ARNOLD KOLLER, *Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht*, Freiburg, 1967, pp. 11 e ss.

¹²⁶ No texto de 1904 «Die "Objectivität" sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis» de que citarei a tradução portuguesa com o título – não muito feliz – «A Objectividade do Conhecimento nas Ciências e as Políticas Sociais», integrada em MAX WEBER, *Sobre a Teoria das Ciências Sociais*, 2.ª ed., Lisboa, Presença, 1977, na qual a afirmação referida surge na p. 80.

¹²⁷ Ob. cit., pp. 79 e 80.

verificar-se em maior ou menor número ou até faltar por completo dadas características que se somam aos pontos de vista unilateralmente acentuados a fim de formarem um quadro homogéneo de ideias¹²⁸.

Apesar de o próprio Weber ter dito que certos saberes, incluindo o relativo às normas jurídicas, continuariam a usar fundamentalmente o raciocínio tradicional¹²⁹, o facto é que a reacção da ciência jurídica contra a metodologia conceitualista acarretou o recurso ao pensamento tipológico – com particularidades segundo os vários ramos do Direito e, mesmo, com diversos sentidos.

Entre as várias aplicações de tal método de pensamento ressalta, para o que aqui nos interessa, o entendimento da relação do facto jurídico com a norma como uma relação de coordenação ao tipo e não como uma relação de submissão ao conceito. Os elementos constitutivos das descrições normativas não formariam séries fechadas, no sentido de que o tipo previsto só pudesse ocorrer quando todos os seus elementos estivessem presentes no caso concreto, como sucede quando se entende tais descrições como conceitos.

Ora, tal entendimento tem as suas próprias limitações no material normativo: as mais das vezes, a norma define os factos a que se quer aplicável de tal modo que será ir contra a vontade expressa do legislador aplicá-la quando algum ou alguns de tais elementos não estejam presentes, sucedendo isto não apenas naqueles ramos do Direito em que o princípio da tipicidade mais tem sido acentuado (ainda que com sentidos, por vezes, diversos, o Direito Penal, os Direitos Reais e o Direito Fiscal), como em todos os campos, nomeadamente no Direito dos Contratos, no qual a lei frequentemente «fecha» os tipos.

Isto não impede que se fale e se deva falar das descrições legais dos contratos como tipos. Na verdade, elas não podem ser entendidas como um sistema de conceitos abstractos, já pela sua própria articulação, já pela sua génese¹³⁰, sendo, aliás, estes aspectos indissociáveis. A relação que há entre a compra e venda e a locação, por um lado, e o conceito de contrato, por outro, não é semelhante à que existe entre este conceito e os de negócio jurídico e negócio unilateral. Na elaboração conceitual que presidiu ao Código Civil português, a subdivisão conceitual pára em contrato, saltando-se daqui para os contratos em especial. Ora, estes, subsumindo-se sem dúvida ao conceito de contrato, não estão separados entre si de tal forma que se excluam mutuamente. Além

¹²⁸ Ob. cit., p. 61.

¹²⁹ Ob. cit., p. 82.

¹³⁰ Como há muito foi notado por HANS CHAMARTZ, no livro *Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht*, Frankfurt, Verlag Sauer & Auvermann, 1968 (reimpressão do original de 1937), p. 357.

disso, as suas noções não foram obtidas pela adição ao género de uma diferença específica, antes foram recolhidas da realidade, dos tipos existentes na vida jurídica.

Convergente com o que fica dito é, por exemplo, a observação de Orlando de Carvalho¹³¹ de que a tipificação no Direito dos Contratos é o efeito da estereotipação na vida quotidiana dos negócios. Talvez por isso mesmo, porque essa estereotipação é apenas tendencial, face à liberdade e à fluidez do tráfego jurídico nesta matéria, os tipos fechados utilizados pela lei fracassam frequentemente em matéria de contratos – o que obriga frequentemente o aplicador do Direito a ter de recorrer a elementos de vários desses tipos para dar solução a problemas colocados por tipos abertos da vida jurídica.

Em matéria de *leasing* financeiro, as dificuldades no que toca à Doutrina estrangeira começam logo em que não há consenso quanto aos elementos essenciais do contrato – uns incluem a opção de compra, outros não, uns exigem o carácter tripartido, outros não, uns incluem nesses elementos o quantitativo da retribuição que o locatário paga, outros não, etc... Digamos que é a própria definição doutrinária do tipo empírico, do contrato tal qual surge na vida jurídica, que está inacabada.

Depois, são as próprias noções de locação e de compra e venda que divergem segundo a posição que cada autor, implícita ou explicitamente, assume face às questões metodológicas que abordámos. Mesmo prescindindo de uma tomada de posição face à questão de saber se essas noções são conceitos ou tipos, sempre subsiste a possibilidade de enriquecer mais ou menos tais definições. Será, por exemplo, o facto de o risco correr pelo locador elemento essencial da locação ou a esta apenas são essenciais os elementos que na nossa lei constam do art. 1022 do Código Civil? A presença da causa-função própria da locação, admitindo que sobre ela há consenso, é necessária para que este contrato possa ter lugar? *Etc...*

Aqueles que defendem que o *leasing* financeiro nada mais é que uma locação têm por si a indiscutibilidade da subsunção da figura à definição segundo a qual aquela é a concessão temporária do gozo de uma coisa mediante retribuição. Para sustentarem a não subsunção à compra e venda têm também por si, indubitavelmente, o facto de o efeito translativo da propriedade ser tão-somente possível, não ser um elemento necessário, estar dependente de um acto de vontade do locatário, *rectius*, de um novo contrato. Ora, se admitirmos que a transferência da propriedade é o elemento distintivo entre a compra e venda e a locação, está afastada a hipótese de o *leasing* financeiro ser considerado uma compra e venda.

¹³¹ *Direito das Coisas*, Coimbra, 1977, p. 246.

A este propósito, há a notar que também não há lugar à identificação do *leasing* financeiro com a venda-aluguer ou locação-venda, cuja aproximação à compra e venda a prestações com reserva de propriedade é, por sua vez, feita não só por alguns autores como pela própria legislação portuguesa sobre aquela modalidade de venda¹³². É que, na venda-aluguer existe também a automaticidade do efeito translativo própria da compra e venda a prestações com reserva de propriedade, a qual falta no *leasing* financeiro¹³³.

De resto, mesmo que se alargue o conceito de venda-aluguer de molde a abranger os contratos em que tal efeito translativo não é automático, antes dependendo, por exemplo, de um acto de vontade do locatário-comprador (como sucede na figura inglesa do *hire-purchase*), ainda assim nos parece de negar qualquer identificação entre as duas figuras, admitindo-se embora a sua maior proximidade. Àquela sempre obstarão a estrutura tripartida do *leasing* financeiro e a peculiaridade da função económica que o mesmo preenche, que se afasta claramente da da locação-venda (e da do *hire-purchase*), cuja génese e desenvolvimento estiveram claramente ligados à expansão do mercado de bens de consumo, fenómeno este bastante diverso daqueles a que está ligado o aparecimento do *leasing* financeiro e a que este dá forma jurídica. No entanto, os autores que, como De Nova, sustentaram a aproximação do *leasing* ao tipo da compra e venda (a prestações) têm razão quando observam que quase toda a regulação normal (estatisticamente) das relações entre o locador e o locatário está postergada no *leasing* financeiro. Se, em vez de situarmos a fronteira de subsunção à locação ou à compra e venda no efeito translativo da propriedade, a situarmos na presença de maior ou menor número das cláusulas comuns numa e noutra, não há dúvida que o afastamento do tipo da locação se dá, para se verificar uma aproximação ao tipo da compra e venda.

Também os que sustentam ser a causa-função do *leasing* financeiro diferente das da locação e da compra e venda, mesmo da compra e venda a prestações, antes se aproximando das dos contratos de crédito ou até, especificamente, do mútuo, têm razão. Se, com Ernesto Simonetto¹³⁴, aceitarmos localizar no diferimento de uma dívida a essência da função creditícia e aceitarmos ainda a tipificação em três grupos das situações possíveis que o Autor faz (o crédito já existe no momento em que é pactuado o diferimento – caso de uma dívida

¹³² V. o art. 936 do Código Civil.

¹³³ Sobre a locação-venda, na nossa literatura, v. PINTO LOUREIRO, *Tratado da Locação*, Coimbra, Coimbra Editor, 1946, vol. I, p. 181, e HUMBERTO PELAGIO, *Venda a Prestações*, Lisboa, Procural, 1941, pp. 20 e ss., e TERESA ANSELMO VAZ, *Alguns Aspectos do Contrato de Compra e Venda a Prestações e Contratos Análogos*, Coimbra, Almedina, s/d (1995?), pp. 65 e ss.

¹³⁴ *I Contratti di Credito*, Pádua, Cedam, 1953, pp. 58 e ss.

nascida de um acto ilícito cuja exigibilidade é consensualmente adiada –, o crédito nasce simultaneamente com o diferimento, mas este tem um significado autónomo – caso da compra e venda a prestações –, o crédito nasce para ser diferido, já que sem o seu diferimento o negócio não seria logicamente possível – caso do mútuo, em que a separação dos momentos da entrega da coisa mutuada e da sua restituição é de tal modo essencial que o negócio jamais se pode verificar sem ela), seremos forçados a aproximar a locação financeira do mútuo e não da compra e venda a prestações, já que a razão da intervenção da figura é meramente o próprio diferimento e não fora este tal intervenção careceria de sentido. É a função creditícia, na verdade, que forma o escopo único da intervenção da sociedade de locação financeira. A forma mercadoria (aquí em contraposição à forma dinheiro) com que o valor prestado por ela surge é ilusória, pois que essa sociedade não se responsabiliza pelo seu valor de uso, pelas características concretas da coisa¹³⁵.

É precisamente no realce atribuído à função creditícia do *leasing* financeiro que nos parece residir o grande mérito da construção de Giovanoli. Contudo, a tentativa que este Autor empreende para aproximar, nas suas palavras, a roupagem jurídica da realidade económica não parece ser bem sucedida. A sua construção implica, como já afirmámos, que seria o locatário a adquirir o bem do fornecedor. Ora, tal não corresponde à realidade; o locatário nem adquire a propriedade dos fundos prestados pelo locador, nem a do bem vendido ou construído pelo fornecedor. É para este que o locador transmite os fundos e é para o locador que o fornecedor transmite a propriedade da coisa vendida ou construída.

Que posição adoptar, pois?

No direito português, a escolha dos traços caracterizadores da locação financeira, nomeadamente para efeitos de confrontação com os tipos contratuais preexistentes, está facilitada, pois que tais traços estão plasmados normativamente e a confrontação há-de ser feita entre tipos normativos e não entre tipos normativos, de um lado, e um tipo real, de outro. A dificuldade está «só» em escolher quais os traços a reter para estes efeitos. Hão-de ser só os

¹³⁵ EZIO MARIA LEO, «L'Essenza del Credito e il Leasing Finanziario», in *Le Operazioni Bancarie*, tomo II, Milão, Giuffrè, 1978, pp. 829 e ss., procurou também reconduzir a figura a um negócio de crédito, mas a via por que o fez parece-nos não poder conduzir a tal resultado. Na verdade, ao afirmar que «il solo dato certo relativo alla funzione creditizia è il suo realizzarsi per il tramite di una struttura fondamentale in sè compiuta, che si esaurisce nel trasferimento della proprietà di una determinata quantità de danaro (o di altre cose fungibili) a favore del sovvenuto e nell'obbligazione di costui di restituire dopo un certo tempo il tantundem», parece-nos que o Autor restringe demasiado a ideia de função creditícia e compromete definitivamente a possibilidade de centrar nela, assim concebida, a essência do *leasing* financeiro.

constantes da definição legal de locação financeira dada no art. 1.º do Dec.-Lei 149/95, de que nos servimos para delimitar o âmbito da figura, ou também se devem incluir as regras imperativas que regem a matéria e, neste caso, todas, algumas e quais?

A resposta a esta última questão talvez seja, porém, inútil: jamais se encontrariam, por mais numerosos que fossem esses traços caracterizadores, alguns que não fosse possível adoptar como cláusulas no contrato de locação e também jamais seria possível, por menos numerosos que fossem tais traços, sustentar a compatibilidade da locação financeira com a definição legal de compra e venda. Embora seja especializado pela presença de muitas cláusulas não frequentes na locação, o conteúdo da locação financeira não contraria a definição legal da locação.

Já a causa-função da locação financeira nos parece divergir essencialmente da da locação. A verdade, no entanto, é que o legislador português quis que fossem subsidiariamente aplicáveis à nossa figura (com uma excepção que também não resulta numa aproximação a qualquer outro tipo contratual), as normas que regulam a locação. Julgo poder dizer que todos os aspectos em que a diversidade da causa-função típica da locação financeira relativamente à da locação poderia determinar o afastamento do regime desta foram considerados pelo legislador, no regime que traça para a locação financeira; todos aqueles em que determinou a aplicação do regime geral da locação foram os aspectos em que julgou que tal diversidade não teria qualquer efeito.

Assim sendo, sou levado a continuar a pensar que o núcleo do contrato de locação financeira corresponde, no direito português, à essência de uma locação, pese embora o facto de algumas, não poucas, das normas especiais sobre a locação financeira contrariarem o regime geral da locação. A esta parte do contrato de locação financeira acresce uma outra consistente num contrato-promessa unilateral sobre a coisa locada ou num pacto de opção¹³⁶. Qualificar a relação entre estas duas componentes do contrato como união de contratos ou contrato misto é uma decisão que depende do que se pense sobre tais conceitos¹³⁷.

Teria sido melhor que o legislador tivesse acentuado o carácter *sui generis* do *leasing* financeiro, em homenagem à especificidade da sua função, com o afastamento da locação do papel de figura de fundo, conquanto tal solução pudesse, talvez, suscitar maiores dúvidas na determinação das normas a aplicar na ausência de preceito especial sobre ele.

Setembro de 2010 (revisto em Julho de 2011)

¹³⁶ V. *supra*, n.º 12.

¹³⁷ V. RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, cit., pp. 44 e ss.