

RISCO

■ DOCTRINA JURISPRUDENCIA LEGISLAÇÃO ■

RUI PINTO DUARTE:
15 ANOS DE LEIS SOBRE "LEASING" - BALANÇO
E PERSPECTIVAS

JOÃO FERNANDES:
O NOVO REGIME CONTABILISTICO E FISCAL
DA LOCAÇÃO FINANCEIRA

ARLINDO N.M. CORREIA:
UM DIREITO PENAL FISCAL EUROPEU

VIEIRA DOS REIS:
TRATAMENTO CONTABILISTICO DA DIFERENÇA DE
AQUISIÇÃO (REMANESCENTE)

INFORFISCO:
LUCRO CONSOLIDADO

MAR/ABR 94
ANO 6
MENSAL
25.000.000
(CIVA incluído)

63

64

15 ANOS DE LEIS SOBRE "LEASING" - BALANÇO E PERSPECTIVAS

Rui Pinto Duarte*

1. Introdução

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.

Cerca de três 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.

O Dec.-Lei 171/79 permanece, com excepção de alguns dos seus preceitos (1), ainda hoje em vigor. O Dec.-Lei 135/79 foi revogado pelo Dec.-Lei 103/86, de 19 de Maio (e este foi derogado, aqui e ali), mas os princípios a que obedeceu subsistem também.

Desde 1979 até hoje houve várias e importantes alterações ao regime fiscal (e contabilístico) da locação financeira. No mais, porém, os quadros legais da figura manifestaram uma estabilidade assinalável.

This article provides a comparative analysis of legal treatment granted to leasing (financing) companies in connection with two Draft Decree-Laws intended to change the present legal framework.

É confrontada criticamente, neste artigo, a evolução do tratamento jurídico das Sociedades de Locação Financeira, com dois projectos de Decretos-Lei que alterarão o quadro do Regime Legal.

2. A evolução do enquadramento das sociedades de locação financeira enquanto instituições financeiras

Em 1979, as categorias de empresas financeiras que a nossa lei (v.g. o Dec.-Lei 41.403, de 27.11.57, o Dec.-Lei 42.641, de 12.11.59, e o Dec.-Lei 46.302, de 27.4.65) previa eram assim esquematizáveis:

- instituições de crédito

institutos de crédito do Estado
bancos emissores
bancos comerciais
estabelecimentos especiais de crédito

- instituições parabancárias

Anuncia-se agora a modificação de tais quadros (2). Por isso e pelos 15 anos decorridos, justifica-se o balanço das actuais leis e a tentativa de perspectivar o futuro.

Para realizar tais tarefas, passemos em revista vários tópicos da locação financeira.

(1) Foram expressamente revogados o nº 2 do art. 4º (Dec.-Lei 168/89, de 24 de Maio) e o nº 2 do art. 6º (Dec.-Lei 18/90, de 11 de Janeiro).

(2) Refiro-me a dois projectos de decretos-leis (um sobre o contrato de locação financeira e outro sobre as sociedades de locação financeira) enviados pelo Banco de Portugal à Apelease e por esta divulgados junto das suas associadas.

As leis referiam-se ainda, atribuindo-lhes um lugar separado conjunto, às bolsas, aos corretores e às casas de câmbio, dizendo que desempenhavam “funções auxiliares de crédito”.

A categoria dos estabelecimentos especiais de crédito abrangia os bancos de investimento, as caixas económicas, as cooperativas de crédito e o Crédito Predial Português.

A categoria das instituições parabancárias 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”.

O Dec.-Lei 135/79 veio colocar as sociedades de locação financeira (adiante SLF) entre as instituições parabancárias e o Dec.-Lei 103/86 manteve-as nesse lugar.

O Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras (adiante RGICSF), aprovado pelo Dec.-Lei 298/92, de 31 de Dezembro, veio modificar o enquadramento em causa, re-qualificando as SLF como instituições de crédito.

Na verdade, e como é bem sabido, o RGICSF, extinguindo a categoria das instituições parabancárias, não integra todos os tipos de empresas que cabiam nessa categoria na nova categoria de sociedades financeiras,

antes “promove” 4 desses tipos a instituições de crédito: as SLF, as sociedades de investimento, as sociedades de “factoring” e as SFAC.

Essas re-qualificações foram possibilitadas pela definição comunitária (3) de instituição de crédito (“empresa cuja actividade consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis e conceder crédito por sua própria conta” - sublinhado meu) e motivadas pela ambição de dar às empresas abrangidas o chamado “passaporte comunitário”, que o enquadramento como sociedades financeiras não lhes garantia. Aliás, o mesmo, ou semelhante, fizeram os legisladores de outros países, como a França e a Espanha (quanto à Espanha, porém, há que advertir que foram todas as empresas financeiras que foram “promovidas” a “entidades de crédito” e que as “sociedades de arrendamiento financiero” pertencem, a par de muitos outros tipos de empresas, à subcategoria “entidades de crédito de âmbito operativo limitado” (4)).

Para sustentar que as instituições em causa podem receber do público fundos reembolsáveis, argumentou-se, no nosso País, com a circunstância de elas estarem, tal como as demais instituições de crédito, autorizadas a emitir obrigações de caixa.

Como já escrevi (5), a solução adoptada merece-me reservas, mas não é este o momento para as retomar.

Um aspecto conexo com este re-enquadramento das SLF - e, por isso, aproveito este momento para o referir - é o da autorização expressa que o RGICSF (art. 4º, nº 1, alínea b)) dá aos bancos para realizarem operações de locação financeira.

(3) Art. 1º da Directiva 77/780/CE, de 12 de Dezembro de 1977 (a chamada Primeira Directiva de Coordenação Bancária), cujo conteúdo é, aliás, repetido, ou por outras formas utilizado, noutras directivas.

(4) V. L. Rodríguez Sáiz, José A. Parejo Gámir, A. Cuervo García e A. Calvo Bernardino, *Manual de Sistema Financiero Español*, 6ª ed., Barcelona, Ariel, págs. 50 e 359 e segs., e Jose Manuel Villar Uribarri, *Regime Jurídico del “Leasing”*, Madrid, Edersa, 1993, págs. 133 e segs..

(5) V. “A regulação pelo RGICSF das anteriormente chamadas instituições parabancárias” in *Revista da Banca*, nº 25, Janeiro/Março 1993, págs. 61 e segs..

3. A segmentação das sociedades de locação financeira em mobiliárias e imobiliárias

O art. 1º, nº 3, do Dec.-Lei 135/79 dizia que “uma mesma instituição não pode incluir no seu objecto, simultaneamente, a prática de operações de locação financeira mobiliária e imobiliária”. A mesma disposição consta do art. 1º, nº 2, do Dec.-Lei 103/86.

A bondade desta segmentação foi sempre questionável. Ela dificulta o financiamento integrado de projectos de investimento que envolvem bens imóveis e móveis e constitui hoje uma desvantagem injustificada das SLF em relação aos bancos.

No projecto de novo diploma sobre SLF a segmentação é eliminada. Aplauda-se.

Seria, no entanto, avisado tomar medidas complementares que poupem às actuais SLF a burocracia necessária e os custos inerentes à alteração dos respectivos contratos de sociedade.

4. A restrição da locação financeira ao “full-pay-out-leasing”

A maior parte da literatura sobre “leasing” financeiro refere que as rendas tanto podem ser calculadas de modo a abranger todos os custos do locador (e o seu lucro), como a abranger apenas parte desses custos, sendo o reembolso da parte restante assegurado pelo valor do bem, recuperado ou vendido (por valor significativo) no final do contrato. A primeira modalidade é chamada “full-pay-out-leasing”, “formule de l’amortissement intégral”, “1 DM-Modell”. A segunda “non-full-pay-out leasing”, “formule de la valeur résiduelle”, “Restwertmodell”.

O Dec.-Lei 171/79 é ambíguo e tanto

pode ser lido como permitindo as duas modalidades de “leasing”, como permitindo apenas o “full-pay-out-leasing” (6).

No que toca aos equipamentos, o Banco de Portugal tem imposto que a locação financeira seja “full-pay-out”.

O projecto liberaliza o montante do valor do amortizar e o montante do preço de aquisição pelo locatário, fixando como único limite a este que seja inferior a 50% do preço de aquisição pelo locador.

Esta liberalização é de aplaudir.

5. Os prazos das operações de “leasing”

O art. 11 do Dec.-Lei 171/79 fixa os prazos mínimos de 2 e 10 anos para as operações de locação financeira mobiliária e imobiliária, respectivamente.

O projecto do novo diploma desce esses prazos para 18 meses e 7 anos e, coerentemente, substitui a actual regra (art. 11, nº 2, do Dec.-Lei 171/79) segundo a qual o prazo da locação financeira de equipamentos deve corresponder aproximadamente ao período presumível de utilização económica da coisa pela regra de que esse prazo deve corresponder aproximadamente a mais de metade do período em causa.

6. O “lease-back”

Os Dec.-Leis 135/79 e 171/79 não admittiram, nem proibiram, expressamente o “lease-back”.

No livro sobre “leasing” que escrevi em 1980 - e que revi em 1983, ano da sua publicação (7) - sustentei que a figura do “lease-back” não era reconduzível à locação

(6) V. o meu artigo “*Alguns aspectos jurídicos dos contratos não bancários de financiamento de aquisição e uso de bens*”, in Revista da Banca, nº 22, Abril/Junho 1992, págs. 59 a 61. Opinando no sentido de que o Dec.-Lei 171/79 consagra inequivocamente o modelo da “amortização total”, v. Diogo Leite de Campos, “*Ensaio de análise tipológica do contrato de locação financeira*”, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXII, 1987, “maxime” pág. 9.

(7) *A Locação Financeira* (estudo jurídico do “leasing” financeiro), Lisboa, Danúbio, 1983

financeira e que, portanto, não poderia ser praticado pelas SLF. Esta posição, como aliás na altura preveni, nada tinha a ver com qualquer atribuição de efeitos económicos perniciosos ao "lease-back"!

Creio, porém, que a maioria das opiniões - e, entre elas, a do Prof. Leite de Campos (8) e a do Dr. Duarte de Vasconcelos (9) - é no sentido contrário.

O Banco de Portugal, sempre dentro do mesmo quadro legal, proibiu (com excepção do chamado "lease-back" fornecedor) e autorizou o "lease-back", aparentemente por meras razões de gestão do mercado, com indiferença (embora invocando-as) relativamente às regras legais (carta anexa à circular, série A, nº 145, de 20/5/1986, e carta-circular nº 94/E-DSB de 17.10.91).

O projecto de novo diploma sobre o contrato de locação financeira não toma posição expressa sobre a admissibilidade da prática do "lease-back" pelas SLF.

Devo, porém, dizer que, no projecto, desaparecem do texto da lei os elementos que me levaram a considerar que o "lease-back" extravasava a locação financeira.

7. Os bens objecto do "leasing"

O art. 2º do Dec.-Lei 171/79 diz que a locação financeira de coisas móveis respeita sempre a bens de equipamento. O art. 3º, nº 1, do mesmo diploma diz que a locação financeira de imóveis só pode ter por objecto "imóveis afectados ou a afectar ao investimento produtivo na indústria, na agricultura, no comércio ou em outros sectores de servi-

ços de manifesto interesse económico ou social".

Embora sem resultados práticos, pelo menos, visíveis, o Dec.-Lei 10/91, de 9 de Janeiro, alargou o âmbito possível do "leasing" imobiliário, permitindo a celebração de contratos de locação financeira sobre imóveis destinados a habitação própria do locatário.

No projecto de novo diploma sobre o contrato de locação financeira, a nossa figura passa a poder ter por objecto "quaisquer bens susceptíveis de serem dados em locação". Ou seja: passam a ser permitidos o "leasing" de bens de consumo (duradouro) e de imóveis destinados a quaisquer fins, nomeadamente a habitação de outras pessoas que não o locatário.

A estrutura jurídica formal em que a locação financeira se resolve é apta a ter por objecto bens de quaisquer tipos - desde que de utilização duradoura. No entanto, é comum, na literatura dos vários países, o "leasing" ser referido como meio de financiamento das empresas e, co-naturalmente, que apenas pode ter por objecto bens de equipamento. Algumas leis de outros países, à semelhança do nosso Dec.-Lei 171/79, restringem expressamente o "leasing" a tais tipos de bens (10).

O alargamento do "leasing" imobiliário a todos os imóveis, independentemente do destino que o locatário lhes pretenda dar, não parece polémico, nomeadamente sob a perspectiva de que todo o acréscimo do financiamento à habitação em Portugal é bem-vindo. Assim complementa o legislador a medi-

(8) Cfr. "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, págs. 775 e segs.

(9) Cfr. Duarte V. Pestana de Vasconcelos, *A Locação Financeira* in Revista da Ordem dos Advogados, ano 45, I, Abril 1985, págs. 262 e segs., "maxime" págs. 279 e segs.

(10) É o caso da lei francesa nº 66-455, de 2 de Julho de 1966, cujo art. 1º (na redacção da ordonnance nº 67-837, de 28 de Setembro de 1967) anuncia, no que toca aos bens móveis, que "Les opérations de crédit-bail visées par la présente loi sont (...) les opérations de location de biens d'équipement ou de matériel d'outillage ...". É também o caso da lei belga - arrêto royal nº 55 de 10.10.67 - que diz que a location-financement "doit porter sur des biens d'équipement que le locataire affecte exclusivement à des fins professionnelles". É ainda o caso da lei espanhola - v. Jose Manuel Villar Uribarri, ob. cit., págs. 148 e 149.

da em causa com as que faltaram para que o Dec.-Lei 10/91 deixasse de ser letra morta!

Já o alargamento da locação financeira mobiliária aos bens de consumo não deixará de merecer críticas - pelo menos, das empresas financeiras que já actuam na área do crédito ao consumo, nomeadamente das SFAC. Trata-se de permitir a invasão de um mercado até aqui vedado aos potenciais "invasores", sendo o risco de invasão agravado pela força dos invasores e pela perda de "espaço vital" que estes têm vindo a sofrer...

8. Forma e formalidades das operações de "leasing"

8.1. Os contratos

O art. 8º, nº 1, do Dec.-Lei 171/79 sujeita a locação financeira mobiliária a escrito particular e a imobiliária a escritura pública. O nº 2 do mesmo artigo obriga, porém, a que as assinaturas dos outorgantes na locação financeira mobiliária, em geral, sejam notarialmente reconhecidas e a que, versando o contrato sobre bem móvel sujeito a registo, haja lugar a autenticação notarial.

O art. 6 do Dec.-Lei 10/91 permite que a locação financeira de imóveis para habitação própria do locatário seja feita por escrito particular com mero reconhecimento presencial das assinaturas.

Há, assim, no Direito actual, a incongruência de o formalismo exigido para um contrato sobre um automóvel ser mais pesado do que o exigido para um contrato sobre um imóvel - se este for destinado a habitação própria do locatário!

Além disso, a exigência de autenticação notarial relativamente aos contratos sobre automóveis é um absurdo - torneado, na prática, por meios publicamente indizíveis...

A própria exigência de reconhecimento notarial de assinaturas é censurável e constitui uma excepção ao regime geral de Direito - sem justificação aparente.

De acordo com o projecto que temos tido em vista:

- deixa de ser exigido o reconhecimento de assinatura dos outorgantes na locação financeira de móveis não sujeitos a registo

- deixa de ser exigida a autenticação notarial na locação financeira de móveis sujeitos a registo

- deixa de ser exigida escritura pública ou qualquer outra intervenção notarial na locação financeira imobiliária (de forma mais liberal do que a do Dec.-Lei 10/91 e do que a prevista para a compra e venda de imóveis simultânea com mútuo de instituição de crédito, nos termos do Dec.-Lei 255/93, de 15 de Julho).

Aplauda-se, embora se tema que o novo extremismo tenha algum efeito secundário pernicioso...

8.2. O registo

O radicalismo dos autores do projecto no que toca ao formalismo contratual não teve paralelo no que toca ao registo.

O projecto de novo diploma continua a exigir o registo da locação financeira relativamente a "bens registáveis", para que aquilo a que chama "promessa" (11) de venda produza efeitos em relação a terceiros. Esta solução merece críticas.

A razão de ser do registo da locação financeira, em Portugal, não é a oponibilidade a terceiros do direito do locador sobre a coisa

(11) O projecto estabelece que "se o contrato versar sobre bens registáveis, deverá ser registado para a promessa de venda produzir efeitos em relação a terceiros". A expressão "promessa de venda" é infeliz, porque o Direito actual parece permitir que, na locação financeira mobiliária, o direito do locatário a comprar o bem seja construído ou como derivado de um contrato- promessa unilateral de venda ou como derivado de uma proposta jacente de venda - e não parece haver razões para eliminar esta segunda possibilidade.

locada. Sendo este direito do locador o direito de propriedade, para que ele seja oponível a terceiros o que é necessário é apenas que seja ele (direito de propriedade) registado - e já não a locação financeira.

O registo da locação financeira tem, assim, uma escassa relevância.

No que respeita, em especial, a automóveis, o registo parece mesmo desempenhar apenas funções administrativas, relacionadas com a identificação do locatário financeiro e a comprovação da sua qualidade, já que a lei liga vários direitos e obrigações à qualidade de locatário financeiro de veículos (v.g., o direito ao licenciamento de veículos e a responsabilidade por infracções ao Código da Estrada).

A verdade, porém, é que, do ponto de vista do Direito Privado, o registo da locação financeira de veículos não se justifica, já que em nada altera os direitos das partes ou de terceiros.

E, contra o registo da locação financeira de veículos, jogam as poderosas razões consistentes na burocracia envolvida. Se nos é permitido ironizar, diremos que só na perspectiva do combate ao desemprego se justifica a manutenção de tal excrecência burocrática...

Para dizer tudo, há que acrescentar que o projecto, sabedor das dificuldades que as SLF actualmente defrontam quando resolvem um contrato sobre automóveis por incumprimento do locatário e pretendem vendê-los, permite às SLF passarem a cancelar os registos de locação financeira com base em "certidões" por elas extraídas das suas declarações de rescisão do contrato!

Esta solução desequilibra a relação entre as partes, privilegiando uma. Por isso, é má. Além disso, é a prova de que melhor seria eliminar o registo da locação financeira - pelo menos em relação aos automóveis.

9. A protecção dos locatários financeiros em caso de defeito da coisa locada

O Dec.-Lei 171/79 estabelece que o locador financeiro "não responde pelos vícios da coisa locada ou pela sua inadequação face aos fins do contrato..."

O projecto de novo diploma, ao invés, começa por afirmar que é obrigação do locador assegurar ao locatário o gozo da coisa locada para os fins a que a mesma se destina e que o contrato se considera "não cumprido quando a coisa locada apresentar vício que não lhe permita realizar cabalmente o fim a que é destinada, ou carecer de qualidades necessárias a esse fim..."

De seguida, o projecto estabelece várias excepções a tais regras, nomeadamente a consistente em o locador não responder pelos vícios da coisa ou pela sua inadequação ao fim a que é destinada "se a coisa tiver sido escolhida pelo locatário junto do vendedor ou contratada por ele com o empreiteiro".

Embora esta excepção ponha, em princípio, as SLF, na generalidade (ou na totalidade?) dos casos, a salvo das preocupações que as novas regras lhe poderão trazer, a verdade é que estas nem por isso deixam de ser criticáveis.

Não se percebe, aliás, o porquê das alterações ao Direito vigente. Será uma espécie de contrapartida da abertura às SLF do mercado dos bens de consumo?

O regime actual, além de conforme com a realidade social e, portanto, justo (as SLF não intervêm na escolha nem dos fornecedores, nem das coisas), provou bem, tendo poupado aos Tribunais ouvir da parte dos locatários incumpridores os rosários dos defeitos dos equipamentos...

Melhor andaria o legislador se tentasse melhorar a protecção dos locatários pela via do esclarecimento dos seus direitos contra os fornecedores.

Na verdade, o art. 23 do Dec.-Lei 171/79 diz que "o locatário pode exercer contra o vendedor ou empreiteiro, quando disso seja caso, todos os direitos relativos à coisa locada", mas deixa vários problemas por responder. Que direitos pode, ao fim e ao cabo, o locatário exercer? Todos os que cabem ao comprador de coisa defeituosa? Pode, nomeadamente, o locatário resolver o contrato de compra e venda ou de empreitada entre o locador e o fornecedor (e fazer caducar a locação financeira)?

O projecto nada adianta sobre esses problemas e deveria fazê-lo. Assim alcançaria o reforço da posição dos locatários que noutros passos pareceu pretender.

10. Os direitos do locador financeiro em caso de incumprimento pelo locatário

10.1. O problema do vencimento antecipado das rendas

Em caso de incumprimento definitivo pelo locatário financeiro é fora de dúvida que a SLF pode resolver o contrato, reavendo o equipamento e exigindo as rendas vencidas e não pagas, bem como a indemnização a que tenha direito.

A generalidade das sociedades de locação financeira portuguesas insere nos seus contratos-tipo uma cláusula segundo a qual, em caso de incumprimento pelo locatário, o locador, em alternativa à resolução do contrato, pode exigir o cumprimento antecipado das rendas vincendas.

Não se trata de particularidade portuguesa. Em todo o Mundo, nos contratos de "leasing" financeiro, essa é uma cláusula vulgaríssima (chamada "acceleration clause"

na prática anglo-americana).

Em abono da licitude da cláusula discutida é de dizer que, sendo o "leasing" financeiro uma forma de financiamento, não há que recusar que o seu regime, em muitos aspectos, se aproxime do do mútuo. Ora, como é bem sabido, no mútuo reembolsável a prestações, a falta de pagamento de uma prestação pelo mutuário determina a exigibilidade antecipada das quantias vincendas (por força do regime geral das obrigações - art. 781 do Código Civil).

Embora, do ponto de vista conceitual, a posição mais óbvia seja a de que cada renda de locação financeira é uma prestação e não uma fracção de prestação (para efeitos do referido art. 781), a verdade é que uma tal cláusula se enquadra no espírito do contrato e não se vê por que há-de ser proibida.

Ainda em favor da admissibilidade da atribuição deste tipo de direito ao locador financeiro é de dizer que o art. 13, nº 2, da Convenção de Otava (12) permite expressamente a cláusula em discussão.

Parece claro que na ausência da cláusula, à face do Direito vigente, o locador não terá o direito em causa.

Em Portugal, nalguns processos judiciais, tem sido contestada a validade da cláusula em jogo. E já houve mesmo Tribunais que a declararam nula (v., por exemplo, acórdãos da Relação de Lisboa de 13.3.90, in C.J. Ano XV, 1990, Tomo II, pág. 129, e de 27.2.92, in C.J., Ano XVIII, 1992, Tomo I, e acórdão do S.T.J. de 7.3.91, in BMJ nº 405, Abril, 1991, pág. 465) (13)

Em nossa opinião, tais decisões interpretaram mal o Direito vigente. No actual

(12) Referimo-nos à convenção sobre locação financeira internacional promovida pelo Unidroit e aprovado em Otava em 28.5.88. V. "A Convenção do Unidroit sobre Locação Financeira Internacional - Tradução e Notas" in Documentação e Direito Comparado nº 35/36, 1988, págs. 273 e segs..

(13) Embora, nos três casos, a infelicidade de redacção da cláusula contratual (que, por um lado, permitia ao locador exigir não só as rendas como o preço da compra que o locatário pode - mas não tem de - fazer e, por outro, enquadrava o direito em causa no âmbito da resolução do contrato...) tenha tido papel determinante nas decisões.

momento de preparação de uma reforma legislativa e tendo em vista o silêncio do projecto sobre a matéria, mais do que discutir o assunto no plano do Direito constituído, há que reclamar o esclarecimento do problema em causa, nomeadamente, como resulta do antes exposto, passando a atribuir ao locador, em alternativa ao direito de resolução, o direito de exigência antecipado das rendas, ou, quando menos, afirmando a validade das cláusulas que o confirmam.

10.2. A "recuperação" do bem

O projecto de diploma, se se cala perante o problema do vencimento antecipado das rendas, inova na matéria da recuperação do bem pelo locador, seja em caso de resolução do contrato, seja em caso de o contrato terminar sem que o locatário exerça a opção de compra, dando ao locador a possibilidade de intentar uma acção executiva para entrega do bem com base numa "certidão" por ele emitida da exigência de restituição.

Tratar-se-ia, obviamente, de um forte benefício para as SLF, que assim veriam atenuados os obstáculos com que hoje, muitas vezes, deparam, no que toca à "recuperação" do bem.

À semelhança do que observámos a respeito do cancelamento dos registos, cremos, porém, que esta solução desequilibra de modo injustificado as relações entre as partes. O caminho para tornar a Justiça expedita não passa por dar a uma das partes poderes processuais!

11. Locação financeira e locação com opção de compra

A estrutura jurídica em que, na nossa lei, a locação financeira se resolve não nasceu com os Dec.-Leis de 1979. "O contrato pelo qual uma das partes se obriga, contra retribuição, a conceder à outra o gozo temporário de uma coisa... que a mesma pode comprar....

num prazo convencionado, mediante o pagamento de um preço..." (14) (art. 1º do Dec.-Lei 171/79, que aliás reproduz o art. 1º, nº 2, do revogado Dec.-Lei 135/79) é um tipo de contrato há muito conhecido. Corresponde ao que os franceses chamam "location-vente", os ingleses "hire-purchase" e ao que em Portugal foi também chamado, por alguns, locação-venda e é hoje, comumente designado por locação com opção de compra.

Embora sem ser nomeada, a figura em causa - a par de outras afins - é até objecto de uma previsão do Código Civil (art. 936), tal como o foi dos diplomas extravagantes que regularam a venda a prestações (por último, o - v. o seu art. 15º - Dec.-Lei 457/79, de 21 de Novembro, recentemente revogado pelo Dec.-Lei 63/94, de 28 de Fevereiro).

Além disso, designada por locação com opção de compra - e utilizada, tal como na locação financeira, para fins financeiros - é referida por outro diploma: o que regula as SGII (embora estas não seja nem instituições de crédito, nem sociedades financeiras). Diz o art. 7º, nº 1, do Dec.-Lei 135/91, de 4 de Abril (como antes dizia o art. 8º do Dec.-Lei 291/85, de 24 de Julho, na redacção do Dec.-Lei 237/87, de 12 de Julho) que as SGII podem celebrar contratos de arrendamento com opção de aquisição futura dos imóveis.

É muitas vezes discutida a fronteira entre a locação financeira e as demais formas de utilização da locação com opção de compra, bem como a própria licitude desta utilização.

A razão prática disso está em o art. 6, nº 1, do Dec.-Lei 171/79, dizer que "apenas as sociedades de locação financeira regularmente constituídas ao abrigo da legislação aplicável podem dar de locação financeira quaisquer coisas" - sendo, hoje, fora de dúvida, à luz do citado art. 4º, nº 1, alínea b) do RGICSF, que também os bancos o podem. De resto, o projecto de novo diploma reafirma essas regras, não se limitando a dizer que "só os

(14) As palavras da definição legal que suprimimos foram, respectivamente, "adquirida ou construída por indicação desta", "total ou parcialmente" e "determinado ou determinável, nos termos do próprio contrato".

bancos e as sociedades de locação financeira devidamente autorizadas podem celebrar, na qualidade de locador, contratos de locação financeira”, mas acrescentando que “nenhuma entidade, para além das indicadas no número anterior, pode realizar operações de locação financeira, ou outras em fraude ao disposto no número anterior”.

Não me parece razoável querer cativar a utilização da estrutura jurídica “locação com opção de compra” para as SLF e os bancos. O que deve ser proibido não é o recurso a tal forma jurídica, mas sim o exercício empresarial não previamente autorizado de actividade financeira. O acento tónico da proibição não deve ser posto no recurso ao tipo contratual, mas sim no conteúdo económico da actividade.

12. O “leasing” internacional

A prática da locação financeira, em Portugal, do ponto de vista jurídico, está estabilizada.

Regras de Direito Privado específicas quase minuciosas, testadas ao longo de mais de uma dúzia de anos, têm enquadrado de forma mais que satisfatória uma actividade volumosa.

Países há em que esta estabilização não existe. Nalguns, porque não só não há normas legais específicas, como a Jurisprudência tem oscilado; noutros, porque o próprio volume de actividade não é ainda significativo.

No nosso País, a lei e a prática convergiram no sentido de fazer do contrato de locação financeira um contrato com apenas duas partes: locador e locatário. Por outras palavras, foi afastada a solução, adoptada noutros países, da celebração de um acordo tripartido entre locador, locatário e fornecedor.

A lei e a prática convergiram também em as SLF terem uma actividade puramente financeira, não se imiscuindo nas dimensões comercial e operacional dos negócios.

Na verdade, no mercado português, o contrato de compra e venda ou de empreitada com o fornecedor é inteiramente negociado pelo locatário, cabendo ao locador apenas assumir a posição de comprador ou dono-de-obra tal qual a mesma lhe é indicada pelo locatário. Além disso, o contrato de compra e venda ou de empreitada é executado, sem a intervenção material do locador, entre o fornecedor e o locatário - agindo este, sem dúvida, em nome do locador, mas, também sem dúvida, por sua conta.

Por outro lado, a imbricação do contrato de locação financeira e do contrato de compra e venda ou de empreitada foi reconhecida pela lei, nomeadamente pela atribuição ao locatário de direitos contra o vendedor ou o empreiteiro.

A outro tempo, a referida natureza meramente financeira da intervenção do locador está claramente reconhecida na actual lei portuguesa. Resulta isso, sobretudo, da irresponsabilização do locador pelos vícios da coisa e pela inadequação da mesma para os fins pretendidos pelo locatário e de o risco de perecimento ou deterioração correr por conta do locatário.

Por último, é de referir que, apesar da função ser quase exclusivamente de garantia, o direito do locador sobre a coisa locada é visto, entre nós, como um pleno direito de propriedade.

Estes contornos da locação financeira - e sobretudo a sua nitidez - não são comuns a todos os países. Nalguns mercados os locadores não se confinam ao papel de financiadores. Noutros os contratos apresentavam estruturas diferentes da portuguesa. Algumas leis não só não estabelecem como não permitem a irresponsabilização do locador pelos defeitos do bem locado. Noutros países é a cláusula que põe o risco da coisa a cargo do locatário que levanta dúvidas. Há quem veja o direito do locador sobre a coisa como mero direito de garantia e, assim, recuse tratá-lo como proprietário pleno.

Isto, para já não falar de nalguns países o conceito de “leasing” implicar o afastamento

da opção de compra e de noutros a operação assim designada só ter lugar se a mesma opção existir; ou, para já não referir as diferenças entre as já aludidas modalidades "full-pay-out" e "non-full-pay-out". (15) Etc..

As operações de "leasing" internacional, pondo em contacto empresas localizadas em mercados com experiências negociais não coincidentes e 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 do direito do locador sobre a coisa locada é um problema de direitos reais - e não de direito contratual - e, por isso, está, normalmente, subtraído à influência da vontade das partes.

Mesmo adentro do espaço da Comunidade Europeia as divergências jurídicas são relevantes.

No nosso próprio Direito, há uma entorse ao regime geral da locação financeira imposta pelo Direito Comunitário.

Na verdade, o Dec.-Lei 383/89, de 6 de Novembro, que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a directiva nº 85/374/CE, relativa à aproximação das disposições dos Esta-

dos membros em matéria de responsabilidade por produtos defeituosos, equipara a produtor e responsabiliza pelos danos causados pelos produtos em causa aquele que, no exercício da sua actividade comercial, importe do exterior da CE para a CE produtos por locação financeira (art. 2º, nº 2, alínea a)).

A simples expressão "no exercício da sua actividade comercial", quando referida a um locador financeiro (16), provoca, nos quadros da nossa lei e da nossa prática, estranheza!

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 (17). Infelizmente, passados quase 6 anos sobre a sua aprovação, não parece que assim vá suceder.

13. O regime jurídico-privado e o regime contabilístico da locação financeira

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 (18).

Segundo tais regras, devem ser registadas como imobilizações de uma empresa os bens por ela detidos com continuidade ou permanência, que não se destinem a ser vendidos ou transformados, quer sejam de propriedade da empresa, quer estejam em regime de locação

(15) A chamada tripla opção do locatário no final do contrato (aquisição, devolução do bem e renovação do contrato) a que tantos autores recorrem para caracterizar a figura do "leasing" só existe no "non-full-pay-out" e, assim, não tem existido em Portugal, pelo menos, no que respeita a equipamentos. Tendo o Banco de Portugal imposto, no que respeita a esta modalidade de "leasing", preços de aquisição simbólicos, ficaram excluídas quer a renovação do contrato, quer a devolução do bem. A única atitude racionalmente possível do locatário, no fim do contrato, tem sido a de adquirir o bem.

(16) O que a versão em língua francesa da Directiva 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, nº 2)

(17) V. nota (12)

(18) V. o art. 4º do Dec.-Lei 410/89 e o artigo único, nº 2, do Dec.-Lei 29/93, de 12 de Fevereiro.

financeira (sublinhado meu).

Até 1.1.94, como é de todos sabido, 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 SLF aprovado pelo Aviso do Banco de Portugal datado de 12.8.82, publicado a 29.9.92, previa expressamente (contas 46 e 47) que as SLF registassem como imobilizações suas os bens por elas dados em locação financeira.

O Dec.-Lei 171/79 - que foi publicado em plena vigência do anterior P.O.C. - previa (art. 31) que o locatário evidenciasse 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.

Parece-me claro que há uma contradição entre as novas regras contabilísticas e as regras de Direito Privado. O paralelismo geral entre o registo como imobilizado corpóreo e a titularidade do direito de propriedade (ou de outro direito real de gozo) sobre o bem em causa é rompido, no que toca aos bens dados em locação financeira. Quem é proprietário não regista o bem no seu balanço e quem o regista não é proprietário.

Com base nesta contradição, alguns juristas, cá e noutros países (19), têm criticado a

corrente contabilística que agora triunfou em Portugal.

Não me parece que a contradição, só por si, seja base para a crítica. De há muito que se sabe que os sistemas jurídicos comportam regras conflituantes e que a sua evolução é, muitas vezes, feita a partir dessas contradições.

Aliás, nem sequer é preciso ir muito longe para encontrar uma contradição semelhante - e que aparentemente nunca meteu engulhos aos privatistas críticos. É o caso da venda com reserva de propriedade, na qual muitos juristas continuam a ver, durante o período da reserva, como proprietário o vendedor e em quem quem regista o bem como seu imobilizado é o comprador.

Embora não me queira pronunciar sobre uma matéria em que sou manifestamente estrangeiro, acho que se podem fazer várias críticas às regras de contabilização em causa (20). Não é, porém, a circunstância de estarem (ou aparentarem estar) em contradição com as regras de Direito Privado que as condena.

Os privatistas deveriam antes repensar a qualificação como direito de propriedade do direito do locador sobre o bem ... (21)

14. Uma palavra final

A história do "leasing" em Portugal é, globalmente, uma história de sucesso. Dessa história é parte integrante o quadro jurídico

(19) V., por todos, um artigo e um parecer publicados no Boletim ABEL, da Associação Brasileira das Empresas de Leasing: o artigo de Thomas Benes Felsberg e Miriam C.R. Câmara, intitulado *Contabilização de operações de arrendamento mercantil*, publicado no Boletim nº 94, de Agosto de 1987, e o parecer de Fábio Konder Comparato publicado no Boletim nº 105, de Junho de 1988.

(20) Antes de mais, uma crítica reflexa: entendendo que a política de incentivo fiscal ao investimento resultante do Dec.-Lei 311/82, de 4 de Agosto, deveria ser retomada, creio que seria mais fácil fazê-lo se os bens fossem registados no balanço das SLF e a estas voltasse a ser permitida a aceleração das reintegrações. Depois críticas próprias: o que o P.O.C. estabelece para os "bens em regime de locação financeira" dever-se-ia aplicar, por igualdade de razão, a outras situações; quando a locação financeira não seja "full-pay-out" é duvidosa a bondade da solução.

(21) V. as páginas finais do meu citado livro *A Locação Financeira* e o livro de Ana Maria Peralta, *A Posição Jurídica do Comprador na Compra e Venda com Reserva de Propriedade*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990, "maxime" págs. 7 e segs. e 154 e segs..

da actividade - que começou por ser traçado pelo legislador, em 1979, de uma forma globalmente virtuosa e que, desde então, apesar de pouco retocado (excepto nos planos fiscal e, agora, contabilístico), tem manifestado adequação à realidade económica.

Anuncia-se uma reforma das leis sobre o contrato de locação financeira e sobre as SLF. Que a sua história venha a ser tão longa e tão feliz quanto as das leis que elas revogaráo...

* - Advogado