

I Congresso de Direito Bancário

2015

L. Miguel Pestana de Vasconcelos
(Coordenador)

L. Miguel Pestana de Vasconcelos
2015


ALMEDINA

Locação Financeira – Algumas Questões*

RUI PINTO DUARTE**

1. Introdução

O propósito desta intervenção é enunciar alguns dos problemas levantados pelo regime português do contrato de locação financeira.

Há não muito tempo, procurei descrever esse regime, em termos que reputo quase integralmente atuais¹. Dessa descrição, vou tentar selecionar o que creio mais importante, reponderando e acrescentando questões, sempre que o consiga².

Porque creio que a compreensão desses problemas exige o conhecimento da evolução legislativa, começarei por apresentar os principais marcos dessa evolução.

* Agradeço ao Professor L. Miguel Pestana de Vasconcelos os comentários que fez a uma versão anterior deste texto. Adiante, em notas de rodapé, «diálogo» com dois deles.

** Advogado

¹ V. o meu texto «O Contrato de Locação Financeira – Uma Síntese», in *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo M. Sendin*, Lisboa, Universidade Católica Editora (volume especial da *Direito e Justiça*), 2012, pp. 71 e ss. (publicado também in *Themis*, ano X, n.º 19, 2010, pp. 135 e ss.).

² Essa reponderação acontecerá, sobretudo, no tratamento da penhorabilidade da posição do locatário, no dos efeitos do registo e na abordagem da possibilidade de reforço do financiamento (que fique garantido pelo direito de propriedade do locador financeiro).

2. Marcos da evolução

2.1. O início (1979)

O primeiro diploma português sobre locação financeira foi o Dec.-Lei 135/79, de 18 de maio, que regulou as sociedades de locação financeira.

Poucos dias depois, foi publicado o Dec.-Lei 171/79, de 6 de junho, que estabeleceu o regime inicial do contrato de locação financeira.

Em conjunto, esses diplomas consubstanciaram um convite à exploração de uma nova atividade financeira e ao recurso ao crédito por meio dela.

Os principais traços do regime contratual eram, creio, a restrição da figura ao financiamento de atividades empresariais e a forte limitação à liberdade de estipulação, por meio de uma regulação pormenorizada do tipo contratual, em que muitas normas eram imperativas.

2.2. Mais liberdade contratual (1989)

Um segundo marco da evolução em causa foi a revogação da obrigação de os locadores financeiros submeterem à aprovação prévia do Banco de Portugal as cláusulas contratuais gerais por eles usadas («modelos de contratos-tipo», na expressão do legislador da época), que era imposta pelo art. 4º, nº 2, do Dec.-Lei 171/79. Foi levada a cabo pelo Dec.-Lei 168/89, de 24 de maio.

2.3. Extensão ao financiamento de imóveis destinados a habitação (1991)

Um terceiro marco da evolução foi a extensão da locação financeira ao financiamento de imóveis destinados a habitação. Foi feita pelo Dec.-Lei 10/91, de 9 de janeiro.

2.4. O RGICSF (1992)

1992 foi o ano da publicação do Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras (RGICSF)³, que alterou consideravelmente os quadros institucionais portugueses das atividades bancárias e para-bancárias (para usar expressão que até aí a lei consagrava).

Entre as alterações introduzidas pelo RGICSF estiveram a abertura aos bancos da atividade de locação financeira e a «promoção» das socie-

³ Aprovado pelo Dec.-Lei 298/92, de 31 de dezembro.

dades de locação financeira de instituições parabancárias a instituições de crédito⁴.

2.5. Alteração do modo de contabilização (1989-1994)

Um quinto marco foi a alteração do modo de contabilização da locação financeira. No regime inicial os bens dados em locação financeira eram tratados como ativos dos locadores, sendo as rendas tratadas como custos dos locatários.

O Plano Oficial de Contabilidade de 1989⁵ alterou esse modo de contabilização, determinando que os bens dados em locação financeira pasassem a ser tratados como ativos dos locatários, sendo as rendas tratadas (desagregadamente) como reembolsos de financiamentos e remuneração dos mesmos. Essa alteração correspondeu, pois, à introdução da neutralidade contabilística (e, tendencialmente, fiscal) entre a locação financeira e outras vias de obtenção do controlo fáctico dos bens, designadamente a aquisição.

É de frisar que, porém, a alteração em causa só entrou em vigor em 1 de janeiro de 1994⁶.

2.6. Liberalização, «desformalização», reforço da proteção dos locadores e alargamento do objeto das sociedades de locação financeira (1995/1997/2001)

Nos anos de 1995 a 2001 houve várias intervenções legislativas cujo sentido se pode exprimir nas quatro ideias usadas em subtítulo. Na verdade:

- Foi admitida a locação financeira de bens de consumo (art. 2º, nº 1, do Dec.-Lei 149/95, de 24 de junho, inalterado até ao presente);
- Foi alargada a liberdade contratual em matéria de prazo contratual de rendas e de «valor residual» (arts. 4º e 6º do Dec.-Lei 149/95, na sua versão primitiva, tendo o primeiro entretanto sido revogado e o segundo sido alterado);
- Foi estabelecida a suficiência dos escritos particulares, com reconhecimento presencial das assinaturas no caso de contratos sobre

⁴ Sobre essa «promoção», v. o meu texto «A Regulação pelo RGICSF das Anteriormente Chamadas Instituições Parabancárias», in *Revista da Banca*, nº 25, janeiro/março 1993, pp. 55 e ss, em especial pp. 60 e ss.

⁵ Aprovado pelo Dec.-Lei 410/89, de 21 de novembro.

⁶ V. o Dec.-Lei 29/93, de 12 de fevereiro.

- imóveis (art. 3º, nº 1, do Dec.-Lei 149/95, na sua versão primitiva, entretanto alterado, ainda que não na substância);
- Foi criada uma providência cautelar específica para a defesa dos interesses dos locadores financeiros, no que respeita à rápida «recuperação» dos bens e ao cancelamento do registo da locação financeira (art. 21 do Dec.-Lei 149/95, na sua versão primitiva, entretanto alterado);
 - Foi admitida a prática de locação não financeira pelas sociedades de locação financeira (art. 2º do Dec.-Lei 285/2001, de 3 de novembro, na parte em que alterou o nº 2 do do art. 1º do Dec.-Lei 72/95, de 15 de abril)⁷.

2.7. Aprofundamento da liberalização, da «desformalização» e da proteção dos locadores (2008)

O último marco da evolução que quero destacar é o representado pelo Dec.-Lei 30/2008, de 25 de fevereiro. Por ele se deu o aprofundamento das linhas de evolução anteriores, que se expressou:

- Em alterações ao regime do cancelamento do registo de locação financeira com fundamento na resolução do contrato pelos locadores financeiros (aditamento do nº 2 ao art. 17 e alteração dos nºs 1 e 2 do art. 21 do Dec.-Lei 149/95);
- No enxerto na providência cautelar específica da locação financeira da possibilidade de antecipação do juízo sobre a causa principal (alteração do nº 7 do art. 21 do Dec.-Lei 149/95).

⁷ Nos seus comentários a que aludo na nota inicial, o Professor Pestana de Vasconcelos sublinhou a importância que teve a revogação, pelo Dec.-Lei 285/2001, do art. 16 do Dec.-Lei 149/95, que determinava que só a mora no pagamento de uma renda por prazo superior a 60 dias permitia ao locador resolver o contrato e que o locatário podia precluir o direito do locador à resolução mediante o pagamento do montante em dívida acrescido de 50%, no prazo de oito dias contados da data da notificação da resolução. Concordando com a natureza emblemática da alteração legislativa em causa, julgo, porém, que os efeitos práticos da eliminação dessas normas protetoras dos locatários financeiros foram baixos, na medida em que a experiência mostra, por um lado, que só perante moras de duração superior a 60 dias é que os locadores se decidem pela resolução dos contratos e, por outro, que os locadores estão (quase) sempre disponíveis para repor os contratos em vigor se os locatários pagarem os montantes em dívida acrescidos de juros. Acresce que penso que tais normas não eram felizes, seja por tratarem por igual todos os casos (independentemente da periodicidade das rendas), seja por fazerem depender a preclusão do direito de resolução do pagamento de um valor adicional excessivo.

3. Problemas em aberto

Passemos, então, aos principais problemas que a lei vigente mantém em aberto.

Procurarei enunciá-los e dar-lhes respostas, deixando, porém, desde já, a nota de que, pelo menos na maioria dos casos, só a intervenção do legislador os poderá resolver.

3.1. Natureza do direito a adquirir do locatário

O direito do locatário a adquirir o bem locado tem por fonte um contrato-promessa de compra e venda ou uma proposta de venda? É um direito subjetivo ou um direito potestativo? A dúvida tem, é claro, importantes repercussões práticas, designadamente na possibilidade de o locador obstar à transmissão do bem.

A questão é tão velha quanto a regulação portuguesa da locação financeira. Creio que a lei não impõe nenhuma das possibilidades e que a resposta se deve procurar nos textos contratuais.

3.2. Obrigação do locador de conceder o gozo do bem

Nos termos do art. 9º, nº 1, alínea b), do Dec.-Lei 149/95, é obrigação do locador «conceder o gozo do bem para os fins a que se destina», embora não responda «pelos vícios do bem locado ou pela sua inadequação face aos fins do contrato, salvo o disposto no artigo 1034º do Código Civil» (art. 12 do mesmo diploma).

A conjugação das proposições normativas referidas levanta a dúvida de saber se o locador responde pelas perturbações que haja na entrega da coisa. Tendo em vista o disposto no art. 13 do diploma em causa («O locatário pode exercer contra o vendedor ou o empreiteiro, quando disso seja caso, todos os direitos relativos ao bem locado ou resultantes do contrato de compra e venda ou da empreitada») e sabido que essa entrega está, na prática, a cargo do fornecedor, a resposta razoável tende a ser negativa. A verdade, porém, é que o conteúdo do art. 9º, nº 1, alínea b) do Dec.-Lei 149/95 dá campo a interpretação contrária⁸.

Não vejo razões – mesmo tendo em conta o regime das cláusulas contratuais gerais – para não ter por válidas as estipulações contratuais que

⁸ Para o aprofundamento do problema, com referências doutrinárias e jurisprudenciais, v. FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da Locação Financeira*, Coimbra, Almedina, 2ª ed., 2011, pp. 171.

definam o processo de entrega em tais termos que o locador não responda pelas perturbações da mesma⁹.

3.3. Resolução do «contrato de fornecimento» pelo locatário

Havendo incumprimento do contrato de compra e venda ou de empreitada pelo fornecedor, pode o locatário resolver o mesmo – resolvendo ou fazendo caducar, do mesmo passo, o contrato de locação financeira?

Trata-se de questão também tão antiga quanto a regulação portuguesa da locação financeira. Em favor da resposta afirmativa joga a letra do citado art. 13 do Dec.-Lei 149/95; contra ela a preclusão dos interesses do locador inerente à mesma.

3.4. Penhorabilidade da posição do locatário

Desde a reforma do processo civil de 1995/1996, há norma que prevê a penhorabilidade de «direitos ou expetativas de aquisição de bens determinados» (atualmente, o art. 778 do Código de Processo Civil). A doutrina tende a referir a posição do locatário financeiro entre tais direitos ou expetativas¹⁰.

Até hoje, tenho seguido tal opinião, ainda que sublinhando a dificuldade de construção que ela envolve¹¹.

Pese embora seja *de jure condendo* favorável à penhorabilidade em causa, no plano do direito constituído as minhas dúvidas têm-se acentuado. A posição do locatário não é um mero direito a adquirir (nem uma expetativa destacável do restante dessa posição), mas uma posição complexa, que integra esse direito (ou expetativa), entre outros, mas que também integra obrigações, designadamente a de pagamento das rendas¹² – do

⁹ Sobre essas estipulações, v. o meu texto «O Contrato de Locação Financeira – Uma Síntese», in *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo M. Serdin*, cit., p. 101.

¹⁰ V., por exemplo, RUI PINTO, «Penhora e Alienação de Outros Direitos Execução Especializada sobre Créditos e Execução sobre Direitos não Creditícios na Reforma da Acção Executiva», in *Themis*, ano IV, nº 7, 2003, p. 151 (em trecho que aparentemente merece a concordância de JOSÉ LEBRE DE FREITAS – *A Acção Executiva depois da Reforma da Reforma*, 5ª ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 252), FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA, *Curso de Processo de Execução*, 13ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, p. 260; FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da Locação Financeira*, 2ª ed., cit., pp. 287 e ss., e L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2013, pp. 518 e 519.

¹¹ V. o meu *Curso de Direitos Reais*, 3ª ed., Cascais, Princípiá, 2013, p. 319.

¹² Para já não falar da obrigação de pagar o preço.

qual, normalmente, os contratos fazem depender o direito de aquisição. Por isso, estou agora convencido de que não é de admitir a penhora do direito de aquisição (ou expectativa) do locatário separadamente do restante da sua posição contratual. Quanto a saber se, à luz do Código de Processo Civil, tal posição contratual é penhorável, digam os processualistas... Parece-me difícil sustentar que sim.

3.5. Transmissibilidade da posição do locador sem consentimento do locatário

Os locadores financeiros pretendem frequentemente transmitir os seus créditos futuros, por rendas, sobre os locatários de modo análogo ao usado pelos bancos para transmitir créditos resultantes de mútuos.

Pese a afinidade financeira entre os créditos das instituições de crédito emergentes de locações financeiras e os créditos das instituições de crédito emergentes de mútuos, as posições jurídicas dos locadores financeiros são diversas das dos mutuantes. Além do mais, sobre os locadores financeiros recaem as obrigações de conceder o gozo do bem e de o vender, findo o contrato (art. 9º, nº 1, alíneas b) e c), do Dec.-Lei 149/95).

Assim, parece claro que os locadores financeiros, podendo, sem consentimento dos locatários, ceder os seus créditos futuros, por rendas, não podem, sem esse consentimento, ceder as suas posições contratuais.

3.6. Locação financeira de coisas incorpóreas (incluindo direitos)

A definição legal de locação financeira atribui-lhe como objeto possível «uma coisa, móvel ou imóvel» (art. 1º do Dec.-Lei 149/95).

O preceito legal relativo ao objeto da locação financeira determina que a mesma «tem como objeto quaisquer bens suscetíveis de serem dados em locação» (art. 2º do Dec.-Lei 149/95).

Podem as coisas incorpóreas (incluindo direitos) ser dadas em locação?

Embora a ideia de locação ande tradicionalmente ligada a coisas corpóreas, a letra dos arts. 1022 e 1023 do Código Civil não exclui que a locação tenha por objeto coisas incorpóreas¹³.

¹³ PINTO FURTADO escreve que «vale aqui a noção geral que o art. 202º-1 CC define em termos amplísimos» e que «Parece que o conceito de coisa susceptível de locação reconduzirá efectivamente o seu ponto de partida à noção amplíssima do nosso Código Civil...» (*Curso de Direito dos Arrendamentos Vinculísticos*, Coimbra, Almedina, 1984, p. 47). Implicitamente em

Nessa medida, parece de admitir a locação financeira de coisas incorpóreas¹⁴.

3.7. Sentido do art. 11, nº 1, do Dec.-Lei 149/95, no tocante à transmissão por morte

O art. 11, nº 1, do Dec.-Lei 149/95 é manifestamente infeliz por se prestar à interpretação de que a transmissão por morte da posição do locatário só ocorreria quando a locação financeira tem por objeto bens de equipamento.

Os resultados inaceitáveis dessa interpretação (consistentes em 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 expropriação em favor do locador financeiro que nada justifica e que repugna ao sistema) levam a que a mesma seja de afastar e que se deva atribuir à parte do preceito referido o sentido de que não são válidas quaisquer cláusulas que condicionem a transmissão sucessória na hipótese em causa – sem prejuízo do disposto no referido nº 3 do mesmo artigo¹⁵.

A regra é, pois, 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 atividade profissional do falecido, à qual o locador se pode opor quando o cessionário não ofereça «garantias bastantes à execução do contrato».

sentido contrário, Luís MENEZES LEITÃO, ao comentar a definição do art. 1022, afirma: «Desta definição resulta logo que o contrato de locação se caracteriza por uma específica prestação: a de proporcionar a outrem o gozo de uma coisa corpórea...» (*Arrendamento Urbano*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, p. 13).

¹⁴ Nesse sentido, v. MARGARIDA COSTA ANDRADE, *A Locação Financeira de Ações e o Direito Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, v.g., pp. 81 e ss. e 379 e ss.

¹⁵ FERNANDO DE GRAVATO MORAIS defende que, salvo cláusula em contrário, a locação financeira de bens imóveis e de bens de consumo duradouro caduca por morte do locatário financeiro, sublinhando que o mesmo acontece na locação comum, por força do art. 1051, alínea d), do Código Civil (*Manual da Locação Financeira*, 2ª ed., cit., pp. 158). Contra tal aproximação, lembre-se que na locação comum as rendas só remuneram o gozo da coisa (são *pro usu rei*), ao passo que na locação financeira as rendas contêm uma parcela de valor que é contrapartida da eventual aquisição da mesma (são parcialmente *pro re*).

3.8. Conciliação do art. 18, alínea b), do Dec.-Lei 149/95 com o art. 104, nº 3, do CIRE

Partindo do princípio de que o art. 104, nº 3, do CIRE se refere à locação financeira (como a sua ligação com o nº 2 do mesmo artigo indicia), a conciliação do mesmo com o art. 18, alínea b), do Dec.-Lei 149/95 não é fácil. Duas possibilidades se abrem:

- Entender que o art. 18 do Dec.-Lei 149/95 foi tacitamente revogado pelo nº 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 nº 3 do art. 104 do CIRE.

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, nº 2, do CIRE, fixar um prazo razoável ao administrador da insolvência para este declarar se pretende cumprir o contrato (com as referidas condicionantes do nº 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. Se o administrador da insolvência optar pelo não cumprimento, então sim, a locação financeira findará e o locador financeiro poderá exigir a restituição do bem¹⁶.

3.9. Efeitos do registo

O registo da locação financeira destina-se, naturalmente, a torná-la oponível a terceiros – oponibilidade essa que terá interesse, sobretudo, no caso de o locatário financeiro ver os seus direitos ameaçados por direitos de terceiros resultantes de atos dos locadores financeiros (ou de penhora dos seus bens). Tendo em vista a boa conduta das instituições de crédito no desenvolvimento da atividade de locação financeira, o interesse prático do registo de locação financeira pouco se manifesta.

Há tempos, porém, ponderei em que a submissão a registo de locação financeira contribui para a viabilidade de os locatários financeiros que

¹⁶ V. o acórdão da Relação de Guimarães de 9.10.08 – disponível em www.dgsi.pt (processo 1759/08-1) e publicado na *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXXIII, tomo IV, 2008, pp. 291 e ss. Para desenvolvimentos sobre o regime insolvencial da locação financeira, v. L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, cit., pp. 519 e ss.

deem em sublocação os bens de que sejam locatários darem em garantia, a título de consignação de rendimentos, as suas subrendas. Têm legitimidade para tal, à luz do art. 657, nº 1, do Código Civil.

3.10. Equiparação, para efeitos de responsabilidade civil por produtos defeituosos, do locador a produtor no caso de importação do exterior da UE (art. 3º, nº 2, da Diretiva 85/374/CEE, de 25 de julho de 1985, e art. 2º, nº 2, alínea a), do Dec.-Lei 383/89, de 6 de novembro)

A Diretiva 85/374/CEE, do Conselho, de 25 de julho de 1985, relativa à aproximação das disposições dos Estados-membros em matéria de responsabilidade por produtos defeituosos, equipara a produtor e responsabiliza pelos danos causados pelos produtos em causa «qualquer pessoa que importe um produto na Comunidade tendo em vista uma venda, uma locação, locação financeira ou qualquer outra forma de distribuição no âmbito da sua atividade comercial» (art. 3º, nº 2).

O Dec.-Lei 383/89, de 6 de novembro, que transpôs para a ordem jurídica portuguesa tal Diretiva, considera produtor, para os efeitos em causa, «Aquele que, na Comunidade Económica Europeia e no exercício da sua atividade comercial, importe do exterior da mesma produtos para venda, aluguer, locação financeira ou qualquer forma de distribuição» (art. 2º, nº 2, alínea a).

Tais preceitos, entendidos como equiparando locadores financeiros a produtores, são quase absurdos... A locação financeira não é uma «forma de distribuição», nem uma atividade comercial, em sentido económico. O locador financeiro desempenha um papel em tudo idêntico ao de um banco – sendo certo que ninguém ainda se lembrou de equiparar bancos a fabricantes!

No entanto, até o legislador eurocomunitário rever a sua posição (ou formulação), não será fácil deixar de considerar os locadores financeiros equiparados a produtores, nas situações referidas...

3.11. O reforço do financiamento no âmbito da locação financeira

Por vezes, as partes nos contratos de locação financeira (mormente os locadores, é claro) são tentadas a tratar o direito de propriedade do locador como se fosse uma garantia real capaz de garantir outros créditos que não os resultantes do financiamento ao gozô e à aquisição da coisa objeto de locação financeira.

Por outras palavras: tem surgido, aqui e ali, a ideia de usar o direito de propriedade do locador para garantir outros financiamentos ao locatário que não o destinado ao gozo e à aquisição da coisa objeto de locação financeira.

Será isso admissível?

Do ponto de vista do equilíbrio contratual, não me parece que o tipo de negócio em análise seja em si mesmo criticável. No início do prazo da locação financeira, o locatário sabe que só terá o direito de adquirir a coisa locada se pagar a totalidade do capital incluído nas rendas. Se, decorrida parte do prazo contratual e amortizada parte desse capital, houver lugar a novas entregas de fundos pelo locador ao locatário, parece justificado que tal direito de aquisição fique condicionado também ao pagamento desse valor adicional (ou «reutilizado»).

O que fica dito não corresponde a afirmar que todos os negócios do tipo em causa são equilibrados. Significa apenas que esse tipo negocial não acarreta, por si, em abstrato, um desequilíbrio entre as prestações contratuais (cabendo aqui uma chamada de atenção para que o risco de o locador financeiro vir a ser confrontado com uma alegação de nulidade ou uma interpretação adversa de alguma cláusula aumenta na medida em que o esquema negocial em apreciação conste de cláusulas contratuais gerais ou seja apresentado ao destinatário de modo que ele não possa influenciar o seu conteúdo).

No entanto, o contrato de locação financeira (ou, mais exatamente, os direitos e as obrigações dele emergentes) não interessa apenas aos que nele são partes. Interessa também a terceiros, à comunidade em geral.

De um ponto de vista económico, durante a locação financeira a propriedade fica dividida entre locador e locatário¹⁷. As «frações de propriedade» representadas pelas participações de locador e locatário vão-se

¹⁷ É frequente dizer-se que o locatário financeiro tem a «propriedade económica» da coisa locada. Como escrevi noutra ocasião, melhor, porém, é 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. A qualificação da posição de locatário financeiro como de «proprietário económico» assenta no facto de ele ser o utilizador exclusivo da coisa e na regra contabilística que determina que ele a considere como integrada no seu ativo imobilizado. 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 objeto da locação financeira pertence exclusivamente ao locatário não seja rigorosa.

alterando ao longo do contrato, diminuindo aquela, crescendo esta, à medida que o valor de capital vai sendo pago.

De um ponto de vista jurídico, a expressão dessa «divisão de propriedade» está em que tanto a posição do locador financeiro (o direito de propriedade onerado pela locação financeira) como a posição do locatário financeiro são transmissíveis – 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 «valor residual» que receberá) e, no segundo caso, gozará da possibilidade de vir a adquirir tal propriedade (pagando as rendas e o «valor residual»).

Por outras palavras: quer a posição do locador financeiro quer a posição do locatário financeiro têm uma certa dimensão real¹⁸ – à semelhança do que, no âmbito da enfiteuse, se passava com as posições dos titulares do domínio direto e do domínio útil.

De tal ponderação decorre 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 geral – interesse esse que será ainda maior se se entender que a posição do locatário financeiro é penhorável.

No respeitante a prédios, a dimensão real da locação financeira exprime-se, além do mais, na sua sujeição a registo (art. 2º, alínea 1), do Código do Registo Predial).

Para o que aqui interessa, há que lembrar que a inscrição registral da locação financeira sobre prédios, além das menções comuns a todas as inscrições, apenas contém o prazo e a data do seu início (art. 95, nº 1, alínea o), do Código do Registo Predial).

Por outras palavras: a inscrição registral da locação financeira não contém menção a valores – ao contrário, por exemplo, da inscrição registral da hipoteca que contém o valor do crédito assegurado, bem como o dos seus acessórios e ainda o montante máximo assegurado (art. 96, nº 1, alínea a) do Código do Registo Predial).

¹⁸ Obviamente, no sentido técnico-jurídico desta palavra. Acrescente-se, embora isso não seja muito relevante para o caso em análise, que 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.

Não há dúvida de que um esquema negocial como aquele que estamos a analisar afeta potencialmente os interesses de terceiros, nomeadamente dos credores do locatário financeiro¹⁹. O aumento do valor da dívida do locatário financeiro diminui o valor económico da sua posição juridicamente transmissível, o valor da sua fração na «propriedade económica» da coisa (para usar a linguagem que usei atrás).

Será que essa afetação potencial de interesses de terceiros determina a invalidade do esquema negocial em análise?

Creio que o único argumento que esses terceiros poderiam invocar seria o fornecido pela proibição do pacto comissório, ou melhor, o fornecido pela ideia – bastante divulgada – de que essa proibição alastra a negócios que, apesar de não serem hipotecas nem penhores, desempenham uma função de garantia, designadamente àqueles que a doutrina chama «pactos comissórios autónomos»²⁰.

A proibição do pacto comissório não se aplica, obviamente, de modo direto, à locação financeira, pois é a própria lei que prevê que o locador financeiro seja o titular do direito de propriedade. Pela configuração que a lei lhe dá, a locação financeira não é sequer um negócio fiduciário ou, pelo menos, um negócio meramente fiduciário. Permita-se-me que, a tal respeito, transcreva o que escrevi há muitos anos:

«Mais recentemente, veio GIOVANOLI sustentar ser o *leasing* financeiro um mútuo ao qual é somada uma alienação do direito de propriedade com fins de garantia. O locador transmitiria, pois, ao locatário os fundos necessários para a aquisição e este compraria o bem ao fornecedor, alienando simultaneamente para o locador a propriedade do mesmo, como único 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.»

(...)

«É precisamente no realce atribuído à função creditícia do *leasing* financeiro que nos parece residir o grande mérito da construção de GIOVANOLI. Mas, a tentativa que este Autor empreende para aproxi-

¹⁹ Mesmo que se entenda que posição jurídica do locatário financeiro não é penhorável.

²⁰ V. ANA PRATA, *O Contrato-Promessa e o seu Regime Civil*, reimpressão, Almedina, 1999, pp. 342 e ss.

mar, 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.»

(...)

«Ademais, se é certo que na locação financeira o direito de propriedade é utilizado para fins de garantia de direitos de crédito, não menos seguro é que ele não preenche exclusivamente tal função. A possibilidade de o locador permanecer proprietário ao expirar o contrato de locação financeira, tendo este sido integralmente cumprido pelo locatário, é verdadeiramente querida pelas partes e, não sendo tal desenlace a hipótese de verificação mais frequente, sucede efectivamente. É esta aliás uma das razões impeditivas da equiparação do *leasing* financeiro aos negócios fiduciários (*fiducia cum creditore*) em que o devedor transmite a coisa ao credor com o exclusivo fim de garantia (*Sicherungsuebereignung, vendita a scopo di garanzia*).

A outra razão impeditiva da equiparação reside no facto de a coisa objecto da locação financeira não provir do património do devedor, mas do de um terceiro, a que é totalmente estranha a intenção de servir de garante.»²¹

Ao que escrevi então, limito-me a aditar que a dimensão fiduciária da locação financeira é mais acentuada no chamado *lease-back* e acentuadíssima quando este o é *full-pay-out*, esclarecendo que isso não obsta à validade do *lease-back*: as dúvidas que se levantavam perante o regime de 1979 desapareceram há muito²².

No entanto, mesmo no quadro de uma locação financeira tripartida, na medida em que os créditos resultantes dos financiamentos adicionais

²¹ São transcrições do meu livro *A Locação Financeira (Estudo Jurídico do Leasing Financeiro)*, Editora Danúbio, 1983, pp. 84 e ss. – incluído, em reedição, nos meus *Escritos sobre Leasing e Factoring* (Cascais, Princípia, 2001, pp. 77 e ss.) e, em (pequena) parte, também, ainda que com alterações, no citado texto «O Contrato de Locação Financeira – Uma Síntese», in *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo M. Sendin* (pp. 125 e ss.).

²² V. «O Contrato de Locação Financeira – Uma Síntese», in *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo M. Sendin*, cit., p. 85.

não são eles próprios créditos resultantes da locação financeira, pode, porém, questionar-se se é legítimo que eles sejam assegurados pelo direito de propriedade do locador financeiro.

É fora de dúvida que na locação financeira o direito de propriedade desempenha principalmente uma função de garantia e que a lei «quer» que assim seja. O problema nasce de no tipo de negócio em discussão o direito de propriedade garantir valores para além do proporcionado pelo locador ao locatário a título de locação financeira.

Formulando a questão sob a forma de pergunta: a extensão da garantia que o direito de propriedade do locador financeiro constitui a valores não compreendidos na locação financeira viola algum princípio ínsito na proibição do pacto comissório?

Responder à pergunta formulada na parte final do número anterior implica localizar as razões da proibição do pacto comissório, a fim de determinar se entre elas está algum princípio – e qual.

A doutrina não é unânime quanto a essas razões²³. Julgo que as principais que têm sido apontadas são:

- A proteção do devedor contra a sua fraqueza, que o pode levar a assumir uma obrigação desequilibrada;
- A prevenção contra a obtenção pelo credor de um benefício excessivo e injustificado;
- A imposição de que a execução das garantias reais seja feita judicialmente²⁴;
- A preservação da igualdade dos credores (*par conditio creditorum*), mormente em caso de insolvência.

As duas primeiras razões são quase inócuas para a extensão da proibição do pacto comissório ao caso em discussão, pois partimos do princípio de que o negócio é equilibrado. No entanto, sempre acrescentaremos

²³ V. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação como Feador*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 90 e ss., JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, «Sobre o Âmbito da Proibição do Pacto Comissório, o Pacto Comissório Autónomo e o Pacto Marciano», in *Cadernos de Direito Privado*, nº 8, outubro/dezembro 2004, pp. 64 e ss., ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório Contributo para o Estudo do Âmbito da Sua Proibição*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 56 e ss., e LUÍS MIGUEL D. P. PESTANA DE VASCONCELOS, *Cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 624 e ss.

²⁴ Ou «processualmente», na linguagem da reforma do processo executivo de 2003, projetada na alteração introduzida no art. 675 do Código Civil pelo Dec.-Lei 38/2003, de 8 de março.

que parece bem diverso um devedor transmitir a propriedade de uma coisa para garantir uma dívida sua e alguém que não é, nem nunca foi proprietário, mas mero locatário financeiro, aumentar o capital financiado por meio do contrato de locação financeira. No primeiro caso, há uma alienação; no segundo caso não.

A terceira razão também não tem consequências. A existir algum princípio a respeitar é o da necessidade de recurso a juízo para o exercício de direitos e esse aplica-se à locação financeira²⁵.

Passemos à quarta razão – que tem de ser avaliada mais demoradamente.

A igualdade dos credores consiste em eles serem pagos proporcionalmente pelo valor dos bens do devedor, quando eles não cheguem para satisfação integral dos créditos – se não existirem «causas legítimas de preferência», na formulação do art. 604 do Código Civil.

A existência de um direito de propriedade para garantia de um crédito põe obviamente em causa os interesses dos outros credores do mesmo devedor, pois significa que o bem objeto desse direito de propriedade não pode ser executado em seu favor. Nada obsta, porém, em princípio, a que assim seja.

Parece inquestionável que a ordem jurídica portuguesa não proíbe a utilização do direito de propriedade para fins de garantia. Ela verifica-se em diversas figuras reguladas pela lei, como é o caso da reserva de propriedade (art. 409 do Código Civil), da locação financeira e da alienação fiduciária em garantia de garantias financeiras (regulada pelo Dec.-Lei 105/2004, de 8 de maio).

Parece mesmo indiscutível que a propriedade fiduciária não é repelida pela nossa ordem jurídica²⁶: atualmente, são até claramente maioritárias as vozes que sustentam a admissibilidade de princípio da utilização do direito de propriedade para fins de garantia por meio de negócios fiduciários atípicos²⁷.

²⁵ Em qualquer caso, sublinha-se que não existe no Direito português um princípio segundo o qual a execução de garantias reais tenha de ser feita judicialmente («processualmente»). O Código Civil admite que seja convencionada a execução extrajudicial (extraprocessual) do penhor, o que é reiterado por previsões afins constantes de legislação extravagante (casos do penhor a favor de prestamistas e do penhor financeiro).

²⁶ V. o meu *Curso de Direitos Reais*, 3ª ed., Cascais, Princípa, 2013 pp. 188 e ss.

²⁷ Para panoramas da literatura portuguesa na matéria, v. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, pp. 281 e ss., ANDRÉ FIGUEIREDO, O

Será que o esquema negocial em análise viola expectativas legítimas dos credores do locatário financeiro?

Como vimos atrás, o valor da locação financeira não é objeto de publicidade. A inscrição registral respetiva só abrange o prazo contratual. Isso significa que os credores desconhecem qual o valor financiado e não podem, portanto, a partir da fração do prazo da locação financeira que tiver decorrido, fazer conjeturas sobre o valor a pagar para aceder à propriedade da coisa.

É evidente que se o prazo estiver próximo do seu final o valor financiado em dívida será previsivelmente menor do que no momento inicial. No entanto, desconhecendo o valor do capital financiado e qual a parte dele que é amortizada nas rendas e a parte dele que integra o preço de aquisição, não é possível fazer qualquer dedução sobre o valor financiado em dívida.

Parece, assim, defensável que o esquema negocial em discussão não põe em causa expectativas dos credores do locatário financeiro²⁸.

Frise-se, porém, que pequenas alterações ao quadro legal vigente poderão dar argumentos importantes para a tese inversa. Se o capital financiado e o chamado «valor residual» passassem a ser objeto de publicidade registral, poder-se-ia sustentar que o esquema negocial em causa seria inoponível aos credores do locatário financeiro – na medida em que do mesmo resultasse que o capital financiado em dívida na data relevante fosse mais elevado do que o que se poderia razoavelmente calcular que fosse, a partir dos dados publicitados.

julho de 2014

Negócio Fiduciário Perante Terceiros Com Aplicação Especial na Gestão de Valores Mobiliários, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 63 e ss., e ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Do Trust no Direito Civil*, Faculdade de Direito Universidade de Lisboa, 2013, pp. 783 e ss.

²⁸ O Professor Pestana de Vasconcelos chamou-me a atenção para a analogia entre o que aqui discuto e o problema da admissibilidade da «reserva de propriedade alargada», ou seja, a cláusula que faz depender a transmissão da propriedade de um bem não apenas do pagamento do seu preço mas de outros factos, nomeadamente de outros preços devidos pelo comprador ao vendedor (cláusula que o Professor Pestana de Vasconcelos aborda no seu *Direito das Garantias*, cit., pp. 427 e 428). Julgo que a analogia se verifica em larga medida e que, por isso, quem defenda a admissibilidade da «reserva de propriedade alargada» tenderá a entender como válida a utilização do direito de propriedade do locador financeiro a que me refiro no texto.