

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 11

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
julho / dezembro de 2012

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto e Viviane Perez.

Pareceristas deste número: Adem Bafti (UNIVAP), Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), Eduardo Takemi Kataoka (UERJ), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Marcelo Lauar Leite (UFERSA) e Rodrigo Rocha Monteiro de Castro (Mackenzie – SP).

PATROCINADORES:

ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — n° 11 (Julho/Dezembro de 2012)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no segundo semestre de 2014.

O CONTRATO DE *LEASING* FINANCEIRO¹

THE FINANCIAL LEASING CONTRACT

*L. Miguel Pestana de Vasconcelos**

Resumo: Este artigo tem por objeto o contrato de *leasing* financeiro e está dividido em duas partes. Na primeira, expomos o relevo do *leasing* no seio dos instrumentos de financiamento empresarial. Passamos depois à sua caracterização, à análise das suas funções e dos elementos estruturais: partes, forma, objeto, prazo, rendas. Caracterizam-se depois as suas modalidades, com ênfase para o *sale and lease back* e avalia-se da sua validade face à proibição do pacto comissório. A segunda parte do artigo tem por objeto as principais questões ligadas à cessação do contrato. Aqui, foca-se a resolução pelo locador financeiro, suas causas e seus efeitos. Por fim, aspeto decisivo, analisa-se o regime falencial/insolvental do contrato.

Palavras-chave: financiamento, *leasing*, falência.

¹ Artigo recebido em 15.04.2013 e aceito em 08.11.2013.

* Este estudo é dedicado ao Professor Doutor Diogo Leite de Campos, Ilustre Professor de Direito e Humanista. Não tendo tido oportunidade de participar nos Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Leite de Campos, pretendo, de forma modesta, fazê-lo agora. O Prof. Doutor Diogo Leite de Campos é um dos meus Mestres. É para mim um exemplo como Jurista, na aceção mais ampla e nobre da palavra, e uma referência ética. É igualmente um consumado Humanista (sendo certo que ninguém é um grande Jurista, se não o for também). Presto-lhe homenagem aqui por duas razões, ligadas ao tema e ao local. Quanto ao tema. O *leasing* é um dos temas mais tratados pelo Prof. Doutor Leite de Campos, sendo dele o estudo preparatório, de elevadíssimo nível, da atual lei que o regula. Quanto ao local. Considero bastante adequado fazê-lo numa prestigiada revista brasileira. O Prof. Doutor Leite de Campos, muito justificadamente, é uma referência em ambos os países, pelo que me pareceu o local certo para realizar essa homenagem. Aliás, não é por acaso que os estudos em sua homenagem foram organizados por Professores brasileiros e portugueses e publicados por uma editora do Brasil, a Saraiva.

Abstract: The object of this article is the leasing contract and it is divided in two parts. The first deals with the role this contract plays within the framework of the financing of enterprises, the characterization of the contract, its economic functions and its structure: parties, object, term and rents. We will, also, characterize the modalities of the contract, especially the sale and lease-back. The question of its validity regarding the prohibition of the *lex commissoria* will be assessed. In the second part of the article, we will focus on the termination of the contract, especially on the causes and effects of its resolution by the lessor. Finally, the insolvency/bankruptcy regime - crucial feature of the contract - is analyzed.

Keywords: financing, leasing, bankruptcy.

Sumário: Introdução. 1 – Caracterização inicial. 2 – A forma. A publicidade. 3 – Elementos estruturais. 3.1 – Os sujeitos. 3.2 – O objeto. 3.3 – O prazo. 3.4 – As rendas. 3.4.1 – A fixação do seu valor. 3.4.2 – A sua natureza. 4 – As funções económicas do contrato. 5 – As modalidades. 5.1 – A locação financeira “trilateral”. 5.2 – O *sale and lease back*. 6 – Obstáculos à sua admissibilidade. A questão do pacto comissório. 7 – As posições jurídicas das partes em geral. 7.1 – A posição jurídica do locador financeiro. 7.2 – A posição jurídica do locatário financeiro. 8 – A cessação do contrato em geral. 9 – A resolução do contrato pelo locador financeiro. 9.1 – A insolvência/falência do locatário financeiro. 9.2 – O incumprimento por parte do locatário financeiro do dever de pagar a renda. 9.3 – Os efeitos da resolução do contrato sobre as rendas pagas. 10 – O regime executivo. 11 – O

regime insolvencial/falencial. 11.1 – A insolvência/falência do locador financeiro. 11.2 – A insolvência/falência do locatário financeiro.

Introdução. O *leasing* no quadro dos instrumentos de financiamento empresarial

Para desenvolverem a sua atividade, as empresas podem recorrer a capital próprio ou a capital alheio.

O primeiro é, em regra, obtido aquando da sua constituição pelas entradas dos sócios, ou, mais tarde, através de aumentos do capital.

Contudo, se nos centrarmos nas pequenas e médias empresas detidas por pequenas sociedades, em regra por quotas, podendo mesmo ser unipessoais, verificamos que o capital que os sócios pretendem arriscar muitas vezes não é suficiente *ab initio* para sua atividade ou pode tornar-se a prazo insuficiente para esse efeito.

Nessa medida, torna-se necessário recorrer ao financiamento externo.

É sabido que se torna muito difícil recorrer aos mercados de capitais, abertos só para as grandes sociedades.

Daí que este possa ser concedido pelos próprios sócios, ou pelo recurso à banca.

O financiamento pelos sócios pode, em termos gerais, decorrer de suprimentos, prestações suplementares ou acessórias². Trata-se de figuras diversas com regimes também diferentes. Centrando-nos agora

² Ver, sobre estas diferentes formas de financiamento pelos sócios, DOMINGUES, Paulo de Tarso. As diferentes formas de financiamento societário pelos sócios e a transmissibilidade autónoma dos créditos respetivos. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 753, ss. e p. 766, ss.

só nos suprimentos³, eles podem assumir a forma de empréstimos pecuniários, se dotados de permanência, e visam normalmente substituir a dotação de um capital social insuficiente.

A lei sujeita-os a um regime desfavorável relativamente às outras fontes externas de financiamento, ou seja, realizadas por terceiro, em diversos aspetos dos quais salientamos dois: por um lado, fere com a nulidade as garantias concedidas pela sociedade para os tutelar e, por outro, qualifica como créditos subordinados (no último lugar desse elenco), os créditos daí emergentes o que significa que, declarada a insolvência da sociedade, só serão satisfeitos depois de o terem sido todos os outros credores, inclusive os outros credores subordinados⁴. Portanto, em regra, na prática, ficam integralmente sem obter satisfação.

³ O contrato de suprimento é aquele pelo qual “o sócio empresta à sociedade dinheiro ou outra coisa fungível, ficando aquela obrigada a restituir outro tanto, do mesmo género e qualidade, ou pelo qual o sócio convencionou com a sociedade o diferimento do vencimento de créditos seus sobre ela, desde que, em qualquer dos casos, o crédito fique tendo carácter de permanência” (art. 243.º n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais - CSC). Para a caracterização deste contrato e seu regime em Portugal, ver: PEREIRA, João Aveiro. *O contrato de suprimento*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997; COUTINHO DE ABREU, Jorge M. *Curso de direito comercial: das sociedades*. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. v. II, p. 334, ss.; PINTO, Alexandre Mota. *Do contrato de suprimento: O financiamento da sociedade entre capital próprio e capital alheio*. Coimbra: Almedina, 2002.

⁴ No caso de declaração de falência (devendo agora ler-se aqui insolvência seguida de liquidação, art. 11.º n.º 1 do Dec.-Lei n.º 53/2004, de 18/3) ou “dissolução por qualquer outra causa” da sociedade, os suprimentos só podem ser reembolsados depois de “inteiramente satisfeitas” as dívidas da sociedade para com terceiros [art. 245.º n.º 3 al. a) CSC], estando ainda vedada a compensação de créditos da sociedade com créditos de suprimentos [art. 245.º n.º 3 al. b) CSC]. Essa disciplina, no âmbito insolvencial, foi confirmada no atual Código da Insolvência e da Recuperação das Empresas (CIRE), onde os créditos por suprimentos são considerados créditos subordinados (e, por isso, os seus titulares só serão satisfeitos pelo que restar da massa depois dos outros credores da insolvência) e são colocados na ordem destes créditos em último lugar [art. 48.º, n.º 1, al. g) CIRE]. O que significa que serão satisfeitos, não só depois dos outros credores da insolvência, como igualmente em seguida aos restantes créditos subordinados (art. 177.º CIRE). Acresce que o reembolso de suprimentos realizado dentro do ano anterior à data do início do processo de insolvência é resolúvel em benefício da massa insolvente [art. 121.º, n.º 1, al. i) CIRE].

Temos depois o recurso ao capital alheio de terceiros que são essencialmente os bancos, pelo menos naqueles países em que essa seja a principal fonte de financiamento (e não os mercados de capitais, a que, de todo o modo, as empresas mais pequenas não terão acesso). Aqui se inserem os empréstimos pecuniários, desconto de letras, promissórias ou outros títulos de crédito, assim como as aberturas de crédito. Refira-se que estas podem ter estruturas diferentes, consistindo simplesmente, muitas vezes, na permissão concedida pelo banco de, dentro de certos limites, se admitir um saldo de conta negativo.

De grande relevo neste âmbito é o recurso ao *factoring*⁵. Trata-se – mas não só, uma vez que o seu âmbito funcional é bastante complexo – de um instrumento de concessão de crédito de curto prazo, tornado necessário a prática comercial de venda com entrega a pronto e o preço pago a prazo (30, 60, 90 dias). O recurso sistemático a esta forma de venda ou prestação de serviço (que consiste numa forma de o vendedor conceder crédito, o chamado “crédito comercial”) gera uma “tensão” de tesouraria, porque a empresa terá que satisfazer as suas obrigações nesse período de tempo.

Por isso (mas, como se disse, não só por isso, porque o *factoring* pode também ser um instrumento de garantia), o credor recorre ao factor que lhe adianta uma parte do valor nominal do crédito emergente da venda ou da prestação de serviços (em regra cerca de 80%, mas, nalguns casos, pouco frequentes é certo, pode o adiantamento chegar aos 100%). Para o efeito, adquire, por cessão, o crédito ao preço, indo-o cobrar ao devedor (cedido). As suas contrapartidas são juros, pelo financiamento concedido, e a comissão de cobrança.

Como o contrato de *factoring*, em si, será um contrato-quadro, nele se estabelecem valores, os chamados tetos ou *plafonds*, dentro

⁵ Sobre este contrato, desenvolvidamente, ver VASCONCELOS, Miguel Pestana de. Dos contratos de cessão financeira (factoring). *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Iuridica*, Coimbra: Editora/Universidade de Coimbra, n.º 43, 1999.

dos quais o factor pode – ou, em certos casos, se obriga mesmo – aceitar os créditos e conceder adiantamentos, permitindo-lhe dessa forma planear a sua atividade mercantil. Também aí está prevista a modalidade, ou modalidades, de cessão dos créditos.

É neste quadro que se insere o *leasing* (financeiro). Ele constitui um dos instrumentos mais relevantes de financiamento empresarial. É certo que não só. Hoje constitui igualmente um importante mecanismo de crédito ao consumo. Mas essa sua vertente, que tem diversas particularidades, onde sobressai a aplicação dos regimes específicos de tutela do consumidor, vai ser de momento colocada de lado, centrando-nos na sua matriz original.

Pode dizer-se, sem receio de exagero, que grande parte dos meios componentes da organização que constitui a empresa (em sentido objetivo) são detidos em locação financeira. Sejam eles automóveis, camiões, computadores ou as mais variadas máquinas industriais. É comum depararmo-nos com uma grande empresa industrial em que os meios de que a sociedade é titular são relativamente poucos.

Recorrendo a um exemplo simples: é perfeitamente possível, e até frequente, que numa fábrica o imóvel seja arrendado, as máquinas e os automóveis detidos em *leasing*, outros móveis em locação.

De próprio, pois, a sociedade titular dessa empresa fabril terá muito pouco, em especial se os créditos decorrentes da sua atividade tiverem sido cedidos a um factor, empenhados ou cedidos em garantia para assegurarem um financiamento bancário, p. ex., uma abertura de crédito. Daqui decorre que, sendo declarada a sua insolvência, a massa será composta por um conjunto muito limitado de bens, provocando uma perda quase total aos seus credores que não se beneficiem, ao contrário da banca, de garantias, os credores comuns. É um dado evidente para quem conhece mais de perto a realidade empresarial.

Mas não se trata só de um meio de financiamento. Se alterarmos o ângulo de análise, passando a perspetivar a figura do

prisma de quem financia, o *leasing* consiste numa operação (porque composta por mais do que um contrato) de concessão de crédito garantido pela propriedade do bem.

Com efeito, o bem financiado nunca sai da esfera do banco até a satisfação integral do montante despendido com a sua aquisição, mais os juros, no que constitui o financiamento concedido⁶. Daí que, em caso de incumprimento, o financiador poderá recuperar a sua posse e transacioná-lo no mercado. Mas, mais importante: declarada a insolvência do financiado, não faz parte da massa. E é na insolvência que se mede o valor das garantias.

O texto que se segue consiste numa análise do regime do *leasing* financeiro no direito português. Não é substancialmente diverso daquele que se verifica nos restantes países europeus. Tem, no entanto, uma particularidade: em Portugal, o *leasing* é um contrato legalmente típico. O legislador procurou, como forma de incentivar o recurso a esta figura pelas empresas, criar um quadro legal que conferisse segurança aos agentes económicos. Teve um amplo sucesso⁷.

O percurso que iremos percorrer é o seguinte.

Começaremos por uma caracterização inicial do contrato, analisando depois os diversos elementos que compõem a sua estrutura e, por fim, precisaremos as funções desempenhadas.

Numa segunda parte, passamos aos traços mais relevantes da sua disciplina legal. Nesta sede será dada ênfase aos aspetos relacionados com o seu núcleo problemático mais significativo: o regime (parte dele) no caso de incumprimento pelo locatário financeiro e a sua disciplina insolvencial/falencial.

⁶ Não é o único. As empresas de *leasing* recorrem cumulativamente em regra a outros instrumentos de garantia, onde avulta a celebração de seguros de crédito e mesmo de garantias pessoais (avais, fianças) pelos sócios da sociedade financiada.

⁷ A jurisprudência sobre este contrato é amplíssima.

1 – Caracterização inicial

O *leasing* financeiro⁸, tal como o *factoring* e tantos outros

⁸ Sobre esta figura em geral, ver: CAMPOS, Diogo Leite de. *A locação financeira*. Lisboa: Lex, 1994; Idem. Ensaio de análise tipológica do contrato de locação financeira. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1987. p. 1, ss.; Idem. Locação financeira (leasing) e locação. *Revista da Ordem dos Advogados*, 2002. p. 761, ss.; CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito bancário*. 4.^a ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 671, ss.; SILVA, João Calvão da. Locação financeira e garantia bancária. In: *Estudos de direito comercial (pareceres)*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 5, ss.; MARTINEZ, Pedro Romano. *Contratos comerciais*. Cascais: Principia, 2001. p. 59, ss.; MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da. *Garantias de cumprimento*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 249-250; ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos II*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 216, ss.; DUARTE, Rui Pinto. *A locação financeira (estudo jurídico do leasing financeiro)*. Editora Danúbio, s/d (com nota prévia de 1983); Idem. O contrato de locação financeira: Uma síntese. *Themis*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 135, ss.; SANTOS, Filipe Cassiano dos. *Direito comercial português: dos atos de comércio às empresas: o regime dos contratos e mecanismos comerciais no direito português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. I, p. 383, ss.; ANTUNES, José Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 515, ss.; MORAIS, Fernando de Gravato. *Manual da locação financeira*. Coimbra: Almedina, 2006. Antes da tipificação legal do contrato, ver: PINTO, Carlos A. Mota. Uma nova modalidade jurídica de financiamento industrial: o Leasing. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 1965. p. 103, ss.; e ALMEIDA, José Carlos Moitinho de. A Locação financeira (leasing). *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 231, p. 5, ss. Ver ainda: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: Direito da empresa*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. III, p. 146, ss.; GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.^a ed. (atualizada por: ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO e FRANCISCO PAULO DE CRESCENZO MARINO). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 571, ss.; WALD, Arnoldo. *Direito civil?: contratos em espécie*, 18. ed. (reformulada com a colaboração de Semy Glanz, Ana Elisabeth Lapa Wanderlei Cavalcanti e Liliana Minardi Paesani). São Paulo: Saraiva, 2009. p. 364, ss.; CLARIZIA, Renato. *I contratti di finanziamento, leasing e factoring*. Turim: Utet, 1989. p. 69, ss.; LUMINOSO, Angelo. I contratti tipici e atipici. In: *Tratatto di diritto privato* (a cura de Giovanni Iudica e Paolo Zatti). Milão: Giuffrè, 1995. p. 359, ss.; BUSSANI, Mauro; CENDON, Paolo. *I contratti nuovi. Leasing, factoring, franchising*. Milão: Giuffrè, 1989. p. 7, ss.; NOVA, Giorgio de. *Il contratto di leasing*. 3.^a ed. Milão: Giuffrè, 1995; Idem. *Leasing*, Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile. p. 462, ss.; STOUFFLET, Christian Galvada/JEAN, *Droit bancaire, institutions - comptes - opérations - services*. 8.^a ed. Paris: Litec, 2010. p. 477, ss. (locação financeira mobiliária), p. 494, ss. (locação financeira imobiliária); LEGEAIS, Dominique. *Sûretés et garanties du crédit*. 5.^a ed. Paris: LGDJ, 2006. p. 500, ss.; DUTILLEUL, François; DELEBECQUE, Philippe. *Contrats civils et commerciaux*. 9.^a ed. Paris: Dalloz, 2011. p. 815, ss.; PERERA,

contratos de grande relevo na atividade comercial, tem a sua fonte na prática financeira dos Estados Unidos, vindo nos anos sessenta do século passado a ser adotado nos diversos países, nomeadamente, os europeus, como contrato atípico.

Em Portugal⁹, onde tem o *nomen iuris* de locação financeira, ele reveste a particularidade de ser, desde muito cedo - remonta a 1979 -, um contrato típico com uma pormenorizada regulamentação legal que, se a princípio era algo restritiva, veio sucessivamente a ser alterada de forma a que hoje pode ser objeto de locação financeira qualquer bem que possa ser objeto de locação.

O legislador português define a locação financeira como aquele 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 poderá comprar, decorrido o período acordado, por um preço nele determinado ou determinável mediante simples aplicação dos critérios nele fixados.” (art. 1.º do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6¹⁰)¹¹.

Ángel Carrasco; LOBATO, Encarna Cordero; LÓPEZ, Manuel Jesús Marín. *Tratado de los derechos de garantía, tomo II, Garantías mobiliarias*, 2.ª ed. Navarra: Thomson/Arazandi, 2008. p. 531, ss.; LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Lehrbuch des Schuldrechts, II Band, Besonderer Teil, 2. Halbband*. Munique: C.H. Beck, 1994, II § 66, p. 99, ss.; AAVV, *Der Leasingvertrag* (herausgegeben von TPAHLEN, Friedrich Graf Von Wes), 6.ª ed. Colónia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2008; STOLTERHOFT, Joachim. *Vollamortisation über Mobilien-Leasing Vollamortisation über Mobilien-Leasing*, in: *Münchener Vertragshandbuch*, Band 2, *Wirtschaftsrecht I*. (herausgegeben von Rolf A. Schütze, Luz Weipert). 6.ª ed. Munique: C. H. Beck, 2009. p. 144, ss.

⁹ Estamos a referir-nos só ao *leasing* nacional. O *leasing* internacional não será objeto deste estudo. De todo o modo, nesse quadro refira-se convenção sobre o *leasing* internacional do UNIDROIT (*UNIDROIT Convention on International Financial Leasing*), adotada em Otava a 28 de maio de 1988. Até ao momento teve poucas adesões ou ratificações (destacam-se, no entanto, as da Itália, França, Rússia e Hungria). Sobre esta, ver DAGEFÖRDE, Carsten. *Leasingvertrag*. In: *Internationales Vertragsrecht* (REITHMANN/MARTINY). 7.ª ed. Colónia: Otto Schmidt, 2010. p. 606, ss.. Uma última nota para sublinhar que existe uma lei modelo da UNIDROIT quanto ao *leasing* (*Unidroit model law on leasing*). Disponível em: <www.unidroit.org/english/modellaws/2008leasing/main.htm>.

¹⁰ Os trabalhos preparatórios deste diploma são da Autoria de CAMPOS, Diogo Leite de. *A locação financeira*. Lisboa: Lex, 1994.

Como deveres principais do locador financeiro, temos, pois, o dever de concluir o contrato de compra e venda ou de empreitada que tenha por objeto a coisa escolhida pelo locatário financeiro, o dever de lhe conceder o gozo dessa mesma coisa para os fins a que se destina e de, se este último assim o entender, lhe vender a coisa, decorrido o prazo contratual (art. 9.º n.º 1 do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6). O locatário financeiro, da sua parte, deverá pagar as rendas acordadas¹².

A locação financeira (na sua modalidade “trilateral” que estamos agora a tomar por base) conduz sempre à celebração de um outro contrato entre o locador financeiro e um fornecedor pelo qual o primeiro adquira a coisa cujo gozo está obrigado a ceder ao locatário financeiro.

Por isso, é comum afirmar-se que a operação de locação financeira gera uma relação trilateral, envolvendo as partes do contrato de locação financeira propriamente dito e o fornecedor da coisa a ser adquirida pelo locador financeiro para conceder depois o gozo à outra parte¹³.

Não se trata, no entanto, de um contrato trilateral. O locador financeiro celebra com um fornecedor escolhido pela sua contraparte (no contrato de locação financeira) o contrato de aquisição da coisa (que esta também elegeu), em execução do contrato de locação financeira, sendo que é também em cumprimento da obrigação de conceder ao locatário o gozo desse bem que lho entrega.

Todavia, embora o bem locado pertença ao locador (que o adquiriu), o locatário pode exercer relativamente ao empreiteiro ou

¹¹ Este diploma foi alterado pelo Dec.-Lei n.º 265/97, de 2/10, pelo Dec.-Lei n.º 285/2001, de 3/11 e pelo Dec.-Lei n.º 30/2008, de 25/2. Em particular o diploma de 2001 introduziu alterações importantes no regime da locação financeira, uma vez que, entre outros aspetos, revogou os artigos 4.º, 5.º, 16.º e 20.º do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6.

¹² Referimo-nos em texto tão só às obrigações recortadas pelo legislador para definir, fixando a noção, o tipo contratual. Cfr. VARELA, J. Antunes. *Das Obrigações em geral*. 10.ª ed. Coimbra: Almedina. v. I, p. 121-122.

¹³ LARENZ, K.; CANARIS, C. W. *Lehrbuch des Schuldrechts, II Band, Besonderer Teil, 2. Halbband*. cit. p. 103.

vendedor “todos os direitos” relativos a esse bem ou decorrentes do contrato de compra e venda ou de empreitada (art. 13.º do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6), o que significa que se estabelece, neste caso, uma relação direta entre ambos, sem ser por intermédio do locador financeiro.

A operação é, pois, constituída por dois contratos entre os quais se estabelece uma coligação genética, na medida em que a conclusão do contrato de locação financeira determina a celebração do contrato de construção ou de compra do bem, cujo conteúdo prevê. Estes contratos estão coligados a nível fase genético, uma vez que um desencadeia a celebração do outro, e a nível funcional¹⁴.

Por fim, sempre que o locatário financeiro, decorrido o prazo contratual, opte pela compra do bem, será celebrado um outro contrato de compra e venda, agora entre o locador financeiro e o locatário.

2 – A forma. A publicidade

O contrato de locação financeira que tenha por objetos móveis ou imóveis terá que ser celebrado por documento particular (art. 3.º n.º 1 do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6)¹⁵.

Tendo por objeto bens imóveis, as assinaturas das partes devem ser presencialmente reconhecidas, salvo se efetuadas na presença de funcionários dos serviços do registo, aquando da apresentação do pedido de registo (art. 3.º n.º 2 do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6¹⁶). Neste caso, a existência da licença de utilização ou

¹⁴ Neste sentido, CAMPOS, D. Leite de. *A locação financeira*. cit. p. 139-141.

¹⁵ Quanto à interpretação corretiva do art. 3.º n.º 1 do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6, onde se lê simplesmente “podem ser celebrados”, SILVA, J. Calvão da. *Direito bancário*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 423 [“é de ler podem, no sentido de poder-dever: podem (devem) ser celebrados por documento particular.”]. O art. 1.º do Dec.-Lei n.º 30/2008, de 25/2, alterou esta disposição sem fazer, quando poderia ter aproveitado o ensejo, a referida correção.

¹⁶ Redação do art. 1.º do Dec.-Lei n.º 30/2008, de 25/2.

de construção do imóvel deve ser certificada pela entidade que efetua o reconhecimento ou verificada pelo funcionário dos serviços de registo (art. 3.º n.º 3 do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6).

A assinatura das partes nos contratos de locação financeira de bens móveis sujeitos a registo deve conter a indicação, feita pelo respetivo signatário, 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 do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6).

A locação financeira, de bens imóveis ou móveis sujeitos a registo, está sujeita a registo na conservatória competente (art. 3.º n.º 5 do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6)¹⁷.

3 – Elementos estruturais

3.1 – Os sujeitos

No que toca ao locador financeiro, só podem exercer a “título profissional” (art. 8.º n.º 2 do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, *brevitatis causa*, a lei bancária) a atividade de locação financeira as instituições de crédito e dentro destas: os bancos [art. 4.º, n.º 1, al. b) da lei bancária], as sociedades de locação financeira (art. 1.º n.º 1 do Dec.-Lei n.º 72/95, de 15/4, com a redação que lhe foi dada pelo Dec.-Lei n.º 285/2001, de 3/11) e, mais recentemente, as instituições financeiras de crédito (IFIC)¹⁸. A contrário, a título não profissional, não há propriamente limitações.

Não há requisitos específicos quanto ao locatário financeiro. Poderá ser uma empresa, um profissional liberal, um ente público ou

¹⁷ E art. 2.º, n.º 1, al. l) do Código do Registo Predial para os prédios.

¹⁸ As Caixas Agrícolas, nos termos do art. 36.º-A do Dec.-Lei n.º 24/91, de 11/1, poderão, autorizadas pelo Banco de Portugal, alargar o seu objeto à “locação financeira a favor dos associados para financiamento das atividades referidas no art. 27.º” [art. 36.º-A, n.º 1, al. a)].

mesmo, fruto da evolução do regime, um consumidor. O que implica que, nessa medida, se aplique, verificados todos os seus pressupostos, o Dec.-Lei n.º 133/2009, de 2/6¹⁹, que regula os contratos de crédito ao consumo.

3.2 – O objeto

Inicialmente, a locação financeira tinha um carácter algo restritivo, porque, tendo por objeto coisas móveis, respeitava sempre a bens de equipamento (art. 2.º do Dec.-Lei n.º 171/79, de 6/6), e a locação financeira imobiliária tinha como objeto exclusivo imóveis “afetados ou a afetar ao investimento produtivo, na indústria, na agricultura, no comércio ou em outros sectores de serviços de manifesto interesse económico ou social” (art. 3.º n.º 1 do Dec.-Lei n.º 171/79, de 6/6).

Já no início da última década do século anterior, alargou-se a locação financeira ao campo da habitação, permitindo-se a celebração de contratos desta natureza “destinados a habitação própria do locatário” (art. 1.º do Dec.-Lei n.º 10/91, de 9/1).

Em 1995, foi consagrado um novo regime para a locação financeira (Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6²⁰), tendo então o objeto do contrato sido ampliado a “quaisquer bens susceptíveis de serem dados em locação” (art. 2.º n.º 1 Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6)²¹.

De acordo com o objeto, podemos distinguir a locação financeira imobiliária, que tem por objeto imóveis, e a locação financeira mobiliária, cujo objeto são móveis. Dentro desta última, a

¹⁹ Consumidor é “a pessoa singular que, nos negócios abrangidos pelo presente decreto-lei [dos contratos de crédito ao consumo], atua com objetivos alheios à sua atividade comercial ou profissional”. [art. 4.º al. b) do Dec.-Lei n.º 133/2009, de 2/6].

²⁰ Depois alterado, como vimos, pelo Dec.-Lei n.º 265/97, de 2/19, e pelo Dec.-Lei n.º 285/2001, de 3/11.

²¹ Ver, para esta evolução, CORDEIRO, A. Menezes. *Manual de direito bancário*. cit. p. 675, ss.

mais comum, assumem destaque os automóveis, pela sua frequência, e os aviões, pelo seu valor. Também o estabelecimento comercial, podendo ser objeto de locação (art. 1109.º do Código Civil Português - CCP), pode ser objeto de locação financeira²². É igualmente admissível, pelo menos nalguns casos, que sejam objeto de locação financeira obrigações e ações²³.

3.3 – O prazo

Com a alteração introduzida pelo Dec.-Lei n.º 285/2001, de 3/11, os prazos de locação financeira foram muito liberalizados. A lei limita-se agora a estatuir que o prazo mínimo da locação financeira de coisas móveis não deve ultrapassar o que corresponde ao período presumível de utilização económica da coisa (art. 6.º n.º 1 do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6) e o contrato não pode ter duração superior a 30 anos, considerando-se reduzido a esse limite quando superior (art. 6.º ns. 1 e 2 do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6)²⁴.

Se não for fixado prazo (o que será raro), o contrato considera-se celebrado por um prazo de 18 meses ou de 7 anos, consoante se trate de bens móveis ou de bens imóveis (art. 6.º n.º 3 do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6).

3.4 – As rendas

3.4.1 – A fixação do seu valor

De acordo com o regime constante do art. 4.º do Dec.-Lei n.º

²² Cfr. ALMEIDA, C. Ferreira de. *Contratos II*. cit. p. 217; D. LEGEASIS, *Sûretés et garanties du crédit*. cit. p. 500.

²³ Ver, neste sentido, MORAIS, F. Gravato. *Manual da locação financeira*. cit. p. 31. Quanto à locação financeira de ações, e no sentido da sua admissibilidade, ver ANDRADE, Margarida Costa. *A locação financeira de acções e o direito português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 51, ss. e p. 83, ss.

Quanto à locação financeira de um estabelecimento comercial, ver PLASMATI, Massimo. *Il leasing di azienda*, Contratto e Impresa, Padova: Cedam, 2007. p. 576, ss.

²⁴ Note-se que no regime anterior a locação financeira de móveis não podia ser celebrada por prazo inferior a 18 meses e que o prazo mínimo para a locação financeira de imóveis era de 7 anos.

149/95, de 24/6, as rendas deveriam permitir “dentro do período de vigência do contrato a recuperação de mais de metade do capital correspondente ao valor do bem locado e cobrir todos os encargos e a margem de lucro do locador, correspondendo o valor residual do bem ao montante não recuperado.” (n.º 1 do art. 4.º do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6).

Daí que o valor residual devesse corresponder sempre ao valor de aquisição do bem que não tivesse sido recuperado através das rendas. A competência para fixação dos valores mínimos e máximos do valor residual cabia ao Banco de Portugal, “tendo em atenção, designadamente, a evolução da economia portuguesa e do sector da atividade da locação financeira.” (n.º 2 do art. 4.º do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6).

A lei estatuiu ainda que, enquanto o Banco de Portugal não fizesse uso dessa competência, o valor residual não poderia ser inferior a 2% do valor locado, e, no que diz respeito aos móveis, não poderia ultrapassar o limite de 25% (ns. 2 e 3 do art. 4.º).

Fixavam-se também regras quanto ao vencimento e ao valor das rendas. Assim, estabelecia-se ainda que a data de vencimento da primeira renda não poderia ultrapassar “o decurso de um ano sobre a data a partir da qual o contrato” produziria efeitos (n.º 4 do art. 4.º do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6) e que o período entre o vencimento de cada renda não poderia ser superior a um ano (n.º 5 do art. 4.º do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6). Finalmente, o valor de cada renda não poderia ser “inferior ao valor dos juros correspondentes ao período a que a renda” respeitasse (n.º 6 do art. 4.º do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6).

Esta norma (art. 4.º) foi revogada pelo art. 5.º do Dec.-Lei n.º 285/2001, de 3/11. A alteração de regime é de facto importante, tendo remetido um conjunto de aspetos relevantes para a autonomia das partes, ou melhor, do locador financeiro.

Parece ser possível retirar as seguintes conclusões.

Em primeiro lugar, o valor residual deixa de ter limites mínimos e máximos, ficando a sua fixação em concreto ao critério das partes. Também já não é necessário que essa quantia corresponda unicamente ao montante do capital não recuperado pelas rendas.

É assim possível que as partes estabeleçam valores residuais bastante elevados mesmo para móveis (onde o valor residual do bem não poderia ser superior a 25%), ou então valores mínimos quase simbólicos de aquisição dos bens (abaixo do limite mínimo de 2%). Se juntarmos a estes elementos aqueles que resultam da alteração do art. 6.º (art. 1.º do Dec.-Lei n.º 285/2001, de 3/11), isto é, a eliminação dos prazos mínimos do contrato, vemos que a locação financeira, nalguns casos, se poderá aproximar muito da compra e venda a prestações com reserva de propriedade e da locação-venda, quando o valor residual for quase simbólico.

Por pouco, se poderia pensar que já não seria necessário o estabelecimento de um valor residual. Mas não é assim, uma vez que na noção (art. 1.º) decorre que o locatário, “decorrido o período acordado”, poderá comprar o bem, “por um preço nele determinado ou determinável...”, e constitui uma das obrigações do locador [art. 9.º n.º 1 al. c)] “vender o bem ao locatário, caso este queira, findo o contrato”. O que implica necessariamente um preço, contrapartida da transmissão da propriedade no negócio posterior de venda, que corresponderá ao valor residual.

Por outro lado, se os valores residuais forem muito elevados (agora não há qualquer limite), aproximar-nos-emos de um contrato promessa unilateral com tradição da coisa.

As alterações inseridas neste ponto acabam por alargar os limites da locação financeira que passa a poder desempenhar por vezes funções que são já próximas das de outros contratos.

3.4.2 – A sua natureza

As rendas da locação financeira são compósitas, compreendendo, numa parte, a amortização do capital e, noutra parte,

os juros do crédito concedido (serão também aqui incluídas outras despesas que o locador financeiro tenha tido que efetuar, assim como eventuais comissões administrativas). As primeiras são prestações fracionadas, as segundas são prestações duradouras reiteradas.

As rendas podem ser progressivas, aumentando o seu valor ao longo do tempo; degressivas, diminuindo o montante de cada uma delas com o decurso da relação contratual; ou constantes, em que o seu valor unitário é o mesmo durante o decurso do prazo. Se os juros integrados em cada uma das rendas foram calculados recorrendo a um spread somado a um indexante (p. ex., Libor, Euribor), variando este, varia o montante daquelas.

4 – As funções económicas do contrato

Tal como a venda com reserva de propriedade e entrega da coisa, o reporte e a locação venda, a locação financeira é, essencialmente (embora não só²⁵, nomeadamente propiciar o gozo do bem), em termos funcionais, um negócio de crédito e garantia.

Vejamos com um pouco mais de detalhe.

Como o próprio *nomen iuris* indica, a locação financeira cumpre uma função de financiamento²⁶. Com efeito, o papel desempenhado pelo locador - uma instituição de crédito - ao adquirir o bem escolhido pelo locatário para depois lhe conceder o gozo²⁷ do mesmo, mediante o pagamento de rendas que são calculadas de forma a cobrirem, com o valor residual, o preço de aquisição, os juros e outras despesas, consiste numa forma de financiamento.

²⁵ É sempre necessário ter alguma prudência, dadas as múltiplas configurações que a locação financeira pode ter e que permitem colocar em destaque outras funções que por esta via se podem realizar.

²⁶ Aqui entendido simplesmente com o sentido de conceder crédito.

²⁷ Sendo a entrega “instrumental” da concessão do gozo”, e podendo esta ser realizada pelo próprio fornecedor – assim, SILVA, J. Calvão da. *Direito bancário*. cit. p. 424-425.

Ao contrário, porém, das outras modalidades de financiamento que começámos por analisar, como o mútuo, o desconto, a abertura de crédito e o *factoring*, não se atribuem diretamente à empresa meios pecuniários que ela poderá utilizar indistintamente para a sua atividade (e que podem eventualmente ser direcionados a um determinado fim no mútuo de escopo), mas o financiamento dirige-se especificamente a um determinado bem, que ela passa a usar e poderá depois adquirir.

O uso do bem financiado é necessário, tratando-se de uma empresa, para obter os meios pecuniários que permitam pagar as rendas.

Ao mesmo tempo, conforme se disse, como forma de tutela do crédito concedido, o locador financeiro mantém no seu património a propriedade do bem. É o recurso à propriedade como garantia²⁸.

Claro está que a eficácia da garantia dependerá muito do próprio valor da coisa (que passa a ser gozada pelo locatário) e sua (eventual)²⁹ desvalorização. Pelo que os locadores financeiros com grande frequência recorrem também a outras garantias, o que, aliás, o próprio regime do contrato prevê (art. 19.º do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6).

Em resumo: não se trata de um simples financiamento, mas de um financiamento dirigido a um bem específico (i) e garantido pela propriedade deste (ii).

²⁸ CAMPOS, D. Leite de *Ensaio de análise tipológica do contrato de locação financeira*. cit. p. 39 e 41; SILVA, J. Calvão da *Locação financeira e garantia bancária*. cit. p. 20, 26 e 28-29; MENEZES, A. CORDEIRO, *Manual de direito bancário*. cit. p. 673; DUARTE, R. Pinto. *Alguns aspetos jurídicos dos contratos não bancários de aquisição e uso de bens*. cit. p. 63. Ver também no sentido do texto quanto à função da locação financeira: LARENZ, K.; CANARIS, C. W. *Lehrbuch des Schuldrechts, II Band, Besonderer Teil, 2. Halbband*, cit., I § 66 p. 101; SCHMIDT, Karsten. *Handelsrecht*. 5.ª ed. Colónia, Berlim, Bona, Munique: Heymanns, 1999, § 35 II. p. 997; DUTILLEUL, F. C.; DELEBECQUE, P. *Contrats civils et commerciaux*. cit. p. 815.

²⁹ O que depende do próprio bem objeto do contrato. Neste âmbito, tem particular relevo a distinção entre locação financeira mobiliária e imobiliária, porque os imóveis frequentemente não desvalorizam (embora tal possa acontecer especialmente em alturas de fim de especulação imobiliária) e, por vezes, sucede mesmo o contrário.

5 – As modalidades

5.1 – A locação financeira “trilateral”

Consiste na modalidade mais vulgar de locação financeira e a que temos estado a tomar por base na exposição. O locador financeiro não é inicialmente proprietário do bem que é escolhido pelo locatário junto de um terceiro a quem o primeiro, de seguida, o compra (ou com quem celebra um contrato de empreitada), entregando-o depois, no seio da locação financeira, ao locatário para que este o goze.

Por isso, como se disse, se fala numa relação trilateral, com três intervenientes, embora o contrato de locação financeira seja bilateral. Este conduz é a conclusão do contrato de compra ou de empreitada com o terceiro. Na definição não resulta que o contrato de locação financeira tenha que assentar nesta relação trilateral, e que, portanto, o contrato de compra tenha que ser celebrado com terceiro, mas o regime tem claramente em vista, em toda a sua extensão, essa modalidade.

Acrescente-se só que por vezes não haverá uma compra a um terceiro do bem objeto de locação financeira. É o que sucede sempre que o locatário não queira adquirir o bem (ou o locador financeiro resolveu o contrato), e a instituição de crédito celebra com outrem um outro contrato de locação financeira, tendo esse bem por objeto (art. 7.º do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6).

5.2 – O *sale and lease back*

No *sale and lease back*, o locatário vende ao locador financeiro um bem seu que este de imediato lhe dá em locação financeira³⁰. Não há, ao contrário da modalidade anterior, a compra de

³⁰ Sobre esta figura em geral, ver: CAMPOS, D. Leite de. Nota sobre a admissibilidade da locação financeira restitutiva (“lease-back”) no direito português. *Revista da Ordem dos Advogados*, 1982, p. 775, ss.; ALMEIDA, J. C. Moitinho de. *A Locação financeira (leasing)*. cit. p. 9.

um bem a um terceiro, mas sim à contraparte do locador no contrato de locação financeira.

Esta modalidade inclui-se ainda na noção de locação financeira do art. 1.º do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6, embora nem todo o regime subsequente lhe seja aplicável, sendo necessárias algumas adaptações decorrentes da bilateralidade da operação. Ou seja: as normas do regime da locação financeira que visam regular certos aspetos de uma relação que por ser trilateral é mais complexa não se aplicam aqui³¹. Consiste, desta forma, numa modalidade da locação financeira típica³²

Ver ainda: GOMES, Orlando. *Contratos*. cit. p. 575; WALD, Arnoldo. *Direito civil, contratos em espécie*. cit. p. 368; BUSSANI, Mauro. *Proprietà-garanzia e contratto. Formule e regole nel leasing finanziario*, Università degli studi di Trento. Trento, 1992, p. 161, ss.; NOVA, G. De. *Il contratto di leasing*. cit. p. 65, ss.; A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*. cit. p. 420, ss.; NICTOLIS, R. de. *Nuove garanzie personali e reali, Garantievertrag, fideiussione omnibus, lettere di patronage, sale - lease - back*. cit. p. 437; FIORENTINI, Francesca. *Garanzie reali atipiche*. *Rivista di Diritto Civile*, 2000, p. 281, ss.; CLARIZIA, R. *I contratti di finanziamento, leasing e factoring*. cit. p. 185, ss.; FRIGNANI, Aldo. *Il leasing verso una disciplina legislativa complete*. In: *Factoring, leasing, franchising, venture capital, leveraged buy-out, hardship clause, countertrade, cash and carry, merchandising, know-how*. 5.ª ed. Turin: Giappichelli, 1993, p. 137; F. C. DUTILLEUL/P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*. cit. p. 817; MARTINEK, Michael. *Moderne Vertragstypen. Leasing und Factoring*. Munique: C. H. Beck, 1991. v. I, p. 60, ss.

³¹ Como assinala CAMPOS, D. Leite de. [Nota sobre a admissibilidade da locação financeira restitutiva (“lease-back”) no direito português. cit. p. 792]: a “identidade entre as duas figuras é revelada pelo facto de o regime jurídico da locação financeira ser perfeitamente adequado à locação financeira restitutiva. As diferenças, acessórias, traduzem uma benéfica simplificação - contração - do regime da locação financeira.”

³² Neste sentido: KOCH, Jens; *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht. Besonderer Teil I (§§ 433-606), Leasing*. 6.ª ed. Munique: C.H. Beck, 2012. p. 989; LARENZ, K.; CANARIS, C. W. *Lehrbuch des Schuldrechts, II Band, Besonderer Teil, 2. Halbband*. cit. II § 66 p. 103; A. FRIGNANI, *Aggiornamenti in tema di leasing (progetto Unidroit, inapplicabilità dell’ art. 1526, lease-back, patto di riacquisto, offerta al pubblico dei crediti da canoni)*. In: *Factoring, leasing, franchising, venture capital, leveraged buy-out, hardship clause, countertrade, cash and carry, merchandising, know-how*. 5.ª ed. Turin: Giappichelli, 1993. p. 164; NOVA, G. de. *Il contratto di leasing*. cit. p. 65-66. Contra, CLARIZIA, R. *I contratti di finanziamento, leasing e factoring*. cit. p. 184-185.

e não numa modalidade atípica deste contrato, que de qualquer modo nos pareceria também, se fosse o caso, admissível, ao abrigo da liberdade contratual³³.

Do prisma estrutural, estamos perante dois contratos ligados por forma à obtenção de um determinado resultado. Temos aqui uma coligação externa, uma vez que os contratos são celebrados ao mesmo tempo, uma coligação genética - pela locação financeira, as partes obrigam-se a celebrar a compra e venda, executada ao mesmo tempo - e, principalmente, uma dependência bilateral, no sentido, aqui, de a invalidade de um dos contratos afetar o outro. Este último aspeto é bastante claro no que toca à invalidade do contrato de locação financeira, que atinge a compra e venda do bem.

As funções desempenhadas por esta figura, ainda de uma forma mais acentuada do que na locação financeira em que a coisa é adquirida a um terceiro (aquela que assenta numa relação trilateral), são as de financiamento do vendedor³⁴, que se consubstancia no preço acordado para a compra do bem que este último continuará a usar, mas agora como locatário, e de garantia (assente na propriedade) para

Que a lei não exige o carácter trilateral da relação, resulta, desde logo, da atribuição ao locador do direito de celebrar um novo contrato de locação financeira, tendo por objeto um bem que um anterior locatário não quis adquirir (art. 7.º do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6). Neste caso, não há sequer um contrato de compra, como na locação financeira restitutiva, mas tão só um contrato de locação financeira que tem por objeto um bem propriedade da locadora e não adquirido por indicação do locatário.

³³ O Banco de Portugal, pese algumas reticências iniciais, desde 1991, que não levanta qualquer objeção ao *sale and lease back*, segundo informa PIRES, José Maria. *Elucidário de direito bancário*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 680. Quanto à jurisprudência, assume relevância o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18/03/1999 (disponível em: <www.dgsi.pt.>) onde se pode ler no sumário: “II - A locação financeira não é só a modalidade em que o utente obtém, em locação financeira, um bem móvel ou imóvel adquirido pela sociedade de locação financeira a um terceiro ou mandado construir por ela mesma. III - O bem, móvel ou imóvel, pode ser adquirido pela sociedade de locação financeira ao próprio utente. IV - Esta modalidade, denominada “sale and leaseback” nos países anglo-saxónicos tem grande importância prática”.

³⁴ MARTINEK, M. *Moderne Vertragstypen: Leasing und Factoring*. cit. v. I, p. 60; A. FRIGNANI, *Il leasing verso una disciplina legislativa completa*. cit. p. 137.

o locador.

Elas têm, no entanto, aqui matizes ligeiramente diferentes das do *leasing* “trilateral”.

No que diz respeito à garantia, observe-se que a garantia conferida pela propriedade será, em regra, mais intensa, uma vez que o valor a pagar pela coisa, no contrato de compra e venda, será inferior ao seu valor de mercado. Essa diferença entre o valor do bem e o montante em dívida (ou, talvez melhor: do montante necessário para, através dele, o locador obter a totalidade do crédito que, sob a forma de preço, prestou à outra parte) consiste na margem de segurança do financiador.

No que toca ao financiamento, há uma distinção marcada da locação financeira “trilateral”. De facto, enquanto nesta se financia a aquisição de um determinado bem, no *sale and lease back* o que está em jogo é simplesmente concessão de crédito garantido pela propriedade (fiduciária) do bem que se transmite, crédito esse que o locatário poderá usar indistintamente no âmbito da sua atividade³⁵.

A modalidade de locação financeira em análise aproxima-se, pois, bastante da alienação em garantia (do direito europeu - assente na transmissão integral do direito, limitada só por via obrigacional) de um crédito decorrente de um empréstimo bancário e constitui um negócio fiduciário típico. De facto, estamos perante uma estrutura marcada pela transmissão da propriedade sobre o bem de uma parte à outra (a parte *sale* da operação), estando o exercício do direito transmitido limitado (ou, melhor dizendo, delimitado) obrigacionalmente, e que o adquirente estará vinculado a retransmitir (revender pelo valor residual), se o locatário financeiro assim o quiser escoado o prazo contratual³⁶.

³⁵ Sublinhado este aspeto, SANTOS, F. Cassiano dos. *Direito comercial português*. cit. v. I, p. 393.

³⁶ Ver, desenvolvidamente, para a demonstração do carácter fiduciário da locação financeira restitutiva e das particularidades que reveste, VASCONCELOS, Miguel Pestana de. *A cessão de créditos em garantia e a insolvência. Em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 291, ss.

6 – Obstáculos à sua admissibilidade. A questão do pacto comissório

Um obstáculo que frequentemente se coloca à admissibilidade desta modalidade de locação financeira diz respeito ao pacto comissório que ela encerraria. Argumenta-se que seria, nessa medida, atingida pela sua proibição³⁷.

Em sentido contrário, tem-se afirmado que a proibição do pacto comissório diz respeito à hipoteca, ao penhor e à consignação de rendimentos e que, além do mais, não se verificam, aqui, os pressupostos do art. 694.º do CCP, dado que a transmissão do bem ao locador financeiro se faz previamente com a celebração do contrato e não somente na eventualidade de incumprimento pelo locatário/garante/devedor.

Estes argumentos não nos parecem procedentes. O que esta disposição pretende evitar é um determinado resultado que não se limita às figuras para as quais foi diretamente prevista e que consiste em evitar o prejuízo que o devedor sofreria em resultado do desequilíbrio entre o valor da coisa dada em garantia e a obrigação garantida se se permitisse ao credor ficar com ela sem avaliação ou com uma avaliação realizada por ele próprio³⁸ no caso de incumprimento da obrigação garantida (e com a sua consequente extinção).

A razão de ser da lei abrange, quer as figuras onde diretamente está prevista, quer outras que possam levar a resultado idêntico. Por outro lado, para este fim, para o resultado que se pretende evitar, a transmissão prévia do bem, ou só aquando do incumprimento, não tem

³⁷ A questão é vivamente discutida em Itália. Cfr. NICTOLIS, R. de. *Nuove garanzie personali e reali, Garantievertrag, fideiussione omnibus, lettere di patronage, sale - lease - back*. cit. p. 490, ss.; NOVA, G. De. *Il contratto di leasing*. cit. p. 66, ss. (com ampla indicação jurisprudencial).

³⁸ SERRA, A. Vaz. Penhor. *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 58, p. 217; VARELA, J. Antunes. *Das Obrigações em geral*. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 1997. v. II, p. 538 e 555.

relevo. A *ratio* da proibição alcança ambas³⁹.

Por isso, deste prisma, não se pode dizer que o âmbito de aplicação da proibição do pacto comissório impeça a sua aplicação analógica a esta modalidade de garantia, o *sale and lease back*.

O ponto central, na nossa perspetiva, é saber se efetivamente esta modalidade de *leasing* conduz a esse resultado que a proibição do pacto comissório pretende evitar. Ora, tal só acontecerá sempre que o locador financeiro possa fazer (definitivamente) sua coisa em caso de incumprimento por parte do locatário financeiro sem uma avaliação ou com uma avaliação por ele realizada.

Já não se verifica quando o bem tenha, nessa altura, que ser avaliado por terceiro independente e um eventual excesso relativamente ao montante indemnizatório deva ser restituído ao locatário. Portanto: a existência destes deveres afasta qualquer pacto comissório e, conseqüentemente, também a invalidade, devido à proibição do dito pacto, do contrato. Atingiríamos desta forma um resultado similar ao do chamado pacto marciano⁴⁰, que é considerado

³⁹ Muito desenvolvidamente sobre a *ratio* e o âmbito de aplicação do pacto comissório, com amplas referências à doutrina e jurisprudência italianas, onde, como se disse, esta questão tem sido especialmente discutida, ver VASCONCELOS, M. Pestana de. *A cessão de créditos em garantia e a insolvência*: Em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente. cit. p. 624, ss.

⁴⁰ O pacto marciano consistirá numa convenção pela qual, em caso de incumprimento por parte do devedor, se transmite a propriedade da coisa objeto da garantia ao credor, que é obrigado a entregar ao devedor a diferença entre a dívida e o valor deste, valor esse fixado depois do inadimplemento por um terceiro independente (o que será dispensável se o bem tiver um valor de mercado). Sobre esta figura, ver: GOMES, M. Januário da Costa. *Assunção fidejussória de dívida*: Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador. Coimbra: Almedina, 2000. p. 95; BIANCA, C. Massimo. *Il divieto del patto commissorio*. Milão: Giuffrè, 1957. p. 202-203 e p. 218, ss.; MAURO BUSSANI, Il sistema italiano delle garanzie reali, *Contratto e Impresa*, I. Padova: Cedam, 1997, p. 188; ROCCO, Federica. *Contratto di sale and lease back e divieto di patto commissorio: l'orientamento della suprema corte*, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, II, Padova: Piccin, 1997, p. 161. A lei consagrou recentemente no âmbito do penhor financeiro (Dec.-Lei n.º 105/2004, de 8/5, que é uma modalidade de contrato de garantia financeira) um caso de pacto marciano embora o legislador tenha proclamado, mal, no preâmbulo do diploma, que se trata de um caso lícito de pacto comissório.

lícito.

Este aspeto requer, uma vez que é central para a licitude da figura, uma explicação e um desenvolvimento suplementar.

Quando o bem tenha um valor de mercado superior ao prejuízo que o locador financeiro sofre pelo incumprimento do contrato, mesmo não tendo as partes pactuado os referidos deveres, não parece que o remédio da nulidade seja adequado, nem que corresponda efetivamente à correta análise do conteúdo da posição de cada uma das partes no *sale and lease back*.

Conforme foi referido, o contrato em questão é um verdadeiro negócio fiduciário típico. Ora, este ponto é central para a correta compreensão da figura.

A transmissão da propriedade do bem ao locador (através da compra) visa meramente à constituição de uma garantia (particularmente sólida) do montante que entregou ao comprador/locatário financeiro como preço de venda. Esse valor será recuperado pelo locador financeiro, juntamente com os juros, através do pagamento das rendas e, finalmente, do valor residual.

O cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de locação financeira, mais o pagamento do valor residual, leva à reacquirição do bem pelo locatário, o que será comum nesta particular modalidade de locação financeira (o bem já era do locatário, que pretenderá, em regra, readquirir a propriedade do mesmo).

Há um particular “investimento de confiança”⁴¹ traduzido na transmissão, através de uma venda, de um bem que efetivamente é a garantia de uma obrigação pecuniária de capital, mais os juros, a serem pagos sob a forma de rendas (a que acresce o valor residual), que se pretenderá readquirir. A própria idoneidade e capacidade patrimonial do locador financeiro (sociedade de locação financeira, banco, IFIC) justificam esse elevado nível de confiança que leva à celebração deste contrato.

⁴¹ Ver, sobre a tutela da confiança, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*: parte geral. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. I, t. I, p. 409, ss.

Nessa medida, a boa-fé desempenha um papel central na conformação da relação jurídica emergente do contrato de locação financeira restitutiva. Daí podermos afirmar a existência de um dever lateral do locador financeiro de, após a resolução do contrato, vender o bem (ou ficar com ele, mas fazendo-o avaliar por um terceiro independente, se este não tiver um valor de mercado). Se após tal operação ficar numa situação mais favorável do que aquela em que ele estaria se o contrato tivesse sido integralmente cumprido, surgirá ainda um dever lateral de restituição dessa diferença.

Acrescente-se só, para finalizar, que estes deveres podem também ser afirmados mesmo por via da integração (art. 239.º do CCP)⁴².

Uma aplicação apressada da proibição do pacto comissório a esta figura, sem se ter em conta o conteúdo da relação fiduciária que se estabelece entre as partes e o papel que a boa-fé, nesse âmbito, e mesmo depois da extinção desse negócio jurídico, desempenha, prejudicaria fortemente os interesses da economia em geral e dos comerciantes em particular.

Com efeito, dessa forma acabaria por se inviabilizar a locação financeira restitutiva que se trata de um instrumento privilegiado de concessão de crédito, meio essencial para o desenvolvimento das empresas, com os prejuízos económicos daí decorrentes.

Por outro lado, desconhecer-se-iam os interesses das partes que aqui estão em jogo, quer os da instituição de crédito em conceder o crédito em condições de segurança de obter a sua restituição, quer os do dono do bem de o mobilizar para obter crédito em condições mais favoráveis (p. ex., de taxas de juro), exatamente pela solidez e carácter expedito do mecanismo contratual a que se recorre.

Por isso, só quando decorrer da interpretação do contrato que as partes quiseram mesmo que, no caso de incumprimento do locatário financeiro/fiduciante, o locador financeiro/fiduciário ficasse com o

⁴² Quanto ao critério consagrado no art. 239.º do CCP, ver MONTEIRO, António Pinto. *Erro e vinculação negocial*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 43.

bem (de valor superior), sem ter que o alienar a terceiro ou o fazer avaliar por um ente independente, assim como de restituir o excedente, estaremos perante um pacto comissório, atingido pela proibição, sendo o contrato, desta forma, nulo.

7 – As posições jurídicas das partes em geral

7.1 – A posição jurídica do locador financeiro

O locador financeiro obriga-se comprar ou mandar construir o bem escolhido pela outra parte, assim como a conceder-lhe o gozo para os fins a que se destina. Decorrido o prazo contratual, se esta última exercer o seu direito de compra, o primeiro terá que lho vender pelo valor previamente acordado [art. 9.º, n.º 1, als. a), b) e c) do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6]. São as obrigações principais, caraterizantes do contrato.

Por outro lado, a instituição de crédito tem o direito de defender a integridade do bem nos termos gerais de direito [art. 9.º, n.º 2, al. a) do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6], bem como de o examinar, sem prejuízo da atividade normal do locatário [art. 9.º, n.º 2, al. b) do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6] e de fazer suas, sem compensações, as peças ou outros elementos acessórios incorporados no bem pela sua contraparte negocial.

A lei remete depois, de forma residual, para os direitos e deveres gerais previstos no regime da locação que não se mostrem incompatíveis com o regime decorrente da disciplina prevista nesse diploma [art. 9.º, n.º 2, do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6]. Sendo a propriedade do bem simplesmente instrumental, cabendo o seu gozo à outra parte, a lei conforma a posição do locador de forma afastar da sua esfera quaisquer riscos decorrentes da perda ou deterioração daquele, ou outras despesas relativas à sua manutenção e funcionamento.

Por isso, o locador financeiro não responde pelos vícios da

coisa ou pela sua inadequação face aos fins do contrato, exceto no que toca aos casos previstos no art. 1034.º do CCP (ilegitimidade do locador ou deficiência do seu direito - art. 12.º do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6); o risco de deterioração ou perda da coisa corre por conta do locatário (e não do proprietário/locador - art. 15.º do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6); as despesas de transporte e seu seguro, de montagem, instalação, conservação e reparação do bem locado [arts. 14.º e 10.º, n.º 1, als. e) e f) do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6], assim como “as despesas necessárias para a sua devolução ao locador, incluindo as relativas aos seguros, se indispensáveis, ficam a cargo do locatário” (art. 14.º do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6).

7.2 – A posição jurídica do locatário financeiro

O locatário financeiro tem, dentre outros, o dever de pagar as rendas [al. a) do n.º 1 do art. 10.º do Dec.-Lei n.º 149/95 de 24/6], de facultar ao locador o exame do bem [al. c) do n.º 1 do art. 10.º do Dec.-Lei n.º 149/95 de 24/6], de não o aplicar a fim diverso daquele a que ele se destina ou movê-lo para local diferente do contratualmente previsto, salvo autorização do locador [al. d) do n.º 1 do art. 10.º do Dec.-Lei n.º 149/95 de 24/6], de o conservar e não fazer dele uma utilização imprudente [al. e) do n.º 1 do art. 10.º do Dec.-Lei n.º 149/95 de 24/6], de o reparar [al. f) do n.º 1 do art. 10.º do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6], de avisar o locador sempre que tenha conhecimento de vícios no bem ou saiba que o ameaça algum perigo ou que terceiros se arrogam direitos em relação a ele desde que esse facto seja ignorado pelo locador [al. i) do n.º 1 do art. 10.º do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6] e restituí-lo em bom estado (salvo as deteriorações inerentes a uma utilização normal), findo o contrato, se não optar pela sua compra [al. k) do n.º 1 do art. 10.º do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6].

Terá, também, de efetuar o seguro do bem contra o risco da sua perda, deterioração e dos danos por ele provocados [al. j) do n.º 1 do art. 10.º do Dec.-Lei n.º 149/95 de 24/6]; não proporcionar a

outrem o gozo total ou parcial do bem por meio da cessão onerosa ou gratuita da sua posição jurídica, sublocação ou comodato, excepto se a lei o permitir ou o locador a autorizar [al. h) do n.º 1 do art. 10.º do Dec.-Lei n.º 149/95 de 24/6]; comunicar ao locador, dentro de 15 dias, a cedência do gozo do bem, quando permitida ou autorizada [al. h) do n.º 1 do art. 10.º do Dec.-Lei n.º 149/95 de 24/6], e avisar imediatamente o locador, sempre que tenha conhecimento de vícios no bem ou saiba que o ameaça algum perigo ou que terceiros se arrogam direitos em relação a ele, desde que o facto seja ignorado pelo locador [al. i) do n.º 1 do art. 10.º do Dec.-Lei n.º 149/95 de 24/6].

No que diz respeito à parte ativa da sua posição, o locatário, para além, evidentemente, do direito de comprar o bem decorrido o prazo previsto no contrato pelo valor residual, tem ainda direito a usar e fruir o bem locado, de defender a integridade deste e o seu gozo nos termos do seu direito, de usar das ações possessórias, “mesmo contra o locador, e de onerar total ou parcialmente, o seu direito, mediante autorização expressa do locador [respetivamente, alíneas e), a), b), c) e d) do n.º 2 do art. 10.º do Dec.-Lei n.º 149/95 de 24/6].

Se o bem objeto do contrato for uma fração autónoma, o locatário pode exercer os direitos próprios do locador, com exceção dos que, pela sua natureza, somente por aquele possam ser exercidos [al. f) do n.º 2 do art. 10.º do Dec.-Lei n.º 149/95 de 24/6].

A lei remete, por fim, usando a mesma técnica a que recorre na definição da posição do locatário, para os direitos e deveres gerais previstos no regime da locação que não se mostrem incompatíveis com o regime específico da locação financeira (art. 10.º n.º 2 do Dec.-Lei n.º 149/95 de 24/6).

O locatário financeiro não tem qualquer relação contratual com o vendedor ou empreiteiro. Comprador ou dono da obra é o locador. Nessa medida, só ele poderia exercer face perante o vendedor ou empreiteiro os direitos emergentes do contrato, a não ser que conferisse por via negocial poderes ao locatário para o efeito.

Tendo bem presente o facto de a titularidade do locador ter simplesmente uma função de garantia, sendo a compra (ou

empregada) necessária para se obter esse resultado, a lei permite expressamente (art. 13.º do Dec.-Lei n.º 149/95 de 24/6) ao locatário exercer contra o vendedor (ou o empreiteiro) todos os direitos relativos ao bem locado ou resultantes do contrato de compra e venda ou de empreitada.

Note-se: relativamente a um contrato em que ele não foi parte e dizendo respeito a um bem de que ele não é dono, sem que por via negocial lhe tenham sido conferidos esses poderes.

8 – A cessação do contrato em geral

Decorrido o prazo acordado, o locatário poderá comprar o bem, propor a prorrogação do prazo, propor a celebração de um contrato de locação (simples) ou, simplesmente, entregá-lo ao locador financeiro.

Por sua vez, este, cessado contrato (tanto pelo decurso do prazo sem exercício do direito de compra, como pela sua resolução), poderá dá-lo em *leasing* a um terceiro, prorrogar o prazo contratual com o mesmo locatário financeiro, dá-lo em locação, a este ou a terceiro, ou, o que será mais comum, transacioná-lo no mercado (art. 7.º do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6).

A posterior venda ou exploração económica do bem é instrumental à recuperação da quantia que o locador despendeu ao comprar o bem escolhido pelo locatário. Dada a necessidade, imposta pela disciplina legal (que não admite o *full-pay-out-leasing*), de se fixar um valor residual, em montante maior ou menor, nunca as rendas permitem a amortizar completamente o financiamento concedido (preço de compra do bem). Daí que, não sendo este recebido através do preço da sua alienação ao locatário, o locador recorra à venda a terceiro ou à exploração económica do bem para esse efeito.

9 – A resolução do contrato pelo locador financeiro

Nos termos do art. 17.º do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6, o contrato de *leasing* 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.

Consagram-se de seguida dois fundamentos específicos para a resolução do contrato: a dissolução ou liquidação da sociedade locatária ou a verificação de qualquer dos fundamentos de declaração de falência do locatário [respetivamente, als. a) e b) do art. 18.º do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6].

Começamos por estes, passando de seguida para o regime geral da resolução por incumprimento do locatário.

9.1 – A insolvência/falência do locatário financeiro

Não há aqui quaisquer dúvidas que antes de ser declarada a insolvência, o locador financeiro pode, com esse fundamento, resolver o contrato. A dúvida prende-se com a existência desse direito depois de declarada a insolvência.

Sustentamos uma interpretação restritiva da norma.

Com efeito, depois de declarada a insolvência, o destino do contrato fica integralmente nas mãos do administrador, que escolherá o cumprimento ou sua recusa de acordo com os interesses da massa. A interferência no negócio por parte do locador através da resolução poderia prejudicar a massa, estando assim afastada.

9.2 – O incumprimento por parte do locatário financeiro do dever de pagar a renda

Se o locatário deixar de cumprir as suas obrigações, em particular se deixar de pagar as rendas, verificados os pressupostos legais, o locador poderá em princípio, nos termos gerais, exigir o

cumprimento imediato das rendas vincendas (ou melhor: parte delas, excluindo os juros que as compõem) e, face ao não cumprimento, recorrer à interpelação cominatória e resolver o contrato, exigindo, de imediato, a restituição do bem ao devedor inadimplente.

Pode ainda, de imediato (já se verá em que termos), face ao não cumprimento, recorrer à interpelação cominatória e resolver o contrato. Na fixação da indemnização, terá que se ter em linha de conta o valor do bem que o locador, depois, transacionará.

Dentro deste quadro, que resulta simplesmente da aplicação das regras gerais relativas ao não cumprimento das obrigações pecuniárias, colocam-se diversas questões resultantes das particularidades da locação financeira, conduzindo-nos a resultados mais diferenciados, e mais complexos, dos que acabaram de ser apresentados. É o que passamos a ver.

No âmbito da disciplina anterior às alterações introduzidas em 2001 (Dec.-Lei n.º 285/2001, de 3/11), havia uma dupla proteção do locatário no caso de não pagamento de uma prestação de renda (art. 16.º do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6). Por um lado, era necessário que a mora se estendesse por um período superior a 60 dias para o locador poder resolver o contrato (sem prejuízo de convenção em contrário, mas a favor do locatário - n.º 1 do art. do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6); por outro, o locatário poderia precluir o direito do locador à resolução, se pagasse o montante em dívida acrescido de 50%, dentro do prazo de 8 dias contados da data em que tivesse sido notificado pelo locador da resolução do contrato (n.º 2 do art. 16.º do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6).

Como se disse, essa norma foi revogada pelo Dec.-Lei n.º 285/2001, de 3/11.

Foi uma alteração censurável. Face às defesas de que se dotam as locadoras-financeiras no contrato, e à diferença de poder económico entre elas e as suas contrapartes, retirar esta proteção, mínima, do locatário não faz qualquer sentido.

De todo o modo, não nos parece, ainda assim, que, hoje, se possa afirmar que o simples incumprimento de uma renda permita o

recurso de imediato à interpelação cominatória seguida da resolução do contrato.

Na verdade, cremos que, por força do disposto no art. 936.º n.º 1 CCP, será aplicável aqui, pelo menos a grande parte dos contratos de locação financeira (aqueles que temos em vista, e que podemos designar por locação financeira dirigida à aquisição do bem, sendo aqui particularmente relevante a diferença entre o valor venal do bem e o valor residual - mais baixo - aquando do decurso do prazo contratual), o disposto no art. 934.º CCP para a venda a prestações com reserva de propriedade, feita a entrega da coisa ao comprador.

Dispõe essa norma que a falta de pagamento de uma só prestação, que não exceda a oitava parte do preço, não dará lugar à resolução do contrato⁴³, sem que se possa estabelecer convenção em contrário⁴⁴. Pelo que o não pagamento de uma única renda que não exceda a oitava parte do preço, calculado este pela soma das rendas e do valor residual, não constitui fundamento para resolver o contrato.

As razões que nos levam a sustentar essa solução são as seguintes.

O art. 936.º n.º 1 CCP estende o regime protetor estabelecido para a venda a prestações (artigos 934.º e 935.º CCP) “a todos os contratos pelos quais se pretenda obter um resultado equivalente”. Descontadas as diferenças de ordem estrutural e de regime⁴⁵, que em todo o caso estão hoje mais esbatidas (não existem já prazos mínimos para a locação financeira, nem limites mínimos para o valor residual, entre outras), do ponto de vista da finalidade visada, do resultado pretendido - e é esse o critério da lei -, as similitudes são evidentes.

⁴³ Nem leva à perda do benefício do prazo – mas só da parte das rendas vincendas que diga respeito à amortização do bem.

⁴⁴ Neste sentido, entre nós, já CAMPOS, D. Leite de. *A locação financeira*. cit. p. 151. Contra, VAZ, Teresa Anselmo. *Alguns aspetos do contrato de compra e venda a prestações e contratos análogos*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 89, ss.; MORAIS, F. Gravato. *Manual da locação financeira*. cit. p. 91; Idem. *Contratos de crédito ao consumo*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 206.

⁴⁵ Sobre este ponto, desenvolvidamente, ver CAMPOS, D. Leite de. *A locação financeira*. cit. p. 130-133.

Em ambos os casos, trata-se de um contrato por via do qual se concede crédito à outra parte, concedendo-lhe o gozo de um bem (mas, em ambos os casos, não se assegura), que ela irá adquirir (ou pode fazê-lo) decorrido o prazo fixado, e em que o creditante recorre à propriedade do bem, mantida na sua esfera, como garantia (a comparação, como se vê, é realizada com a venda a prestações com reserva de propriedade e entrega da coisa - que é o caso mais relevante e aquele previsto na primeira parte do art. 934.º CCP).

As rendas da locação financeira são calculadas, como já se referiu, atendendo a duas parcelas, a amortização do valor do bem mais os juros (a que acresce o valor residual); o mesmo se passa normalmente com as prestações da venda com reserva de propriedade (em que a dilação no pagamento do preço, que é realizado a prestações, consiste na concessão de crédito, denominado “crédito comercial”). Poderá ser incluída, em ambos os tipos de prestações, uma comissão de administração.

É um facto que na compra e venda com reserva de propriedade a prestações se verifica uma aquisição automática do bem com o pagamento da última prestação, o que não acontece com a locação financeira, onde será necessário pagar ainda o valor residual. No entanto, a verdade é que este pode ser bastante reduzido (hoje em dia, mesmo, quase simbólico), ou no valor aproximado de uma renda. Por outro lado, nada implica que as prestações na venda com reserva de propriedade tenham necessariamente que ter valores iguais, podendo ser crescentes ou decrescentes. Tudo depende do convencionado pelas partes.

Acresce ainda que, na modalidade de locação financeira que temos em vista, a aquisição do bem por parte do locatário financeiro decorrido o prazo contratual será, na prática, imposta por razões de natureza económica ligadas à diferença de valores entre o valor residual do bem e o seu valor venal (descontando já o facto de o locatário financeiro ter recorrido a esta estrutura negocial, exatamente como uma via para o adquirir).

Ainda se poderia obstar à solução proposta naqueles contratos

de locação financeira em que o prazo contratual quase coincide com a vida económica da coisa. Contudo, se se vir bem, embora não seja o mais comum, na própria venda a prestações com reserva de propriedade e entrega da coisa, de forma paralela, o prazo do contrato quase poderá coincidir com esse período (ou aproximar-se bastante dele), sendo as prestações calculadas para amortizarem, de uma forma mais suave do que se a aquisição fosse mais rápida, todo o bem (juntamente com os juros relativos a esse período de tempo) ao longo de grande parte do seu período de vida económica útil, dependendo daquilo que as partes convencionarem.

Seria, talvez, possível contrapor que na locação financeira o bem terá que ser adquirido a terceiro (ou ao próprio locatário na locação financeira restitutiva), enquanto tal não se passaria na venda com reserva de propriedade a prestações com entrega da coisa. Todavia, nada obsta a que este último contrato se articule com uma compra prévia e, nalguns casos, nos termos do art. 7.º de Dec.-Lei n.º 149/95, 24/6, a locação financeira pode ter por objeto um bem que já pertença ao locador financeiro.

Consequentemente, do ponto de vista do resultado (e é esse o critério do art. 936.º n.º 1 CCP), estamos face na concessão de crédito através de um instrumento contratual que permite ao creditado de imediato o gozo dessa coisa que vai pagando (assim como o custo do crédito concedido), no todo ou em parte, através das prestações ou rendas, e adquirirá, ou poderá adquirir, decorrido o prazo estabelecido, mantendo o creditante a propriedade da coisa (que comprou, ou não, para esse efeito) com função de garantia, há uma similitude evidente entre ambos os contratos, justificando-se assim a aplicação da referida norma, por força do art. 936.º n.º 1 do CCP.

O que significa que o não cumprimento de uma só renda que não exceda em 1/8 o valor do preço (e aqui teria que se considerar não o valor global das rendas, mas o valor global das rendas somado ao valor residual), ou mais do que uma renda, permite, desde que se preencham também os requisitos gerais, transformar a mora em incumprimento definitivo e resolver o contrato.

9.3 – Os efeitos da resolução do contrato sobre as rendas pagas

Tendo exposto anteriormente qual é a estrutura das rendas, não nos oferece dúvidas (e este aspeto é importante para resolver também outros problemas de regime da locação financeira, como veremos) que, em princípio (a diversa configuração que os contratos de locação financeira podem revestir leva-nos aqui a ter cautelas), a resolução implicará a restituição do montante das rendas que constituem a sua amortização. Se assim não fosse, resolvido o contrato, o locador financeiro poderia manter o que já havia recebido como amortização do bem e obteria, ao mesmo tempo, a restituição do próprio bem.

Com os juros incluídos nas rendas o caso é diferente. Eles consistem na remuneração do capital cedido (por via deste mecanismo contratual) durante esse período de tempo, pelo que não têm que ser restituídos.

Poderia argumentar-se, por fim, que o bem, entretanto, se depreciou (o bem quase sempre se terá depreciado alguma coisa, embora esse valor dependa muito da natureza dos bens que, por vezes, tratando-se de imóveis, se podem mesmo ter valorizado). Nesses casos, o valor da propriedade como garantia diminui. O montante indemnizatório será maior.

Ainda assim, a posição do locador não estará desprotegida, porque sendo ao mesmo tempo credor da outra parte pela indemnização e devedor do locatário da parte de amortização do bem das rendas recebidas, poderá recorrer à compensação, como meio de extinção da sua dívida e de defesa.

A solução é a mesma, com as devidas adaptações, segundo nos parece, para a venda a prestações com reserva de propriedade e entrega da coisa e para a locação-venda (onde é mesmo imperativamente imposta pela lei, como atrás vimos).

Acrescente-se só, por fim, que, em certos casos (raros), tratando-se de bens cuja vida económica útil coincida com o período de duração do contrato (portanto, atendendo ao critério do fim visado pelas partes será já uma outra modalidade de locação financeira), a

solução poderá ser diversa. Com efeito, nessas hipóteses, o fundamento acima apresentado, e que constitui a base da solução apresentada, não se verifica, uma vez que o valor económico do bem é “consumido” (na expressão de A. Luminoso⁴⁶) ao longo do tempo, de tal forma que, aquando da resolução do contrato, o valor pago (como amortização) através das rendas corresponde ao montante pelo qual o bem se deprecia.

A questão não tem, no entanto, uma importância prática por aí além, uma vez que, conforme foi visto, mesmo que se sustente, nestes casos em que o locador resolve o contrato, a restituição das rendas, este último adquire um crédito indemnizatório face ao locatário inadimplente (e para se fixar este montante terá que se ter em conta essa mesma perda de valor), podendo recorrer à compensação.

10 – O regime executivo

O locador financeiro está sempre protegido dos outros credores do locatário, uma vez que o bem, pertencendo àquele, não poderá ser penhorado em ação interposta por estes. Nesse caso, o proprietário poderá reagir por meio dos embargos de terceiro (art. 351.º n.º 1 do Código de Processo Civil)⁴⁷.

Na verdade, os credores do locatário financeiro podem meramente penhorar a expectativa jurídica à aquisição do direito de adquirir o bem e não à aquisição do próprio bem. É esta expectativa que pode ser penhorada e que, se o locatário cumprir integralmente as suas prestações, dará lugar ao direito à aquisição do bem sobre que recairá depois a penhora.

A hipótese inversa é a da penhora em ação interposta por parte dos credores do locador financeiro do bem que integra o seu

⁴⁶ LUMINOSO, A. *I contratti tipici e atipici*. cit. p. 388.

⁴⁷ Cfr. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Ação executiva singular*. Lisboa: Lex, 1998. p. 308.

património. Poderá o locatário financeiro defender-se através de embargos de terceiro? A resposta afirmativa é dada por Teixeira de Sousa, entendendo que o locatário-financeiro pode deduzir embargos de terceiro, “com base na sua expectativa jurídica”⁴⁸. Trata-se, no entanto, de um ponto duvidoso e controverso⁴⁹, até porque a posição do locatário financeiro é diferente da do comprador com reserva de propriedade. Este último é titular de uma expectativa real de aquisição da coisa oponível a terceiros, o que não sucede com o locatário financeiro. Não é possível equiparar as duas posições⁵⁰.

11 – O regime insolvential/falencial

11.1 – A insolvência/falência do locador financeiro

Na eventualidade de declaração de insolvência do locador financeiro, o regime é idêntico ao da venda com reserva de propriedade e da locação venda, podendo desta forma o locatário, caso já lhe tenha sido entregue a coisa, exigir o cumprimento do contrato, onde se inclui o direito de adquirir o bem (e o dever do locador lho vender) decorrido o prazo contratual (art. 104.º n.º 1 do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas - CIRE).

Protege-se, desta forma, em sede insolvential/falencial a sua expectativa de aquisição, por compra, do bem, decorrido o prazo contratual. Com efeito, o administrador, ao contrário do que sucede para a generalidade dos contratos em curso (art. 102.º CIRE)⁵¹, não

⁴⁸ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Ação executiva singular*. cit. p. 309.

⁴⁹ No sentido negativo, MARQUES, J. P. Remédio. *Curso de processo executivo comum à face do Código revisto*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 331.

⁵⁰ Estamos a analisar em texto a locação financeira “trilateral”; o *sale and lease back* tem, neste âmbito, um regime diverso.

⁵¹ Sobre esta disposição, ver, desenvolvidamente, VASCONCELOS, M. Pestana de. O novo regime insolvential da compra e venda. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, III, p. 521, ss.

pode, se o locatário financeiro exercer este direito, optar pelo cumprimento ou recusa de cumprimento do contrato, consoante o que seja mais favorável para a massa.

11.2 – A insolvência/falência do locatário financeiro

Se for declarada a insolvência do locatário que se encontre na posse da coisa, o contrato mantém-se e caberá ao administrador optar entre o seu cumprimento e a recusa do cumprimento (art. 104.º n.º 3 e n.º 5 CIRE). O prazo razoável que a outra parte pode fixar ao administrador, nos termos gerais, para que este exerça a sua opção (art. 102.º n.º 2 CIRE), não poderá esgotar-se antes de decorridos cinco dias sobre a data da assembleia de aprovação do relatório (art. 104.º n.º 3 CIRE).

Também relativamente a estes bens, será necessário esperar pela deliberação por parte da referida assembleia quanto ao encerramento ou manutenção em atividade do estabelecimento ou estabelecimentos compreendidos na massa insolvente de que o bem objeto de locação financeira faça parte, para que o administrador, tendo a massa meios para o efeito, possa optar, de forma avisada, pela execução.

Se optar pelo cumprimento, as rendas tornam-se dívidas da massa [art. 51.º, n.º 1, al. f) CIRE]. Decorrido o prazo contratual, o administrador poderá ou não exercer o direito de compra do bem, mediante o pagamento do valor residual. Note-se que, se o administrador não cumprir as rendas, como o contrato se mantém, o locador financeiro poderá resolver o contrato, exigindo a restituição da coisa.

O administrador poderá ainda optar pela recusa do cumprimento. Nessa eventualidade, o locador financeiro vê a sua posição conformada pelo disposto no art. 104.º n.º 5 e no art. 102.º n.º 3 CIRE. Daqui resulta que não haverá lugar à restituição das rendas já pagas [art. 102.º, n.º 3, al. a) CIRE], adquirindo este último, para além do direito à restituição do bem, o (eventual) crédito decorrente do art. 102.º, n.º 3, al. c) (segundo o critério do art. 104.º n.º 5 CIRE), e,

também, eventualmente, o direito a ser indenizado – art. 102.º, n.º 3, al. d) CIRE –, como créditos sobre a insolvência [art. 104.º n.º 5 e 102.º, n.º 3, al. d) (iii) CIRE]⁵².

Dependendo do montante de rendas já pagas (que retém) e do valor do bem na data da recusa de cumprimento (ambas necessárias para se determinar o montante indemnizatório), o locador encontra-se, em regra, numa posição confortável, sendo, também em regra, reduzido o crédito indemnizatório (que é um crédito comum, sujeito a rateio).

Apesar de tudo, é possível que o valor do bem não seja suficiente (e não obstante, neste caso, não haver lugar à restituição das rendas já pagas) para permitir a eliminação do montante indemnizatório, nos termos acima referidos.

Por essa razão, o recurso ao direito de propriedade com função de garantia na locação financeira “trilateral”, embora confira uma proteção particularmente sólida, uma vez que o credor é o proprietário do bem, será, por vezes, insuficiente (e muito dependente da maior ou menor depreciação do bem⁵³) e, nessa medida, se diz que constitui um meio de tutela incompleta.

No entanto, se estivermos face a um *sale and lease back*, dada a normal superioridade, por razões de segurança do locador financeiro do bem face ao montante em dívida (incluindo aqui o valor residual, que não é, na verdade, o montante em dívida, mas que é necessário para que o locador financeiro possa reaver a quantia que entregou como preço de compra ao locatário, e que consiste no crédito), a tutela do locador financeiro será já completa.

Mas mais: se o administrador optar pela recusa do cumprimento, a outra parte não terá qualquer direito a ser indenizada, de acordo com o critério fixado no art. 102.º, n.º 3, al. d) CIRE, porque, nestes casos, em resultado, quer da não restituição das rendas já pagas, quer

⁵² A solução legal é idêntica à da venda a prestações com reserva de propriedade.

⁵³ Nessa medida, se pode dizer que ela é menos sólida, se se tratar de bens sujeitos a uma rápida depreciação, mas será mais robusta, se os bens tiverem um valor de mercado estável, como acontece com os imóveis.

do valor de mercado do bem nesse momento, a comparação das situações patrimoniais revelará mesmo uma vantagem para o credor/locador financeiro⁵⁴.

Sobre o locador financeiro, como fiduciário, recai o dever de vender o bem ou fazê-lo avaliar (sempre que necessário) por um terceiro independente – sendo qualquer um destes procedimentos necessário para se determinar a situação patrimonial em que o locatário financeiro fica em resultado da recusa de cumprimento pelo administrador –, devendo ainda restituir à outra parte, aqui ao administrador, o valor remanescente.

Trata-se de um dever integrado na relação de liquidação desencadeada pela recusa de cumprimento pelo administrador que, para além do conteúdo que resulta diretamente do CIRE, é composta, igualmente, tendo em vista a natureza fiduciária do contrato, mesmo no âmbito insolvencial, por este dever de restituição do montante positivo que decorra da diferença entre a situação em que o locador financeiro/fiduciário se encontra e a situação em que estaria se não se tivesse verificado recusa de cumprimento (o contrato tivesse sido cumprido)⁵⁵.

⁵⁴ Não adquirirá o locador qualquer crédito decorrente da al. c) do n.º 3 do art. 102.º, de acordo com o critério fixado no art. 104.º n.º 5 CIRE, porque, nestes casos, o valor do bem na data da recusa de cumprimento será quase sempre superior ao montante das rendas previstas até o final do contrato, atualizadas para a data de declaração de insolvência por aplicação do estabelecido no art. 91.º n.º 2 CIRE, exatamente pela referida “margem de segurança” do locador financeiro.

⁵⁵ Quanto à existência desta relação de liquidação com este conteúdo, na fase insolvencial, e, em particular, o fundamento dos referidos deveres, ver, desenvolvidamente, VASCONCELOS, M. Pestana de. *A cessão de créditos em garantia e a insolvência*: Em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente. cit. p. 781, nota 1468.