

NOTA SOBRE A ADMISSIBILIDADE
DA LOCAÇÃO FINANCEIRA RESTITUTIVA
(«LEASE-BACK») NO DIREITO PORTUGUÊS

Pelo Doutor Diogo Paredes Leite de Campos

- 1 — Locação financeira e locação financeira restitutiva.
- 2 — Locação financeira, venda a prestações com reserva de propriedade, venda a retro e locação.
- 3 — A locação financeira como contrato de crédito.
- 4 — Função da locação financeira e do «Sale and lease-back».
- 5 — Argumentos jurídicos contra a admissibilidade da locação financeira restitutiva. (Rejeição). — *a*) A sua natureza não locativa.
- 6 — Cont. — *b*) Jurisprudência francesa.
- 7 — Cont. — *c*) Penhor e locação financeira.
- 8 — Cont. — *d*) A lei brasileira.
- 9 — Cont. — *e*) O decreto-lei n.º 171/79 de 6 de Junho.
- 10 — Identidade do regime jurídico das duas figuras. O «Sale and lease-back» como junção de contratos.
- 11 — Conclusão: admissibilidade da locação financeira restitutiva.

1 — Locação financeira e locação financeira restitutiva

A locação financeira restitutiva ⁽¹⁾ — modalidade da locação financeira que pressupõe a prévia compra do bem a ser

(1) Traduzimos assim a expressão anglo-saxónica «lease-back» («cession-bail» em francês), limitados embora pela infeliz consagração legislativa da denominação *locação financeira* (inspirada no italiano —

dado em locação, ao próprio locatário (2) — não é uma modalidade tardia e tecnicamente sofisticada da locação financeira. Constitui a sua forma mais antiga, a que está na origem do instituto, precisamente nos Estados Unidos da América, onde esta operação financeira surgiu e se configurou. Com efeito, a primeira aplicação característica da locação financeira destinada a reproduzir-se (3), parece ter sido um contrato celebrado em 1936 pela cadeia de supermercados californianos «Safeway Stores Inc.», precisamente sob a forma de «lease-back»: os «Safeway Stores» venderam um supermercado a um grupo de investidores privados que lho cederam imediatamente em «lease» a longo prazo.

Pela mesma época, foi vendido um armazém a um banco que intervinha como «trustee» de investidores, e que cedeu o imóvel ao vendedor, em «lease», por 99 anos.

Em 1945 seis grandes armazéns da «Allied Stores Corporation» foram objecto de um «Sale and lease-back». E, daqui por diante, companhias de seguros, fundos de pensões, fundações universitárias, etc., não deixaram de praticar a locação financeira restitutiva nos Estados Unidos (4).

Também no Reino Unido o «lease-back» precedeu o «financial lease», conservando ainda hoje a locação financeira res-

«locazione finanziaria») que acentua, ao arpejo da natureza jurídica e financeira da figura, um duvidoso aspecto locativo, em prejuízo do financeiro.

(2) A locação financeira restitutiva é assim o segundo contrato de uma operação bancária complexa (junção de contratos) que se inicia com uma venda. Daí a designação anglosaxónica de «sale and lease-back». Vd. n.º 10.

(3) Sem prejuízo de operações de locação financeira terem sido praticadas esporadicamente desde sempre — pelo menos desde o tempo dos Sumérios...

(4) Sobre a história da locação financeira, vd. A. B. von Harling, *Leasing in den USA. Eine Analyse seiner Entwicklung unter besonderer Berücksichtigung der Leasing als organisiertes Bankgeschäft*, München, 1968.

A analogia da locação financeira com outras figuras, como a «fiducia cum creditore», o «lease» e a «Sicherungsübereignung» é referida por M. Giovanoli, *Le crédit-bail (leasing) en Europe: développement et nature*

titutiva uma posição de grande relevo no domínio da locação financeira imobiliária.

A prática financeira alemã e francesa, beneficiária da experiência anglo-saxónica, conheceu mais ou menos simultaneamente as diversas modalidades de locação financeira.

Em França — e embora as autoridades financeiras, desejosas de promover antes de mais os investimentos produtivos ⁽⁵⁾, tenham limitado o montante das operações de locação financeira restitutiva realizadas pelas S.I.C.O.M.I. a 25% do montante total dos financiamentos — esta modalidade assume importante relevo económico, sendo utilizada nomeadamente para mobilizar os capitais investidos em escritórios. Neste sector é bem conhecida a operação que teve por objecto a sede da sociedade Saint-Gobain ⁽⁶⁾.

Na República Federal da Alemanha, a locação financeira restitutiva vê o seu interesse aumentado pelo facto de a lei fiscal autorizar as empresas a reinvestir, num certo prazo, com isenção de imposto, as reservas realizadas através de uma venda ⁽⁷⁾. Assim, e só para dar alguns exemplos, a sede da «Thyssben» em Düsseldorf terá sido objecto de uma operação de locação financeira restitutiva e, em 1974, a central eléctrica de Meppen foi vendida por duzentos e trinta milhões de marcos e cedida em locação financeira ao seu anterior proprietário.

Estamos em crer que a referida diversidade de origem da locação financeira não será desprovida de interesse para a explicação da diferente estrutura do «leasing» anglo-saxónico e do «crédit-bail» francês.

juridique, Paris, 1980, p. 77 seg., e J. Calais-Auloy, «Crédit-bail (leasing)», *Enc. Jurid. Dalloz*, 2.ª ed., Paris, 1973.

⁽⁵⁾ Para uma crítica à visão «maniqueísta» da locação financeira como meio de promover o investimento produtivo, oposta à locação financeira restitutiva como instrumento de aumento da liquidez da empresa, vd. *infra* n.º 4.

⁽⁶⁾ Vd. P. Boullay, *Le contrat de leasing, Etude de cas*, Montpellier, 1971, p. 154 segs., e D. Nguyen Thanh, «Les sociétés immobilières pour le commerce et l'industrie, (S.I.C.O.M.I.)», *J.C.P.*, 70 p. 485.

⁽⁷⁾ Cfr. R. Bitschnau, *Kapitalersatz durch Anlagenpacht?*, F. a M., 1965, p. 34 segs.

O «Sale and lease-back» aparece, directamente, como uma operação caracteristicamente financeira, de fornecimento de fundos para a actividade da empresa.

O «leasing» surgiu, pois marcado por este caracter financeiro, sendo a coisa — ou, mais precisamente, a sua titularidade pela entidade financeira — uma mera «garantia» real, o que permite que o financiamento corresponda a 100% do valor da coisa, ao contrário do que se passa nos financiamentos clássicos. O destino da coisa, uma vez findo o contrato, perde importância, por o financiamento — e o próprio valor da coisa — estar totalmente amortizado. O interesse na coisa é residual, tanto sob o ponto de vista do mutuante como do mutuário, não sendo característica da figura a opção de compra do direito gaulês (*). O *financiamento do uso da coisa* sobreleva claramente o *financiamento da coisa* do direito francês (**).

(*) Embora as duas ideias coincidam substancialmente para efeitos estritamente económico-financeiros, que já não para os da compreensão óptica do instituto jurídico, desde que o contrato de locação financeira tenha, de facto ou de direito, uma duração correspondente à da amortização fiscal do bem, ou, pelo menos, que permita a sua total amortização (vd. artigo 10.º, 1, do Decreto-Lei n.º 171/79).

(**) Parece ser possível distinguir no direito anglo-saxónico as seguintes figuras principais no domínio da obtenção de bens por uma empresa:

- a) «Hire» — locação a curto prazo;
- b) «operating lease» — locação a médio prazo;
- c) «outright purchase» — compra com os fundos da empresa;
- d) «unsecured loan» — compra com empréstimo desprovido de garantia real;
- e) «mortgage» — compra com empréstimo dotado de garantia real;
- f) «credit-sale» — compra com financiamento do vendedor;
- g) «hire-purchase» — locação com opção de compra a um preço convencional;
- h) «financial lease» ou «leasing» — uso do bem, que se mantém na propriedade do mutuante, mediante o pagamento de uma renda até total amortização, e mantendo-se em relação à coisa simples interesses residuais das partes.

Com efeito, o «*crédit-bail*» francês — próximo do «*hire-purchase*» anglo-saxónico (10) — contém uma forte referência real, uma maior proximidade à compra e da venda a prestações com financiamento bancário, constituindo deste modo um instrumento menos flexível e menos sofisticado. O «*crédit-bail*» representará uma apropriação bancária da venda a prestações, em termos de o intermediário financeiro proporcionar simultaneamente a venda a pronto pelo fabricante — que é o que este pretende — e a «*compra a prestações*» pelo utente — de onde deriva a imprescindível opção de compra. Aparece associada intimamente à ideia de «*crédit-bail*», a referência à coisa, que é cedida com vista a um certo uso, pelo que este pode e deve ser controlado pela sociedade mutuante — e, através desta, pelas autoridades monetárias. O «*crédit-bail*», nestes termos, pode ser entendido, à primeira vista, como um meio de determinar a orientação do crédito para bens de equipamento.

— Não faltou mesmo quem visse nele um bom instrumento de planificação económica e da transição para o socialismo. —

Já o «*Sale and lease-back*»/«*cession-bail*» permitiria, segundo alguns, um acréscimo incontrollável da liquidez da empresa, contrariando eventualmente políticas restritivas de crédito e a desejável canalização do investimento — o que o excluiria do âmbito da locação financeira.

Resta saber se teria sido esta orientação sobre a natureza e as finalidades da locação financeira a perfilhada pelo legislador português ao defini-la como «o contrato pelo qual uma das partes se obriga, contra retribuição, a conceder à outra o gozo temporário de uma coisa, adquirida ou construída por indicação desta e que a mesma pode comprar, total ou parcialmente, num prazo convencionado, mediante o pagamento de um preço determinado ou determinável nos termos do próprio contrato (art.º 1.º do Decreto-Lei n.º 171/79 de 6 de Junho (11) — acrescentando-se que a locação financeira de coisas

(10) Daqui talvez a designação belga de «*location-vente*».

(11) Definição que já se encontrava no número 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 135/79 de 18 de Maio.

móveis respeita sempre a bens de equipamento e a de imóveis terá por objecto exclusivo bens imóveis afectados ou a afectar ao investimento produtivo na indústria, na agricultura, no comércio ou em outros sectores de serviços de manifesto interesse económico e social (art.º 2.º e n.º 1 do art.º 3.º).

Um apoio para a tese afirmativa poderia vir da proximidade desta noção da definição francesa de «*crédit-bail*» (lei de 2 de Julho de 1966, modificada pelo decreto-lei de 28 de Setembro de 1967), como sendo a locação de bens de equipamento ou utensílios comprados com vista a esta locação por empresas que se mantêm suas proprietárias, desde que a operação, seja qual for a sua qualificação, dê ao locatário a possibilidade de adquirir os bens locados, no todo ou em parte, através de um preço convencionado, levado em conta, ao menos parcialmente, nas rendas pagas; sendo operações de «*crédit-bail*» imobiliário aquelas pelas quais uma empresa dá em locação bens imóveis destinados a uso profissional comprados por ela ou construídos por sua conta, quando tais operações, qualquer que seja a sua qualificação, permitem ao locatário tornar-se proprietário de todo ou parte do bem locado, o mais tardar no fim da locação, através da transmissão do bem em cumprimento de promessa unilateral de venda, por aquisição directa ou indirecta do direito de propriedade sobre o terreno, ou por transferência de pleno direito das construções edificadas sobre o terreno pertencente ao locatário — desde que se provasse que esta definição exclui o «*lease-back*».

Contudo haverá, para completo esclarecimento do direito português, que desfazer, embora com a brevidade inerente à finalidade deste estudo, os prejuízos errados sobre a natureza jurídica e a finalidade da locação financeira. Com efeito, esta não é nem uma locação, nem uma compra e venda a prestações ou a retro, mas sim um contrato de crédito, e a sua finalidade financeira é mais variada do que parece numa primeira abordagem, sempre enganadora, não havendo qualquer diferença essencial e entre as funções do «*leasing*» e do «*lease-back*», mesmo que vejamos este integrado no «*Sale and lease-back*», como passamos a fazer.

2 — Locação financeira, venda a prestações com reserva de propriedade, venda a retro e locação.

Mesmo na concepção acriticamente afrancesada do direito português, a locação financeira distingue-se bem da *compra e venda a prestações com reserva de propriedade*. O traço distintivo marcante entre os dois institutos estará na circunstância de, na locação financeira, a transferência da propriedade não ser automática, com o fim do contrato e o pagamento da última prestação, verificando-se só por força do exercício de um «direito de opção» — aceitação da promessa unilateral da venda por parte do locador — e através do pagamento de um preço.

Por outro lado, enquanto na compra e venda o objecto da prestação é o próprio bem, na locação financeira presta-se uma quantia em dinheiro consubstanciada num bem ⁽¹²⁾.

Por sua vez, na *venda a retro* está-se perante uma venda única, resolúvel por vontade do vendedor (art.º 927.º do Código Civil), o que a faz desaparecer, mesmo perante terceiros, nos termos do art.º 932.º do Código Civil.

Esta característica é bastante para a distinguir, tanto da locação financeira, como do «Sale and lease-back».

Quanto à primeira, esta conhece um processo totalmente inverso, pois na venda a retro o alienante do bem fá-lo para obter uma certa quantia, enquanto na locação financeira o utente quer o bem, estando disposto a pagar por ele — embora através de um pagamento fraccionado.

No que se refere ao «Sale and lease-back», note-se que, neste, o vendedor torna-se devedor da soma que recebeu, que vai restituir através de um processo de locação financeira, enquanto na venda a retro o vendedor é credor do preço do bem, que não terá, portanto, de restituir.

(12) Embora seja esta a ideia que melhor se quadra ao direito constituido português, vimos que seria preferível, «de iure constituendo», falar do uso do bem.

Uma comparação, mesmo rápida, dos regimes jurídicos da *locação* e da *locação financeira*, leva a determinar diversas características que as distinguem.

Há, antes de mais, uma muito diversa posição da sociedade de *locação financeira* em relação ao locador.

Na *locação*, a coisa é utilizada pelo locador para dela retirar o máximo rendimento, celebrando, se tal for necessário, diversos contratos sobre ela durante a sua vida útil.

Na *locação financeira*, a coisa é do «locador», não com fins de fruição, mas de garantia de um financiamento. O contrato é celebrado, em regra, por um período correspondente à vida útil do bem, o que significa que, normalmente, um bem só é objecto de um único contrato de *locação financeira* — findo o qual as partes só têm, de facto, um interesse residual no bem.

Desta ideia de que a coisa é só garantia de um financiamento, resulta que, na *locação financeira*, a sua manutenção é inteiramente a cargo do utente (al. c) do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 171/79). Ao contrário do que sucede na *locação* (vd., por exemplo, os artigos 1031.º, al. b) e 1036.º do Código Civil).

Na mesma ordem de ideias, na *locação financeira* o risco de perecimento ou deterioração da coisa impende só sobre o utente (art.º 25.º do Decreto-Lei citado), enquanto na *locação* esse risco corre por conta do locador (proprietário) nos termos gerais.

A concepção do utente como principal interessado na coisa reflecte-se também no art.º 23.º do Decreto-Lei n.º 171/79: o locatário pode exercer contra o vendedor ou o empreiteiro, quando disso seja caso, todos os direitos relativos à coisa locada. Esta faculdade ultrapassa nitidamente a que corresponderia à situação jurídica do locatário, defendido através das acções possessórias previstas no art.º 1037.º do Código Civil.

Não vemos razão, pois, para rever a afirmação produzida de que a *locação financeira* é um contrato de crédito.

3 — A locação financeira como contrato de crédito.

No crédito, como se sabe, é a restituição do «tantundem» que explica o gozo temporário do dinheiro, que constitui o objecto da concessão de crédito. Como a obrigação de restituir tem por objecto o «tantundem» e não a coisa transferida em si mesma, consegue obter-se a irreversibilidade da prestação e, portanto, o seu efeito útil. É a utilidade diversa da coisa entregue e da coisa a restituir que constitui a causa do contrato.

Também na locação financeira há, substancialmente, a atribuição de uma soma com a obrigação contextual de restituir o «tantundem». As prestações pagas pelo utente não são rendas locatícias pois derivam, não da fruição concedida ao utente, mas tão só do preço de aquisição de bem — referido ao período de amortização — dos juro, lucro e encargos inerentes. Não são, como as rendas locatícias, prestações periódicas, mas antes uma prestação com cumprimento fraccionado (18).

Essas prestações também não são configuráveis como parcelas do preço de venda, pois a referência ao preço de venda não individualiza o título com base no qual são devidas, sendo só parâmetro de determinação do seu objecto.

Há, portanto, uma concessão de crédito ao utente que possibilita, como referimos, a venda a pronto do fabricante ou construtor.

Mas, se a locação financeira é uma operação de financiamento, a sua vocação financeira é mais complexa do que a rudimentar ideia de que visa o financiamento da actividade produtiva (e das profissões liberais) como pretende o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 171/79.

Passamos ao enunciado da sua função com base no pressuposto de que qualquer contrato se define essencialmente a partir de dois elementos:

Por um lado, os seus elementos formais, que permitem

(18) Note-se que a parte correspondente ao juro, por exemplo, é devida a título diverso: é correspondente da utilidade derivada do deferimento no tempo da soma concedida a crédito.

ligá-lo às restantes modalidades contratuais ou distingui-lo destas — tarefa a que nos entregamos até agora. Por outro lado, os seus elementos intencionais ou funcionais que poderão, «sub specie», exigir a sua requalificação (14).

4 — Função da locação financeira e do «Sale and lease-back».

Em diversos autores encontra-se a afirmação de que, no que se refere à função, é possível opor locação financeira e locação financeira restitutiva, nos mesmos termos em que se opõe (ou se distingue) entre financiamento e crédito.

Na locação financeira o crédito consubstanciar-se-ia num certo bem — financiamento. Na locação financeira restitutiva (dir-se-ia melhor, no «Sale and lease-back») pretender-se-ia a obtenção, não só de uma certa soma de dinheiro, mas também da livre disposição desta. Assim, e como o uso do dinheiro pode ser múltiplo, haveria na locação financeira restitutiva o risco do desvio da finalidade típica da locação financeira.

Este ponto de vista não resiste a uma análise mais aprofundada.

Com efeito, em qualquer caso, a sociedade de locação financeira, concedendo um crédito, proporciona à sociedade beneficiária um alívio da sua tesouraria: indirecto, ao adquirir um bem que a empresa não teria possibilidade de adquirir ou que não adquiriria para não se privar da liquidez de que teria necessidade para outros fins (locação financeira); directo, sob a forma de aumento do volume da liquidez, adquirindo um bem que figurava já no seu balanço, modificando pois, em benefício da liquidez, a estrutura deste («Sale and lease-back»).

Portanto, em caso algum há aumento absoluto do património da empresa locatária.

É certo que, à primeira vista, a locação financeira tem um

(14) Cf. F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur la qualification*, Paris, 1957.

efeito mais favorável sobre o investimento em bens de equipamento ou imóveis novos.

Contudo tudo dependerá da situação da empresa.

A locação financeira poderá libertar liquidez ou capacidade de endividamento que vá ser utilizada de forma economicamente pouco útil, com o que eliminará o efeito benéfico da operação.

Por outro lado, o «Sale and lease-back» tem vantagens económicas ponderáveis. A empresa locatária poderá utilizar a massa de liquidez obtida, na aquisição de bens produtivos, ou em domínios tão importantes como o da investigação. Como paradigma da mobilização do activo para novos investimentos, aponte-se o facto de a cadeia de grandes armazéns constituída no Reino Unido por Sir Hugh Fraser, se ter formado através do financiamento da construção de cada armazém pelo produto de «Sale and lease-back do armazém anterior.

As finalidades possíveis do «Sale and lease-back são numerosas. Ao lado do apoio a uma empresa em dificuldades, através do fornecimento de capital acompanhado por uma «garantia real», a titularidade de um bem — em que se estará economicamente muito próximo da hipoteca ou do penhor — encontramos: a necessidade de capital circulante para ocupar um novo mercado ou alargar um já existente; o financiamento de novos investimentos, ou actividades de suporte do crescimento, como publicidade ou pesquisa; o aumento da massa das amortizações.

Assume uma importância crescente nos países economicamente desenvolvidos, uma modalidade de locação financeira restitutiva, pela qual uma empresa vende a sua produção a uma sociedade de locação financeira, que lha restitui imediatamente através da locação financeira. A empresa produtora põe a sua produção à disposição da clientela através da locação. Assim, a empresa utente obtém um elevado grau de equilíbrio entre os fluxos de receitas e de despesas, o que permite o desenvolvimento rápido de empresas com capitais limitados, uma boa planificação de produção, com redução dos «stocks», e uma óptima utilização dos capitais disponíveis.

Por seu lado, a sociedade de locação financeira entrega

ao produtor, bom conhecedor do mercado, a tarefa de comercializar os equipamentos que produz.

A finalidade desta, como de muitas outras das modalidades de locação financeira restitutiva, não parece ser contrária ao intuito desenvolvimentista que presidiu à consagração legislativa do instituto.

Não vemos, pois, razões de política económica que obstaculizem a locação financeira restitutiva.

Estamos crentes que, em Portugal, tal modalidade será necessária para assegurar a viabilidade, nos primeiros anos, das sociedades de locação financeira imobiliária. Estas, no início da sua actividade, e para poderem remunerar o vultoso capital social que a lei lhes impõe, ver-se-ão obrigadas a praticar operações e «Sale and lease-back» — até que seja possível construir os imóveis que lhes sejam solicitados.

ficar operações de «lease-back» — até que seja possível construir os imóveis que lhes sejam solicitados.

Além de que, na actual conjuntura económica, permitirá que empresas viáveis, mobilizando o capital investido, por exemplo, em escritórios, adquiram os meios de se desenvolver ou de sobreviver.

Contudo, algumas vozes se têm erguido no mundo do direito a negar de «iure constituto» a admissibilidade da locação financeira restitutiva. Delas passamos a tratar, começando as referências pelos direitos estrangeiros mais próximos do nosso, e terminando com o direito português.

5 — Argumentos jurídicos contra a admissibilidade da locação financeira restitutiva (Rejeição) — a) A sua natureza não locativa.

Alguns autores, sobretudo franceses, sustentando a natureza locativa da locação financeira, e excluindo a «cession-bail» do âmbito da locação, excluem-na «ipso facto» da consagração legal da locação financeira ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁵⁾ Cfr. R. Rodière e J.-L. Rives-Lange, *Droit bancaire*, Paris, 1973, p. 396 segs; Champaud, *Le Leasing*, 1971, p. 212, e Calais-Auloy, *ob. cit.*, n.º 13.

Enquanto na locação financeira a empresa pretende obter o uso de um bem, na «cession-bail» já dispõe do bem, e procura fundos, servindo o bem de garantia. Tratar-se-ia de um crédito, a operação disfarçando um empréstimo garantido com penhor ou hipoteca.

O que dissemos sobre a natureza jurídica da locação financeira e da sua função económica, dispensa-nos de considerações sobre os erros desta teoria.

6 — Cont. — b) Jurisprudência francesa.

O tribunal de Paris, em sentença de 16 de Outubro de 1971⁽¹⁸⁾, apoiando-se na menção da *compra* do material locado presente na definição legal de «crédit-bail», distinguiu o «crédit-bail» da «cession-bail» nos seguintes termos: o primeiro comportaria sempre um crédito à compra do material locado, enquanto a segunda, versando sobre material usado (dado que já anteriormente comprado pelo locatário) constituiria antes uma locação pura e simples provida de uma promessa de venda. Por outras palavras: enquanto a locação financeira se traduziria num crédito à compra de um bem determinado, a locação financeira restitutiva consubstanciar-se-ia num crédito puro e simples.

Também este critério de distinção é erróneo. Trata-se, em ambos os casos, como referimos, de um contrato de crédito, parecendo irrelevante, sob a óptica da natureza jurídica do contrato, se a coisa é comprada à própria empresa utente ou a terceiro. Além do que nada impede que a locação financeira impenda sobre bens usados, e que a locação financeira restitutiva tenha como objecto bens novos, que a empresa acaba de comprar (que estão, por exemplo, ainda por desalfandegar) ou de mandar construir.

⁽¹⁸⁾ Referida por G. Parleani, «Le contrat de lease-back», *RTD COMM*, 1973, p. 725 s.

Estamos aqui, mais uma vez, perante prejuízos derivados de uma errada compreensão da função económica da locação financeira restitutiva, que já tivemos oportunidade de criticar.

Aliás, em França, não só a maioria da doutrina e a jurisprudência consideram a «cession-bail» uma forma de «crédit-bail»⁽¹⁷⁾, como desde o decreto de 29 de Novembro de 1973, que veio consagrar a expressão «cession-bail» em lugar de «lease-back», e definiu a operação, ninguém duvida da sua admissibilidade «de iure constituto».

7 — Cont. — c) A concepção suíça do penhor.

Na Suíça os autores entendem que o «lease-back» mobiliário — e já não o imobiliário — é impraticável nos quadros da legislação nacional⁽¹⁸⁾. Com efeito, o artigo 717.º do Código Civil determina que uma transferência de propriedade não é oponível a terceiros quando o alienante retém a coisa a um título particular (por ex. locação) em vista, quer a lesar terceiros, quer a iludir as normas respeitantes ao penhor.

A venda do bem, pelo futuro utente, à sociedade de locação financeira, visando, segundo esses autores, a constituição de uma garantia real, estará submetida às normas que regulam o penhor.

Ora bem: o «lease-back» iludiria o artigo 884.º do Código Civil suíço que prescreve, em matéria de penhor, que o devedor deve ser desapossado da coisa.

Assim, e mantendo-se o devedor na posse da coisa, a transferência da propriedade não é oponível a terceiros, nomeadamente aos credores do devedor. Pelo que o «lease-back» não produzirá os efeitos pretendidos pelas partes.

Não cabe aqui apreciar desenvolvidamente esta teoria no

(17) Vd., por exemplo, J. Calais-Auloy, *ob. cit.*, p. 144; Ch. Gavaldà, «Crédit-Bail ou leasing mobilier», *Juris-Classeur Comm.*, 2.º C, n.º 82.

(18) Ch. Giger, *Leasingsvertrag*, *Habhandlungen zum schweizerisches Recht*, Heft 450, Berne, 1977, p. 58 segs.

contexto do direito suíço. Sempre diremos, porém que parte de uma identificação, indemonstrável, entre «lease-back» e penhor.

A sua única justificação, a nível dos interesses em jogo, parece residir na inexistência de um registo público apropriado para bens móveis, o que poderia induzir em erro terceiros sobre a consistência do património do utente.

— Nesta matéria, a lei portuguesa (art.º 9, 2, do Decreto-lei 171/79) contenta-se com a afixação de uma placa no bem indicando o seu proprietário. —

Aliás, e mesmo sob o ponto de vista em causa, não se entende a disparidade de tratamento entre a locação financeira e a locação financeira restitutiva. Não parece lógico admitir a validade da operação quando o financiamento precede a aquisição do bem a financiar, e privá-lo de efeitos quando o financiamento sucede imediatamente a essa operação. Em ambos os casos, terceiros podem ser induzidos em erro sobre o estatuto jurídico da coisa.

8 — Cont. — d) A lei brasileira.

Em decisão recente, o tribunal de S. Paulo negou a validade do «lease-back», dado que a noção legal de arrendamento mercantil (locação financeira) impediria que a locadora e a locatária sejam o primitivo proprietário da coisa⁽¹⁹⁾, ao considerar como arrendamento mercantil tão só «a operação realizada entre pessoas jurídicas, que tenha por objecto o arrendamento de bens adquiridos a terceiros pela arrendadora, para fins de uso próprio da arrendatária e que atendam às especificações desta» (art.º 1.º, § único, da lei n.º 6099 de 12.09.974). E o tribunal acrescenta que terá sido única intenção do legislador que o arrendamento mercantil evite que o empresário se veja obrigado a imobilizar capital em bens de produção.

(19) Vd. A. Wald, «Considerações sobre o «lease-back», *ADV, Selecções Jurídicas*, n.º 016, p. 15 segs.

A sentença em causa parece estar destinada a não servir de precedente. Com efeito, o juiz esquece-se que o art.º 9.º da lei n.º 6099 prevê o «lease-back»: «As operações de arrendamento mercantil contratadas com o próprio vendedor do bem...». E que, por outro lado, não resulta de nenhum texto legal a necessidade da função financeira do «leasing» em contrapartida à finalidade creditícia do «Sale and lease-back» (20) — dicotomia que já vimos ser falsa.

Aliás, não só a resolução n.º 351 de 17.11.75, do Conselho Monetário Nacional regulamentou o «lease-back» que se encontra bem arreigado na prática brasileira, como a doutrina o aceita sem discussão (21).

9 — Cont. — e) O decreto-lei n.º 171/79 de 6 de Junho.

O preâmbulo do decreto-lei n.º 171/79, que regula o contrato de locação financeira, em momento algum discrimina desfavoravelmente a locação financeira restitutiva. Expressões como «possibilidades de financiamento rápido», «garantias que oferece», «relançamento da economia nacional» são suficientemente compreensivas de todas as modalidades da locação financeira.

Sendo razoável supor que o legislador tinha conhecimento do «lease-back» e da controvérsia que sobre ele se estabeleceu em certos ordenamentos, o último parágrafo do preâmbulo parece indicar a intenção de o consagrar. Com efeito, e depois de se revelar que, através do regime estabelecido, há o propósito de evitar a utilização da nova figura para fins estranhos aos que devem presidir à sua celebração, indica-se que a loca-

(20) No mesmo sentido A. Wald, *ob. cit.*, p. 17.

(21) Cfr. J. C. Assis Ribeiro, in *Revista Forense*, 25.º, p. 67; J. Penalva Santos, *ibid.* p. 52; M. Brandão Lopes, *ibid.* p. 423; A. Wald, *ob. cit.*; C. M. da Silva Pereira, «Leasing», *ADV, Selecções Jurídicas*, n.º 008 p. 39; Fran Martins, *Contratos e obrigações comerciais*, 1981, p. 563 segs; etc.

ção financeira deverá ter como objecto exclusivo «... bens de equipamento... ou... imóveis afectados ou a afectar à exploração industrial,...».

Entre os bens de equipamento ou imóveis *afectados* à exploração industrial estarão certamente os que vão ser objecto de operações de locação financeira restitutiva.

Se o preâmbulo não exclui o «lease-back», também as formulações dos art.^{os} 1.º e 3.º compreendem essa modalidade. O art.º 3.º, 1, reproduz mesmo a expressão «bens imóveis afectados ou a afectar» ao investimento produtivo.

A lei não distingue — e não vemos nós razões para distinguir, tanto mais que não há, como temos vindo a acentuar, qualquer oposição de princípio entre a função económica das duas figuras. E bastaria a lei não excluir o «lease-back» para nós o podermos considerar permitido com base no princípio da liberdade contratual — se não houvesse, como não há, motivos para o afastar (22).

Nem se invoque o artigo 7.º do Decreto-lei n.º 171/79 contra a consagração legal da locação financeira restitutiva. Com efeito, o vendedor indicado na proposta do interessado na locação, pode ser o próprio interessado. Aliás, num diploma tecnicamente muito objectável, o artigo 7.º é uma das disposições mais infelizes. Com efeito, nos países em que a locação financeira é praticada (por empresas especializadas, pelos bancos, pelas companhias de seguros, pelos próprios produtores, etc.) é-o com base nos moldes precisados por contratos-tipo elaborados por cada sociedade financiadora. Contratos-tipo exaustivos (al-

(22) Nesta ordem de ideias, em França é praticado ao lado do «crédit-ball», regulamentado na lei como operação de «locação», com opção de compra, de bens de equipamento profissionais, obrigatoriamente praticado por um estabelecimento financeiro ou um banco, o «leasing», praticado por qualquer empresa à sombra da liberdade contratual, e que se traduz: a) numa «locação» com opção de compra, de bens não destinados ao exercício de uma profissão, ou, b) numa «locação» sem opção de compra de bens de equipamento.

guns com dezenas de artigos), prevendo os prazos, o local do cumprimento, o seguro, conservação e reparação da coisa, o pagamento dos impostos e taxas, o destino do bem no fim do contrato, o montante das prestações, etc. A liberdade deixada ao interessado é muito reduzida pois, algumas vezes, a sociedade financiadora impõe-lhe mesmo um certo tipo de equipamento (mais facilmente negociável, por exemplo) em vez da-quele que ele pretende.

É isto o que vai suceder — que já está a suceder — em Portugal. É isto que o art.º 4.º, n.º 2 do Dec.-Lei n.º 171/79 prevê ao dispor que os modelos de contrato-tipo de locação financeira mobiliária ou imobiliária são submetidos a aprovação prévia do Banco de Portugal. Como, pois, pretender, como o faz o art.º 7.º do mesmo diploma, que o interessado apresente à sociedade de locação financeira uma proposta completa de contrato a celebrar? Mais um lapso de um diploma que neles abunda. Deve considerar-se o artigo 7.º como não escrito, pois não se afigura necessário um artigo para determinar que é o interessado que deve propor a celebração do contrato, e outro sentido não se lhe pode atribuir.

10 — Identidade dos regimes jurídicos das duas figuras.

O «Sale and lease-back» como junção de contratos.

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 — contracção — do regime de locação financeira. Através, nomeadamente, da confusão na pessoa do «locatário» desta qualidade e da de fornecedor do bem, o que envolve a desapareição dos direitos, que existem na locação financeira, do locatário perante o fornecedor (artigos 20.º e 23.º do Decreto-Lei n.º 171/79).

Também, em regra, e pelas mesmas razões, não haverá despesas de transporte e seguro da coisa, sua montagem e ins-

talação, a cargo do «locatário» (art.º 24.º, c) do Decreto-Lei n.º 171/79) (23).

Esta identidade vem pôr a nu um facto cuja revelação parece decisiva: o chamado «Sale and lease-back», enquanto operação para-bancária complexa, oculta uma junção de contratos. Um, de *compra e venda*, outro de *locação financeira* (pura e simples...), ligados por um nexo funcional. Mas estruturalmente independentes, sendo cada um só motivo (causa) do outro. Esta independência leva a que um, a locação financeira, não possa ser posta em causa juridicamente com base na existência de um contrato prévio. Aliás, fácil seria fraudar qualquer proibição, interpondo contra a locadora e o locatário uma sociedade mediadora na compra e venda de bens. O que revela, mais uma vez, a independência entre os dois contratos.

11 — Conclusão: admissibilidade da locação financeira.

Concluimos, pois, pela consagração em direito português da locação financeira restitutiva, compreendida na formulação lata dos artigos 1.º e 3.º do Decreto-Lei n.º 171/79 e artigo 1.º 2, do Decreto-lei n.º 135/79.

Ao lado desta razão, haverá o argumento de ordem económica de que não há motivos para a excluir — muito pelo contrário, atendendo a que se trata de um «instrumento útil de relançamento da economia nacional».

(23) Sob o ponto de vista fiscal será necessária uma consideração atenta das duas realidades, por muito próximas que sejam sob outros pontos de vista. Com efeito, a venda do bem à sociedade de locação financeira vai produzir uma mais-valia para a empresa vendedora, pois o preço pago por aquela será normalmente superior ao preço do bem para a última.

Por outro lado, o «lease-back» permitirá uma nova amortização do bem pelo seu valor reavaliado.