

A LOCAÇÃO FINANCEIRA

Pelo Dr. Duarte Vieira Pestana de Vasconcelos ()*

I — *Introdução*

A origem da locação financeira tem sido atribuída, por vários autores, aos Sumérios e mesmo como estando já prevista no Código de Hamurabi.

Dada a natureza deste trabalho, não nos parece importante estender tão longe o estudo das origens desta figura.

A moderna locação financeira, tal como ela é encarada à luz das actuais técnicas jurídicas e financeiras, é correntemente apontada como tendo nascido nos Estados Unidos da América no ano de 1936.

A operação pioneira envolveu uma cadeia de supermercados norte-americana, a «Safeway Stores, Inc» e sob a forma de «lease-back», modalidade que mais tarde descreveremos.

De facto, a «Safeway» vendeu o imóvel de um dos seus supermercados a um grupo de investidores privados que simultaneamente o cedeu em «lease».

Desde então, e de uma forma mais ou menos regular, sucederam-lhe operações idênticas, adquirindo em um ou em outro caso contornos jurídicos diferenciados, mas com uma base comum, ou seja, a aquisição do bem (móvel ou imóvel) pela sociedade locadora que o cede ao locatário por um período

(*) Advogado estagiário.

determinado e por um valor em rendas certo, com opção de o adquirir ou não no final do mesmo contrato.

Actualmente, a importância do instituto é revelada pelos valores envolvidos, já que em números de 1982, os novos investimentos efectuados através da locação financeira nos E.U.A., somam cerca de 16 % da formação bruta de capital fixo.

Na Europa, apenas se acordou para este novo tipo de financiamento a partir da década de 60 e sempre por iniciativas conjuntas que envolviam entidades europeias lideradas ou apoiadas por sociedades norte-americanas.

Contudo, o *leasing* foi rapidamente assimilado e instalou-se na Europa com as tradicionais diferenças de regimes entre os sistemas jurídicos anglo-saxónicos e continentais, sendo já notória a sua importância como técnica de financiamento de investimentos à disposição das empresas, tanto na Grã-Bretanha como em França, Itália, Bélgica, Alemanha Federal e mesmo Espanha.

A título de indicação, na Europa Ocidental e em 1980, cerca de 6,1 % do investimento em capital fixo foi financiado através de *leasing*.

Por sua vez em Portugal, foi em 1979 que surgiu a regulamentação legislativa da oficialmente traduzida locação financeira.

Se bem que apenas em 1982 comecem a funcionar as primeiras sociedades de locação financeira, foi em Maio e Junho de 1979 que foram publicados os Decretos-Lei que definem e regulamentam as sociedades e o contrato de *leasing*, mais precisamente o Decreto-Lei n.º 135/79, de 18 de Maio e o Decreto-Lei n.º 171/79, de 6 de Junho.

Antes do seu enquadramento legal, o *leasing* apenas era praticado em Portugal de um modo esporádico e sob a forma de contrato inominado, havendo ainda empresas comerciais multinacionais que operavam no campo do «operating leasing» nomeadamente com televisores.

Neste momento e de acordo com a legislação em vigor, apenas as sociedades especialmente constituídas para esse fim

estão autorizadas a praticar a locação financeira e apenas a locação financeira, nos termos do Decreto-Lei n.º 171/79 e posterior legislação regulamentar. Isto, porque a opção do legislador português face, às inúmeras variantes que o leasing pode tomar, recaiu sobre a modalidade conhecida internacionalmente por «financial lease».

De facto, ao longo da sua evolução, a original operação de «lease» tem sofrido uma série de modificações de regime, que permitem agora classificar autonomamente vários tipos de leasing (termo derivado da palavra «lease»).

É o que sucede nos países anglo-saxónicos, onde o termo *leasing* designa correntemente o «operating leasing», ou nos países europeus continentais, em que a mesma designação referencia o «financial lease». Na prática e na doutrina, ainda se encontra o emprego da expressão leasing ao mencionar o simples «renting» (locação a muito curto prazo), ou a operação de «hire and purchase» (locação simples com opção de compra), ou ainda outras na área do «hire» ou «rent».

Distinguindo, em traços gerais, as duas grandes modalidades de leasing, verifica-se que o «operating leasing» se apresenta como um contrato, cuja componente principal é a colocação do bem ao dispôr do locatário por um determinado lapso de tempo, prevendo ou não a opção de compra no final, apresentando-se normalmente acompanhado da prestação de serviços colaterais, tal como manutenção e assistência técnica por conta da entidade locadora. O prazo contratual é, em regra, inferior ao de amortização ou de vida útil do bem, prevalecendo portanto, o facto necessidade/utilidade momentânea à função de financiamento da empresa locatária.

Várias alternativas poderão conjugar-se: O prever-se ou não a opção de compra, o prazo do contrato e valor do bem, a sociedade locadora ser mera intermediária financeira da operação ou ser a própria empresa fornecedora/produzora a locadora, etc.

O «financial lease», por seu lado, apresenta-se de uma forma mais rígida. Predomina o carácter financeiro da operação, ou seja, o de autêntico financiamento da utilização e previsível

aquisição do bem. O contrato é celebrado pelo período da vida útil do bem ou por um prazo que possibilite a sua amortização, reflectindo-se esse prazo e o valor de aquisição directamente na soma das rendas devidas pelo locatário e no valor residual de opção de compra previamente conhecido. O bem é adquirido pela entidade locadora por expressa indicação do futuro utente, actuando assim única e exclusivamente como financiadora, não lhe prestando durante o contrato quaisquer serviços acessórios ou de manutenção, sendo estas despesas por conta do utilizador. Como diz J. Carvalho Prazeres e Júlio G. Videira, «Representa um «full pay out lease» e cinge-se ao fornecimento do bem, excluindo qualquer outro tipo de serviço». (1)

O escopo fundamental do «financial lease», é, pois, financiar o locatário, enquanto que o «operating leasing» tem como objectivos maiores o de evitar o risco da propriedade e o de obter serviços laterais de assistência e manutenção.

Se atentarmos, portanto, que segundo o Dec.-Lei n.º 171/79, «os interessados na celebração de contratos de locação financeira devem dirigir-se às sociedades (locadoras) ..., apresentando uma proposta com indicação do vendedor, da coisa a adquirir, devidamente caracterizada, dos prazos de entrega e demais cláusulas do contrato» (art. 7.º), que «a renda a propôr deve permitir dentro do período de vigência do contrato, a amortização do bem locado...» (art. 10.º, n.º 1), e que «o prazo de locação financeira de coisas móveis deve corresponder aproximadamente ao período presumível de utilização económica da coisa» (art. 11.º, n.º 2) e que ainda «na vigência do contrato o risco de perecimento ou deterioração da coisa corre por conta do locatário» (arts. 25.º), podemos concluir que a modalidade em vigor em Portugal é a do «financial lease», adiantando ainda o n.º 1 do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 135/79, que as sociedades de locação financeira têm como objecto social *exclusivo* o exercício da actividade de locação financeira nos termos desse diploma e demais legislação aplicável.

(1) In LEASING — B.F.N. 1980.

Creemos aliás e infelizmente em detrimento da liberdade contratual, que a conjugação desta definição com a exaustiva regulamentação do contrato, pelo Decreto-Lei n.º 171/79, restringe às sociedades de locação financeira a possibilidade de explorarem novas fórmulas e variantes contratuais, aumentando o seu campo de manobra e adaptando-se, inclusivamente, às necessidades concretas dos utilizadores.

Mesmo assim e após a publicação da legislação base já mencionada, foram constituídas 6 sociedades que se dedicam exclusivamente à locação financeira mobiliária (bens de equipamento) e apenas uma de locação financeira imobiliária (imóveis construídos ou a construir afectos ou a afectar a actividades comerciais, industriais e de serviços), as quais, dada a similitude do regime português com o europeu continental, nomeadamente o «*crédit-bail*» francês, se apresentam na sua maioria com parceiros europeus no capital social, beneficiando assim da respectiva transferência de conhecimentos.

A criação deste tipo de sociedades parabancárias surgiu num momento muito particular da vida económica-financeira nacional. Com uma concepção jurídica complexa e original, o leasing não deixa de ser uma nova técnica de carácter eminentemente financeiro no apoio ao investimento produtivo e que deve o seu actual sucesso a um clima de fortes restrições de capital e à pesada carga fiscal que incide sobre as sociedades. Porque a sociedade locadora mantém a propriedade jurídica do bem locado, é característica própria do leasing o financiamento do valor integral de aquisição contraposto às restantes modalidades tradicionais de financiamento por capitais alheios, que se quedam por parte do investimento a realizar, exigindo uma percentagem de aplicação de capitais próprios.

Por isso, em Portugal e no ano de 1983, primeiro ano completo de actividade da locação financeira, as sete sociedades nacionais realizaram operações no montante de cerca de 5 milhões de contos, traduzindo a franca aceitação deste novo instrumento jurídico-financeiro.

II — *Natureza jurídica da locação financeira*

De acordo com o definido no n.º 2 do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 135/79, «locação financeira é 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 e parcialmente, num prazo determinado ou determinável, nos termos do próprio contrato», acrescentando ainda os artigos 2.º e 3.º do Decreto-Lei n.º 171/79 a exclusividade desta locação a bens de equipamento ou a imóveis affectos ou a afectar ao investimento produtivo, como o já anteriormente tínhamos referido.

Esta limitação no objecto é corrente na generalidade das legislações estrangeiras, designadamente em França, onde o «*crédit-bail*», também apenas se pode aplicar a operações sobre material de uso profissional.

Analisando o conceito expresso e excluindo a applicabilidade prática da locação financeira a bens particulares, designadamente a imóveis destinados à habitação, verifica-se que se trata de um contrato oneroso, bilateral, sinalagmático, através do qual a sociedade locadora apenas pode adquirir ou mandar construir o bem por indicação da entidade locatária, simultaneamente locando-o por contrapartida ao pagamento de rendas periódicas, atribuindo ao locatário o direito de unilateralmente decidir, no final do contrato, a compra ou não do bem locado por um valor definido ou definível, nos termos do próprio contrato de *leasing*.

Autores há, que apontam a necessidade de intervenção em um contrato de locação financeira de três sujeitos: vendedor (fornecedor, construtor, etc.), sociedade locadora e locatário, considerando-o portanto como um contrato tripartido.

Não nos parece, no entanto, inteiramente correcto.

Se do ponto de vista económico e numa primeira observação assim poderá parecer, dada a necessidade dos interesses dos três agentes económicos se conjugarem, no plano jurídico o mesmo já não acontecerá.

Após definir o bem de que necessita, o futuro locatário,

recorrendo à sociedade locadora, desliga-se do processo negocial e contratual com o vendedor, desenrolando-se as operações em uma compra e venda estritamente entre o mesmo vendedor e a sociedade locadora, outorgando-se em seguida um contrato de locação financeira entre locador e locatário, sem qualquer intervenção do vendedor.

Em ambos os contratos, tanto bilaterais como distintos, apenas o locador é comum mas actuando em posições jurídicas completamente diferenciadas, ora como comprador, ora como locador. O facto de a legislação prever (art. 20.º, Decreto-Lei n.º 171/79) que o locador não responde pelos vícios da coisa locada ou pela sua inadequação face aos fins do contrato, é derivado de ter sido por indicação do locatário que aquele específico bem foi adquirido, logo sob sua responsabilidade.

Aliás, como afirma Giovanoli ⁽¹⁾, «A compra e venda é um contrato de execução imediata, enquanto que a locação financeira propriamente dita, é um contrato de execução sucessiva, que se desenrola por numerosos anos».

Por outro lado e comparativamente, mesmo através de um financiamento tradicional, haverá sempre a intervenção de três entidades comprador, vendedor e financiador/credor mas não é por isso que o financiamento se apelida de triangular.

Caso extremo a apontar é a operação de lease-back, que mais adiante analisaremos, em que vendedor e locatário se reúnem numa só entidade, não deixando de se apresentar nos seus contornos jurídicos como uma operação de locação financeira.

Parece-nos assim que a interdependência institucional dos meios jurídicos utilizados, fazendo depender um contrato do outro, não se apresenta como motivo suficiente para classificar o leasing de operação tripartida.

Também a natureza jurídica da locação financeira tem sido alvo de tratamento diverso na doutrina.

Não considerando algumas particularidades resultantes do quadro jurídico de um país para outro, podem resumir-se em

⁽¹⁾ In «Le Crédit-Bail (leasing) en Europe: développement et nature juridique», Paris, 1980.

quatro as tendências doutrinárias de qualificação do leasing. Alternativamente, identifica-se a locação financeira como um contrato misto, um contrato de locação, uma venda a prestações com reserva de propriedade ou como um contrato «sui generis» perfeitamente individualizado.

Analisando a questão em termos muito genéricos e segundo a primeira interpretação, o leasing apresenta caracteres comuns aos contratos de locação, compra e venda e mútuo. De cada um destes institutos jurídicos, o leasing vai buscar alguns dos seus elementos caracterizadores, fundindo-os numa unidade original, enquadrando-se depois na categoria dos contratos mistos.

Ora, se bem que a premissa de recolha de elementos seja correcta, não nos parece de colher a orientação decorrente. Ao individualizar determinados elementos destes tipos contratuais, o *leasing* não faz sobrepor qualquer um deles aos outros. A concorrência entre os mesmos é uniforme, não se podendo afirmar que se fundem na estrutura própria de um qualquer destes institutos ou que subsiste apenas com esses elementos. Nem sequer a expressão final desta unidade poderá ser analogicamente equiparada à função específica que os contratos componentes, conjunta ou isoladamente, representam no universo jurídico.

Os objectivos prosseguidos, basicamente o financiamento, a estrutura e o conjunto de estipulações próprias dos contratos de locação financeira impedem, em caso de conflito de interesses e na falta de regulamentação expressa, de identificar a qual dos conjuntos de normas dos institutos mencionados como componentes se deveria recorrer. O livre arbítrio de assim proceder consoante o intérprete, não outorga à figura da locação financeira a necessária uniformidade e segurança jurídica contratual.

Pela segunda corrente, o leasing deve ser enquadrado na locação. As manifestas diferenças de regime levam-nos também a afastar tal enquadramento. A possibilidade de opção de compra no final, elemento caracterizador do leasing, desde logo distingue a natureza dos contratos. Como afirma o Prof. Leite de Campos «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 loca-

ção financeira, a coisa é do locador, não com fins de fruição mas de garantia de um financiamento (1).

Em termos de regime, são notórias as diferenças de um instituto para o outro. O ônus de conservação e mesmo o risco de perecimento do bem, correm na locação por conta do proprietário, transferindo-se para o utente na locação financeira. A responsabilidade pelos vícios da coisa é imputável ao senhorio na locação, ao contrário da locação financeira onde o locador não responde pelos vícios do bem locado ou pela sua inadequação face aos fins do contrato, pois a coisa é adquirida para um fim específico e por expressa vontade do locatário e não é aquela de que o locador dispõe na altura para locar. Mesmo no capítulo da resolução contratual, elemento tão sensível na locação, o art. 26.º do Decreto-Lei n.º 171/79 afasta taxativamente as normas especiais, constantes na lei civil, relativas à locação.

Pela terceira interpretação o leasing é englobado no esquema jurídico da venda a prestações com reserva de propriedade.

Como já afirmámos, um dos elementos caracterizadores da locação financeira é a promessa unilateral de venda e é o exercício desse direito que transfere a propriedade. Ora, na venda a prestações com reserva de propriedade a transferência da propriedade processa-se automaticamente com o pagamento da última prestação, sem necessitar de qualquer manifestação nesse sentido. A própria natureza dos pagamentos efectuados a título de prestações tem sentidos completamente diferentes num contrato e noutro.

Por último, o leasing é considerado um contrato «sui generis» perfeitamente individualizado. Não poderá ser assimilado à locação pelas divergências de regime e de intenções subjacentes, à venda a prestações com reserva de propriedade por a transferência de propriedade apenas se operar pela opção do

(1) In «NOTA SOBRE A ADMISSIBILIDADE DA LOCAÇÃO FINANCEIRA RESTITUTIVA» Separata na Revista da Ordem dos Advogados — 1983.

locatário, ao mútuo, porquanto falta a obrigação de restituir o bem à sociedade locadora no final do contrato, ou ser ainda apelidado de contrato de crédito por não haver atribuição de uma soma pecuniária e, portanto, a obrigação de restituição dessa mesma soma, ainda que acrescida de juros remuneratórios.

Se a locação financeira contém em si própria elementos característicos destes vários institutos, não é nenhum deles em especial que detem isoladamente uma importância prevalectente. As singulares estrutura e função económica e negocial que o contrato de leasing representa, afasta a possibilidade de, em sede de integração de lacunas, serem considerados os casos análogos.

Parece-nos, assim, dever ser a locação financeira considerada como um contrato «sui generis», de natureza complexa e original onde sobressai a função financiamento, estruturada em uma locação do bem acompanhada de uma promessa unilateral de venda, ou, como define a jurisprudência francesa, «une location assortie d'une promesse unilaterale de vente», e onde a manutenção da propriedade jurídica do bem pela sociedade locadora, é resultante da máxima garantia em função do financiamento prestado.

Neste momento e face à legislação já publicada, que outorga à figura o estatuto de contrato nominado, compreendendo o corpo de normas reguladoras do contrato e o conjunto de estipulações complementares acessórias, é possível individualizar a locação financeira dos restantes institutos jurídicos, como uma unidade sistemática própria e bem definida nas suas premissas, parâmetros e finalidades, tal como objectivamente o legislador a concebeu, o que lhe atribui a possibilidade de, sendo necessário, recorrer ao espírito do sistema.

III — O contrato

O quadro jurídico que define e regulamenta o contrato de locação financeira, surgido na esteira da regulamentação das

sociedades autorizadas a praticar este novo tipo contratual, é composto pelo Decreto-Lei n.º 171/79, de 6 de Junho e numerosa legislação avulsa posterior, tal como o Decreto-Lei n.º 311/82, de 4 de Agosto (benefícios fiscais), o Aviso do Ministério das Finanças e do Plano de 4-12-82 (normas sobre o valor dos contratos de locação financeira mobiliária), o Aviso do Ministério das Finanças e do Plano de 20-4-83 (normas sobre o valor dos contratos de locação financeira imobiliária), etc.

No preâmbulo do Decreto-Lei n.º 171/79 afirma-se que, «houve o propósito de regulamentar a locação financeira, evitando a sua utilização para fins estranhos aos que devem presidir à sua celebração». De facto, de tal maneira assim o legislador o fez, que a liberdade contratual foi globalmente cerceada, apenas deixando para a vontade das partes a discussão de pequenas particularidades de influência económico-financeira, mas juridicamente irrelevantes.

No seu articulado, o mesmo Decreto-Lei, após definir a noção do contrato e de delimitar o seu objecto dentro dos bens móveis e imóveis respectivamente a bens de equipamento, e a imóveis afectos ou a afectar a uma actividade produtiva, atribui ao Banco de Portugal uma competência genérica de tutela e fiscalização nas operações de locação financeira.

Este Banco Central pode, por mero Aviso estabelecer como neste momento já o fez, normas sobre a determinação dos montantes das rendas e dos valores residuais atribuídos aos bens locados (2 % a 6 % nos bens móveis e superior a 2 % nos imóveis), a definição das condições e critérios da sua eventual revisão, designadamente consoante as variações das taxas de juro, ou no imobiliário, pela possibilidade de indexação às variações dos custos da construção civil, ou ainda sobre a periodicidade do pagamento das rendas e prazos dos contratos, (estes no entanto estabelecidos no próprio Decreto-Lei n.º 171/79, art. 11.º, respectivamente entre 2 a 30 e 10 e 30 anos para móveis e imóveis).

É ainda atribuída ao Banco de Portugal a competência de aprovação prévia dos contratos-tipo, ou seja, as sociedades de locação financeira, antes de poderem operar, têm de sujeitar

à aprovação os modelos de contrato-tipo que pretendam utilizar na sua actividade.

Parece-nos que, neste início de implantação da locação financeira, muito haverá que modificar, adaptar e aperfeiçoar de um modelo teórico de contrato e que só a realidade negocial o poderá fazer. O Banco de Portugal deverá ser maleável na concepção que faça de contrato-tipo, de maneira a que as alterações surgidas nos contratos, baseadas na experiência que as sociedades vão tendo, não fiquem impedidas de ser utilizadas, esperando a aprovação prévia. O dinamismo das actividades económicas não se coaduna com isso.

Para se iniciar a apreciação de uma operação de locação financeira, compete ao potencial locatário o impulso negocial. O art. 7.º ⁽¹⁾ estabelece que os interessados deverão dirigir-se às sociedades locadoras, únicas autorizadas a ceder qualquer coisa neste regime (art. 6.º), apresentando uma proposta concreta com indicação do vendedor e/ou construtor, devidamente caracterizada, com prazos de entrega e demais condições.

Trata-se de uma característica do leasing, modalidade onde compete ao locatário a expressa escolha do bem, pois é ele que o vai utilizar e usufruir.

Como já esclarecemos, os contratos respeitam sempre a bens de equipamento ou a imóveis affectos ou a afectar ao investimento produtivo na indústria, agricultura ou comércio, ou em outros sectores de serviços de manifesto interesse económico ou social, podendo, tratando-se de imóveis, ser objecto um imóvel já construído ou a construir. Neste caso e se for construído em regime de direito de superfície sobre terreno do locatário, aquele, salvo estipulação em contrário, presume-se perpétuo. A figura, no entanto, não tem sido muito utilizada, pela dificuldade que apresenta a recolocação do imóvel no mercado, em caso de incumprimento ou hipotética não opção de compra pelo locatário.

⁽¹⁾ Na falta de indicação expressa, os artigos mencionados referem-se ao Decreto-Lei n.º 171/79, de 6 de Junho.

Após a análise de crédito efectuada pela sociedade locadora, e sendo aprovada a operação por ambas as partes, o contrato deve ser celebrado por documento particular ou por escritura pública, consoante se trate de móveis ou imóveis (art. 8.º, n.º 1). Não é mais do que a forma genérica prescrita para a alienação ou estabelecimento de encargos ou restrições ao direito de propriedade. Aliás, a forma do contrato integra-se num conjunto de medidas destinadas a dar publicidade e protecção a terceiros, onde se encontra também a necessidade dos contratos sobre imóveis ou móveis registáveis, serem inscritos nas competentes conservatórias do registo (art. 9.º, n.º 1), a obrigatoriedade de nas coisas móveis ser colocada placa ou aviso visível indicativo do direito de propriedade da sociedade locadora (art. 9.º, n.º 2) e de o locatário evidenciar, em contas à ordem à margem do balanço, o montante global dos encargos a satisfazer em exercícios futuros relativos aos contratos de locação financeira (art. 31.º). Para efeitos de registo nas competentes conservatórias, já o novo Código de Registo Predial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 224/84, de 6 de Julho, prevê no art. 1.º, alínea l), o registo da locação financeira e suas transmissões, devendo-se levar à inscrição o prazo e a data de início do contrato (art. 95.º, n.º 1 alínea n), tendo também numerosa legislação relativa ao registo automóvel sido alterada, com vista a permitir a utilização comercial dos veículos pelos locatários (vide Decreto-Lei n.º 461/82, de 26 de Novembro o Decreto-Lei n.º 130/82, de 27 de Novembro).

Financeiramente e como também anteriormente tínhamos verificado, a renda a propôr deve permitir, dentro do período de vigência do contrato, a amortização do bem locado, devendo o prazo de contrato sobre coisas móveis corresponder aproximadamente ao seu período presumível de utilização económica, e o preço de aquisição no final do contrato correspondente ao presumível valor residual do bem que, conforme a definição do contrato, é determinado ou determinável, nos termos contratuais.

Acordadas as condições negociais, o contrato é celebrado simultaneamente com o de compra e venda do bem a locar. Este

seguirá os trâmites e formalidades da lei geral. Segundo o art. 13.º, o contrato de locação financeira produz efeitos a partir da data da sua celebração, podendo as partes condicionar o início da sua vigência à efectiva aquisição do bem, construção, tradição a favor do locatário ou outros factos. Parece-nos que, sendo a locação financeira celebrada simultaneamente com a compra do bem, condicionando os seus efeitos a determinado facto, e no caso de não verificação desse mesmo facto, ou de outro qualquer que impeça a concretização do contrato por causa não imputável à sociedade locadora, deve o contrato ser resolvido, restituindo o locatário ao locador todas as quantias que este tenha desembolsado e concomitantemente ser o bem entregue ao locatário, que consoante o facto impeditivo do normal desenrolar da operação, poderá ou não responsabilizar o vendedor (art. 23.º). Nesse sentido, aliás, os arts. 20.º e 25.º esclarecem não responder o locador pelos vícios da coisa locada ou pela sua inadequação face aos fins do contrato ou pelo risco de perecimento ou deterioração da coisa.

Temos que, quando no art. 25.º se estipula «Na vigência do contrato, o risco de perecimento ou deterioração da coisa corre por conta do locatário», se abrange também a eventualidade de perecimento ou deterioração do bem, anterior ao início da produção dos efeitos da locação financeira, em contrato já celebrado com cláusula condicional.

Em relação à coisa locada e durante o normal desenrolar do contrato, pode ainda o locador defender a sua integridade nos termos gerais de direito, examiná-la, sem prejuízo da actividade normal do locatário e fazer suas, sem compensação, as peças ou outros elementos acessórios e partes integrantes incorporadas na coisa pelo locatário.

Este, por seu turno, e para além do direito de utilização genérica da coisa locada, dentro dos limites da lei e do contrato, pode igualmente e em caso de necessidade, defender a integridade do bem e do seu direito de gozo contra terceiros e mesmo contra o locador.

O locatário está ainda, e em especial, adstrito a pagar a renda acordada, a manter a coisa no local contratualmente pre-

visto, salvo expressa autorização do locador, suportar as necessárias despesas de transporte, montagem, instalação ou construção do bem, respectivos seguros, e bem assim como a suportar as despesas de conservação, taxas e impostos, ou outros encargos que sobre ela recaiam durante o prazo contratual. Estabelece-se ainda a obrigatoriedade de subscrever seguro da coisa locada, de maneira a abranger a sua perda ou deterioração e a responsabilidade civil emergente de danos por ela provocados. O risco de perecimento da coisa é assim legalmente transferido do locador para o locatário, e contratualmente deste para a companhia seguradora, excepto, naturalmente, o decorrente da deterioração pelo uso normal do bem, facto não segurável.

Todo este conjunto de obrigações atribuídas ao locatário, não é mais do que o resultado natural da originalidade específica do contrato, pelo qual o locador mantém a propriedade jurídica do bem como forma de garantia de um financiamento.

É igualmente derivado desta concepção que se adoptaram regimes diferentes, consoante se trate do locador ou do locatário, para a transmissão da posição contratual durante a vigência do contrato.

Segundo o art. 14.º, é livre a transmissão do direito do locador assumindo a sociedade de locação financeira adquirente a mesma posição da sua antecessora em todos os direitos e obrigações.

Por sua vez o locatário e segundo o art. 15.º, não necessitando de autorização do locador para transmitir o seu direito, fica sempre na contingência de este se poder opor, provando não oferecer o transmissário garantias bastantes à execução do contrato.

O regime da transmissão entre vivos é remetido para o art. 1118.º do Código Civil (trespasse), o que deixa alguma perplexidade no que respeita ao regime aplicável à transmissão do direito de um locatário de bem mobiliário. Será que o locatário transmissário de um computador tem que se dedicar ao mesmo ramo de negócio que o locatário transmitente? Ou que a forma da transmissão é mais pesada (escritura pública) que o contrato

original (documento particular) ? Assim não cremos. Parece-nos que o regime previsto no n.º 1 do art. 15.º que remete para o 1118.º do Código Civil apenas se deverá aplicar à transmissão da posição do locatário em contratos de locação financeira imobiliária, respeitando-se as condições e requisitos nele previstos e não nas transmissões do direito de locatário mobiliário, que deverá seguir os trâmites da lei geral. O mesmo se preconiza para a transmissão por morte, evitando assim que o sucessor do locatário mobiliário seja obrigado a prosseguir a actividade profissional do falecido, conforme estipula o mencionado n.º 1 do art. 15.º

Em qualquer dos casos, e de acordo com o n.º 2 do mesmo art. 15.º, pode o locador opôr-se à transmissão desse direito, provando não oferecer o locatário garantias bastantes à execução do contrato.

Compreende-se que assim seja, pois a posição jurídica do locador está imbuída da solidez natural que deriva da sua qualidade de sociedade parabancária, fiscalizada e tutelada pelo Banco de Portugal, enquanto que o mesmo não acontecerá com os locatários, que adquirem a sua posição contratual, tendo como base certos pressupostos de execução e cumprimento do contrato, que poderão não ser transmitidos juntamente com o seu direito.

Esta diferença de soluções, aliás, apresenta-se como mais uma garantia adicional por parte da entidade locadora.

Regulamentação própria também surge no capítulo da resolução contratual, reforçando a individualidade característica da locação financeira versus a locação simples.

O contrato pode ser resolvido por qualquer das partes com fundamento no incumprimento das obrigações que assistam à outra parte, ou seja, remete a disciplina para o direito geral das obrigações, afastando expressamente o regime especial da resolução contratual aplicável à locação (art. 26.º), cujos fundamentos e condições são restritos e taxativamente enumerados.

Conforme regula o art. 26.º, as situações de incumprimento, fundamento de resolução, não se limitam às estipuladas na lei, mas poderão ser criadas outras no âmbito contratual, acrescen-

tando ainda o art. 27.º alguns fundamentos específicos de resolução, nomeadamente a dissolução ou liquidação da sociedade locatária, a verificação de qualquer dos fundamentos de declaração de falência do locatário e a cessação da actividade económica ou profissional por parte do locatário.

Finalmente e decorrido o prazo do contrato, o locatário dispõe do direito potestativo de tomar uma das duas opções seguintes:

- adquirir a coisa locada pelo preço inicialmente estipulado, (alínea e), art. 22.º); ou
- restituir a coisa locada em bom estado, salvas as deteriorações inerentes a uma utilização normal, (alínea f) art. 24.º).

Poderá ainda e se o locador estiver de acordo, celebrar uma nova locação financeira, naturalmente com renovadas condições e valores(art. 16.º), ou, no espírito da liberdade contratual, negociar uma outra forma jurídica qualquer, nomeadamente uma locação.

IV — *O lease-back*

A modalidade de locação financeira conhecida como *lease-back*, ou mais propriamente *sale and lease-back*, apenas diverge da operação típica de *leasing* por haver confusão nas pessoas do vendedor e do locatário. O bem ou imóvel que é proposto à sociedade locadora adquirir, para ceder em locação financeira, já é propriedade da entidade proponente e candidata a locatária.

Este tipo de operação tem gerado alguma controvérsia.

Segundo determinados autores e mesmo algumas jurisprudências, o *lease-back* não pode ser considerado como uma locação financeira, dado não ter subjacente uma autêntica operação de financiamento produtivo, mas apenas um empréstimo hipotecário disfarçado. Sem avançar qualquer argumento de ordem jurídica, os defensores desta tese baseiam-se exclusivamente

em razões de ordem económica, pois é ponto assente não ser elemento essencial da locação financeira a participação de três entidades, ou que o vendedor seja pessoa distinta da do locatário.

A tese afirmativa apoia-se na igualdade de direitos e obrigações que se estabelecem entre locador e locatário em ambas as operações. Também no *lease-back*, não é por o locatário ter pago todas as rendas devidas que o bem, no final do prazo contratual, se transfere novamente para a sua propriedade jurídica. Tem de exercer a opção de compra e, concomitantemente, pagar o valor residual estabelecido.

Poderá, na realidade, haver divergências de ordem económica ou financeira nas causas e consequências, nas operações de *lease-back* e de locação financeira pura, mas não é por isso que se deve estabelecer regras e soluções diferentes para estas figuras jurídicas semelhantes. Os fundamentos que levam à opção locação financeira não são sempre coincidentes de locatário para locatário, não deixando por isso, de todos os contratos seguirem o mesmo regime jurídico contratual.

A manutenção da propriedade jurídica pelo locador como forma de garantia de um financiamento, elemento decisivo no *leasing*, é simultaneamente característica essencial no *lease-back* e na locação financeira tradicional.

Aliás e historicamente como já vimos, o *lease-back* precedeu a locação financeira como forma de financiamento. Foi esta que sucedeu àquela e não o contrário.

Em Portugal tem agora esta polémica uma acuidade especial.

As autoridades competentes têm-se pronunciado contrárias à admissibilidade da figura, aduzindo em sua defesa três ordens de razões: Porque não está especialmente prevista e autorizada, porque a noção legal o não permite e por não ter estado no espírito do legislador que criou a figura, ou seja, o de fomentar o novo investimento produtivo. Os capitais pagos pela sociedade locadora ao vendedor/locatário não seriam aplicados na formação de capital de investimento, mas empregues no financiamento de capital circulante.

Apenas se permite, segundo as normas do Banco de Portugal, o chamado lease-back de fornecedor, operação em que o locatário, sendo o produtor do bem vendido à sociedade locadora, o vai utilizar no desenvolvimento de parte do seu objecto social, por exemplo na sua comercialização e desde que tal bem não tenha sido objecto de utilização antes da data de realização da respectiva operação. Esta modalidade vai permitir ao produtor/fornecedor o escoamento rápido de um bem de que por sua vez necessita para prosseguir a sua actividade social, empregando novamente a receita proveniente da venda rápida para o desenvolvimento da sua produção.

Os argumentos utilizados administrativamente para impedir a realização de operações de lease-back, não poderão no entanto ser aceites. Comparativamente, não é pelo facto de não estar especialmente previsto que o lease-back não é permitido. Antes pelo contrário, em França, Bélgica, R.F.A. e Itália, por exemplo, não é feita qualquer referência legislativa à figura e não é por isso que a legitimidade do lease-back é posta em causa. Inclusivamente, já os tribunais franceses se pronunciaram pela sua admissibilidade, mesmo à falta de regulamentação expressa (Cour d'Appel de Rennes, 1976).

Por outro lado, e como afirma o Prof. Leite de Campos, «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» (1).

Também não nos parece ter a definição de contrato de locação financeira qualquer formulação que impeça a admissibilidade do lease-back. Segundo essa noção, «locação financeira é 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...». Ora, não vemos que nessa indicação não possa ser dado o próprio nome do proponente. Nada indica que tem de ser um terceiro o vendedor ou construtor do bem.

(1) Obra citada.

Finalmente, invocam as autoridades competentes os objectivos tidos na regulamentação da locação financeira. Contudo, não nos parece flagrante que o empresário que aliena um bem do seu activo immobilizado para imediatamente o retomar em leasing, utilize os capitais assim disponíveis em activo circulante ou mesmo em esbanjamento próprio.

A operação de lease-back pode apresentar-se como uma autêntica forma de financiamento de outros investimentos produtivos e até de canalização de fundos para destinos de relevante interesse societário como a investigação tecnológica. A mesma liquidez de que o locatário fica utilizador, poderá resultar inclusivamente de uma operação de locação financeira típica em que, não necessitando o locatário de empregar capitais próprios, adquire por esta via a utilização de um bem na sua totalidade por contrapartida a uma mera renda.

Parece-nos assim, não serem relevantes os fundamentos indicados como impeditivos da admissibilidade do lease-back e, por razões de ordem comparativa e de ordem interna, por identidade de regimes jurídicos e de relançamento económico, ser de admitir a figura como uma modalidade de locação financeira segundo o Decreto-Lei n.º 171/79.

V — *Sociedades de locação financeira*

As sociedades de locação financeira, criadas pelo Decreto-Lei n.º 131/79, de 18 de Maio, são instituições que têm por objecto exclusivo o exercício da locação financeira, tal como ela está definida no n.º 2 do art. 1.º (1).

Dada a natureza da sua actividade, o exercício de uma função de crédito e uma interferência muito especial nos mercados financeiro e monetário, e por definição, as sociedades de locação financeira estão enquadradas no grupo das instituições parabancárias, categoria expressamente prevista no Decreto-

(1) Sempre que se mencione uma disposição legal sem expressa referência ao seu diploma, a mesma diz respeito ao Decreto-Lei n.º 135/79.

-Lei n.º 46 302, de 27 de Abril de 1965 e admitida a sua constituição fora do sector público pela Lei n.º 46/77, de 8 de Julho (Delimitação dos sectores), que, parcialmente alterada pelo Decreto-Lei n.º 406/83, de 19 de Novembro, manteve também a actividade parabancária dentro do sector privado.

A classificação das sociedades de locação financeira como instituições parabancárias, implica a sua tutela e controle por parte do Ministério das Finanças e do Plano, coadjuvado pelo Banco de Portugal, sujeitando o exercício da sua actividade, e desde que observados alguns condicionalismos próprios, a parâmetros de viabilidade económica e equilíbrio financeiro, interesses de desenvolvimento sectorial, regional e nacional, e mesmo a critérios de distribuição de crédito. Subsidiariamente, aliás, e devido a esta componente financeira, as instituições parabancárias, com as convenientes adaptações, regem-se pelas normas aplicáveis às instituições de crédito, nomeadamente o Decreto-Lei n.º 42 641, de 12 de Novembro de 1959, (art. 12.º).

É a própria noção de sociedades de locação financeira (art. 1.º, n.º 1), que as define como sociedades parabancárias, com o objecto social exclusivo de exercício da locação financeira nos termos do Decreto-Lei n.º 135/79, e demais legislação aplicável.

O n.º 3 do mesmo art. 1.º, esclarece ainda não poder uma mesma instituição incluir no seu objecto e simultaneamente, a prática de operações imobiliárias e mobiliárias. Se bem que utilizem a mesma técnica e suporte legal, de facto, as distintas operações revelam-se com características muito próprias, preenchendo funções económicas diferenciadas e assumindo riscos não comparáveis em termos de volume e de interferência financeira nos agentes económicos.

Ambas as sociedades, no entanto, terão de se constituir sob a forma de sociedades anónimas de responsabilidade limitada.

Esta exclusividade legal no objecto social é parcialmente afastada pelo art. 9.º Prevê-se que incidentalmente possam as sociedades de locação financeira e em função das suas necessidades de exploração, praticar qualquer acto de administração sobre bens que lhes hajam sido retribuídos no termo do con-

trato e em virtude de o locatário não ter exercido o direito de adquirir a respectiva propriedade. Não se prevê, mas parece-nos igualmente lógica, a possibilidade de também deles dispôr, em um eventual incumprimento contratual em que a sociedade locadora retoma os bens de sua propriedade.

Como pressupostos ainda de constituição, deverão as sociedades de locação financeira possuir um capital social não inferior a 200 000 contos, quando se dediquem à locação financeira mobiliária ou a 400 000 contos quando o seu objecto for a imobiliária, de forma a garantir minimamente uma estrutura financeira sólida, decorrente da natureza da sua actividade, sendo necessário que os subscritores façam prova que pelo menos metade desse valor se encontra realizado em dinheiro e depositado na C.G.D., à ordem da respectiva Administração e com expressa declaração da quantia subscrita por cada um.

Compete ao Ministro das Finanças e do Plano, através de Portaria e após parecer do Banco de Portugal, conceder autorização de constituição, baseando-se em requerimento dos interessados acompanhado de uma série de elementos que fundamentem o pedido e a sua viabilidade, devendo decidir de acordo com critérios de oportunidade e conveniência, e de inserção da sociedade no sistema parabancário nacional, nomeadamente a sua contribuição para o financiamento do investimento, a mais eficiente utilização dos factores produtivos e a melhoria de funcionamento dos mercados de capitais, conforme as linhas gerais do planeamento económico nacional, regional e sectorial.

Da mesma forma, a tutela e fiscalização do Banco de Portugal far-se-ão sentir ao longo da actividade social das sociedades. O art. 8.º atribui a essa entidade a competência de definição das coordenadas gerais em que se poderão mover, consoante os objectivos nacionais de política económica, monetária e financeira, sujeitando-as, se for caso disso, a determinadas obrigações específicas. Poderá ainda e no âmbito da fiscalização, solicitar às sociedades quaisquer elementos de informação, periódicos ou não, proceder às inspecções que entenda convenientes e emitir normas ou instruções com vista ao seu adequado controle.

É com esta finalidade de supervisão e controle, e de acordo com o Decreto-Lei n.º 353-S/77, de 29 de Agosto, que se torna obrigatório, para além dos registos normais de constituição e alteração das sociedades comerciais à face do Código Comercial, o Registo Especial no Banco de Portugal que indique, actualizadamente, a denominação, constituição, sede, capital social e sua distribuição, nome dos administradores e filiais ou agências.

Concedida a autorização de constituição a mesma caduca se não for a respectiva escritura outorgada no prazo de cento e vinte dias, prorrogáveis se devidamente justificado.

Juridicamente as sociedades terão de manter a sua sede social em território nacional, podendo, se autorizadas superiormente, estabelecer delegações ou outras formas de representação social.

Após a constituição, prevê o art. 6.º a possibilidade de financiamento da actividade deste tipo de sociedades através dos seus capitais próprios, emissão de obrigações, crédito bancário nacional ou estrangeiro nos termos da legislação cambial vigente e por crédito de fornecedores dos bens destinados à locação. Não apresenta assim qualquer aspecto de novidade no que respeita ao financiamento de qualquer sociedade comercial.

Esta enumeração não poderá no entanto, ser considerada taxativa. O dinamismo da actividade económico-financeira, trazido pelo mecanismo da oferta e procura no mercado de capitais, aponta para uma possibilidade de recurso e capitais alheios, mais vasta que os indicados. Por exemplo, os propostos pelas sociedades de investimento, ou futuramente recorrendo aos mercados interbancários, monetário e de títulos, inexplicavelmente ainda vedados às instituições parabancárias.

A predominância financeira das sociedades de locação financeira, implica também e em função das garantias de liquidez e solvabilidade necessárias a uma estabilidade estrutural, o cumprimento e manutenção de alguns ratios económicos legalmente impostos, (art. 7.º).

A importância das responsabilidades efectivas perante terceiros não pode, em caso algum, exceder o décuplo do montante do respectivo capital social e reservas; de acordo com a redac-

ção do Decreto-Lei n.º 25/83, de 22 de Janeiro que alterou o n.º 2 do art. 7.º, não pode a importância das responsabilidades efectivas exigíveis a prazo não superior a um ano, exceder em qualquer momento dois quintos ou um quinto, conforme se trate de sociedade de locação financeira mobiliária ou imobiliária, do montante que resulta da adição do valor do capital social, reservas e responsabilidades efectivas exigíveis a prazo superior a um ano; o valor global de obrigações emitidas em circulação não poderá exceder o quádruplo do montante do respectivo capital social e reservas, e deixa-se ainda em aberto a possibilidade de o Ministro das Finanças e do Plano fixar qualquer outro tipo de relação entre os elementos do balanço das sociedades de locação financeira, com vista à sujeição a uma política selectiva de crédito.

Finalmente, dispõe o Decreto-Lei n.º 135/79, de 18 de Maio, sobre as operações especialmente vedadas a estas sociedades e directamente relacionadas com a outra parte contratante.

Assim, de acordo com o art. 11.º, cujo n.º 1 foi ligeiramente alterado pelo Decreto-Lei n.º 97/83, de 17 de Fevereiro, a fim de uniformizar critérios nesta matéria com o previsto para as sociedades de investimento, ficam impossibilitados os membros dos respectivos órgãos de gestão e fiscalização das sociedades de locação financeira, directores ou procuradores com mandato permanente ou ainda sociedades que tais pessoas controlem directa ou indirectamente, de celebrar contratos de locação financeira em que figurem como locatários. Esclarece depois o n.º 2 o que, para efeitos deste diploma e desta proibição, se entende por sociedades controladas directa ou indirectamente por tais pessoas, ou seja, quando:

- nela possuam, directamente ou por interposta pessoa, uma percentagem do capital social superior a 50 % ou, no caso de sociedades anónimas, um número de acções que lhes assegure a maioria dos votos em assembleias gerais;
- exerçam funções nos órgãos sociais ou na direcção de sociedades que, separada ou conjuntamente, mantenham com a sociedade controlada, relações de domínio ou de

- cuja gestão estejam encarregados por virtude de especiais vínculos contratuais;
- detenham o poder de direcção efectiva das empresas, por via de participações cruzadas ou sucessivas noutras sociedades que, em conjunto, lhes assegurem uma posição de domínio sobre a sociedade controlada.

BIBLIOGRAFIA

- V. Buonocore, A. Fantozzi, M. Alderighi, G. Farrarini; «Il leasing-Profili Privatistici e Tributari». Casa Editrice Giuffé.
- Carvalho Prazeres, J. e Jorge Galvão Videira; «Leasing» B.F.N. — 1980.
- Dario Velo; «Il Leasing Immobiliare e Il Finanziamento delle Imprese Industriali e Commerciali». Turim, 1979.
- Giovanoli, Mario; «Le Crédit-Bail (Leasing) en Europe: développement et nature juridique». Paris, 1980.
- Leite de Campos, D. P.; «Nota sobre a admissibilidade da Locação Financeira restitutiva». Separata da Revista da Ordem dos Advogados, 1983.
- Lopes Ferreira, E.; «A Locação Financeira Imobiliária em Portugal». Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 25, 1984.
- Moitinho de Almeida, J. C.; «A Locação Financeira (Leasing)». Separata do B.M.J., n.º 230, 1973.