

UM EXEMPLO DAS NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO COMERCIAL

O CONTRATO DE LOCAÇÃO FINANCEIRA ENTRE A ORIGEM CIVILÍSTICA E A COMERCIALIDADE

Filipe Cassiano dos Santos

Docente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

1. Na recente reforma legislativa macaense, o contrato de locação financeira encontrou acolhimento no Código Comercial e, dentro deste, no capítulo relativo aos contratos bancários.

Duas grandes linhas marcam a regulamentação estabelecida. Uma, implícita e na linha do tratamento tradicional, é a referência locatícia do instituto: ela é patente logo nas designações escolhidas para o contrato (locação financeira), para os sujeitos (locador e locatário) e para a contrapartida a cargo do denominado locatário (renda: cf. art. 899) e está recorrentemente presente ao longo do regime estabelecido (vejam-se a remissão do art. 890 n.º 1, em matéria de objecto, para a locação, ou as remissões em matéria de direitos e deveres do sujeitos para o regime da locação civil). Outra, explícita, é o alargamento do campo de utilização do contrato a todos os objectos susceptíveis de serem dados em locação (cf. o já mencionado art. 890 n.º 1), o que constituiu a consagração da tendência, irresistivelmente presente na prática de muitos países, para o chamado contrato de *leasing* sair do estrito âmbito empresarial e se estender aos domínios civis, com a consequência social e juridicamente relevantíssima de assim também os bens de consumo e, em geral, os bens não destinados a fins empresariais, podem ser objecto de locação financeira.



descaracteriza o regime comercial e, pelo contrário, conduz a uma extensão desse regime a relações que são exteriores à esfera mercantil, a ponto de se suscitarem dúvidas sobre a conveniência da estrita aplicação do regime pensado para as relações comerciais a essas novas esferas.

2. É sabido que, a par de outras modalidades contratuais a que se dá comumente o nome de *leasing* – usaremos indistintamente, de momento, os termos *leasing* e locação financeira, embora o alcance daquele primeiro termo e o âmbito do contrato tipificado sob o segundo não sejam inteiramente coincidentes – a prática negocial há muito revela a operação denominada *leasing* financeiro, a qual se pode identificar como aquela operação pela qual o titular de uma empresa, necessitando de certo bem de equipamento, em lugar de o comprar, convencia com outro sujeito (em princípio uma sociedade do sector financeiro) que este o adquira por sua indicação, com o compromisso de depois lhe ceder a utilização desse bem, por certo prazo e contra uma renda que permita a amortização do investimento feito pelo adquirente e a cobertura do seu lucro - normalmente também com a faculdade de optar pela compra, no fim do contrato. O papel do “locador” é, apenas, o de adquirir o bem e ceder a sua fruição, com a vantagem económico-financeira inerente à imobilização do capital usado na aquisição, não assumindo qualquer obrigação relativa ao gozo do bem pelo locatário. Característica do *leasing* financeiro é, assim, a redução das obrigações do locador a comprar e a ceder o gozo (abstendo-se de qualquer acto perturbador, é óbvio; eventualmente acrescerá a obrigação de vender no fim do contrato): é por isto que a posição do locador se aproxima, quer no plano económico, quer mesmo no plano jurídico, da posição do credor detentor da propriedade a título de garantia. Por outro lado, o prazo do contrato tenderá a coincidir com o período de vida económica do bem, para que se permita a amortização deste (em rigor, do preço por ele pago) durante a vigência do contrato. Esta modalidade de *leasing* é justamente designada por *leasing* financeiro, quer porque o negócio é para o locador uma pura operação de financiamento, quer por na base do seu surgimento estar uma decisão financeira por parte do locatário, alternativa à compra, ainda que a prestações ou com financiamento tradicional.

O *leasing* financeiro assume, por vezes, uma feição distinta desta, denominando-se então *non-fully-pay-out-leasing*: aqui, o negócio é previsto com uma duração inferior ao período de vida do bem e as rendas a pagar não permitem mais do que a amortização parcial do preço pago pelo adquirente-locador; no final do contrato, ou há uma renovação - com o que se chegará normalmente, na prática, a um *leasing* financeiro tradicional (total) - ou o bem é vendido no mercado pelo proprietário, cabendo, pelo contrato, ao locatário repor a diferença eventual entre as rendas pagas e o preço obtido, por um lado, e o investimento do adquirente e a respectiva remuneração, por outro.

A partir deste ponto, foi possível fazer intervir um novo instrumento de financiamento, assim como um novo tipo de financiador (normalmente uma instituição financeira especializada): negociando com um terceiro que pagasse ou reembolsasse um investimento, o empresário conseguia, na prática, um investimento financiado por esse terceiro, o qual, ao contrário do locador tradicional, não adquiria o bem propriamente para lhe locar o uso, mas desempenhava um papel de financiador da inserção do bem no processo produtivo do empresário, mediante a sua aquisição seguida da cedência da utilização, com eventual aquisição ulterior. Neste quadro, o concreto mecanismo que é a cedência do gozo da coisa funciona como um mero instrumento de concretização desse financiamento. É, pois, quando, no contexto de uma empresa, se passa da pura cedência do gozo de um bem pelo seu proprietário para a cedência instrumental de um financiamento por um sujeito (normalmente especializado em tal tipo de operações) que apenas adquire o bem para concretizar o financiamento e transmitir a “propriedade económica” (que não necessariamente a propriedade “jurídica”, que o financiado nem sempre pretende), que se ultrapassam os quadros da pura locação para se entrar no *leasing* propriamente dito, caracterizado por um regime distinto do da locação.

Surpreendemos, deste modo, a utilização de um mecanismo contratual tipicamente civil num domínio marcadamente mercantil. Ao invés do que ocorre mais comumente (veja-se o consabido exemplo da letra de câmbio), a empresa apropria-se, no nosso caso, de um mecanismo que originariamente lhe é alheio e que, antes, respondia a uma lógica distinta. Mas, ao fazê-lo, imprime-lhe a sua marca: com efeito, a assinalada transposição assume um relevo substancial, porquanto não corresponde a uma mera deslocação ou ampliação do âmbito, mas é, bem pelo contrário, acompanhada, precisamente por causa do novo quadro em que surge e do fim comercial a que se subordina, de uma mutação essencial de aspectos fundamentais do regime da locação tradicional (como aqueles que compreenderemos em matéria de renda, de vícios e de risco) que conduzem a uma transformação do mecanismo primitivo. Ora, são precisamente os novos aspectos sublinhados – o específico fim a que se subordina e a mutação de regime – que caracterizam e autonomizam o *leasing* enquanto nova modalidade contratual, designadamente face à locação.

Daqui decorre já que, dos vários negócios para os quais a prática persiste em usar o termo *leasing*, o chamado *leasing* operacional ou operativo só impropriamente se possa designar por *leasing*, na medida em que, por um lado, esse negócio se consome numa típica cedência do gozo, em alternativa à venda, e, por outro lado, e como consequência disto, o seu regime não apresenta quaisquer outras especificidades que não as decorrentes da junção à locação de outros contratos (prestação de serviços). Podemos assim concluir que o chamado (impropriamente) *leasing* operativo é verdadeiramente uma técnica de distribuição do produto. A generalidade das restantes formas contratuais mais comuns corrente-

ou com outro bem - sendo o bem irrelevante para o financiador enquanto fonte de rendimento (embora já não, porventura e em maior ou menor medida, enquanto garantia da operação financeira). Assim, na locação a propriedade é pressuposto do contrato, enquanto que no *leasing* decorre do próprio contrato, surgindo depois e por causa das obrigações nele assumidas. Por outras palavras, na locação tradicional o locador age enquanto proprietário, ao passo que, no *leasing*, o “locador” age no desempenho da sua actividade de financiador.

Reflexo disto, é a própria definição do tipo contrato de locação financeira, em que se introduz um elemento visivelmente anómalo se considerarmos a locação civil: com efeito, o contrato de locação financeira deve prever a vulgarmente chamada opção de compra pelo locatário, no final do contrato, por um preço residual (art. 889). A aquisição não é automática com o pagamento da última renda ou com o termo do contrato - nem tal pode ser acordado, sob pena de se sair do campo do tipo definido. O contrato de locação financeira dará origem, assim, a uma (eventual) declaração do locatário no sentido da aquisição e a um novo contrato de compra e venda, o qual, contudo, tendo por objecto móveis, será em regra consensual. Trata-se de uma verdadeira promessa unilateral de venda: o locador está vinculado a vender, embora ainda tenha que, expressa ou tacitamente, emitir a sua declaração negocial, como resulta claramente do art. 897, nº 1, d) (o locador está obrigado a vender, o que revela que a venda não se aperfeiçoa com a declaração do locatário); por seu lado, o locatário não assume qualquer vínculo, podendo optar por adquirir ou não. Normalmente o contrato estipulará as condições para o exercício e caducidade do direito de comprar, mas, no seu silêncio (ou no caso de serem inválidas essas estipulações - por exemplo, por ferirem o regime das cláusulas contratuais gerais), não nos parece que o interesse do locador financeiro em ver a situação jurídica do bem rapidamente definida justifique uma obrigação do locatário de espontaneamente o notificar da sua intenção de exercer a opção, sob pena de caducidade. Tal obrigação não teria, aliás, qualquer apoio legal ou racional. Cremos mesmo que, tratando-se aqui de uma verdadeira promessa unilateral de venda inserta num contrato de locação financeira, terão aplicação as regras do direito civil que permitem a fixação de prazo para o exercício do direito de adquirir, findo o qual este caducará. Uma última referência em matéria de preço, o qual deve - diz-se na parte final do art. 889 - estar determinado no contrato ou ser determinável por critérios aí previstos. Mas se faltar o preço ou o critério, não nos parece que isso desqualifique o contrato. Basta que se preveja a opção de compra: exercendo-a o locatário, e não havendo nem preço, nem critério para o determinar, nem acordo ulterior complementar do contrato, estaremos perante um caso de contrato de compra e venda em que o preço deve ser determinado nos termos do Código Civil.

Depois, atente-se no regime estabelecido para o risco do perecimento do bem na vigência do contrato. Não obstante a possibilidade de, no contrato, se prever a regra oposta (mas duvidamos que essa faculdade seja usada na prática,

até a avaliar pela prática europeia e, em especial, portuguesa - fica de pé a eventualidade de o locatário financeiro ter que pagar a renda mesmo sem ter o gozo e sem a expectativa de o retomar;

3. A imposição de a renda ser reduzida se se verificar circunstância que leve à redução do preço do contrato de aquisição, mesmo que tal não se repercuta no gozo pelo locatário (cf. art. 893).
4. O regime do art. 900 do Código sobre os vícios do bem: o locador só responde pelos vícios do direito, mas não pela inadequação do bem aos fins definidos no contrato e pelos vícios do próprio bem (já não nos parece ficar sob o regime da irresponsabilidade do locador a entrega atempada da coisa, porquanto o locador tem a obrigação de “entregar o bem nos termos e condições acordados” - art. 897, nº 1, b) -, sendo irrelevante que o atraso se deva ao terceiro com o qual contratou; mas o ponto é praticamente irrelevante, pois usualmente, por força dos próprios contratos, a sua vigência é condicionada à entrega efectiva e sem defeitos).

Outro ponto do regime que marca flagrante separação entre o regime civil da locação e o do contrato de locação financeira do recente direito macaense é a faculdade conferida ao locatário (no art. 901 do CComM) de exercer os direitos decorrentes para o locador do contrato celebrado a montante do contrato de locação financeira. Trata-se de disposição desconhecida e inimaginável na locação em geral, mas que visa evitar que a situação do locatário em relação aos vícios e inadequação do bem seja de total desprotecção

Todo estes pontos de regime são justificados pela natureza financeira do contrato. O locador financeiro não pretende adquirir o bem para o locar, gozando os rendimentos que tal lhe poderia proporcionar, mas antes se limita a financiar a utilização do bem, que é escolhido pelo próprio locatário. Muitas vezes é o próprio locatário que negocia ou adquire o bem, ainda que em nome do locador, o qual normalmente nem tem a competência técnica necessária às negociações. Daqui que o locador não responda por vícios ou inadequação e se estabeleça uma relação directa entre fornecedor e locatário. Por outro lado, sendo o contrato um financiamento e a cedência do gozo um puro instrumento deste escopo, a obrigação de pagar a contrapartida nasce e sedimenta-se logo com o financiamento e é independente do gozo: o locador cumpre o contrato ao adquirir e entregar o bem, cessando aqui a sua vinculação. Daqui que o contrato não cesse mesmo que o gozo cesse ou a aptidão produtiva do bem fique diminuída e que ao locatário caiba suportar todas as despesas iniciais e de reparação. Por outro lado, o regime é razoável, porquanto, pela via do art. 901, o locatário fica praticamente na mesma posição em que estaria se tivesse comprado o bem, contratando directamente com o fornecedor.

função-financiamento) que se recuse a aplicação analógica de normas da locação do código Civil.

Mas mesmo que se desvalorizem, como fazem muitos autores, os pontos em que o contrato de locação financeira se afasta da locação tradicional, nem por isso seremos conduzidos à identificação sistemática ou de plano das duas realidades contratuais. É que é irrecusável que o tipo normativo pensado pelo legislador comercial apresenta assinaláveis diferenças em relação ao presente no Código Civil e se harmoniza mal com este, além de que qualquer concreto contrato de locação financeira, visto na sua globalidade ou complexidade, é impossível de enquadrar no tipo locação civil. Por tudo isto, deverá, no mínimo, recusar-se a aplicação de plano das regras da locação, recusando-se em concreto a aplicação daquelas que não são compatíveis com as especialidades do contrato de locação financeira.

A isto que se acaba de dizer, há que ressaltar, naturalmente, as remissões explícitas da lei para o regime da locação do código Civil. São os casos do nº 2 do art. 897 do CComM e da norma recíproca do nº 2 do art. 898, relativos, respectivamente, aos direitos e obrigações do locador e do locatário. Remete-se nessas normas para o regime da locação civil, com a ressalva de que os direitos e deveres aí estabelecidos que se mostrarem incompatíveis com o regime do contrato de locação financeira não terão aplicação. E nem se invoquem estas remissões contra a tese que expusemos: desde logo, significativamente, o legislador de Macau teve o cuidado de jamais se referir à locação do Código Civil como regime geral face ao regime especial do contrato de locação financeira; depois, a própria ressalva da incompatibilidade entre os regimes, revela que só se acolhem na remissão aqueles direitos e deveres que são justificados pela analogia entre os contratos. Aliás, a aceitar-se o argumento, o CComM permitiria esgrimir com outro de igual valor, mas de sentido contrário: o art. 905, em matéria de resolução, afasta expressamente as normas da locação civil sobre resolução do contrato.

6. Por fim, uma forçosamente breve e elíptica (por força da exiguidade do tempo restante) referência à outra linha de aparente comunização do regime do contrato de locação financeira decorrente do alargamento do objecto. Da exposição que antecede resultam já elementos suficientes para fundamentar a análise que se faz da concretização desta opção legislativa. Esta pode resumir-se em três ideias:

1. O regime do contrato de locação financeira mantém, no que toca aos seus aspectos essenciais, um regime distinto do regime da locação civil e que se explica e justifica apenas quando a relação é entre o financiador-locador e o empresário financiado (recordem-se os regimes do perecimento e dos vícios);