



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A LOCAÇÃO FINANCEIRA: O CASO ESPECIAL DA LOCAÇÃO
FINANCEIRA RESTITUTIVA**

João Francisco Moreira Pinto

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2023



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A LOCAÇÃO FINANCEIRA: O CASO ESPECIAL DA LOCAÇÃO
FINANCEIRA RESTITUTIVA**

João Francisco Moreira Pinto

Orientador: Maria de Fátima Ribeiro

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2023

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, pelo carinho, incentivo e confiança.

À Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro, pelo profissionalismo, pela sábia orientação e apoio incondicional.

Ao Pedro, pelo apoio diário e pela constante transmissão de força e confiança.

À Beatriz, pelo estímulo e amizade.

RESUMO

O presente trabalho debruça-se sobre a locação financeira repositiva. A locação financeira repositiva surgiu nos Estados Unidos da América, mas rapidamente se difundiu por toda a Europa.

Em primeiro lugar, torna-se imprescindível proceder à definição de locação financeira repositiva e analisar a admissibilidade da locação financeira repositiva no nosso ordenamento jurídico. Posteriormente, estudamos a proibição do pacto comissório, prevista no art. 694º do CC, debruçando-nos sobre os fundamentos deste último e adotando uma posição acerca desta questão. Apreciamos a compatibilidade da locação financeira repositiva com o princípio subjacente à proibição prevista no art. 694.º CC. Analisamos, também, a admissibilidade do pacto marciano. Por fim, ainda expomos que a locação financeira repositiva não se deve confundir com outras figuras afins demonstrando as diferenças relativamente à locação financeira repositiva.

Palavras-chave: DL. n.º 149/95; locação financeira repositiva; pacto comissório; pacto marciano.

ABSTRACT

This work focuses on the sale and lease-back. Sale and lease-back emerged in the United States of America, but quickly disseminated all over Europe.

First of all, it is essential to define sale and lease-back and we described the admissibility of sale and lease-back in our legal system. Subsequently, we studied the prohibition of the commission pact presente in art. 694º CC, addressing every fundament of this agreement and adopting a position regarding this question. We have examined the compatibility or incompatibility of the sale and lease-back with the principle underlying the prohibition in art. 694º CC. Then, we studied the admissibility of the marciano pact. Finally, we also expose that the sale and lease-back should not be confused with other related figures

Keywords: decree-law n.º 149/95; sale and lease-back; commission agreement; Marciano pact.

ÍNDICE

Abreviaturas	7
Introdução	8
Capítulo I – Origem, evolução e enquadramento legal da locação Financeira restitutiva.....	9
1. Origem e evolução	9
2. Enquadramento legal	10
Capítulo II – A locação financeira restitutiva	13
1. A locação financeira	13
1.1 Noção	13
1.2 Caracterização	13
2. A locação financeira restitutiva como modalidade de locação financeira ...	17
3. A (in)admissibilidade do contrato de locação financeira restitutiva em Portugal	20
Capítulo III – A locação financeira restitutiva e a proibição legal do pacto comissório.....	24
1. A proibição do pacto comissório	24
1.1 Noção	24
1.2 Fundamentos da proibição do pacto comissório	25
2. O contrato de <i>sale and lease-back</i> e a proibição do pacto comissório	29
3. O pacto marciano	36
Capítulo IV – A natureza jurídica do contrato de locação financeira restitutiva	39
1. Venda a retro	39
2. Venda a prestações com reserva de propriedade	40
3. Locação	41
4. Coligação de Contratos	42
Conclusão	44
Bibliografia	46

ABREVIATURAS

Al. – Alínea

Art. – Artigo

CC. – Código Civil

DL. – Decreto-Lei

Ed. - Edição

N.º - Número

Ob. Cit. – Obra Citada

P. – Página

Ss. – Seguintes

Vol. – Volume

INTRODUÇÃO

A presente dissertação pretende analisar o contrato de locação financeira restitutiva.

Na primeira parte deste estudo, vamos debruçar-nos sobre a origem e evolução desta figura, que se configurou nos Estados Unidos da América, mas que, rapidamente, se expandiu e difundiu por toda a Europa. Ademais, realizar-se-á um enquadramento legal desta no nosso ordenamento jurídico e uma comparação com a realidade presente em ordenamentos jurídicos vizinhos.

Seguidamente, a presente investigação centrar-se não só na noção e caracterização da locação financeira, mas também da locação financeira restitutiva, visto que existem particularidades e diferenças entre ambas que merecem ser destacadas. Questiona-se se a locação financeira restitutiva pode ou não ser considerada uma modalidade da locação financeira contrapondo argumentos em ambos os sentidos. Posto isto, debate-se se a última pode ou não ser admitida no nosso ordenamento jurídico.

Uma das questões mais controvertidas deste estudo reside em saber se a locação financeira restitutiva ofende ou não a proibição legal do pacto comissório, consagrada no art. 694.º CC. Coloca-se a questão de saber se a sanção da nulidade do pacto comissório pode ser igualmente aplicável fora das hipóteses expressamente previstas na lei. Posteriormente, analisa-se alguma jurisprudência nacional.

Abordar-se-á ainda a questão do pacto marciano, concretamente, a sua caracterização e discute-se qual a posição da doutrina no que respeita à admissibilidade desta figura na nossa ordem jurídica.

Por fim, realça-se que o contrato de locação financeira restitutiva não se deve confundir com outras figuras afins, tais como: venda a retro; venda a prestações com reserva de propriedade e locação. Para o efeito, são elencadas diferenças significativas existentes entre estas figuras e a locação financeira restitutiva.

CAPÍTULO I

ORIGEM, EVOLUÇÃO E ENQUADRAMENTO LEGAL DA LOCAÇÃO FINANCEIRA RESTITUTIVA

1. ORIGEM E EVOLUÇÃO

O *sale and lease-back* surgiu e configurou-se nos Estados Unidos da América na primeira metade do século XX¹.

As origens do contrato de locação financeira restitutiva confundem-se com as próprias origens do contrato de locação financeira, o que vale por dizer que os primeiros contratos de locação financeira a ser celebrados foram contratos de locação financeira restitutiva. Segundo Diogo Leite de Campos “A locação financeira restitutiva – modalidade da locação financeira que pressupõem a prévia compra do bem a ser dado em locação, ao próprio locatário – não é uma modalidade tardia e tecnicamente sofisticada da locação financeira.”².

A primeira aplicação característica da locação financeira restitutiva parece ter sido em 1936 aquando da celebração de um contrato entre uma cadeia de supermercados californianos “*Safeway Stores Inc.*” e um grupo de investidores privados. Os “*Safeway Stores Inc.*” venderam um dos seus supermercados ao grupo de investidores e estes cederam-lhes, imediatamente, o mesmo, num *lease* a longo prazo.

O recurso à locação financeira restitutiva veio, a partir daí, a difundir-se, especialmente, entre as companhias de seguros e fundos de pensões norte-americanos. Em 1952 foi constituída a “*United States Corporation*” - a primeira sociedade com o propósito de praticar o *leasing*.

O *sale and lease-back* acabou por se alastrar um pouco por toda a Europa, com especial incidência no Reino Unido, França e Alemanha.

No Reino Unido, o “*lease-back*” precedeu o “*financial lease*”. A Alemanha e a França devido à experiência anglo-saxónica que beneficiaram conheceram, em

¹Sobre as origens e evolução do contrato de locação financeira restitutiva: DIOGO LEITE DE CAMPOS, 1982, ob. cit. pp. 775 e ss.; ISABEL ANDRADE DE MATOS, 2006, pp. 200 e ss.

²DIOGO LEITE DE CAMPOS, 1982, ob. cit. pp. 775-776.

simultâneo, várias modalidades da locação financeira, em especial a locação financeira restitutiva³.

Em Portugal, o contrato de locação financeira restitutiva, mercê do desinteresse manifestado não só pela doutrina, mas também pela jurisprudência nacionais, “é, ainda hoje, uma figura envolta em alguma imprecisão e vacuidade,”⁴.

Na década de 60, a locação financeira ainda era desconhecida, “não obstante MOTA PINTO ter levado a cabo um estudo precursor sobre a locação financeira”⁵ em meados da mesma década. Só em finais dos anos 70 é que a locação financeira despontou entre nós dado que veio a ser regulada e admitida pelo Decreto-Lei n.º 135/79, de 18 de maio, que dispunha sobre as sociedades de locação financeira. Este diploma veio a ser complementado pelo DL. n.º 171/79, de 6 de junho. A partir dos anos 80, o instituto impôs-se definitivamente no nosso ordenamento jurídico.

2. ENQUADRAMENTO LEGAL

Na União Europeia, ao contrário do que se verifica nos Estados Unidos da América, não existe uma disciplina jurídica completa atinente à locação financeira, mas tão só normas esparsas e avulsas⁶.

França foi o primeiro país a legislar sobre esta figura, através da *Loi 66-455, de 2 juillet de 1966*, que se refere quer ao *leasing* mobiliário, quer ao *leasing* imobiliário. Todavia, só em 1973 é que se adota, no ordenamento jurídico francês, a expressão *cession-bail* como tradução da expressão *sale and lease-back*. O *cession-bail* “permitiria, segundo alguns, um acréscimo incontrolável da liquidez da empresa, contrariando

³“Em França (...) 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 objeto a sede da sociedade Saint-Gobain.

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. 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 elétrica de Meppen foi vendida por duzentos e trinta milhões de marcos e cedida em locação financeira ao seu anterior proprietário.” in DIOGO LEITE DE CAMPOS, 1982, ob. cit., p. 777.

⁴ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, 2008, ob. cit., p. 17.

⁵ISABEL ANDRADE DE MATOS, 2006, ob. cit., p. 201.

⁶FERNANDO GRAVATO MORAIS, 2011, ob. cit., pp. 27 e ss.

eventuais políticas restritivas de crédito e a desejável canalização do investimento – o que o excluiria do âmbito da locação financeira.”⁷.

Em Itália, apesar da existência de normas isoladas em diversos diplomas, inexistiu uma disciplina jurídica específica. Contudo, pode citar-se a *Legge 2 maggio 1976, n. 183* que nos dá no seu artigo 17.º a noção de locação financeira. O contrato de locação financeira retributiva, foi objeto de uma decisão do Tribunal de Milão, a 13 de junho de 1985, antecipando-se, desta forma ao legislador, e definiu este instituto como “*aquele em que uma empresa comercial ou industrial vende um bem imóvel da sua propriedade a um empresário financeiro e que exerce a atividade de leasing e lhe paga o preço correspondente, tornando-se proprietário do bem e cedendo-o, simultaneamente, em locação financeira, ao vendedor que ficará obrigado ao pagamento periódico de rendas durante um determinado período, com a faculdade de o readquirir, no termos do contrato e pelo preço estabelecido a título de valor residual.*”⁸

Em Portugal, ao contrário do que se tem verificado nos restantes ordenamentos jurídicos, existe uma disciplina específica sobre o contrato de locação financeira.

O primeiro diploma legal a surgir foi o DL. n.º 171/79, de 6 de junho, que dispunha acerca do regime jurídico da locação financeira. Rui Pinto Duarte defende que o legislador consagrou este regime normativo “com referência às legislações anteriores, e antes do mais à belga e francesa, mas sobretudo com base na caracterização doutrinária, jurídica e económica da figura”⁹.

Paralelamente, consagrou-se um regime jurídico específico para as sociedades de locação financeira: DL. n.º 135/79, de 18 de maio.¹⁰

Dezasseis anos mais tarde, emerge uma nova regulamentação, instituída pelo Decreto-Lei 149/95, de 24 de junho, tendo em vista a integração e a adaptação do mercado português no mercado único europeu. Para além disso, tratava-se de um diploma legal que tinha como objetivo contribuir para a liberalização da figura de modo a acompanhar os progressos gerais do Direito Bancário. Este texto foi, substancialmente, modificado pelo DL. n.º 265/97, de 2 de outubro.

⁷DIOGO LEITE DE CAMPOS, 1982, ob. cit., p. 779.

⁸ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, 2008, ob. cit., p. 77.

⁹RUI PINTO DUARTE, 2001, ob. cit., p. 46.

¹⁰Foram surgindo outros diplomas legais com relevo e que incidiam diversas áreas, nomeadamente: o DL. 103/86, de 19 de maio; DL. 10/91, de 9 de janeiro.

Em 2001, em resultado da entrada em vigor do DL. n.º 285/2001, de 3 de novembro, foram introduzidas novas e relevantes modificações no regime jurídico do contrato de locação financeira, que ditaram, sobretudo, o afastamento das disposições imperativas existentes. Foram revogadas as normas relativas às rendas e ao valor residual (art. 4.º); à redução das rendas (art. 5.º); à mora no pagamento das rendas (art. 16.º) e à antecipação das rendas (art. 20.º). Ademais, o art. 6.º, referente aos prazos dos contratos de locação financeira, foi também objeto de alteração. Deste modo, as partes tinham a possibilidade de estipular cláusulas sobre temas até então subtraídos à liberdade contratual. “Desta feita, pretendeu-se, no essencial, reforçar a autonomia privada, pondo termo a algumas regras restritivas”¹¹.

Por fim, o DL. n.º 30/2008, de 25 de fevereiro implicou alterações quanto à forma e publicidade (art. 3.º); quanto à resolução do contrato por incumprimento e cancelamento do registo (art. 17.º) e quanto à providência cautelar de entrega judicial (art. 21.º).

Isto posto, pode-se concluir pela existência de três fases distintas¹². Na primeira fase, antes da entrada em vigor do primeiro regime jurídico, procurava-se dar a conhecer este novo mecanismo e acertar os seus procedimentos básicos.

Após 1979, o exercício da atividade de locação financeira foi ganhando expressão.

Com as alterações introduzidas em 1995, 1997, 2001 e, por fim, 2008 verificou-se uma expansão gradual e consolidada da locação financeira resultado da evidente liberalização do regime ao nível do objeto sobre o qual incide; ao nível do afastamento das restrições ao princípio da liberdade contratual e ainda atendendo aos vários setores da atividade que recorrem a esta técnica.

No entanto, não existe uma disciplina jurídica que regule a locação financeira restitutiva. Ainda que seja um tema que não tem muito relevo na doutrina portuguesa, alguns autores, como teremos oportunidade de constatar, já se pronunciaram sobre a admissibilidade ou inadmissibilidade deste instituto.

¹¹ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, 2016, ob. cit., p. 738.

¹²FERNANDO GRAVATO MORAIS, 2011, ob. cit., pp. 31 e ss.

CAPÍTULO II

A LOCAÇÃO FINANCEIRA RESTITUTIVA

1. A LOCAÇÃO FINANCEIRA

1.1 – NOÇÃO

Nos termos do art. 1.º do DL. n.º 149/95, de 24 de junho, a locação financeira é “o contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante retribuição, a ceder à outra o gozo temporário de uma coisa, adquirida ou construída por indicação desta, e que o locatário poderá comprar, decorrido o período acordado, por um preço determinado ou determinável mediante simples apreciação dos critérios nele fixado.”.

A locação financeira “constitui uma operação complexa”¹³ na qual o locador financeiro, a pedido do locatário financeiro e de acordo com as suas instruções, vai adquirir um bem escolhido previamente por este, cedendo-lhe de imediato o seu uso, contra o pagamento de uma prestação periódica por um prazo determinado e irrevogável findo o qual o locatário financeiro terá de restituir o bem, prorrogar a sua utilização ou adquirir a propriedade do mesmo por um valor residual previamente fixado¹⁴.

Este esquema negocial prolonga-se no tempo e comporta várias fases. Na fase inicial o locatário financeiro dirige-se a um vendedor ou fornecedor e escolhe o bem. Em seguida, recorre a uma instituição de crédito ou sociedade financeira, com o intuito de formular e propor um contrato de locação financeira. Aprovada a proposta e assinado o contrato, o locador financeiro adquire ou manda adquirir/construir o bem para, posteriormente, o entregar ao locatário. O locatário financeiro pode, durante o período convencionado, gozar o bem. No termo do contrato de locação financeira, o locatário, pode exercer o direito de compra através do pagamento do valor residual fixado; prorrogar o contrato ou restituir o bem ao locador¹⁵.

1.2 – CARACTERIZAÇÃO

A locação financeira é um contrato típico dado que a sua disciplina jurídica emerge do DL. n.º 149/95, de 24 de junho.

¹³LUÍS MENZES LEITÃO, 2019, ob. cit., p. 273.

¹⁴LUÍS MENEES LEITÃO, 2019, ob. cit., pp. 273-274.

¹⁵FERNANDO GRAVATO MORAIS, 2011, ob. cit., pp. 35-36.

Ademais, é um contrato de adesão. “Os contratos de locação financeira são concluídos na base de cláusulas contratuais gerais, bastante circunstanciadas, prontas pelas sociedades locadoras. Tais cláusulas devem ser comunicadas ao aderente (...)”¹⁶. Ou seja, as cláusulas contratuais já estão pré-elaboradas pelo locador e o locatário vai, simplesmente, limitar-se a aderir ao conteúdo das mesmas.

É um contrato formal pois, nos termos do art. 3º do DL. n.º 149/95, de 24 de junho, deverá ser celebrado por escrito, independentemente de o bem ser móvel ou imóvel. Não obstante, no caso de abranger bens imóveis, exige-se o reconhecimento presencial das assinaturas, salvo se efetuado na presença dos funcionários do registo, aquando do pedido de registo, nos termos do art. 3º, n.º 2.

É possível depreender que do contrato de locação financeira emergem três tipos de relações¹⁷: entre o locador e o locatário financeiro; entre o locatário financeiro e o vendedor/fornecedor e, por fim, entre o locador financeiro e o vendedor/fornecedor. Pese embora a locação financeira se caracterize como uma operação tripartida, os sujeitos contratuais são somente dois: a entidade locadora e o locatário utilizador do bem. Como realça Rui Pinto Duarte “O fornecedor, qualquer que seja a construção que se faça das relações do locador e do locatário com ele, é estranho, ao menos neste sentido, ao contrato de locação financeira, já que não é parte nele.”¹⁸

Ainda que o vendedor/fornecedor não seja parte no contrato de locação financeira, não pode ser ignorado visto que o bem que vende ou constrói é não só objeto do contrato que realiza com o locador, mas também do contrato que se vai celebrar entre o locador e o locatário.

O legislador português contemplou no art. 12.º do DL. n.º 149/95 que o locador não responde pelos vícios da coisa locada, salvo o disposto no art. 1034 do CC. e no seu art. 13.º que “O locatário pode exercer contra vendedor ou empreiteiro, quando disso seja

¹⁶ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, 2016, ob. cit., p. 738.

¹⁷PEDRO ROMANO MARTINEZ, 2001, ob. cit., p.62.

¹⁸DUARTE, Rui Pinto, *Escritos sobre Leasing e Factoring*, p. 52.

DUARTE VIEIRA PESTANA DE VASCONCELOS refere que embora um segmento da doutrina considere que o contrato de locação financeira seja um contrato trilateral “Não nos parece, no entanto, inteiramente correto.”. Continua o autor “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 o locador e locatário, sem qualquer intervenção do vendedor.” In ob. cit., pp. 268-269.

caso, todos os direitos relativos ao bem locado ou resultantes do contrato de compra e venda ou de empreitada.”. Da conjugação do disposto nestas normas, pode-se concluir, como salienta Rui Pinto Duarte, que vão ser atribuídos ao locatário “direitos que, na falta dessas normas, competiriam ao locador contra o fornecedor, ou seja, na sub-rogação legal do locatário nos direitos do locador contra o fornecedor.”¹⁹.

Ademais, parece existir uma interdependência dos meios jurídicos utilizados, fazendo depender um contrato do outro. É, portanto, uma operação “*constituída por dois contratos entre os quais se estabelece uma coligação genética, na medida em que a conclusão do contrato de locação financeira determina a celebração do contrato de construção ou de compra do bem, cujo conteúdo prevê. Estes contratos estão coligados a nível fase genético, uma vez que um desencadeia a celebração do outro, e a nível funcional.*”²⁰.

O contrato de locação financeira é temporário, “mas originando relações duradouras”²¹. Da redação do art. 6.º do DL. n.º 149/95 é possível constatar que vigoram três regras, em matéria de prazo: o prazo do contrato de locação financeira de coisas móveis não pode ultrapassar o correspondente ao período presumível de utilização económica da coisa (n.º 1); o contrato de locação financeira não pode ter uma duração superior a 30 (trinta) anos (n.º 2) e, por fim, não havendo um prazo estipulado, o contrato de locação financeira considera-se celebrado pelo período de 18 (dezoito) meses, caso se trate de bens móveis, ou de 7 (sete) anos no caso de bens imóveis.

Trata-se de um contrato oneroso: como contrapartida da concessão do gozo da coisa e da eventual transmissão da propriedade, o locatário está, respetivamente, obrigado ao pagamento das rendas e do preço²². As rendas da locação financeira são compósitas pois compreendem, numa parte, a amortização do capital e, noutra parte, os juros do crédito concedido, onde também se incluem as variadas despesas que o locador financeiro teve de suportar²³.

A renda destina-se em parte à amortização do que o locador teve de despendar para adquirir o bem. Contudo, tal valor “só será, em regra, totalmente reposto com o

¹⁹RUI PINTO DUARTE, 2010, ob. cit., p. 156.

²⁰LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, 2013, ob. cit., p. 494.

Neste sentido ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO: “A locação financeira postula uma intervenção de três sujeitos: o fornecedor, o locador e o locatário. Infere-se, daí, que ela surge em união com – pelo menos – um contrato de compra e venda.” In ob. cit., pp. 733-734.

²¹ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, 2016, ob. cit., p. 734.

²²RUI PINTO DUARTE, 2001, ob. cit., p. 61.

²³LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, 2013, ob. cit., p. 509.

pagamento do valor residual (mas, mesmo que o locatário opte por não adquirir o bem, decorrido o prazo contratual, o locador poderá repor esse valor em falta, transacionando o referido bem no mercado).”²⁴. Os juros são o outro elemento que compõe a renda e destinam-se, por sua vez, “a remunerar a cedência de um certo montante de capital por um determinado período de tempo, determinando-se em função do montante de capital cedido, do tempo de cedência e de uma taxa.”²⁵.

Em relação ao preço de aquisição do bem pelo locatário, a única regra que a lei estabelece está plasmada na parte final do art. 1 do DL. n.º 149/95 e determina que o locatário poderá adquirir o bem pelo preço “determinado ou determinável mediante simples aplicação dos critérios” fixados no contrato de locação financeira.

Com a revogação do art. 4.º do DL. 149/95 aspetos importantes do regime foram remetidos para a autonomia das partes, nomeadamente: a determinação do valor residual deixou de ter limites mínimos e máximos ficando a sua fixação ao critério destas. Aliás, podia questionar-se, *inclusive*, que não seria necessário fixar um valor residual. Contudo, tal questão está desprovida de sentido dado que do art. 1.º do DL. n.º 149/95 se constata que, decorrido o período acordado entre as partes, o locatário poderá adquirir o bem “por um preço nele determinado ou determinável”; e, nos termos do art. 9.º, uma das obrigações a cargo do locador é “vender o bem ao locatário, caso este queira, findo o contrato.”, “O que implica necessariamente um preço, contrapartida da transmissão da propriedade no negócio posterior de venda, que corresponderá ao valor residual.”²⁶.

Uma das características mais relevantes deste contrato é ser um mecanismo de garantia para o locador financeiro. Menezes Leitão considera que o *leasing* tem a natureza de uma verdadeira garantia, simplesmente se afasta das garantias tradicionais pelo facto de a propriedade não ser atribuída ao locador apenas com esse fim exclusivo e de a garantia não resultar de uma convenção acessória de determinada obrigação²⁷.

São três os aspetos que permitem caracterizar a locação financeira como uma garantia. Em primeiro lugar, o *leasing* é uma operação de financiamento, que consiste num empréstimo de dinheiro; em segundo lugar, o locador vai adquirir a propriedade do bem e vai conservá-la perante o locatário e terceiros; por fim, corresponde a uma garantia não

²⁴LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, 2013, ob. cit., p. 509.

²⁵LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, 2013, ob. cit., p. 510.

²⁶LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, 2013, ob. cit., pp. 508-509.

²⁷LUÍS MENEZES LEITÃO, 2019, ob. cit., p. 274.

possessória visto que é o locatário que está na posse do bem, durante a vigência do contrato²⁸.

2. A LOCAÇÃO FINANCEIRA RESTITUTIVA COMO MODALIDADE DE LOCAÇÃO FINANCEIRA

A expressão locação financeira restitutiva transpõe para o ordenamento jurídico português a locução “*sale and lease-back*” de origem norte-americana e inglesa.

“*Na locação financeira restitutiva, o proprietário de um bem (por via de regra, um imóvel, nada impedindo que possa também ser um móvel – as mais das vezes de natureza infungível (...)) vende-o a uma instituição de crédito, sendo que, em seguida, entre os mesmos contraentes é celebrado um contrato de locação financeira.*”²⁹. O locatário financeiro vende um bem que é seu ao locador financeiro que lhe vai ceder, imediatamente, o mesmo em locação financeira, concedendo àquele a possibilidade de, findo o contrato, voltar a adquirir o bem.

Um dos motivos principais e decisivos para a conclusão do contrato de locação financeira restitutiva é a falta de disponibilidade financeira do futuro locatário. Dito isto, o fim visado pela celebração deste tipo contratual é, essencialmente, o financiamento do locatário/vendedor que se traduz no preço acordado entre as partes para a compra do bem que o vendedor continuará a utilizar, mas, desta vez, como locatário. Por sua vez, a propriedade do bem transmitido para o locador vai funcionar como garantia³⁰.

Associadas à celebração deste contrato estão inúmeras vantagens.

Com a alienação do bem, o agora locatário, dispõem de uma quantia avultada que pode aplicar na sua atividade. O locatário “*Obtém assim liquidez a partir de algo que existia já no seu património, sem perder a disponibilidade da coisa.*”³¹. Ou seja, verifica-

²⁸LUÍS MENEZES LEITÃO, 2019, ob. cit. p. 274.

LUIS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS também considera que “uma das características mais relevantes é ser um mecanismo de garantia para o locador do crédito que concede. Essa garantia assenta na propriedade do bem comprado (...) a terceiro ou ao próprio locatário financeiro. Trata-se de um contrato de crédito e garantia. Ou, por outras palavras: do prisma do locador, numa operação (...) de concessão de crédito garantido pela propriedade do bem (...).” In ob. cit., p. 493.

²⁹FERNANDO GRAVATO MORAIS, 2011, ob. cit., pp. 55-56.

³⁰LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, 2013, p. 502.

³¹FERNANDO GRAVATO MORAIS, 2011, ob. cit., p. 56.

se um alívio direto na sua tesouraria pois aumenta a sua liquidez a partir de um bem que já se encontrava no seu património³².

Sem prescindir, o vendedor/locatário pode usar a avultada soma obtida para adquirir novos bens de produção e investir em domínios importantes como, por exemplo, o da investigação; financiar novos investimentos ou atividades que alicercem o seu crescimento, como a publicidade ou pesquisa³³.

Posto isto, é possível elencar algumas diferenças entre a locação financeira e a locação financeira restitutiva.

Da locação financeira emergem três tipos relações: entre o locatário financeiro e o locador financeiro; entre o locatário financeiro e o fornecedor/vendedor e entre o locador financeiro e o fornecedor/vendedor. Assim, a locação financeira caracteriza-se por ser uma operação tripartida onde são realizados dois contratos: o locador financeiro celebra contrato com o fornecedor/vendedor e, posteriormente, com o locatário financeiro. Verifica-se, por isso, a intervenção de um terceiro estranho ao contrato de locação financeira celebrado entre o locador e locatário financeiro.

Por sua vez, a locação financeira restitutiva apresenta uma estrutura bilateral. Neste esquema contratual também se celebram dois contratos, mas agora entre os mesmos contraentes, não há a intervenção de um terceiro. Concorrem na mesma pessoa, em simultâneo, as posições jurídicas de vendedor e de locatário financeiro. Por tudo isto, o bem não sai da esfera jurídica do locatário.³⁴

Na locação financeira verifica-se um alívio indireto na tesouraria do locatário porque o locador financeiro vai adquirir um determinado bem que o locatário financeiro não teria possibilidade de adquirir, ou não adquiriria para não se privar de liquidez que podia necessitar para outros fins. Já na locação financeira restitutiva o alívio na tesouraria é direto pois o locador financeiro vai adquirir um bem que já pertencia ao locatário, permitindo a este um aumento do volume de liquidez³⁵.

³²DIOGO LEITE DE CAMPOS, 1982, ob. cit., p. 784.

³³DIOGO LEITE DE CAMPOS, 1982, ob. cit., p.785. Neste sentido DUARTE PESTANA DE VASCONCELOS: “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.” In ob. cit., p. 282.

³⁴FERNANDO GRAVATO MORAIS, 2011, ob. cit., pp. 56-57.

³⁵DIOGO LEITE DE CAMPOS, 1982, ob. cit., p. 784.

Portanto, podemos concluir, desde já, que algumas das questões que se colocam em sede de locação financeira não se irão verificar na locação financeira restitutiva. Referimo-nos, por exemplo, aos direitos do locatário financeiro perante o vendedor/fornecedor, em caso de incumprimento deste, previstos no art. 13.º do DL. n.º 149/95 e às despesas relacionadas com o transporte e respetivo seguro, montagem, instalação e reparação do bem locado, previstas no art. 14º do mesmo diploma legal.

Este tipo de operação gerou alguma controvérsia. Enquanto para alguns autores a locação financeira restitutiva não podia ser considerada uma modalidade de locação financeira, outros acreditavam que consistia numa modalidade típica de locação financeira. Analisemos os argumentos utilizados pelas duas posições.

Para alguns autores, o *sale and lease-back* não pode ser considerado como modalidade da locação financeira “dado não ter subjacente uma autêntica operação de financiamento produtivo, mas apenas um empréstimo hipotecário disfarçado”³⁶. Ou seja, os defensores desta tese apoiam-se, sobretudo, em razões de ordem económica.

A tese afirmativa entende que a locação financeira restitutiva se inclui na noção de locação financeira prevista no art. 1.º do DL. n.º 149/95 “embora nem todo o regime subsequente lhe seja aplicável, sendo necessárias algumas adaptações decorrentes da bilateralidade da operação.”³⁷. Apoiar-se na ideia de que a estrutura trilateral não é um requisito essencial do contrato de locação financeira³⁸ e que, à semelhança do que acontece na locação financeira, celebram-se, aqui, dois contratos: um de compra e venda e outro de locação financeira, todavia, o vendedor é, também, locatário. Argumenta-se ainda que tal como a locação financeira, o *sale and lease-back* tem por objeto conceder o gozo de um bem³⁹.

Ademais, constata-se, em ambas as situações, igualdade de direitos e obrigações entre o locador e o locatário financeiro visto que não é pelo facto de o locatário ter pago todas as rendas devidas que o bem se transfere, findo o prazo estipulado para o contrato, de

³⁶DUARTE PESTANA DE VASCONCELOS, 1985, ob. cit., p. 280.

³⁷LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, 2013, ob. cit., p. 500.

³⁸DUARTE PESTANA DE VASCONCELOS, 1985, ob. cit., p. 280.

³⁹FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, entende que “*Nem se diga que o lease-back, ao contrário da locação financeira, não tem por função conceder o gozo da coisa, mas a obtenção de uma dada soma em dinheiro. O que sucede é que o desembolso da importância é num caso entregue a um terceiro fornecedor, enquanto que no outro é entregue ao próprio locatário/vendedor. No entanto, a razão de ser da operação é a mesma.*” In ob. cit., p. 59.

novo, para a sua titularidade. Tal como acontece na locação financeira, o locatário terá de exercer a opção de compra e proceder ao pagamento do valor residual fixado.

Este segmento da doutrina refere que é ao locador que cabe a manutenção da propriedade jurídica como forma de garantia de um financiamento⁴⁰.

Para LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS a locação financeira restitutiva deve ser considerada uma modalidade típica de locação financeira e “não uma modalidade atípica deste contrato, que de qualquer modo nos parecia também, se fosse o caso, admissível, ao abrigo da liberdade contratual.”⁴¹.

3. A (IN)ADMISSIBILIDADE DO CONTRATO DE LOCAÇÃO FINANCEIRA RESTITUIVA EM PORTUGAL

Nem sempre foi pacífica a admissibilidade da locação financeira restitutiva. A dúvida que se colocava era a de saber se o *sale and lease-back* podia ser praticado pelas sociedades de locação financeira, face à lei portuguesa.

Entre a panóplia de argumentos que sustentava a inadmissibilidade da locação financeira podemos destacar os seguintes: o facto de o *sale and lease-back* não se encontrar, especialmente, previsto no ordenamento jurídico e que a noção legal de locação financeira não o permitia por não ter estado no espírito do legislador aquando da criação da locação financeira⁴². Ademais, considera-se que a locação financeira restitutiva não cumpre os objetivos que foram tidos em consideração para regulamentar a locação financeira.

Rui Pinto Duarte, inicialmente, defendeu a proibição e conseqüente inadmissibilidade da locação financeira restitutiva⁴³ e sustentava a sua posição com base em múltiplos argumentos, designadamente: falta à locação financeira restitutiva o carácter tripartido que caracteriza a locação financeira e não ser essencial, para aquela, que o locador seja uma empresa financeira.

⁴⁰DUARTE PESTANA DE VASCONCELOS, 1985, ob. cit., p. 280.

⁴¹LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, 2013, ob. cit., p. 501.

⁴²DUARTE PESTANA DE VASCONCELOS, 1985, ob. cit., p. 280.

⁴³RUI PINTO DUARTE, 2001, ob. cit., pp. 50 ss.

Não obstante considera que o argumento principal em favor da inadmissibilidade é o de que “no *lease-back* nenhum bem novo vem diretamente acrescer ao acervo daqueles que o locatário utiliza na sua actividade. Logo, pensamos que as sociedades de locação financeira não poderão praticar operações de *lease-back*.” e continua o autor “Este argumento é corroborado pela constatação de que em nenhum dos preceitos legais que se referem à existência do fornecedor se faz, por qualquer modo, alusão ao hipotética carácter não universal da aplicabilidade de tais preceitos.”⁴⁴ . Ou seja, o autor considera que a locação financeira é um meio fornecido pela lei para facilitar o investimento produtivo através do financiamento do equipamento ou reequipamento dos locatários e, pelo circunstância de, na locação financeira restitutiva, o acervo dos bens do locatário não ser aumentado, não pode ser admissível.

Pese embora, a sua posição inicial fosse a da inadmissibilidade do *sale and lease-back*, o autor admite-o, atualmente, em face ao quadro legal em vigor porquanto desapareceram do texto da lei os elementos que o levavam a considerar que a locação financeira restitutiva extravasava a locação financeira ⁴⁵.

A favor da tese da admissibilidade, surgem argumentos diversos.

Primeiramente, salienta-se que a locação financeira restitutiva, em momento algum, foi excluída pelo DL. n.º 171/79 e, posteriormente, pelo DL. n.º 149/95.

O DL. n.º 171/79 consagrava no seu art. 1.º a noção do contrato de locação financeira, segundo o qual “Locação financeira é o contrato pelo qual uma das partes se obriga, contra retribuição, a conceder à outra gozo temporário de uma coisa, adquirida ou contruída 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.”. Por via do carácter amplo desta definição, pode-se concluir que a locação financeira restitutiva é admitida no nosso ordenamento jurídico.

Se se atentar ao que o art. 1.º do DL. n.º 149/95 estatui deduz-se que não resulta a proibição da locação financeira restitutiva e, por isso, nada exclui que o bem cedido em locação integre o património do locatário financeiro.

⁴⁴RUI PINTO DUARTE, 2001, ob. cit., pp. 49-50.

⁴⁵RUI PINTO DUARTE, 2001, ob. cit., p. 180.

Posto isto e em consonância com o princípio geral em matéria de interpretação da lei, onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir⁴⁶.

Considera-se, ademais, que a característica da trilateralidade não é um elemento essencial do contrato⁴⁷. Exige-se que a coisa objeto do contrato seja adquirida ou construída por indicação do locatário, mas daí não resulta a proibição de que o bem que vai ser adquirido não pode integrar o acervo patrimonial do locatário.

O *sale and lease-back* deve ser admitido ao abrigo do princípio da liberdade contratual, plasmado no art. 405.º do C.C.

Na doutrina portuguesa, DIOGO LEITE DE CAMPOS⁴⁸; CALVÃO DA SILVA⁴⁹; DUARTE PESTANA DE VASCONCELOS⁵⁰; ANA FILIPA MORAIS ANTUNES⁵¹,

⁴⁶DIOGO LEITE DE CAMPOS: “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.” In. ob. cit. p. 791.

⁴⁷Neste sentido: ANA FILIPA MORAIS ANTUNES: “A ausência da característica da trilateralidade na locação financeira repositiva representativa, pois, uma simplificação do regime jurídico, aplicável a apenas dois sujeitos – locador e locatário -, e dispensando a intervenção do terceiro a quem o bem seria adquirido ou mandado construir, por via da cumulação, na pessoa do locatário, das posições jurídicas do fornecedor do bem e do futuro utilizador.” In. ob. cit., pp. 21-22; DUARTE PESTANA VASCONCELOS, 1985, ob. cit., p.280.

⁴⁸O autor conclui, “pois, pela consagração em direito português da locação financeira repositiva, compreendida na formulação lata dos artigos 1.º e 3.º do Decreto-Lei n.º 171/79 e artigo 1.º e 2.º, do Decreto-Lei n.º 135/79. Ao lado desta razão, haverá o argumento de ordem económica de que não há motivos para excluir – muito pelo contrário, atendendo a que se trata de um «instrumento útil de relançamento da economia nacional».” In ob. cit., p. 793.

⁴⁹O autor afasta a possibilidade de nulidade da locação financeira repositiva com base na proibição do pacto comissório. Afirma que, por um lado, contrariamente ao que sucede no pacto comissório, onde a propriedade se transmite para o comprador no futuro em virtude do incumprimento do pagamento de uma dívida no prazo fixado, no *sale and lease-back* a transferência da propriedade para o comprador ocorre por mero efeito do contrato. Na locação financeira repositiva não está em causa a pré-existência de uma dívida, necessária à estipulação de um pacto comissório. Observa-se ainda que perante o pagamento integral das rendas, a venda não se resolve. O locatário se pretender adquirir a coisa terá de exercer o direito de escolha que lhe assiste. In ob. cit. pp. 12-13, nota 3.

⁵⁰O ilustre autor considera que “Os argumentos utilizados administrativamente para impedir a realização de operações de lease-back, não poderão (...) ser aceites. Comparativamente, não é pelo facto de não estar especialmente previsto que o lease-back não é permitido.” Continua o autor “Também não nos parece ter a definição de contrato de locação financeira qualquer formulação que impeça a admissibilidade do lease-back (...). Nada indica que tem de ser um terceiro o vendedor ou o construtor do bem.”. Por fim, “invocam as autoridades competentes os objetivos tidos na regulamentação da locação financeira, Contudo, não nos parece flagrante que o empresário que aliena um bem do seu activo imobilizado para imediatamente o retomar em leasing, utilize os capitais assim disponíveis em activo circulante ou mesmo em esbanjamento próprio.”. Por todas estas razões conclui o autor: “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 (...)” In ob. cit., p. 281-282.

⁵¹“Em nosso entender, não se vê razão para discriminar, desfavoravelmente, a locação financeira repositiva. Porém, tal não pode equivaler a uma adesão, pura e simples, por parte do nosso ordenamento jurídico, a essa modalidade de locação financeira.” In ob. cit., p. 22.

LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS⁵² e FERANADO DE GRAVATO
MORAIS⁵³ sempre sustentaram a validade da locação financeira restitutiva.

⁵²O autor não encontra motivos para desconsiderar a locação financeira restitutiva uma vez que “se fosse intenção do legislador afastar a locação financeira restitutiva, que necessariamente já conhecia aquando da tipificação do contrato, do âmbito de aplicação do diploma, bastar-lhe-ia ter introduzido na noção, de acordo com a técnica legislativa adotada, uma outra nota: a aquisição do bem a dar em locação financeira a um terceiro.”. Ademais, refere o seguinte: “a locação financeira restitutiva é igualmente uma figura típica aplicando-se-lhe diretamente as disposições legais correspondentes que estejam de acordo com a sua estrutura bilateral.” In *A cessão de créditos em garantia e a insolvência/ Em partícula a posição do cessionário na insolvência do cedente*, ob. cit., p. 287.

⁵³O autor considera que “Nos nossos dias, não subsistem dúvidas quanto à admissibilidade da locação financeira restitutiva (ou de retorno). Para além de indiscutível tipicidade social do negócio, deve realçar-se o carácter amplo do diploma legal. Assinale-se que o próprio DL 149/95 permite que o bem restituído – no quadro de um anterior contrato de locação financeira que “findou por qualquer motivo e não exercendo o locatário a faculdade de compra” – possa ser objeto de um outro contrato de “locação financeira ao anterior proprietário ou a terceiro.” In ob. cit., p. 58.

CAPÍTULO III

A LOCAÇÃO FINANCEIRA RESTITUTIVA E A PROIBIÇÃO LEGAL DO PACTO COMISSÓRIO

1. A PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO

1.1 NOÇÃO

O art. 694.º do nosso Código Civil define pacto comissório como “a convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir.”. Tal convenção será nula “mesmo que seja anterior ou posterior à constituição de hipoteca.”.

Para Isabel Andrade de Matos integram o pacto comissório três elementos essenciais⁵⁴.

“Em primeiro lugar, é necessário que exista uma obrigação principal que deva ser cumprida dentro de um determinado prazo. Em segundo lugar, aparentemente, é preciso que o cumprimento dessa obrigação esteja assegurado por uma hipoteca.”⁵⁵. O Código Civil estabelece, expressamente, que apesar da proibição do pacto comissório se encontrar consagrada em sede de hipoteca é extensível, por força das remissões realizadas, em matéria de penhor, consignação de rendimentos, privilégios creditórios e de tantas outras garantias.

Por fim, em terceiro lugar, “é essencial que as partes tenham inserido nesse contrato de garantia (...) um pacto por força do qual se transfira do devedor para o credor a propriedade do bem dado em garantia se, no momento do vencimento da obrigação principal, o devedor não cumprir.”⁵⁶.

A transmissão da propriedade do bem para o credor fica, por isso, dependente da verificação de uma condição suspensiva: o não cumprimento por parte do devedor⁵⁷.

⁵⁴ISABEL ANDRADE DE MATOS, 2006, ob. cit., p. 25.

⁵⁵ISABEL ANDRADE DE MATOS, 2006, ob. cit., p. 25.

⁵⁶ISABEL ANDRADE DE MATOS, 2006, ob. cit., p. 26

⁵⁷ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, 2008, ob. cit., pp. 27-28.

Ademais, “tal transmissão opera de forma automática caso o devedor não cumpra no prazo acordado entre as partes.”⁵⁸.

1.2 OS FUNDAMENTOS DA PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO

São vários os fundamentos que são utilizados para explicar a proibição legal do pacto comissório.

A razão mais comumente invocada⁵⁹ é a tutela do devedor necessitado.

A proibição do pacto comissório tinha, como objetivo primordial, impedir os habituais abusos por parte dos credores. Não obstante este argumento histórico, surgiram, pelos defensores desta tese, argumentos de ordem lógica e teleológica, que sustentam, no essencial, o seguinte: “que é o estado natural de inferioridade em que, regra geral, se encontra o devedor relativamente ao credor que justifica que seja proibido celebrar o pacto comissório.”⁶⁰ Assim, aquilo que se pretende evitar é o aproveitamento do credor face ao devedor, visto como parte mais fraca do contrato, em virtude da sua condição de necessidade, forçando-o e levando-o a aceitar celebrar, contrariamente à sua vontade, um pacto comissório.

No entanto, costuma ser apontada a esta tese uma insuficiência. “É que a tutela da parte que celebra um contrato em situação de necessidade não conduz, em regra, à nulidade do mesmo, mas apenas à sua anulabilidade^{61 62}. Para Isabel Andrade de Matos como se encontra expressamente prevista, no artigo 694.º do CC., a nulidade do pacto comissório, depreende-se que, no nosso ordenamento jurídico, não é este o fundamento da proibição do pacto comissório.”⁶³

Surge outro fundamento que se aproxima do anterior e afirma que o pacto comissório é proibido porque é usurário. Pretende-se, assim, proteger o devedor do risco de o credor

⁵⁸ISABEL ANDRADE DE MATOS, 2006, ob. cit., p. 26.

⁵⁹JÚLIO GOMES, 2004, ob. cit., p. 65

⁶⁰ISABEL ANDRADE DE MATOS, 2006, ob. cit., p. 58.

⁶¹ISABEL ANDRADE DE MATOS, 2006, ob. cit., p. 60

⁶²Os negócios usuários e os negócios celebrados sob coação moral são anuláveis, nos termos dos arts. 282.º, 255.º e 256.º do CC, respetivamente.

Os regimes da anulabilidade e nulidade apresentam diferenças substanciais entre si. No que respeita à legitimidade de arguição, qualquer interessado pode arguir a nulidade do negócio e o juiz pode conhecer officiosamente da mesma, enquanto a anulabilidade só pode ser invocada por “pessoas em cujo interesse a lei estabelece.” Quanto ao tempo da arguição, a nulidade pode ser invocada a todo o tempo, mas a anulabilidade apenas pode ser invocada no prazo de um ano a contar da data de cessação do vício, se o negócio jurídico já tiver sido cumprido. Por fim, no que toca ao modo de arguição, enquanto a nulidade opera *ipso iure*, a anulabilidade tem de ser declarada.

⁶³In ob. cit., p. 61.

pretender apoderar-se, em caso de incumprimento, de um bem mais valioso do que o montante do seu crédito⁶⁴.

Entre os autores que sustentam que a usura é o fundamento da proibição do pacto comissório encontra-se Antunes Varela uma vez que refere o seguinte: “o fundamento da proibição do pacto identifica-se, não só com a *ratio* da norma que pune a usura (art. 1146.º), mas ainda com o pensamento subjacente à condenação nos negócios usurários.”⁶⁵.

Todavia, Júlio Gomes entende que se podem levantar, desde logo, algumas questões, tais como: Para que é necessária esta proibição se já existe a possibilidade de alegar que um determinado negócio é usurário? Como se explica a diversidade de respostas do nosso ordenamento ao negócio usurário, simplesmente anulável, e ao pacto comissório, que é nulo? Ao que acresce que o pacto comissório é nulo ainda que não exista usura e mesmo que não seja desfavorável para o devedor⁶⁶. Continua o autor, “Contudo, talvez, o aspeto mais paradoxal da proibição do pacto comissório é que esta convive com outros institutos, perfeitamente lícitos, que parecem, no entanto, desencadear os mesmos perigos que a proibição do pacto comissório visa exorcizar (...)”⁶⁷.

Para outros autores, a verdadeira razão da proibição do pacto comissório reside na tutela dos restantes credores do devedor, garantindo a efetividade do princípio da *par conditio creditorum*. Desta forma, pretende evitar-se a saída do património do devedor, garantia geral dos seus credores, de um bem mais valioso do que o montante do crédito garantido, de forma a impedir que o património do devedor fique empobrecido pela disposição de um bem que, se viesse a ser alienado em processo executivo, permitia obter uma quantia superior ao montante garantido. Para esta corrente doutrinal, se o pacto comissório fosse admitido o princípio da igualdade dos credores seria colocado em causa.

Isabel Andrade de Matos aponta duas insuficiências a esta tese. A primeira está relacionada com o facto de ser inconcebível impor limitações aos poderes de disposição dos bens do devedor.⁶⁸ A segunda insuficiência prende-se com “a falta de utilidade da proibição do pacto comissório que decorre da mesma.”⁶⁹. Entende a autora que a

⁶⁴JÚLIO GOMES, 2004, ob. cit., p. 65.

⁶⁵ANTUNES VARELA, 1997, ob. cit., p. 555.

⁶⁶In ob. cit., p. 65.

⁶⁷JÚLIO GOMES, 2004, ob. cit., p. 65.

⁶⁸ISABEL ANDRADE DE MATOS, 2006, ob. cit., p. 70.

⁶⁹ISABEL ANDRADE DE MATOS, 2006, ob. cit., p.71.

proibição do pacto comissório será desnecessária se o seu propósito se traduzir em evitar a subtração de bens à garantia geral de todos os credores visto que a lei permite aos credores a defesa dos seus direitos por outros meios⁷⁰.

Há quem funde a proibição do pacto comissório na necessidade de assegurar o monopólio do Estado no que respeita ao exercício da função executiva⁷¹. Todavia, podem elencar-se algumas críticas: o princípio da exclusividade do exercício da função executiva pelo Estado não é um princípio absoluto admitindo diversas exceções⁷² e no entendimento de que a celebração do pacto comissório não impede qualquer das partes de recorrer ao tribunal “*pelo que a decisão final de qualquer litígio existente entre os outorgantes ou os terceiros que se sintam prejudicados pela outorga de tal pacto caberia sempre a este órgão de soberania. Sendo assim, a proibição do pacto comissório não seria necessária, pois o acesso ao Direito e aos Tribunais estaria sempre salvaguardado.*”⁷³.

Um dos últimos argumentos que tem sido deduzido em favor da proibição do pacto comissório é o interesse geral em evitar que o pacto comissório se dissemine e prevaleça, no ordenamento jurídico, a utilização de uma forma de garantia que se traduz em abusos pelo credor sobre o devedor considerado, via de regra, a parte mais fraca⁷⁴. Remédio Marques destaca a necessidade de promover a “*correção negocial*”⁷⁵ por forma a afastar comportamentos que possam legitimar a atribuição de privilégios aos credores e o aproveitamento da debilidade do devedor sobretudo quando a função de garantia significa uma vantagem injustificada para o credor⁷⁶.

⁷⁰ISABEL ANDRADE DE MATOS, 2006, ob. cit., p. 71.

⁷¹JOSÉ LEBRE DE FREITAS, 2003, ob. cit. p. 2.

⁷²ISABEL ANDRADE DE MATOS, 2006, ob. cit., p. 68.

A cessão de bens a credores (arts. 831 a 836 do CC) é uma das exceções pois os credores ou alguns destes “são encarregados pelo devedor de liquidar o património deste, ou parte dele, e repartir entre si o respetivo produto, para satisfação dos seus créditos.”. A cessão “representa um meio de se obter a satisfação dos credores sem necessidade de recurso à execução judicial e à declaração de falência do devedor” MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, ob. cit., p. 1012.

O recurso a este instituto permite evitar não só as despesas, mas também o gasto de tempo em que se traduz a execução judicial. Assim, a cessão de bens a credores consiste numa forma extrajudicial de liquidação de todo ou de parte do património do devedor. Deve, porém, realçar-se que a titularidade dos bens cedidos continua na esfera jurídica do devedor, mas os poderes do devedor sobre esses bens ficam limitados dado que a administração e a disponibilidade dos mesmos pertencem, em exclusivo, aos credores cessionários. Por fim, o devedor apenas fica exonerado perante os cessionários com o efetivo recebimento por estes da parte que lhes compete.

⁷³ISABEL ANDRADE DE MATOS, 2006, ob. cit., p. 69.

⁷⁴ISABEL ANDRADE DE MATOS, 2006, ob. cit., pp. 71-72.

⁷⁵REMÉDIO MARQUES, 2001, ob. cit., p. 600.

⁷⁶O autor entende que tal situação “brigaria com um *princípio de ordem pública* de harmonia com o qual deve existir um *nexo de proporcionalidade* entre o montante do débito e o acervo de bens do património do devedor sujeitos à execução forçada.” In ob. cit., p. 600.

Januário Gomes considera que a proibição do pacto comissório tem mais do que um fundamento: por um lado, a necessidade de tutela do devedor face à coação exercida pelo credor e, por outro lado, o interesse geral que visa garantir o respeito pelas regras gerais em matéria de garantia das obrigações para que não se verifique a atribuição injustificada, por via da estipulação de uma cláusula comissória, de um benefício ou posição de vantagem a um ou mais credores⁷⁷.

Nesta senda, Isabel Andrade de Matos entende que a proibição do pacto comissório e a sua nulidade tem um “fundamento composto”⁷⁸ assentando em mais do que uma tese anteriormente analisada. A autora acentua que a tese da tutela do devedor necessitado assume um papel completamente incontornável⁷⁹, todavia considera que tal tese deve ser complementada por outra que ultrapassasse as insuficiências que esta apresenta. Para tanto, manda atender a uma das críticas que lhe é apontada: a crítica de que não consegue explicar a razão pela qual a violação do pacto comissório tem como consequência a nulidade e não a mera anulabilidade.

No seu entender a tese que melhor explica a opção pela nulidade ao invés da mera anulabilidade é a que propugna que “o pacto comissório é um instituto de tal modo perigoso que a simples possibilidade de ser utilizado em detrimento do devedor e dos seus credores impõem absolutamente a sua proibição.”⁸⁰.

Isto posto, conclui-se que a proibição do pacto comissório resulta não só da necessidade de acautelar os interesses do devedor face aos frequentes abusos dos credores, mas também do interesse social em evitar a disseminação do pacto comissório. Admitir a licitude do pacto comissório iria permitir abusos significativos dos credores em relação aos seus devedores.

⁷⁷In ob. cit., pp.94-95. ANA FILIPA MORAIS ANTUNES considera que assiste razão a Januário Gomes ao identificar um duplo fundamento para a proibição legal do pacto comissório. “Na verdade, se historicamente a proibição do pacto comissório se impunha, essencialmente, por razões de tutela da posição devedora (...) é também certo que hoje a proibição do pacto comissório se justificará à luz da necessidade de preservar o sistema de garantia das obrigações.” Ademais, considera que a proibição legal tem como intuito assegurar a observância do princípio da *par conditio creditorum*. Julga também que tal proibição, no atual direito contratual, se justifica por causa dos interesses gerais do tráfico jurídico e não tanto pela necessidade de tutelar a pessoa do devedor. In. ob. cit., pp. 34-35.

⁷⁸ISABEL ANDRADE DE MATOS, 2006, ob. cit., p. 73.

⁷⁹ISABEL ANDRADE DE MATOS, 2006, ob. cit., p. 74.

⁸⁰CESARE MASSIMO BIANCA BIANCA *apud* ISABEL ANDRADE MATOS, 2006, p. 75.

2. O CONTRATO DE *SALE AND LEASE-BACK* E A PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO

Tem-se questionado se a proibição do pacto comissório opera única e simplesmente em sede de hipoteca; penhor; consignação de rendimentos e privilégios creditórios, tal como se prevê no Código Civil, ou, se, porventura, é extensível e, por isso, se pode aplicar a todas as figuras negociais que, direta ou indiretamente, prossigam uma função de garantia.

Esta questão tem sido discutida atendendo a dois critérios distintos: o critério de natureza estrutural e o critério de natureza funcional. O critério estrutural tem por base o momento temporal em que ocorre a transferência da propriedade do bem. Por sua vez, o critério funcional está relacionado com a finalidade que as partes, com o esquema negocial adotado, pretendiam prosseguir⁸¹.

Tem sido entendido que o critério determinante deverá ser o critério funcional, isto é, um critério que privilegie a intenção das partes aquando da escolha de um determinado negócio jurídico. Ademais, realça-se que tal critério deve para além da análise casuística recorrer ao denominado método indiciário⁸². Assim, “a norma legal será aplicável por força das hipóteses expressamente contempladas na lei sempre que as partes se socorrerem de um determinado esquema negocial (típico ou atípico) com a finalidade primária de constituir uma garantia real de um direito de crédito, contornando a proibição do pacto comissório.”⁸³

Sustenta-se que a orientação que deve ser adotada é a de tipo funcional visto que ficam abrangidas pela proibição legal e respetiva nulidade as situações em que se demonstre que a transferência da propriedade, não obstante o momento em que opere, prosseguir uma função primária de garantia⁸⁴.

⁸¹ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, 2008, ob. cit., p. 36.

⁸²São considerados índices sintomáticos da existência de uma intenção reprovável das partes que concretize uma ilicitude negocial: a existência de uma relação negocial entre as partes; que dessa relação derive uma obrigação que se pretende ver garantida; o facto de o devedor se encontrar numa situação económico-financeira bastante difícil e, ainda, a circunstância de não existir qualquer cláusula que assegure o equilíbrio entre o valor do bem alienado e o valor fixado para aquisição do mesmo. ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, ob. cit., p. 37.

⁸³ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, ob. cit., pp.37-38.

⁸⁴JANUÁRIO GOMES, 2000, ob. cit., p. 94.

Neste âmbito, Remédio Marque refere que “*esta proibição é susceptível de aplicação, em abstrato, a todos os tipos de garantias atípicas, de jeito a prevenir a fraude à lei – sem prejuízo de ser necessário efectuar uma análise casuística dos fins (indirectos) que determinam a celebração de contratos (mais ou menos complexos) através dos quais se preveja a fixação de garantias reais atípicas e das consequências (...) que deles decorrem.*” Continua o autor “*O que poderá conduzir, por vezes, à invalidade do negócio- meio sempre que o resultado económico deste negócio, através do qual se constitui a garantia atípica, é idêntico ou análogo ao resultado económico que o legislador quis proibir.*”⁸⁵.

Em suma, a proibição do pacto comissório aplica-se em situações onde se verifique que as partes se socorreram de um esquema negocial com o objetivo primário de constituir uma garantia real de um direito de crédito contornando, desta forma, a proibição legal que consta no art. 694.º do CC. Ou seja, não se atende à função característica do negócio celebrado, mas antes ao resultado que é proibido por lei.

Uma vez explanado o sentido e o alcance da proibição do pacto comissório é necessário apurar se o contrato de locação financeira restitutiva prossegue uma função de garantia de crédito, dispensando o recurso às demais garantias reais tipificadas na lei e ludibriando, desta maneira, a proibição legal do pacto comissório.

No sentido da inadmissibilidade do contrato de locação financeira restitutiva face à proibição do pacto comissório surgem diversos argumentos.

Entende-se, em primeiro lugar, que o art. 694.º CC. deve ser objeto de uma interpretação extensiva, aplicando-se, por isso, a todos os negócios jurídicos que prossigam um resultado proibido por lei⁸⁶.

Ademais, argumenta-se que o *sale and lease-back* configura um negócio indireto⁸⁷, ou seja, as partes recorriam a esta figura, “mas visando atingir um fim diferente da função deste tipo negocial (a saber, financiamento) e correspondente a outro negócio

⁸⁵In ob. cit., p 598.

⁸⁶“defende-se que o contrato de locação financeira é um negócio em fraude à lei que visa única e exclusivamente contornar a proibição do pacto comissório, encobrindo, sob a aparência de uma venda seguida de uma locação financeira, um empréstimo garantido por um penhor ou por uma hipoteca.” ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, 2008, ob. cit., p. 55.

⁸⁷Um negócio indireto consiste num “acto típico cujas cláusulas são executadas visando atingir um fim diferente do seu fim típico” CARVALHO FERNANDES, ob. cit., p. 353. MANUEL DE ANDRADE define negócio indireto como sendo um negócio típico “cujos efeitos são realmente queridos pelas partes”, mas são celebrados “por um motivo ou para um escopo ulterior diverso dos que estão de acordo com a função característica (causa) desse tipo negocial e correspondente a outro negócio típico ou tipificável”. In. ob. cit., p. 179.

típico: o penhor ou a hipoteca, consoante o contrato tivesse por objeto um bem móvel ou imóvel. Visar-se-ia prosseguir, através da figura da locação financeira restitutiva, o fim específico de garantia real da obrigação.”⁸⁸.

Argumenta-se ainda que, através deste esquema negocial, as partes lançariam mão de um negócio fiduciário com a única finalidade de garantir um crédito, o que seria inválido por afrontar o princípio do *numerus clausus* dos direitos reais e que se encontra previsto no art. 1306.º CC.⁸⁹. Nesta ordem de ideias, a locação financeira restitutiva constituiria uma restrição ao direito de propriedade.

É, no entanto, necessário refletir sobre o conceito de negócio fiduciário. O negócio fiduciário é “um contrato atípico, construído geralmente por referência a um tipo contratual conhecido suscetível de ser adaptado a uma finalidade diferente da sua própria, através de uma convenção obrigacional de adaptação.”⁹⁰. As relações entre o fiduciante e fiduciário têm na sua base uma convenção denominada de “pacto fiduciário”, na qual o fiduciário se compromete perante o fiduciante a não exceder, no respetivo exercício, o necessário para a obtenção dos objetivos definidos, e a restituir a coisa, uma vez alcançado o fim visado⁹¹.

A questão em torno da admissibilidade dos negócios fiduciários foi muito controvertida visto que o legislador não assumiu qualquer posição sobre a sua licitude ou ilicitude. Todavia, hoje, quer a nível doutrinal, quer a nível jurisprudencial, não se colocam dúvidas quanto à sua admissibilidade, conquanto dentro dos parâmetros legais em vigor⁹².

Manuel de Andrade é um dos autores que sustenta a invalidade dos negócios fiduciários pois “*não sendo válidos entre nós, portanto os negócios fiduciários, segue-se que os*

⁸⁸ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, 2008, ob. cit., p. 56.

⁸⁹ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, 2008, ob. cit., p. 56.

⁹⁰PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, 1995, ob. cit., p.259. REMÉDIO MARQUES refere que “Nos direitos europeus, *os contratos de fidúcia* são convenções mediante as quais se confere ao fiduciário (...) *a plena titularidade de um direito e este se obriga a exercê-lo, em seu nome, mas no interesse de outrem (...), bem como a transferi-la em circunstâncias pré-determinadas ao fiduciante ou a terceiro.*”. Continua o autor: “Apesar de tudo, o *fiduciário* (...) apenas poderá fazer uso da situações jurídica na medida do seu interesse, não podendo destruir ou alienar a coisa senão com autorização do devedor.” In ob. cit., pp. 593-594.

⁹¹ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, 2008, ob. cit., p. 60.

⁹² Neste sentido: CASTRO MENDES que justifica a sua tomada de posição com base nos arts. 405.º e no n.º 1 do 1306.º do CC com a ressalva de que tais negócios seriam inválidos se celebrados em fraude à lei, ou sempre que se caracterizar por outro vício. In ob. cit. pp. 240-242; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS considera que os negócios fiduciários são “admissíveis no direito português no âmbito da autonomia privada” In, ob. cit., p. 283.

interessados para realizarem objetivos semelhantes àqueles que seriam atingidos mediante esse negócio, terão de utilizar – sempre ou quase sempre – a simulação, fingindo concluir alguns dos negócios translativos causais previstos na lei (venda/doação/etc.).”⁹³.

Contudo, pode o contrato de locação financeira repositiva ser visto como uma manifestação de um negócio fiduciário?

Perfilhamos, neste âmbito, do entendimento de Ana Filipa Morais Antunes⁹⁴. Ou seja, acreditamos que o *sale and lease-back* não consubstancia um negócio fiduciário visto que não estão presentes os traços típicos que caracterizam este negócio. Na locação financeira repositiva o adquirente é pleno proprietário, todavia não o é no interesse do alienante, dado que este não o incumbiu do cumprimento de quaisquer obrigações ou tarefas. Acresce que o adquirente/locador para alienar o bem objeto do contrato não carece de autorização por parte do alienante/locatário.

Por último, verifica-se uma orientação que defende que a proibição do pacto comissório se deve aplicar a situações em que a transferência da propriedade opere com eficácia imediata, apesar de se poder resolver se se verificar um determinado evento⁹⁵. Para esta orientação a repositiva financeira repositiva, sob a aparência de uma verdadeira compra e venda, encobriria, uma venda sob condição resolutiva.

O entendimento maioritário em Portugal é o que defende que a locação financeira repositiva é, estruturalmente e funcionalmente, lícita, motivo pelo qual não viola a proibição legal do pacto comissório. Entende-se que, em abstrato, a locação financeira repositiva não parece constituir invariavelmente um expediente utilizado pelo credor e devedor cujo objetivo seja contornar a proibição legal do pacto comissório “ - pois também algo acriticamente seríamos tentados a suspeitar da aplicabilidade desta proibição a outros esquemas negociais precipuamente tipificados na lei, tais como a venda a retro, a venda com reserva de propriedade e a locação financeira *tout court*, aí onde a transferência da propriedade também poderia achar-se associada a um escopo de financiamento e garantia.” “Com o que o labéu da nulidade deste esquema contratual é algo redutor, pois esconde a existência de convenções nem sempre reconduzíveis a um escopo de garantia (real atípica), mas outrossim

⁹³MANUEL DE ANDRADE, 1960, ob. cit., pp. 177-178.

⁹⁴In ob. cit., p.62. Para LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS a locação financeira repositiva corresponde a um verdadeiro negócio fiduciário típico em garantia, todavia entende que a mesma será válida pese embora a sua qualificação, In “*A cessão de créditos em garantia e a insolvência/Em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*, ob. cit., p. 297 e pp. 638-641, nota 1238.

⁹⁵ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, 2008, ob. cit., p. 56.

convenções predispostas a acolher e a satisfazer um conjunto mais complexo de necessidades (meritórias) postas pelo tráfico jurídico-mercantil”⁹⁶.

Na locação financeira restitutiva, o direito de propriedade transfere-se para o credor num momento anterior ao nascimento do débito. Ao contrário do que se verifica no pacto comissório, neste esquema negocial, a transferência da propriedade dá-se num momento anterior ao incumprimento do devedor. E apesar de se poder entender que no *sale and lease-back* a transferência do bem do locador para o locatário financeiro é imediata, embora sob condição resolutiva de cumprimento do contrato de locação financeira por parte deste último “Não cremos, no entanto, que seja essa a real fisionomia do *lease-back*.”⁹⁷.

Só com a posterior celebração de outro negócio se volta a transferir a propriedade para a esfera jurídica do devedor. Todavia, é necessário não olvidar que tal transferência apenas se verifica quando a opção de recompra tiver sido convencionada pelas partes. Nos casos em que inexistir tal convenção jamais a propriedade será transferida para o vendedor, pese embora tenha o débito sido integralmente pago.

Assim, o “*sale and lease-back não ofenderá, na maioria dos casos, o disposto no artigo 694.º, do CC, se e quando a venda for pura e simples, não sujeita, portanto, a qualquer condição (suspensiva ou resolutiva). De tal jeito que, cumprida a obrigação, a venda não se resolve, antes o locatário pode exercer potestivamente o direito de opção (de recompra).*”⁹⁸. Para que o fornecedor-locatário volte a ser o proprietário do bem tem de exercer o direito de opção de compra e pagar o preço residual respetivo. Ou seja, a venda em questão é uma venda pura e simples⁹⁹.

Ademais, “Decisivo é, ainda, o facto de no *sale and lease-back* a sociedade locadora ficar livre de alienar o bem que adquira ao vendedor-locatário a um qualquer terceiro, para mais quando este respeitar o *direito de gozo* deste último.”¹⁰⁰. Como bem refere Remédio Marques tal faculdade jurídica não está presente no esquema do pacto comissório dado que a coisa deve ser transmitida ao devedor na hipótese de este pagar a totalidade do montante em dívida.

⁹⁶REMÉDIO MARQUES, 2001, ob. cit., p. 600.

⁹⁷ISABEL ANDRADE DE MATOS, 2006, ob. cit., pp.206-207.

⁹⁸REMÉDIO MARQUES, 2001, ob. cit., p. 603.

⁹⁹ISABEL ANDRADE DE MATOS, 2006, ob. cit., p.207.

¹⁰⁰REMÉDIO MARQUES, 2001, ob. cit., p. 605.

A locação financeira restitutiva não tem necessariamente um fim de garantia. Com a celebração deste contrato, o vendedor pode não só continuar a utilizar o imóvel que necessita para a sua atividade económica, mas também dispõe de mais capitais necessários ao exercício da sua atividade “E porque pode continuar a usar as suas instalações, pode reembolsar o capital e juros devidos por força desse financiamento através das receitas emergentes do exercício da sua atividade económica.”¹⁰¹.

Entende-se, ainda, que a validade do contrato impor-se-ia atendendo a que o esquema das garantias reais se revela insuficiente e desadequado em relação às atuais necessidades creditícias, essencialmente das empresas, que reclamam o recurso a novas formas de garantia, mais flexíveis e eficientes e, que, não impliquem o desapossamento do devedor e dispensem o recurso ao procedimento executivo.

De todo o modo, deve ter-se em consideração que as partes podem fazer um uso indevido da figura de forma a conseguir ultrapassar a proibição legal do pacto comissório. Quer isto dizer que as partes podem servir-se deste esquema negocial para encobrir um verdadeiro pacto comissório procurando livrar-se da aplicação das normas legais que proíbem e determinam a sua nulidade sendo, assim, necessário analisar, casuisticamente, a real intenção das partes.

Em suma, “Isto não significa que a utilização do esquema da *locação financeira restitutiva* não deva ser fulminada com a *nulidade* resultante da proibição dos *pactos comissórios*”¹⁰² sempre que as partes, ao abrigo do princípio da autonomia privada, concluem esquemas contratuais que estruturalmente coincidem ou se aproximam do *sale and lease-back*¹⁰³.

¹⁰¹ISABEL ANDRADE DE MATOS, 2006, ob. cit., p. 206.

¹⁰²REMÉDIO MARQUES, 2001, ob. cit., p. 606. Neste sentido, ISABEL ANDRADE DE MATOS, ob. cit., p. 208.

¹⁰³REMÉDIO MARQUES salienta: “Nem a validade do quadro negocial da *locação financeira restitutiva* é um dado apriorístico, nem tão pouco pode julgar-se que estes negócios devem ser imediatamente fulminados com a *nulidade*, por força da proibição dos *pactos comissórios*.” ob. cit., p. 606. LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS refere que “uma aplicação apressada do pacto comissório” ao contrato de locação financeira restitutiva, sem se atender ao conteúdo da relação fiduciária estabelecida entre as partes e atender ao papel que a boa-fé desempenha “prejudicaria fortemente os interesses da economia em geral e dos comerciantes em particular.” Continua o autor: “Com efeito, dessa forma acabaria por se inviabilizar a *locação financeira restitutiva* que se trata de um instrumento privilegiado de concessão de crédito (...) Por outro lado, desconhecer-se-iam os interesses das partes que aqui estão em jogo, quer os da instituição de crédito em conceder o crédito em condições de segurança de obter a sua restituição, quer os do dono do bem de o mobilizar para obter crédito em condições mais favoráveis (...), exatamente, pela solidez e carácter expedito do mecanismo contratual a que se recorre.”, In. ob. cit., p. 506.

Luís Miguel Pestana de Vasconcelos acrescenta que a locação financeira restitutiva conduz ao resultado que o pacto comissório pretende evitar sempre que o locador financeiro possa, em caso de incumprimento por parte do locatário financeiro, fazer definitivamente sua a coisa objeto do contrato sem uma avaliação ou uma avaliação por ele realizada¹⁰⁴.

A boa-fé desempenha um papel fundamental na configuração da relação jurídica que emerge do contrato de locação financeira restitutiva. Resolvido o contrato de locação financeira restitutiva, o locador deverá fazer seu o bem ou encetar diligências no sentido de o vender. Contudo, para qualquer das possibilidades referidas anteriormente, deve o locador financeiro fazer uma avaliação do bem por um terceiro independente, caso este não possua um valor de mercado. Uma vez realizada tal operação, se o locador financeiro se encontrar numa situação mais favorável do que aquela em que se encontraria se o contrato tivesse sido integralmente cumprido, deverá restituir essa diferença ao locatário financeiro. Assim, “a existência destes deveres afasta qualquer pacto comissório e, consequentemente, também a invalidade, devido à proibição do dito pacto, do contrato. Atingiríamos desta forma um resultado similar ao do chamado pacto marciano, que é considerado lícito.”¹⁰⁵.

Isto posto, o contrato de locação financeira só seria nulo quando decorresse do contrato que as partes, efetivamente, pretendiam que, em caso de incumprimento, o locador financeiro ficasse com o bem, sem que o tivesse de alienar ou avaliar por terceiro independente, e não se verificasse a restituição do excedente, na hipótese de o bem ter um valor superior.

A jurisprudência nacional não se tem debruçado sobre este tema. Todavia, podemos enunciar alguns acórdãos.

O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 05 de junho, de 2014, relatado por Maria Amélia Ameixoeira¹⁰⁶ reconhece que a locação financeira restitutiva é uma

¹⁰⁴LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, 2013, ob. cit., p. 504.

¹⁰⁵LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, 2013, ob. cit., p. 504-505.

¹⁰⁶Disponível

em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/ddb54fa9a1c32f7680257d5c00518fb3?OpenDocument>

Em sentido semelhante: Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14 de novembro de 2015, relatado por Rosa Ribeiro Coelho, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/28ACD92817EB7A1180257F160052FA66>; e Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 27 de

modalidade de locação financeira e não coloca em causa a legalidade desta figura. Contudo, dispõe que o *sale and lease-back* pode violar o pacto comissório e, por isso, ser inadmissível “*sempre que, no caso concreto, se destine a contornar aquela proibição, cuja ratio é plúrima e complexa, relevando, a um tempo, o propósito de proteger o devedor da (possível) extorsão do credor e a necessidade, que corresponde a um interesse geral do tráfico, de não serem falseadas as “regras do jogo”, através da atribuição injustificada de privilégios a alguns credores, em prejuízo dos demais.*”. No referido acórdão estão também elencados os indícios da utilização da locação financeira restitutiva para fins ilícitos: “*«em primeiro lugar, a preexistência de uma relação creditícia entre as partes; em segundo lugar, a circunstância de o utilizador se encontrar numa situação de grave dificuldade económico-financieira; em terceiro lugar, o facto de a posição do locador ser ocupada por um sujeito que não exerça, habitualmente, a atividade de locação financeira; em quarto lugar, a existência de uma desproporção entre o montante do bem dado em garantia e o do débito»*”.

3. O PACTO MARCIANO

O pacto marciano consiste na convenção pela qual, no caso de incumprimento do devedor, o bem dado em garantia se transfere para o credor, ficando este, no entanto, obrigado a restituir ao devedor um preço justo. Admite-se, por via da estipulação marciana, que o credor se aproprie do bem dado em garantia, mas com a obrigação de restituir o excesso, relativamente ao valor da dívida¹⁰⁷.

No pacto marciano, ainda que a execução da garantia não seja realizada nos termos legalmente previstos, pois no caso de o devedor incumprir a obrigação a que estava vinculado na data do seu vencimento transfere-se diretamente para o credor a propriedade do bem do devedor, se o bem tiver um valor superior ao montante do débito, o credor fica com o ónus de entregar ao devedor o montante que corresponde à diferença entre o valor do bem e o montante em dívida. Por outro lado, se o bem tiver um valor inferior ao montante em débito, a obrigação apenas se extingue parcialmente, dado que o credor tem direito a que o devedor lhe pague a diferença entre os dois valores em causa.

Destarte, é necessário apurar o preço justo do bem dado em garantia e, para tal, torna-se imprescindível proceder à sua avaliação. A avaliação deve ter por base critérios

outubro de 2016, relatado por João Diogo Rodrigues, disponível: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/-/2005748FDC16C401802580760050EC69>.

¹⁰⁷ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, 2008, ob. cit., p. 38.

objetivos¹⁰⁸, nomeadamente: deve ser realizada por um terceiro isento e imparcial, designado pelas partes de comum acordo, de modo a que se salvaguardem não só os direitos do devedor, mas também os direitos dos restantes credores para que não ocorra a violação do princípio da “*par conditio creditorum*”; ademais deve ser realizada de acordo com as regras de mercado e, por último, a dita avaliação do bem apenas se deverá efetuar aquando do vencimento da obrigação visto que só nesse momento é que o devedor se encontra numa posição de inferioridade negocial face ao credor¹⁰⁹.

Todavia, questiona-se acerca da admissibilidade deste pacto.

Para a maioria da doutrina o pacto marciano é lícito¹¹⁰ devido a uma panóplia de argumentos que sustenta a sua validade. Vejamos: primeiramente, não se pode julgar imoral a intenção do credor celebrar um pacto marciano pois apenas irá receber aquilo que lhe é devido. Assim, não existe risco de o credor se locupletar com a diferença do valor do bem e o montante do seu crédito. Ao contrário do que se verifica no pacto comissório, o credor não se vai aproveitar da situação de inferioridade e necessidade em que se encontra o devedor visto que não pretende obter mais do que o montante do débito. Aliás, a execução do bem dado em garantia seria sempre realizada a um preço justo. Por fim, o recurso ao pacto marciano possibilitaria ao devedor e ao credor evitar os custos associados à execução judicial de uma garantia e “pode revelar-se até vantajoso para o

¹⁰⁸ISABEL ANDRADE DE MATOS, 2006, ob. cit., p. 83; ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, 2008, ob. cit., p. 42.

¹⁰⁹ ISABEL ANDRADE DE MATOS, 2006, ob. cit., p. 83.

¹¹⁰Neste sentido: REMÉDIO MARQUES, a propósito do contrato de locação financeira restitutiva, refere que a validade desses complexos negociais pode ser salvaguardada pela estipulação do pacto marciano visto que “*se o que se visa é precisamente prevenir o injustificado “aproveitamento” da debilidade do devedor por parte do credor (...) far-se-á mister (...) prever que, pese embora a coisa se transmita para o credor-adquirente-locador, este fique obrigado, no termo da relação jurídica, a restituir ao devedor-alienante-locatário a quantia correspondente à eventual diferença entre o valor venal do bem o montante em débito. Eliminado o risco de desproporção entre o montante do débito e a responsabilidade patrimonial do devedor (...), por via de uma avaliação do bem transmitido, caminha-se, destarte, para o reequilíbrio do sinalagma negocial em matéria de repartição do risco e de eliminação da álea existente no momento da celebração.*” ob. cit., p.607-608.

ISABEL ANDRADE DE MATOS também reconhece a validade o pacto marciano, mas realça que “*Essencial é (...), que a avaliação do bem seja feita apenas no momento do vencimento da obrigação, de forma imparcial e de acordo com os critérios objetivos. Com efeito, neste caso, não subsistindo o perigo de exploração do devedor necessitado – tantas vezes apontado no pacto comissório –, parece efectivamente que nada justifica que o pacto marciano fique abrangido na proibição consagrada para aquele.*” ob. cit., p. 88.

ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, 2008, ob. cit., pp. 38-43.

JULIO GOMES, 2000, ob. cit., p. 71-72.

devedor, já que, no processo executivo, a venda coactiva do bem realiza, em regra, um valor inferior ao valor efectivo desse mesmo bem.”¹¹¹.

Não obstante, a validade do pacto marciano não é pacífica. Existe um seguimento minoritário da doutrina que considera que a proibição legal do pacto comissório corresponde a um “afloramento da proibição mais genérica das alienações com causa de garantia”¹¹² e que, por isso, o pacto marciano também deve considerar-se proibido. No fundo, entende que a proibição do pacto comissório se estende a toda e qualquer convenção segundo a qual o credor, face ao incumprimento do devedor, irá adquirir a propriedade do bem dado em garantia.

Vaz Serra, nos trabalhos preparatórios do Código Civil, pese embora não tenha feito menção expressa ao pacto marciano, manifesta-se a favor da proibição deste. Para o ilustre autor, a proibição do pacto comissório aplica-se nesta hipótese ainda que o credor se obrigue a entregar o excedente do valor do coisa em relação ao total do seu crédito e ainda que a coisa tivesse um valor fixo de mercado. Ademais, considera que a alienação do bem pelo devedor não é motivada por uma vontade negocial nesse sentido, mas antes pelas dificuldades económico-financeiras em que se encontra¹¹³.

Pela nossa parte concordamos com o segmento da doutrina que reconhece a validade do pacto marciano. A estipulação marciana além de afastar os riscos inerentes aos negócios usurários e o aproveitamento das debilidades do devedor pelo credor assegura a equivalência das prestações negociais e reequilibra o sinalagma negocial. Importa não olvidar que o preço justo do bem dado em garantia é determinado com base numa avaliação realizada por um terceiro isento e imparcial e que tem por base critérios objetivos de avaliação.

¹¹¹JÚLIO GOMES, 2004, ob. cit., p. 71.

¹¹²JÚLIO GOMES, 2004, ob. cit., p. 71.

¹¹³“o credor apropriar-se-ia de uma coisa, que o empenhador não querería vender-lhe nessas condições, se não fosse a dificuldade económica em que se encontrava.” In ob. cit., p. 219. ANA FILIPA MORAIS ANTUNES insurge-se contra esta posição mais conservadora pois considera que “não parece ser consentânea com o actual panorama e tendência em matéria de garantias das obrigações, caracterizadas por uma maior flexibilidade e por menos constrangimentos legais.” ob. cit., p. 43.

CAPÍTULO IV

A NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE LOCAÇÃO FINANCEIRA RESTITUTIVA

Importa confrontar a locação financeira restitutiva com algumas figuras próximas, mas que com ela não se devem confundir, entre as quais: a venda a retro; a venda a prestações com reserva de propriedade e a locação.

1. VENDA A RETRO

A venda a retro está prevista no art. 927.º e ss. CC. Consiste num contrato de compra e venda em que se confere ao vendedor a possibilidade de resolver o contrato. Este tipo de contrato “serve, amiúde, para financiar o vendedor, o qual, sem recorrer a outros meios, designadamente, ao crédito hipotecário, e sem perder a possibilidade de reaver a titularidade do bem, pode obter o dinheiro de que carece.”¹¹⁴.

Ainda que a locação financeira restitutiva e a venda a retro prossigam finalidades de financiamento¹¹⁵, é possível identificar diferenças entre estes dois institutos.

No contrato de locação financeira restitutiva, o vendedor, que também é locatário, é devedor da quantia que recebeu e vai ter de a restituir através de um processo de locação financeira. Em oposição, na venda a retro, o vendedor é credor do preço do bem e, por isso, não terá de o restituir¹¹⁶.

Na locação financeira restitutiva o locador financeiro vai recuperar o montante que entregou ao locatário financeiro pela compra do bem juntamente com os juros,

¹¹⁴PEDRO ROMANO MARTINEZ, 2018, ob. cit., p. 83.

A venda a retro poderia consubstanciar uma forma de ultrapassar a proibição legal do pacto comissório visto que o credor ficaria com o bem do devedor. Apesar de ter sido, inicialmente, proibida o legislador de 1966 considerou que a mesma, pese embora os perigos que acarretava, poderia ser utilizada para resolver problemas, nomeadamente, o recurso ao crédito. Ademais, para limitar e evitar abusos por parte dos credores, o legislador, instituiu, nos termos do art. 928.º CC, que as vantagens patrimoniais dos credores têm de estar delimitadas, concretamente: é nula não só a venda a retro onde se estipulem vantagens patrimoniais para o credor como contrapartida à resolução do contrato, mas também a venda a retro onde se estabeleça uma devolução do preço superior ao fixado para a venda.

¹¹⁵ANA FILIPA MORAIS ANTUNES realça que a venda a retro apesar de prosseguir “finalidades de financiamento à semelhança da locação financeira restitutiva (...) não se vê como se possa atacar o *lease-back* e admitir, simultaneamente, a validade da venda com a cláusula a retro. Na verdade, também a venda a retro se assume como uma alternativa ao financiamento bancário, possibilitando ao primitivo proprietário dos bens reaver a titularidade dos mesmos.” In ob. cit., p. 54.

¹¹⁶DIOGO LEITE DE CAMPOS, 1982, ob. cit., p. 781.

pagamento das rendas e do valor residual^{117 118}. Na venda a retro, o montante entregue como preço só pode ser restituído, na sua integralidade, no momento da resolução do contrato pelo vendedor. A resolução não pode ser acompanhada do pagamento de juros ou de qualquer outra vantagem para o comprador, sob pena de nulidade¹¹⁹.

Ademais, ambos os institutos distinguem-se se atentarmos aos seus objetivos¹²⁰. Na venda a retro, o vendedor pretende ter a possibilidade de vir a adquirir o bem que alienou, ao passo que no *sale and lease-back* o vendedor tenciona continuar a utilizar o bem que vendeu e que, em consequência, lhe foi cedido em locação financeira. Com isto, não se coloca em causa que, quer na venda a retro, quer na locação financeira restitutiva, o vendedor do bem pretenda receber o preço, todavia o intuito das partes não se circunscreve ao recebimento desse preço¹²¹.

Por fim, na locação financeira restitutiva a re aquisição do bem ocorre aquando do exercício de compra do bem pelo valor residual enquanto que na venda a retro decorre da extinção do próprio contrato¹²².

2. VENDA A PRESTAÇÕES COM RESERVA DE PROPRIEDADE

A compra e venda a prestação vem regulada nos arts. 934.º ss. CC e corresponde a um tipo de venda a crédito¹²³.

É possível identificarmos algumas diferenças que permitem distinguir, com clareza, a locação financeira restitutiva da compra e venda com reserva de propriedade. O *“traço distintivo marcante entre os dois institutos estará na circunstância de, na locação financeira restitutiva, 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*

¹¹⁷LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, 2013, ob. cit., p. 505.

¹¹⁸“As rendas não são a contrapartida do gozo da coisa que o locador-financeiro proporciona à sua contraparte, mas são calculadas por forma a fraccionar parte do crédito atribuído ao locatário-financeiro, através do preço de compra da coisa, pelos meses pelos quais vigora o contrato, sendo aí também incluídos, os juros e outras despesas.” LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, 2007, ob. cit., p. 244.

¹¹⁹LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, 2007, ob. cit., p. 244.

¹²⁰ISABEL ANDRADE DE MATOS, 2006, ob. cit., p. 199.

¹²¹ISABEL ANDRADE DE MATOS, 2006, ob. cit., p. 199.

¹²²LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, 2007, ob. cit., p. 245.

¹²³PEDRO ROMANO MARTINEZ, 2018, ob. cit., p 86-87. O autor entende que na compra e venda a prestações “o pagamento do preço é feito rateadamente. O preço devido corresponde a uma obrigação unitária que, todavia, foi dividida e escalonada no tempo no que respeita ao seu cumprimento; ou seja, o preço acordado é uma é única obrigação liquidável em prestações, com vencimentos diferidos no tempo.”

opção» (...) e através do pagamento de um preço.”¹²⁴. Na compra e venda a prestações, a transmissão da propriedade dá-se automaticamente com o pagamento da última prestação.

Para além da forma de transmissão da propriedade e do momento em que a mesma se verifica, os dois institutos distinguem-se quanto ao seu objeto. Enquanto a compra e venda com reserva de propriedade tem como objeto um determinado bem, a locação financeira restitutiva tem como objeto o uso de um bem¹²⁵.

3. LOCAÇÃO

A noção legal do contrato de locação encontra-se previsto no art. 1022.º CC. “A locação é contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de uma coisa, mediante retribuição.”¹²⁶

No contrato de locação, o locador utiliza um determinado bem com o objetivo de retirar dele o maior rendimento possível “celebrando, se tal for necessário, diversos contratos sobre ela durante a sua vida útil.”¹²⁷. Na locação financeira restitutiva, o locador não pretende gozar o bem, mas conceder um financiamento e garantir o retorno do seu investimento¹²⁸. Ademais, o contrato é celebrado, em regra, pelo período correspondente à vida útil do bem, ou seja, o bem apenas será objeto de um único contrato de locação financeira¹²⁹.

A manutenção do bem, no contrato de locação financeira restitutiva, cabe ao locatário financeiro enquanto que no contrato de locação compete ao locador, nos termos do disposto nos arts. 1031.º, al. b e 1036.º do CC¹³⁰.

Nesta ordem de ideias, o risco de perecimento e deterioração do bem corre por conta do locatário financeiro, no caso da locação financeira restitutiva, mas impende sobre o locador e proprietário no caso do contrato de locação¹³¹.

¹²⁴DIOGO LEITE DE CAMPOS, 1982, ob. cit., p. 781.

¹²⁵ISABEL ANDRADE DE MATOS, 2006, ob. cit., p. 198.

¹²⁶ É possível retirar da noção legal de locação três elementos essenciais: pressupõem-se que se proporcione a outrem o gozo de um determinado bem; esse gozo será concedido de forma temporária e mediante uma retribuição. PEDRO ROMANO MARTINEZ, 2018, ob. cit., p. 160.

¹²⁷DIOGO LEITE DE CAMPOS, 1982, ob. cit., p. 782.

¹²⁸ISABEL ANDRADE DE MATOS, 2006, ob. cit., p. 200.

¹²⁹DIOGO LEITE DE CAMPOS, 1982, ob. cit., p. 782.

¹³⁰DIOGO LEITE DE CAMPOS, 1982, ob. cit., p. 782.

¹³¹DIOGO LEITE DE CAMPOS, 1982, ob. cit., p. 782.

Na locação financeira, o locatário pode exercer contra o vendedor/empreiteiro, 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 do Código Civil.”¹³².

Sem prescindir, há características específicas da locação financeira que não se manifestam na locação, desde logo: no termo do prazo contratual, o locatário financeiro tem a possibilidade de adquirir de novo o bem mediante o pagamento de um valor residual previamente fixado entre as partes e a coisa a adquirir é indicada pelo locatário financeiro.

4. COLIGAÇÃO DE CONTRATOS

A nosso ver, o contrato de locação financeira restitutiva consiste numa coligação de contratos: um contrato de locação financeira e um contrato de compra e venda. Os contratos estão ligados entre si por um nexo funcional, todavia são estruturalmente independentes visto que cada um dos contratos funciona como causa do outro.

É este o entendimento partilhado na doutrina por DIOGO LEITE DE CAMPOS¹³³ e ISABEL ANDRADE DE MATOS¹³⁴.

Neste esquema contratual alguém vende um bem a outrem, que o adquire e cede, temporariamente, contra retribuição, ao primeiro. O comprador apenas vai adquirir o bem para o ceder em locação financeira ao vendedor. Todavia, apenas cede o bem em locação financeira porque o adquiriu, previamente. Por seu lado, o vendedor vai alienar o bem com o intuito de receber esse bem em locação financeira. Do mesmo modo, o vendedor apenas recebe o bem em locação financeira pelo facto de o ter vendido.

Isto posto, a locação financeira restitutiva deve ser configurada como uma união de contratos: um contrato de compra e venda e um contrato de locação financeira. Os

¹³²DIOGO LEITE DE CAMPOS, 1982, ob. cit., p. 782.

¹³³Entende o autor que “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. Alias, 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.” In, ob. cit., p. 793.

¹³⁴ISABEL ANDRADE DE MATOS, 2006, ob. cit., p. 197.

contratos, embora estejam ligados entre si por um nexo funcional não perdem a sua individualidade¹³⁵.

¹³⁵LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS considera que “Do prisma estrutural, estamos perante dois contratos ligados, por forma à obtenção de um determinado resultado. Temos aqui uma coligação externa, uma vez que os contratos são celebrados ao mesmo tempo, uma coligação genética – pela locação financeira as partes obrigam-se a celebrar a compra e venda, executada ao mesmo tempo – e, principalmente, uma dependência bilateral, no sentido, aqui, de a invalidade de um dos contratos afetar o outro. Este último aspeto é bastante claro no que toca à invalidade do contrato de locação financeira, que atinge a compra e venda do bem.” ob. cit., p. 501-502.

CONCLUSÃO

As origens do *sale and lease-back* confundem-se com as origens do contrato de locação financeira, o que vale por dizer que os primeiros contrato de locação financeira a ser celebrados foram contratos de locação financeira restitutiva.

Ao contrário do que se acontece nos restantes ordenamentos jurídicos, em Portugal, existe uma disciplina jurídica sobre a locação financeira. O DL. n.º 171/79, de 06 de junho, foi o primeiro diploma legal a consagrar o regime da locação financeira. Dezasseis anos depois, surgiu um novo regime jurídico instituído pelo DL. n.º 149/95, de 24 de junho.

Entre nós, a admissibilidade da locação financeira restitutiva nem sempre foi pacífica. Parte da doutrina entende que o *sale and lease-back* deve ser admitido com base nos seguintes argumentos: pelo carácter amplo da noção; nenhum dos diplomas, supra mencionados, proíbe, expressamente, o contrato de locação financeira; a trilateralidade da locação financeira não constitui um elemento essencial do contrato e, por fim, invoca-se o princípio da liberdade contratual, consagrado no art. 405.º do CC. Por seu turno, o segmento da doutrina que entende que a locação financeira restitutiva não é admissível invoca, essencialmente, que o *sale and lease-back* não se encontra expressamente previsto no nosso ordenamento jurídico e, conseqüentemente, que a noção legal de locação financeira não o permitia por não ter estado no espírito do legislador aquando da criação da locação financeira.

A proibição do pacto comissório, consagrada no art. 694.º do CC. tem sido utilizada como argumento para afastar a validade do *sale and lease-back*. São invocados cinco argumentos para sustentar esta proibição: a tutela do devedor necessitado – visava impedir os habituais abusos por parte dos credores; a usura – pretende proteger o devedor do risco do credor, em caso de incumprimento, se apoderar de um bem mais valioso do que o montante do seu crédito; o princípio da *par conditio creditorum* – a admitir-se o pacto comissório o princípio da igualdade dos credores seria colocado em causa; a necessidade de assegurar o monopólio do Estado no que ao exercício da função executiva diz respeito e, por fim, o interesse geral em evitar que o pacto comissório se dissemine e prevaleça no ordenamento jurídico.

Ademais, admite-se que a proibição do pacto comissório vai aplicar-se a situações onde se verifique que as partes se socorreram de um esquema negocial com o objetivo

primário de constituir uma garantia real de um direito de crédito contornando, desta forma, a proibição legal que consta no art. 694.º do Código Civil. Ou seja, não se atende à função característica do negócio celebrado, mas antes ao resultado que é proibido por lei.

Constituem indícios que as partes utilizam o contrato de locação financeira restitutiva para contornar a proibição do pacto comissório: a preexistência de uma relação creditícia entre as partes; a circunstância de o locatário financeiro se encontrar numa difícil situação económica e financeira; a posição de terceiro ser ocupada por um terceiro que, por via de regra, não exerça habitualmente a atividade de locação financeira e, por último, a circunstância de não existir qualquer cláusula que assegure o equilíbrio entre o valor do bem alienado e o valor fixado para aquisição do mesmo.

A locação financeira restitutiva traduz-se numa coligação de contratos: um contrato de locação financeira e um contrato de compra e venda. Os contratos estão ligados entre si por um nexo funcional, todavia são estruturalmente independentes visto que cada um dos contratos funciona como causa do outro.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Coimbra, Almedina, 1960;

ANTUNES, Ana Filipa Morais, *O contrato de locação financeira restitutiva: do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2008;

CAMPOS, Diogo Leite, *Nota sobre a admissibilidade da locação-financeira restitutiva no direito português*, ROA, Ano 42 (Setembro-Dezembro), 1982;

CORDEIRO, António Menezes, *Manual de Direito Bancário*, 6ª edição Revista e Atualizada, Almedina, 2016;

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 2001;

DUARTE, Rui Pinto

- *Escritos sobre o Leasing e Factoring*, Cascais, Principia, 2001;

- *O Contrato de Locação Financeira (Uma síntese)*, Revista da Faculdade de Direito da UNL, Ano X, N.º 19, 2010;

FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora;

FREITAS, José Lebre de / Redinha, João, *Código Processo Civil Anotado*, Coimbra, Almedina, 2003;

GOMES, Júlio Vieira da Silva, *Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório, o pacto autónomo e o pacto marciano/anotação do Ac. Do STJ de 30.01.2003*, CDP, n.º 8 (Outubro-Dezembro), 2004;

GOMES, Manuel Januário Da Costa, *Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o sentido e o Âmbito da vinculação como fiadora*, Coimbra, Almedina, 2000;

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes

- *Direito das Obrigações*, Vol. II, 5.^a ed, Coimbra, Almedina, 2006;
- *Garantias das obrigações*, Coimbra, Almedina, 2019;

MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio, *Locação financeira restitutiva (sale and lease-back) e a proibição dos pactos comissórios – negócio fiduciário, mútuo e ação executiva*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 77, Coimbra, 2001;

MARTINEZ, Pedro Romano

- *Contratos Comerciais (Apontamentos)*, Cascais, Principia, 2001;
- *Direito das Obrigações (Parte Especial) Contratos*, 2.^a ed., Almedina, 2018.

MATOS, Isabel Andrade de, *O Pacto Comissório: Contributo para o estudo do âmbito da sua proteção*, Coimbra, Almedina, 2006;

MENDES, João de Castro, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1985.

MORAIS, Fernando de Gravato, *Manual da Locação Financeira*, 2.^a edição Coimbra, Almedina, 2011;

SERRA, Vaz, Penhor, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 58, (Julho de 1956);

SILVA, João Calvão da, *Locação financeira e garantia bancária*, in Estudos de Direito Comercial (Pareceres), Coimbra, Almedina, 1996;

VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 1999;

VASCONCELOS, Duarte Vieira Pestana de, *A locação financeira*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 45, Lisboa, 1985;

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de,

- *Direito das Garantias*, Coimbra, Almedina, 2013;

- *A Venda a Retro como Instrumento de Concessão de Crédito Garantido. Do Direito Civil ao Direito Bancário*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, IV, 2007;

- *A cessão de créditos em garantia e a insolvência/ Em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*, Coimbra, Coimbra Editora. 2007.

VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Contratos Atípicos*, Coimbra, Almedina, 1995;

