

Garantias das Obrigações

Luís Manuel Teles de Menezes Leitão

6ª Edição

É discutível, face ao art. 824º, nº 2, se a reserva de propriedade sobrevive à venda executiva, no caso de o bem vir a ser judicialmente alienado, parecendo preferível a solução afirmativa⁶³².

A reserva de propriedade é já objecto de regulação a nível europeu, dado que o Regulamento (UE) 2015/848, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 2015, relativo aos processos de insolvência regula no seu art. 10º as consequências que a abertura de um processo de insolvência provoca na venda de um bem com reserva de domínio, quando o referido bem se encontra em Estado membro distinto daquele em que foi aberto o processo. Se o processo de insolvência é dirigido contra o comprador do bem, ele não afectará os direitos do vendedor baseados na reserva de propriedade. Se o processo de insolvência se dirige contra o vendedor depois da entrega do bem, ele não constituirá causa de rescisão da venda, nem impedirá o comprador de posteriormente adquirir o bem. São, no entanto, admissíveis as acções de nulidade, de anulação ou de impugnação. Também o art. 9º da Directiva 2011/7/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 2011, que estabelece medidas de luta contra os atrasos no pagamento nas operações comerciais, determina a todos os Estados membros o reconhecimento da eficácia da reserva de propriedade⁶³³.

2.5. Natureza da venda com reserva de propriedade

Apesar da grande controvérsia que existe na doutrina sobre a natureza da venda com reserva de propriedade⁶³⁴, a posição que nos parece preferível é a de que ela atribui logo ao comprador um direito de expectativa, o qual constitui um direito absoluto semelhante à propriedade, podendo ser visto como um pré-estádio da mesma, e portanto mais como um *minus* do que como um *aliud* em relação a ela⁶³⁵. Já a posição do vendedor reveste, como

de venda atribui um direito à posse ao comprador, o qual é afectado pela recusa de pagamento do preço em virtude da prescrição.

⁶³² No Ac. RL 4/12/2003 (GRANJA DA FONSECA), em CJ 28 (2003), 5, pp. 114-117, sustenta-se que a reserva se mantenha, após a penhora e que não caduque com a venda executiva, dado que se trata de um direito real de gozo.

⁶³³ Cfr. sobre o anterior art. 4º da Directiva 2000/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de Junho de 2000, ANA CATARINA ROCHA, RFDUP 2 (2005), pp. 34 e ss.

⁶³⁴ Cfr. para mais desenvolvimentos MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III- *Contratos em especial*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, pp. 61 e ss.

⁶³⁵ Cfr. LUDWIG RAISER, *op. cit.*, pp. 10 e ss., FORKEL, *op. cit.*, pp. 212 e ss. e passim, PETER BÜLOW, *Jura* 1986, p. 234 e SCHMIDT-RECLA, *JuS* 2002, pp. 759 e ss., e WEBER, *op. cit.*

se referiu, a natureza de uma garantia, dado que a conservação da propriedade é efectuada com essa função exclusiva.

3. A alienação fiduciária em garantia

3.1. Configuração geral

A alienação fiduciária em garantia⁶³⁶ consiste na situação que se verifica quando o devedor ou um terceiro procede à alienação de um bem para o

pp. 192 e ss. Em sentido contrário, recusando o conceito de “direito de expectativa”, e negando que a posição jurídica do comprador seja um direito subjectivo e qualificando-a antes como mera expectativa veja-se ERNST WOLF, *op. cit.*, § 7 C, pp. 294 e ss., GERHARD PICOT, “Die Anschluß-Sicherung nach voraufgegangener Sicherungsübereignung als eigenständige Kreditunterlage”, em *BB* 1979, pp. 1264-1273 (1266 e ss.), e MAROTZKE, *Das Anwartschaftsrecht*, pp. 16 e 18 e ss., ID, “Die Aufhebung grundpfandrechtbelasteter Eigentumsanwartschaften”, em *AcP* 186 (1986), pp. 490-517.

⁶³⁶ Cfr. entre nós, GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos*, pp. 192 e ss., LEITE DE CAMPOS, *A locação financeira*, Lisboa, Lex, 1994, pp. 32 e ss., MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, “Alienação fiduciária em garantia e aquisição de casa própria (Notas de direito Comparado)”, em *DJ* 1 (1980), pp. 41-57, ROSELY DE MORAES CAMPOS, “Alienação fiduciária em garantia”, em FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA (org.), *As operações comerciais*, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 567-590, e LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *A cessão*, pp. 338 e ss., e 803 e ss. e *Direito das garantias*, pp. 592 e ss., e CATARINA MONTEIRO PIRES, *Alienação em garantia*, Coimbra, Almedina, 2010.

Na doutrina francesa, veja-se DOMINIQUE LEGEAIS, *op. cit.*, pp. 458 e ss.
Na doutrina espanhola, veja-se CARRASCO PERERA / CORDERO LOBATO / MARÍN LOPEZ, *op. cit.*, pp. 1057 e ss., e SIXTO SANCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 157 e ss.
Na doutrina alemã, cfr. BÜLOW, *Kreditsicherheiten*, pp. 335 e ss., nºs 1091 e ss., e BLAUROCK, *Aktuelle Probleme*, pp. 117 e ss., RIMMELSPACHER, *op. cit.*, § 6, pp. 77 e ss., nºs 308 e ss., WEBER, *op. cit.*, § 8, pp. 156 e ss., HANS WEINHAUSEN, *Die Sicherungsübereignung*, Berlin, Struppe & Winckler, 1928, HANS FRIEDHELM GAUL, “Lex commissoria und Sicherungsübereignung – Zugleich ein Beitrag zum sogenannten Innenverhältnis bei der Sicherungsübereignung”, em *AcP* 168 (1968), pp. 351-382, PETER DERLEDER, “Sicherungsübereignung und Wertausschöpfung. Ein Beitrag zur Eingliederung der Sicherungsübereignung in das System der Kreditsicherung”, em *BB* 1969, pp. 725-733, NORBERT REICH, “Funktionsanalyse und Dogmatik bei der Sicherungsübereignung”, em *AcP* 169, pp. 247-270, ID, *Die Sicherungsübereignung*, Bad Homburg, Athenäum, 1970, RÜDIGER FRIEDRICH, *Sicherungseigentum und Gläubigerwechsel*, Diss. Freiburg, 1970, HELMUT COING, *Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts*, München, Beck, 1973, pp. 72 e ss., ROLF SERICK, *Eigentumsvorbehalt*, vols. II e III, e *Deutsche Mobiliarsicherheiten*, pp. 3 e ss. e 67 e ss., PETER BÜLOW, “Anwendbarkeit von Pfandrechtbestimmungen auf die Sicherungstreuhand”, em *WM* 1985, pp. 373-380 e 405-411, ID, “Übereignung beweglicher Sachen zur Sicherheit”, em *Jura* 1987, pp. 509-517, KLAUS BEHRENS, *Die Rückabwicklung der Sicherungsübereignung bei Erledigung und Nichterreichung des Sicherungszwecks*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990,

credor, para garantia do cumprimento de uma obrigação, vinculando-se o credor a apenas utilizar esse bem para obter a realização do seu crédito, devendo o mesmo ser restituído ao alienante em caso de cumprimento da obrigação a que serve de garantia.

A alienação fiduciária em garantia tem origem na *fiducia cum creditore* do Direito Romano. No âmbito desta as partes realizavam uma transmissão da propriedade (para as *res Mancipi* normalmente através da *mancipatio* ou da *in iure cessio*), comprometendo-se o adquirente a conservar a coisa para garantia de um crédito, devolvendo-a ao transmitente após a sua satisfação. Normalmente a alienação fiduciária não implicava a transmissão da posse para o adquirente, conservando antes o devedor o objecto em seu poder⁶³⁷.

Ela tem vindo a ser amplamente reconhecida no Direito Alemão, com base no direito consuetudinário, uma vez que, admitindo esse sistema jurídico a transferência da propriedade por negócio abstracto, não se colocam naturalmente problemas a que esta possa ser realizada com fins de garantia⁶³⁸. Na altura da elaboração do Código Civil alemão, a tendência já era para o reconhecimento da alienação fiduciária em garantia, já que, se alguma doutrina a

considerava inválida por fraude à lei⁶³⁹, outra doutrina a admitia⁶⁴⁰, sendo que a jurisprudência se inclinava igualmente no sentido da sua admissibilidade⁶⁴¹.

Os redactores do BGB recearam, no entanto, consagrar essa figura, entendendo que tal poderia provocar que os credores julgassem que o devedor era dotado de mais bens que aqueles que realmente possuía, ao conservar na sua posse bens já alienados a título de garantia⁶⁴². A rejeição desta posição esteve a cargo de GIERKE, que sustentou que uma economia moderna tinha que funcionar com garantias não possessórias, não havendo qualquer obstáculo à celebração de contratos de alienação com o fim de garantia, o que correspondia inclusivamente às necessidades do tráfego⁶⁴³. Por esse motivo, os redactores do segundo projecto entenderam não poder consagrar essa excepção ao princípio da abstracção, uma vez que impedir o devedor de dispor dos seus bens em garantia implicaria uma injusta restrição à autonomia privada⁶⁴⁴. Em qualquer caso, a alienação fiduciária em garantia não apareceu expressamente consagrada, ainda que a referência à venda com reserva de propriedade no § 445 BGB (actualmente § 449) legitimasse sistematicamente a sua admissão. Não foi considerado obstáculo a tal a consagração da proibição do pacto comissório no § 1229 BGB por se considerar que esse regime, previsto para o penhor, não se poderia aplicar à alienação fiduciária em garantia, já que nela o credor se apropria do que já é seu⁶⁴⁵. A doutrina tem, porém, admitido a aplicação analógica do regime do penhor em relação à alienação fiduciária em garantia⁶⁴⁶. Ao contrário do que sucede com o penhor, na alienação fiduciária em garantia não necessita de ocorrer a entrega da coisa, podendo esta ser conservada na posse do alienante. A alienação fiduciária em garantia

MANFRED WOLF, *Sachenrecht*, § 30, nº 761 e ss., pp. 748 e ss., JOACHIM GERNHUBER, "Die fiduziarische Treuhand", em *JuS* 1988, pp. 355-363, MORMANN, "Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Sicherungsübereignung" em *WM* 1975, pp. 582-589, GERHARD PICOT, *BB* 1979, pp. 1264 e ss., DIETRICH REINICKE/KLAUS TIEDTKE, "Begründung des Sicherungseigentums", em *DB* 1994, pp. 2173-2179, BAUR/STÜRNER, *op. cit.*, § 57, pp. 705 e ss., HELLMUT SCHOLZ, "Der Wechsel des Gläubigers einer fiduziarisch gesicherten Forderung", em *NJW* 1962, pp. 2228-2231.

Na doutrina italiana, veja-se MARIA COSTANZA, "Sulle alienazioni in garanzia e il divieto del patto comissorio", em *GC* 39 (1989), I, pp. 1824-1825, FRANCO ANELLI, *op. cit.*, pp. 103 e ss., 304 e ss., e passim, STEFANO D'ERCOLE, "Sull'alienazione in garanzia", em *CeIl* (1995), pp. 228-259, MASSIMO LASCIALFARI, "Le alienazione a scopo di garanzia", em VINCENZO CUFFARO (org.), *Le garanzie rafforzate del credito*, Torino, Utet, 2000, pp. 155-250.

⁶³⁷ Cfr., sobre a *fiducia cum creditore*, FREZZA, *op. cit.*, II, pp. 3 e ss., MAX KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, § 109, pp. 460 e ss., JUAN BAPTISTA JORDANO BAREA, "Origen y vicisitud de la Fiducia Romana", no *BFD* 24 (1948), pp. 322-359, ANTÓNIO ALBERTO VIEIRA CURA, "Fiducia cum creditore", no *BFD-Suplemento* 34 (1991), pp. 1-285, EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *op. cit.*, pp. 169 e ss. e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação voluntária em Direito Civil (Ensaio de reconstrução dogmática)*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 90 e ss., e nota (224); WIEGAND, "Eigentumsvorbehalt ...", p. 79 e PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Coimbra, Almedina, 1995, pp. 263 e ss.

⁶³⁸ Cfr. ALBINA CANDIAN, *op. cit.*, pp. 256 e ss.

⁶³⁹ Cfr. HELLMUT SCHOLZ, "Ueber die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung" em *AcP* 64 (1881), pp. 369-394 (379 e ss.).

⁶⁴⁰ Cfr. LEONHARD, "Ueber die Gefahren einer Beseitigung der Verpfändung beweglicher Sachen durch bloßen Vertrag" em *GruchotsBeitr* 25 (1881), pp. 177-221.

⁶⁴¹ Cfr. RG 9/10/1880, em *RGZ* 2 (1880), pp. 168-173, e RG 8/11/1881, em *RGZ* 5 (1882), pp. 181-184.

⁶⁴² Cfr. *Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, III - *Sachenrecht*, 2ª ed., Berlin, Guttentag, 1896 (o texto é de 1888), p. 335.

⁶⁴³ Cfr. OTTO VON GIERKE, *Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1889, p. 388, e nota (2).

⁶⁴⁴ Cfr. *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, III, Berlin, Guttentag, 1899, pp. 200-201.

⁶⁴⁵ Cfr. CANDIAN, *op. cit.*, p. 261 e ss.

⁶⁴⁶ Cfr. DERLEDER, *BB* 1969, p. 725 e PETER BÜLOW, *WM* 1985, pp. 373 e ss. e 405 e ss.

constitui assim actualmente uma garantia pacificamente admitida no Direito Alemão, ainda que se tenha discutido se ela se desenvolveu consuetudinariamente *praeter legem* ou antes *contra legem*⁶⁴⁷.

Nos sistemas causais como o francês, o italiano e o espanhol tem-se maioritariamente considerado que esta garantia não é admissível por violar o regime do pacto comissório. Pode admitir-se, no entanto, a conversão do negócio consoante os casos em penhor, hipoteca ou reserva de propriedade⁶⁴⁸. Apesar disso, em França a alienação fiduciária em garantia tem vindo a ser sucessivamente reconhecida na doutrina, pese embora os problemas suscitados pela proibição do pacto comissório⁶⁴⁹.

Já o novo Código Civil Holandês veio mesmo proibir a alienação fiduciária, derogando uma prática anteriormente estabelecida (NBW art. 3:84, III), enquanto que o art. 9 do *Uniform Commercial Code* americano efectuou uma avaliação funcional das garantias, integrando no seu regime as transferências de propriedade realizadas com essa função, as quais ficam dependentes do crédito garantido⁶⁵⁰.

Entre nós, a doutrina tem divergido em torno da questão da admissibilidade da alienação fiduciária em garantia. Para BELEZA DOS SANTOS, MANUEL DE ANDRADE, GALVÃO TELLES, e PESSOA JORGE, no âmbito de um sistema causal como o nosso não são admitidas transmissões abstractas,

⁶⁴⁷ Cfr. WEBER, *op. cit.*, p. 158. Efectivamente, não há referências no BGB à alienação fiduciária em garantia, não se podendo esta considerar implicitamente prevista no § 216 II (anteriormente 223 II BGB). A alienação fiduciária parece contrariar o § 1205 BGB que exige a entrega para a constituição do penhor de coisas. GAUL, *AcP* 168 (1968), pp. 357 e ss., refere tratar-se de uma evolução consuetudinária *contra legem*, chegando a qualificar a alienação fiduciária em garantia como um "filho ilegítimo" dos pais do BGB. REICH, *Sicherungsübereignung*, pp. 5 e 16 sustentando que ela corresponde essencialmente a um direito de juízes, considera-a em contradição com o princípio da abstracção vigente no Direito alemão, em face do qual não se deveria distinguir a transmissão plena da transmissão em garantia. Mas já WEINHAUSEN, *op. cit.*, pp. 47 e ss., considera corresponder a uma necessidade da prática, reconhecida pela jurisprudência.

⁶⁴⁸ Cfr. CARRASCO PERERA / CORDERO LOBATO / MARÍN LOPEZ, *op. cit.*, pp. 1065 e ss.
⁶⁴⁹ Cfr. MARTY / RAYNAUD / JESTAZ, *op. cit.*, pp. 337 e ss. e AYNÈS / CROCQ, *op. cit.*, pp. 307-308.

⁶⁵⁰ Cfr. KLAUS BEHRENS, *op. cit.*, pp. 127 e ss., ULRICH DROBNIG, "Security rights ...", p. 521 e JAN DALHUISEN, "Conditional sales and modern financial products", em ARTHUR HARTKAMP / MARTIJN HESSELINK / EWOUT HONDIUS / CARLA JOUSTRA / EDGAR DU PERRON, *Towards an european civil code*, 2ª ed., The Hague / London / Boston, Kluwer Law International, 1998, pp. 525-549 (528).

pelo que a alienação fiduciária em garantia não seria admissível, por não se reconduzir a nenhum dos negócios transmissivos da propriedade previsto na lei. Para além disso, a alienação fiduciária em garantia representaria uma fraude à lei, uma vez que se destinaria a elidir as disposições protectoras do devedor que existem no âmbito dos regime do penhor e da hipoteca⁶⁵¹.

A esta posição vieram, porém, sucessivamente opor-se CASTRO MENDES, OLIVEIRA ASCENSÃO, CARVALHO FERNANDES e PAIS DE VASCONCELOS, para quem a *fiducia cum creditore* não constitui necessariamente uma hipótese de simulação ou uma situação de fraude à lei. A simulação fiduciária em por ausência de *animus decipiendi* e também porque a alienação fiduciária em garantia não é necessariamente secreta e a fraude à lei não obsta a uma inadmissibilidade geral da alienação fiduciária em garantia, mas apenas à que seja fraudulenta. Esta figura poderia ser assim genericamente admitida com base na liberdade contratual (art. 405º), o que seria confirmado por a lei prever expressamente a hipótese de restrições obrigacionais ao direito de propriedade (art. 1306º, nº 1) e admitir mesmo situações de propriedade fiduciária, no âmbito do mandato sem representação (arts. 1180º e ss.) e da cessão de bens aos credores (art.s 831º e ss.)⁶⁵².

A jurisprudência veio recentemente a reconhecer a admissibilidade da alienação fiduciária em garantia⁶⁵³.

Na alienação fiduciária em garantia, o credor vem assim a adquirir a propriedade plena do bem, em lugar de um mero direito real de garantia, mas em vez de exercer plenamente os poderes que lhe incumbem como proprietário, limita esse exercício para a hipótese de incumprimento da obrigação garantida. Inclusivamente, o bem pode continuar a ser utilizado

⁶⁵¹ Cfr. JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A simulação em Direito Civil*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 1921, pp. 120 e ss., MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica. Facto jurídico, em especial*, reimp., Coimbra, Almedina, 1992, pp. 175 e ss. (178), GALVÃO TELLES, *Manual*, pp. 193 e ss. e PESSOA JORGE, *O mandato sem representação*, Lisboa, Ática, 1961, reimp. Coimbra, Almedina, 1995, pp. 326 e ss.

⁶⁵² Cfr. JOÃO DE CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, Lisboa, AAFDL, 1985 (mas 1979), pp. 165 e ss., OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral do Direito Civil*, II - *Ações e factos jurídicos*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 308 e 326, LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II - *Fontes, conteúdo e garantia da relação jurídica*, 3ª ed., Lisboa, Universidade Católica, 2001, pp. 316 e ss., e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, pp. 277 e ss.

⁶⁵³ Cfr. Ac. STJ 28/3/2006 (PINTO MONTEIRO), na *CJ-ASTJ* 14 (2006), 1, pp. 153-154 e Ac. STJ 16/3/2011 (LOPES DO REGO), processo 279/2002.El.SI.

pelo garante, limitando-se este a transferir a propriedade, sem proceder à sua entrega⁶⁵⁴.

Em caso de cumprimento, a propriedade deve ser restituída ao alienante, podendo essa restituição corresponder a uma obrigação assumida pelo credor ou resultar de uma condição resolutive a que as partes subordinem a transferência da propriedade. Em caso de incumprimento, o credor pode ficar com o bem transmitido ou tornar a aliená-lo, pagando-se pelo valor da venda, e entregando um eventual excesso ao primitivo proprietário.

A alienação fiduciária em garantia caracteriza pelo facto de ser uma garantia não acessória da obrigação principal⁶⁵⁵, uma vez que o beneficiário da garantia adquire e conserva a propriedade, mesmo que a obrigação principal não se venha a constituir validamente ou se extinga. É, no entanto, possível às partes estabelecer essa acessoriedade através da estipulação de uma condição suspensiva ou resolutive⁶⁵⁶, associando a subsistência do crédito à existência e manutenção da obrigação principal (art. 1307º, nº 1)⁶⁵⁷. Em qualquer caso, no entanto, há sempre a possibilidade de aplicação do instituto do enriquecimento sem causa, caso se verifique que a transmissão da propriedade foi realizada sem a causa de garantia que as partes tiveram em vista⁶⁵⁸.

⁶⁵⁴ Em qualquer caso, a transmissão da propriedade poderá determinar que o adquirente adquira a posse da coisa por via do constituto possessório (art. 1264º). Cfr. RÖTELMANN, "Sicherungsübereignung und Besitzermittlungsverhältnis", em *NJW* 1958, p. 1124. Sustentando que o autor da garantia mantém um direito à posse em nome próprio, veja-se REINICKE/TIEDKE, *DB* 1994, p. 2173.

⁶⁵⁵ Cfr. PETER BÜLOW, *Jura* 1987, p. 511, e WEBER, *op. cit.*, p. 166.

⁶⁵⁶ O comum na prática é o estabelecimento de uma condição resolutive, que determina a recuperação da propriedade em caso de pagamento da dívida. Neste caso, a figura afasta-se bastante da alienação fiduciária em garantia incondicionada, na medida em que a propriedade adquirida pelo credor fica sujeita às restrições do negócio condicional, designadamente em relação a actos dispositivos. Cfr. HOLGER ROSPRICH, *Die auflösend bedingte Sicherungsübertragung und ihr Verhältnis zur unbedingten Sicherungsübertragung*, Diss. Saarlandes, 1971, passim.

⁶⁵⁷ A jurisprudência alemã tem, no entanto, entendido, que essa condição não se pode considerar implícita na alienação fiduciária em garantia, pelo que terá que ser expressamente estipulada. Cfr., neste sentido, BGH 2/2/1984, em *NJW* 1984, pp. 1184-1186 e BGH 30/10/1990, em *NJW* 1991, pp. 353-355. Na doutrina, essa mesma posição é sustentada por ROSPRICH, *op. cit.*, p. 167, BECKER-EBERHARD, *Die Forderungsgebundenheit*, pp. 617 e ss., REINHARD KÜNZL, "Sicherungsübereignung und Allgemeine Geschäftsbedingungen", em *BB* 1985, pp. 1884-1886. Em sentido contrário, KLAUS BEHRENS, *op. cit.*, p. 120.

⁶⁵⁸ Cfr. STEPHAN BUCHHOLZ, "Können Sicherungszession und Sicherungsübereignung akzessorische ausgestaltet werden?", em *Jura* 1990, pp. 300-306 (306) e KLAUS BEHRENS, *op. cit.*, pp. 93 e ss.

Estando em causa um negócio de disposição, naturalmente este tem que obedecer aos requisitos do objecto negocial, entre os quais se inclui a determinabilidade (art. 280º, nº 1). Na Alemanha tem-se admitido, no entanto, alienações fiduciárias em garantia relativas a armazéns de mercadorias (*Warenlagern*)⁶⁵⁹, bem como em relação ao conjunto de coisas encontradas em determinada localização (*Raumsicherungsübereignung*, figura muito utilizada na prática bancária)⁶⁶⁰.

3.2. O problema da proibição do pacto comissório

Uma questão que se coloca na alienação em garantia diz respeito ao pacto comissório⁶⁶¹. Efectivamente, em todas as garantias reais constituídas por negócio jurídico o legislador vem estabelecer expressamente a proibição do pacto comissório. Ocorre essa proibição em relação à hipoteca no art. 694º, sendo essa proibição estendida ao penhor pelo art. 678º e à consignação de rendimentos pelo art. 665º. Coloca-se, por isso, o problema da proibição da alienação fiduciária em garantia, face a esse regime.

Há que salientar que não existe uma identidade absoluta entre as duas figuras, já que o pacto comissório é definido como a faculdade de o credor fazer sua a coisa objecto da garantia, no caso de o devedor não cumprir (art. 694º), enquanto que na alienação fiduciária em garantia ocorre antes uma prévia transmissão da propriedade para o credor, que a restituirá no caso de ocorrer o cumprimento da obrigação. No entanto, e conforme

⁶⁵⁹ Cfr. sobre este caso e os problemas de conflito de alienações que pode suscitar WEINHAUSEN, *op. cit.*, pp. 69 e ss., HARRY WESTERMANN, "Probleme der Sicherungsübereignung von Warenlagern", em *NJW* 1956, pp. 1297-1298, KLAUS TIEDKE, "Erwerb und Verlust des Sicherungseigentums an eingelagerter Ware", em *WM* 1978, pp. 446-455.

⁶⁶⁰ Cfr. MORMANN, *WM* 1975, pp. 582 e ss., JÜRGEN VORTMANN, "Die Raumsicherungsübereignung: Bestellung und Realisierung unter den Bedingungen der Insolvenzordnung", em *NZI* 2000, pp. 241-245.

⁶⁶¹ Cfr. RAAPE, *op. cit.*, pp. 50 e ss., GAUL, *AcP* 168 (1968), pp. 351 e ss., MAURO BUSSANI, "Patto comissorio, proprietà e mercato (Appunti per una ricerca)" em *RCDPriv* 15 (1997), pp. 113-131, ROSANNA DE NICTOLIS, "Divieto del patto comissorio, alienazione in garanzia e sale-lease-back", em *RDCiv* 37 (1991) II, pp. 535-569, FRANCESCA FIORENTINI, *RDCiv* 46 (2000), II, pp. 260 e ss. (com amplas referências bibliográficas a pp. 268 e ss.), GREGORIO GITTI, "Divieto del patto comissorio, frode alla legge, «sale and lease back»", em *RTDPC* 47 (1993), pp. 457-492. Entre nós, veja-se J. P. REMÉDIO MARQUES, "Locação financeira reitutiva (sale and lease-back) e a proibição de pacto comissório - negócio fiduciário, mútuo e acção executiva", em *BFD* 77 (2001), pp. 575-632.

sustenta JANUÁRIO GOMES, uma alienação fiduciária em garantia redundaria sempre numa forma de defraudar o regime do pacto comissório⁶⁶². A nossa lei não coloca, no entanto, obstáculos expressos ao pacto marciano, no âmbito do qual se autoriza o credor a apropriar-se da coisa entregue em garantia, pagando ao devedor a diferença entre o valor da mesma e o crédito garantido⁶⁶³. VAZ SERRA sustentava, no entanto, a sujeição do pacto marciano à mesma proibição, por considerar que não se encontram suficientemente acautelados os interesses do devedor, já que se permite ao credor apropriar-se de uma coisa, que o devedor não quereria vender-lhe nessas condições, não fosse a dificuldade económica em que se encontrava⁶⁶⁴. Essa posição não foi, porém, consagrada no Código, pelo que não parece sustentável *de iure condito*⁶⁶⁵.

Uma solução possível seria a de aplicar à alienação fiduciária em garantia o regime do penhor, relativamente à avaliação e alienação da coisa. Essa posição tem sido, no entanto, negada pela maioria da doutrina alemã com o argumento de ser incompatível com a alienação plena da propriedade, apenas se admitindo que as partes convencionem, com valor obrigacional, essa solução⁶⁶⁶.

3.3. A regulação da alienação fiduciária em garantia no D.L. 105/2004, de 8 de Maio

A alienação fiduciária em garantia acabou por vir a ser expressamente regulada no D.L. 105/2004, de 8 de Maio, alterado e republicado pelo D.L. 85/2011, de 29 de Junho, diplomas que transpõem a Directiva 2002/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Junho, relativa aos acor-

⁶⁶² Cfr. JANUÁRIO GOMES, *Assunção*, pp. 90-100.

⁶⁶³ O pacto marciano já se encontrava previsto em D.20.1.16.9. Considera admissível esta figura no direito italiano, MAURO BUSSANI, *RCDPriv* 15 (1997), p. 120.

⁶⁶⁴ Cfr. VAZ SERRA, *BMJ* 58 (1956), p. 219.

⁶⁶⁵ Cfr., no entanto, o Ac. STJ 30/1/2003 (NASCIMENTO COSTA), com os votos de vencido de DIONÍSIO ALVES CORREIA e QUIRINO SOARES, em *CDP* nº 8 (Outubro/Dezembro 2004), pp. 57-63, com anotação de JÚLIO GOMES, "Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório, o pacto comissório autónomo e o pacto marciano", *ibid*, a pp. 63-72. No sentido que defendemos, cfr. Ac. STJ 16/3/2011 (LOPES DO REGO), processo 279/2002.El.Sl.

⁶⁶⁶ Cfr. REINHOLD TRINKNER, "Verwertung sicherungsübereigneter Gegenstände", em *BB* 1962, pp. 80-81, ROLF SERICK, "Die Verwertung von Sicherungseigentum", em *BB* 1970, pp. 541-552. Em sentido contrário, cfr. KLAUS SCHREIBER, "Das Sicherungseigentum und seine Verwertung", em *JR* 1984, pp. 485-490.

dos de garantia financeira, com as alterações introduzidas pela Directiva 2009/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Maio⁶⁶⁷. Efetivamente, no âmbito deste diploma, a alienação fiduciária em garantia é tratada como uma garantia financeira, a par do penhor financeiro, dele se distinguindo por, ao contrário deste, ter como efeito a transmissão da propriedade com função de garantia (art. 2º, nº 2, D.L. 105/2004). Este diploma qualifica expressamente o contrato de reporte como uma modalidade do contrato de alienação fiduciária em garantia (art. 2º, nº 3, D.L. 105/2004).

O âmbito deste diploma é, no entanto, restrito, uma vez que, nos termos do art. 2º, nº 1, apenas se aplica aos contratos de garantia financeira que preencham os requisitos dos arts. 3º a 7º, estabelecendo-se assim uma delimitação desses contratos em relação aos sujeitos, objecto, obrigações garantidas, exigência de desapossamento e forma *ad probationem*.

O âmbito da alienação fiduciária em garantia é assim em primeiro lugar delimitado pelos seus sujeitos, uma vez que, nos termos do art. 3º, nº 1, estes apenas podem ser:

- entidades públicas;
- Banco de Portugal, outros bancos centrais, Banco Central Europeu, Fundo Monetário Internacional, Banco de Pagamentos Internacionais, bancos multilaterais de desenvolvimento e Banco Europeu de Investimento;
- instituições sujeitas a supervisão prudencial, incluindo instituições de crédito, empresas de investimento, instituições financeiras, empresas de seguros, organismos de investimento colectivo; entidades gestoras dos organismos de investimento colectivo;
- uma contraparte central, um agente de liquidação ou uma câmara, incluindo instituições similares que operem nos mercados de derivados e nos mercados de natureza monetária;
- uma pessoa que não seja pessoa singular, que actue na qualidade de fiduciário ou de representante por conta de uma ou mais pessoas, incluindo quaisquer detentores de obrigações ou de outras formas

⁶⁶⁷ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, pp. 731 e ss., maxime, pp. 749 e ss., João CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e seguros. Direito Europeu e Português*, I- Parte Geral, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 212 e ss., e TIAGO REIS DE ATHAYDE MATA, "Da garantia fiduciária no âmbito do sistema financeiro", em JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO (org.), *Garantias das obrigações. Publicação dos trabalhos de mestrado*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 525-564.

de títulos de dívida, ou qualquer instituição tal como definida nas alíneas *a)* a *d)*;

- f)* pessoas colectivas, desde que a outra parte no contrato pertença a uma das categorias referidas nas alíneas *a)* a *d)*.

Em relação às obrigações que podem ser garantidas pela alienação fiduciária em garantia, estas correspondem, nos termos do art. 4º do D.L. 105/2004, a quaisquer obrigações cuja prestação consista numa liquidação em numerário ou na entrega de instrumentos financeiros.

Em relação ao objecto, nos termos do art. 5º, nº 1, do D.L. 105/2004, na redacção do D.L. 85/2011, a alienação fiduciária em garantia apenas pode abranger:

- numerário*, definido como o saldo disponível de uma conta bancária, denominada em qualquer moeda, ou créditos similares que conferam direito à restituição de dinheiro, tais como depósitos no mercado monetário;
- instrumentos financeiros*, entendidos como valores mobiliários, instrumentos do mercado monetário e créditos ou direitos relativos a quaisquer dos instrumentos financeiros referidos;
- créditos sobre terceiros*, entendidos como tal os créditos pecuniários decorrentes de um acordo, mediante o qual uma instituição de crédito concede um crédito sob a forma de um empréstimo.

O regime da alienação fiduciária em garantia não se aplica, no entanto, nos termos do art. 5º, nº 2 do D.L. 105/2004, na redacção do D.L. 85/2011, às garantias que tenham por objecto créditos sobre terceiros em que o prestador ou o beneficiário da garantia não seja uma das entidades referidas na alínea *b)* do nº 1 do art. 3º e o crédito seja concedido a consumidores ou a microempresas ou pequenas empresas.

Nos termos do art. 6º do D.L. 105/2004, a alienação fiduciária em garantia pressupõe o efectivo desapossamento do objecto da garantia. Efectivamente, refere o art. 6º, nº 1, deste diploma que o mesmo só se aplica às garantias financeiras cujo objecto seja efectivamente prestado, acrescentando o nº 2 que se considera "prestada a garantia financeira cujo objecto tenha sido entregue, transferido, registado ou que de outro modo se encontre na posse ou sob o controlo do beneficiário da garantia ou de um pessoa que actue em nome deste, incluindo a composse ou o controlo conjunto com o proprietário".

Como contrato de garantia financeira, a alienação fiduciária em garantia obedece a requisitos de forma, os quais são no entanto, estabelecidos *ad probationem*. Efectivamente, dispõe o art. 7º do D.L. 105/2004, na redacção do D.L. 85/2011, que esse diploma apenas se aplica aos contratos de garantia financeira e às garantias financeiras cuja celebração e prestação sejam susceptíveis de prova por documento escrito ou de forma juridicamente equivalente (art. 7º, nº 1), sendo que o registo em suporte electrónico ou em outro suporte duradouro equivalente cumpre essa exigência de prova (art. 7º, nº 2). Essa disposição estabelece ainda que a prova da prestação da garantia financeira deve permitir identificar o objecto correspondente (art. 7º, nº 3). Tendo a alienação fiduciária em garantia por objecto numerário é suficiente para essa identificação o registo do crédito na conta do beneficiário (art. 7º, nº 4 *a)*). Já se tiver por objecto valores mobiliários escritos, essa identificação realiza-se pelo registo da aquisição fiduciária (art. 7º, nº 4, *b)*). Finalmente, estando em causa créditos sobre terceiros, a identificação e a prova da sua prestação resulta da inclusão do crédito numa lista de créditos apresentada ao beneficiário da garantia por escrito ou forma juridicamente equivalente (art. 7º, nº 4, *c)*).

Estando preenchidos todos estes pressupostos, a alienação fiduciária em garantia é expressamente admitida pelo art. 14º do D.L. 105/2004, atribuindo ao beneficiário a alternativa entre: *a)* restituir a garantia prestada ou objecto equivalente; *b)* entregar quantia em dinheiro correspondente ao valor que o objecto da garantia tem no momento do vencimento da obrigação; e *c)* livrar-se da obrigação por meio de compensação, avaliando-se o crédito do prestador nos mesmos termos. Temos assim expressamente reconhecida a alienação fiduciária em garantia, sendo tutelada a posição do seu autor através da imposição da restituição do objecto ou do seu valor objectivamente determinado.

3.4. Conteúdo da garantia

Em termos de conteúdo, a alienação fiduciária em garantia caracteriza-se por atribuir a propriedade plena do bem garantido ao credor, quer em relação ao devedor, quer em relação a terceiros⁶⁶⁸, ainda que no âmbito da relação interna o credor se comprometa a respeitar o fim de garantia.

⁶⁶⁸ Assim, REICH, *Sicherungsübertragung*, pp. 82 e ss., salientando o facto de a propriedade não admitir uma divisão numa esfera interna e externa.

Como proprietário, o credor é igualmente possuidor da coisa cedida e pode livremente dispor dela. Já o devedor adquire um crédito à restituição da coisa, normalmente condicionado ao pagamento da dívida garantida. Em consequência, o devedor perde a possibilidade de dispor da coisa, apenas podendo dispor do seu crédito à sua restituição. Poderá ter entretanto, se assim for convencionado, um direito pessoal de gozo sobre a mesma, que lhe permitirá defender a sua posse contra terceiros. A doutrina mais moderna tem vindo ainda a reconhecer a existência na alienação fiduciária em garantia de um direito de expectativa (*Anwartsschaftsrecht*) do devedor, semelhante ao que ocorre na venda com reserva de propriedade⁶⁶⁹.

4. A locação financeira (*leasing*)

4.1. Generalidades

Uma outra forma de utilização da propriedade como garantia reside na locação financeira (*leasing*)⁶⁷⁰, já que consiste esta numa operação de finan-

⁶⁶⁹ Cfr. REICH, *AcP* 169 (1969), pp. 258 e ss.

⁶⁷⁰ Sobre a locação financeira, veja-se entre nós LEITE DE CAMPOS, *A locação financeira*, passim, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, pp. 671 e ss., FERNANDO GRAVATO MORAIS, *Manual da locação financeira*, Coimbra, Almedina, 2006, passim, e L. M. PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das garantias*, pp. 491 e ss. Na doutrina italiana, cfr. CALOGERO VINCI ORLANDO, "Il leasing e le garanzie", em BANCO DI SARDEGNA (org.), *Le garanzie reali e personali nei contratti bancari*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 233-238, ANELLI, *op. cit.*, pp. 349 e ss., GUIDO FERRARINI, *La locazione finanziaria*, Milano, Giuffrè, 1977, GIORGIO DE NOVA, *Nuovi contratti*, 2ª ed., Torino, Utet, 1994, pp. 261 e ss., ID, *Il contratto di leasing*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 1995, FILIPPO CHIOMENTI, "Il leasing finanziario e le scuole giuridiche ortopediche", em *RDComm* 86 (1988), II, p. 94-104, e SIXTO SANCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 203 e ss.

No direito alemão, cfr. ARNO STÄDTLER, "Die gesamtwirtschaftliche Bedeutung des Finanzierungsleasing", em *AcP* 190 (1990), pp. 204-207, ROLAND GZUK, "Finanzierungsleasing als alternative Investitionsform", em *AcP* 190 (1990), pp. 208-218, HORST FIGGE, "Vertragsformen und kalkulatorische Grundlagen des Leasing", em *AcP* 190 (1990), pp. 219-234, ALBRECHT DIETZE, "Die betriebswirtschaftliche Grundlagen des Leasing", em *AcP* 190 (1990), pp. 235-257, DETLEF LEENEN, "Zur gerichtlichen Leasing-Gebens", em *AcP* 190 (1990), pp. 259-286, HERBERT ROTH, "Die Pflichten der Inhaltsskontrolle von Finanzierungs-Leasingverträgen", em *AcP* 190 (1990), pp. 292-318, JOHANNES HAGER, "Rechtsfragen des Finanzierungsleasing von Hard- und Software", em *AcP* 190 (1990), pp. 324-355, JENS PETER MEINCKE, "Steuerbezogene Argumente in der Zivilrechtsprechung zum Finanzierungsleasing", em *AcP* 190 (1990), pp. 358-380, HERBERT KRONKE, "Finanzierungsleasing in rechtsvergleichender Sicht", em *AcP* 190 (1990), pp. 383-408, CLAUD-WILHELM CANARIS, "Interessenlage, Grundprinzipien und Rechtsnatur des Finanzierungsleasing", em *AcP* 190 (1990), pp. 410-469, FRIEDRICH

ciamento, em que a propriedade permanece nas mãos da empresa de *leasing* e só passará ao utilizador, quando este exerce a opção de compra, liquidando assim todas as rendas e o valor residual fixado.

O *leasing* inicia-se nos EUA nos anos 70 do séc. XIX, com a celebração pelas grandes indústrias como a *Bell Telephon Company* e a *United Shoe Machinery Corporation* de contratos de venda, com prévia locação, das suas máquinas industriais, já que os clientes não dispunham de capital próprio que lhes permitisse financiar a compra imediata. Estes contratos de *leasing* de primeira geração distinguiram-se da locação comum pelo facto de atribuírem o risco logo ao receptor das máquinas e de as obrigações do locador serem bastante mais atenuadas.

Após a 2ª Guerra Mundial surge o *leasing* de segunda geração, que se distinguia do de primeira pelo facto de constituir uma operação triangular, em que uma empresa de *leasing* independente intermedia a operação, através de um financiamento. Nos anos 50 do séc. XX, as sociedades *leasing* passaram a funcionar como instituições financeiras especializadas, tendo sido em 1952 criada a *United States Leasing Corporation* em São Francisco.

Da América, o *leasing* passou à Europa, já como *leasing* de segunda geração, tendo sido na Alemanha fundada em 10/1/1962, em Düsseldorf a primeira sociedade de *leasing*, a *Deutsche Leasing GmbH*, posteriormente *Deutsche Leasing AG*⁶⁷¹.

O *leasing* constitui uma operação complexa, já que enquanto fenómeno global, nele ocorre a actuação de uma empresa creditícia que, a pedido da outra parte, e de acordo com as suas instruções, adquire de um vendedor ou fornecedor o bem escolhido previamente, cedendo-lhe imediatamente o seu uso a troco de uma contraprestação periódica por um prazo determinado e irrevogável, findo o qual compete à outra parte devolver o bem, prorrogar a sua utilização por uma contraprestação inferior ou adquirir a

GRAF VON WESTPHALEN, *Der Leasingvertrag*, 5ª ed., Köln, Otto Schmidt, 1998, MICHAEL MARTINEK, *Moderne Vertragstypen, I- Leasing und Factoring*, München, Beck, 1991, pp. 33 e ss., HEERMANN, *op. cit.*, § 27, nºs 1 e ss., pp. 469 e ss.

Para uma análise de Direito Comparado, veja-se MARIO GIOVANOLI, *Le crédit-bail (leasing)*, en Europe: développement et nature juridique, Paris, Litec, 1980.

⁶⁷¹ Cfr. STÄDTLER, *AcP* 190 (1990), pp. 204 e ss., DIETZ, *AcP* 190 (1990), pp. 235 e ss., MARTINEK, *Moderne, I*, pp. 40-41. Entre nós, veja-se LEITE DE CAMPOS, *A locação financeira*, pp. 45 e ss. e MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, pp. 671 e ss.

sua propriedade por um valor residual previamente fixado. Juridicamente, existem no *leasing* vários contratos, como a compra e venda entre o vendedor e a empresa de *leasing*, a concessão do uso do bem ao locatário financeiro, a eventual prorrogação desse contrato, a sua liquidação, ou a nova compra e venda do bem, e ainda eventuais relações pré e pós-contratuais entre o vendedor e o locatário financeiro⁶⁷².

O *leasing* tem a natureza de uma verdadeira garantia, apenas se afastando das garantias tradicionais pelo facto de que a propriedade não é atribuída ao locador com esse fim exclusivo, nem a garantia resulta de uma convenção acessória de determinada obrigação. No entanto, o *leasing* constitui uma forma desnaturada de locação, já que representa antes uma operação de financiamento, próxima do mútuo, o que justifica que o regime do contrato se afaste muito do da locação⁶⁷³. Na doutrina, surgem por isso posições a sustentar a aplicação ao *leasing* dos princípios relativos às garantias, com o argumento de que essa aplicação deve depender exclusivamente da função do negócio e não da sua estrutura⁶⁷⁴.

São três os aspectos que permitem caracterizar o *leasing* como garantia. Em primeiro lugar, o *leasing* é uma operação de financiamento, que se reconduz a um empréstimo de dinheiro. Em segundo lugar, o credor adquire a propriedade do bem, que conserva tanto em face do devedor, como em face de terceiros. Em terceiro lugar, trata-se de uma garantia não possessória, uma vez que o devedor se mantém na posse do bem durante o financiamento⁶⁷⁵.

4.2. Forma e publicidade do contrato de locação financeira

Nos termos do art. 3º, nº 1, do D.L. 149/95, de 24 de Junho, alterado pelo D.L. 265/97, de 2 de Outubro e pelo D.L. 285/2001, de 3 de Novembro, e pelo D.L. 30/2008, de 25 de Fevereiro, o contrato de locação financeira tem a forma de documento particular.

No caso de abranger bens imóveis, esse documento deve possuir reconhecimento presencial, salvo se efectuado na presença dos funcionários do registo, aquando do pedido de registo (art. 3º, nº 2). Nesse caso, a exis-

⁶⁷² Cfr. SANCHEZ LORENZO, *op. cit.*, p. 203.

⁶⁷³ Cfr. DOMINIQUE LEGAIS, *op. cit.*, p. 457.

⁶⁷⁴ Cfr. FILIPPO CHIOMENTI, *RDComm* 86 (1988), II, p. 99.

⁶⁷⁵ Cfr. M. GIOVANOLI, *op. cit.*, pp. 369 e ss., ANELLI, *op. cit.*, p. 351 e SANCHEZ LORENZO, *op. cit.*, p. 206.

tência de licença de utilização ou de construção do imóvel deve ser certificada pela entidade que efectua o reconhecimento ou verificada pelo funcionário dos serviços do registo (art. 3º, nº 3).

No caso de abranger bens móveis sujeitos a registo, o contrato deve incluir referência ao documento de identificação do signatário (art. 3º, nº 4).

O contrato deve ser objecto de registo na conservatória competente, sempre que abranja bens sujeitos a registo (art. 3º, nº 5).

4.3. Regime da locação financeira

O regime da locação financeira rege-se essencialmente pelo já referido O regime da locação financeira rege-se essencialmente pelo já referido D.L. 149/95, de 24 de Junho, alterado pelo D.L. 265/97, de 2 de Outubro, pelo D.L. 285/2001, de 3 de Novembro, e pelo D.L. 30/2008, de 25 de Fevereiro⁶⁷⁶. Nos termos do seu art. 6º, o contrato de locação financeira de móveis não deve ultrapassar o prazo de utilização económica da coisa, de móveis não deve ultrapassar o prazo de utilização económica da coisa, sendo sujeita em qualquer caso a um prazo máximo de 30 anos. Se as partes não fixarem prazo, ele é fixado supletivamente em 18 meses ou 7 anos, consoante se trate de móveis ou imóveis. Após o fim do contrato, o bem é preferencialmente destinado à opção de compra pelo locatário, podendo apenas o locador voltar a dispor do bem, se essa opção não for exercida (art. 7º D.L. 149/95).

Em resultado do contrato, o locador financeiro assume em especial as obrigações de adquirir ou mandar construir o bem a locar, conceder o gozo do bem para os fins a que esta se destina e vender o bem ao locatário, findo o contrato (art. 9º, nº 1 D.L. 149/95). Para além dos direitos e deveres gerais do regime da locação, cabem ao locador financeiro as faculdades de defender a integridade do bem, examiná-lo e fazer suas, sem compensações, as peças ou outros elementos acessórios nele incorporados (art. 9º, nº 2, D.L. 149/95).

Já as obrigações do locatário financeiro são moldadas pelo regime geral da locação, destacando-se as obrigações de pagar a renda (art. 10º a) D.L. 149/95) e restituir o bem locado, findo o contrato, quando não opte pela sua aquisição (art. 10º k) D.L. 149/95). O locatário financeiro é igualmente sujeito aos direitos deveres gerais previstos no regime da locação,

⁶⁷⁶ Sobre o regime anterior do D.L. 171/79, de 6 de Junho, cfr. LEITE DE CAMPOS, *A locação financeira*, pp. 94 e ss. No actual, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, pp. 675 e ss.

podendo usar e fruir o bem locado, defender a sua integridade e o seu gozo, mesmo através das acções possessórias, incluindo contra o locador (art. 10º, nº 2 a), b) e c) D.L. 149/95). Com autorização expressa do locador, pode o locatário financeiro onerar total ou parcialmente o seu direito, cabendo-lhe exercer, no caso de locação de fracção autónoma, os direitos do locador que não revistam carácter pessoal (art. 10º, nº 2 d) e e) D.L. 149/95). Finalmente, o locatário financeiro tem o direito de adquirir o bem locado, findo o contrato, pelo preço estipulado (art. 10º, nº 2 f) D.L. 149/95). No entanto, o risco da perda ou deterioração do bem corre por sua conta (art. 15º D.L. 149/95).

Numa importante disposição, o art. 13º D.L. 149/95, vem atribuir ao locatário a faculdade de exercer todos os direitos relativos ao contrato de compra e venda ou empreitada celebrados pelo locador.

A locação financeira pode ser resolvida, nos termos gerais, por incumprimento das obrigações de qualquer das partes (art. 17º D.L. 149/95), sendo ainda fundamentos de resolução a dissolução ou liquidação da sociedade locatária ou a verificação de qualquer dos fundamentos da declaração de insolvência do locatário (art. 18º D.L. 149/95).

Cessando o contrato por resolução ou pelo decurso do prazo sem ter sido exercida a opção de compra, no caso de o locatário não devolver o bem, pode o locador, após ter pedido o cancelamento do registo da locação financeira, recorrer a uma providência cautelar destinada a determinar a sua entrega imediata ao locador (art. 21º D.L. 149/95).

4.4. O caso especial da locação financeira restitutiva

Um caso em que a utilização da locação financeira como garantia aparece como mais visível é o da locação financeira restitutiva (*sale and lease-back*)⁶⁷⁷.

⁶⁷⁷ Cfr. MAURO BUSSANI, "Il contratto di lease-back" em *CeI* 1986, pp. 558-617, GIOVANNI CESARO, "Lease-back e patto comissorio", em *RN* 40 (1986), pp. 790-833, ROBERTO SIMONE, "«Lease back»: cronaca di una morte annunciata", em *FI* 112 (1989), I, pp. 1251-1254, ID, "Dr. Jeckil e mr. Hide, ovvero la doppia vita del *sale and lease back*", em *GComm* 24 (1997), II, pp. 671-686, GUIDO BARTALINI, "Breve analisi dei profili civilistici del *sale and lease-back*", em *GComm* 17 (1990), I, pp. 671-680, RAIMONDO FANTAUZZI, "Lo sviluppo della giurisprudenza di merito sulla liceità del lease-back", em *GC* 1992, II, pp. 485-497, CORRADO CHESSE, "Sale and lease-back: qualificazione dell'operazione ed interference con il divieto del patto comissorio", em *GComm* 21 (1994), II, pp. 669-676, VINCENZO CARBONE, "Lease-back e patto comissorio", em *CorrGiur* 12 (1995), pp. 1365-1369, GIORGIO DE NOVA, *Nuovi contratti*, pp.

Nesta situação, determinado sujeito, normalmente uma empresa, transfere a propriedade de um bem, normalmente um instrumento necessário à sua actividade, a uma empresa de *leasing*, a qual simultaneamente lhe atribui uma soma de dinheiro e concede-lhe o mesmo bem em locação financeira, contra o pagamento de uma prestação periódica. É elemento essencial do contrato a faculdade concedida ao transmitente de readquirir o mesmo bem, através de um pacto de opção, que lhe retransmite a propriedade no caso de pagamento integral da quantia acordada.

O *lease-back* distingue-se do *leasing* ordinário, uma vez que neste a propriedade é adquirida a um terceiro por indicação do futuro locatário financeiro, em ordem a ser objecto de locação financeira, enquanto que naquele é o próprio futuro locatário financeiro que procede a essa transmissão, concordando em passar a utilizar a coisa sob um diferente título jurídico. Não há assim o financiamento à aquisição de determinado bem, mas uma mera concessão de crédito, o qual se relaciona com o valor do bem que é transmitido ao futuro locador financeiro, sendo que o pagamento do crédito concedido irá ser realizado sobre a forma de rendas a pagar pelo locatário e pelo valor fixado para a re aquisição do bem.

Funcionalmente, no entanto, o instituto corresponde a um financiamento em que a propriedade é transmitida como garantia. Efectivamente, não se justifica configurar a operação como uma mera venda, seguida de uma locação financeira de retorno. A cessão de bens ao locador financeiro não configura uma compra e venda, porque lhe falta o preço, já que o alienante permanece devedor da quantia recebida, que deve restituir acrescida de juros. Não há também do outro lado uma mera locação financeira, dado que não há rendas pagas em contrapartida do gozo de uma coisa adquirida pelo locador financeiro a um terceiro, mas antes a restituição em prestações de um financiamento recebido desse locador financeiro, para quem se realizou a transmissão da propriedade em garantia⁶⁷⁸.

299 e ss. e *Il contratto di leasing*, pp. 65 e ss., ANELLI, *op. cit.*, pp. 464 e ss. e FEDERICA ROCCO, "Contratto di *sale and lease back* e divieto di patto comissorio: l'orientamento della suprema corte", em *RDComm* 95 (1997), pp. 160-164. Entre nós, veja-se LEITE DE CAMPOS, "Nota sobre a admissibilidade da locação financeira restitutiva («lease-back») no direito português", na *ROA* 42 (1982), pp. 775-793, e LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *A cessão*, pp. 272 e ss.

⁶⁷⁸ Neste sentido, LASCIALFARI, "Le alienazioni", p. 207.

Na locação financeira restitutiva coloca-se igualmente o problema da proibição do pacto comissório⁶⁷⁹. É, no entanto, de salientar que há diferenças consideráveis em relação à figura do art. 694º, uma vez que a aquisição da propriedade pelo locador financeiro não ocorre em resultado do incumprimento do locatário, mas antes é-lhe transmitida previamente para ser objecto da locação financeira restitutiva, desencadeando o incumprimento do locatário financeiro antes a não recuperação dessa mesma propriedade. Para além disso, mesmo que o locatário financeiro liquide integralmente as prestações devidas pela locação financeira, a sua reacquirição da propriedade não opera automaticamente, dependendo do exercício de uma opção de compra⁶⁸⁰. Já se considerou, no entanto, na jurisprudência portuguesa ocorrer uma situação de fraude à lei no caso de existir uma dívida previamente ao negócio e ser feita uma dação em cumprimento de um imóvel associada a uma locação financeira restitutiva⁶⁸¹.

⁶⁷⁹ Cfr. ROSANNA DE NICTOLIS, *RDCiv* 37 (1991) II, pp. 553 e ss., FRANCESCA FIORENTINI, *RDCiv* 46 (2000), II, pp. 280 e ss., ILARIA RIVA, "Il contratto di sale and lease-back e il divieto di patto comissorio", em *Cel* 17 (2001), pp. 300-324, ALDO ANGELO DOLMETTA, "Lease-back e patto comissorio: un rapporto complesso" em *GComm* 29 (2002), I, pp. 306-317, e LASCIALFARI, "Le alienazioni", pp. 204 e ss.

⁶⁸⁰ Cfr. ANELLI, *op. cit.*, pp. 469 e ss., e CARBONE, *CorrGiur* 12 (1995), p. 1367.

⁶⁸¹ Neste sentido, cfr. Ac. RE 23/2/2016 (FRANCISCO MATOS), processo 2789/14.0TBSTB. EI, na *CJ* 41 (2016), I, pp. 228-231