



Update

Momentum

Penal e Contra-Ordenações

Europeu e Concorrência

Julho 2009

A LOCAÇÃO FINANCEIRA E O NOVO REGIME DOS CONTRATOS DE CRÉDITO A CONSUMIDORES: QUEM GANHA COM A TRANSPOSIÇÃO DA DIRECTIVA 2008/48/CE?

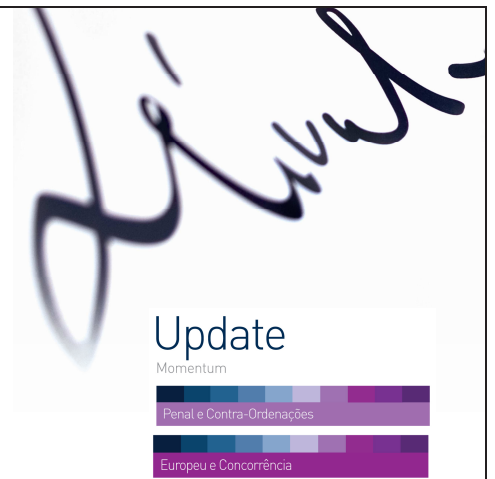
Para impressionar um potencial cliente numa reunião a ter lugar a 20 de Julho próximo, X resolveu apresentar-se num vistoso BMW descapotável, o que concretizou a 15 de Julho, após, dois dias antes, ter celebrado um contrato de locação financeira, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho, que transpõe para a ordem jurídica nacional, com efeitos a partir de 1 de Julho de 2009, a Directiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2008 (publicada no Jornal Oficial da União Europeia, série L, n.º 133, de 22 de Maio de 2008), cujo prazo de transposição apenas se completava a 12 de Maio de 2010.

No dia seguinte à reunião, 21 de Julho, X dirige-se à instituição de crédito com a qual havia celebrado o contrato de *leasing* e entrega a viatura, declarando revogar o contrato.

Este cenário é possível e, quem sabe, previsível consequência do modo como o legislador nacional implementou um diploma cuja negociação, a nível europeu, se revelou de extraordinária duração e complexidade, entre 11 de Setembro de 2002, data em que a Comissão apresentou a primeira proposta, e a sua aprovação pelo Parlamento Europeu (a 16 de Janeiro de 2008) e pelo Conselho (na 2861.ª sessão, a 7 de Abril de 2008, ponto 28).

É de notar que a delicadeza dos assuntos negociados a nível europeu é particularmente demonstrada pela evolução do procedimento legislativo, no que aos contratos de locação financeira respeitava.

Se na proposta inicial da Comissão (COM(2002) 443 final) eles estavam claramente abrangidos (a proposta só não se aplicaria aos "contratos de locação que excluem a transferência da propriedade para os beneficiários"), o certo é que a evolução do procedimento legislativo mostrou claramente que o legislador comunitário considerou desadequada a sua submissão ao âmbito da directiva.



Essa consciência da desadequação da directiva a um contrato como a locação financeira levou o legislador comunitário a procurar adaptar o regime à natureza destes contratos e às expectativas legítimas de todos os intervenientes: primeiro, tentando precaver as consequências de uma norma como a relativa ao direito de “retractação” – direito de livre revogação, na terminologia do Decreto-Lei n.º 133/2009 – do consumidor no prazo de 14 dias, por duas formas sucessivas: permitindo aos Estados membros «manter disposições nacionais que fixem um período de tempo durante o qual a execução do contrato não pode ter início» (v., por todos, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, de 21 de Setembro de 2007, referindo-se a alteração proposta pelo Conselho, pág. 10), de modo a prevenir a possibilidade de o exercício da revogação ou retractação pelo consumidor vir a deixar a sociedade de locação financeira com a propriedade de um bem que não tem vocação – legal e funcional – para administrar; e, numa segunda fórmula, reduzindo o direito de retractação “para um mínimo de 3 dias de calendário, mediante pedido expresso do consumidor, caso este pretenda receber ou usufruir mais rapidamente dos bens ou serviços financiados pelo contrato de crédito”, aliás com a nota complementar de que “quando a entrega ou a data de início da execução sejam posteriores ao termo do prazo acordado, o prazo terminará na data da entrega dos bens ou na data em que a execução dos serviços tenha início, sem exceder 14 dias de calendário” (Relatório Kurt Lechner, *Recomendação para segunda leitura*, de 12.12.2007, alteração 28).

E se é certo que a negociação final, em sede de conciliação, não colheu estas normas, o certo é que a opção foi mesmo mais longe, excluindo do âmbito de aplicação da Directiva os contratos de aluguer ou de locação que não prevejam uma **obrigação** de compra do objecto do contrato.

Deve dizer-se que a opção é perfeitamente explicável e compreensível, atenta a natureza do contrato, do seu objecto e das prestações nele envolvidas, bem como, aliás, das instituições financeiras autorizadas a exercer a actividade de locação financeira.

Bem andaria pois o Governo se tivesse seguido a harmonização plena pretendida pela Directiva nos limites desenhados pela própria norma comunitária, tanto mais quanto é certo que a própria fundamentação da proposta de Directiva ancorou, de modo essencial, na circunstância de, em homenagem a preocupações nacionais, os Estados membros terem conseguido criar, apesar da Directiva 87/102/CEE e ao abrigo do princípio da protecção do consumidor e de outras “exigências imperativas de interesse geral”, um regime que, de facto, impossibilitou a criação de um mercado interno nos contratos de crédito aos consumidores. Como afirmava – e repetiu mais vezes, durante o procedimento – a Comissão, na sua proposta, “os Estados membros, ao fazerem uso da cláusula mínima prevista no artigo 15.º da Directiva 87/102/CEE, adoptaram, em relação à maioria dos aspectos do crédito ao consumo, disposições mais pormenorizadas, mais precisas e mais rigorosas do que as da Directiva, por forma a defenderem os seus



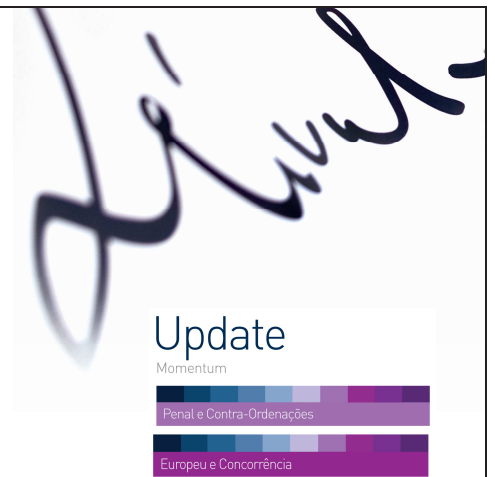
consumidores. Estas disparidades podem dificultar a celebração de contratos transfronteiriços, em prejuízo tanto dos consumidores como dos mutuantes” (ponto 2.2. da proposta, e considerando 4 do preâmbulo da Directiva).

Daí, ainda, que a Directiva tenha proibido os Estados membros de, “na medida em que a presente directiva prevê disposições harmonizadas, manter ou introduzir no respectivo direito interno disposições divergentes daquelas que vêm estabelecidas na presente Directiva para além das nela estabelecidas” (artigo 22.º), norma que, apesar da sua arrevesada expressão legislativa, é dominada pela mesma preocupação (já expressa em 2002), de não permitir aos Estados membros a adopção de medidas que, se primariamente qualificáveis como *consumeristas*, no fundo desvirtuam a razão de ser da própria directiva e criam obstáculos à própria realização do mercado interno, em prejuízo, afinal, dos próprios consumidores.

Foram justamente estes objectivos que, a final, o legislador nacional pôs em causa, ao transpor, pressurosamente, a Directiva 2008/48/CE através do Decreto-Lei n.º 133/2009 e aqui impondo, ao arrepio da directiva comunitária, a aplicação deste diploma aos contratos de locação financeira (celebrados a partir de 1 de Julho de 2009), bastando para tal que prevejam o “**direito** de compra da coisa locada” (artigo 2.º, n.º 1, alínea *d*), do Decreto-Lei n.º 133/2009), e não já apenas a obrigação.

A opção do legislador, no entanto, por imponderada que seja, não preclui o direito de consumidores e mutuantes salvaguardarem plenamente os seus legítimos interesses, designadamente quanto ao direito de retractação ou livre revogação. Tal como concebido e expresso tanto na Directiva (aliás, em vários pontos como elemento não obrigatório) como, sob o *nomen* “livre revogação”, no Decreto-Lei n.º 133/2009, o direito à livre revogação pelo consumidor inicia a sua eficácia, que deve ser plenamente assegurada, com a celebração do contrato de crédito ou com a recepção pelo consumidor do contrato e demais informações. É a partir desse momento, e não da data da aquisição pela instituição de crédito locadora do bem que será locado ao consumidor, que a este deve ser reconhecido um prazo para decidir sobre a sua vontade de se manter vinculado ao contrato de crédito por si celebrado, agora de forma totalmente livre face à *presumida influência perniciosa* das instituições financiadoras, sempre subjacente a estes direitos de retractação (como aliás sucede, e em termos homólogos, no quadro do artigo 6.º da Directiva 2002/65/CE; cfr. artigos 19.º e 20.º do Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de Maio).

Nada impede, por isso, que a vigência do contrato de crédito fique sujeita a condição suspensiva do não exercício, pelo consumidor e no prazo de 14 dias de calendário, do seu direito de livre revogação, só a partir daí se gerando a obrigação para a entidade financiadora de proceder à aquisição do bem que será dado em locação, com opção ou obrigação de compra pelo consumidor. Além de plenamente conforme aos objectivos da lei, qualquer outra interpretação colocaria um risco insustentável sobre os mutuantes, sem ser necessário para proteger os consumidores. O mesmo é dizer, no entanto, que, deste modo, se obsta ao



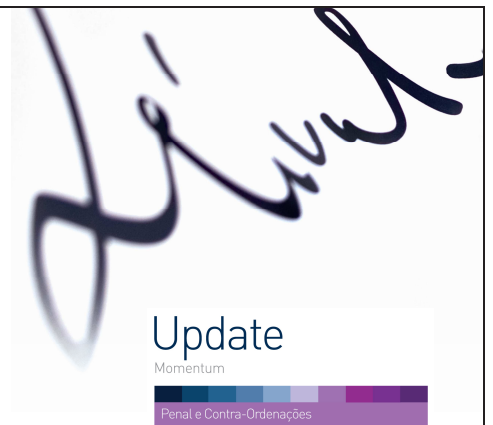
dinamismo próprio da actividade comercial, criando dificuldades artificiais que acrescem às já reconhecidas dificuldades resultantes da crise económica instalada, sem benefícios visíveis para os consumidores. Foi precisamente esta situação a que a Directiva pretendeu obviar ao excluir os contratos de locação financeira que não prevejam, como acontece nos termos da nossa legislação vigente, uma obrigação de compra do bem objecto do contrato do seu âmbito de aplicação.

Não sendo possível, no limitado espaço aqui disponível, prosseguir na análise do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho, não podemos deixar de exprimir a nossa convicção de que este diploma tem outras e variadas implicações para os operadores económicos envolvidos, algumas igualmente previstas de modo expresso e para além do disposto na Directiva, merecendo por isso uma avaliação ponderada e séria sobre a sua compatibilidade com o direito comunitário ou sobre a sua adequação aos objectivos e aos interesses legítimos das partes, com gravosas implicações na retoma económica por todos desejada: pense-se, apenas, na circunstância de o não pagamento de prestações só dar direito à resolução do contrato pelo locador se, além de outras condições, exceder 10% do montante total do crédito (artigo 20.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 133/2009) e em eventuais outras implicações deste novo condicionalismo no regime de tutela provisória do locador. Outras disposições impõem uma adaptação célere dos contratos, pois a aplicação das suas disposições depende de expressa previsão contratual.

Por último, sempre se dirá que, em boa verdade, o contrato de locação financeira não é, na relação entre o credor – a locadora financeira – e o consumidor – o locatário financeiro –, um contrato de crédito, pese embora a descrição do artigo 4.º, n.º 1, alínea *c*), do Decreto-Lei n.º 133/2009. Daí que mal se compreenda, no plano da locação financeira, a solução, prevista no artigo 17.º, n.º 4, daquele diploma, de, exercido o direito de revogação, impor ao consumidor o dever de pagar ao credor o capital e os juros vencidos a contar da data de utilização do crédito até à data do pagamento do capital. O pagamento integral do capital apenas poderia ter como consequência a transferência da propriedade do bem locado do credor – que, entretanto, para efeitos da locação, já o teria comprado e pago ao fornecedor – para o consumidor. O que, sucedendo ou não, será, em qualquer caso, muito gravoso para o consumidor.

Em suma, tanto o contrato de locação financeira, entre nós regido pelo Decreto-Lei n.º 145/95, de 24 de Junho, na redacção resultante do Decreto-Lei n.º 265/97, de 2 de Outubro, do Decreto-Lei n.º 285/2001, de 3 de Novembro, e do Decreto-Lei n.º 30/2008, de 25 de Fevereiro, como as instituições de crédito que se dedicam à actividade de locação financeira vêm surgir de novo desafios e riscos, que põem em causa a própria actividade e o dinamismo económico tão desejado em tempos de crise. O futuro se encarregará de avaliar os efeitos das normas presentes...

Miguel Gorjão-Henriques / Teresa Serra
mgh@servulo.com / ts@servulo.com



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

A presente publicação da Sérvulo & Associados tem fins exclusivamente informativos. O seu conteúdo não constitui aconselhamento jurídico nem implica a existência de relação entre advogado cliente. A reprodução total ou parcial do conteúdo depende da autorização expressa da Sérvulo & Associados.

Rua Garrett, n.º 64 1200-204 Lisboa - Portugal Tel: (+351) 21 093 30 00 Fax: (+351) 21 093 30 01/02

Rua Pedro Homem de Mello, n.º 55, 5º andar 4150-599 Porto - Portugal Tel: (+351) 22 093 56 45 Fax: (+351) 22 099 23 75

Rua Ernesto do Canto, n.º 54 9500-312 Ponta Delgada - Portugal Tel: (+351) 296 30 43 40 Fax: (+351) 296 30 43 41

geral@servulo.com www.servulo.com