ROBERTO PANUCCI FILHO

LEASE-BACK

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo

2014

ROBERTO PANUCCI FILHO

LEASE-BACK

Dissertação apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Mestre em Direito
Civil pela Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.

Orientador: Prof. Dr. Alcides Tomasetti Jr.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo

2014

Nome: PANUCCI FILHO, Roberto

Título: *Lease-back*

Dissertação apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Mestre em Direito
Civil pela Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.

Orientador: Prof. Dr. Alcides Tomasetti Jr.

Aprovado em: __/__/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. (a) _____

Julgamento: _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Prof. (a) _____

Julgamento: _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Prof. (a) _____

Julgamento: _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Alcides Tomasetti Jr. pela orientação na elaboração desta dissertação e pelas brilhantes aulas no curso de graduação, que me ensinaram não apenas conceitos e definições, mas uma forma de raciocinar sobre o direito privado. As notas de aula – por mais relevantes que tenham sido – não foram citadas expressamente, pois, passados dez anos do início do curso de graduação, não consigo distinguir os ensinamentos da minha interpretação a respeito, de modo que havia o risco de se atribuir ao Professor algo que não tenha sido dito ou com o qual ele não concorde.

Agradeço à Débora Fernandes pela companhia, ajuda e paciência com os finais de semana investidos na elaboração deste trabalho.

Aos meus pais, Roberto e Maria Helena, que me ensinaram o valor do estudo e do aperfeiçoamento constante e me apoiaram em todas as curvas do caminho.

Agradeço ao Pinheiro Neto Advogados por não apenas permitir, mas incentivar o aprimoramento acadêmico e por efetivamente apoiar a realização do curso de pós-graduação.

Aos amigos que aturaram enfadonhas discussões nos mais diversos momentos, almoços, cafés, *happy hours* e que, de uma forma ou de outra, contribuíram para a elaboração desta dissertação.

RESUMO

Nesta dissertação são analisados os contratos de *lease-back* perante a lei brasileira. *Lease-back* é uma modalidade de arrendamento mercantil financeiro em que o vendedor do bem e o arrendatário são a mesma pessoa jurídica. Desde 1930, teorias econômicas, políticas e jurídicas têm debatido a importância de propriedade e controle de bens no capitalismo, sendo hoje geralmente aceito que empresas não precisam ter a propriedade dos ativos para desenvolver suas atividades. Neste contexto, operações de *lease-back* podem ser usadas pelas empresas como uma fonte alternativa de financiamento, em que se dispõe do direito de propriedade sem perder o direito de usar e fruir dos ativos. O foco desta dissertação consiste em analisar (i) o que é um contrato de *lease-back*; (ii) os elementos de contratos de *lease-back*; e (iii) a legalidade de contratos de *lease-back* perante a lei brasileira, especialmente em vista da proibição do pacto comissório em direitos reais de garantia (penhor, hipoteca e anticrese) e na alienação fiduciária em garantia.

PALAVRAS-CHAVE: Arrendamento Mercantil; Arrendamento Mercantil Financeiro; *Lease-back*; Contratos; Liberdade de Contratação; Autonomia Privada; Limitações à Autonomia Privada; Pacto Comissório; Legalidade; Recaracterização.

ABSTRACT

This dissertation analyzes lease-back agreements under Brazilian law. Lease-back is a type of finance lease (*arrendamento mercantil financeiro*) wherein the seller of the asset and the lessee are the same legal entity. Since 1930's economic, political and legal theories have debated the importance of ownership and control in capitalism and nowadays it is commonly accepted that companies do not need to retain ownership of their assets to develop their business. In this context, lease-back transactions can be used by companies as an alternative source of financing, by disposing of the ownership of their assets without losing the right to use them. The focus of this dissertation is to analyze (i) what is a lease-back agreement; (ii) the elements of lease-back agreements; and (iii) the legality of lease-back agreements under Brazilian law especially in view of potential violation to rules prohibiting *pactum commissorium* in agreements involving *in rem* security interests (pledge, mortgage and antichresis) or chattel mortgage (*alienação fiduciária em garantia*).

KEYWORDS: Leases; Commercial Leases; Leasing; Finance Lease; Lease-Back; Contracts; Freedom of Contract; Contractual Limitations; *Pactum Commissorium*; Legality; Recharacterization.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

ABEL	Associação Brasileira de Empresas de Leasing
BACEN	Banco Central do Brasil
CARF	Conselho Administrativo de Recursos Fiscais
CMN	Conselho Monetário Nacional
<i>Codice Civile</i>	Itália. <i>Regio Decreto</i> nº 262, de 16/03/1942
Código Civil	Brasil. Lei nº 10.406, de 10/01/2002
Código Civil de 1916	Brasil. Lei nº 3.071, de 01/01/1916
CTN	Brasil. Lei nº 5.172, de 26/10/1966
Lei das Sociedades por Ações	Brasil. Lei nº 6.404, de 15/12/1976
Lei de Recuperação e Falências	Brasil. Lei nº 11.101, de 09/02/2005
Lei nº 11.649/08	Brasil. Lei nº 11.649, de 04/04/2008
Lei nº 6.099/74	Brasil. Lei nº 6.099, de 12/09/1974
Lei nº 7.132/83	Brasil. Lei nº 7.132, de 26/10/1983
Lei nº 9.514/97	Brasil, Lei nº 9.514, de 20/11/1997
<i>Lend-Lease Act</i>	Estados Unidos. <i>Public Law</i> nº 77-11, de 11/03/1941

MP nº 2.172-32/01	Brasil. Medida Provisória nº 2.172-32, de 23/08/2001
Portaria MF nº 564/78	Brasil. Portaria do Ministério da Fazenda nº 564, de 03/11/1978
Resolução nº 351/75	Brasil. Resolução do CMN nº 351, de 17/11/1975
Resolução nº 666/80	Brasil. Resolução do CMN nº 666, de 17/12/1980
Resolução nº 980/84	Brasil. Resolução do CMN nº 980, de 13/12/1984
Resolução nº 1.969/92	Brasil. Resolução do CMN nº 1.969, de 30/09/1992
Resolução nº 2.142/95	Brasil. Resolução do CMN nº 2.142, de 22/02/1995
Resolução nº 2.276/96	Brasil. Resolução do CMN nº 2.276, de 30/04/1996
Resolução nº 2.309/96	Brasil. Resolução do CMN nº 2.309, de 28/08/1996
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
UNIDROIT	<i>International Institute for the Unification of Private Law</i>
VRG	Valor residual garantido

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	12
1.1	Objeto.....	12
1.2	Precisões conceituais	14
1.3	Da estrutura desta dissertação.....	18
2	PANORAMA HISTÓRICO.....	20
2.1	Objetivo do capítulo.....	20
2.2	Primórdios do <i>leasing</i>	21
2.3	O <i>leasing</i> na década de 1920	24
2.4	<i>Lend-Lease Act</i>	25
2.5	Surgimento e desenvolvimento do <i>leasing</i> nos Estados Unidos.....	27
2.6	Surgimento e desenvolvimento do arrendamento mercantil no Brasil	35
2.7	<i>Lease-back</i>	43
3	MODALIDADES DE ARRENDAMENTO MERCANTIL	45
3.1	Introdução	45
3.2	Arrendamento contratado com a própria fabricante do bem	47
3.3	Arrendamento mercantil operacional.....	48
3.4	Arrendamento mercantil financeiro	53
3.5	Arrendamento mercantil imobiliário	56
3.6	<i>Self-leasing</i>	58
3.7	<i>Lease-back</i>	61
4	DO LEASE-BACK	65
4.1	Da tipicidade do <i>lease-back</i>	65
4.2	Da operação de <i>lease-back</i>	74
4.2.1	Da especificação do bem pela arrendatária.....	74
4.2.2	Da transferência da propriedade do bem à arrendadora	86
4.2.3	O arrendamento do bem e as contraprestações	86
4.2.4	A tríplice opção.....	88
4.3	Síntese.....	90

5	DOS ELEMENTOS DO <i>LEASE-BACK</i>	91
5.1	Dos elementos dos fatos jurídicos	91
5.2	Elementos subjetivos do suporte fático	98
5.2.1	As partes	98
5.2.1.1	A arrendadora	99
5.2.1.2	A arrendatária	100
5.2.2	A forma	101
5.2.3	O objeto mediato do <i>lease-back</i> (bem a ser arrendado)	102
5.2.3.1	Identificação do bem arrendado	102
5.2.3.2	Tipos de bens	103
5.2.3.3	Bens de produção estrangeira	105
5.2.3.4	Da substituição do bem arrendado	105
5.2.4	A prestação da arrendadora	106
5.2.5	A contraprestação da arrendatária	106
5.2.6	O prazo	107
5.2.7	A tríplice opção da arrendatária	108
5.2.8	Cláusulas particulares	109
6	VALIDADE DO <i>LEASE-BACK</i>	112
6.1	Introdução	112
6.2	Da admissibilidade do <i>lease-back</i> no exterior	114
6.2.1	Da admissibilidade do <i>lease-back</i> na Itália	114
6.2.2	Da admissibilidade do <i>lease-back</i> em Portugal	119
6.2.3	Das diferenças entre o <i>lease-back</i> no Brasil e no exterior	120
6.3	Do pacto comissório	121
6.3.1	Desenvolvimento histórico	121
6.3.2	Fundamentos da vedação do pacto comissório	125
6.3.3	Âmbito de aplicação da vedação	131
6.3.4	Da inaplicabilidade do pacto comissório ao <i>lease-back</i> no Brasil	134
7	QUESTÕES ATUAIS E CONTROVERSAS	140
7.1	Do VRG e a descaracterização do contrato de <i>lease-back</i>	140
7.2	Da descaracterização do <i>lease-back</i>	148
7.3	Limites do arrendamento mercantil – do controle do bem arrendado	149

7.4	Término antecipado do contrato de <i>lease-back</i>	152
8	CONCLUSÕES	156
9	REFERÊNCIAS	160
9.1	Livros, artigos de periódicos e verbetes.....	160
9.2	Julgados	184
9.3	Legislação	190

1 INTRODUÇÃO

1.1 Objeto

O objeto deste estudo é o negócio de *lease-back* (que faz parte da operação de *sale and lease back*), mais especificamente seus elementos e seus requisitos de validade perante o ordenamento jurídico brasileiro.

O *sale and lease-back* é conhecido na França como *cession-bail*, na Itália como *leasing di ritorno* e em Portugal como locação financeira restitutiva. Como o próprio nome já indica, em linhas gerais, esta operação envolve a venda de um bem a um investidor, que, ato contínuo, o arrenda de volta ao vendedor que geralmente tem a opção de renovar o arrendamento ou adquirir o bem¹.

O *lease-back* é um importante mecanismo para financiamento² de empresas³,

¹ Neste sentido: “As the name implies, a sale-and-lease-back arrangement commonly involves a sale of land and buildings to an investor by a business concern, which simultaneously leases them back upon a long-term contract, frequently making some provision for renewal or repurchase.” (CARY, William L. Corporate financing through the sale and lease-back of property: business, tax, and policy considerations. **Harvard Law Review**, v. 62, nº 1, 1948)

² Nesta dissertação, a palavra financiamento será utilizada em sentido amplo, correspondendo à fonte de sustento ou custeio. Confira outras acepções desse termo em ENEI, José Virgílio Lopes. **Project finance: financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)**. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 7-13.

³ Confira-se a respeito: CARY, William L. Corporate financing...; YAN, An. **Leasing and Debt Financing: Substitutes or Complements?** Jan. 2012 [on-line]. Disponível em < <http://ssrn.com/abstract=302157> > ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.302157>>. Último acesso em 05/01/2014; SCHALLHEIM, Jim S.; WELLS, Kyle S.; WHITBY, Ryan J. **A test of the substitution between debt and leases using sale-and-leaseback transactions**. Nov. 2007. [on-line] Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1114882>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1114882>>. Último acesso em 05/01/2014; ALTAMURO, Jennifer Lynne M. **The Determinants of Synthetic Lease Financing and the Impact on the Cost of Future Debt**. Dez. 2006 [on-line]. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=951514>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.951514>>. Último acesso em 05/01/2014; GRÖNLUND, Tomi; LOUKO, Antti; AIHEKOSKI, Mika. Corporate real estate sale and leaseback effect: empirical evidence from Europe. **European Financial Management**, v. 14, Issue 4, sept. 2008, pp. 820-843. [on-line] Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1224098>> ou <<http://dx.doi.org/10.1111/j.1468-036X.2007.00417.x>>. Último acesso em 05/01/2014; DE BODT, Eric; FILARETO, Marie-Christine; LOBEZ, Frederic. Leasing Decision, Banking Debt and Moral Hazard. **EFMA 2001 Lugano Meetings**. [s.d.] [on-line] Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=264593>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.264593>>. Último acesso em 05/01/2014; e GREGÓRIO, Carolina Andrea Garisto. **Método para análise da oportunidade de imobilização em imóveis corporativos**. Tese de Doutorado. Departamento de Engenharia de Construção Civil da Escola Politécnica da Universidade de São

permitindo a obtenção de capital de giro sem desapossamento de ativos. Discute-se na literatura econômica se tal mecanismo seria um meio complementar ou substituto de outras formas de financiamento, como o mercado de capitais (*equity*) ou de dívida (*debt*)⁴.

Esta operação é bastante difundida nos Estados Unidos, tendo também crescido na Europa nos últimos anos⁵. No Brasil, esse mecanismo foi utilizado recentemente pelo setor bancário para atender às metas estabelecidas no acordo da Basiléia II, reduzindo-se a participação do ativo imobilizado em relação ao patrimônio líquido. O *lease-back* também foi utilizado para desmobilização de ativos imobiliários das Lojas Americanas, da Redvco, braço imobiliário da C&A, e da Basf^{6,7}. Ademais, existe um fundo de investimentos, o Pátria Real Estate FIP, cujo objetivo é a realização de investimentos em soluções imobiliárias, como *build-to-suit*, *acquisition/lease* e *sale and lease-back*⁸.

No exterior, as operações de *lease-back* são objetos de inúmeros estudos, havendo sérias controvérsias a respeito de sua validade, principalmente em alguns países com sistema jurídico romano-germânico. No entanto, no Brasil o *lease-back* é tratado apenas incidentalmente em obras e artigos sobre *leasing*, não havendo sequer uma publicação específica a respeito do seu regime jurídico⁹.

O estudo do *lease-back* é justificado no âmbito de uma dissertação de mestrado em razão de (i) ser uma inovação do ponto de vista jurídico na medida em que representa um golpe contra o culto da propriedade como fundamento do poder¹⁰; (ii) ser utilizado tanto no

Paulo, São Paulo, 2010.

⁴ Vide estudos citados na nota 3, *supra*.

⁵ GRÖNLUND, Tomi; LOUKO, Antti; VAIHEKOSKI, Mika. Corporate real estate sale and leaseback effect....

⁶ Neste sentido, GREGÓRIO, Carolina Andrea Garisto. **Método para análise...**, p. 98.

⁷ A respeito da operação de *lease-back* envolvendo a Basf, confira-se: <<http://www.patriainvestimentos.com.br/pt/realEstate/operacoes/basf.aspx>>. Último acesso em 05/01/2014.

⁸ PORTO, Paola Torneri. **Método para gestão de portfólios de investimentos em edifícios de escritórios para locação no Brasil**. Tese de Doutorado. Departamento de Engenharia de Construção Civil da, Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, pp. 52-53.

⁹ Há uma monografia que trata especificamente do SLB, porém com excessiva limitação de escopo: NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Incentivo fiscal ao capital de giro e a cláusula lease-back**. São Paulo : Resenha Tributária/IBDT, 1985.

¹⁰ GOMES, Orlando; ANTUNES VARELA, João de Matos. **Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 274; BEY, El-Mokthar. **De la symbiotique dans le leasing et le crédit-bail mobiliers**. Paris: Dalloz, 1979, pp. 10 e ss.

Brasil quanto em outras partes do mundo; (iii) ter regime jurídico próprio e, finalmente (iv) não ter sido objeto de estudos e publicações específicas no Brasil.

1.2 Precisões conceituais

No Brasil, é comum tomarem-se por sinônimas a expressão “arrendamento mercantil” e a palavra de origem anglo-saxônica “*leasing*”, sendo ambas utilizadas indiscriminadamente pela doutrina nacional. O arrendamento mercantil do ordenamento brasileiro¹¹ tem um âmbito semelhante ao dos contratos que os legisladores português, francês, belga, espanhol e italiano¹² designaram como locação financeira – *crédit-bail*, *location-financement*, *arrendamiento financiero* e *locazione finanziaria*, respectivamente. Ocorre que tais expressões não compreendem a totalidade dos negócios denominados na prática internacional *lease* ou *leasing*, nem sequer abrange a operação denominada *financial leasing*¹³.

Na prática internacional, considera-se *lease* (ou *leasing*) todos os negócios que têm como base a operação em que a arrendadora garante à arrendatária o uso de determinado bem, em um determinado intervalo de tempo, mediante pagamento de contraprestações¹⁴. Definição semelhante é adotada nos Estados Unidos; segundo Nevitt e Fabozzi, “*a lease is a contract wherein, over the term of the lease, the lessor (owner) permits the lessee (user) the use of an asset in exchange for a promise by latter to pay a series of lease payments*”¹⁵.

¹¹ O artigo 1º, § 1º, da Lei nº 6.099/74, estabelece o seguinte: “Considera-se arrendamento mercantil, para os efeitos desta Lei, o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta.”

¹² Na Itália, o artigo 17 da Lei nº 183, de 18/05/1976, estabelece que “[p]er operazioni di locazione finanziaria si intendono le operazioni di locazione di beni immobili o mobili, acquistati o fatti costruire dal locatore su scelta del conduttore che ne assume i rischi, e con facoltà per quest’ultimo di divenirne proprietario al termine della locazione, dietro versamento di un prezzo stabilito”.

¹³ DUARTE, Rui Pinto. O contrato de locação financeira – uma síntese. Themis. **Revista da Faculdade de Direito da UNL**, Coimbra, a.10, nº 19, 2010, p. 139.

¹⁴ O *International Accounting Standard 17* (IAS 17), que trata do registro contábil e da divulgação de operações de *leasing*, dispõe que: (i) “*A lease is an agreement whereby the lessor conveys to the lessee in return for a payment or series of payments the right to use an asset for an agreed period of time*”; (ii) “*A finance lease is a lease that transferred substantially all the risks and rewards incidental to ownership of an asset. Title may or may not eventually be transferred*”; e (iii) “*An operating lease is a lease other than a finance lease*”.

¹⁵ NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. **Equipment leasing**. New Hope: Frank J. Fabozzi Associates, 2000, p. 3.

Verifica-se, portanto, que os termos *lease* e *leasing* reportam-se a negócios que podem ser reconduzidos à locação e ao arrendamento no Brasil.

Por conta da amplitude de tais definições, nos Estados Unidos o termo *leasing* pode ser usado para caracterizar diversos negócios, os quais podem ser divididos em três categorias básicas:

(i) *Non-tax-oriented leases* (denominados também *conditional sale leases*, *leases intended as security*, *hire-purchase leases*, *money-over-money leases* e *synthetic leases*), nos quais a arrendatária pode ter uma opção de compra por um valor nominal irrisório (*bargain*) ou ter a propriedade do bem automaticamente transferida para si ao final do prazo do contrato. Esta categoria abarca negócios que, no Brasil, podem ser classificados tanto como arrendamento mercantil financeiro ou quanto compra e venda com reserva de domínio e até locação com opção de compra;

(ii) *Tax-oriented true leases* (também chamados de *guideline leases*), que podem – porém não necessitam – conter uma opção de compra do bem arrendado baseada no seu valor de mercado. Ou seja, tal categoria abrange negócios que seriam considerados, no Brasil, tanto locações quanto arrendamentos mercantis;

(iii) *Tax-oriented Terminal Rental Adjustment Clause (Trac) leases* (também chamados de *open-end leases*), uma espécie de *leasing* aplicável exclusivamente a veículos que possibilita às arrendatárias terem os benefícios fiscais de um *true lease* e, também, uma opção de compra a valor nominal (o que não é permitido nos *tax-oriented true leases* descritos no item anterior)¹⁶.

Nos Estados Unidos, somente o *true lease* oferece os benefícios comumente atribuídos ao *leasing*, como a economia fiscal e a manutenção do bem na propriedade da

¹⁶ “The Deficit Reduction Act of 1984 authorized a new type of lease for over-the-road motor vehicles called a ‘TRAC lease’ that combined the benefits of a true lease and a conditional sale. The name TRAC lease is derived from the fact that a TRAC lease contains a ‘terminal rental adjustment clause’. Properly structured, a TRAC lease can be used to provide a lessee with true tax-oriented lease rates even though the lease contains a terminal rental adjustment clause which is compared to a fixed-price purchase option.” (NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. **Equipment leasing...**, p. 4)

sociedade arrendadora¹⁷. Para qualificar um contrato como *true lease*, os tribunais norte-americanos costumam dar mais enfoque aos aspectos econômicos do que aos jurídicos do *leasing*, observando diversos critérios para que um contrato seja considerado um *true lease*, dentre os quais: (i) a arrendatária não ter opção de compra por preço inferior ao valor de mercado do bem arrendado; (ii) o valor de mercado do bem arrendado previsto para o final do prazo da locação ser igual ou superior a 20% (vinte por cento) do custo de aquisição do bem; (iii) a vida útil prevista restante do bem arrendado ao final do *lease* deve ser (a) superior a 20% (vinte por cento) da vida útil estimada original do equipamento e (b) de pelo menos um ano¹⁸.

Tais critérios são muito mais restritivos do que os estabelecidos pela legislação brasileira para que uma operação seja classificada como arrendamento mercantil. O arrendamento mercantil financeiro pátrio permite que a arrendatária adquira a propriedade do bem arrendado por um valor simbólico, enquanto nos Estados Unidos tal operação provavelmente seria tratada como um *conditional sale lease*, como esclarecem Nevitt e Fabozzi:

*A conditional sale lease transfer all incidents of ownership of the leased property to the lessee and usually gives the lessee a fixed price bargain purchase option or renewal option not based on fair market value at the time of exercise (...) Equipment financing offered by vendors is often in the form of conditional sale leases. Most leasing done outside the United States is structured similarly to a conditional sale lease, although the tax implications may not be the same as in the United States.*¹⁹

Verifica-se, assim, que o *leasing* abrange uma miríade de negócios que não podem ser reconduzidos ao denominado arrendamento mercantil no Brasil, bem como que nem tudo o que é considerado arrendamento mercantil aqui merece o tratamento fiscal dado ao *true lease* nos Estados Unidos. Esta discrepância, somada ao fato de o arrendamento mercantil ser também chamado de *leasing* na praxe do mercado brasileiro, é fonte de imprecisões no tratamento do assunto, tanto em seu aspecto histórico quanto no dogmático.

¹⁷ NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. **Equipment leasing...**, p. 5.

¹⁸ NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. **Equipment leasing...**, pp. 76-77.

¹⁹ NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. **Equipment leasing...**, p. 5.

Nesta dissertação, salvo se entendimento diverso restar claro do contexto, a palavra *leasing* equivalerá aos negócios de *leasing* em outros países e a expressão arrendamento mercantil ficará restrita aos negócios regidos pela Lei nº 6.099/74.

Além disso, é preciso se delimitar o conceito de *lease-back*. Por conta de o *lease-back* preceder às modernas estruturas de *leasing* financeiro que surgiram na década de 1950 e também dos múltiplos negócios que o vocábulo *leasing* representa no exterior, a expressão *lease-back* é, na prática, utilizada para identificar operações por meio das quais o proprietário de um bem transfere sua titularidade para outra pessoa, que, em seguida, concede o uso do referido bem ao proprietário original, tais como: (i) a transferência de um bem para uma sociedade de propósito específico (SPE), a transferência do bem a ser desmobilizado para a SPE, a locação do bem da SPE para a proprietária original do bem e a venda da SPE para um investidor por meio de um contrato de compra e venda de sociedade; e (ii) a transferência do bem para outra sociedade seguido de (a) uma locação de longo prazo, (b) constituição de direito real de superfície, (c) retrovenda ou (d) arrendamento mercantil financeiro²⁰.

Apesar de todas essas operações terem como resultado a transferência da propriedade de um bem, mantendo-se seu uso durante determinado período, suas estruturas e efeitos são diversos. Em vista desta imprecisão terminológica, faz-se necessária uma definição mais técnica do *lease-back*. Para fins desta dissertação, o *lease-back* consiste na operação em que uma sociedade devidamente autorizada a firmar contratos de arrendamento mercantil adquire um determinado bem, móvel ou imóvel, conforme as especificações da arrendatária e, ato contínuo, arrenda tal bem à própria vendedora (agora arrendatária) por meio de um arrendamento mercantil financeiro^{21,22,23}, devendo tal

²⁰ GREGÓRIO, Carolina Andrea Garisto. **Método para análise...**, pp. 97 e ss.

²¹ Neste sentido segue o entendimento de Benjó, para o qual o *lease-back* trata-se de “um negócio jurídico bilateral pelo qual uma das partes, necessitando obter um empréstimo pecuniário, vende um bem de seu ativo imobilizado a uma instituição de cunho financeiro e, em seguida, o recebe em locação com a possibilidade de adquirir novamente o domínio, mediante uma remuneração periódica, capaz, no seu somatório, de pagar o preço da coisa locada.” (O *leasing* na sistemática..., p. 19) Entretanto, discorda-se, neste trabalho, que o vendedor-arrendatário necessite obter um “empréstimo pecuniário”, pois ele precisa de recursos financeiros, sendo o empréstimo uma das modalidades de obtê-los, a qual não se confunde com o *lease-back*.

²² Bey assim descreve tal operação na França: “*Propriétaire de son matériel, il le vende à l'établissement financier, la société de crédit-bail. C'est un moyen de financement exceptionnel permettant à un commerçant ou à un industriel, sans perdre économiquement ses équipements, de disposer de capitaux frais nécessaires à*

operação observar o disposto na Lei nº 6.099/74 e na Resolução nº 2.309/96. Não serão estudadas as operações estruturadas envolvendo compra e venda de sociedades, nem aquelas envolvendo locações de longo prazo, constituição de direito real de superfície ou retrovenda, pois, apesar de serem denominadas *lease-back* na prática, não estão relacionadas ao arrendamento mercantil contratado com a própria vendedora do bem.

1.3 Da estrutura desta dissertação

Nesta dissertação, buscar-se-á analisar o *lease-back* sob uma perspectiva dogmática, mas não se dispensará a exposição do perfil histórico, a qual será realizada no Capítulo 2. Traçar um panorama histórico acerca de determinado instituto jurídico não se reduz à busca de suas origens em civilizações distantes e à descrição de sua evolução até os dias de hoje em uma perspectiva cronológica e desprovida de conteúdo crítico. Ele deve servir, em primeiro plano, para evitar equívocos comuns em obras puramente dogmáticas, consistentes na análise do instituto com fundamento em conceitos pertinentes a um determinado momento ou conjuntura histórica, sem correspondência com a sua dimensão prática atual²⁴.

Tendo em vista que, no Brasil, o *lease-back* é uma modalidade de arrendamento mercantil, no Capítulo 3 serão identificadas cada uma das modalidades desse negócio, visando-se a evitar imprecisões recorrentes na doutrina e jurisprudência pátrias.

A partir do Capítulo 4, passar-se-á a tratar das questões jurídicas relacionadas ao *lease-back*. A primeira questão a ser respondida é a qualificação e natureza jurídica da

l'exécution d'importantes commandes déjà faites ou sur le point de l'être juridiquement. L'opération, de nature complexe, s'analyse d'abord en une vente, ensuite en une location obligatoirement assortie d'une promesse de vente si la convention dont s'agit en application de la législation de 1966, est de crédit-bail. Sur le plan comptable, les immobilisations du vendeur deviennent, en quelque sorte des fonds disponibles.” (De la symbiotique..., pp. 15-16)

²³ Luiz Roldão de Freitas Gomes indica que o *lease back* pode “consistir na venda de determinado bem ou de certo equipamento ou compreender diversos bens, ou ainda abranger todo um ativo ou parte de um ativo de uma empresa, com a sua estimativa contábil no momento da operação, o que beneficia sobretudo a instituição financeira, tendo em vista que ele já pode, naquele momento, estar ‘quase ou totalmente depreciado’.” (Aspectos dos contratos de leasing, franquia e factoring. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, v. 18, 2000, p. 287)

²⁴ Neste sentido, TOMASETTI JR., Alcides. **Execução do contrato preliminar**. Tese de Doutorado. Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982, p. 48.

operação de *sale and lease-back*. Por conta de divergências doutrinárias, essa questão se desdobra em pelo menos 3 (três) outras questões, quais sejam: (i) o *leasing* financeiro e o *lease-back* são contratos típicos ou atípicos? A resposta a essa pergunta é essencial, pois há inúmeras divergências doutrinárias a respeito e sua resposta determina o regime jurídico do *leasing* financeiro; e (ii) a operação de *sale and lease-back* é um contrato único compreendendo a transferência do bem seguido de arrendamento ou se é composta por uma união de contratos? Para responder a essa pergunta, será necessário determinar se o *leasing* financeiro é um contrato bilateral ou trilateral e qual a relação do *leasing* financeiro com o *lease back*.

Sendo o *lease-back* é um contrato típico, no Capítulo 5 identificar-se-ão os elementos categoriais inderrogáveis que permitem que um contrato *in concreto* seja reconduzido a tal tipo no ordenamento jurídico brasileiro.

No capítulo 6, será analisada a validade do *lease-back*, especialmente frente às controvérsias – bastante difundidas na doutrina italiana – a respeito da admissibilidade da estrutura negocial em questão em face de sua (in)compatibilidade com a vedação do pacto comissório e o seu uso anômalo (simulação, fraude e fraude contra credores).

Na sequência serão analisadas algumas questões atuais e controversas relacionadas ao *lease-back* e serão apresentadas as conclusões deste trabalho.

2 PANORAMA HISTÓRICO

2.1 Objetivo do capítulo

Não se pretende, aqui, aproximar o *lease-back* a negócios realizados na Babilônia, no direito romano ou na Alta Idade Média, mas, sim, investigar a quais necessidades práticas ele serviu e em face de quais exigências ele se modificou. Para tanto, é necessário delinear suas raízes no exterior, sua configuração e seu desenvolvimento no Brasil até mesmo seu atual estágio no ordenamento jurídico pátrio.

O primeiro equívoco a ser evitado, é se aproximar demasiadamente as origens do arrendamento mercantil com as origens do *leasing* em ordenamentos estrangeiros. Tendo-se em vista que o conceito de *leasing* abrange a locação ou arrendamento simples de bens móveis, Nevitt e Fabozzi indicam que a origem remota desse instituto estaria nas locações feitas nos tempos antigos e na *locacio conductio* do direito romano²⁵. Também é corrente a ideia de que a origem do *leasing* estaria nos contratos de *bailments for hire* e nos *hire purchase agreements* do direito inglês. Ocorre que estes contratos não têm relação com o atual instituto do arrendamento mercantil, mas com a simples locação de bens. Tais negócios jurídicos advieram porque, durante séculos, o sistema de *Common Law* não reconhecia a possibilidade de locação de bens móveis (*personal property*), uma vez que a posse do bem móvel confundia-se com sua propriedade. Somente depois de muito tempo os tribunais ingleses passaram a reconhecer as necessidades práticas do uso de bens móveis por não proprietários, tendo sido desenvolvidas normas sobre depósito (*law of bailments*)²⁶ com base nas existentes nos países da Europa continental – adeptos do sistema de *Civil Law*.

²⁵ Vide a respeito: ZIMMERMAN, Reinhard. **The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition**. New York: Oxford, pp. 530-532.

²⁶ Enquanto o arrendatário (*lessee*) tem o direito de utilizar o bem enquanto estiver em sua posse, o depositário (*bailor*) geralmente não o tem.

Feitos esses esclarecimentos, resta claro que a origem dos negócios aos quais se atribui a denominação *leasing* nos ordenamentos de *Common Law* não pode ser simplesmente transposta para o Brasil como se todos os fatos que deram azo ao instituto alienígena igualmente tivessem lugar no arrendamento mercantil de nosso ordenamento jurídico. Não obstante, faz-se necessária uma exposição da matéria – incluindo as origens do *leasing* moderno nos sistemas de *Common Law* – para que seja possível compreender melhor a abrangência e a função do arrendamento mercantil no direito brasileiro, uma vez que este foi influenciado pelas experiências estrangeiras, mas também está centrado em aspectos fiscais, deixando espaços para especulações jurídicas e empresariais sobre diversos aspectos do arrendamento mercantil²⁷.

2.2 Primórdios do *leasing*

A origem do *leasing* é controversa. Nevitt e Fabozzi indicam que o *leasing* surgiu na década de 1870, com o financiamento de barcas, vagões e locomotivas por meio da emissão de certificados de *trust* de equipamentos (*equipment trust certificates*)²⁸. Benjó, por sua vez, destaca o ano de 1877, quando a Bell Telephone System passou a alugar seus aparelhos, em vez de vendê-los²⁹. Rizzardo e El Mokhtar Bey indicam que a prática passou a ocorrer somente na década de 1920³⁰. O presente estudo filia-se ao raciocínio de Nevitt e Fabozzi, pois os métodos de financiamento de equipamentos de transporte ferroviário já apresentavam características similares às do *leasing* moderno. É certo, entretanto, que os contornos do negócio eram ainda embrionários àquela época, diferindo bastante da sua atual configuração.

Durante o século XIX, companhias ferroviárias norte-americanas adquiriam vagões e locomotivas por meio de contratos similares a uma *conditional sale*, em que o preço era pago em parcelas periódicas acrescidas de juros e a propriedade do bem passava à ferrovia

²⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Leasing**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 83.

²⁸ NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. **Equipment leasing...**, p. 22.

²⁹ BENJÓ, Celso. O leasing na sistemática jurídica nacional e internacional. **Revista Forense**, v. 274 abr./jun. 1981, p. 13; CABRAL, Antonio da Silva. **Leasing – Noções, tipos e aspectos**. v. 1. São Paulo: Resenha Tributária, 1975, p. 22.

³⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Leasing – arrendamento mercantil no direito brasileiro**. 6 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 24; BEY, El Mokhtar. **De la symbiotique...**, p. 5.

somente após o pagamento integral dos valores devidos. Como era possível fazer uso do bem antes de adquirir sua propriedade, os valores devidos às fabricantes eram pagos com o lucro gerado pela exploração do próprio bem adquirido. No entanto, algumas fabricantes não tinham condições financeiras ou não tinham interesse em receber tais pagamentos de forma parcelada e ficar expostos ao risco de crédito das ferrovias³¹.

Visando a atender tanto às necessidades das fabricantes quanto às suas próprias, as companhias ferroviárias recorreram a *investment bankers* (banqueiros de investimento), que organizaram uma nova forma de financiar a aquisição dos equipamentos envolvendo a captação de recursos perante investidores. Nessa estrutura, um banco ou um *trust* era responsável pela captação de fundos, a companhia ferroviária encomendava os equipamentos da fabricante e, após a entrega do equipamento, o banco ou o *trust* adimplia a dívida da companhia ferroviária perante a fabricante, que, em troca, cedia os créditos decorrentes do contrato celebrado com a companhia ferroviária. Os equipamentos permaneciam na propriedade do banco ou do *trust*, na qualidade de cessionários, até que a companhia ferroviária adimplisse suas obrigações, após o que a propriedade de tais bens era, então, transferida em definitivo para a companhia ferroviária – havia, portanto, uma *conditional sale* dos equipamentos.

Este método de financiamento ficou conhecido como *New York Plan*³². Ocorre que a *conditional sale* que estava na base desta estrutura de financiamento – e que permitia que os equipamentos ficassem em propriedade do banco ou do *trust* – não era reconhecida em alguns estados americanos, especialmente a Pensilvânia³³. Isso fez com que fossem buscadas alternativas para se realizar o financiamento de equipamentos, o que deu origem ao *Pennsylvania Bailment Lease* e à forma de financiamento que veio a ser conhecida como o *Philadelphia Plan*.

³¹ NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. **Equipment leasing...**, p. 22.

³² NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. **Equipment leasing...**, p. 22.

³³ “There were serious drawbacks to this method of financing. Some State laws, particularly the laws of Pennsylvania, did not at that time recognize conditional sales on the ground that the holder of title to property under a conditional sale contract was not protected against claims of creditors of the purchaser who lacked knowledge of the conditional sale arrangement. Presumably, a creditor of a railroad subject to a conditional sale arrangement, or even a purchaser of property from such a railroad, would have a claims against railroad cars placed in the custody of the railroad under a conditional sale contract if that creditor or purchaser was not aware of the contract.” (NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. **Equipment leasing...**, p. 22)

Pelo *Philadelphia Plan*, as companhias ferroviárias eram financiadas por meio de “*equipment trust certificates*”, que previam a obrigação de o banco emissor restituir ao investidor o valor de face do título acrescido de “dividendos”. Nessa estrutura, os *investment bankers* colocavam os certificados no mercado, recebiam os recursos dos investidores na qualidade de *trustees*, adquiriam os equipamentos ferroviários diretamente da fabricante e, por fim, “arrendava-os” para a companhia ferroviária por um prazo determinado e por um valor total que equivalia ao investimento realizado acrescido de lucros³⁴.

Enquanto no *New York Plan* os equipamentos eram adquiridos diretamente pela companhia ferroviária e havia uma *conditional sale*, no *Philadelphia Plan* os equipamentos eram adquiridos diretamente pelo banco ou *trust* e havia um arrendamento. Em ambos os casos, a propriedade dos equipamentos era transferida à arrendatária após o adimplemento do contrato com o agente financiador. Porém, o *Philadelphia Plan* é considerado um dos precursores do *leasing* moderno pelos seguintes motivos: (i) sua estruturação a partir de um arrendamento; e (ii) a forma de cálculo das contraprestações (que, como dito, equivaliam ao investimento realizado pela arrendadora acrescido de lucro)³⁵.

No começo do século XX, surgiram novas formas de financiamento de equipamentos ferroviários, em que a arrendadora mantinha a propriedade do bem após o término do prazo de arrendamento. A maior parte de arrendatários que faziam uso dessa estrutura era composta de transportadores que precisavam de vagões para escoar seus produtos e que não tinham interesse em firmar contratos de longo prazo, visto que não tinham garantias de que os volumes a serem transportados no futuro seriam constantes ou crescentes. Esses transportadores muitas vezes precisavam que alguém fizesse a manutenção e operasse os equipamentos arrendados. Essa estrutura e essas necessidades deram origem aos primeiros “*operating leases*” de bens móveis (i.e., *lease* de determinado bem acompanhado do seu operador)^{36,37}.

³⁴ NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. **Equipment leasing...**, p. 23.

³⁵ NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. **Equipment leasing...**, p. 23.

³⁶ Estrutura semelhante já era utilizada para o arrendamento de navios desde a Antiguidade, porém tal fato não está diretamente relacionado ao surgimento das modernas formas de arrendamento. “*Ships have been chartered from the time of the ancient Phoenicians. Ship charters were actually a very pure form of*

2.3 O *leasing* na década de 1920

A partir da década de 1920, algumas fabricantes passaram a realizar vendas em prestações (*installment sales contracts*) e a descontar seus créditos perante bancos e outras companhias financeiras³⁸.

A doutrina brasileira indica que essa forma de negócio era realizada pela Bell Telephone System, pela IBM e pela International Cigar Corporation, dentre outras sociedades, e aproximava-se muito mais de uma locação (*renting*) do que do arrendamento mercantil, uma vez que tais contratos tinham as seguintes características: (i) ausência de opção de compra; (ii) arrendamento pela própria fabricante; (iii) manutenção e assistência técnica a cargo da arrendadora; e (iv) possibilidade de rescisão unilateral³⁹.

À época, o *leasing* também passou a ser usado com o intuito de permitir que a fabricante mantivesse a propriedade (e o monopólio) sobre determinados maquinários com características únicas, como substituto de um contrato de licenciamento. A U.S. Shoe Machinery foi uma das primeiras empresas a se utilizar desta técnica⁴⁰.

Também começou a desenvolver-se naquela época o *lease* de determinado bem acompanhado do seu operador (por exemplo, o *lease* de um caminhão com um motorista).

equipment leases. Short-term time charters and trip charters were the same as operating leases in which a crew is provided with a ship. Long-term bareboat charters were equivalent to net finance leases since the charters were for most of the useful life of the asset and the lessee had many of the benefits and obligations of ownership.” (NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. **Equipment leasing...**, p. 21)

³⁷ NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. **Equipment leasing...**, pp. 23 -24.

³⁸ Essas operações são tidas como predecessoras do *vendor leasing*, em que o vendedor do bem atua como garantidor das obrigações da arrendatária perante a arrendadora. Neste sentido, NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. **Equipment leasing...**, p. 24.

³⁹ A esse respeito, Mancuso esclarece: “Conforme antes já se salientou, desde os anos 20, nos Estados Unidos, registravam-se algumas experiências pioneiras, ainda que as fórmulas empregadas se aproximassem mais do *renting* (basicamente uma locação), do que propriamente do *financial leasing*, como hoje conhecemos. Assim, terá sido o *renting* uma forma originária e singela do arrendamento mercantil, apresentando como características: a rescindibilidade unilateral do contrato; a manutenção e assistência técnica por conta do locador; a identificação do locador com o próprio fabricante; a inexistência de opção de compra.” (**Leasing...**, p. 82). No mesmo sentido, entendimento de RIZZARDO, Arnaldo. **Leasing – arrendamento...**, p. 24; DELGADO, José Augusto. A caracterização do ‘*leasing*’ e seus efeitos jurídicos. **Revista Forense**, jan./mar. 1980; nº 269, p. 8; BEY, El Mokhtar. **De la symbiotique...**, p. 5; NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. **Equipment leasing...**, p. 24.

⁴⁰ NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. **Equipment leasing...**, p. 24.

Esses *leases* eram denominados operacionais (*operating leases*) por conta do fornecimento, em conjunto, do operador do bem objeto do negócio. Não obstante tenha sido essa a origem da expressão *operating lease*, com o tempo esta passou a ser utilizada para referir-se a uma variedade de negócios de curto prazo, independentemente de o *lease* ser acompanhado de um operador⁴¹.

2.4 *Lend-Lease Act*

Em linha com o que se discutiu na introdução deste capítulo, verificou-se que o momento histórico impacta, em grande medida, os negócios realizados em cada época. E a Segunda Guerra Mundial também teve reflexos no *leasing* de bens móveis. Nos primeiros anos do conflito, a Inglaterra armou-se por meio da importação de equipamentos bélicos fabricados nos Estados Unidos. Durante o período da chamada guerra imperceptível (anterior a maio de 1940), a Inglaterra dividia-se entre o desejo de encomendar armas e munições fabricadas nos Estados Unidos e o receio de ter suas reservas monetárias reduzidas⁴².

Após a guerra encrudelecer, com a queda da França em 1940, a Inglaterra tornou-se praticamente a única nação europeia atuante na guerra contra a Alemanha nazista. Para tanto, fez enormes encomendas de material bélico aos Estados Unidos, pagando com suas reservas monetárias, como requerido pelos *Neutrality Acts* norte-americanos de 1930. Contudo, ainda que a Inglaterra fizesse uso de todas as suas reservas, não poderia adimplir todas as obrigações assumidas, além de ter de manter reservas suficientes para fazer frente a suas necessidades quotidianas, conforme relatado pelo primeiro-ministro britânico à época, Winston Churchill:

Estava claro que não poderíamos continuar dessa maneira por muito mais tempo. Mesmo que nos despojássemos de todo o nosso ouro e divisas, não conseguiríamos pagar nem metade do que havíamos encomendado, e a amplitude da guerra tornava necessário dispormos de dez vezes mais. Tínhamos de conservar

⁴¹ NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. *Equipment leasing...*, pp. 24-25.

⁴² CHURCHILL, Winston. *Memórias da Segunda Guerra Mundial*. v. 1. São Paulo: Saraiva de Bolso, 2012, pp. 551-552.

algo na mão para levar adiante nossas transações diárias.⁴³

Churchill levou tal situação ao presidente dos Estados Unidos, Franklin Delano Roosevelt, que era simpático à ideia de ajudar a Inglaterra no conflito, porém precisava enfrentar alguns problemas: (i) os *Neutrality Acts* de 1930 proibiam que materiais bélicos fossem vendidos a crédito, bem como vedavam a realização de empréstimos a nações beligerantes; e (ii) o Congresso norte-americano, especialmente os membros do Partido Republicano, via a guerra como um conflito eminentemente europeu e não tinha intenção de alterar os *Neutrality Acts* e muito menos de declarar guerra à Alemanha.

Estes problemas foram contornados por meio do *Lend-Lease Act*, que criou exceções aos *Neutrality Acts* autorizando a venda, a transferência, a troca, o arrendamento e o empréstimo de materiais (*articles*)⁴⁴ a qualquer país cuja defesa fosse considerada vital para a defesa dos Estados Unidos⁴⁵. Com relação ao arrendamento, a lei estabelecia que, após decorrido determinado prazo ou terminada a guerra, os materiais deveriam ser devolvidos ou adquiridos⁴⁶ – ou seja, não havia venda a crédito, nem a realização de mútuo financeiro.

As restrições criadas pelos *Neutrality Acts* fizeram com que fossem buscadas novas formas de se fornecer um bem a quem dele necessita sem a utilização de uma venda a

⁴³ CHURCHILL, Winston. **Memórias...**, p. 554.

⁴⁴ Os materiais (*articles*) referidos na lei incluíam quaisquer armas, munição, aviões, navios ou barcos; quaisquer maquinarias, instalações, ferramentas, materiais ou suprimentos necessários para a manufatura, produção, processamento, reparo, serviços ou operação dos bens emprestados; qualquer material componente ou parte de qualquer equipamento emprestado; e/ou qualquer bem agrícola, industrial ou outra *commodity* para defesa. *In verbis*: “EC. 2. As used in this Act - (a) The term “defense article” means - (1) Any weapon, munition, aircraft, vessel, or boat; (2) Any machinery, facility, tool, material, or supply necessary for the manufacture, production, processing, repair, servicing, or operation of any article described in this subsection; (3) Any component material or part of or equipment for any article described in this subsection; (4) Any agricultural, industrial or other commodity or article for defense.” (*Lend-Lease Act*)

⁴⁵ Comparato esclarece que “(...) a ideia de um ‘empréstimo-locação’ já era mais ou menos familiar ao meio americano antes dessa data. Convém recordar; assim, num momento em que a Grã-Bretanha parecia sucumbir aos ataques nazistas, a famosa lei de 11 de março de 1941, pela qual o Congresso dos Estados Unidos autorizava o presidente Roosevelt a ‘emprestar’ material de guerra a todos os países cuja defesa parecesse essencial à segurança da América, devendo esse material ser devolvido ou pago ao final das hostilidades. Esta fórmula sibilina, arrancada a um Congresso isolacionista, visava a permitir que Roosevelt viesse em socorro da Inglaterra, ferida, sem empenhar soldados americanos e, sobretudo, sem declaração de guerra.” (Contrato de leasing. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 389, 1968, p. 8)

⁴⁶ A esse respeito, vide, ainda, WALD, Arnoldo. *Histórico e desenvolvimento...*, pp. 27-28; CABRAL, Antonio da Silva. **Leasing – Noções...** v. 1, pp. 22-23; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Leasing...**, p. 86; BENJÓ, Celso. *O leasing...*, p. 13.

crédito ou de um mútuo financeiro. No caso, a forma encontrada foi o *lease*. Conforme Churchill, a respeito desse processo:

Seu [o de Franklin Delano Roosevelt] problema era como obter o apoio de seu país e como persuadir o Congresso a seguir sua orientação. Segundo Stettinius, o presidente, já no fim do verão, havia mencionado, numa reunião da Comissão Consultiva de Defesa sobre Recursos de Navegação: ‘Não devia ser necessário os ingleses usarem seus próprios fundos e encomendar navios nos Estados Unidos, ou que lhes emprestemos dinheiro para esse fim. Não há por que não pegarmos um navio já pronto e arrendá-lo a eles enquanto durar a emergência.’ (...)

Assim, a palavra ‘lease’ e a ideia de utilizar o princípio do arrendamento para atender às necessidades inglesas estivera na mente do presidente Roosevelt por algum tempo, como alternativa a uma política de empréstimos indefinidos, que logo superariam de longe todas as possibilidades de devolução. E então, de repente, tudo isso eclodiu numa ação decisiva, e a gloriosa concepção do Lend-Lease, empréstimo-arrendamento, foi proclamada.⁴⁷

Esse fato histórico precisa, no entanto, ser interpretado com reservas, porque os negócios entabulados não estavam no âmbito do direito privado, mas tinham caráter político, com a finalidade de colaboração bélica para uma causa comum⁴⁸. Apesar disso, o *Lend-Lease Act* pode ter servido de inspiração para o desenvolvimento do *leasing* na sua atual configuração, uma vez que a estrutura criada por essa lei difere daquela dos negócios anteriormente entabulados, aproximando-se mais da atual figura negocial do *leasing*, em que os bens permanecem na titularidade da arrendadora e a arrendatária tem a opção de devolver ou adquirir o bem arrendado⁴⁹.

2.5 Surgimento e desenvolvimento do *leasing* nos Estados Unidos

A paternidade do *leasing* moderno é geralmente atribuída a Dyer Power Boothe Jr. – proprietário de uma fábrica na Califórnia contratada para fornecer grande quantidade de

⁴⁷ CHURCHILL, Winston. *Memórias...*, p. 555.

⁴⁸ Neste sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Leasing...*, p. 86; RIZZARDO, Arnaldo. *Leasing – arrendamento...*, pp. 23-24.

⁴⁹ Assim também o entendimento de Benjô: “Aí, a nosso ver, encontra-se a origem embrionária do leasing, pois ao contrário de outros marcos originários, vê-se, nitidamente, as figuras do financiamento, da locação e da compra e venda intimamente ligadas por uma única e desastrosa situação.” (O leasing na sistemática..., p. 13)

gêneros alimentícios para o exército norte-americano na década de 1950. No entanto, a empresa de Boothe Jr. não tinha condições de atender com suas próprias máquinas a todo o volume de encomendas do Exército. Além disso, como a empresa não tinha capital suficiente para adquirir o maquinário necessário e como tais maquinários não teriam utilidade para as operações normais de sua companhia – na eventualidade de término do contrato com o Exército –, Boothe Jr. decidiu arrendá-los⁵⁰.

Para permitir a consecução de tal operação, Boothe Jr., Henry Schoenfeld e mais dois indivíduos fundaram, em 1952, a United States Leasing Corporation com um capital de US\$ 20 mil (vinte mil dólares), a qual comprou os equipamentos e alugou-os para a empresa de Boothe Jr.

Apesar da importância dada a Boothe Jr., Schoenfeld é considerado o verdadeiro mentor da moderna estrutura de *leasing* de bens móveis⁵¹. A princípio, segundo ele, a U.S. Leasing Corporation foi constituída apenas para financiar a locação de máquinas para a companhia de Boothe Jr., devendo, depois, ser encerrada. No entanto, por conta do sucesso da operação, surgiu uma demanda que ampliou a atuação da United States Leasing Corporation, que passou a comprar bens para posteriormente arrendá-los a terceiros⁵². Os

⁵⁰ Nesta linha, CABRAL, Antonio da Silva. **Leasing – Noções...** v. 1, p. 23; BENJÓ, Celso. O leasing na sistemática..., p. 13; RIZZARDO, Arnaldo. **Leasing – arrendamento...**, p. 25; WALD, Arnaldo. Histórico e desenvolvimento do leasing. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 432, out. 1971, p. 28 e A introdução do leasing no Brasil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 415, mai. 1970, p. 10.

⁵¹ “If modern equipment leasing has a founder, that person would have to be Henry Schoenfeld. In 1954, U.S. Leasing Corporation, established by Henry Schoenfeld, became the first company formed to engage in general equipment leasing along the general lines on which such business are conducted today. The leases were net leases in which the lessee paid all the expenses of maintenance, insurance, taxes, and so forth, associated with equipment ownership. The lessee generally retained a nominal purchase option. Lease rental payments were sufficient to cover the cost of the lessor purchasing and financing the purchase of the leased equipment.” (NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. **Equipment leasing...**, p. 26)

⁵² “United States Leasing International, Inc., a San Francisco-based enterprise, has grown from an infant capitalized at \$20,000 to a powerful financial firm with \$2 billion worth of equipment on lease - airplanes, trucks, computers and other items as lowly as the office typewriter. ‘I’m still bewildered by the way leasing has caught on all over the world,’ says Henry Schoenfeld, one of the three men who started the company in 1952.

Actually, according to Schoenfeld, they didn’t intend U.S. Leasing to be a going, growing company. On the advice of a bank they were merely setting up a corporate structure to arrange a single financial transaction involving equipment for a large food processor. Schoenfeld says he thought the company would have that one deal and then would die.

When Schoenfeld and his partners completed their original transaction, ‘somebody heard about it and called,’ he says. ‘That was the early history of the company - the telephone just kept ringing’.” (Reading Eagle, Reading, Pensilvânia, Estados Unidos, 16/10/1975, p. 15. [on-line] Disponível em:

arrendamentos previam que: (i) as arrendatárias eram responsáveis por todas as despesas com manutenção, seguro, impostos e demais custos relacionados ao bem arrendado; (ii) as arrendatárias geralmente tinham a opção de adquirir os bens arrendados por um valor nominal ao término do contrato; e (iii) as contraprestações pagas pelas arrendatárias deveriam ser suficientes para cobrir os custos da arrendadora pela aquisição e financiamento dos bens arrendados.

A expansão do negócio foi bem-sucedida, de modo que em 1954 essa sociedade recebeu um empréstimo do Bank of America no valor de US\$ 500 mil (quinhentos mil dólares) e já realizava operações no valor de US\$ 3 milhões (três milhões de dólares)⁵³. Com isso, a U.S. Leasing Corporation tornou-se a primeira companhia privada a atuar no *leasing* de bens móveis de forma semelhante à qual tais negócios são realizados.

Em 1956, houve uma cisão (*spin-off*) da U.S. Leasing Corporation da qual surgiu a Boothe Leasing Corporation, que em 1962 foi adquirida pela Greyhound Corporation⁵⁴, conhecida, a partir de então, como Greyhound Leasing and Financial Corporation. Em 1957, outras companhias passaram a atuar no *leasing* de bens móveis, tais como a Chandler Leasing Corporation, a Commercial Credit Corporation e a National Equipment Leasing Corporation. Estas, somadas a algumas outras, foram as pioneiras no *leasing* de bens móveis nos Estados Unidos⁵⁵.

A operação expandiu-se de tal forma que em 1959 já havia cerca de oitocentas sociedades de *leasing* nos Estados Unidos, que cresciam a uma impressionante taxa superior a 30% ao ano e já financiavam a aquisição de bens no valor de US\$ 100 milhões (cem milhões de dólares). Em 1963, o valor total financiado já somava US\$ 700 milhões (setecentos milhões de dólares), representando 2% do total dos investimentos em equipamentos nos Estados Unidos. Em 1965, tal negócio já movimentava cerca de US\$ 1 bilhão (um bilhão de dólares), e cerca de 60% das empresas norte-americanas arrendavam

<<http://news.google.com/newspapers?nid=1955&dat=19751016&id=lQsrAAAAIBAJ&sjid=dZoFAAAAIIBAJ&pg=7033,3477539>>. Último acesso em 05/01/2014)

⁵³ BENJÓ, Celso. O leasing na sistemática..., p. 13; WALD, Arnoldo. Histórico e desenvolvimento..., p. 28 e A introdução..., p. 10; BEY, El Mokhtar. *De la symbiotique...*, p. 5.

⁵⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Leasing...*, p. 87.

⁵⁵ NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. *Equipment leasing...*, p. 26.

equipamentos, frente a apenas 30% em 1961. Em 1970, os valores dos contratos de *leasing* já somavam US\$ 6 bilhões (seis bilhões de dólares), aproximadamente 15% da totalidade dos investimentos em bens de capital nos Estados Unidos⁵⁶. Como consequência desse aumento, em 1962 foi formada a American Association of Equipment Lessors com o objetivo de promover o *leasing* e monitorar a legislação e a regulamentação do *leasing*⁵⁷.

Essa expansão deveu-se a diversos fatores. O *leasing* foi uma solução técnica encontrada pelos norte-americanos, que durante a *managerial revolution* notaram a importância da maximização da produtividade, para o que a propriedade dos bens produtivos não era tão importante quanto seu uso e fruição⁵⁸. Em vista disso, Cabral observa que Boothe Jr., ao arrendar maquinários para atender a encomendas do Exército americano, nada mais fez do que usar a fórmula propriedade-uso no sentido de que:

a) os bens de produção devem ser usados para pleno emprego e, portanto, o que é necessário não é a propriedade, mas o uso racional dos bens; ora o aluguel seria a melhor solução, pois se aproveitaria as máquinas só e enquanto fossem necessárias para satisfazer a demanda do mercado; b) poderia, através do arrendamento, produzir com capital de terceiros, resguardando seu capital de giro para o momento em que fosse mais necessário.⁵⁹

A dissociação entre propriedade e uso/fruição, que está à base do arrendamento mercantil, está diretamente ligada à cultura jurídica da *Common Law* com raízes na *equity*, segundo a qual os bens são vistos como instrumentos de fruição e geração de utilidades para o utente, em vez de serem tomados por bens de apropriação exclusiva por um *dominus*, como ocorre nos países de tradição romano-germânica^{60,61}.

⁵⁶ WALD, Arnoldo. Histórico e desenvolvimento..., pp. 30-31.

⁵⁷ NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. **Equipment leasing**..., p. 27.

⁵⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Leasing**..., pp. 83-84.

⁵⁹ CABRAL, Antonio da Silva. **Leasing – Noções**..., v. 1, pp. 23-24.

⁶⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Leasing**..., p. 84.

⁶¹ A esse respeito, Comparato esclarece: “Muito diferentes, sob esse aspecto, são os ordenamentos jurídicos anglo-saxônicos. Neles, não há uma noção unitária de propriedade. O termo *property* designa, em sentido jurídico estrito, *an aggregate of rights which are guaranteed and protected by the government*; ele se estende *to every species of valuable right and interest*. Em acepção equivalente à nossa propriedade existe a *ownership*. Mas esta é uma das modalidades de *property* e, tradicionalmente, só existe em matéria de bens móveis (*personal property*). Quanto aos imóveis, as matrizes feudais, ainda muito vivas no sistema de *common law*, apresentam um feixe de direitos reais específicos, não destacados de uma propriedade unitária. Não há, propriamente, um ‘proprietário’ de bens imóveis, mas um *bailor*, um *lessor*, um *tenant for life*, um *trustee* e

Ademais, o *leasing* encontrou uma conjuntura muito favorável nos anos 1960 para expandir-se nos Estados Unidos, a saber: (i) reduzido crédito de médio prazo; (ii) possibilidade de se usar e fruir do bem sem qualquer desembolso prévio, enquanto os financiamentos por meio de mútuos geralmente requeriam uma “entrada” do comprador; (iii) legislação fiscal excessivamente rigorosa acerca de amortizações; (iv) aumento da produtividade e consequente lucratividade das empresas; (v) rápida obsolescência de equipamentos por conta da igualmente rápida evolução tecnológica; (vi) incentivos fiscais; e (vii) vantagens contábeis, pois as obrigações relacionadas a contratos de *leasing* não constavam do balanço das empresas⁶².

No começo dos anos 1960, tanto a Greyhound Leasing and Financial Corporation quanto a General Electric Credit Corporation passaram a realizar operações de *leasing* de grande escala, tendo assumido parte do risco residual inerente ao arrendamento, o que barateou a contraprestação a ser paga pelas arrendatárias. Tais arrendamentos eram, em geral, realizados para companhias aéreas e ferroviárias e tinham opções de compra cujo valor variava entre 15% e 25% do valor de aquisição do bem (ou seja, que a arrendadora pagou para comprar a coisa a ser arrendada)⁶³.

assim por diante.” (O irredentismo da ‘nova contabilidade’ e as operações de leasing. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. v. 26 .nº 68, 1987, p. 59)

⁶² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Leasing...**, p. 85. Vancil cita, ainda, as seguintes vantagens do *leasing* do ponto de vista da arrendatária: “1. *Frees working capital for more productive use (since money is not tied up in low-yielding fixed assets)*; 2. *May cost less than other methods of acquiring equipment* 3. *May permit more rapid amortization of equipment than would be possible using schedule F depreciation* 4. *May increase the firm’s ability to acquire funds* 5. *Avoids the restrictions frequently found in loan agreements* 6. *Establishes only a restricted (not a general) obligation against the company which may be satisfied by payment of 1 year’s rent in bankruptcy of 3 years’ rent in reorganization* 7. *Does not appear as a liability on the lessee’s balance sheet* 8. *Leaves normal lines of bank credit undisturbed* 9. *Permits 100 per cent financing (as against 75 to 80 per cent through other methods)* 10. *Creates an allowable cost (including interest cost) under government contracts* 11. *Permits hedging of business risks (primarily the risk of obsolescence)* 12. *Minimizes danger of being oversold* 13. *Assures more adequate servicing* 14. *Offers the convenience of making only one periodic lease payment (rather than separate payments for debt service, maintenance costs, insurance, property taxes, etc.)* 16. *May be tailored to the lessee’s needs more easily than ordinary financing* 16. *Permits middle-management executives to acquire new equipment without going through formal appropriation-request procedures* 18. *Provides cost-cutting equipment to be installed immediately* 19. *Acts as a hedge against inflation* 20. *Provides long-term financing without diluting ownership or control* 21. *Pays for equipment out of before-tax savings rather than after-tax profits.*” (VANCIL, Richard F. **Leasing of industrial equipment**. New York: Mc Graw Hill Book, 1963, pp. 6-7)

⁶³ NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. **Equipment leasing...**, p. 27.

O *leasing* também foi impulsionado por mudanças nas regras fiscais norte-americanas em 1962, que concederam às sociedades arrendadoras créditos fiscais e aumentaram a dedução por conta da depreciação do bem. Tais benefícios também foram, em parte, repassados às arrendatárias, com diminuição do valor das contraprestações⁶⁴.

Apesar de companhias de transporte aéreo e ferroviário utilizarem extensamente o *leasing* para financiar os equipamentos de que necessitavam, até a década de 1960 este negócio ainda era novidade para a maior parte das empresas. Àquela época, os bancos não podiam oferecer diretamente o *leasing*, mas tão somente participar da operação por meio da emissão dos já citados *equipment trust certificates* e do desconto de recebíveis de companhias de *leasing* independentes. Como isso não era tão vantajoso quanto prestar outros serviços de financiamento, os bancos desencorajavam o uso do *leasing*, que era malvisto, sendo considerado um último recurso útil apenas para as empresas que não tivessem outro tipo de financiamento disponível⁶⁵.

Esta situação começou a mudar quando os bancos foram autorizados a realizar operações de *leasing*. Em 1963, o U.S. Comptroller of the Currency permitiu que os bancos nacionais⁶⁶ fossem proprietários e arrendassem bens móveis, e em 1970 o Congresso norte-americano aditou o *Bank Holding Company Act*, possibilitando aos bancos constituírem sociedades *holding* e desenvolverem diversas atividades além de empréstimos, dentre as quais o *leasing*. Com isso, os bancos deixaram de tratar o *leasing* como um último recurso, passando a considerá-lo uma forma criativa de financiamento.

⁶⁴ “A stimulus to tax-oriented leasing was provided in 1962 when Congress inadvertently changed the whole character of equipment leasing business by passing income tax legislation designed to foster investment in capital equipment. The stimulus took the form a 7% investment tax credit and an increased deduction for tax depreciation. Greyhound and General Electric Credit discovered (to their surprise) that as lessors and owners of equipment they were entitled to substantial tax benefits under committed true leases in which the lessee did not have a right to acquire the equipment at the end of the lease term for a nominal purchase option. They also became aware that they could substantially reduce rentals to lessees in future leases by passing through a portion of the tax benefits to lessees. These lower rentals made leasing more attractive for lessees that had little taxable income to shelter and consequently could not claim the tax benefits on their own tax returns. Most airlines and railroads were in this situation. Other major finance companies, such as Commercial Credit Corporation, Cit, and Ford Motor Credit, quickly recognized the implications of the new tax laws and became active in tax oriented leasing.” (NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. **Equipment leasing...**, p. 28)

⁶⁵ NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. **Equipment leasing...**, p. 30.

⁶⁶ Referida autorização era aplicável apenas aos bancos nacionais, e não aos inúmeros bancos regionais. Em vista disso, seu âmbito era bastante limitado.

Tal mudança impactou a reputação do *leasing*, que foi cada vez mais utilizado pelas empresas norte-americanas.

Suddenly leasing became a very respectable method of financing equipment. Prior to the formation of bank holding subsidiaries engaged in leasing, banks had generally encouraged their customers to view leasing as a source of funds to be used only by a company unable to borrow funds, as equivalent to a borrowing of last resort, and as something ‘nice companies didn’t do’. As bank holding companies entered the business, leasing became not only respectable but also a type of ‘creative financing’ that smart companies took advantage of. Banks instructed their loan officers to encourage their customers to lease and to refer such business to their new leasing subsidiaries. Bank loan officers and other conventional lenders ceased downgrading leasing as a method of financing. Within the next few years, most companies in the United States were exposed to leasing, and many companies began using leases on a regular basis to finance major equipment needs.⁶⁷

A entrada dos bancos neste negócio foi responsável não apenas pelo aumento do volume de transações, mas também pela introdução do método de avaliação da lucratividade do *leasing*, permitindo a comparação do custo do *leasing* com o de empréstimos⁶⁸.

Ademais, outro grande evento contribuiu para o aumento das operações: a possibilidade de as sociedades de *leasing* poderem obter benefícios fiscais sobre 100% dos bens adquiridos, ainda que a aquisição dos bens tenha sido realizada com recursos emprestados por terceiros. Isso permitiu que as sociedades de *leasing* oferecessem taxas mais atrativas às arrendatárias em algumas hipóteses⁶⁹. No entanto, nem tudo o que ocorreu na década de 1960 foi favorável ao crescimento do *leasing*, especificamente no campo dos benefícios fiscais. Em 1966, o Congresso norte-americano suspendeu os

⁶⁷ NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. **Equipment leasing...**, p. 31.

⁶⁸ NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. **Equipment leasing...**, p. 28.

⁶⁹ “A very major event of the late 1960s was the development of modern leveraged lease structures in which the lessor provided only a portion of the purchase price of the asset, borrowed the remainder of the purchase price from institutional lenders on a nonrecourse basis, but claimed tax benefits on 100% of the purchase price of the leased equipment. Lessors computed their yields, including expected residual values, on their equity investments rather than the entire equipment cost, thus enabling lessors to offer more attractive rates to lessees than were offered under unleveraged true lease. This major breakthrough in pricing made leasing attractive to a much broader market and significantly stimulated the growth of leasing.” (NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. **Equipment leasing...**, p. 29)

créditos fiscais, os quais foram retomados em 1967, suspensos novamente em 1969, para serem finalmente retomados em 1971⁷⁰.

Paralelamente ao *leasing* que visava aos benefícios fiscais, na década de 1960 IBM e Xerox passaram a utilizar uma estratégia de marketing para maximizar seus lucros que consistia no arrendamento de equipamentos, na remoção de produtos obsoletos e no controle do mercado de revenda. Para implementar tais medidas, IBM e Xerox arcavam com eventuais tributos, assumiam o custo do prêmio do seguro e forneciam manutenção, em um único pacote. Do ponto de vista do cliente, essa opção era interessante, pois era uma forma de financiamento que não constava do balanço (*off balance sheet*) e oferecia proteção contra a obsolescência de produtos que empregavam uma tecnologia em rápido desenvolvimento. Esta modalidade de *leasing* começou a ser amplamente utilizada a partir da década de 1970, quando os consumidores passaram a exigir que o financiamento fosse ofertado juntamente com o produto^{71,72}.

⁷⁰ “In the late 1960s, individual investors began to become involved as equity participants in limited partnership structured with nonrecourse debt. With individuals in 70% tax brackets, banks and finance companies found themselves in danger of being unable to compete from a price standpoint with syndicates of individual lessors offering leveraged lease financing. However, with the reenactment of the ITC in 1971, Congress imposed restrictions that effectively limited the availability of investment tax credit to individuals and eliminated syndicates of individuals as significant investors in leveraged leases until the early 1980s, when changes in the tax laws improved conditions for individuals acting as lessors.” (NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. **Equipment leasing...**, p. 29)

⁷¹ “In another leasing development of the 1960s, IBM and Xerox began to significantly utilize equipment leases as a marketing strategy for realizing maximum revenue from their products. IBM and Xerox recognized that substantial sums could be made from the financing of their equipment. Also, by adjusting the prices of rentals and purchase prices, the mix of machines rented or purchased could be varied to produce a more orderly growth of reported profits. In addition, the strategy offered a means to remove obsolete machines from the marketplace and control the resale market. IBM and Xerox assumed the risk of property taxes and the cost of insurance and provided maintenance, all as a 'bundled' charge for rental. From the customer's standpoint, the short-term lease rate was reasonable, was off balance sheet, and offered protection against obsolescence due to fast-developing technology. Other manufacturers of computers, copying equipment, and office equipment offered similar terms in order to meet the competition of IBM and Xerox.

Vendor leasing by manufacturers of all kinds of equipment came into wide use during the 1970s as equipment users began to demand financing as part of the purchase package.” (NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. **Equipment leasing...**, p. 29)

⁷² O *leasing* de computadores também era ofertado por companhias independentes na década de 1960, as quais pretendiam comprar computadores IBM e oferecer *leasing* a taxas menores do que as oferecidas pela própria IBM. Tal estratégia, no entanto, não foi bem-sucedida, pois o surgimento do computador IBM 370 levou à rápida obsolescência do IBM 360, resultando numa drástica redução das contraprestações e na bancarrota de muitas sociedades dedicadas ao *leasing* de computadores. O Lloyds também sofreu grandes perdas, em razão dos seguros que garantiam o valor residual dos equipamentos arrendados. Nevitt e Fabozzi explicam o ocorrido em detalhes: “Computer leasing by independent third-party leasing companies became popular during the 1960s. Computer leasing companies operated on the premise that they could purchase new IBM equipment, rent the equipment to users for short terms at less than IBM rentals, and still keep the

Naquele momento já estavam lançadas as bases do instituto, que começava a desenvolver-se internacionalmente. É certo que houve diversas mudanças na legislação, na regulamentação e no tratamento do *leasing* perante os tribunais norte-americanos após 1970, porém tais alterações não parecem ter afetado suas bases, tendo influenciado apenas sua expansão, sua contração e outros aspectos secundários, como a contabilização, que diferem de país para país, restando suficiente a exposição histórica feita até aqui⁷³.

2.6 Surgimento e desenvolvimento do arrendamento mercantil no Brasil

Em 1950, o Brasil ainda era um país eminentemente rural, cujo setor agropecuário correspondia a 24,3% do produto interno bruto (PIB), participação próxima à da indústria, que era de 24,1%, sendo que a indústria de transformação correspondia a apenas 18,7% do PIB⁷⁴.

Em 1956, Juscelino Kubitschek assumiu a presidência do Brasil tendo como objetivo de governo acelerar o desenvolvimento econômico e transformar o país estruturalmente, conforme indicado em seu Plano de Metas, cujo lema era o célebre “Cinquenta anos em cinco”⁷⁵. Para tanto, foram realizados maciços investimentos públicos e privados nos setores industrial e de infraestrutura, aprofundando-se o processo de

equipment long enough after the initial lease teens to recover their investment and return a profit after the payment of all expenses. During the late 1960s, over 50 computer leasing companies engaged in the purchase and lease of IBM 360 computers. Unfortunately, the introduction of the IBM 370 computer resulted in the obsolescence of the 360 computers, a drastic reduction in rentals, and financial failure for many of these companies. It is interesting to note that a few companies tried the same pricing and leasing strategy with IBM 370 computers with much the same result. Residual insurance under Lloyd's 'J' policies was used to support the residuals of some companies, with the result that Lloyd's suffered huge losses and has since been reluctant to offer residual insurance for any type of equipment. The substantial leasing of computers and office equipment that occurred during the 1960s was a significant factor in the growth of leasing, since many companies were exposed to equipment leasing for the first time when they leased such equipment.”(Equipment leasing..., pp. 29-30)

⁷³ Para informações adicionais sobre o desenvolvimento do *leasing* nos Estados Unidos, confira-se NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. **Equipment leasing...**, pp. 21-52.

⁷⁴ GIAMBIAGI, Fábio; VILELLA, André; CASTRO, Lavínia Barros e HERMANN, Jennifer. **Economia brasileira contemporânea**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 50.

⁷⁵ GIAMBIAGI, Fábio; VILELLA, André; CASTRO, Lavínia Barros e HERMANN, Jennifer. **Economia brasileira...**, p. 47.

substituição de importações⁷⁶.

O Plano de Metas de Juscelino Kubitschek atingiu seus objetivos: a participação da indústria no PIB subiu para 32,2%, tendo a participação do setor primário declinado para 17,8%⁷⁷. Além disso, o PIB brasileiro cresceu 2,9% em 1956, apesar da quebra da safra agrícola, e, nos anos seguintes, 7,7%; 10,8%; 9,8%; e 9,4%, respectivamente. Em 1961, ainda embalado pelos investimentos do Plano de Metas – mas já sob o governo Jânio Quadros – o PIB cresceu 8,6%⁷⁸. Da mesma forma, houve um aumento da taxa de investimento (formação bruta de capital fixo/PIB), que passou de 13,5% em 1955 para 17% em 1963⁷⁹.

Apesar das mudanças fomentadas, o Plano de Metas legou alguns reflexos negativos aos próximos governos, entre eles a alta inflação, o déficit público elevado e a deterioração das contas externas⁸⁰.

Se por um lado o fenômeno inflacionário recomendava prudência, por outro o crescimento demandava investimento nas atividades produtivas. Para fazer frente ao processo inflacionário, tornou-se comum no Brasil a aquisição de imóveis como forma de poupança. A imobilização dos investimentos das empresas, somada à forte restrição

⁷⁶ “Como é sabido, a industrialização substitutiva de importações teve início espontaneamente (ou seja, sem ajuda do governo) nos primeiros anos da República, no rastro do fenômeno especulativo conhecido como Encilhamento. Atravessando as crises da Primeira Guerra e da Grande Depressão, a substituição de importações teve continuidade no Brasil seguindo um curso 'natural', isto é, progressivamente internalizando-se a produção de bens de consumo não-duráveis (tipicamente, têxteis, vestuário, alimentos, bebidas etc.). Alcançada a substituição nessa fase 'fácil', surgiam pontos de estrangulamento a montante do processo produtivo, isto é, nos setores produtores de bens intermediários (insumos industriais) e de capital. A restrição cambial que caracterizaria o período pós-Segunda Guerra tornou ainda mais premente a necessidade de se contar com uma oferta doméstica desses insumos e máquinas. A partir da década de 1940, assiste-se a uma maior intencionalidade no processo de substituição de importações, que passa a ser dirigido pelo governo, valendo-se, dentre outros instrumentos, de seletividade no mercado de câmbio.” (GIAMBIAGI, Fábio; VILELLA, André; CASTRO, Lavínia Barros e HERMANN, Jennifer. **Economia brasileira...**, p. 50)

⁷⁷ GIAMBIAGI, Fábio; VILELLA, André; CASTRO, Lavínia Barros e HERMANN, Jennifer. **Economia brasileira...**, p. 50.

⁷⁸ GIAMBIAGI, Fábio; VILELLA, André; CASTRO, Lavínia Barros e HERMANN, Jennifer. **Economia brasileira...**, p. 48.

⁷⁹ GIAMBIAGI, Fábio; VILELLA, André; CASTRO, Lavínia Barros e HERMANN, Jennifer. **Economia brasileira...**, pp. 50-51.

⁸⁰ GIAMBIAGI, Fábio; VILELLA, André; CASTRO, Lavínia Barros e HERMANN, Jennifer. **Economia brasileira...**, p. 55.

creditícia de 1964, levou muitas empresas a uma crise de liquidez⁸¹, uma vez que não havia disponibilidades e os bancos não conseguiam atender às necessidades de financiamento da indústria.

Neste cenário, o *leasing* foi introduzido no país. Especula-se que desde a década de 1960 eram realizados negócios no Brasil com estrutura semelhante à do *leasing*, especialmente em São Paulo e no Rio de Janeiro⁸². Entretanto, somente em 1967 foi organizada a primeira empresa especializada neste financiamento, a Rent-a-Maq, de Carlos Maria Monteiro, que acreditava “na habilidade desta modalidade comercial como instrumento da maior importância para o preenchimento das lacunas de nosso mercado financeiro (...)”⁸³.

A demora na recepção do *leasing* no Brasil deveu-se a diversos fatores, dentre os quais: (i) o fato de ser um contrato com origem em países de *Common Law* e não ser regulamentado localmente; (ii) a falta de informação sobre esse tipo de operação; (iii) o baixo nível de investimento em ativo fixo; e (iv) a mentalidade do empresariado, que acreditava ser necessário ter a propriedade (e não apenas usar e fruir) dos bens de produção^{84,85}.

Destaca-se que a falta de uma regulamentação legal não era óbice à existência, validade e eficácia dos contratos de *leasing* no Brasil, em virtude do autorregramento da vontade e da possibilidade de celebração de contratos atípicos. Todavia, havia o risco de o *leasing* ser considerado uma operação financeira, a qual poderia ser realizada somente por

⁸¹ “Como sabido, o recrudescimento do fenômeno inflacionário em nosso país a partir de 1960 levou várias empresas industriais e comerciais a investir suas disponibilidades em imóveis, frequentemente estranhos à sua atividade econômica. Com a política de forte restrição creditícia posta em prática a partir de 1964, tais empresas viram-se acometidas de grave crise de liquidez.” (COMPARATO, Fábio Konder. Contrato de leasing..., p. 8)

⁸² RIZZARDO, Arnaldo. **Leasing – arrendamento...**, p. 32.

⁸³ BENJÓ, Celso. O leasing na sistemática..., p. 23.

⁸⁴ Neste ponto a mentalidade do empresariado brasileiro divergia da do empresariado norte-americano. Enquanto os brasileiros entendiam ser necessário ter a propriedade dos bens de produção, já havia dissociação entre propriedade e posse nos Estados Unidos, e o empresariado americano entendia que a propriedade dos bens produtivos não era tão importante quanto seu uso e fruição. No mesmo sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Leasing...**, pp. 83-84.

⁸⁵ Sobre o assunto, sugere-se a leitura online da página: <<http://www.leasingabel.org.br/site/Site/php/conteudo.php?codpagina=95>>. Último acesso em 05/01/2014.

instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN nos termos do art. 17 da Lei nº 4.595, de 31/12/1964, o que – evidentemente – gerava um grande desconforto jurídico⁸⁶.

Em 1970, foi fundada a Associação Brasileira de Empresas de Leasing – ABEL com o propósito de auxiliar na implementação e na expansão do *leasing* no Brasil, tendo atuado, em um primeiro momento, especialmente na regulamentação do instituto⁸⁷.

O *leasing* desenvolveu-se devidamente somente após a publicação da Lei nº 6.099/74, o primeiro diploma legal a tratar da modalidade – que passou a se chamar arrendamento mercantil – no ordenamento jurídico brasileiro⁸⁸. A Lei nº 6.099/74 tinha objetivos precipuamente fiscais⁸⁹, como se nota da exposição de motivos ao projeto da referida lei feita pelo à época ministro da Fazenda, Mário Henrique Simonsen. A exposição indicava que as operações de arrendamento mercantil tinham uma função diversa da compra e venda financiada e que tal função deveria ser a motivação para uso do negócio. Não obstante, com essa lei o governo buscava incentivar as operações de arrendamento mercantil para reaparelhar a indústria brasileira e permitir a contínua absorção de técnicas de produção mais modernas, sujeitas à rápida obsolescência:

(...) 2. O projeto objetiva o estabelecimento da disciplina fiscal para as operações de arrendamento mercantil, de forma que as citadas operações se imponham por suas virtudes intrínsecas, e não por mercê de vantagens fiscais, que as tornem mais atrativas que as operações de compra e venda financiada.

3. As operações de arrendamento mercantil deverão representar importante opção para o reaparelhamento econômico da indústria brasileira, notadamente no que se refere às pequenas e médias empresas com carência de capital para grandes imobilizações e pequena disponibilidade de recursos para capital de giro.

4. Por outro lado, permitirão contínua absorção de técnicas de

⁸⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Apontamentos sobre o contrato de leasing**. São Paulo: RT, 1978, p. 108; WALD, Arnoldo. A introdução..., p. 13.

⁸⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Apontamentos...**, p. 110; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Leasing (arrendamento mercantil). **Revista Forense**, v. 287, 1984 p. 7.

⁸⁸ BENJÓ, Celso. O leasing na sistemática..., p. 23.

⁸⁹ “É verdade que o parágrafo único do art 1º da lei 6099 de 12.09.1974 com redação dada pela lei 7132 de 26.10.1983 procura conceituar o arrendamento mercantil. Todavia, o faz de maneira incompleta, possuindo referido diploma, nítido conteúdo fiscal, eis que dispõe sobre o tratamento tributário do produto.” (GALVÃO, Antônio Flávio Leite. Leasing financeiro – VRG antecipado e sua devolução ao arrendatário no caso de reintegração de posse. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, ano 8, nº 29, jul./set. 2005, p. 347)

produção mais modernas pelas indústrias sujeitas à rápida obsolescência tecnológica, além de facilitar o repasse dos bens de capital substituídos para setores ou regiões onde possam propiciar aumento de produtividade.⁹⁰

Durante os debates envolvendo o projeto que deu origem à Lei nº 6.099/74, não havia consenso a respeito do *nomen juris* do negócio que viria a ser regulamentado. A Associação Brasileira de Direito Financeiro – ABDF criticou o termo arrendamento mercantil, sugerindo, alternativamente, (i) locação mercantil, com os subtipos financeira, imobiliária e operacional; ou (ii) locação financeira com opção de compra. A expressão arrendamento mercantil também foi criticada por Caio Mário, que asseverou que tal denominação

[N]ão é perfeita, não só pela generalização, uma vez que o diploma não se refere a ‘qualquer’ arrendamento mercantil, porém a um determinado (que é o *leasing*), como ainda porque a designação já era consagrada em nossa terminologia para identificar o arrendamento mercantil imobiliário de finalidade comercial ou industrial (...)⁹¹

Orlando Gomes e Antunes Varela também censuraram tal escolha, pois

[N]em o termo arrendamento é correto para designar um contrato, que, não sendo de locação, abrange preferentemente coisas móveis. Nem o qualificativo mercantil parece apropriado para assinalar um contrato que não tem nenhuma conotação específica do Direito Comercial. Nem a expressão arrendamento mercantil, resultante do enlace dos dois termos, parece muito feliz, pela confusão a que se presta com o velho instituto do arrendamento comercial para fins mercantis.⁹²

Prevaleceu, no entanto, a expressão arrendamento mercantil – o que tem suas vantagens, pois o arrendamento mercantil brasileiro não tem a mesma abrangência do *leasing* da prática internacional, conforme já abordado.

⁹⁰ Mensagem do Presidente da República ao Congresso Nacional – Projeto nº 52, de 1974.

⁹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Leasing...*, p. 7.

⁹² GOMES, Orlando; ANTUNES VARELA, João de Matos. **Direito Econômico...**, p. 26.

Inicialmente, o artigo 1º da Lei nº 6.099/74 considerava “arrendamento mercantil a operação realizada entre pessoas jurídicas, que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos a terceiros pela arrendadora, para fins de uso próprio da arrendatária e que atendam às especificações desta.” Contornos mais precisos do arrendamento mercantil, por sua vez, foram dados pela Resolução nº 351/75. Porém, não restaram claras, neste primeiro momento, as características do *leasing*⁹³ nem suas modalidades⁹⁴, como se pode notar pelas divergências existentes na doutrina.

A positivação de normas a respeito do arrendamento mercantil indubitavelmente incentivou o negócio por trazer maior certeza jurídica, mas não se pode negligenciar o papel da captação de recursos externos para o crescimento desse negócio. Segundo Alberto Bertolazzi, ex-presidente da ABEL em 1979, “o crescimento do sistema de *leasing* tem sido feito graças, em grande parte, ao uso de recursos captados no exterior. Mais de 70% da captação vem de fora do país.”⁹⁵

Em 1983, a Lei nº 6.099/74 foi alterada pela Lei nº 7.132/83, que atendeu a requisições da indústria e proporcionou maior segurança jurídica para a matéria. Dentre as principais inovações trazidas por este diploma, podem-se citar (i) a modificação da

⁹³ “Com efeito, ao demonstrar que não se cuida de simples locação, dos contratos de leasing necessariamente deve constar a opção de compra, por preço residual, que pode transmudá-la em compra e venda (Lei 6099/74, art. 5º, “c”; Res 351/75, art 8º “d”). Ademais, a retribuição paga pelo locatário não é mero aluguel, fixado tendo em vista o uso e gozo temporário da coisa, mas é, antes de tudo, pagamento parcelado do bem, havendo uma vinculação direta entre o valor da locação e o preço do bem pago pelo lessor, acrescido do seu lucro.” (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O leasing é uma operação financeira? **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 35, jul./set. 1979, p. 23)

“A mencionada lei 6099 estabeleceu clara distinção entre o arrendamento mercantil e a compra e venda a crédito ou financiada. Já assinalamos que, por força do disposto no Art 11, p 1º, a aquisição pelo arrendatário de bens arrendados, em desacordo com as disposições legais, é considerada compra e venda a prestação. Por outro lado, em seu art 6º, ao atribuir ao Conselho Monetário o poder de estabelecer índices máximos para a soma das prestações devidas pelo arrendatário, acrescidas do preço da opção de compra, dispôs o mesmo diploma legal que tais índices ‘serão fixados, considerando o custo do arrendamento em relação ao do financiamento da compra e venda’ (p 2º).” (COMPARATO, Fábio Konder. O irredentismo..., p. 60)

⁹⁴ “O regime legal do *renting* no Brasil carece de uma legislação específica. A lei número 6099/74 que instituiu o leasing no país, só disciplinou a sua modalidade financeira, à qual denominou de arrendamento mercantil, excluindo, como oportunamente veremos, a aplicabilidade de normas ao *operational leasing*.” (BENJÓ, Celso. O leasing na sistemática..., p. 15)

“A Lei 6099 excluiu de seu âmbito o chamado leasing operacional, cujo objeto é contratado com o próprio fabricante, segundo se extrai do art 2: ‘Não terá o tratamento previsto nesta lei o arrendamento de bens contratado entre pessoas jurídicas direta ou indiretamente coligadas ou interdependentes, assim com o contratado com o próprio fabricante’.” (RIZZARDO, Arnaldo. **Leasing – arrendamento...**, p. 33)

⁹⁵ BERTOLAZZI, Alberto. In: Vários autores. **Revista Índice do Leasing**, 1979, p. 16.

definição de arrendamento mercantil, que passou a ser “o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta”; (ii) a previsão do subarrendamento internacional e do arrendamento mercantil para pessoas físicas; e (iii) a cessão de contratos a entidades estrangeiras.

Apesar da hiperinflação, o volume dos negócios de arrendamento mercantil expandiu consideravelmente na década de 1980, tendo fechado o ano de 1989 com US\$ 3,17 bilhões (três bilhões cento e setenta milhões de dólares) em recursos líquidos aplicados. Segundo Henrique de Campos Meirelles, ex-presidente do BACEN e então presidente da ABEL, essa expansão ocorreu, pois “a atividade [de arrendamento mercantil] se consolidou definitivamente como uma das principais alternativas de investimentos produtivos em ativos fixos a longo prazo para o setor privado.”⁹⁶

No início dos anos 1990, o arrendamento mercantil foi impulsionado pela abertura comercial do Brasil, que, ao permitir importações, obrigou à modernização da indústria nacional.

Nos anos seguintes, especialmente entre a criação do Real em 1994 e a crise cambial de 1999, o setor de arrendamento mercantil experimentou diversas conquistas. Em 1995, o setor movimentou US\$ 8,3 bilhões (oito bilhões e trezentos milhões de dólares), valor 26,33% superior ao movimentado em 1994. Em 28 de agosto de 1996, o CMN editou a Resolução nº 2.309/96, resultante de um trabalho conjunto entre a ABEL e o Departamento de Normas do BACEN, regulamentando o arrendamento mercantil operacional e as operações para pessoa física. Além disso, em 13 de setembro de 1996 foi promulgada a Lei Complementar nº 87 (Lei Kandir), que excluiu a incidência do ICMS sobre as operações de arrendamento mercantil.

Em 1994, foram legitimadas as operações de arrendamento mercantil indexadas em

⁹⁶ Diferentemente do que ocorria nos Estados Unidos, onde o *leasing* surgiu como instrumento financeiro para suprir a necessidade de crédito a médio (e não a longo) prazo.

dólares⁹⁷, o que foi recebido com entusiasmo pelo mercado. Porém, com a maxidesvalorização do real em 1999, as contraprestações dos arrendamentos mercantis indexados em dólar subiram muito, levando as arrendatárias à Justiça a fim de reclamar a revisão dos contratos. Esta discussão foi submetida ao STJ, que, de forma salomônica, entendeu pela divisão do ônus criado pela valorização do dólar entre as sociedades arrendadoras e as arrendatárias⁹⁸.

Por conta da crise cambial, o volume de negócios de arrendamento mercantil retornou aos níveis de 1994 somente em 2001.

Em 27 de agosto de 2003, mais uma vez a lógica econômica dos contratos de arrendamento mercantil foi impactada pelo Poder Judiciário. Naquela data, o STJ editou a Súmula nº 263, decidindo que a cobrança antecipada do valor residual em garantia – realizada desde a década de 1970 – descaracterizaria o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação.

Frente a esse cenário de interferência do Poder Judiciário nos contratos de arrendamento mercantil, a ABEL realizou um trabalho de esclarecimento a respeito do produto e, após a modificação da composição do STJ, em 5 de maio de 2004 a Súmula nº 263 foi cancelada, tendo sido editada a Súmula nº 293, que decidiu que “[a] cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil.” Referida mudança propiciou um novo ciclo de prosperidade para o arrendamento mercantil no Brasil até a crise financeira de 2008, que levou a uma considerável diminuição do volume de operações, conforme se observa no gráfico abaixo.

⁹⁷ Artigo 6º da Lei nº 8.880, de 27/05/1994: “É nula de pleno direito a contratação de reajuste vinculado à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal e nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, com base em captação de recursos provenientes do exterior.”

⁹⁸ O assunto foi pacificado pelo STJ no Recurso Especial nº 472.594/SP, Segunda Seção, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, julgado em 12/02/2003.

Figura 1. Evolução do Valor Presente da Carteira: dezembro de 2008 a 2012 – em R\$ milhões

Não obstante, o arrendamento mercantil continua sendo um instrumento de financiamento bastante utilizado no Brasil, o que justifica o estudo do tema.

2.7 *Lease-back*

Ainda que o *lease-back* seja considerado uma modalidade de arrendamento mercantil financeiro no Brasil, por força do disposto na Resolução nº 2.309/96, ele não é uma manifestação tardia e/ou tecnicamente sofisticada de *leasing*, mas uma de suas formas mais antigas, presente, inclusive, na base do instituto⁹⁹.

O primeiro registro mundial de uma operação de *lease-back* data de 1936, quando a cadeia de supermercados californiana Safeway Stores Inc. alienou um de seus supermercados a um grupo de investidores, que cedeu de volta referido estabelecimento em *leasing* a longo prazo. Operação semelhante foi realizada pela Allied Stores Corporation, que alienou seis armazéns e recebeu-os de volta em *leasing*.

No Brasil, uma das primeiras operações de *lease-back* de que se tem notícia data de 1975, quando o supermercado Ultra Center vendeu um prédio para a sociedade norte-

⁹⁹ Nesse sentido, CAMPOS, Diogo José Paredes Leite. Nota sobre a admissibilidade da locação financeira restitutiva (*'Lease-back'*) no direito português. **Separata da Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, ano 42, set./dez. 1982, p. 776.

americana T. Crow Company, arrendando, em seguida, tal bem de volta¹⁰⁰. Recentemente, esse mecanismo foi utilizado pelo setor bancário, varejista e industrial tanto para obter capital de giro¹⁰¹ quanto para atender a exigências regulatórias decorrentes da implementação do Basileia II¹⁰².

¹⁰⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Leasing...**, p. 60.

¹⁰¹ Vide Capítulo 1.

¹⁰² Em decorrência da implementação do Basileia II, Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 2.669, de 25/11/1999 limitou a 50% o índice de imobilização que corresponde ao comprometimento do Patrimônio de Referência (PR) em relação ao Ativo Permanente Imobilizado (API).

3 MODALIDADES DE ARRENDAMENTO MERCANTIL

3.1 Introdução

Antes de tratar propriamente do contrato de *lease-back*, faz-se necessária a análise da amplitude do arrendamento mercantil no Brasil e suas modalidades, com o intuito de diferenciar cada uma das operações.

O arrendamento mercantil é regulado, basicamente, pela Lei nº 6.099/74¹⁰³, e pela Resolução nº 2.309/96. Vale citar, ainda, a Lei nº 9.514/97 e a Lei nº 11.649/08, que abordam tangencialmente o arrendamento mercantil de bens imóveis e veículos.

Para fins da Lei nº 6.099/74, considera-se arrendamento mercantil “o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta” (artigo 1º, parágrafo único da Lei nº 6.099/74). Este diploma, porém, não é aplicável a arrendamentos em que arrendadora e arrendatária sejam pessoas jurídicas direta ou indiretamente coligadas ou interdependentes, bem como não se aplica aos arrendamentos contratados com a própria fabricante, seja na posição de arrendatária, seja na posição de arrendadora (artigo 2º da Lei nº 6.099/74)¹⁰⁴.

Apesar de a Lei nº 6.099/74 excluir alguns negócios de seu âmbito de incidência, ela não distingue as modalidades de arrendamento mercantil. Tal tarefa foi delegada ao CMN, que, dentre outras coisas, ficou incumbido de “expedir normas que visem a estabelecer mecanismos reguladores das atividades previstas nesta Lei, inclusive excluir modalidades de operações do tratamento nela previsto e limitar ou proibir sua prática por determinadas categorias de pessoas físicas ou jurídicas” (artigo 23, alínea ‘a’, da Lei nº

¹⁰³ Alterada pela Lei nº 7.132, de 26/10/1983, e pela Lei nº 11.882, de 23/12/2008.

¹⁰⁴ O arrendamento mercantil contratado com a própria fabricante do bem, excluído do âmbito de incidência da Lei nº 6.099/74, não se confunde com o arrendamento mercantil operacional.

6.099/74). O CMN regulamentou-a por meio da Resolução nº 351/75, da Resolução nº 980/84, e da Resolução nº 2.309/96, sendo que as duas primeiras foram revogadas.

A Resolução nº 2.309/96 estabelece que as operações de arrendamento mercantil com o tratamento tributário previsto na Lei nº 6.099/74 podem ser dos tipos financeiro e operacional, realizadas somente por pessoas jurídicas que tenham como objeto principal de sua atividade a prática de operações de arrendamento mercantil, pelos bancos múltiplos com carteira de arrendamento mercantil e por outras instituições financeiras em casos específicos (artigo 1º do Regulamento Anexo à Resolução nº 2.309/96). As operações praticadas em desacordo com aquele regulamento não se caracterizam como arrendamento mercantil.

Não obstante a Resolução nº 2.309/96 estabeleça com clareza que o arrendamento mercantil deve ocorrer apenas nas modalidades operacional ou financeira, sob pena de não se caracterizar como arrendamento mercantil, há grande indefinição na doutrina e na jurisprudência a respeito das modalidades desse negócio. Mesmo quando se pretende solucionar tal confusão pouco se esclarece, especialmente no tocante à diferenciação entre arrendamento contratado com a própria fabricante, arrendamento mercantil operacional e arrendamento mercantil financeiro¹⁰⁵.

Em vista disso, serão identificadas as modalidades adotando-se a seguinte ordem: (i) arrendamento contratado com a própria fabricante do bem na posição de arrendadora; (ii) arrendamento mercantil operacional; (iii) arrendamento mercantil financeiro; (iv) arrendamento mercantil imobiliário; (v) *self-leasing*; e (vi) arrendamento mercantil contratado com o próprio vendedor do bem (*lease-back*). Tal ordem será adotada, pois, primeiramente, procurar-se-á esclarecer as diferenças entre o arrendamento contratado com a própria fabricante do bem na posição de arrendadora e o arrendamento mercantil nas modalidades operacional e financeira e, em sequência, abordar-se-ão as submodalidades decorrentes de características especiais do bem locado ou das partes envolvidas.

¹⁰⁵ A título de exemplo, conferir: NEVES, Leônidas Correia. Arrendamento mercantil no Brasil: imposto sobre operações financeiras e danos substanciais. **Revista Jurídica**, v. 278, dez. 2000, pp. 78-79.

3.2 Arrendamento contratado com a própria fabricante do bem

Como apontado anteriormente, a partir da década de 1920, algumas sociedades norte-americanas, como a Bell Telephone System, a IBM, a International Cigar Corporation e a U.S. Shoe Machinery, passaram a arrendar equipamentos para seus clientes em contratos que tinham as seguintes características: a arrendadora ser a própria fabricante; manutenção e assistência técnica a cargo do arrendador; e possibilidade de rescisão unilateral¹⁰⁶.

Esta estrutura de arrendamento contratado com a própria fabricante do bem é conhecida como *renting* nos Estados Unidos e aproxima-se muito mais de um contrato de locação do que de um contrato de arrendamento mercantil, uma vez que não há participação de um sujeito que assuma a obrigação de adquirir o bem conforme as especificações do arrendatário e, posteriormente, arrendá-lo. Essa distinção já havia sido notada em 1973, antes mesmo de o arrendamento mercantil ser regulamentado no Brasil, por Thomas Benes Felsberg, que advertiu:

Com relação ao 'leasing' de equipamentos próprios, parece-me que aí a figura própria não é 'leasing', é 'renting'. É o que fazem a IBM, a Xerox. Podem as empresas que produzem alugar os seus bens, mas não estarão fazendo 'leasing', que é outra coisa. O 'leasing' é aquela operação já conceituada, em que uma companhia se dedica expressamente a essa atividade. Ela compra o bem que já fora negociado entre o arrendatário usuário e o fornecedor, oferecendo uma alternativa para aquele. Ao passo que quando o próprio fabricante deseja comercializar os seus produtos, mediante a locação direta, muito melhores condições de fazê-lo ele terá sob a forma denominada nos Estados Unidos de 'renting'. Todos conhecemos o sistema da Xerox, da IBM e de outras, que fazem locação de acordo com essa sistemática.¹⁰⁷

No Brasil, muitos autores incorretamente denominaram tal negócio de arrendamento mercantil operacional. A confusão provavelmente se deu porque tanto nos casos de arrendamento contratado com a própria fabricante do bem quanto no chamado

¹⁰⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Leasing – arrendamento...**, p. 24.

¹⁰⁷ FELSBURG, Thomas Benes. In: Vários autores. **Simpósio Nacional Sobre Leasing**, São Paulo: Idort, p. 158.

operating lease a arrendadora pode oferecer serviços de manutenção e assistência técnica. Tal confusão, inclusive, rendeu críticas à Lei nº 6.099/74 e à Resolução nº 2.309/96, pois o artigo 2º da Lei nº 6.099/74 estabelece que “não terá o tratamento previsto nesta Lei o arrendamento de bens (...) contratado com o próprio fabricante” e a Resolução nº 2.309/96 dispõe que o arrendamento mercantil operacional observará o tratamento estabelecido na Lei nº 6.099/74 – o que, na visão de alguns autores brasileiros, seria uma contradição¹⁰⁸. Contudo, não há contradição, uma vez que foi excluído do âmbito de incidência da Lei nº 6.099/74 o arrendamento contratado com a própria fabricante na posição de arrendadora, e não o arrendamento mercantil operacional.

No que tange ao assunto, as operações de arrendamento de máquinas da Xerox já foram apreciadas pelo STJ, o qual esclareceu que o arrendamento de equipamentos pela própria fabricante – ainda que exista opção de compra – não se trata de arrendamento mercantil¹⁰⁹. Apesar disso, ainda é muito comum que doutrina e jurisprudência confundam esta modalidade de arrendamento e o arrendamento mercantil operacional¹¹⁰.

3.3 Arrendamento mercantil operacional

A expressão *operating lease* servia, inicialmente, para denominar as operações de arrendamento em que o equipamento era fornecido em conjunto com um operador, como, por exemplo, um caminhão com o respectivo motorista¹¹¹.

Com o desenvolvimento do *leasing* nos Estados Unidos, a expressão passou a ser utilizada para definir uma série de operações de curto prazo, englobando as que não podiam ser classificadas como *capital leases*. Vale destacar que são *capital leases* as

¹⁰⁸ Neste sentido: RIZZARDO, Arnaldo. **Leasing – arrendamento...**, p. 40; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Leasing...**, pp. 55-56.

¹⁰⁹ Recurso Especial nº 274.642/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 20/08/2001; Recurso Especial nº 596.911/RS, Terceira Turma, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 03/02/2005.

¹¹⁰ Neste sentido: QUEIROZ, José Wilson Nogueira. **Arrendamento...**, p. 22; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Leasing...**, pp. 55-59.

¹¹¹ “[A] lease in which equipment was furnished along with an operator on a lease service arrangement, as, for example, with a piece of construction equipment, a ship, or an airplane.” (NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. **Equipment leasing...**, p. 7)

operações que satisfaçam ao menos um dos seguintes requisitos: (i) passar a propriedade do bem arrendado automaticamente à arrendatária ao final do contrato; (ii) ter, no contrato, uma opção de compra a valor nominal (*bargain*), e não a valor de mercado; (iii) ser o prazo do arrendamento igual ou superior a 75% da vida útil estimada do bem arrendado; e (iv) ser o valor presente das contraprestações igual ou superior a 90% do valor de mercado do bem arrendado¹¹².

No Brasil, a Resolução nº 2.309/96 considera arrendamento mercantil operacional a modalidade em que:

- (i) a arrendatária não seja a própria fornecedora do bem;
- (ii) a arrendatária seja (a) pessoa jurídica que tenha como objeto principal de sua atividade a prática de operações de arrendamento mercantil, (b) banco múltiplo com carteira de arrendamento ou (c) outra instituição autorizada para tanto;
- (iii) as contraprestações a serem pagas pela arrendatária contemplem o custo de

¹¹² “7. The criteria for classifying leases set forth in this paragraph and in paragraph 8 derive from the concept set forth in paragraph 60. If at its inception (as defined in paragraph 5(b)) a lease meets one or more of the following four criteria, the lease shall be classified as a capital lease by the lessee. Otherwise, it shall be classified as an operating lease. (See Appendix C for an illustration of the application of these criteria.) a. The lease transfers ownership of the property to the lessee by the end of the lease term (as defined in paragraph 5(f)).

b. The lease contains a bargain purchase option (as defined in paragraph 5(d)).

c. The lease term (as defined in paragraph 5(f)) is equal to 75 percent or more of the estimated economic life of the leased property (as defined in paragraph 5(g)). However, if the beginning of the lease term falls within the last 25 percent of the total estimated economic life of the leased property, including earlier years of use, this criterion shall not be used for purposes of classifying the lease.

d. The present value at the beginning of the lease term of the minimum lease payments (as defined in paragraph 5(j)), excluding that portion of the payments representing executory costs such as insurance, maintenance, and taxes to be paid by the lessor, including any profit thereon, equals or exceeds 90 percent of the excess of the fair value of the leased property (as defined in paragraph 5(c)) to the lessor at the inception of the lease over any related investment tax credit retained by the lessor and expected to be realized by him. However, if the beginning of the lease term falls within the last 25 percent of the total estimated economic life of the leased property, including earlier years of use, this criterion shall not be used for purposes of classifying the lease. A lessor shall compute the present value of the minimum lease payments using the interest rate implicit in the lease (as defined in paragraph 5(k)). A lessee shall compute the present value of the minimum lease payments using his incremental borrowing rate (as defined in paragraph 5(1)), unless (i) it is practicable for him to learn the implicit rate computed by the lessor and (ii) the implicit rate computed by the lessor is less than the lessee's incremental borrowing rate. If both of those conditions are met, the lessee shall use the implicit rate.” (Statement of Financial Accounting Standards nº 13)

arrendamento do bem e os serviços inerentes à sua colocação à disposição da arrendatária, não podendo o valor presente dos pagamentos ultrapassar 90% do custo de aquisição do bem arrendado;

(iv) o prazo contratual seja superior a 90 (noventa) dias e inferior a 75% do prazo de vida útil econômica do bem arrendado;

(v) o preço para o exercício da opção de compra seja o valor de mercado do bem arrendado;

(vi) não haja previsão de pagamento de VRG; e

(vii) a manutenção, a assistência técnica e os serviços correlatos à operacionalidade do bem arrendado possam ser de responsabilidade da arrendadora ou da arrendatária.

Primeiramente, frisa-se que no arrendamento mercantil operacional a arrendadora não é a própria fabricante do bem, mas uma sociedade de arrendamento mercantil ou uma instituição financeira autorizada a celebrar tal tipo de negócio¹¹³.

As contraprestações a serem pagas pela arrendatária não cobrem todos os custos da sociedade arrendadora com a aquisição do bem arrendado. Portanto, tal modalidade não pode ser caracterizada como um *full payout lease*¹¹⁴, em que as contraprestações e demais pagamentos devidos pela arrendatária devem ser, normalmente, suficientes para que a arrendadora recupere o custo do bem arrendado durante o prazo contratual da operação e obtenha um retorno sobre os recursos investidos, característica presente apenas no arrendamento mercantil financeiro.

¹¹³ Em sentido contrário: RIZZARDO, Arnaldo. **Leasing – arrendamento...**, p. 37; DELGADO, José Augusto. **Leasing – doutrina e jurisprudência**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 74; CABRAL, Antonio da Silva. **Leasing – Noções...**, v. 1, p. 30; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Leasing...**, p. 57 (o autor afirma ser dispensável a participação de uma instituição financeira); e GRAU, Eros Roberto In: STF, Recurso Extraordinário nº 547.245/SC, Sessão Plenária, Relator Ministro Eros Roberto Grau, julgado em 02/12/2009.

¹¹⁴ Sobre o conceito de *full payout lease*, vide NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. **Equipment leasing...**, p. 7.

No tocante ao prazo, no arrendamento mercantil operacional este deve ser superior a 90 (noventa) dias e inferior a 75% da vida útil do bem. Desta forma, verifica-se que, assim como ocorre com o *operating lease* nos Estados Unidos, no Brasil a expressão arrendamento mercantil operacional é utilizada para designar arrendamentos de curto prazo limitados a 75% da vida útil do bem. Esta, por sua vez, corresponde ao prazo pelo qual se possa esperar a sua efetiva utilização econômica (artigo 12, § 1º, da Lei nº 6.099/74) – e tal prazo deve ser determinado pela Secretaria da Receita Federal ou de acordo com as normas previstas pela legislação do imposto de renda para fixação da taxa de depreciação (artigo 12, §§ 2º e 3º, da Lei nº 6.099/74).

O fato de a Resolução nº 2.309/1996 estabelecer que o preço para o exercício da opção de compra seja o valor de mercado do bem arrendado foi alvo de severas críticas, dentre as quais vale destacar as de Rizzardo:

O mais grave, porém, é a faculdade inserida nos incisos III de ambos os arts. 5º e 6º: a fixação do valor pela opção de compra equivalente ao preço de mercado do bem, o que é obrigatório no arrendamento mercantil operacional.

A rigor, pois, possível que as contraprestações nem envolvam o preço do bem. Chega-se, destarte, a um total desvirtuamento da natureza do *leasing*. No financeiro, já uma faculdade em se fixar o preço do valor de mercado; no operacional, nota-se uma exigência de tal fixação. Do que se conclui que as contraprestações não significarão pagamento pela compra e venda em que pode se transformar a avença. De outro lado, como se não fosse suficiente, dá-se liberdade na fixação do valor pela opção de compra. Não equivalerá ao que não se computou na depreciação.

Resumindo, pelos dois artigos citados restou descaracterizado o *leasing*. Consumou-se um atentado a este já cinquentenário instituto. Sorte que a resolução não passa de resolução, não tendo neste aspecto, sequer valor para fins administrativos nas relações entre o Banco Central e as empresas arrendantes, por contrariar a Lei 6.099.¹¹⁵

Tais críticas partem da incorreta premissa de que o *leasing* teria como característica a soma do valor das contraprestações ao da opção de compra para se adquirir o bem. Contudo, este raciocínio desconsidera dois fatos extremamente importantes.

¹¹⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Leasing – arrendamento...**, p. 40.

Em primeiro lugar, na prática internacional – e, especialmente, nos Estados Unidos – os valores pagos a título de contraprestação não necessariamente se somam ao valor estabelecido para exercício da opção, totalizando o valor do bem. Pelo contrário, nos Estados Unidos são considerados *tax-oriented true leases*¹¹⁶ somente os negócios que não contêm opção de compra ou que contêm opção de compra a valor de mercado.

Em segundo lugar, não há correlação direta entre a soma das contraprestações e o valor da opção de compra com o custo de aquisição do bem, pois isso desconsideraria o custo do arrendamento do bem no período em que ele ficou na posse da arrendatária e também o lucro da sociedade arrendadora. Assim, as alegações de suposta descaracterização do instituto demonstram, na verdade, desconhecimento sobre quais são as suas características.

Importa destacar, ainda, que no arrendamento mercantil operacional não pode haver previsão de pagamento de VRG (artigo 6º, inciso IV, do Regulamento Anexo à Resolução nº 2.309/96), de modo que a sociedade de arrendamento mercantil deve arcar com parte do risco de depreciação do bem durante o prazo de arrendamento.

Por fim, ainda que o arrendamento mercantil operacional tenha se originado dos negócios em que um operador era fornecido em conjunto com o bem arrendado, o fornecimento de assistência técnica e serviços correlatos não é essencial, podendo ser de responsabilidade da arrendadora ou da arrendatária (artigo 6º, § 3º, do Regulamento Anexo à Resolução nº 2.309/96). Dessa forma, pode-se dizer que – como o *operating lease* nos Estados Unidos – o arrendamento mercantil operacional tornou-se uma expressão útil para definir uma variedade de operações de arrendamento de curto prazo, diferindo dos negócios que lhe deram origem, a saber, o arrendamento que compreendia o próprio bem a ser arrendado e seu respectivo operador.

¹¹⁶ Vide capítulo 1.

3.4 Arrendamento mercantil financeiro

O arrendamento mercantil financeiro é a modalidade mais conhecida de arrendamento mercantil, e, segundo Rizzardo, é o *leasing* propriamente dito¹¹⁷.

Anteriormente, o *financial lease* apresentava-se com um negócio em que a intermediação era realizada por um corretor, função que passou a ser exercida por instituições financeiras (*banker lessors*, *banker leasing corporations* e *sales finance corporations*)¹¹⁸. A esse respeito, Wald esclarece que:

Finalmente, surgiu o *leasing* bancário ou financeiro, quando a função do intermediário passou a ser exercida pelos bancos, que complementaram ou substituíram a atividade dos antigos corretores pelas sociedades de crédito ao consumidor ou *sales finance companies*. Passou-se, assim, do *leasing* industrial ou operacional ao *leasing* financeiro, forma mais requintada e fecunda, que domina o mundo há cerca de 20 anos.¹¹⁹

Atualmente, assim como o arrendamento mercantil operacional, o financeiro é um negócio jurídico necessariamente firmado por uma sociedade de arrendamento mercantil ou por uma instituição financeira devidamente autorizada pelo BACEN na qualidade de arrendadora (artigo 1º do Regulamento Anexo à Resolução nº 2.309/96)¹²⁰.

O artigo 5º do Regulamento Anexo à Resolução nº 2.309/96 considera arrendamento mercantil financeiro a modalidade em que:

- (i) as contraprestações e demais pagamentos previstos no contrato, devidos pela arrendatária, sejam normalmente suficientes para que a arrendadora recupere o

¹¹⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Leasing – arrendamento...**, p. 41.

¹¹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Leasing...**, p. 53; RIZZARDO, Arnaldo. **Leasing – arrendamento...**, p. 42.

¹¹⁹ WALD, Arnaldo. Da licitude da inclusão da cláusula de correção cambial nas operações de arrendamento mercantil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 591, dez. 1983, p. 18.

¹²⁰ Assim, não faz sentido distinguir as modalidades operacional e financeira de arrendamento mercantil a partir das características da sociedade arrendadora. Em sentido contrário, RIZZARDO, Arnaldo. **Leasing – arrendamento...**, p. 41; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Leasing...**, p. 53. Em razão disso, também não é possível importar diferenciações feitas em outros países, como a de Roberto Ruozi na Itália (**II leasing**. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1971, pp. 13-18).

custo do bem arrendado durante o prazo contratual da operação e, adicionalmente, obtenha um retorno sobre os recursos investidos;

(ii) as despesas de manutenção, assistência técnica e serviços correlatos à operacionalidade do bem arrendado sejam de responsabilidade da arrendatária;

(iii) o preço para o exercício da opção de compra seja livremente pactuado, podendo ser, inclusive, o valor de mercado do bem arrendado.

Além disso, é possível estabelecer a obrigação de a arrendatária arcar com o VRG. A partir destas características, identificam-se algumas diferenças entre o arrendamento mercantil financeiro e o operacional.

O arrendamento mercantil financeiro é, imperiosamente, um *full payout lease*, em que as contraprestações devidas pela arrendatária ser suficientes para que a arrendadora recupere o custo do bem arrendado, das despesas correlatas e ainda obtenha lucro¹²¹. No arrendamento mercantil operacional, no entanto, as contraprestações devidas pela arrendatária não podem ultrapassar 90% do custo de aquisição do bem arrendado.

O arrendamento mercantil financeiro pode conter a obrigação de a arrendatária pagar um VRG, ou seja, a arrendadora pode transferir integralmente à arrendatária os riscos de depreciação do bem. Se o contrato de arrendamento mercantil financeiro for inadimplido, ou se ao final do prazo contratual a arrendatária não exercer a opção de compra nem renovar o contrato, a arrendadora tem garantido o recebimento de um valor mínimo¹²². No arrendamento mercantil operacional é proibida a inclusão de tal previsão (artigo 6º, inciso IV, do Regulamento Anexo à Resolução nº 2.309/96).

¹²¹ No mesmo sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Leasing...**, pp. 54-55; BENJÓ, Celso. O leasing na sistemática..., p. 16.

¹²² “Nas ações de reintegração de posse motivadas por inadimplemento de arrendamento mercantil financeiro, quando o produto da soma do valor residual garantido (VRG) quitado com o valor da venda do bem for maior que o total pactuado como VRG na contratação, será direito do arrendatário receber a diferença, cabendo, porém, se estipulado no contrato, o prévio desconto de outras despesas ou encargos contratuais.” (STJ, Recurso Especial nº 1.099.212/RJ, Segunda Seção, Relator Ministro Massami Uyeda, julgado em 27/02/2013)

Ademais, enquanto na modalidade operacional há a possibilidade – mas não a necessidade – de o arrendamento mercantil incluir o fornecimento de assistência técnica e serviços correlatos, isso é expressamente vedado na modalidade financeira (artigo 5º, inciso II, do Regulamento Anexo à Resolução nº 2.309/96). Ainda, no arrendamento mercantil operacional o valor da opção de compra deve imperiosamente corresponder ao valor de mercado do bem, mas no arrendamento mercantil financeiro tal valor pode ser livremente pactuado e, inclusive, ser irrisório sem que haja descaracterização do instituto¹²³.

Outro aspecto que diferencia as modalidades de arrendamento mercantil é o prazo do negócio. O arrendamento mercantil operacional deve ter prazo superior a 90 (noventa) dias e inferior a 75% do prazo de vida útil econômica do bem arrendado (artigo 8º, inciso II, do Regulamento Anexo à Resolução nº 2.309/96). Por sua vez, o arrendamento mercantil financeiro deve ter o prazo mínimo de (i) dois anos, se a vida útil do bem arrendado for igual ou inferior a cinco anos; e de (ii) três anos, se a vida útil do bem arrendado for superior a cinco anos. O prazo deve ser contado a partir da data em que for firmado o termo de aceitação e recebimento dos bens e a data de vencimento da última contraprestação, que podem vencer até seis meses após o período de arrendamento, salvo no caso de operações que beneficiem atividades rurais, cujo prazo pode ser de um ano (artigo 7º, inciso IV, do Regulamento Anexo à Resolução nº 2.309/96).

A diferença no prazo limita a utilização do arrendamento mercantil financeiro a operações de médio e longo prazo, não sendo possível aplicá-lo em operações de prazo inferior a dois anos ou três anos, dependendo da vida útil do bem.

¹²³ Nisso a legislação brasileira difere bastante das regras norte-americanas. Nos Estados Unidos, para que um negócio seja classificado como *true lease*, a opção de compra do bem arrendado deve ser necessariamente igual ou superior ao valor de mercado do bem: “Neither the lessor nor any member of the lessee group may have any contractual right to purchase the property from the lessor at a price less than the fair market value at the time such right may be exercised. Fixed-price purchase options are prohibited by Revenue Procedure 75-21 even if they are based on an estimate of the expected fair market value at the time such purchase options may be exercised, although purchase options based on the higher of a fixed price or the fair market value at the time of exercise are permitted.” (NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. **Equipment leasing...**, p. 82)

3.5 Arrendamento mercantil imobiliário

A história do *leasing* está diretamente ligada ao arrendamento de bens móveis, mais especificamente de equipamentos. O arrendamento mercantil, porém, não está limitado a este tipo de bem, o que se verifica tanto na definição de arrendamento mercantil contida no artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 6.099/74, que não limita o tipo de bem que pode ser objeto de arrendamento mercantil¹²⁴, quanto no disposto no artigo 11 do Regulamento Anexo à Resolução nº 2.309/96, que faz expressa referência à possibilidade de arrendamento mercantil de bens imóveis, *in verbis*: “Podem ser objeto de arrendamento bens móveis, de produção nacional ou estrangeira, e bens imóveis adquiridos pela entidade arrendadora para fins de uso próprio da arrendatária, segundo as especificações desta.”¹²⁵ Além disso, em 20 de novembro de 1997, foi promulgada a Lei nº 9.514, que tratou especificamente do arrendamento mercantil imobiliário.

O arrendamento mercantil imobiliário pode envolver ao menos quatro operações distintas, sintetizadas de forma em que a arrendadora, a pedido da arrendatária:

- (i) adquire de um terceiro um imóvel já construído e, em seguida, entrega-o para a arrendatária, que passa a fruir dele e a dever as contraprestações em retribuição ao uso e gozo da coisa;
- (ii) adquire a propriedade de um terreno de terceiro e custeia o levantamento de uma construção, observando, para tanto, as especificações fornecidas pela

¹²⁴ “Considera-se arrendamento mercantil, para os efeitos desta Lei, o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta.”

¹²⁵ No mesmo sentido é a opinião de Caio Mário: “Uma questão, que tem sido debatida, é a da viabilidade dos imóveis serem objeto de contrato de *leasing*. A proposição deve ser posta nos dois planos, tanto legislativo quanto doutrinário.

Em face da Lei 6.099/74, a matéria é fora de discussão. De outra parte, o art. 11 [da resolução e não da lei] alude por expresso a ‘bens imóveis’ ao lado dos bens móveis de produção nacional classificáveis no ativo fixo, e aos de produção estrangeira que sejam enumerados pelo Conselho Monetário Nacional.

A abrangência dos bens imóveis no contrato de ‘arrendamento mercantil’ não padece dúvida.

E, como esta lei cogita assim do ‘*leasing financeiro*’ como do ‘*lease back*’, força é concluir que, tanto num quanto noutro caso, os imóveis podem ser objeto do *leasing*. Para a lei a condição é achar-se inscrito no ativo fixo.” (Leasing (arrendamento mercantil)..., p. 11)

arrendatária. Finalizada a construção, o imóvel é entregue para a arrendatária, que passa a fruir dele e a dever as contraprestações em retribuição ao uso e gozo da coisa¹²⁶;

(iii) adquire da própria arrendatária um imóvel já construído e entrega-o para a arrendatária, que passa a fruir dele e a dever as contraprestações em retribuição ao uso e gozo da coisa; e

(iv) adquire a propriedade de um terreno da própria arrendatária e custeia o levantamento de uma construção, observando, para tanto, as especificações fornecidas pela arrendatária. Finalizada tal construção, o imóvel é entregue para a arrendatária, que passa a fruir dele na qualidade de arrendatária e a dever as contraprestações em retribuição ao uso e gozo da coisa¹²⁷.

A primeira forma não tem qualquer peculiaridade, pois se estrutura como arrendamento mercantil de qualquer outro bem.

No segundo caso, a peculiaridade consiste na forma de custeio da construção, o qual geralmente é realizado na forma de adiantamento a fornecedores durante o período de construção. Como tais adiantamentos são feitos antes do início do prazo do contrato de arrendamento mercantil, é comum arrendadora e arrendatária firmarem pacto adjeto prevendo que a arrendatária será responsável por tais despesas, bem como haver a cobrança de uma comissão de compromisso para remunerar o capital adiantado a

¹²⁶ Neste sentido é o entendimento de Tomasetti Jr.: “No ‘leasing’ imobiliário, a pessoa jurídica constituída como empresária de leasing (‘arrendamento mercantil’) as mais das vezes, mediante prévia proposta do cliente, adquire a propriedade de um terreno no qual custeia o levantamento de uma construção, que obedece a minudentes especificações fixadas pelo mesmo cliente, o qual, num terceiro tempo, recebe a posse do terreno e da construção, para usar e fruir deles como arrendatário, que passa a dever, durante certo prazo, à empresa proprietária e arrendadora do imóvel uma prestação em dinheiro, normalmente mensal, em que vêm computadas uma parcela do valor do bem e outra parcela devida como retribuição ao uso e gozo da coisa pelo arrendatário, que, ao final do prazo pactuado, é titular do direito de exercer uma opção tríplice: continuar com o arrendamento, declarar extinta a relação contratual correspondente, ou haver para si o imóvel arrendado, descontado do preço previamente definido as parcelas pagas a título de arrendamento e depreciação experimentada pela coisa imóvel.” (In: OLIVEIRA, Juarez (coord.). **Comentários...**, p. 37)

¹²⁷ Tomasetti Jr. esclarece que se admite “também que tenha o arrendatário a propriedade do terreno, incumbindo à empresa de *leasing* promover a construção, à qual normalmente acompanha o mobiliário indispensável para a destinação do imóvel”. (In: OLIVEIRA, Juarez (coord.). **Comentários...**, p. 37)

fornecedores, que pode ser incluída no cálculo das contraprestações ou cobrada separadamente.

Nesses dois casos, o arrendamento mercantil imobiliário pode ser realizado nas modalidades operacional e financeira, porém, esta última é a mais utilizada pelo mercado por ser mais apropriada a arrendamentos de longo prazo, em razão da vultuosidade dos montantes envolvidos.

No terceiro e quarto casos, a operação deve, necessariamente, ser realizada na modalidade de arrendamento mercantil financeiro, pois se trata de um *lease-back*. No último caso, existe, ainda, a dificuldade de estruturar o financiamento da construção.

Por conta de o arrendamento mercantil imobiliário ser típico, este contrato foi excluído do âmbito de aplicação das normas que tratam da locação de imóveis residenciais, não residenciais ou comerciais (artigo 1º, parágrafo único, alínea ‘b’, da Lei nº 8.245/91 e artigo 37 da Lei nº 9.514/97). Como explica Tomasetti Jr.:

Demais, existindo para este contrato tipificado uma sede legal específica, cuidou o legislador de arredá-lo de quaisquer implicações com o microssistema da locação de imóveis urbanos a que poderia levar o aspecto locacional que o *leasing* carrega consigo em qualquer de suas modalidades (...).¹²⁸

Em outras palavras, o arrendamento mercantil imobiliário deve ser estruturado como um arrendamento mercantil operacional ou financeiro, sendo mais comum a última hipótese, e não são aplicáveis a este contrato as normas referentes à locação – o que indica tratar-se de um contrato com regime jurídico próprio.

3.6 *Self-leasing*

O termo *self-leasing* é comumente utilizado para identificar dois negócios distintos que compreendem arrendamentos mercantis contratados com: (i) com a própria fabricante

¹²⁸ TOMASETTI JR., Alcides. In: OLIVEIRA, Juarez (coord.). **Comentários...**, p. 38.

do bem na posição de arrendatária; e (ii) sociedades coligadas ou interdependentes da sociedade arrendadora¹²⁹.

Primeiramente, é preciso esclarecer a diferença entre o arrendamento mercantil contratado com a própria fabricante do bem e o *self-leasing*. No primeiro caso, a fabricante do bem figura na posição de arrendadora (o que é normal e indevidamente confundido com o arrendamento mercantil operacional), enquanto no *self-leasing* a fabricante figura na posição de arrendatária. Nenhuma das duas hipóteses está sujeita à disciplina estabelecida pela Lei nº 6.099/74, em virtude do disposto desta lei e nos artigos 1º e 28 do Regulamento Anexo à Resolução nº 2.309/96.

Em segundo lugar, é preciso diferenciar os casos em que a coligação ou interdependência dá-se entre a arrendatária e o vendedor do bem e aqueles em que tal relação ocorre entre a sociedade arrendadora e a arrendatária¹³⁰.

A relação de coligação ou interdependência nos negócios de arrendamento mercantil não deve ser determinada com base no disposto na Lei das Sociedades por Ações, mas nas normas expedidas pelo CMN. Isso porque foi atribuído a este competência de especificar tais casos para fins de arrendamento mercantil (artigo 2º, § 1º, da Lei nº 6.099/74), o que foi feito no artigo 27 do Regulamento Anexo à Resolução nº 2.309/96, que considera coligada ou interdependente a pessoa:

- (i) da qual a entidade arrendadora participe, direta ou indiretamente, com 10% ou mais do capital;
- (ii) da qual administradores da entidade arrendadora, seus cônjuges e respectivos parentes até o segundo grau participem, em conjunto ou isoladamente, com 10% ou mais do capital, direta ou indiretamente;

¹²⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Leasing...**, p. 67; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Elementos do contrato de arrendamento mercantil (*leasing*) e a propriedade do arrendatário. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 1999; v. 36, nº 143, jul./set. , p. 290; BENJÓ, Celso. O leasing na sistemática..., p. 18.

¹³⁰ Tal diferenciação não é feita por alguns autores, entre eles: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Leasing...**, pp. 67-72; DELGADO, José Augusto. **Leasing – doutrina...**, pp. 83-84; RIZZARDO, Arnaldo. **Leasing – arrendamento...**, pp. 48-50.

- (iii) da qual acionistas com 10% ou mais do capital da entidade arrendadora participem com 10% ou mais do capital, direta ou indiretamente;
- (iv) que participar com 10% ou mais do capital da entidade arrendadora, direta ou indiretamente;
- (v) cujos administradores, seus cônjuges e respectivos parentes até o segundo grau participem, em conjunto ou isoladamente, com 10% ou mais do capital da entidade arrendadora, direta ou indiretamente;
- (vi) cujos sócios, quotistas ou acionistas com 10% ou mais do capital participem também do capital da entidade arrendadora com 10% ou mais de seu capital, direta ou indiretamente;
- (vii) cujos administradores, no todo ou em parte, sejam os mesmos da entidade arrendadora.

Se houver coligação ou interdependência entre o vendedor do bem e a arrendatária, a operação recebe guarida do tratamento estabelecido pela Lei nº 6.099/74, porém pode-se utilizar somente a modalidade de arrendamento mercantil financeiro¹³¹. Por sua vez, se a relação de coligação ou interdependência der-se entre a arrendadora e a arrendatária, tal operação é vedada, nos termos do artigo 28, inciso I, do Regulamento Anexo à Resolução nº 2.309/96. Exceção a esta proibição é feita para operações de arrendamento mercantil externo em que o bem é arrendado a uma sociedade arrendadora domiciliada no Brasil para fins de subarrendamento, hipótese em que pode haver relação de coligação ou interdependência entre a sociedade arrendadora domiciliada no exterior e a sociedade arrendatária e subarrendadora domiciliada no Brasil (artigo 16, § 4º, da Lei nº 6.099/74). Contudo, permanecem vedadas as operações em que houver relação de coligação ou interdependência entre a arrendadora e a subarrendatária domiciliada no Brasil (artigo 17 do Regulamento Anexo à Resolução nº 2.309/96)¹³². A doutrina indica haver diversas

¹³¹ Artigo 13 do Regulamento Anexo à Resolução nº 2.309/96.

¹³² Em sentido contrário é o entendimento de Mancuso: “Se o objeto do subarrendamento for um bem

razões para tal restrição, dentre as quais evitar a burla das regras que estabelecem índices máximos de imobilização de instituições financeiras¹³³, evitar a concessão de benefícios fiscais indevidos¹³⁴ etc.

3.7 *Lease-back*

Por fim, dentre as modalidades de arrendamento mercantil, cabe tratar do objeto desta dissertação: o *lease-back*.

O *lease-back* já era utilizado na Inglaterra desde os anos 1920, porém começou a ser utilizado em larga escala nos Estados Unidos, em 1936, quando a Safeway Stores alienou supermercados a um grupo de investidores privados para depois arrendá-los em um *lease* a longo prazo¹³⁵. Nesse caso, o capital levantado pela Safeway Stores foi utilizado para adquirir outros supermercados familiares e serviu como precedente para esse tipo de financiamento.

Ruozzi indica que o *lease-back* foi aplicado com sucesso nos Estados Unidos após o

importado (art. 16 da Lei 6.099/74, com a redação da Lei 7.132/83), permite-se, excepcionalmente, que haja ‘vínculo de coligação ou de interdependência entre a entidade domiciliada no exterior e a sociedade arrendatária subarrendadora, domiciliada no país’ (§ 4.º do art. 16, da Lei 6.099/74, inserido pela Lei 7.132/83). Verdade que, na seqüência, adveio a Resolução *Bacen* 2.309/96 vedando o subarrendamento ‘quando houver coligação, direta ou indireta, ou interdependência entre a arrendadora domiciliada no exterior e a subarrendatária domiciliada no país’. Mas é evidente que aí se terá incidido (mais uma vez) numa demasia regulamentar, sabido que a ordem jurídica *menor* (portaria, resolução, regulamento, parecer normativo, circular) apenas pode explicitar a norma legal, jamais inová-la e, muito menos, contrariá-la, até em face do princípio da reserva legal: ‘Ninguém será obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei’ (CF, art. 5.º, II).” (**Leasing...**, p. 72)

¹³³ Este é o entendimento de Mélega: “[A] companhia de *leasing* comprando e arrendando equipamentos e imóveis a instituições financeiras, essa circunstância permite que estas últimas escapem do índice máximo de imobilização estabelecido pelas instituições fiscalizadoras do regime bancário” (O *leasing* e o sistema tributário brasileiro, São Paulo: Saraiva e Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 1975, p. 11). Na mesma linha, raciocínio de Gico Junior, que entende que a principal utilidade e razão de tal vedação seja “a possibilidade de se contornar os limites legais para imobilização de capital e evitar o pagamento de tributos. Quando as instituições financeiras adquirem imóveis e equipamentos por meio do arrendamento mercantil, essa situação de posse, mas não propriedade, permite que elas ultrapassem o índice máximo de imobilização estabelecido pelas instituições fiscalizadoras do regime bancário.” (Elementos do contrato..., p. 290)

¹³⁴ É o que aponta Cabral: “A coligação e a interdependência podem levar a que o patrimônio seja um só economicamente e, com isso, os benefícios concedidos ao *leasing* estariam sendo burlados, eis que, indiretamente, a compra e venda seria encoberta sob a capa do *leasing*.” (**Leasing no direito brasileiro**. v. 2. São Paulo: Resenha Tributária, 1975, p. 9)

¹³⁵ CAMPOS, Diogo José Paredes Leite. O sale and lease-back: estrutura e função. In: [s.n]. **Estudos jurídicos em homenagem ao Prof. Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 33.

término da Segunda Guerra Mundial por conta dos seguintes fatores: (i) as seguradoras foram autorizadas a investir parte de seu capital em imóveis; (ii) foram concedidos incentivos fiscais para esse tipo de negócio; e (iii) o *lease-back* era um meio eficiente para as empresas obterem capital de giro para satisfazer suas necessidades financeiras no pós-guerra¹³⁶.

Queiroz indica as seguintes vantagens desta modalidade de arrendamento mercantil:

[A] locatária alienante converterá parte do seu imobilizado em dinheiro, enfrentando a falta de liquidez, e não perdendo, todavia, a disposição do bem que permanece em seu poder e posse, passando a pagar aluguéis, com a possibilidade de usufruir dos benefícios fiscais com a dedução a título de despesas operativas, na forma permitida pelo art. 11 da Lei 6.099/74.¹³⁷

Nota-se, todavia, que o *lease-back* precede às modernas estruturas de *leasing* financeiro que surgiram na década de 1950, tendo múltiplos significados¹³⁸. No Brasil e para os fins desta dissertação, *lease-back* é o negócio regulado pelo artigo 9º da Lei nº 6.099/74 e pelo artigo 13 do Regulamento Anexo à Resolução nº 2.309/96, que estabelecem a contratação deste tipo de operação necessariamente na modalidade de arrendamento mercantil financeiro, *in verbis*:

Art. 9º - As operações de arrendamento mercantil contratadas com o próprio vendedor do bem ou com pessoas jurídicas a ele vinculadas, mediante quaisquer das relações previstas no art. 2º desta Lei, poderão também ser realizadas por instituições financeiras expressamente autorizadas pelo Conselho Monetário Nacional, que estabelecerá as condições para a realização das operações previstas neste artigo.

Art. 13. As operações de arrendamento mercantil contratadas com o próprio vendedor do bem ou com pessoas a ele coligadas ou interdependentes somente podem ser contratadas na modalidade de arrendamento mercantil financeiro, aplicando-se a elas as mesmas condições fixadas neste Regulamento.

¹³⁶ RUOZZI, Roberto. **II leasing...**, p. 27.

¹³⁷ QUEIROZ, José Wilson Nogueira. **Arrendamento mercantil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 20.

¹³⁸ Vide Capítulo 1.

Parágrafo 1º As operações de que trata este artigo somente podem ser realizadas com pessoas jurídicas, na condição de arrendatárias.

Parágrafo 2º Os bancos múltiplos com carteira de investimento, de desenvolvimento e/ou de crédito imobiliário, os bancos de investimento, os bancos de desenvolvimento, as caixas econômicas e as sociedades de crédito imobiliário também podem realizar as operações previstas neste artigo.

Mancuso aponta uma inconsistência das normas acima transcritas, pois o artigo 9º da Lei nº 6.099/74 trata do arrendamento mercantil contratado com a própria vendedora do bem ou com pessoas a ela vinculadas, porém se reporta ao artigo 2º, que faz menção ao termo fabricante em vez de “vendedora do bem”¹³⁹. Tal inconsistência, porém, não existe, porque o artigo 9º, ao referir-se ao artigo 2º, não equipara a vendedora à fabricante do bem, mas visa esclarecer o sentido de “pessoas a ela vinculadas”, que seriam as pessoas coligadas ou interdependentes nos termos fixados pelo CMN.

Vale destacar, ainda, que também não há incoerência alguma no artigo 28 do Regulamento Anexo à Resolução nº 2.309/96, que proíbe a celebração de contratos de arrendamento mercantil com a própria fabricante do bem arrendado, porque o termo fabricante, neste caso, foi utilizado em sentido estrito e não deve ser confundido com fornecedora nem com vendedora do bem a ser arrendado.

Segundo a Resolução nº 2.309/96, nas operações de *lease-back* a arrendadora poderá tanto ser uma pessoa jurídica que tenha como objeto principal de sua atividade a prática de operações de arrendamento mercantil ou um banco múltiplo com carteira de arrendamento mercantil – autorizados a realizar operações de arrendamento mercantil financeiro e operacional – quanto um banco múltiplo com carteira de investimento, de desenvolvimento e/ou de crédito imobiliário, banco de investimento, banco de desenvolvimento, caixa econômica ou sociedade de crédito imobiliário – autorizados a realizar operações de arrendamento mercantil apenas na modalidade de *lease-back*. Por

¹³⁹ “É de se observar nesse texto uma certa impropriedade formal, porque o *caput* fala em *vendedor* do bem, mas reporta-se ao art. 2º, no qual aparece o termo fabricante, não havendo, naturalmente, sinonímia entre esses vocábulos (...) De *lege ferenda*, caberia ponderar sobre uma alteração terminológica, podendo empregar-se a palavra *fornecedor*, que, além de contar com um conceito legal bastante analítico, reporta-se a produto e serviço, vocábulos igualmente definidos legalmente”. (**Leasing...**, p. 62). Em sentido semelhante, CABRAL, Antonio da Silva. **Leasing no direito...**, v. 2, p. 167.

fim, dispõe que operações de *lease-back* podem abranger tanto bens móveis quanto imóveis.

Feitas essas breves considerações, passar-se-á à análise da relação jurídica obrigacional no *lease-back*, sua tipicidade, sua validade e questões controversas.

4 DO LEASE-BACK

4.1 Da tipicidade do *lease-back*

O arrendamento mercantil é facilmente reconhecido na prática como uma operação econômica por meio da qual uma arrendatária especifica à arrendadora um bem que deva ser adquirido, a arrendadora adquire este conforme as especificações da arrendatária e, ato contínuo, arrenda-o à arrendatária concedendo-lhe uma tríplice opção de, ao término do prazo de arrendamento, (i) devolver o bem, (ii) adquiri-lo ou (iii) renovar o contrato. O *lease-back* apresenta as peculiaridades de ser realizado apenas na modalidade de arrendamento mercantil financeiro e de a arrendatária ser proprietária do bem a ser arrendado antes de aliená-lo à arrendadora.

Não obstante seja fácil identificar a operação de arrendamento mercantil, há inúmeras teorias a respeito de sua natureza jurídica sendo que as principais classificam tal negócio como: (i) contrato atípico; (ii) contrato misto; (iii) contrato indireto; ou (iv) contrato típico. Segue, abaixo, breve síntese de cada uma das correntes.

Arrendamento mercantil como contrato legalmente atípico. No Brasil, essa teoria é defendida por Paulo Maximilian Wilhelm Schonblum¹⁴⁰, que entende que o arrendamento mercantil não pode ser reconduzido a qualquer tipo previsto, bem como não tem regime jurídico específico. Na Itália, esta é a opinião dominante¹⁴¹, devido a peculiaridades daquele ordenamento jurídico que não podem ser importadas para o Brasil.

¹⁴⁰ SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. **Contratos bancários**. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2004. O autor alega, ainda, que Irineu Mariani compartilha da mesma posição, mas na verdade Mariani defende ser o *leasing* um contrato misto Neste sentido, MARIANI, Irineu. Leasing: valor residual, garantia, antecipação e descaracterização. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 756, 1998; p. 78.

¹⁴¹ Segundo Francesco Galgano: “*La natura del leasing quale contratto atípico con causa di finanziamento è ormai largamente riconosciuta; i tentativi di ricondurlo a figura tipiche, come la vendita con patto di riservato domínio o come la locazione con patto di futuro acquisto della proprietà, di cui all’art. 1526, comma 3, appaiono nettamente minoritari.*” (**Diritto commerciale L’imprenditore: impresa, contratti di impresa, titoli di credito, fallimento**. 9 ed. Bologna: Zanichelli, 2003, pp. 226-227)

Arrendamento mercantil como contrato misto. O grande expoente desta corrente é El Mokhtar Bey, que entende ser o *leasing* uma simbiose entre mandato, aquisição do bem, locação, promessa de venda e eventual venda¹⁴². Na doutrina brasileira, esta tese foi defendida principalmente na década de 1970, destacando-se a opinião de Comparato¹⁴³ e Wald¹⁴⁴.

Rizzardo, no entanto, indica que este entendimento estaria datado: o arrendamento mercantil era, no começo, puramente atípico, passou a ser visto como misto, mas, com o tempo, foi tipificado. Em suas palavras:

De início, o contrato é atípico, eis que formado à margem da conceituação legal então existente. Depois, se acrescentados elementos de contratos já existentes e regulados pela lei, o novo contrato denomina-se misto. Não que seja desconstituída uma forma disciplinada pela lei, mas seus componentes se fundem com outros regramentos, fazendo exsurgir uma nova figura.

Não há união de vários contratos. Cada um conserva a sua individualidade. A causa é única, embora extraída de múltiplas manifestações jurídicas. Na hipótese do leasing, aproveitam-se princípios da locação de coisas, acrescendo-se aspectos próprios da venda a crédito, ou da venda pura, e do financiamento. Mas abstrai-se um só objetivo, ou colima-se apenas uma finalidade, que é basicamente o financiamento para a consecução de bens visando ao desempenho de uma atividade.

Entretanto, apesar de certa relatividade, o leasing adquiriu tipicidade, ou classificação legal, em face da Lei 6.099, que regula, sobretudo, as situações tributárias.¹⁴⁵

Atualmente, apenas Mariani desposa desta opinião¹⁴⁶.

Arrendamento mercantil como contrato indireto. Segundo Tullio Ascarelli, há um negócio indireto quando as partes recorrem “[a] um negócio determinado visando a

¹⁴² BEY, El Mokhtar. **De la symbiotique...**

¹⁴³ COMPARATO, Fábio Konder. Contrato de leasing..., São Paulo, v. 389.

¹⁴⁴ WALD, Arnoldo. A introdução do leasing no Brasil...

¹⁴⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Leasing – arrendamento...**, p. 132.

¹⁴⁶ “Resta o misto, que tolera se diga contrato híbrido, com o sentido de miscigenação, cruzamento inter-racial, resultando indivíduo novo. Define o fenômeno quando elementos jurídicos de mais de um contrato se juntam formando uma unidade indissolúvel, nascendo outra figura contratual. Eis, pois, a natureza jurídica do *leasing*: contrato misto. Diz-se unidade indissolúvel porque o descumprimento não rompe a parte inadimplida, mas o todo.” (MARIANI, Irineu. Leasing: valor residual..., p. 78)

alcançar através dele, consciente e consensualmente, finalidades diversas das que, em princípio lhe são típicas.”¹⁴⁷ Brandão Lopes¹⁴⁸ e Cabral¹⁴⁹ entendem que o *leasing* é uma locação cuja principal característica é o caráter do “aluguel” pactuado que não corresponderia apenas ao uso do bem arrendado, mas também aos custos e ao lucro da arrendadora, de modo que tal negócio funcionaria como um autêntico financiamento^{150,151}. Assim, o *leasing* seria um negócio indireto em que a locação não desempenharia sua função típica (uso e fruição dos bens locados), mas teria uma função de financiamento.

Arrendamento mercantil como contrato típico misto. Em estudos mais recentes, Rizzardo¹⁵² e Mancuso¹⁵³ entenderam que o arrendamento mercantil é um contrato típico misto. Apesar de indicarem que o arrendamento mercantil é um contrato “típico misto”, eles se afastam das teorias que consideram o arrendamento mercantil um contrato misto.

Arrendamento mercantil como contrato típico. A tese de que o arrendamento mercantil é um contrato típico, mas não “misto”, é defendida por Tomasetti Jr.¹⁵⁴,

¹⁴⁷ ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 1999, p. 156.

¹⁴⁸ BRANDÃO LOPES, Mauro. Natureza jurídica do ‘leasing’. **Revista de Direito Mercantil**, nº 14, 1974; pp. 35-39.

¹⁴⁹ CABRAL, Antonio da Silva. **Leasing no direito...**, pp. 19-24.

¹⁵⁰ “Analisada friamente a operação nas suas implicações econômicas, o arrendador funciona manifestamente como autêntico financiador, e o arrendatário como financiado; a importância do financiamento, aplicada pelo arrendador na compra da coisa, ou por esta representada, se já de sua propriedade, é simplesmente paga parceladamente sob a forma de ‘aluguel’, com todos os custos acessórios, e acrescida do lucro do financiador.

Admitida esta realidade econômica, e não parece possível negar a evidência dos fatos, vê-se desde logo que em todas as três aludidas espécies de *leasing*, nas suas diferentes modalidades, existe real financiamento, com a típica consequência, diretamente visada – a de permitir ao financiado, para seu ‘capital de giro’, o uso de quantias que de outra forma permaneceriam imobilizadas.” (BRANDÃO LOPES, Mauro. Natureza jurídica..., pp. 37-38)

¹⁵¹ “O intuito neste estudo foi até agora afastar de consideração aspectos não essenciais ao contrato de *leasing*, para chegar afinal à sua real natureza. Essa natureza é manifestamente a de financiamento, que constitui não a causa do contrato, mas o seu cerne, a relação fundamental de crédito e débito nele estabelecida; este financiamento, como todo financiamento, é um contrato de mútuo.” (BRANDÃO LOPES, Mauro. Natureza jurídica..., p. 38)

¹⁵² RIZZARDO, Arnaldo. **Leasing – arrendamento...**, 2012.

¹⁵³ “As precedentes considerações autorizam inferir que o leasing é, pois, contrato misto, por conter elementos obrigacionais de origem diversa, mas coalizados e harmonizados pela unidade de causa; hoje pode considerar-se típico, porquanto previsto, conceituado, e, como tal, recepcionado no direito positivo vigente.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Leasing...**, p. 40.)

¹⁵⁴ “Por essas e outras razões não se pode afirmar que o *leasing* imobiliário tenha vingado no País. Demais, existindo para este contrato tipificado uma sede legal específica, cuidou o legislador de arredá-lo de quaisquer implicações com o microsistema da locação de imóveis urbanos a que poderia levar o aspecto locacional que o *leasing* carrega consigo em qualquer de suas modalidades (Lei n. 8.245/91, art. 1.º,

Junqueira de Azevedo¹⁵⁵, Caio Mário¹⁵⁶, Benjô¹⁵⁷, Delgado¹⁵⁸ e Bulgarelli¹⁵⁹.

A discussão sobre a tipicidade do arrendamento mercantil é relevante, pois a conclusão tem impactos sobre o regime jurídico desse negócio. Nas palavras de Junqueira de Azevedo:

A grande questão sobre a natureza jurídica do leasing é a de saber se estamos diante de contrato típico ou atípico. Se típico, deve ele ser definido em si e tem regime jurídico próprio, ainda que, para fixação de sua noção, possamos utilizar conceitos de contratos próximos; se atípico, deve ser definido pela referência direta a outro ou outros contratos e tem o regime desses contratos (contrato atípico por absorção ou combinação).¹⁶⁰

Semelhante é o entendimento de Tomasetti Jr. no que tange às diferenças entre contratos típicos e atípicos em geral:

parágrafo único, II).” (TOMASETTI JR., Alcides. In: OLIVEIRA, Juarez (coord.). **Comentários...**, p. 38.)

¹⁵⁵ “A nosso ver, o *leasing* é, hoje, contrato típico; possui, antes de mais nada, uma tipicidade social, eis que a sociedade, no nível de conhecimento de quem dele se utiliza, sabe qual é, em linhas fundamentais, o seu alcance, sabe quais os principais direitos e deveres que dele decorrem. Essa sua tipicidade se reflete na jurisprudência e na atividade dos demais operadores do direito (advogados, promotores, etc.). No direito brasileiro, até mesmo para juristas retardatários, defensores do positivismo legal estrito, e que, portanto, não se satisfazem com a mera tipicidade social, exigindo que a tipicidade esteja na lei, o *leasing* deve ser considerado contrato típico, porque temos a previsão do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 6.099, de 1974, que, embora editada para finalidades tributárias, caracteriza, sem muita elegância de linguagem, o *leasing* (...)” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do leasing financeiro. Validade ou nulidade da cláusula de pagamento antecipado da opção de compra (“valor residual garantido”). Atualização em dólar e alteração das circunstâncias. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 264.)

¹⁵⁶ “Sem cobertura legislativa a princípio, o Legislador tomou conhecimento do negócio em 1974, e, com a finalidade de dispor sobre o ‘tratamento tributário’, na verdade a partir de então o *leasing* passou a ser contrato típico com a L. n. 6.099, de 12 de dezembro de 1974.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Leasing* (arrendamento mercantil)..., p. 7)

¹⁵⁷ “[Embora a Lei nº 6.099/74] tenha disciplinado preferentemente o tratamento tributário da operação, também traçou as diretrizes básicas de sua estrutura. Hodiernamente e a partir daquela data, podemos considerá-lo um contrato tipificado pela norma legal.” (BENJÔ, Celso. *O leasing na sistemática...*, p. 33.)

¹⁵⁸ “[O arrendamento mercantil] é contrato complexo típico, que pode ter por objeto qualquer bem produtivo, móvel ou imóvel, desde que suscetível de utilização econômica e que possa ser locado e ser dado como garantia de financiamento.” (DELGADO, José Augusto. **Leasing...**, p. 74.)

¹⁵⁹ “[O arrendamento mercantil] é já um contrato nominado, típico, entendendo-se que nominado não se confunde, por certo, com o nome que se dê, mas, pelo fato de ter sido regulado pelo direito positivo, que o conforma juridicamente, dando-lhe tipicidade, o que já ocorre em várias legislações, embora, m algumas, como no Brasil, sua regulação tenha sido elaborada no âmbito fiscal.” BULGARELLI, Waldírio. ‘Leasing’ – II – v. Contrato de ‘leasing’. In: LIMONGI FRANÇA, Rubens (coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. v. 48, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 138.

¹⁶⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica..., pp. 263-264.

“(...) [O] principal dentre os problemas suscitados pelos contratos mistos consiste na determinação da eficácia particularizada que decorre da conjugação e do entrelaçamento em concreto dos regimes jurídicos de cada negócio.”¹⁶¹

Os tipos contratuais têm a função de permitir um juízo de conformidade de contratos *in concreto* ao modelo, possibilitando a aplicação de um determinado regime jurídico para, assim, conferir segurança e simplicidade à contratação¹⁶². A tipicidade contratual não pode ser confundida com o fato de o contrato ter ou não determinado *nomen juris* especificado na lei¹⁶³. A distinção entre contratos¹⁶⁴ típicos e atípicos, portanto, deve repousar não na circunstância de o contrato ser ou não ser nominado, mas em ele ter ou não regime jurídico próprio¹⁶⁵.

Este regime jurídico pode ser estabelecido em leis (*lato sensu*), dando origem aos chamados contratos legalmente típicos. No entanto, os tipos legais não encerram todos os tipos contratuais. Além dos contratos legalmente tipificados, há os que contam com um regime jurídico decorrente da praxe e da contratação. Assim, a tipicidade de um contrato pode ser legal ou social, sendo legalmente típicos os contratos que têm um regime jurídico estabelecido em lei e socialmente típicos os que têm esse modelo definido na prática¹⁶⁶.

Em geral, os tipos contratuais legais são construídos sobre práticas que já eram típicas na sociedade¹⁶⁷, ou seja, a norma serve para dar uma roupagem legal ao que já era

¹⁶¹ TOMASETTI JR., Alcides. In: OLIVEIRA, Juarez (coord.). **Comentários...**, p. 27.

¹⁶² Neste sentido, MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 6 e ss; e VASCONCELOS, Pedro Pais. **Contratos atípicos...**, p. 93.

¹⁶³ Nesse sentido: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 145-146.

¹⁶⁴ Neste item, contrato significa modelo de contrato, e não negócio jurídico bilateral de caráter patrimonial.

¹⁶⁵ “A distinção entre contratos nominados e inominados deve ser reservada, no direito actual, para os casos em que o contrato tem, ou não tem, um ‘*nomen*’ na lei. A distinção entre os contratos típicos e atípicos deve ser reservada para os casos em que o contrato tenha, ou não tenha, na lei ou na prática, um modelo típico de disciplina própria.” VASCONCELOS, Pedro Pais. **Contratos atípicos...**, p. 212. Confira, também, SZTAJN, Rachel. **Futuros e swaps: uma visão jurídica**. São Paulo: Cultural Paulista, 1998, pp. 51-54.

¹⁶⁶ “Os tipos legais de contratos não esgotam os tipos contratuais. Para além dos que constam tipificados na lei, outros tipos contratuais existem na prática da vida e da contratação. Na sua generalidade, os tipos contratuais legais foram construídos sobre os correspondentes tipos extraleais, sobre práticas contratuais que já eram típicas na sociedade. Estes tipos, que são tipos normativos, quando contrapostos aos tipos legais, que são tipos jurídicos estruturais, podem designar-se adequadamente por ‘tipos sociais’.” (VASCONCELOS, Pedro Pais. **Contratos atípicos...**, p. 61)

¹⁶⁷ “Na sua generalidade, os tipos contratuais legais foram construídos sobre os correspondentes tipos extraleais, sobre práticas contratuais que já eram típicas na sociedade. Estes tipos, que são tipos normativos,

um contrato socialmente típico¹⁶⁸. Nada impede, porém, que o direito assuma uma postura promocional de certos comportamentos e crie um tipo contratual legal original, visando a incentivar ou introduzir seu uso, sem que haja um correspondente tipo contratual social¹⁶⁹.

Para que um contrato seja legalmente típico, é preciso que haja um modelo ao menos tendencialmente completo de sua disciplina legal. Para tanto, não é suficiente a mera existência de regras a respeito do contrato em questão, pois estas não necessariamente dizem respeito ao tipo do contrato, mas a outros aspectos a ele relacionados, como, por exemplo, seu regime fiscal¹⁷⁰. Para que um contrato seja legalmente típico, é preciso que as normas jurídicas postas tratem de modo tendencialmente completo sua disciplina básica, aproximando-se do tipo social, se houver algum¹⁷¹. Esse regime jurídico constitui a base para a interpretação e a integração do que não esteja explicitamente estabelecido em um caso concreto¹⁷².

Caso não haja um regime tal regime jurídico tendencialmente completo, estar-se-á diante de um contrato misto ou atípico. Os contratos puramente atípicos são aqueles que não podem ser reconduzidos a um tipo nem fazem referência a contratos típicos.

quando contrapostos aos tipos legais, que são tipos jurídicos estruturais, podem designar-se adequadamente por ‘tipos sociais’.” (VASCONCELOS, Pedro Pais. **Contratos atípicos...**, p. 61)

¹⁶⁸ Segundo Vasconcelos, a tipicidade social é graduável, não existindo critérios exatos para se definir se um determinado comportamento contratual constitui um tipo social. Para que um tipo social possa existir é preciso que haja uma multiplicidade de casos – já que a tipicidade não é compatível com a individualidade –, que as semelhanças entre esses casos possa ser reconhecida como decorrente de uma prática e não de meras coincidências, que haja o reconhecimento social de que essa prática serve como um modelo de referência e padrão de comparação e que isso seja reconhecido como vinculante. Em outras palavras, que tal prática constitua um costume (VASCONCELOS, Pedro Pais. **Contratos atípicos...**, pp. 62-63).

¹⁶⁹ A respeito da função promocional do direito: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, pp. 1-21.

¹⁷⁰ “É preciso distinguir com cuidado de entre os preceitos da lei que se referem a um contrato e cuja consequência jurídica é desencadeada por esse contrato, quais os que modelam a sua disciplina própria e que pertencem ao seu tipo, e quais os que são alheios ao tipo e que constituem uma disciplina simplesmente legal estabelecida na lei a propósito do contrato.” (VASCONCELOS, Pedro Pais. **Contratos atípicos...**, p. 212-213.)

¹⁷¹ “Para que um contrato seja tido como legalmente típico é necessário que se encontre na lei o modelo completo da disciplina típica do contrato. Este modelo regulativo pode ser mais ou menos amplo e até mais ou menos completo, mas, para que se possa dizer que o contrato é legalmente típico, é necessário que a regulação legal corresponda pelo menos aproximadamente ao tipo social e seja suficientemente completa para dar às partes a disciplina básica do contrato.” (VASCONCELOS, Pedro Pais. **Contratos atípicos...**, p. 214)

¹⁷² “Para que possa ser tido como socialmente típico, o contrato tem de ter, na prática ou nos usos, um modelo de disciplina que seja também pelo menos tendencialmente completo. Este modelo regulativo, que é o tipo social propriamente dito, constitui a principal fonte e critério da integração da parte não estipulada dos contratos que lhe correspondam.” (VASCONCELOS, Pedro Pais. **Contratos atípicos...**, p. 215.)

Contrato misto é definido como aquele “no qual se reúnem elementos de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei”¹⁷³, ou, ainda, como “um contrato unitário, cujos elementos essenciais do fato estão regulados, em tudo ou em parte, por disposições relativas a diversas espécies típicas de contrato.”¹⁷⁴ Rodrigo Xavier Leonardo entende que o elemento que melhor caracteriza os contratos misto encontra-se “na fusão de outros contratos típicos, proporcionando o surgimento de uma causa mista, diversa da causa de cada um dos contratos típicos, fundidos em um novo complexo contratual (...)”.¹⁷⁵ Tomasetti Jr., por sua vez, aduz: “Chama-se misto o contrato em que, numa estrutura negocial mais ou menos complexificada, reúnem-se os elementos constitutivos de duas ou mais categorias de negócios regulados pela lei ou conformados segundo os usos do tráfico.”¹⁷⁶

São mistos os contratos atípicos que fazem referência a contratos típicos. Não devem ser tomados por uma mera junção de cláusulas ou características de diversos tipos, mas por uma verdadeira intermediação, uma forma de transição semelhante aos tipos a que se referem sem poderem ser reconduzidos a eles^{177,178}.

Segundo a doutrina tradicional, os contratos mistos podem ser divididos entre contratos mistos puros, combinados e de tipo duplo, além dos contratos típicos com prestações subordinadas de outra espécie.

A corrente que entende que o arrendamento mercantil é um contrato misto provavelmente o considera um contrato misto puro ou um contrato misto de tipo duplo que não pode ser reconduzido a nenhum tipo legal¹⁷⁹. Vale destacar que, se os contratos de tipo

¹⁷³ ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. v. 1. Coimbra: Almedina, 1991, p. 281.

¹⁷⁴ ENNECCERUS, Ludwig; LEHMANN, Heinrich. Derecho de obligaciones. In: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor e WOLF, Martin. **Tratado de derecho civil**. Barcelona: Bosch, 1954, tomo II, p. 7.

¹⁷⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 99.

¹⁷⁶ TOMASETTI JR., Alcides. In: OLIVEIRA, Juarez (coord.). **Comentários...**, p. 27.

¹⁷⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais. **Contratos atípicos...**, p. 226.

¹⁷⁸ Apesar de Enneccerus e Lehmann incluírem entre os contratos mistos os contratos típicos com prestações subordinadas de outra espécie (conferir Derecho de obligaciones... t. II, p. 10), entendemos que tais contratos não são mistos, mas típicos com uma prestação principal e prestações subordinadas, as quais não têm o condão de alterar a natureza do contrato. Este também é o entendimento de Gomes (**Contrato...**, p. 128), Leonardo (**Redes contratuais...**, p. 103) e Vasconcelos (**Contratos atípicos...**, pp. 217-226), dentre outros.

¹⁷⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais. **Contratos atípicos**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 225.

duplo puderem subsistir como contratos completos separados, haverá tão somente união de contratos; se, pelo contrário, não puderem subsistir separados nem ser reconduzidos a um único tipo, serão identificados como contratos mistos¹⁸⁰.

A linha defendida por Rizzardo e Mancuso, por sua vez, provavelmente considera – mas não se pode afirmar com certeza, pois os autores não fizeram tais afirmações – o arrendamento mercantil um contrato típico com prestações subordinadas de outra espécie.

Coube a Enneccerus a inclusão, dentre os contratos mistos, dos contratos típicos com prestações subordinadas¹⁸¹, que seriam um “contrato típico central no qual seriam adicionadas prestações laterais, nitidamente subordinadas, provenientes de outros contratos típicos.”¹⁸²

Ocorre que a existência de uma prestação subordinada não prejudica a tipicidade do contrato¹⁸³. Uma das características dos contratos mistos é a diferença estrutural e funcional entre eles e os contratos típicos a que fazem referência, da qual emerge “uma operação econômica diversa daquela engendrada pelos contratos típicos que o formam.”¹⁸⁴ Os entendimentos de Orlando Gomes¹⁸⁵, Rodrigo Xavier Leonardo¹⁸⁶ e Vasconcelos¹⁸⁷, dentre outros, suportam essas conclusões.

Assim, a classificação de Rizzardo e Mancuso deveria apenas indicar que o contrato é típico, pois, exceto pela aposição do qualificador “misto”, tal corrente em nada difere daquela que considera o arrendamento mercantil um contrato típico.

¹⁸⁰ Em sentido contrário, Orlando Gomes exclui dos contratos mistos os contratos de tipo duplo. **Contrato**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 128.

¹⁸¹ ENNECCERUS, Ludwig; LEHMANN, Heinrich. **Derecho de obligaciones...**, p. 10.

¹⁸² LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais...**, p. 101.

¹⁸³ SILVA PINTO, Paulo J.. Dos contratos atípicos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano XL, nº 481, v. XCV, jul. 1943, p. 289.

¹⁸⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais...**, pp. 105-106.

¹⁸⁵ ORLANDO GOMES. **Contrato...**, p. 128.

¹⁸⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais...**, p. 103.

¹⁸⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos...**, pp. 217-226.

Não obstante a existência de diversas teorias, atualmente tal discussão já está superada, tendo sido reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência¹⁸⁸ que o arrendamento mercantil tem regime jurídico próprio, sendo, portanto, um contrato típico. Em síntese, as demais teses podem ser refutadas, pois:

- (i) a tipicidade legal decorre da existência de normas, as quais variam de um ordenamento para outro, não sendo possível importar as conclusões da doutrina francesa ou italiana a respeito da atipicidade legal do *leasing* (ainda que seja reconhecida a tipicidade social do *leasing* na Itália);
- (ii) a corrente que considera o arrendamento mercantil um contrato misto baseia-se no entendimento de El Mokhtar Bey – que escreveu sob a perspectiva da legislação francesa – e é anterior à publicação da Lei nº 6.099/74;
- (iii) a corrente que considera o arrendamento mercantil um contrato indireto adota uma perspectiva funcional para classificar o negócio jurídico que apresenta problemas lógicos¹⁸⁹ e fundamentação ideológica incompatível com os princípios em que está assentado o ordenamento jurídico brasileiro¹⁹⁰; e
- (iv) a corrente que considera o arrendamento mercantil um contrato típico misto classificou indevidamente tal contrato, nada diferindo da corrente que classificou tal contrato como típico.

Em vista disso, passar-se-á à análise da operação econômica de *lease-back*, questão prejudicial e necessária para o conhecimento de seu regime jurídico.

¹⁸⁸ Nesse sentido, destaca-se o seguinte julgado do STJ: “Tributário. Arrendamento mercantil. Natureza jurídica. Lei 6.099/74. LC 56/87. Incidência do ISS. Contrato misto, em sua origem, o *leasing* tornou-se, entre nós, um negócio típico, nominado e autônomo: a locação mercantil definida e regida pela Lei 6.099/74. Não faz sentido, atualmente, a pesquisa em torno de qual contrato prepondera na formação deste instituto.” (Recurso Especial nº 7.234-0/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 24/06/1992)

¹⁸⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Negócio jurídico...**, 2002.

¹⁹⁰ “[A] funcionalização do negócio jurídico aos interesses heterónomos da ordem estatal representou uma solução autoritária cujas marcas são ainda patentes no Código de 1942 e na doutrina italiana, mas que não é sustentável nem adequada num ambiente ideológico e constitucional assente na liberdade.” (VASCONCELOS, Pedro Pais. **Contratos atípicos...**, p. 356.)

4.2 Da operação de *lease-back*

Ao desenvolver a teoria do fato jurídico, Pontes de Miranda dividiu o mundo jurídico em três planos: existência, validade e eficácia¹⁹¹. Primeiramente, é preciso verificar se um negócio jurídico existe, ou seja, se a hipótese normativa incide sobre e jurisdiciona o suporte fático; depois, deve-se passar para o próximo plano e verificar se o ato é válido; e, por fim, é preciso analisar a eficácia do negócio jurídico em questão (com raras exceções da eficácia do nulo ou do anulável, um ato não será eficaz se for inválido).

Nesta dissertação será adotada uma forma diferente de análise por questões didáticas, de modo que se partirá da premissa de que o *lease-back* existe e é válido para se proceder à análise do desenvolvimento da operação econômica. Adverte-se, desde já, que, independentemente da abordagem adotada, a operação econômica e a função do contrato não definem seu regime jurídico.

4.2.1 Da especificação do bem pela arrendatária

O art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 6.099/74 estabelece que o arrendamento mercantil tem por objeto “o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta”. Verifica-se, assim, que a especificação dos bens a serem arrendados é um elemento necessário para o desenvolvimento da relação obrigacional no arrendamento mercantil. Se os bens arrendados não tiverem sido especificados pela arrendatária não há arrendamento mercantil, mas outro negócio não sujeito à Lei nº 6.099/74 e à regulamentação editada pelo CMN e pelo BACEN.

Neste aspecto, o arrendamento mercantil diferencia-se da locação, definida pelo artigo 565 do Código Civil como o negócio pelo qual “uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.” Ou seja, enquanto o arrendamento mercantil tem como pressuposto que a

¹⁹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: introdução: pessoas físicas e jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, tomo I.

arrendatária especifique o bem a ser adquirido pela arrendadora, isso não ocorre na locação.

Em geral, a arrendatária negocia primeiramente com a vendedora as características do bem, o preço e demais cláusulas e, após, firma o contrato de arrendamento mercantil com a arrendadora. Apesar de não ser proibido, não é comum que a arrendatária forneça à arrendadora apenas as especificações do bem para que esta o procure no mercado.

Contudo, embora a arrendatária possa negociar com a vendedora do bem todas as qualidades, o preço e demais cláusulas para aquisição do bem, a arrendadora não está vinculada a tal negociação, tendo apenas a obrigação de adquirir um bem com as especificações constantes do contrato de arrendamento mercantil, estando livre para determinar preço e outras cláusulas aplicáveis. Em vista disso, podem ocorrer discrepâncias entre o bem especificado pela arrendatária e o bem adquirido pela arrendadora, de modo que a arrendatária pode rejeitá-lo.

No *lease-back*, como o bem a ser arrendado é de titularidade da própria arrendatária, não há dificuldades relacionadas à especificação. Ademais, o bem será objeto de um contrato com efeitos translativos de propriedade celebrado pela arrendatária e pela arrendadora, de modo que eventual rejeição da arrendatária do bem adquirido pela arrendadora sob a alegação de que tal bem não estaria de acordo com suas especificações constituiria comportamento contraditório, vedado no direito (*nemo potest venire contra factum proprium*).

Uma vez especificado o bem (plano da existência), cabe à arrendadora adquiri-lo (plano da eficácia). Nesse tocante, importa esclarecer se a aquisição de tal bem faz parte do próprio *lease-back* ou se consubstancia outro contrato.

A doutrina brasileira entende, majoritariamente, que o arrendamento mercantil é um contrato bilateral que compreende apenas o arrendamento do bem firmado entre a arrendadora e a arrendatária, de forma que a operação econômica envolveria, ao menos, outro contrato por meio do qual a arrendadora adquire a titularidade do bem a ser

arrendado (usualmente, uma compra e venda)¹⁹². No entanto, parte da doutrina italiana aponta que naquele país o *leasing* (*locazione finanziaria*) é um contrato único e trilateral firmado conjuntamente pela fornecedora, arrendadora e arrendatária¹⁹³.

Os autores italianos que defendem ser o *leasing* um contrato trilateral compreendendo a aquisição do bem arrendado justificam essa posição com base no fato de a arrendatária, na maior parte das vezes, participar intensamente na primeira fase da operação econômica, tomando a iniciativa de procurar a fornecedora do bem e de definir alguns elementos da compra e venda do bem a ser futuramente arrendado. Por conta disso, apesar de a titularidade do bem a ser arrendado ser transferida da fornecedora para a arrendadora, esses autores entendem que a arrendadora assumiria, neste caso, a posição de parte da relação jurídica, por ser “titular do interesse regulado” e “autora da regra negocial”¹⁹⁴. Além disso, a aquisição do bem a ser arrendado e seu posterior arrendamento estariam intrinsecamente ligados, não havendo função autônoma em cada uma das fases da operação apta a separá-la em diversos negócios, o que seria de um exacerbado estruturalismo.

Ainda que no *lease-back* a fornecedora e a arrendatária tenham de ser obrigatoriamente a mesma pessoa, sendo impossível cogitar a trilateralidade, a discussão posta pela doutrina italiana é relevante para este estudo, pois define os contornos do contrato de arrendamento mercantil, especialmente no tocante a esse contrato incluir ou não a aquisição, pelo arrendador, do bem a ser arrendado.

Em vista disso, analisar-se-á, na sequência, a relação entre contrato e operação econômica, verificar-se-á o sentido de parte contratual e, por fim, adotar-se-á um posicionamento a respeito de o contrato de arrendamento mercantil compreender ou não a operação de transferência da titularidade do bem a ser arrendado do patrimônio da fornecedora para o patrimônio da arrendadora.

¹⁹² BENJÓ, Celso. O leasing na sistemática...; DELGADO, José Augusto. **Leasing...**, p. 72; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Leasing...**; RIZZARDO, Arnaldo. **Leasing – arrendamento...**, p. 109.

¹⁹³ Nesse sentido, PURCARO, Dario. **La locazione finanziaria**. Padova: Cedam, 1998, pp. 6-7; IMBRENDA, Mariassunta. **Il leasing finanziario: trilateralità funzionale ed equilibrio del rapporto**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

¹⁹⁴ IMBRENDA, Mariassunta. **Il leasing finanziario...**, pp. 94-100.

Contrato é uma palavra plurívoca. Na linguagem comum, contrato pode assumir o significado de operação econômica, como, por exemplo, quando se diz que “Pão de Açúcar e Casas Bahia reveem contrato de fusão”; contrato pode, também, assumir o significado de instrumento que documenta determinada operação econômica, como na sentença “o contrato foi assinado”. Na linguagem técnico-jurídica, o termo pode referir-se a categorias, como “contratos típicos”, a modelos aplicáveis a determinadas operações econômicas, como o “contrato de compra e venda”, ou, ainda, ao fato jurídico que formaliza uma operação econômica. O que há de comum em todas as acepções técnico-jurídicas é a referência a operações econômicas.

Portanto, a existência de uma operação econômica é condição necessária para que haja um contrato. A operação econômica ocorre com a circulação de riqueza, que, por sua vez, emerge quando bens dotados de valor de mercado – que podem ser produtos, serviços ou meras posições jurídicas –deslocam-se, atual ou potencialmente, do patrimônio de um sujeito para o de outro¹⁹⁵. Patrimônio é o setor das esferas jurídicas dos sujeitos de direito “no qual se concentram as posições subjetivas ativas e passivas de seu titular, suscetíveis de valoração econômica e consequente expressão pecuniária.”¹⁹⁶

O critério para verificar se há uma operação econômica – e, portanto, matéria passível de ser regulada por meio de contratos – é estritamente objetivo¹⁹⁷. Para que haja uma operação econômica basta o deslocamento de bens dotados de valor de mercado de um patrimônio a outro, independente da intenção das partes obterem qualquer tipo de vantagem patrimonial¹⁹⁸. Desta forma, a doação, ainda que realizada com fins

¹⁹⁵ Assim entende Tomasetti Jr.: “Existe operação econômica e, pois, matéria de contrato, quando ocorre circulação de riqueza, isto é, deslocamento atual ou potencial de produtos e serviços – procurados e oferecidos no mercado, e dotados, assim, de um valor de mercado – do patrimônio de um sujeito para o patrimônio de outro.” (In: OLIVEIRA, Juarez (coord.). **Comentários...**, p. 7)

¹⁹⁶ TOMASETTI JR., Alcides. In: OLIVEIRA, Juarez (coord.). **Comentários...**, p. 7.

¹⁹⁷ “A noção de operação econômica assenta em critérios integralmente objetivos. Trata-se de um simples fato de movimentação de produtos e serviços, existentes ou ainda não existentes no mercado, de um patrimônio a outro, independentemente da intenção de perseguirem ou não os seus agentes o lucro ou algum outro intento especulativo.” (TOMASETTI JR., Alcides. In: OLIVEIRA, Juarez (coord.). **Comentários...**, p. 7.)

¹⁹⁸ “Uma operação é ou não é – objetivamente – uma operação econômica conforme apresente ou não apresente as suas características objetivas, independentemente daqueles que possam ser, em concreto, os motivos e os interesses individuais que levaram o sujeito a concluí-la (e que bem podem ser, em si, não utilitaristas e não especulativos, e portanto ‘não econômico’, segundo a acepção corrente, que tende a

absolutamente altruísticos, é um contrato, porque há, por meio dela, fluxo de bens dotados de valor de mercado do patrimônio de um sujeito de direito para o de outro sujeito de direito. Diversamente, o reconhecimento de paternidade e a adoção de um filho não são contratos, pois não têm como substrato uma operação econômica¹⁹⁹.

No entanto, a relação entre operações econômicas e contratos não é biunívoca, de modo que não se pode afirmar, olhando apenas para a operação econômica, a qual contrato ela corresponde²⁰⁰. Em outras palavras, em sentido técnico-jurídico o contrato não pode ser equiparado à operação econômica, apesar de ser sua “veste jurídica”²⁰¹. Desta forma, faz-se necessária a busca por um modelo dogmático de contrato, que forneça critérios suficientes para diferenciá-lo da operação econômica em si.

Enquanto modelo dogmático, o contrato é o negócio jurídico²⁰² bilateral ou plurilateral em sua gênese que tem como substrato uma operação econômica²⁰³ por meio do qual as partes visam constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas patrimoniais. Confirma-se, neste sentido, o ensinamento de Tomasetti Jr.:

Enquanto modelo dogmático, o contrato pode ser conceituado como um negócio jurídico – formado pela congruência entre duas ou mais declarações negociais, contrapostas e convergentes, emitidas por duas ou mais partes em função de uma operação econômica que tem como eficácia categorial correspondente a

identificar o ‘econômico’ com o que concerne à procura do lucro, do proveito pessoal.” (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 12-13)

¹⁹⁹ “Insista-se, porém, na funcionalização da categoria contrato enquanto negócio jurídico que tem como substrato uma operação econômica, o que desde logo o afasta de outros negócios jurídicos bilaterais que não são contratos, como, por exemplo, o casamento e adoção tradicional, os quais constituem, modificam ou extinguem relações não-econômicas de direito de família.” TOMASETTI JR., Alcides. In: OLIVEIRA, Juarez (coord.). **Comentários...**, p. 12)

²⁰⁰ Evidência disso é a existência de operações econômicas que podem ser formalizadas de diversas maneiras, como, por exemplo, a transferência de titularidade de um determinado estabelecimento comercial, que pode ser feita tanto por uma alienação direta quanto por meio de uma reestruturação societária seguida de uma série de negócios envolvendo (i) um *drop-down* de ativos da sociedade inicialmente titular do estabelecimento, por meio do qual referido estabelecimento seria transferido para uma nova sociedade sob a forma de contribuição ao capital social, e (ii) alienação de todas as quotas (ou ações) dessa nova sociedade.

²⁰¹ ROPPO, Enzo. **O contrato...**, p. 127.

²⁰² “É negócio jurídico toda declaração de vontade vista socialmente como destinada a produzir efeitos jurídicos em nível de igualdade.” (AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Negócio jurídico e declaração negocial (noções gerais e formação da declaração negocial)**. Tese de Titularidade do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 25)

²⁰³ TOMASETTI JR., Alcides. In: OLIVEIRA, Juarez (coord.). **Comentários...**, p. 12.

autovinculação daquelas partes no sentido de constituir, modificar ou extinguir relação ou relações jurídicas patrimoniais.²⁰⁴

A descrição acima do modelo dogmático – que não se pretende seja exaustiva – deixa em evidência os elementos úteis para que se analise se a operação econômica de arrendamento mercantil constitui um negócio trilateral ou um conjunto de negócios bilaterais, quais sejam: os conceitos de parte e de acordo.

O conceito de parte é essencial para definir se o arrendamento mercantil é um contrato bilateral ou trilateral. Isso porque a relação jurídica contratual deve, em geral, produzir efeitos apenas nas esferas jurídicas dos contratantes, sem prejudicar terceiros, em vista do “princípio da eficácia relativa dos contratos”²⁰⁵ e do princípio da incolumidade das esferas jurídicas alheias, segundo o qual “a ninguém é dado interferir na esfera jurídica de outrem sem o seu consentimento ou autorização de lei.”²⁰⁶

O conceito de parte não coincide com o de sujeito de direito²⁰⁷, podendo haver relações jurídicas bilaterais entre mais de dois sujeitos. Lado, parte ou polo são sinônimos e significam, na verdade, centro de interesses homogêneos, posição da qual é emanada a declaração de vontade²⁰⁸. A esse respeito, Tomasetti Jr. esclarece que:

²⁰⁴ TOMASETTI JR., Alcides. In: OLIVEIRA, Juarez (coord.). **Comentários...**, p. 6.

²⁰⁵ “Mas a delimitação do conceito de parte contratual é de toda importância. Para logo na medida em que a relação jurídica contratual se projeta apenas entre as partes contratantes, de modo que a eficácia contratual por princípio só atinge o figurante ou os figurantes nos polos contratuais. A relação jurídica contratual já é eficácia do contrato, daí dizer-se que as posições jurídicas subjetivas ativas (e. g., direito subjetivo de crédito) e passivas (e. g., dever jurídico de prestação) constituem ‘efeitos do efeito’. Esta eficácia (= conjunto potencial de efeitos) não pode beneficiar ou prejudicar terceiros. Eis o chamado ‘princípio da eficácia relativa do contrato’ que encontra ressonância no art. 928 do Código Civil.” (TOMASETTI JR., Alcides. In: OLIVEIRA, Juarez (coord.). **Comentários...**, p. 11)

²⁰⁶ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 76.

²⁰⁷ O conceito de sujeito de direito é mais amplo do que o conceito de pessoa. Sujeito de direito é todo ente que o ordenamento admita como titular das posições jurídicas, incluindo-se entes não personalizados, como o nascituro, a massa falida, o condomínio, o espólio, a herança jacente e a vacante, a sociedade não personificada etc. A respeito, vide: MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia...**, pp. 131-139; TOMASETTI JR., Alcides. A parte contratual. In: VON ADAMEK, Marcelo Vieira (coord.). **Temas de direito societário e empresarial contemporâneos: liber amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 757.

²⁰⁸ Neste sentido, MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 194-195; ROPPO, Enzo. **O contrato...**, p. 81; e TOMASETTI JR., Alcides. In: OLIVEIRA, Juarez (coord.). **Comentários...**, p. 10.

[O] sujeito que é titular do interesse ou dos interesses concentrados numa das partes (ou lados) da relação jurídica contratual recebe o nome técnico de ‘figurante’. Assim, há partes (lados ou polos) unificativas ou multificativas (...).²⁰⁹

Ou seja, o número de centros de interesse determina o número de partes de um contrato, estabelecendo seus limites subjetivos²¹⁰. Interesse, por sua vez, não é o bem jurídico objeto da operação econômica nem as posições jurídicas das partes; ele pode ser definido como a relação entre um sujeito de direito que tenha uma necessidade e a capacidade de um bem de satisfazê-la²¹¹. Em uma abordagem mais prática, Bernardes de Mello esclarece que: “o que importa é saber se há acordo de vontade do homem diante de outro homem, não do homem ao lado de outro homem.”²¹²

Um contrato é tido como concluído somente se houver “coincidência plena e total entre as manifestações ou declarações negociais provindas das partes.”²¹³ Uma coincidência parcial, ainda que a respeito dos principais aspectos de um contrato, não é suficiente para que haja vinculação contratual, pois a ausência de acordo sobre algum ponto prejudica todos os demais²¹⁴.

Estabelecidos estes conceitos, ficam evidentes as razões pelas quais a operação econômica de arrendamento mercantil não se configura como contrato trilateral. Apesar de

²⁰⁹ TOMASETTI JR., Alcides. A parte contratual..., p. 757.

²¹⁰ TOMASETTI JR., Alcides. A parte contratual..., pp. 761.

²¹¹ A esse respeito, confira-se a opinião de Carnelutti: “A capacidade de um bem para satisfazer uma necessidade é a sua utilidade. A relação entre o ente que experimenta a necessidade e o ente que é capaz de satisfazer é o interesse. O interesse é, pois, a utilidade específica de um ente para outro ente.” (**Teoria geral do direito**. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, p. 86). Destaca-se também a posição de Tomasetti Jr.: “Vale notar que o interesse não é um bem jurídico, mas o valor relativo que um certo bem representa para determinado ou determinados sujeitos, e por isso se compreende, dentre outras coisas, a possibilidade de uma graduação de interesses de diversificados sujeitos a propósito de um mesmo bem.” (In: OLIVEIRA, Juarez (coord.). **Comentários...**, p. 10)

²¹² MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da existência...**, p. 194.

²¹³ TOMASETTI JR., Alcides. A parte contratual..., pp. 760-761.

²¹⁴ “O acordo entre as partes implica a soldagem dos efeitos das manifestações ou das declarações negociais expressadas em congruência pelos agentes nos centros de interesses. O contrato se conclui somente quando e somente se houver a coincidência plena e total entre as manifestações ou declarações negociais provindas das partes. Um acordo apenas parcial, ou um acordo sobre alguns pontos do contrato, mesmo que incida sobre os *essentialia negotii*, não tem eficácia de vinculação contratual; a falta de acordo sobre os pontos ainda a serem acordados prejudica todos os pontos sobre os quais já houve consentimento. Sendo assim, o acordo parcial configura suporte fático insuficiente para que a *fattispecie* concreta ingresse no mundo jurídico como contrato (plano da existência).” TOMASETTI JR., Alcides. A parte contratual..., pp. 760-761.

a arrendatária poder tomar a iniciativa de procurar a fornecedora e especificar o bem cuja titularidade a arrendadora terá a obrigação de adquirir, ela não emite qualquer manifestação ou declaração negocial para compor o acordo a respeito da transferência da titularidade do bem do patrimônio da fornecedora para o da arrendadora e, em geral, sequer tem conhecimento do conteúdo desse contrato. Igualmente, a fornecedora não emite qualquer declaração ou manifestação de vontade para compor o acordo a respeito do arrendamento do bem, o qual é determinado apenas pelas manifestações de vontade da arrendadora e da arrendatária.

Se o arrendamento mercantil fosse considerado um negócio trilateral compreendendo a aquisição do bem a ser arrendado e o arrendamento, seria necessário um acordo entre manifestações ou declarações de vontade de todas as partes (arrendadora, arrendatária e fornecedora) com relação a todos os aspectos do contrato, o que não ocorre na prática. Confira-se, a esse respeito, o entendimento de Marino:

Ao lado da operação de leasing, enquanto conceito apto a descrever todas as fases e contratos envolvidos no negócio, deve-se considerar o contrato de leasing *stricto sensu*, ou o ‘leasing propriamente dito’, inconfundível com a operação como um todo. O contrato de leasing tem como partes somente arrendante e arrendatária e, se é certo que possui natureza complexa, por incluir elementos de locação e de compra e venda, do ponto de vista funcional mostra-se uno. O que unifica o contrato de leasing é, precisamente, a causa de financiamento. O contrato de compra e venda do bem arrendado é, portanto, um ‘elemento’ da operação de leasing, mas não se confunde com o contrato de leasing, tampouco a ele se integra. Muito embora seja o próprio arrendatário a manter, em regra, contato com o fornecedor, escolhendo o bem e negociando o preço, ele não é parte do contrato. Por outro lado, o fornecedor não é parte, como é evidente, do contrato de leasing propriamente dito.²¹⁵

Esse posicionamento é confirmado no âmbito internacional pela definição contida na Convenção UNIDROIT sobre o *leasing* financeiro internacional, a qual expressamente indica que a operação econômica de *leasing* é composta por dois contratos: um de

²¹⁵ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados...**, p. 34. Ressalva-se que o contrato de compra e venda não é elemento do contrato de arrendamento mercantil, mas adimplemento de uma das prestações da arrendadora.

fornecimento (*supply agreement*) e um de arrendamento (*leasing agreement*)²¹⁶.

Discussão mais difícil a respeito da cisão entre a aquisição do bem a ser arrendado e o próprio arrendamento dá-se no *lease-back*, pois as faltas de identidade de partes e de acordo não são suficientes para separar a aquisição do bem arrendado do próprio arrendamento. Portanto, é preciso buscar outros critérios para determinar se há negócio único ou coligação contratual.

Um primeiro ponto a ser analisado é a definição legal de arrendamento mercantil. O artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 6.099/74 estabelece que se considera arrendamento mercantil “o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta.” Está claro que o contrato de arrendamento mercantil é celebrado apenas entre duas pessoas, a arrendadora e a arrendatária, não estando incluída em tal negócio qualquer relação jurídica com a fornecedora do bem.

Considerando-se que o *lease-back* é definido como o contrato de arrendamento mercantil financeiro firmado com a própria vendedora (artigo 9º da Lei nº 6.099/74 e artigo 13 do Regulamento Anexo à Resolução nº 2.309/96), a estrutura do arrendamento mercantil financeiro deve ser-lhe aplicada; dessa forma, o *lease-back* não incluiria a relação jurídica cujo adimplemento resulta na transferência do bem a ser arrendado para o patrimônio da sociedade arrendadora.

Ademais, ainda que a aquisição do bem a ser arrendado seja necessária, ela pode ser reconduzida a um tipo contratual legal (usual, mas não obrigatoriamente, uma compra e venda) e o arrendamento do bem, a outro (*i.e.*, arrendamento mercantil financeiro). Assim,

²¹⁶ “1. - This Convention governs a financial leasing transaction as described in paragraph 2 in which one party (the lessor), (a) on the specifications of another party (the lessee), enters into an agreement (the supply agreement) with a third party (the supplier) under which the lessor acquires plant, capital goods or other equipment (the equipment) on terms approved by the lessee so far as they concern its interests, and (b) enters into an agreement (the leasing agreement) with the lessee, granting to the lessee the right to use the equipment in return for the payment of rentals.” (UNIDROIT Convention on International Financial Leasing (Ottawa, 1988))

torna-se devida a separação dos tipos contratuais. Confira-se a opinião de Marino a respeito:

Em outros casos não obstante inexistir verdadeira incompatibilidade entre os tipos contratuais de referência e a operação como um todo (ou parte dela), nenhum daqueles é, isoladamente considerado, suficientemente amplo para regular todos os elementos do conteúdo contratual que são próprios do outro tipo. Via de regra, presentes dois contratos típicos (do ponto de vista legislativo ou sócio-jurisprudencial) e não meras prestações isoladas, não haverá contrato único, ainda que um dos contratos possa ser dito, no caso concreto, preponderante, e não seja incompatível com a prestação principal do outro contrato.²¹⁷

Desposa de mesmo entendimento Vasconcelos:

Quando a matéria contratada se subsuma a mais de um tipo contratual legal, a doutrina tradicional classifica-a como união de contratos ou como contrato misto consoante o relacionamento entre ambos. Se o relacionamento entre os tipos for tal que ambos possam subsistir e vigorar como contratos completos separados, não obstante o vínculo que os liga, a classificação é a de união de contratos. Se o relacionamento entre os tipos não permitir a separação, o contrato é classificado como misto. Tudo está em saber se é possível, no caso, separar, na matéria contratada, um contrato estruturalmente completo por cada tipo.²¹⁸

Destarte, a aquisição do bem deve ser reconduzida normalmente a uma compra e venda e seu arrendamento realocado a um arrendamento mercantil financeiro contratado entre a sociedade arrendadora e a própria vendedora do bem, sendo este último o *lease-back* propriamente dito.

Entretanto, isso não quer dizer que os contratos de aquisição do bem e o *lease-back* sejam totalmente independentes. A aquisição do bem faz parte do adimplemento das obrigações da arrendadora e, ainda, constitui condição precedente para a execução obrigação remanescente assumida pela sociedade arrendadora, qual seja: possibilitar ao

²¹⁷ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados...**, p. 121.

²¹⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais. **Contratos atípicos...**, p. 225.

arrendatário o uso e fruição do referido bem. Verifica-se, com isso, evidente coligação contratual entre o contrato de aquisição do bem e o *lease-back*.

4.2.1.1 Da inexistência de mandato

A aquisição do bem a ser arrendado também desperta interesse porque alguns autores – especialmente Champaud e El Mokhtar Bey – consideram haver um mandato nessa relação, seja concedido pela arrendatária à arrendadora para adquirir o bem, seja outorgado pela arrendante à arrendatária para vistoriar e aceitar o bem²¹⁹. Esse último mandato, para aceitar e vistoriar o bem, não tem sentido no *lease-back* pois a arrendatária é a própria vendedora, restando a análise a respeito da existência do primeiro.

Em vista do disposto no artigo 653 do Código Civil, para que haja mandato é necessário que um sujeito de direito receba poderes para, em nome de outrem, praticar atos ou administrar interesses. No arrendamento mercantil e no *lease-back*, a arrendadora não adquire o bem em nome de terceiros, mas em nome próprio, do que se conclui que também não há mandato²²⁰.

4.2.1.2 Da inexistência de contrato preliminar de compra e venda do bem a ser arrendado

No arrendamento mercantil envolvendo bem comercializado por terceiros e não pela própria arrendatária não se pode cogitar a existência de um contrato preliminar de compra e venda do bem a ser arrendado, em razão da falta de identidade de partes; no entanto, tal questão surge no *lease-back*.

²¹⁹ “Embora pareça estranho, a locadora ou arrendadora é a mandante, isto é, ela confere poderes, conquanto tacitamente, à locatária, que passa a ser mandatária. Os poderes são de representação quanto à conferência do material adquirido, ao exame de suas características técnicas e qualidades. Não cabe, pois, à empresa de *leasing* aprovar o equipamento, definir suas condições de serventia. Compete-lhe apenas a aquisição, ou, em última instância, o financiamento. Serão os profissionais da locatária que examinarão o bem e concluirão no tocante à aprovação.” (RIZZARDO, Arnaldo. **Leasing – arrendamento...**, p. 52.)

²²⁰ “Igualmente, o mandato não comparece à estrutura jurídica do *leasing*. É que naquele ajuste o mandatário age em nome e por conta do mandante (CC, art. 1.288), ao passo que, no *leasing*, ao contrário, o *lessor* adquire o bem por conta própria (geralmente diligenciando o necessário financiamento), seguindo, no mais, as especificações técnicas indicadas pelo *lessee*.” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Leasing...**, p. 33.

Para que haja um contrato preliminar, o contrato-base – no caso, o *lease-back* – deve indicar os elementos categoriais inderrogáveis do contrato definitivo. É o que leciona Tomasetti Jr.:

Enquanto negócio-base, o contrato preliminar deve sempre indicar e precisar os elementos categoriais inderrogáveis que compõem a existência jurídica do tipo do contrato definitivo. Assim, se acaso – no negócio que se pretende seja uma promessa de comodato de um gerador de vastas proporções – nada for esclarecido sobre a entrega e o uso da coisa infungível, não há contrato preliminar; dá-se mera aparência de negócio. A indicação do elemento categorial inderrogável próprio ao contrato definitivo é sancionada com tal energia porque (é tautológico) o objeto típico que ministra o elemento caracterizador (ou categorial inderrogável) do contrato preliminar é exatamente o contrato definitivo. A essência do pré-contrato está em projetar, vinculativamente, a conclusão, ou a conclusão e complementação, do contrato definitivo. O mínimo estrutural de que precisa estar dotado é, portanto, a indicação de qual contrato será esse cuja introdução difere (v. retro, § 4, final).²²¹

Ocorre que não há, necessariamente, um contrato preliminar de compra e venda ou de qualquer outro negócio que tenha como eficácia a transferência da propriedade no *lease-back*. Isso porque a lei e a regulamentação aplicáveis não exigem que seja especificado nos contratos de arrendamento mercantil financeiro o preço de aquisição (elemento categorial inderrogável da compra e venda) dos bens a serem arrendados. Desta forma, a princípio o *lease-back* não precisa envolver um contrato preliminar de aquisição do bem a ser arrendado, porém isso não é proibido.

Ainda que o *lease-back* não contemple essencialmente um contrato preliminar de aquisição do bem a ser arrendado, as partes, no mais das vezes, determinam previamente as cláusulas aplicáveis à transferência da propriedade do bem a ser arrendado, firmando o contrato de *lease-back* e o da aquisição do bem a ser arrendado no mesmo momento.

²²¹ TOMASETTI JR., Alcides. *Execução do contrato preliminar...*, pp. 34-35.

4.2.2 Da transferência da propriedade do bem à arrendadora

No *lease-back*, a propriedade inicial do bem a ser arrendado é da vendedora-arrendatária, que deve transferi-la para a compradora-arrendadora.

Tratando-se de bens imóveis, a transferência da propriedade deve ser formalizada mediante registro do instrumento de negócio translativo de propriedade no Registro de Imóveis, conforme disposto no artigo 1.245 do Código Civil.

Em caso de bens móveis, a transferência da propriedade pode ocorrer de diversas formas, dentre as mais comuns: (i) se a coisa móvel a ser transferida não estiver na posse da vendedora-arrendatária, será necessária a tradição do referido bem à compradora-arrendadora, nos termos do artigo 1.267 do Código Civil; (ii) se a coisa móvel a ser transferida estiver na posse da vendedora-arrendatária, a transferência da propriedade operar-se-á por meio do constituto possessório, nos termos do artigo 1.267, parágrafo único, do Código Civil; e (iii) se o bem móvel não for uma coisa – e, portanto, não suscetível de posse –, a transferência operar-se-á por uma cessão.

Em síntese, a transferência da propriedade do bem à arrendadora implica necessariamente mudança na posse somente se o bem a ser arrendado não estiver na posse de sua proprietária, a vendedora-arrendatária.

4.2.3 O arrendamento do bem e as contraprestações

Após adquirir o bem conforme as especificações da arrendatária, cabe à arrendadora entregá-lo para uso e/ou fruição da arrendatária. Nesse aspecto, tanto o arrendamento mercantil quanto a locação contam com um mesmo núcleo conceitual, qual seja: a obrigação da arrendadora ou locadora de prestar o uso e/ou a fruição de um bem mediante a entrega da posse correspondente²²².

²²² A respeito do núcleo conceitual da locação: “O contato de locação de imóvel urbano conforme os moldes da nova lei tem no seu núcleo conceptual três elementos: a) dever de prestar o uso e/ou a fruição da coisa imóvel mediante a entrega da posse correspondente; b) dever de contraprestar a retribuição devida por causa daquela entrega; c) consentimento das partes sobre a duração no tempo desse programa de prestações

Essa parcial coincidência fez com que diversos autores viessem a enxergar no arrendamento mercantil uma relação de locação²²³. Tal entendimento, entretanto, não se sustenta, pois, não há correspondência com relação aos demais elementos, especialmente no tocante ao dever de contraprestação da arrendatária.

Na locação, as contraprestações da locatária (i.e., os aluguéis) referem-se ao período de disponibilização do uso e/ou fruição do bem locado. Já no *lease-back*, a contraprestação não concerne à disponibilização do uso e/ou fruição do bem por um determinado período, mas deve ser suficiente para que a arrendadora recupere o custo do bem e, adicionalmente, obtenha um retorno sobre os recursos investidos (artigo 5º, inciso I, do Regulamento Anexo à Resolução nº 2.309/96).

Ou seja, na locação a contraprestação refere-se à disponibilização do uso e/ou fruição do bem locado e a locadora busca obter os frutos civis da coisa alugada; já no *lease-back* a contraprestação diz respeito ao investimento feito pela arrendadora, acrescido de eventuais despesas e lucro. Isso, entretanto, não quer dizer que o prazo do contrato seja irrelevante no *lease-back*, vez que o valor da contraprestação da arrendatária é calculado em função da taxa de retorno da arrendadora, que – necessariamente – deve levar em conta o fluxo de pagamentos no tempo, a depreciação do bem, a taxa de juros e demais fatores que variam conforme o prazo do negócio.

Outrossim, na locação os aluguéis podem ser devidos de uma só vez, em datas determinadas ou, como é mais comum, periodicamente. Nos casos de prestações periódicas, as contraprestações são renovadas a cada período e correspondem a um determinado tempo de uso e/ou fruição do bem locado²²⁴. No *lease-back* não há

correspectivas e d) sobre a destinação da coisa imóvel ao fim de moradia habitual, ao de estadia restrita, ou a fim empresarial” (TOMASETTI JR., Alcides. In: OLIVEIRA, Juarez (coord.). **Comentários...**, p. 4)

²²³ A título de exemplo: BRANDÃO LOPES, Mauro. Natureza jurídica do ‘leasing’. **Revista de Direito Mercantil**, nº 14, 1974; pp. 35-39.

²²⁴ Nesse sentido, Pontes de Miranda: “A dívida de aluguer pode ser adimplida periodicamente, ou em datas determinadas ou determináveis, ou de uma só vez. Algumas locações são pagas com uma só prestação (aluguer de casaca, do piano para concerto). Se o pagamento é por períodos regulares de tempo, como se por mês, ou por trimestre, ou por ano, tem-se de entender, salvo cláusula explícita, implícita ou tácita em contrário, que a cada contraprestação corresponde tempo de uso ou de uso e fruição.” (**Tratado de Direito Privado**: direito das obrigações: locação de coisas, locação de uso e de fruição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, tomo XL, p. 129).

contraprestações periódicas renovadas a cada período, mas uma contraprestação instantânea divisível (pois é dívida de dinheiro) parcelada que – repise-se – deve equivaler ao investimento realizado acrescido de eventuais despesas e lucro da arrendadora.

Ressaltadas essas diferenças, a lei houve por bem afastar a aplicação das normas referentes à locação de imóveis residenciais, não residenciais ou comerciais ao arrendamento mercantil (Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991). Embora não haja norma expressa afastando a aplicação das regras referentes à locação de bens móveis ao arrendamento mercantil, estas também não devem ser utilizadas em razão da incompatibilidade do núcleo conceitual dos dois negócios.

Assim, o *lease-back* conta com regime jurídico próprio no tocante ao arrendamento do bem e suas contraprestações, não compreendendo uma relação locatícia. Como consequência, não cabe ação de despejo para reaver a posse de um bem imóvel objeto de arrendamento mercantil, bem como não é correto o raciocínio de que, em caso de retomada do bem arrendado por conta de inadimplemento da arrendatária, não sejam devidas as “prestações vincendas”.

4.2.4 A tríplice opção

No *lease-back*, deve ser conferida à arrendatária a “tríplice opção” de (a) devolver o bem, (b) renovar o contrato ou (c) adquirir o bem por meio do exercício de uma opção de compra. Ainda que o artigo 16, item 5º, da Lei nº 6.099/74 conceda ao CMN poder para autorizar o registro de contratos de arrendamento mercantil sem opção de compra, não há qualquer norma regulamentando tal previsão, de modo que a opção de compra faz-se, atualmente, necessária.

A devolução do bem é a opção mais óbvia e caracteriza o término normal da relação jurídica contratual por meio do adimplemento, desde que as demais obrigações tenham sido devidamente adimplidas. As peculiaridades do arrendamento mercantil, portanto, consistem na concessão à arrendatária das opções de renovar o contrato ou adquirir o bem.

Caso a arrendatária opte por renovar o contrato, será necessário que ela e a arrendadora firmem um novo contrato com novos prazos, contraprestações e cláusulas. Destaca-se, nesse ponto, que a renovação do contrato de arrendamento mercantil (e de *lease-back*) não se assemelha à prorrogação do contrato de locação por tempo indeterminado, na qual o valor dos aluguéis é mantido, por dois motivos: em primeiro lugar, o arrendamento mercantil deve ter, necessariamente, prazo determinado; em segundo lugar, os aluguéis referem-se ao prazo em que o uso e/ou fruição do bem foi disponibilizado à locatária, enquanto a contraprestação do arrendamento mercantil diz respeito ao investimento realizado pela arrendadora, acrescido de eventuais despesas e lucro.

Na renovação do arrendamento mercantil é necessário que a arrendadora faça novo cálculo do valor do seu investimento, despesas e lucro, seja acordado novo prazo para o contrato e, a partir disso, seja calculado o novo valor das contraprestações. Ou seja, a opção pela renovação não é um poder formativo gerador de nova relação jurídica, estando mais próxima de uma obrigação de a arrendadora apresentar uma proposta de renovação.

A opção de compra, por sua vez, é um poder formativo gerador da arrendatária no qual a arrendadora está em posição de sujeição. Em outras palavras, basta que a arrendatária cumpra as condições estabelecidas no contrato de *lease-back* e manifeste à arrendadora o exercício da opção de compra para que surja na esfera jurídica da arrendadora a obrigação de transferir o domínio do bem arrendado. Destaca-se, neste ponto, que o exercício da opção não implica imediata transferência da propriedade, pois a compra e venda tem como efeito gerar a obrigação de a vendedora transferir o bem, e não a imediata transferência do bem.

Apesar de ser comum dizer que a opção de compra pode ser exercida apenas ao final do termo do contrato de arrendamento mercantil, tal assertiva não está correta. É, inclusive, prática de mercado se estabelecer um período para que a opção de compra seja exercida (*e.g.*, entre 360 e 180 dias antes do termo do contrato). O arrendamento mercantil somente restará descaracterizado caso tal opção seja exercida antes dos prazos mínimos estabelecidos na Resolução nº 2.309/96, hipótese em que o negócio deverá ser considerado

uma compra e venda a prestações (artigo 10º do Regulamento Anexo à Resolução nº 2.309/96).

4.3 Síntese

Em síntese, nas operações de arrendamento mercantil cabe à arrendatária especificar o bem a ser adquirido e posteriormente arrendado pela arrendadora. A aquisição do bem, porém, não faz parte do núcleo conceitual do arrendamento mercantil nem do *lease-back*, sendo parte do adimplemento das obrigações da arrendadora.

A contraprestação, por sua vez, não se dá mediante prestações periódicas pelo uso do bem arrendado, como ocorreria em um aluguel, mas, sim, de forma instantânea e parcelada, equivalendo ao investimento realizado acrescido de eventuais despesas e lucro da arrendadora. Os valores pagos a título de contraprestação não compõem o preço de aquisição do bem em caso de exercício da opção de compra, visto que a contraprestação e o valor pago pelo exercício da opção de compra têm causas diversas (no sentido de *causa obligationis*).

Por fim, a tríplice opção consiste: (i) no adimplemento normal do contrato e sua extinção com a devolução do bem arrendado; (ii) na obrigação de a arrendadora apresentar uma proposta de renovação; e (iii) na opção de compra pela arrendatária, que consiste em um poder formativo gerador de uma nova relação jurídica.

5 DOS ELEMENTOS DO *LEASE-BACK*

5.1 Dos elementos dos fatos jurídicos

Neste capítulo, investigar-se-ão o que é necessário para que determinado fato jurídico seja reconhecido pelo direito como um contrato de *lease-back*. Ou seja, buscar-se-á identificar os elementos do suporte fático hipotético (hipótese de incidência) do *lease-back*.

O suporte fático de um fato jurídico pode ser simples ou complexo, sendo simples aquele que é composto por um único fato e complexo o que é composto por uma pluralidade de fatos²²⁵.

A norma incide somente quando todos os elementos do suporte fático estão presentes – ou seja, é preciso que o suporte fático seja suficiente²²⁶. Caso contrário, não há fato jurídico (hipótese de inexistência).

Há grande controvérsia na doutrina acerca das denominações e classificação aplicáveis aos elementos do negócio jurídico²²⁷. Tendo em vista que o valor de uma doutrina jurídica mede-se pelo seu poder de realização prática²²⁸, os conceitos propostos por Junqueira de Azevedo serão adotados nesta dissertação, pois atendem aos seus propósitos. Assim,

[E]lemento é tudo aquilo de que algo mais complexo se compõe (...); requisitos são condições, exigências, que se devem satisfazer

²²⁵ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da existência...**, p. 85.

²²⁶ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da existência...**, p. 82.

²²⁷ Segundo Bernardes de Mello, os elementos nucleares do negócio jurídico (cerne e completantes) são essenciais para a incidência e consequente criação do fato jurídico (**Teoria do fato jurídico: plano da existência...**, p. 50); já os elementos complementares constituem pressupostos de validade ou pressupostos de eficácia do negócio jurídico. Junqueira de Azevedo, por outro lado, entende que elemento refere-se apenas ao plano da existência, devendo-se adotar os termos requisito para validade e fator para eficácia (**Negócio jurídico: existência...**, p. 30).

²²⁸ Confira-se, nesse sentido, BELEZA DOS SANTOS, José. **A simulação em direito civil**. 2 ed., São Paulo: Lejus, 1999, p. 21.

para preencher certos fins (...); e, finalmente, que fator é tudo que ocorre para determinado resultado, sem propriamente dele fazer parte, temos que o negócio jurídico examinado no plano da existência precisa de elementos para existir; no plano da validade, de requisitos, para ser válido; e, no plano da eficácia, de fatores de eficácia, para ser eficaz.²²⁹

Elemento do negócio jurídico é tudo o que compõe sua existência no campo do direito. Tais elementos podem ser classificados em: (i) gerais, isto é, comuns a todos os negócios; (ii) categoriais, próprios de cada tipo de negócio; e (iii) particulares, que existem em um negócio determinado, sem serem comuns a todos os negócios ou a certos tipos de negócio.

São seis os elementos gerais do negócio jurídico, os quais são necessários e indispensáveis à sua existência. Tais elementos podem ser subdivididos em intrínsecos e extrínsecos.

Os elementos gerais extrínsecos são (i) o tempo, (ii) o lugar e (iii) o agente. Os dois primeiros são comuns a todos os fatos jurídicos, enquanto o agente é comum a todo ato jurídico *lato sensu*, visto que o suporte fático dos atos jurídicos *lato sensu* tem como cerne uma declaração de vontade (sem a qual não há suficiência do suporte fático e, conseqüentemente, incidência). Além de elementos extrínsecos, tempo, lugar e agente são pressupostos do negócio jurídico, de modo que sua existência deve preceder à realização do negócio jurídico.

Os elementos gerais intrínsecos são: (i) a forma que a declaração toma, isto é, o tipo de manifestação que veste a declaração (escrita, oral etc.); (ii) o objeto, ou seja, o seu conteúdo; e (iii) as circunstâncias negociais, isto é, o que fica da declaração de vontade, os aspectos que fazem que uma manifestação de vontade seja vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos.

A forma do negócio é o meio pelo qual o agente expressa a sua vontade, podendo

²²⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Negócio jurídico: existência...**, p. 30.

ser oral, escrita, gestual, dentre outras^{230,231}. Não há negócio sem forma, mas há aqueles cuja forma é livre e outros com forma prescrita em lei²³².

As circunstâncias negociais dão à declaração de vontade²³³ seu caráter específico. O negócio jurídico caracteriza-se pelo fato de ser uma manifestação de vontade qualificada por circunstâncias negociais, de modo que seja visto socialmente como dirigido à produção de efeitos jurídicos²³⁴, conforme esclarece Junqueira de Azevedo:

Em síntese, o que caracteriza o negócio jurídico é o fato de ser uma manifestação de vontade qualificada por circunstâncias que fazem com que ele seja visto socialmente como dirigido à produção de efeitos jurídicos (é uma declaração de vontade – característica primária). Depois, o direito, acompanhando a visão social, atribui a essa declaração, efeitos, em correspondência com os efeitos manifestados como queridos (efeito constitutivo de relações jurídicas – característica secundária), mas, já então, somente desde que, in concreto haja os demais pressupostos de existência, e, ainda principalmente, os de validade e eficácia.²³⁵

O objeto do negócio jurídico corresponde a todo o seu conteúdo, abrangendo os elementos categoriais inderrogáveis, os elementos categoriais derogáveis e os elementos particulares. Além disso, faz parte do objeto tudo o que, por remissão, for incluído no negócio. Entretanto, não compõem o objeto os motivos, uma vez que são apenas do agente

²³⁰ Todos os negócios têm forma (elemento de existência do negócio jurídico), entretanto para a realização de certos negócios é exigida forma adequada (requisito de validade do negócio jurídico).

²³¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Negócio jurídico: existência...**, pp. 126-133.

²³² AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Negócio jurídico: existência...**, p. 126.

²³³ A declaração de vontade é o resultado do processo volitivo interno que, ao ser proferida, incorpora tudo o que foi objeto de tal processo, inclusive a própria vontade. Assim, apenas a declaração é elemento do negócio jurídico, em relação à qual o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, dentro de limites predeterminados e de diversas amplitudes. Este é o entendimento de Junqueira de Azevedo: “Não há que discutir qual dos dois elementos [vontade ou declaração] há de, em princípio, prevalecer; somente a declaração de vontade é elemento do negócio jurídico (plano da existência). Mesmo sem vontade, o negócio existe, e apenas poderá acontecer de ser nulo ou anulável (plano da validade), ou de não produzir efeitos (plano da eficácia – em que a vontade age principalmente através da interpretação). Assim, por exemplo, num negócio existente, se a declaração não tiver o requisito de provir de um processo volitivo, ou se esse processo volitivo não for regular, então, o negócio existente será nulo, ou anulável, ou até mesmo válido (dependendo das circunstâncias e dos diversos ordenamentos jurídicos), exatamente como ocorre, por exemplo, com a ilicitude de objeto ou com a preterição de formalidades.” (**Negócio jurídico: existência...**, p. 83)

²³⁴ A inclusão das circunstâncias negociais dentre os elementos do negócio jurídico é uma questão controversa que está além do escopo desta dissertação, bem como é inócua para seus fins.

²³⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Negócio jurídico: existência...**, pp. 124-125.

e nele se encerram²³⁶. Para que um motivo faça parte do objeto, é preciso que seja expresso como uma “razão determinante”, conforme se infere da redação do artigo 140 do Código Civil²³⁷.

Em seu conjunto, os elementos categoriais caracterizam a natureza jurídica de cada tipo de negócio jurídico. Eles não resultam da vontade das partes, mas, sim, da ordem jurídica, isto é, da lei e da construção doutrinária e jurisprudencial em torno desta.

Os elementos categoriais inderrogáveis servem para definir cada categoria de negócio e, portanto, caracterizam sua essência, tais como a disposição de certo objeto mediante pagamento de determinado preço em uma compra e venda e a disposição de certo objeto gratuitamente em uma doação²³⁸.

Este subgrupo pode ser dividido em elementos categoriais inderrogáveis objetivos e formais. Os primeiros são próprios dos negócios jurídicos causais, que se referem ora a um fato logicamente anterior ao próprio negócio e justifica-o (causa pressuposta)²³⁹, ora a fato futuro ao qual o negócio jurídico tende (causa final)²⁴⁰. São exemplos de negócios jurídicos com causa pressuposta o mútuo, o depósito e o comodato, visto que inferem logicamente a entrega da coisa; e são exemplos de negócios jurídicos com causa final o mandato, que se destina a dar poderes de representação de uma pessoa a outra, e a compra e venda.

Por sua vez, os elementos categoriais inderrogáveis formais são inerentes aos negócios jurídicos abstratos, que se caracterizam pela forma, e não pelo conteúdo, ou seja,

²³⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Negócio jurídico: existência...**, pp. 136-137.

²³⁷ Código Civil, artigo 140: “O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante.”

²³⁸ Semelhante é o entendimento de Bernardes de Mello a respeito dos elementos completantes do negócio jurídico: “No mútuo, por se tratar de negócio jurídico real, em que o suporte fático se compõe do acordo de vontades mais a entrega da coisa fungível (= consensus + traditio), esta constitui elemento completante do seu núcleo. Se há o acordo sobre o mútuo, mas não se realiza a entrega da coisa emprestada, mútuo não há, existindo, apenas, uma promessa de mútuo que, se não cumprida, pode dar ensejo a ressarcimento pelas perdas e danos que resultarem do inadimplemento.” (**Teoria do fato jurídico: plano da existência...**, p. 50)

²³⁹ Não se pode confundir a causa pressuposta com a causa *efficiens*. A causa *efficiens* é o próprio fato jurídico que dá origem à obrigação (*causa obligationis*). Confira-se, neste sentido, AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Negócio jurídico: existência...**, p. 147.

²⁴⁰ Ressalta-se que os negócios jurídicos com causa final não têm causa pressuposta, mas os negócios jurídicos com causa pressuposta têm causa final. A esse respeito, AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Negócio jurídico: existência...**, p. 148.

têm forma típica, e produzem efeitos independentemente de sua causa. Não se nega a existência de causa nos negócios jurídicos abstratos, mas ela é juridicamente irrelevante para sua validade ou eficácia (*e.g.*, títulos de crédito)²⁴¹. No ordenamento jurídico brasileiro não há negócios absolutamente abstratos, sendo a falta de causa oponível entre as partes que celebraram o negócio jurídico que deu origem ao título de crédito, desde que não tenha havido circulação do título²⁴². Desta forma, tem-se que os elementos categoriais inderrogáveis, formais ou objetivos, derivam da ordem jurídica e caracterizam o regime jurídico do negócio.

Os elementos categoriais derogáveis podem ser afastados pela vontade das partes sem que o negócio tenha seu “tipo” modificado – mais precisamente, sem que o negócio seja reconduzido a outro tipo –, como, por exemplo, a suposição de que a prestação e a contraprestação devam ser cumpridas simultaneamente nos contratos bilaterais; a responsabilidade pela evicção nos contratos onerosos de disposição de bens; a responsabilidade pelos vícios redibitórios nos contratos comutativos etc.²⁴³

Por fim, os elementos particulares²⁴⁴ são aqueles que, acrescentados pelas partes, existem em um negócio concreto sem serem específicos dos tipos de negócios jurídicos²⁴⁵. Esses elementos são sempre voluntários e, por isso, distinguem-se claramente dos

²⁴¹ Destaca-se a opinião de Junqueira de Azevedo. **Negócio jurídico: existência...**, pp. 140-141.

²⁴² Confira-se o entendimento do STJ a respeito: “Execução ajuizada por portador de cheque, terceiro de boa-fé. Embargos do devedor oferecidos pelo emitente, alegando descumprimento do negócio subjacente, rejeitados pela sentença e acolhidos em segundo grau de jurisdição. O cheque é título literal e abstrato. Exceções pessoais, ligadas ao negócio subjacente, somente podem ser opostas a quem tenha participado do negócio. Endossado o cheque a terceiro de boa-fé, questões ligadas à causa debendi originária não podem ser manifestadas contra o terceiro legítimo portador do título. Lei 7357/85, artigos 13 e 25. Recurso Especial conhecido e provido, para o restabelecimento da sentença de improcedência dos embargos”. (Recurso Especial nº 2.814/MT, Quarta Turma, Relator Ministro Athos Carneiro, julgado em 06/08/1990)

²⁴³ AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Negócio jurídico: existência...**, p. 35.

²⁴⁴ Neste aspecto, há divergência entre o pensamento de Junqueira de Azevedo e o de Pontes de Miranda. O primeiro entende que, uma vez inseridas no negócio, tais cláusulas passam a fazer parte dele no plano da existência, embora impactem o plano da eficácia. Já Pontes de Miranda afirma que os *accidentalia negotii* remetem-se apenas ao plano da eficácia. Moreira Alves acompanha a linha de Junqueira de Azevedo: “Mas é preciso fazer uma advertência a respeito dos elementos acidentais; eles somente são acidentais se considerados abstratamente; se, num caso concreto, forem apostos ao negócio jurídico, tornam-se seus elementos essenciais, porque ficam intimamente ligados a eles. Assim, se se apuser uma condição ilícita (Caio pagará certa quantia a Tício, se este matar alguém) a um negócio jurídico, não apenas a condição será nula, mas todo o negócio jurídico”. (MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 173)

²⁴⁵ Os elementos particulares coincidem com os elementos *accidentalia negotii* da classificação tradicional.

elementos categoriais e dos elementos gerais. São exemplos a condição²⁴⁶, o termo²⁴⁷ e o encargo²⁴⁸.

A praticidade da classificação de Junqueira de Azevedo sucintamente descrita acima é evidente: (i) a falta de um elemento geral implica, necessariamente, a inexistência do negócio jurídico; (ii) a falta de um elemento categorial inderrogável tem como consequência a impossibilidade de recondução de um fato jurídico a um determinado tipo contratual; e (iii) os elementos particulares do negócio jurídico são voluntários, mas, uma vez inseridos, dele passam a fazer parte.

Como exposto, os elementos extrínsecos são pressupostos e comuns a todos os negócios jurídicos, não gerando nenhum interesse específico no âmbito do *lease-back* – o que também ocorre com relação às circunstâncias negociais.

Por conta de o *lease-back* ser um negócio jurídico causal (*i.e.*, sua causa é relevante para sua validade ou eficácia), o que interessa é o estudo de seu objeto. Mais especificamente, é necessário analisar quais elementos o ordenamento jurídico considera essenciais para que determinados fatos sejam juridicizados como um contrato de *lease-back*, ou seja, quais são os elementos categoriais inderrogáveis do *lease-back*.

Por ser uma modalidade de arrendamento mercantil financeiro, o *lease-back* deve conter os mesmos elementos desse negócio. Em outras palavras, os elementos do *lease-back* são praticamente os mesmos do arrendamento mercantil financeiro, com a particularidade de a arrendatária ser a própria vendedora dos bens.

O artigo 1º da Lei nº 6.099/74 define o arrendamento mercantil como “o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens

²⁴⁶ Artigo 121, Código Civil: “Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.”

²⁴⁷ Considera-se termo a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e certo.

²⁴⁸ Considera-se encargo a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, restringe uma liberdade.

adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta.” Depreende-se da sentença que o negócio conta com o seguinte núcleo: a arrendadora deve adquirir bens conforme especificações da arrendatária e arrendá-los para uso próprio desta. A Lei nº 6.099/74 estabelece, ainda, que devem constar dos contratos de arrendamento mercantil o prazo do contrato, o valor de cada contraprestação e a opção de compra ou renovação da relação jurídica contratual.

Ocorre que esses não são os únicos elementos do *lease-back*. O artigo 23, alínea ‘a’, da Lei nº 6.099/74 delegou ao CMN competência para “expedir normas que visem a estabelecer mecanismos reguladores das atividades previstas nesta Lei, inclusive excluir modalidades de operações do tratamento nela previsto e limitar ou proibir sua prática por determinadas categorias de pessoas físicas ou jurídicas.”

O CMN, por sua vez, fez uso dessa prerrogativa e tornou o arrendamento mercantil um negócio extremamente regulado. O artigo 30 do Regulamento Anexo à Resolução nº 2.309/96, atualmente vigente, estabelece que “as operações que se realizarem em desacordo com as disposições deste Regulamento não se caracterizam como de arrendamento mercantil”. Ou seja, a norma indica os elementos categoriais inderrogáveis do arrendamento mercantil (e do *lease-back*) cuja ausência impede a recondução de um fato jurídico a este tipo contratual. É necessário, porém, identificar nesse diploma as normas cogentes que estabelecem elementos categoriais inderrogáveis do *lease-back*, as normas que designam elementos particulares e aquelas que tratam de outros aspectos da atividade, como questões regulatórias sobre autorização, constituição e funcionamento de sociedades de arrendamento mercantil.

A análise dos elementos do *lease-back* será realizada a partir das normas atualmente vigentes. Não cabe, no escopo desta dissertação, discutir se foi correta ou incorreta a posição adotada pela Resolução nº 2.309/96 de ampliar o rol de elementos categoriais inderrogáveis do *lease-back*, incluindo questões como características das partes e forma específica, em vez de tratá-las no plano da validade, como geralmente é feito. Como será exposto abaixo, identifica-se na Resolução nº 2.309/96 os seguintes elementos categoriais inderrogáveis do *lease-back*:

- (i) a arrendadora ser uma pessoa jurídica autorizada a realizar operações de *lease-back*;
- (ii) a arrendatária ser, necessariamente, uma pessoa jurídica;
- (iii) o contrato ser formalizado por instrumento público ou particular;
- (iv) a arrendatária especificar o bem a ser adquirido e arrendado pela arrendadora;
- (v) a arrendadora ter a obrigação de conceder o controle sobre o uso e fruição do bem especificado à arrendatária;
- (vi) o contrato conter (a) a descrição dos bens que constituem seu objeto, com todas as características que permitam sua perfeita identificação; (b) as condições para eventual substituição dos bens arrendados; (c) as contraprestações e sua forma de pagamento; (d) o prazo do arrendamento; e (e) as condições para o exercício, por parte da arrendatária, do direito de optar pela renovação da relação jurídica contratual, pela devolução dos bens ou pela aquisição dos bens arrendados.

As demais cláusulas e obrigações previstas na Resolução nº 2.309/96 não são essenciais para que um determinado negócio jurídico seja reconduzido ao *lease-back*, de modo que não são elementos categoriais inderrogáveis desse tipo, mas apenas elementos particulares.

5.2 Elementos subjetivos do suporte fático

5.2.1 As partes

Os contratos podem ter dois ou mais polos (ou partes), dividindo-se em bilaterais ou plurilaterais quanto à sua gênese (plano da existência).

O número de partes de um contrato não se confunde com o número de figurantes

(i.e., de sujeitos de direito que participam da relação jurídica), pois as partes podem conter um ou mais figurantes, sendo unificurativas ou multificurativas. O número de partes deve ser igual ao número de centros de interesse²⁴⁹.

No plano da existência, o contrato de *lease-back* é sempre bilateral, ou seja, comporta apenas duas partes (a arrendadora e a arrendatária), entre si contrapostas e correlacionadas²⁵⁰, as quais podem ser unificurativas ou plurificurativas (i.e., diversos sujeitos de direito podem aglutinar-se em um único polo).

Os sujeitos de direito que podem figurar em cada um dos polos têm características específicas, determinadas tanto pela Resolução nº 2.309/96 quanto pela própria natureza do negócio – que exige identidade entre a arrendatária e a vendedora do bem. Tais características são elementos categoriais inderrogáveis do *lease-back*, visto que essenciais para sua caracterização nos termos do artigo 30 do Regulamento Anexo à Resolução nº 2.309/96²⁵¹.

5.2.1.1 A arrendadora

São autorizadas a realizar operações de arrendamento mercantil somente as pessoas jurídicas que tenham como objeto principal de sua atividade a prática de operações de arrendamento mercantil e os bancos múltiplos com carteira de arrendamento mercantil (artigo 1º do Regulamento Anexo à Resolução nº 2.309/96).

Além desses sujeitos de direito – que podem firmar qualquer contratos de arrendamento mercantil em qualquer modalidade –, foi expressamente permitida a realização de operações de *lease-back* por bancos múltiplos com carteira de investimento, de desenvolvimento e/ou de crédito imobiliário, bancos de investimento, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas e sociedades de crédito imobiliário (artigo 13, § 2º,

²⁴⁹ TOMASETTI JR., Alcides. **A parte contratual...**, p. 757.

²⁵⁰ No mesmo sentido, a respeito da locação, TOMASETTI JR., Alcides. In: OLIVEIRA, Juarez (coord.). **Comentários...**, p. 12.

²⁵¹ Outros aspectos não listados em tal diploma como, por exemplo, a capacidade das partes, devem ser analisados no plano da validade, e não no plano da existência – e devem ser considerados requisitos – e não elementos – do contrato.

do Anexo).

Destaca-se a inconsistência da doutrina, que por displicência indica somente as sociedades listadas no parágrafo anterior como habilitadas a realizar operações de *lease-back*²⁵². Isso era correto durante o período de vigência da Resolução nº 351/75, que estabelecia serem “privativas de bancos de investimento, de bancos de desenvolvimento e de caixas econômicas as operações de arrendamento contratadas com o próprio vendedor do bem ou com pessoas jurídicas a ele vinculadas.” Ocorre que a Resolução nº 351/75 foi revogada pela Resolução nº 980/84, que não reproduziu a redação segundo a qual o *lease-back* era operação privativa de tais pessoas jurídicas. A Resolução nº 980/84 também já foi revogada, sendo a matéria atualmente regulada pela Resolução nº 2.309/96, que também não impõe qualquer limitação à realização de operações de *lease-back* pelas sociedades normalmente autorizadas a realizar operações de arrendamento mercantil, tendo apenas previsto que também (advérbio que indica inclusão) podem realizar tal tipo de operação as pessoas jurídicas listadas no parágrafo anterior.

5.2.1.2 A arrendatária

A arrendatária, por sua vez, deve ser necessariamente pessoa jurídica (artigo 13, § 1º, do Regulamento Anexo à Resolução nº 2.309/96). Assim, não podem ser arrendatárias as pessoas físicas e os entes despersonalizados, como condomínios e sociedades em conta de participação.

Ademais, a arrendatária não pode ser coligada ou interdependente da arrendadora (artigo 28, inciso I, do Regulamento Anexo à Resolução nº 2.309/96)²⁵³.

²⁵² “Quanto ao *lease-back*, que trata das operações celebradas com o próprio vendedor dos bens ou com pessoas a ele vinculadas, está reservado aos bancos múltiplos dedicados a investimento, desenvolvimento, à concessão de crédito imobiliário, às caixas econômicas e às sociedades de crédito imobiliário autorizadas pela Caixa Econômica Federal, que substituiu o Banco Nacional da Habitação, de acordo com o Dec.–lei 2.291, de 21.11.1986 (...) Apenas ao *lease-back* se exige a restrição acima, isto é, a reserva àqueles estabelecimentos. Não ao *leasing* financeiro, que pode ser objeto de qualquer pessoa jurídica, desde que funcione como sociedade anônima e esteja registrada no Banco Central do Brasil. Em geral, porém, a empresa de arrendamento é prolongamento de um estabelecimento bancário ou de crédito.” (RIZZARDO, Arnaldo. **Leasing – arrendamento...**, p. 99)

²⁵³ Vide Capítulo 3.6 a respeito de coligação e interdependência para fins da Resolução nº 2.309/96.

Não obstante, o artigo 13 do Regulamento Anexo à Resolução nº 2.309/96, estabelece que tanto operações de arrendamento mercantil contratadas com a própria arrendatária do bem quanto as com pessoas jurídicas a ela coligadas ou dela interdependentes terão o mesmo tratamento (aqui, a coligação ocorre entre a arrendatária e a vendedora do bem; no parágrafo anterior, tratou-se da coligação entre a arrendatária e a arrendadora). Assim, tanto os casos em que há identidade formal entre a fornecedora do bem e a arrendatária (*lease-back*), quanto os casos em que esses sujeitos têm uma identidade econômica ou substancial (*i.e.*, casos de coligação e/ou interdependência) estão sujeitos ao mesmo regime jurídico.

5.2.2 A forma

A princípio, a legislação brasileira prima pela liberdade de forma na contratação, estabelecendo que “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial senão quando a lei expressamente exigir” (artigo 107 do Código Civil) – se houver exigência, a inobservância da forma prescrita em lei implica a nulidade do negócio jurídico (artigo 166, inciso IV, do Código Civil).

A Resolução nº 2.309/96 inova neste aspecto ao estabelecer que o contrato de arrendamento mercantil deve ser formalizado por instrumento público ou particular (artigo 7º do Anexo), sob pena de o negócio não se caracterizar (artigo 33 do Anexo). Ou seja, no arrendamento mercantil a forma escrita consubstanciada em instrumento público ou particular foi erigida a elemento de existência sem o qual determinado negócio não é reconduzido ao arrendamento mercantil. Ou seja, a forma é um elemento categorial inderrogável do *lease-back* que, não obstante, continua a ser um negócio jurídico causal (*i.e.*, sua causa é relevante para sua validade ou eficácia).

O *lease-back* pode ser sempre firmado por meio de instrumento particular, pois não há qualquer norma que obrigue a realização por escritura pública (nem como elemento de existência nem como requisito de validade).

É importante esclarecer não ser aplicável ao *lease-back* o disposto no artigo 108 do Código Civil, que estabelece que “a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País”. O *lease-back* não visa à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais, essa eficácia é típica do negócio jurídico decorrente do exercício da opção de compra, sendo que tal compra e venda deverá ser documentada em instrumento público se atender aos requisitos estabelecidos no artigo 108 do Código Civil.

5.2.3 O objeto mediato do *lease-back* (bem a ser arrendado)

O contrato de *lease-back* deve indicar todas as características que permitam a perfeita identificação dos bens arrendados (artigo 7º, inciso I, do Regulamento Anexo à Resolução nº 2.309/96), que podem ser móveis ou imóveis (artigo 11 do Anexo), sendo que poderão ser objeto de arrendamento mercantil somente os bens de produção estrangeira enumerados pelo CMN (artigo 10º da Lei nº 6.099/74).

5.2.3.1 Identificação do bem arrendado

Como já indicado no Capítulo 4.2.1 acima, a especificação dos bens a serem arrendados é um elemento necessário do *lease-back* em vista do disposto na Lei nº 6.099/74. Além disso, a Resolução nº 2.309/96 estabelece que o contrato de arrendamento mercantil deve conter a descrição dos bens que constituem seu objeto mediato com todas as características que permitam sua perfeita identificação – o que não significa que somente bens infungíveis possam ser objeto de arrendamento mercantil²⁵⁴.

A fungibilidade é uma característica intrínseca dos bens móveis e significa que estes podem ser substituídos por outros de mesma espécie, qualidade e quantidade (artigo 85 do Código Civil). Ainda que um bem possa ser devidamente individualizado, não deixa de ser fungível²⁵⁵. A fungibilidade, no entanto, não é óbice para que um bem seja locado

²⁵⁴ Em sentido contrário, RIZZARDO, Arnaldo. **Leasing – arrendamento...**, p. 66.

²⁵⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: bens, fatos jurídicos. São

ou arrendado, como já esclarecido por Pontes de Miranda:

Verdade é, porém, que há coisas fungíveis e consumíveis que podem ser locadas: as flôres ou frutos para um banquete (li. LEHMANN, Lehrbuch, II, 419); as garrafas de vinho para encher prateleiras. Porém, aí, o contrato trata tais coisas fungíveis, ou, consumíveis, como se não fôsem fungíveis, ou consumíveis.²⁵⁶

Destarte, resta claro que bens fungíveis podem ser objeto de *lease-back*. Não obstante, é elemento categorial inderrogável do *lease-back* a descrição de tais bens de modo que permita sua perfeita identificação, vale dizer, se não for possível identificá-los, não haverá um *lease-back*, mas outro contrato.

5.2.3.2 Tipos de bens

O arrendamento mercantil está historicamente ligado ao arrendamento de equipamentos, terrenos (solo) e edificações.

No Brasil, a Lei nº 6.099/74 não limitou o objeto mediato da prestação do arrendamento mercantil, estabelecendo apenas que devem ser bens adquiridos pela arrendadora conforme especificações dadas pela arrendatária.

A Resolução nº 2.309/96 buscou regulamentar esse aspecto, determinando que podem ser objeto de arrendamento mercantil quaisquer tipos de bens móveis e imóveis²⁵⁷. Contudo, uma vez que todos e quaisquer bens podem ser divididos entre móveis ou imóveis, de acordo com o disposto nos artigos 79 a 84 do Código Civil, referida resolução pouco esclareceu a esse respeito.

Os bens podem ser corpóreos (coisas), como equipamentos e terrenos, ou incorpóreos, como as energias que tenham valor econômico, os direitos reais sobre objetos

Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, tomo II, pp. 85-86.

²⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado...**, tomo XL, p. 95.

²⁵⁷ Em 22 de fevereiro de 1995 foi editada a Resolução nº 2.142/95, que suspendeu, temporariamente, a contratação de operações de arrendamento mercantil cujo objeto fossem automóveis, camionetas e utilitários. A norma foi revogada pouco mais de um ano depois pela Resolução nº 2.276/96.

móveis e as ações correspondentes e os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações. Ainda que, ao editar tais normas, o CMN não tenha tido a intenção de tratar do arrendamento mercantil de bens incorpóreos, o fez e o que importa é o sentido que emana das normas editadas, e não o que possa ser atribuído como querido pelo legislador²⁵⁸. Ademais, a amplitude das normas é muito bem-vinda nesse caso, pois permite que o arrendamento mercantil seja alternativa para que as empresas obtenham acesso a importantíssimos bens de produção atualmente, como licenças de *software*. Porém, a definição não é ampla o suficiente para autorizar o arrendamento mercantil de serviços – discussão esta que será retomada no Capítulo 7.

Apesar de não haver limitação expressa na lei e/ou na regulamentação aplicáveis, é necessário que os bens não sejam consumíveis em sentido lato. Em sentido estrito, para que um bem seja considerado consumível é preciso que a consequência do seu uso seja sua imediata destruição: “[S]e falta êsse elemento, não se pode falar de coisa consumível: as roupas, por exemplo, não são destinadas a consumo, posto que se destruam com o uso; são gastáveis, não são consumíveis”²⁵⁹. Em sentido lato, entendemos que o sentido de consumível no caso do *lease-back* deva compreender os casos em que a consequência do uso do bem seja sua destruição (ou exaurimento) durante o prazo do contrato, como, por exemplo, uma licença de *software* com prazo menor que o do próprio contrato de *lease-back*.

Verifica-se, em quaisquer desses casos, absoluta incompatibilidade entre bem consumível *lato sensu* e arrendamento mercantil, pois este tem como núcleo conceitual a concessão pela arrendadora do uso e/ou fruição de um bem à arrendatária durante todo o prazo contratual, o que não seria possível caso o bem fosse destruído (ou exaurido) a partir de seu uso.

²⁵⁸ Confira-se, a esse respeito, entendimento de Pontes de Miranda: “*Ratio legis* não é *voluntas legis*; lei não quer; lei regra, lei enuncia. O sentido é o que está na lei, conforme o sistema jurídico, e não o que se atribui ao legislador ter querido, nem à lei querer agora (...) Se o legislador A ou os legisladores A, A’ e A’’, quiseram *a* e todos os outros legisladores quiseram *b*, mas o que foi aprovado e publicado foi *c*, *c* é que é a regra jurídica. Bem assim, se todos quiseram *a*, e foi aprovado e publicado *c*. Os trabalhos preparatórios são, portanto, elemento de valor mínimo. O que foi publicado é a letra da lei, com suas palavras e frases.” (Tratado de Direito Privado..., tomo I, p. 16)

²⁵⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado...**, tomo II, p. 87.

Por fim, também estão excluídos do *lease-back* os bens destinados à alienação, pois os bens do *lease-back* devem ser destinados a uso próprio da arrendatária (artigo 1º da Lei nº 6.099/74). Ademais, bens destinados à alienação são considerados consumíveis (artigo 86 do Código Civil) e a arrendatária não tem legitimação para dispor de tais bens, pois são de propriedade da arrendadora, de modo que seria ineficaz qualquer ato de alienação.

5.2.3.3 Bens de produção estrangeira

O artigo 10º da Lei nº 6.099/74 estabelece que “somente poderão ser objeto de arrendamento mercantil os bens de produção estrangeira que forem enumerados pelo CMN, que poderá, também, estabelecer condições para seu arrendamento a empresas cujo controle acionário pertencer a pessoas residentes no exterior” e foi regulamentado no passado pela Resolução nº 666/80, revogada pela Resolução nº 1.969/92.

As normas atualmente em vigor, por sua vez, não estabelecem qualquer limitação aos bens de produção estrangeira ou produzidos por empresas cujo controle acionário pertence a pessoas residentes no exterior. Portanto, podem ser objeto de operações de *lease-back* praticamente todos os tipos de bens, móveis ou imóveis, de produção nacional ou estrangeira, novos ou usados.

5.2.3.4 Da substituição do bem arrendado

Também é elemento categorial inderrogável do contrato de *lease-back* o acordo a respeito de cláusula prevendo as condições para eventual substituição dos bens arrendados, inclusive na ocorrência de sinistro, por outros da mesma natureza que melhor atendam às conveniências da arrendatária.

A substituição dos bens deve ser formalizada por intermédio de aditivo contratual, que geralmente é acompanhado de novo acordo a respeito dos demais aspectos do contrato.

5.2.4 A prestação da arrendadora

Como já indicado, o *lease-back* tem como núcleo conceitual a concessão pela arrendadora à arrendatária, durante todo o prazo contratual, do uso e/ou fruição de um bem especificado por essa última. Assim, são elementos categoriais inderrogáveis do *lease-back* tanto a especificação do bem pela arrendatária, quanto a obrigação de a arrendadora adquirir tal bem e conceder o controle sobre seu uso e fruição à arrendatária. Vide mais a respeito no Capítulo 4.2.3.

5.2.5 A contraprestação da arrendatária

O *lease-back* é um negócio oneroso, de modo que o acordo sobre as contraprestações devidas pela arrendatária é elemento categorial inderrogável deste contrato.

A Resolução nº 2.309/96 foi além, estabelecendo que do contrato deve constar o valor das contraprestações ou sua fórmula de cálculo e o critério para seu reajuste. A resolução adota uma acepção estrita de contraprestação, a qual deve ser entendida como o valor normalmente devido pela arrendatária necessariamente pago de forma parcelada durante a vigência do contrato. O prazo entre o vencimento de cada parcela não pode ser superior a um semestre, salvo nos casos de operações que beneficiem atividades rurais, quando o pagamento pode ser fixado em períodos não superiores a um ano (artigo 7º, inciso IV, do Regulamento Anexo à Resolução nº 2.309/96).

Além da contraprestação, o arrendamento mercantil financeiro pode prever a obrigação de a arrendatária pagar despesas, encargos e VRG. Esta hipótese constitui elemento particular do contrato – e não elemento categorial inderrogável, pois não precisa estar presente para que determinado negócio seja considerado um contrato de *lease-back*.

O valor da contraprestação, somado aos demais pagamentos previstos no contrato (despesas, encargos, VRG, preço pela opção de compra etc.), deve ser normalmente suficiente para que a arrendadora recupere o custo do bem arrendado durante o prazo

contratual da operação e, adicionalmente, obtenha um retorno sobre os recursos investidos. A esse respeito, destaca-se o advérbio “normalmente”. Em outras palavras, podem existir contratos de arrendamento mercantil em que os valores devidos pela arrendatária não sejam suficientes para que a arrendadora tenha lucro sem que isso os descaracterize. Verifica-se, assim, que não se trata de um elemento categorial inderrogável do contrato, mas de um dever regulatório da arrendadora perante o CMN, que visa manter a solvência de tais sociedades.

Além disso, o período entre as parcelas da contraprestação não pode ser superior a um semestre, salvo no caso de operações que beneficiem atividades rurais, cujos pagamentos podem ser fixados por períodos não superiores a um ano.

No entanto, referida norma deixa claro que a natureza das contraprestações não se refere à disponibilização do uso e/ou fruição do bem por determinado período, mas ao investimento feito pela arrendadora, o que diferencia o núcleo conceitual do arrendamento mercantil financeiro do núcleo da locação.

5.2.6 O prazo

Os contratos de arrendamento mercantil devem, obrigatoriamente, ter prazo determinado, não sendo possível sua celebração por tempo indeterminado. A exigência legal decorre da própria natureza da contraprestação, que – mais uma vez – serve para remunerar o investimento da arrendadora (i.e., ao final de um determinado período, os valores pagos pela arrendatária devem ser suficientes para que a arrendadora recupere o capital investido e tenha lucro), não se referindo diretamente ao tempo em que é concedido o uso e/ou fruição do bem.

Como dito anteriormente, a Resolução nº 2.309/96 estabelece que os contratos de arrendamento mercantil financeiro devem ter o prazo mínimo de (i) dois anos, se o bem arrendado tiver vida útil igual ou inferior a cinco anos; ou de (ii) três anos, se o bem arrendado tiver vida útil superior a cinco anos. Para fins de arrendamento mercantil, entende-se por vida útil do bem o prazo durante o qual se possa esperar a sua efetiva

utilização econômica, o qual será especificado pela Secretaria da Receita Federal ou, na ausência de normas específicas a respeito, determinado segundo as normas previstas pela legislação do imposto de renda para fixação da taxa de depreciação (artigo 12 da Lei nº 6.099/74).

Este prazo mínimo deve ser contado no lapso temporal entre a data de entrega dos bens à arrendatária, consubstanciada em termo de aceitação e recebimento dos bens, e a data de vencimento da última parcela da contraprestação. Destaca-se que ele não se confunde com o período em que o contrato de *lease-back* gera efeitos, o que ocorre desde sua assinatura, porque tal prazo é contado apenas a partir da entrega do bem à arrendatária. Além disso, o contrato deixa de produzir seus efeitos normais somente após o término do período em que a arrendadora tiver o dever de conceder o uso e/ou fruição do bem à arrendatária, e não com o vencimento da última parcela da contraprestação.

5.2.7 A tríplice opção da arrendatária

A tríplice opção da arrendatária – devolver o bem, optar pela renovação do contrato ou comprar o bem arrendado – é tida como o elemento mais caracterizador do arrendamento mercantil. Ainda que o artigo 16, item 5º, da Lei nº 6.099/74 permita que o CMN autorize o registro de contratos de arrendamento mercantil sem opção de compra, não há qualquer norma regulamentando tal previsão, de modo que a opção de compra faz-se, atualmente, necessária.

Em razão de expressa exigência da Resolução nº 2.309/96, os contratos de *lease-back* devem, obrigatoriamente, conter as condições para o exercício por parte da arrendatária do direito de optar pela renovação do contrato, pela devolução dos bens ou pela compra dos bens arrendados, estabelecendo-se o preço para seu exercício ou o critério utilizável na sua fixação.

A opção de devolução do bem é a mais óbvia e caracteriza o término normal da relação jurídica contratual, desde que todas as obrigações da arrendatária tenham sido devidamente cumpridas. As peculiaridades do arrendamento mercantil, portanto, consistem

na concessão à arrendatária das opções de renovar o contrato ou adquirir o bem.

Tendo-se em vista que o contrato *lease-back* deve observar os prazos mínimos estabelecidos pelo CMN, as opções de devolução, renovação e compra não podem ser normalmente exercidas antes de decorridos tais períodos, sob pena de o contrato ser descaracterizado. Ademais, o artigo 10º da Resolução nº 2.309/96 dispõe expressamente que, se a opção de compra for exercida antes dos prazos mínimos, o contrato deverá ser tratado como compra e venda a prestações.

5.2.8 Cláusulas particulares

Além dos elementos categoriais inderrogáveis indicados acima, os contratos de *lease-back* geralmente contam com alguns elementos particulares que, inclusive, contam com previsão legal, tais como:

- (i) o critério para reajuste das contraprestações;
- (ii) a faculdade de a arrendadora vistoriar os bens objeto de arrendamento e de exigir da arrendatária a adoção de providências indispensáveis à preservação da integridade dos referidos bens;
- (iii) a faculdade de a arrendatária transferir a terceiros no país, desde que haja anuência expressa da arrendadora, os seus direitos e obrigações decorrentes do contrato, com ou sem corresponsabilidade solidária;
- (iv) as responsabilidades das partes nas hipóteses de inadimplemento, bem como nos casos de destruição, perecimento ou desaparecimento dos bens arrendados; e
- (v) as responsabilidades da arrendatária em decorrência de: (a) uso indevido ou impróprio dos bens arrendados; (b) seguro previsto para cobertura de risco dos bens arrendados; (c) danos causados a terceiros pelo uso dos bens; (d) ônus advindos de vícios dos bens arrendados; e (vi) pagamento do VRG pela arrendatária.

Não obstante os aspectos descritos nos itens (i) a (v) sejam indicados como cláusulas obrigatórias dos contratos de *lease-back*, entende-se, aqui, que são elementos particulares que podem ou não estar presentes nos contratos, sem que isso prejudique sua caracterização.

O primeiro item, a inclusão de critério para reajuste do valor da contraprestação, é absolutamente desnecessário, uma vez que tal valor pode ser fixo.

O segundo faculta à arrendadora vistoriar os bens exercidos. Por tratar-se de uma faculdade – ou seja, de uma posição jurídica que pode ou não ser exercida conforme o querer da arrendadora –, parece lógico que a arrendadora possa dispor livremente sobre esse aspecto de antemão. Assim, a ausência de tal previsão legal não deve impactar a caracterização do contrato de *lease-back*.

O terceiro aspecto diz respeito a outra faculdade: a faculdade de a arrendatária transferir a terceiros no país, desde que haja anuência expressa da entidade arrendadora, os seus direitos e obrigações decorrentes do contrato, com ou sem corresponsabilidade solidária. Nesse tocante, a *ratio legis* é evitar a inclusão de cláusula que proíba a cessão das posições jurídicas da arrendatária a terceiros. Isso não quer dizer que seja concedido à arrendatária um poder para transferir tais posições, visto que ainda que tal cláusula conste do contrato, ainda será necessária a anuência (*rectius*: consentimento) expressa da entidade arrendadora. Assim, caso seja inserta no contrato uma cláusula proibindo a cessão das posições jurídicas da arrendatária, tal cláusula não descaracterizará o contrato de *lease-back*, mas deverá ser reputada inválida (nula).

O quarto e o quinto aspectos dizem respeito à fixação das responsabilidades das partes nas hipóteses de inadimplemento²⁶⁰, destruição, perecimento ou desaparecimento, uso indevido ou impróprio dos bens arrendados, contratação de seguro previsto para cobertura de risco dos bens arrendados, danos causados a terceiros pelo uso dos bens e

²⁶⁰ Em caso de inadimplemento, a Resolução nº 2.309/96 limita a cobrança de multa moratória a 2% do valor em atraso, porém não estabelece qualquer limitação à cláusula penal em caso de inadimplemento absoluto, de modo que se entende ser aplicável, neste caso, o artigo 412 do Código Civil, que dispõe que “[o] valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.”

ônus advindos de vícios dos bens arrendados. Tais aspectos, contudo, não são essenciais, pois, ainda que não sejam pactuados, poderão ser utilizadas as regras gerais dispostas no Código Civil sem qualquer impacto no regime jurídico do *lease-back*.

Por fim, a Resolução nº 2.309/96 não exige que conste do contrato de *lease-back* o VRG, no entanto, tal aspecto tem grande interesse prático, tendo gerado diversas controvérsias as quais serão estudadas no Capítulo 7.

6 VALIDADE DO *LEASE-BACK*

6.1 Introdução

Segundo Pontes de Miranda, o negócio jurídico deve ser analisado em três planos: existência, validade e eficácia²⁶¹. Após verificada a presença dos elementos do suporte fático, deve-se averiguar os requisitos de validade.

O artigo 104 do Código Civil estabelece que a validade do negócio jurídico requer (i) agente capaz; (ii) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e (iii) forma prescrita ou não defesa em lei.

No *lease-back*, as partes são, necessariamente, pessoas jurídicas, devendo a arrendadora ser, obrigatoriamente, uma sociedade de arrendamento mercantil, um banco múltiplo com carteira de arrendamento mercantil, de investimento, de desenvolvimento e/ou de crédito imobiliário, um banco de desenvolvimento, uma caixa econômica ou uma sociedade de crédito imobiliário. Estando tais pessoas jurídicas devidamente constituídas e apresentadas (ou representadas), considera-se atendido o requisito de validade, no que tange à capacidade do agente.

O objeto deve ser um bem lícito, possível e determinado. Por conta das características do *lease-back*, no qual a especificação do bem é elemento de existência do negócio, o objeto deve ser determinado, uma vez que a estrutura negocial não é compatível com objeto indeterminado (ainda que determinável). As principais discussões com relação ao tipo de objeto do *lease-back* residem no plano da existência, e não no da validade, as quais serão retomadas no capítulo 7.

A forma, por sua vez, não é requisito de validade do *lease-back*, mas elemento de existência, conforme abordado no capítulo anterior. Isso porque a Resolução nº 2.309/96

²⁶¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado...**, tomo I.

estabelece que o *lease-back* deve ser formalizado por instrumento público ou particular, sob pena de o negócio não se caracterizar como arrendamento mercantil. Em outras palavras, referida resolução indica que a forma escrita é elemento categorial inderrogável do *lease-back*, e não mera questão de validade.

Aprofundar os requisitos de validade acima indicados do *lease-back* significaria uma incursão na teoria geral do direito, o que ultrapassaria o escopo deste trabalho. Porém, outras questões a respeito da validade do *lease-back* são intensamente discutidas no exterior, tais como a admissibilidade da estrutura negocial em questão em face da (in)compatibilidade do *lease-back* com a vedação do pacto comissório e o seu uso anômalo (simulação, fraude e fraude contra credores), as quais merecem atenção.

A admissibilidade do *lease-back* é muito debatida na Itália – e a polêmica foi exportada para Portugal. Além disso, nos Estados Unidos há discussão sobre o uso anômalo do *lease-back* e do risco de recharacterização desse contrato em caso de falência (*bankruptcy*) da arrendatária²⁶².

Ainda que tais questões não tenham sido objeto de estudo pela doutrina ou jurisprudência brasileiras, as discussões travadas no exterior podem ser importadas e aprofundadas caso o *lease-back* passe a ser utilizado mais extensamente e venha a ser questionado em juízo, especialmente por devedores insolventes e seus demais credores. O primeiro motivo que sugere a possibilidade de tais discussões serem importadas e se aprofundarem é o fato de o Código Civil de 2002 ter sido inspirado no *Codice Civile* italiano e a doutrina e jurisprudência italianas ainda servirem de referência para muitos juristas brasileiros. Em segundo lugar, a admissibilidade e a qualificação jurídica de negócios jurídicos menos comuns são, muitas vezes, questionadas em juízo por devedores, como ocorreu com a alienação fiduciária, com a cessão fiduciária de recebíveis (trava bancária), com os derivativos e até como o VRG nos contratos de arrendamento mercantil.

²⁶² Confira a respeito: TRACHT, Marshall E. Leasehold Recharacterization in Bankruptcy: A Review and Critique. **NYLS Legal Studies Research Paper No. 12/13 #42**. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2097105>>. Último acesso em 05/01/2014; e LOPUCKI, Lynn M.; WARREN, Elizabeth. Secured credit: a systems approach. 6 ed. Aspen Publishers: New York, 2009, pp. 362-367.

O *lease-back*, por exercer função economicamente similar à de um mútuo garantido pela transmissão da propriedade do bem sem desapossamento, é visto, algumas vezes, como uma supergarantia²⁶³, o que dá azo à discussão sobre a existência do pacto comissório, vedado para as garantias reais e para a alienação fiduciária.

A discussão tem ganhado força por conta do crescimento de uma ideologia jurídica em que o constitucionalismo e a revisão judicial dos contratos foram alçados à condição de pilares da democracia, havendo uma tendência em analisar os contratos por seus efeitos, e não por sua estrutura. Essa distorção foi aprofundada pelo Código Civil de 2002, que conferiu mais poderes aos juízes e por uma visão paternalista do direito pelos tribunais, os quais, muitas vezes, optam por fazer valer a justiça distributiva em vez de aplicar a lei. E, por fim, o *lease-back* pode ser utilizado de forma simulada ou para fraudar credores – risco inerente a qualquer negócio jurídico e que não decorre da estrutura do *lease-back*, mas de seu uso anômalo.

6.2 Da admissibilidade do *lease-back* no exterior

6.2.1 Da admissibilidade do *lease-back* na Itália

O *leasing* existe na Itália desde os anos 1960. Primeiramente, foi utilizado por iniciativa dos bancos e, em seguida, por uma série de pequenas e médias sociedades de grupos financeiros e industriais locais²⁶⁴.

Apesar de ser utilizado desde aquela época, o quadro normativo do *leasing* é composto apenas por disposições tributárias e legislação de incentivo setorial. A doutrina e a jurisprudência predominantes entendem que tais referências não são suficientes para que haja tipificação legal desse negócio, apegando-se à ausência de uma disciplina orgânica e completa no plano cível²⁶⁵.

²⁶³ NORONHA, Fernando. A alienação fiduciária em garantia e o leasing financeiro como supergarantia das obrigações. **Revista dos Tribunais**, nº 845, mar. 2006.

²⁶⁴ IMBRENDA, Mariassunta; CARIMINI, Francesca. **Leasing e lease back: trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p. 3.

²⁶⁵ Nesse sentido: IMBRENDA, Mariassunta; CARIMINI, Francesca. **Leasing e lease back...**, p. 12;

Por conta disso, tanto o *leasing* quanto o *lease-back* estão sujeitos, na Itália, ao escrutínio feito nos contratos atípicos, que envolve verificar se o contrato conta com interesse merecedor de tutela pelo ordenamento jurídico (*interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*)²⁶⁶ e se a causa é lícita, ou seja, se não há violação direta²⁶⁷ ou indireta (fraude à lei)²⁶⁸ e às normas cogentes.

A primeira indagação sobre o *lease-back* enfrentada pela doutrina e jurisprudência italianas era se este constituía contrato único ou dois contratos coligados. Tal discussão acabou tendo pouca importância para a análise de sua admissibilidade de tal contrato, pois, ainda que haja dois contratos distintos, eles são coligados, sendo necessária a análise da causa da operação como um todo.

Na Itália, o artigo 2744 do *Codice Civile* veda o pacto comissório. O dispositivo estabelece ser nulo o pacto que, na ausência do pagamento de um crédito, implique a transferência automática da propriedade da coisa hipotecada ou penhorada ao credor²⁶⁹. Inicialmente, a jurisprudência fazia uma leitura estrita e estrutural desta norma, proibindo a transferência automática do bem em caso de inadimplemento somente nas hipóteses expressamente previstas. Por isso, entendia-se que o *lease-back*, ainda que tivesse um escopo de garantia, era válido, uma vez que (i) havia transferência imediata da propriedade do bem à arrendadora independentemente de inadimplemento; e (ii) ele não era uma hipótese expressamente prevista de vedação do pacto comissório²⁷⁰.

BARBAGELATA, Giovanni; TRABALLI, Alberto. **Leasing: le varie figure contrattuali, la corretta rilevazione in bilancio e in nota integrativa, aspetti fiscali, leasing e procedure concorsuali**. 3 ed. Napoli: Sistemi editoriali, 2008, p. 11. Em sentido contrário: CLARIZIA, Renato. La tipizzazione legislativa del contratto di locazione finanziaria. **Rivista Italiana del leasing e dell'intermediazione finanziaria**, 1993, p. 257.

²⁶⁶ *Codice Civile*, artigo 1.322: “Autonomia contrattuale. Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge (e dalle norme corporative). Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.”

²⁶⁷ *Codice Civile*, artigo 1.343: “Causa illecita. La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume (prel. 1, 1418, 1972).”

²⁶⁸ *Codice Civile*, artigo 1.344: “Contratto in frode alla legge. Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa.”

²⁶⁹ *Codice Civile*, artigo 2.744: “Art. 2744 Divieto del patto commissorio. È nullo il patto (1419) col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno (2796 e seguenti).”

²⁷⁰ POLI, Stefano. La validità del contratto di leaseback. In: TAGLIAVINI, G. (a cura di). **Il leaseback** –

Este entendimento era criticado pela doutrina, especialmente por Bianca e Roppo²⁷¹, para os quais a vedação do pacto comissório deveria ser analisada sob uma perspectiva funcional, sendo aplicada a todos os negócios com função de garantia. A partir de 1983, a orientação da jurisprudência passou a mudar, tendo surgido alguns julgados que ampliavam vedação do pacto comissório, fosse o efeito translativo verificado em momento anterior ou posterior, porém, ainda havia julgados que interpretavam a norma restritivamente. Somente em 1989 foi pacificada a questão; a Sezioni Unite della Suprema Corte adotou uma leitura funcionalista e considerou que referida norma visa a proibir um resultado, independente dos meios utilizados, vedando o pacto comissório em qualquer negócio com função de garantia²⁷².

Esta interpretação funcional da vedação do pacto comissório pela doutrina e jurisprudência italianas impactou diretamente a análise da licitude da causa do *lease-back*, uma vez que, se fosse considerado que houve uma alienação em função de garantia nessa operação, a vedação seria aplicável. Segundo a corrente tradicional – e, atualmente, minoritária –, a alienação no âmbito do *lease-back* tem função exclusiva ou prevalente de garantia e, por consequência, este, em sua estrutura usual, é nulo por violação indireta (em fraude à lei) da vedação do pacto comissório²⁷³.

A maior parte da doutrina, porém, sustentava – e sustenta mesmo depois de a jurisprudência adotar uma interpretação extensiva e funcional da vedação do pacto comissório a qualquer negócio com função de garantia – que tal interpretação não seria aplicável ao *lease-back*. O grande expoente dessa corrente é De Nova, que critica a premissa tradicional de que a alienação no *lease-back* tem função de garantia, entendendo que há alienação em função de garantia somente se houver dois negócios com funções distintas, tendo a garantia uma função acessória. No *lease-back*, a venda inicial não se

caratteristiche del finanziamento e profili di ottimizzazione. Milano: ETAS, 2001, p. 37.

²⁷¹ BIANCA, Massimo. **Il divieto del patto commissorio.** Milano: Giuffrè, 1957, pp. 145 e ss.; ROPPO, Enzo. Il divieto di patto commissorio. In: Vários autores. **Trattato di diritto privato.** v. XIX. Torino: UTET, 1985, pp. 442 e ss.

²⁷² POLI, Stefano. La validità del contratto di leaseback..., p. 38.

²⁷³ Nesse sentido, FERRARINI, Guido. **La locazione finanziaria.** Milano: Giuffrè, 1977.

reveste de função acessória de garantia, sendo pressuposto necessário para o contrato de *leasing*, de modo que a venda não teria escopo de garantia, mas de *leasing*²⁷⁴.

A primeira decisão da *Corte di Cassazione* italiana sobre o *lease-back* ocorreu somente em 16 de outubro de 1995 (caso nº 10.805). A decisão marcou uma mudança na interpretação jurisprudencial, sendo considerada *leading case* no tocante à validade do *lease-back*²⁷⁵. Diferentemente das decisões do final da década de 1970 e início da década de 1980, que se baseavam em uma interpretação restritiva e estrutural do pacto comissório para conferir legalidade ao *lease-back*, essa decisão da *Corte di Cassazione*, que reconheceu a validade do instituto, já estava alinhada ao entendimento atual da doutrina e jurisprudência italianas de que a vedação do pacto comissório deve ser analisada sob uma perspectiva extensivo-funcional, sendo aplicável a todos os negócios com função de garantia.

Na decisão em comento, a *Corte di Cassazione* reconheceu que: (i) o *lease-back* é um contrato socialmente típico, em vista de sua utilização na Itália e no exterior, com autonomia estrutural e funcional como contrato de empresa²⁷⁶; (ii) a alienação inicial dos bens para a sucessiva concessão em *leasing* não corresponde necessariamente à função de garantia, mas tem diversas e ulteriores finalidades de propiciar à vendedora-arrendatária vantagens de ordem financeira – como obter capital de giro sem o desapossamento de seus bens – e de caráter fiscal; e (iii) o *lease-back* é estruturalmente semelhante a uma alienação com função de garantia, mas adotou a tese de De Nova, que distingue os dois contratos, entendendo que a alienação no *lease-back* tem escopo de *leasing*, e não de garantia.

A *Corte di Cassazione*, porém, fez duas ressalvas que impedem a generalização da decisão a toda e qualquer operação de *lease-back*, a saber: (i) a operação deve ser

²⁷⁴ Conferir, DE NOVA, Giorgio. Appunti sul sale and leaseback e il divieto di patto commissorio. **Revista italiana del leasing**, 1985; POLI, Stefano. La validità del contratto di leaseback..., p. 42; CARIMINI, Francesca. **Il lease back e la funzione di scambio...**, p. 117.

²⁷⁵ POLI, Stefano. La validità del contratto di leaseback..., p. 52.

²⁷⁶ “Lo schema negoziale socialmente tipico del lease back presenta autonomia strutturale e funzionale, quale contratto di impresa, e caratteri peculiari, di natura soggettiva ed oggettiva che inducono a propendere per la sua insita meritevolezza.” (Corte Suprema de Cassazione, Sentenza nº 10.805, Terceira Seção, julgado em 16/10/1995)

reconduzida ao tipo social de *lease-back*, na formatação estabelecida pelos tribunais italianos²⁷⁷; e (ii) não pode haver escopo ilícito ou fraudulento.

Nos anos seguintes, esse entendimento da Corte di Cassazione consolidou-se na jurisprudência e passou a ser acolhido pela doutrina majoritária. A discussão, atualmente, cinge-se à qualificação das operações como *lease-back* e, também, à verificação da existência de fraude à lei ou simulação.

Há, ainda, uma terceira corrente que qualifica, em geral, o *leasing* como uma alienação com escopo de garantia, porém entende que o contrato é válido, pois o ordenamento jurídico fornece mecanismos para reequilibrá-lo em situações patológicas²⁷⁸. Essa corrente postula que a vedação do pacto comissório não se opera indiscriminadamente invalidando todo o negócio, mas incide apenas sobre a parte que prevê a apropriação automática e “descontrolada” do bem pelo credor em caso de inadimplemento. Assim, se há uma cláusula impedindo esta apropriação automática e descontrolada pelo credor (por exemplo, uma cláusula marciana), a operação, ainda que seja uma alienação com escopo de garantia, não contém um pacto comissório, sendo plenamente lícita. Essas conclusões foram seguidas pela doutrina em recentes contribuições pela validade da alienação em função de garantia²⁷⁹.

Em síntese, o *lease-back* é um contrato legalmente atípico na Itália cuja admissibilidade pelo ordenamento jurídico foi bastante discutida por conta de sua suposta violação à vedação do pacto comissório. Em um primeiro momento, o *lease-back* foi admitido porque a vedação do pacto comissório não era aplicável a esse negócio. Depois, esta passou a ser aplicável a qualquer negócio com função de garantia, o que, por um tempo, afetou a validade do *lease-back*. No entanto, a doutrina mais moderna e, desde 1995, a jurisprudência italiana reconhecem que a vedação do pacto comissório não é aplicável ao *lease-back*, que não é uma venda com função de garantia disfarçada, mas um negócio socialmente típico e com finalidades próprias para as partes no qual a alienação do

²⁷⁷ Sobre a definição do tipo social do *lease-back*, vide POLI, Stefano. La validità del contratto di leaseback..., p. 55.

²⁷⁸ Nesse sentido: ANELLI, Franco. Le alienazioni in funzione di garanzia. Milano: Giuffrè, 1966.

²⁷⁹ POLI, Stefano. La validità del contratto di leaseback..., p. 44.

bem pela vendedora-arrendatária à compradora-arrendadora não tem escopo de garantia, mas de *leasing*, sendo um pressuposto dessa operação.

6.2.2 Da admissibilidade do *lease-back* em Portugal

Assim como na Itália, o *lease-back* não é um contrato legalmente típico em Portugal²⁸⁰ e, por isso, está sujeito a questionamentos semelhantes a respeito de sua admissibilidade frente à proibição do pacto comissório.

Porém, diferentemente do que ocorreu na Itália, as discussões sobre a admissibilidade do *lease-back* e sobre a extensão da proibição do pacto comissório não ganharam vulto na jurisprudência portuguesa²⁸¹, tendo despertado a atenção apenas da doutrina.

A posição contrária à validade do *lease-back* é defendida principalmente por Menezes Leitão, que se baseia na doutrina tradicional italiana. Tal entendimento é, em geral, marcado por um paternalismo exacerbado em defesa da arrendatária e, também, por uma tentativa de recondução do instituto a contratos tipificados a partir das funções econômicas desempenhadas – ainda que as consequências jurídicas sejam notoriamente diversas.

Menezes Leitão defende que, funcionalmente, o *leasing* corresponderia a um financiamento em que a propriedade é transmitida à arrendadora como garantia, afastando-se das garantias tradicionais somente pelos fatos de a propriedade não ser atribuída à locadora exclusivamente com esse fim e de não ser acessória a outra obrigação. Assim, Menezes Leitão entende não haver motivos para qualificar a operação como uma compra e venda seguida de um *leasing*, pois: (i) não haveria preço para caracterizar a compra e venda, uma vez que a vendedora-arrendatária fica obrigada a restituir à compradora-

²⁸⁰ ANTUNES, Ana Filipa Morais Antunes. **O contrato de locação financeira restitutiva**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, p. 25.

²⁸¹ Neste sentido, FERREIRA, Nuno Manuel Basto Silva. **A locação financeira restitutiva**. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2012, p. 29; e ANTUNES, Ana Filipa Morais Antunes. **O contrato de locação financeira restitutiva...**, pp. 44-49.

arrendadora a quantia recebida acrescida de juros e encargos; e (ii) esta não seria reconduzível a um *leasing*, considerando-se que não há rendas pagas em contrapartida ao gozo de uma coisa adquirida pela arrendadora perante um terceiro, mas a restituição em prestações de um financiamento garantido pela transferência da propriedade. Com base nisso, o autor aproxima o *lease-back* do mútuo com garantia e defende a aplicação a esse contrato dos princípios relativos às garantias, vez que tal aplicação não deve depender da estrutura do negócio, mas de sua função²⁸².

A maior parte da doutrina, contudo, considera que o *lease-back*, ainda que seja um contrato atípico, é admitido pelo ordenamento jurídico português²⁸³. Semelhantemente ao que ocorre na Itália, a doutrina entende que a vedação do pacto comissório é aplicável a todas as categorias de garantias, inclusive às atípicas, ou seja, àquelas que, apesar de não serem propriamente garantias, desempenham tal função²⁸⁴. Porém, afastam tal vedação do *lease-back* pelo fato de a finalidade da alienação do bem à arrendadora não ser a constituição de uma garantia, mas elemento essencial à consecução da operação, o que De Nova denominou “escopo de *leasing*”²⁸⁵. A doutrina defende, ainda, que o *lease-back* é um contrato socialmente típico, não reconduzível a um mútuo com alienação em garantia, e que a vedação do pacto comissório não lhe seria aplicável tanto por conta de sua função própria quanto porque o *lease-back* não viola os objetivos de tal vedação²⁸⁶.

6.2.3 Das diferenças entre o *lease-back* no Brasil e no exterior

Ainda que Brasil e Portugal comunguem da mesma língua e que o Código Civil de 2002 tenha sido inspirado no *Codice Civile* italiano, não há fundamento para se transportar

²⁸² MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles. **Garantia das obrigações**. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 278-281.

²⁸³ Confira-se, a respeito: CAMPOS, Diogo José Paredes Leite. Nota sobre a admissibilidade..., pp. 790-793; ANTUNES, Ana Filipa Morais. **O contrato de locação financeira restitutiva...**; e MATOS, Isabel Andrade de. **O pacto comissório: contributo para o estudo do âmbito da sua proibição**. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 33-34.

²⁸⁴ REMÉDIO MARQUES, João Paulo Fernandes. Locação financeira restitutiva (sale and lease-back) e a proibição dos pactos comissórios – negócio fiduciário, mútuo e ação executiva. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 77, 2001, p. 598.

²⁸⁵ ANTUNES, Ana Filipa Morais. **O contrato de locação financeira restitutiva...**, p. 65.

²⁸⁶ CAMPOS, Diogo José Paredes Leite. Nota sobre a admissibilidade..., pp. 790-793.

para o Brasil as teorias que propugnam a inadmissibilidade do *lease-back* em Portugal e na Itália.

Primeiramente, vale lembrar que admissibilidade do *lease-back* foi questionada em tais países por conta de neles tal contrato ser atípico, verificando-se, então, a necessidade de tutela pelo ordenamento jurídico. Porém, isso não ocorre com contratos legalmente típicos, expressamente previstos em lei, caso do *lease-back* no Brasil (artigo 9º da Lei nº 6.099/74).

Ademais, a interpretação funcional do contrato de *lease-back* feita por parte das doutrinas italiana e portuguesa não pode ser admitida no Brasil, uma vez que, no ordenamento pátrio, a função não define o negócio jurídico. Assim, as discussões devem cingir-se ao uso anômalo do *lease-back* em simulação, fraude e fraude contra credores.

No entanto, a discussão foi trazida para o país sob a alegação de que o *leasing* constituir uma supergarantia e, o que obriga a abordar as questões da interpretação do *lease-back* e da violação do pacto comissório.

6.3 Do pacto comissório

6.3.1 Desenvolvimento histórico

A *lex commissoria* tinha dois diferentes significados e funções no direito romano, dependendo do contexto em que estivesse inserida.

Em contratos sinalagmáticos, a *lex commissoria* tinha o significado de cláusula resolutiva, permitindo que uma das partes resolvesse o contrato em caso de inadimplemento da outra²⁸⁷. Esse sentido foi recebido pelo Código Civil de 1916, que assim dispunha em seu artigo 1.163:

²⁸⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos Moreira Alves. **Direito romano...**, v. 2, pp. 166-167; e ZIMMERMAN, Reinhard. **The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition**. New York: Oxford, pp. 737-738.

DO PACTO COMISSORIO

Art. 1.163. Ajustado que se desfaça a venda, não se pagando o preço até certo dia, poderá o vendedor, não pago desfazer o contracto ou pedir o preço.

Parágrafo único. Se, em dez dias de vencido o prazo, o vendedor, em tal caso, não reclamar o preço, ficará de pleno direito desfeita a venda.

No entanto, não se usa mais a expressão pacto comissório para tal fenômeno, tendo o Código Civil de 2002 adotado em seu equivalente artigo 475 a expressão “cláusula resolutiva”.

Porém, a *lex comissoria* tem outro significado – corrente até hoje – quando constitui uma cláusula acessória de um contrato com função de garantia. Neste caso, ela consiste na autorização conferida ao credor “para que ele se aproprie da coisa prestada em garantia, sem que surja a obrigação de indenizar o proprietário [devedor] pelo *superfluum*”²⁸⁸. A ausência de obrigação do credor de indenizar o garantidor pelo *superfluum* é o que diferencia o pacto comissório do pacto marciano – no qual o credor tem a obrigação de devolver ao devedor o excesso.

O direito romano conheceu três tipos de garantias reais, quais sejam: a *fiducia cum creditore*, o *pignus* (*pignus datum*) e a *hypotheca* (*pignus obligatum*).

A *fiducia cum creditore* era um negócio pelo qual o devedor transferia a propriedade de uma coisa infungível ao credor por meio da *mancipatio* ou da *in iure cessio* com o fim de garantir-lhe o cumprimento de uma obrigação, ficando pactuado que o credor restituiria o bem ao devedor quando extinta a dívida²⁸⁹. A *fiducia cum creditore* era uma excelente garantia para os credores e atendia às necessidades econômicas romanas à época, porém, tal instituto perdeu importância em virtude de os modos solenes de transmissão que lhe serviam como base terem caído em desuso (*mancipatio* e *in iure cessio*)²⁹⁰.

²⁸⁸ LIQUIDATO, Alexandre Gaetano Nicola. O contrato de penhor. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 68.

²⁸⁹ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano...**, v. 1, pp. 350-351.

²⁹⁰ MATOS, Isabel Andrade de. **O pacto comissório...**, pp. 33-34; e MOREIRA ALVES, José Carlos.

Os problemas apresentados pela *fiducia* influenciaram o surgimento de novas garantias, como o *pignus* e a *hypotheca*. O *pignus* diferia da *fiducia* porque não implicava a transferência da propriedade do bem, mas apenas de sua posse; e a *hypotheca* distinguia-se pelo fato de a transferência da posse da coisa dada em garantia verificar-se apenas em caso de inadimplemento da obrigação garantida²⁹¹.

A princípio, no *pignus* e na *hypotheca*, o credor não tinha o direito de ficar com a coisa dada em garantia nem de vendê-la a fim de pagar-se, sendo necessário haver um pacto específico a respeito. Assim, para que o credor pignoratício tivesse fortalecida sua garantia, surgiu

(...) o costume de recorrer no acto constitutivo do penhor a certos pactos ou convenções entre as partes, pelas quais se estatua, ou que a coisa penhorada passasse a ser propriedade do credor, se o devedor não cumpria dentro do devido prazo (*pactum commissorium*), ou que o credor ficaria tendo o direito de a vender e se satisfazer sobre o preço ao cabo desse prazo (*pactum de distrahendo*).²⁹²

Com o tempo, o *pactum de distrahendo* passou a ser um elemento natural do penhor e da hipoteca, podendo ser afastado, se as partes assim o desejassem. Porém, isso não ocorreu com o *pactum commissorium*, que precisava ser expressamente previsto²⁹³.

O *pactum commissorium* foi utilizado durante séculos no direito romano praticamente sem questionamento. No entanto, entrou em decadência com a crescente influência do cristianismo sobre o povo romano, pois os valores cristãos não se alinhavam aos institutos que protegiam os interesses dos credores em detrimento dos economicamente mais fracos nem aos que permitiam a prática da usura (em seu sentido original de mútuo remunerado)²⁹⁴. Em 320 d.C., o *pactum commissorium* foi proibido pelo imperador

Direito romano..., v. 1, p. 353.

²⁹¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano...**, v. 1, pp. 352-353.

²⁹² MONCADA, Cabral. **Elementos de direito romano (fontes e instituições)**. Coimbra: Editora Coimbra, 1923, p. 187.

²⁹³ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano...**, v. 1, p. 356.

²⁹⁴ GOICA, Domingo Irurzun. La clausula resolutoria y el pacto comisorio. In: MARTÍNEZ-RADÍO, Antonio de la (direc.). **Estudios de derecho privado**, Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1965, tomo II, pp. 33-34; REY, Manuel Ignacio Feliu. **La prohibición del pacto comisorio y la opción en**

Constantino com a publicação do édito “*De pactis pignorum et de commissoria lege in pignoribus rescindenda*”²⁹⁵. A doutrina especula que tal proibição tenha se dado por dois motivos: primeiro porque o *pignus* havia se tornado uma garantia suficiente para a satisfação do interesse do credor e, também, porque o pacto comissório servia para encobrir a ilegalidade na cobrança de juros, uma vez que o valor do bem podia ser maior do que o valor do crédito concedido, afirmação que encontra respaldo no fato de Constantino ter limitado a cobrança de juros no Concílio de Niceia, em 325 d.C.²⁹⁶

Tal proibição foi mantida no Código de Teodósio, de 438 d.C. (*Codex Theodosianus*), e no Digesto de Justiniano (*Codex Iuris Civilis*). No entanto, apesar de o Digesto ter proibido o pacto comissório, admitiu o pacto marciano, garantindo ao credor o poder de ficar com a coisa se reembolsasse o devedor pelo excesso (D. 20, 1, 16, 9²⁹⁷ e D. 20, 5, 12²⁹⁸).

garantía. Madrid: Civitas, 1995, pp. 35-36; ZIMMERMAN, Reinhard. **The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition.** New York: Oxford, pp. 223-225.

²⁹⁵ Segundo Pontes de Miranda, “O *pignus* era direito com posse, de modo que o credor ficava com o poder fático sobre a coisa, de direito, até que se extinguisse a dívida. Para que, não paga a dívida, o credor pudesse ter a coisa, como sua, satisfazendo-se de seu crédito, pactuava-se isso (Lex comissoria, pacto comissório). Era o comisso, efeito de pacto assaz empregado no direito grego, e certamente antigo, anterior à concepção dos direitos reais de garantia.

Na época em que só se utilizava como garantia a transmissão da propriedade, já ele exercia a função satisfativa. Na transmissão da propriedade em segurança havia confiança do transmitente, fiducia; o *pactum fiduciae* impedia que o adquirente alienasse ou destruísse o bem dado em garantia, dominicalmente. Não podia pagar-se, vendendo o bem empenhado. O pacto de comisso é que podia permitir-lhe ficar com o bem. Quando se introduziu no sistema jurídico o direito de venda da coisa empenhada, ressaltaram os inconvenientes do pacto comissório, um dos quais é o de poder o valor do bem gravado ser superior ao da dívida. Foi por isso que Constantino (L. 3, C, de pactis pignorum ET de commissoria lege in pignoribus rescindenda, 8, 34) o proibiu, por sua asperidade (*asperitas*), quer no tocante aos casos passados, quer quanto aos futuros.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado:** direitos das coisas: direitos reais de garantia, hipoteca, penhor, anticrese. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, tomo XX, p. 63)

²⁹⁶ REY, Manuel Ignacio Feliu. **La prohibición...**, pp. 35-36.

²⁹⁷ “*Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. Et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt.*” (Digesto 20, 1, 16, 9)

²⁹⁸ “*Si aliena res pignori data fuerit et creditor eam vendiderit, videamus, an pretium quod percepit creditor liberet debitorem personali actione pecuniae creditae. Quod vere responderetur, si ea lege vendidit, ne evictionis nomine obligaretur, quia ex contractu et qualiquali obligatione a debitore interposita certe ex occasione eius redactum id pretium aequius proficeret debitori, quam creditoris lucro cederet. Sed quantum ad creditorem debitor liberatur: quantum vero ad dominum rei, si necdum pignus evictum est, vel ad emptorem post evictionem ipsi debitor utili actione tenetur, ne ex aliena iactura sibi lucrum adquirat. Nam et si maiores fructus forte petens a possessore creditor abstulit, universos in quantitatem debitam accepto ferre debet: et cum per iniuriam iudicis domino rem, quae debitoris non fuisset, abstulisset creditor quasi obligatam sibi, et quaereretur, an soluto debito restitui eam oporteret debitori, Scaevola noster restituendam probavit. Quod si non ita vendidit, ut certum sit omnimodo apud eum pretium remansurum, verum obligatus*

A proibição do pacto comissório manteve-se durante toda a Idade Média, tendo sido aproveitada pela Igreja Católica para reprimir a usura (mútuo remunerado)²⁹⁹. Com o crescimento do comércio e a revolução industrial, a usura passou a ser bastante difundida e, com o choque de interesses entre a prática comercial e a doutrina cristã, esta, que condenava a usura, cedeu. Entretanto, a proibição do pacto comissório continuou a ser reproduzida nas leis, tendo sido introduzida no Brasil por meio das Ordenações Filipinas e reproduzida no artigo 765 do Código Civil de 1916, que previa ser nula a cláusula que autorizava o credor pignoratício, hipotecário ou anticrético a ficar com o objeto da garantia se a dívida não fosse paga no vencimento. Essa norma foi reproduzida pelo Código Civil atualmente em vigor, que ainda previu a vedação do pacto comissório para a alienação fiduciária em garantia (artigos 1.365 e 1.428).

No ordenamento jurídico brasileiro, a vedação do pacto comissório presta-se “ao fim de evitar um determinado resultado: a transmissão ao credor da propriedade da coisa vinculada em garantia, caso a dívida não seja paga quando do vencimento, sem o concurso de vontade do devedor.”³⁰⁰

6.3.2 Fundamentos da vedação do pacto comissório

A doutrina identifica diversos fundamentos para a vedação do pacto comissório, sendo os principais: (i) proteger o devedor de relações usurárias; (ii) a existência de interesse social em evitar a proliferação do pacto comissório; (iv) garantir a *par conditio creditorum*; e (iv) vedar a autotutela.

A maior parte da doutrina brasileira sustenta que o atual fundamento da vedação do pacto comissório é proteger o devedor de relações usurárias – usura que não deve ser compreendida em seu significado primitivo de mútuo remunerado, mas no sentido corrente

est ad id restituendum, arbitror interim quidem nihil a debitore peti posse, sed in suspenso haberi liberationem: verum si actione ex empto conventus praestitisset creditor emptori, debitum persequi eum a debitore posse, quia apparuit non esse liberatum.” (Digesto 20, 1, 16, 9)

²⁹⁹ MATOS, Isabel Andrade de. **O pacto comissório...**, p. 42.

³⁰⁰ LIQUIDATO, Alexandre Gaetano Nicola. **O contrato de penhor...**, p. 98.

de ganho exagerado do credor por conta da imposição de condições iníquas ao devedor³⁰¹. Há de se notar, com isso, uma evolução na proibição, que não mais serve para evitar o pagamento de juros em mútuos, mas, sim, para evitar ganhos indevidos do credor³⁰².

A primeira lei genuinamente brasileira a prever a vedação do pacto comissório foi o Código Civil de 1916 – ainda que a vedação do pacto comissório já fosse aplicável àquela época por constar das Ordenações Filipinas. Segundo Beviláqua, autor do anteprojeto do Código Civil, tal vedação foi estabelecida justamente para tutelar o devedor frente a eventuais abusos dos credores.

A proibição do pacto comissorio funda-se em um motivo de ordem ethica. O direito protege o fraco contra o forte, impede que a pressão da necessidade leve o devedor a convencionar o abandono do bem ao credor por quantia irrisória. O imperador Constantino, impressionado pelas manobras capciosas dos pactos comissórios, cuja aspereza crescia assustadoramente, decretou-lhes a nulidade, e as legislações modernas acceitaram essa condenação.³⁰³

Tal entendimento é, indubitavelmente, dominante na doutrina brasileira, que, em geral, sequer cogita outro fundamento para o pacto comissório, como se pode inferir da análise do pensamento dos principais doutrinadores. Pontes de Miranda esclarece que “o fundamento do art. 1428 está em que o pacto comissório, nas garantias reais, poria o devedor à mercê de explorações usurárias.”³⁰⁴

Caio Mário afirma que o pacto comissório

³⁰¹ “En consecuencia, examinado el iter histórico del pacto comisorio, es fácil colegir que en un primer momento, bajo la influencia de la doctrina de la Iglesia, la prohibición del pacto comisorio entronca directamente con el juicio de inmoralidad que recaía sobre todo contrato de préstamo retribuido, si bien posteriormente, superada la estrecha visión secular entorno a la figura del mutuo retribuido, el fundamento del pacto comisorio sufrió un desplazamiento, pasando a ser contemplado desde otra perspectiva; en efecto, ya no será fundamento de la prohibición la proscripción del mutuo retribuido, sino la usura en su sentido actual: todo interés que sobrepasara el tipo establecido en las leyes, o bien el mayor interés desproporcionadamente alto por abusivo o leonino, o en otras palabras, la existencia de un enriquecimiento injusto por desproporcionado y no querido a la vista de las circunstancias concurrentes.” REY, Manuel Ignácio Feliu. **La prohibición...**, pp. 66-67.

³⁰² Liquidato nota essa diferença, indicando que o fundamento atual dessa proibição deve mesmo ser diferente do de outrora, pois há outro contexto sociopolítico. **O contrato de penhor...**, p. 73.

³⁰³ BEVILÁQUA, CLÓVIS. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. v. III. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1917, p. 334.

³⁰⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado...**, tomo XX, p. 96.

[é] uma técnica opressiva do economicamente mais fraco, que no Direito Romano já encontrou repulsa do imperador Constantino, no Século IV, e que mereceu expressa condenação ao tempo da compilação do Século VI, eis que pelo menos quatro passagens do Código Justiniano se lhe referem para repelir: Código, Livro VIII, Tít. 28, Leis 4, 7 e 14; Livro VIII, Tít. 35, Lei 3.³⁰⁵

Washington de Barros, por sua vez, entende que a vedação do pacto comissório

(...) baseia-se no propósito de proteger o devedor, isto é, no intento de resguardar o fraco contra o forte. Premido pela necessidade, iludido quanto à possibilidade de pagar a dívida e resgatar a coisa em garantia, o devedor pode facilmente concordar com a cláusula. Ora, repugna assim que o credor possa submeter o devedor necessitado.³⁰⁶

Sylvio Rodrigues considera que

com o intuito, portanto, de proteger o devedor, parte mais fraca no contrato, é que o legislador proíbe a convenção de perda do objeto da garantia, em caso de inadimplemento. Sabe este que na hora da necessidade o homem tende a depreciar o porvir e promete sacrifícios futuros desproporcionados em face de limitadas vantagens presentes, que visa obter.³⁰⁷

Por fim, Carlos Roberto Gonçalves destaca que “a principal razão da proibição é de ordem moral. Baseia-se no propósito de proteger o devedor, buscando resguardar o fraco contra o forte. Repugna o direito que o credor possa submeter o devedor necessitado a cláusula dessa natureza.”³⁰⁸

Em linhas gerais, na Itália a proteção do devedor necessitado/vulnerável também é considerada fundamento para a proibição do pacto comissório. Nesse sentido entendimento de Gitti³⁰⁹, Riva³¹⁰, Cubeddu³¹¹, Luminoso³¹² e Burdese³¹³, os quais sustentam que a

³⁰⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, v. 4: direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 209.

³⁰⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, v. 3: direito das coisas**. 37 ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 352.

³⁰⁷ RODRIGUES, Sylvio Rodrigues. **Direito civil, v. 5: direito das coisas**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 346.

³⁰⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v. 5: direito das coisas**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 512.

³⁰⁹ GITTI, Gregorio. Divieto del patto commissorio, frode alla legge, “sale and lease back”. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. Milano: Giuffrè, v. 47, nº 2, giug. 1993, pp. 463-464.

proibição do pacto comissório deve-se ao fato de tal negócio não assegurar ao devedor a recuperação do *superfluum* (o excedente da garantia em relação ao valor da dívida)³¹⁴, gerando-lhe distorções desfavoráveis que são repudiadas pelo ordenamento jurídico³¹⁵. Esta corrente, entretanto, não consegue explicar os motivos pelos quais o pacto comissório é proibido nos casos em que o valor do bem é igual ou inferior ao valor da dívida, sem prejuízo ao devedor, nem por que o devedor pode dar a coisa em pagamento da dívida ao credor no vencimento (art. 1.428, parágrafo único, do Código Civil), ainda que o valor do bem seja maior do que o da dívida.

Uma segunda linha, defendida por Bianca³¹⁶, De Nictolis³¹⁷ e Roncero³¹⁸, sugere que o fundamento da vedação do pacto comissório é a tutela do interesse geral, evitando-se a proliferação de tal cláusula e dos potenciais abusos que lhe são próprios. Apesar de os autores oporem-se à primeira corrente, não se nota nenhuma diferença substancial no fundamento do pacto comissório em ambas, que – no fundo – buscam a tutela do devedor necessitado/vulnerável. Ainda que haja razões de ordem prática para se proibir um negócio caso seus efeitos sejam indesejados em alguns casos, elas não foram indicadas por estes autores.

Uma terceira vertente, capitaneada por Carnelutti³¹⁹ e Andrioli³²⁰, entende que o fundamento atual da vedação do pacto comissório é evitar a subtração de bens do patrimônio do devedor em benefício de um credor específico porque, se o pacto comissório

³¹⁰ RIVA, Ilaria. Il contratto di sale and lease back e il divieto di patto commissorio. **Contrato e impresa**. Padova: Cedam, v. 17, nº 1, gen./apr. 2001, p. 304.

³¹¹ CUBEDDU, Maria Giovanna. Patto commissorio e vendita con patto di riscatto: la risposta delle sezioni unite. **Rivista di diritto civile**. Padova, Cedam, v. 36, nº 5, set./ott. 1990, pp. 629-630.

³¹² LUMINOSO, Angelo. Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio. **Rivista di diritto civile**. Padova: Cedam, v. 36, nº 2, mar./apr. 1990, pp. 221-234.

³¹³ BURDESE, Alberto. Patto commissorio. In: Vários autores. **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1982, pp. 500-501.

³¹⁴ Em sentido semelhante, MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, v. 3: ...**, p. 352.

³¹⁵ Segundo Liquidato, tais distorções também são repudiadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. **O contrato de penhor...**, p. 77.

³¹⁶ BIANCA, Cesare Massimo. **Il divieto del patto commissorio...**, p. 718.

³¹⁷ DE NICTOLIS, Rosanna. **Divieto del patto commissorio...**, pp. 463-464.

³¹⁸ CAPILLA RONCERO, F. **La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito**. Jerez de la Frontera: Fundación Universitaria de Jerez, 1989, p. 206.

³¹⁹ CARNELUTTI, Francesco. Note sul patto commissorio. **Riv. Del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obbligazioni**. v. XIX, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1916, p. 890.

³²⁰ ANDRIOLI, Virgilio. Disciplina intertemporale del patto commissorio e sua applicabilità ai privilegi speciali. **Il Foro Italiano**, v. LXVII, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1942, pp. 954-956.

fosse admitido, o princípio da *par conditio creditorum* restaria prejudicado. Tal entendimento, entretanto, conta com uma grave falha que consiste em transformar uma exceção em regra. É fato que o princípio da *par conditio creditorum* pode restar prejudicado se o devedor realizar determinados atos de disposição ou constituir garantias reais e, na sequência, tornar-se insolvente. Porém, para que haja prejuízo à *par conditio creditorum* é preciso que o devedor venha a tornar-se insolvente, não havendo tal prejuízo nos demais casos. No Brasil, ainda que o devedor venha a se tornar insolvente, o ordenamento jurídico estabelece mecanismos para garantir a *par conditio creditorum*, como a ineficácia dos atos realizados após o termo legal da falência (artigo 129 da Lei nº de Recuperações e Falências), a ação revocatória (artigo 130 da mesma lei) e a ação pauliana (artigo 158 do Código Civil). Estabelecer tal mecanismo de defesa da *par conditio creditorum* significa, em última análise, limitar todo e qualquer ato de disposição do devedor após ter contraído uma dívida³²¹.

Outros autores postulam que o fundamento da proibição do pacto comissório seja a inderrogabilidade do procedimento judicial para excussão da garantia. Dentre tais autores, destacam-se Betti³²² e Fragali³²³, na Itália, e Freitas³²⁴, em Portugal. Esta tese, porém, não merece acolhida no ordenamento jurídico brasileiro, pois aqui o procedimento judicial não é necessário para a excussão de garantias, sendo possível a dação em pagamento (artigos 1.365, parágrafo único, e 1.428, parágrafo único, do Código Civil) e a venda extrajudicial (artigos 1.364 e 1.433, inciso IV, do Código Civil).

Ainda que nenhuma das teses acima expostas consiga justificar, individualmente, a vedação do pacto comissório e sua nulidade, entendemos que – em conjunto – elas indicam os motivos dessa proibição. Descartadas as teorias que justificam ser a proibição do pacto comissório a inderrogabilidade do procedimento judicial ou a garantia da *par conditio*

³²¹ MATOS, Isabel Andrade de. **O pacto comissório...**, p. 70.

³²² BETTI, Emilio. Su gli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni**, v. XXIX, parte II, Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1931, pp. 699 e ss.

³²³ FRAGALI, Michele. Del mutuo (arts. 1.813-1.822). In: SCIALOJA, Antonio; BRANCA, Giuseppe (cura). **Commentario del Codice Civile. Libro quarto – delle obbligazioni**. 2 eEd., Bologna: Nicola Zanichelli, 1966, p. 240.

³²⁴ FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil. Conceito e princípios gerais. À luz do código revisto**. Coimbra: Editora Coimbra, 2003, p. 2.

creditorum (pois mostraram-se infundadas – ou, ao menos, inaplicáveis ao caso brasileiro), restam outras duas correntes que têm em comum a tutela do devedor.

De fato, a tutela do devedor parece ser o principal fundamento da vedação do pacto comissório, tanto por razões históricas quanto pela visão paternalista em voga no Brasil. No entanto, ela não é capaz de explicar por que (i) o pacto comissório é proibido *per se*, e não apenas eventual resultado indesejado (apropriação pelo credor de bem de valor maior do que o do crédito); e (ii) o pacto comissório é proibido, mas, após a ocorrência do inadimplemento, o devedor pode dar o bem ao credor em pagamento ainda que tenha valor maior que o da dívida.

O fundamento da nulidade, no entanto, encontra-se na corrente defendida por Bianca, De Nictolis e Roncero, que indicam que invalidade do pacto comissório deriva da tutela do interesse geral, com o fito de se evitar a proliferação de tal cláusula e dos potenciais abusos que lhe são próprios. A justificativa dada por esses autores não parece suficiente, pois (i) o devedor está em posição de vulnerabilidade perante o credor somente antes da concessão do crédito, constituindo tal evento um divisor de águas, pois, a partir de então, apenas o devedor sabe se o crédito será ou não adimplido, não sendo, portanto, justificável sancionar com nulidade o pacto comissório firmado após a concessão do crédito; (ii) o ordenamento jurídico prevê mecanismos para tutelar o devedor que, em situação de vulnerabilidade, ficou sujeito a um negócio jurídico abusivo (artigo 39, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor; artigos 157 e 187 do Código Civil); e (iii) o resultado por eles almejado poderia ser atingido com a vedação do resultado (isto é, apropriação automática pelo credor de bem dado em garantia com valor superior ao da dívida); contudo, há outros motivos de ordem prática que justificam tal vedação, como, por exemplo, reduzir os custos de transação.

Verifica-se, assim, que sancionar o pacto comissório com nulidade reflete uma opção de política legislativa paternalista com bases cristãs que entende (i) que o devedor está em posição de permanente vulnerabilidade perante o credor no penhor, na hipoteca, na anticrese e na alienação em garantia; e (ii) ser necessária a diminuição do autorregramento da vontade neste caso, pois, se o pacto comissório for lícito, ele proliferar-se-á,

prejudicando os devedores em geral. Tais objetivos podem, entretanto, ser atingidos de formas menos deletérias do que com a proibição do pacto comissório e aplicáveis apenas a situações de vulnerabilidade, como foi feito na MP nº 2.172-32/01, para negócios jurídicos não disciplinados pelas legislações comercial e de defesa do consumidor³²⁵.

6.3.3 Âmbito de aplicação da vedação

Diferentemente do que ocorreu na Itália, os tribunais superiores brasileiros nunca investigaram a fundo os fundamentos do pacto comissório nem discutiram extensamente seu âmbito de aplicação. Porém, não se pode dispensar a análise da jurisprudência, pois é útil para a verificação da *ratio decidendi*.

Antes de a Constituição Federal de 1988 ser promulgada, cabia ao STF julgar recursos em que se questionava a aplicação de lei federal. Naquela época, o mais importante julgado a respeito do âmbito de aplicação do pacto comissório foi o Recurso Extraordinário nº 82.447/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 08/06/1976.

Tal caso tratava, em síntese, da aplicação da vedação do pacto comissório prevista no artigo 765 do Código Civil de 1916 a um negócio fiduciário que consistia em uma cessão de compromisso de compra e venda de bem imóvel (contrato real positivo) e na obrigação de retroceder o compromisso de compra e venda ao cedente originário caso este cumprisse integralmente suas obrigações perante o cessionário.

A sentença de primeiro grau e o acórdão proferido pelo Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo reconheceram que as partes firmaram um contrato fiduciário realmente querido. Apesar de terem afastado a simulação, a sentença e o acórdão

³²⁵ MP nº 2.172-32/01, artigo 1º: “São nulas de pleno direito as estipulações usurárias, assim consideradas as que estabeleçam: (...) II – nos negócios jurídicos não disciplinados pelas legislações comercial e de defesa do consumidor, lucros ou vantagens patrimoniais excessivos, estipulados em situação de vulnerabilidade da parte, caso em que deverá o juiz, se requerido, restabelecer o equilíbrio da relação contratual, ajustando-os ao valor corrente, ou, na hipótese de cumprimento da obrigação, ordenar a restituição, em dobro, da quantia recebida em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido.”

entenderam que o negócio fraudava a vedação do pacto comissório e, portanto, declararam a nulidade da avença.

O STF, porém, julgou diversamente o caso, entendendo que (i) a vedação do pacto comissório prevista no artigo 765 do Código Civil deveria ser interpretada de forma estrita, não sendo aplicável por analogia a outros negócios que não estivessem expressamente previstos; e (ii) havia diferenças estruturais entre o negócio fiduciário e os direitos reais de garantia que justificariam a aplicação da vedação do pacto comissório apenas ao segundo caso³²⁶.

Essa interpretação a respeito do âmbito de aplicação do pacto comissório foi mantida no STF enquanto o órgão manteve-se competente para analisar tais questões, como se pode observar dos seguintes julgados: Recurso Extraordinário nº 85.156/PR, Primeira Turma, Relator Ministro Cunha Peixoto, julgado em 16/02/1979; Recurso Extraordinário nº 90.648/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Soares Muñoz, julgado em 08/05/1979; Recurso Extraordinário nº 98.947/PR, Primeira Turma, Relator Ministro Alfredo Buzaid, julgado em 22/06/1984.

Vale, ainda, destacar a existência de julgado do STF reconhecendo a validade do pacto marciano em que o credor obriga-se a pagar ao devedor a diferença entre o valor da dívida e o valor do imóvel (*superfluum*)³²⁷.

³²⁶ Confira-se trecho do voto: “A meu ver, porém, não há que aplicar-se esse dispositivo do Código Civil a outras hipóteses que não as a que ele expressamente alude. Trata-se de norma proibitiva e que, portanto, deve ser interpretada estritamente. Somente se o princípio do artigo 765 do Código Civil fosse aplicável, por analogia, a outros casos que não os nele previstos, é que, com base na fraude à lei, se poderia aplicar aos negócios fiduciários ou aos negócios indiretos em sentido estrito. Diversas, entretanto, são as estruturas jurídicas e as características econômicas desses negócios e dos direitos reais de garantia. No penhor e na hipoteca, a diferença de valor entre o débito e a coisa dada em garantia é, em geral, superior a cinquenta por cento do valor da coisa, em decorrência dos percalços da execução e da preferência dos créditos trabalhistas e fiscais, duas dificuldades que foram, aliás, as causas mais importantes da acolhida, no direito moderno, dos negócios jurídicos indiretos em sentido amplo. Isso não ocorre no negócio fiduciário ou no negócio jurídico indireto em sentido estrito, onde não há despesas processuais, demora na execução, aviltamento e preço pela venda em praça, ou possibilidade de diminuição da garantia pela preferência de créditos trabalhistas ou fiscais. No negócio fiduciário, a diferença entre o valor do débito e o da coisa alienada se traduz no montante dos juros, e se estes forem usurários – como saliento mais adiante – haverá fraude à lei da usura, não, porém, ao preceito que veda o pacto comissório.” (STF, Recurso Extraordinário nº 82.447/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 08/06/1976)

³²⁷ STF, Recurso Extraordinário 86.981/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Cunha Peixoto, julgado em 21/11/1978.

O entendimento do STF, porém, não foi adotado pelo STJ. Logo no começo da década de 1990, foram proferidas decisões em que não ficava claro se o STJ havia considerado aplicável a vedação do pacto comissório por entendê-la aplicável a quaisquer negócios com função de garantia ou se a teria aplicado aos casos analisados por conta da existência de simulação³²⁸.

Contudo, em 24 de junho de 2003, o STJ proferiu decisão indicando ter consolidado entendimento diverso do STF no tocante à abrangência da vedação do pacto comissório, a saber, que esta não seria aplicável apenas aos casos expressamente previstos no artigo 765 do Código Civil de 1916:

CIVIL. EMPRÉSTIMO DE DIREITO GARANTIDO POR IMÓVEL. PACTO COMISSÓRIO. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidou no sentido de que o pacto comissório não se limita aos casos expressamente previstos no artigo 765 do Código Civil, diversamente da posição do Supremo Tribunal Federal, o qual entendia que a norma nele continua tinha abrangência restrita. Hipótese em que a divergência não tem qualquer reflexo no caso concreto porquanto a nulidade do negócio resulta da desproporção entre o valor do direito transferido em garantia e o valor do empréstimo garantido, cuja diferença representa juros usurários que acarretam a nulidade da avença. Recurso especial não conhecido.³²⁹

No entanto, referido acórdão não consolidou entendimento diverso do STF, mas apenas confirmou que, havendo simulação, a vedação do pacto comissório deve ser analisada a partir do negócio dissimulado e que a nulidade do pacto comissório resulta da desproporção entre o valor do direito transferido em garantia e o valor da dívida – o que, por consequência, implica a validade do pacto marciano.

Uma análise detalhada da jurisprudência do STJ revela que o entendimento esposado no acórdão acima citado é seguido até hoje, de modo que o STJ aplica a vedação

³²⁸ Nesse sentido, STJ. Recurso Especial nº 2.216/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Nilson Naves, julgado em 28/05/1991; e Recurso Especial nº 41.233/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, julgado em 22/03/1994.

³²⁹ STJ, Recurso Especial nº 475.040/MG, Terceira Turma, Relator Ministro Ari Pargendler, julgado em 24/06/2003.

do pacto comissório apenas nos casos expressamente previstos em lei (penhor, hipoteca, anticrese e alienação fiduciária em garantia) e nas hipóteses de simulação³³⁰.

A simulação, porém, somente ocorre quando a declaração de vontade que aparece para terceiros não é verdadeira, havendo diferente acordo entre as partes. A esse respeito, Bernardes de Mello esclarece que

Simular significa, em linguagem comum, aparentar, fingir, disfarçar. Simulação é o resultado do ato de aparentar, produto de fingimento, hipocrisia, de disfarce. O que caracteriza a simulação é, precisamente, o ser não-verdadeira, intencionalmente, a declaração de vontade. Na simulação quer-se o que não aparece, não se querendo o que efetivamente aparece.³³¹

Por consequência, não há simulação se o negócio que aparecer corresponder efetivamente ao entabulado pelas partes – ainda que tal negócio tenha uma função diversa daquela que lhe é comumente atribuída.

6.3.4 Da inaplicabilidade do pacto comissório ao *lease-back* no Brasil

O ordenamento jurídico coloca à disposição das partes diversos negócios jurídicos típicos que satisfazem grande parte das necessidades econômico-sociais existentes. Entretanto, nem todas são atendidas pelas funções características dos negócios jurídicos disponíveis, uma vez que a produção normativa desenvolve-se a uma velocidade menor do que as relações econômico-sociais. Enquanto não surgem novos tipos jurídicos, as necessidades são satisfeitas por meio da utilização negócios atípicos ou típicos com funções diversas de suas originárias (negócios indiretos).

³³⁰ O STJ entendeu que houve simulação com o intuito de esconder uma situação vedada pelo pacto comissório nos seguintes casos: Recurso Especial nº 10.952/MG, Terceira Turma, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, julgado em 29/10/1991; Recurso Especial nº 21.681/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, julgado em 29/06/1992; Recurso Especial nº 36.778-6/PE, Terceira Turma, Relator Ministro Cláudio Santos, julgado em 09/05/1994; Recurso Especial nº 34.686-5/SP, Quarta Turma, Relator Ministro Antônio Torreão Braz, julgado em 21/02/1995; Recurso Especial nº 42.884-0/SP, Quarta Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 06/06/1995; Recurso Especial nº 187.998/SP, Quarta Turma, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, julgado em 13/12/2005; Recurso Especial nº 784.273/GO, Terceira Turma, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 12/12/2006; Recurso Especial nº 998.460/SP, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 23/02/2010; dentre outros.

³³¹ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 128.

Nestas hipóteses, questiona-se a licitude da utilização destes negócios atípicos ou indiretos para repudiar o regime dos negócios jurídicos típicos em razão de esses últimos serem insuficientes ou inadequados para atenderem às necessidades das partes³³². Essa ressalva reporta-se ao relacionamento entre o autorregramento da vontade e a heteronomia legal, entre a ordem privada e a ordem pública, sendo necessário analisar se tais contratos são dignos de tutela jurídica ou se constituem mecanismos para fraudar a lei³³³. Exatamente nesse contexto surgiu a necessidade de avaliar a compatibilidade do *lease-back* com a vedação do pacto comissório na Itália e em Portugal, onde tais contratos são atípicos.

Especialmente na Itália, a questão foi colocada a partir de uma análise funcional do negócio jurídico que dava ênfase à função econômico-social (e não à estrutura) para a qualificação e a recondução de determinado negócio a um tipo e de uma ampla proibição ao pacto comissório aplicável aos negócios jurídicos com função de garantia. No Brasil, no entanto, essa indagação não pode ser colocada da mesma maneira.

Em primeiro lugar, o *lease-back* é um negócio jurídico legalmente típico expressamente previsto na Lei nº 6099/1974, de modo que sua estrutura é reconhecida pelo ordenamento jurídico como digna de tutela³³⁴.

³³² “A celebração de contratos atípicos implica sempre o repúdio por parte dos contratantes de um ou mais tipos contratuais legais. Este repúdio é motivado pela constatação da inconveniência dos tipos contratuais legais disponíveis para a satisfação do interesse contratual, ou da sua inabilidade para assegurar as finalidades que movem as partes a contratar. Por uma razão ou por outra, o regime dos tipos contratuais disponíveis é considerado indesejável. É preciso, então, construir um contrato diferente. A construção de um contrato diferente, de um contrato atípico, é feita, ou pela modificação de um ou mais tipos que sejam susceptíveis de, uma vez modificados, satisfazerem o interesse contratual, ou através da construção ‘ex novo’ de um contrato que não resulte da adaptação dos tipos existentes. O repúdio do tipo legal tem sempre a ver com o carácter indesejável para as partes da disciplina jurídica que resultaria da sua adopção.” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos...**, pp. 353-354)

³³³ “A questão está no âmbito de acção e no modo de eficácia do princípio da fraude à lei. O negócio jurídico é sempre expressão da relação entre liberdade (do privado) e autoridade (do ordenamento estadual). Em teoria, o problema da relação liberdade – autoridade pode ser resolvido dando prevalência à segunda, e o negócio aparece então como acto autorizado pelo ordenamento, ou à primeira, e é então o ordenamento que fica colocado numa posição instrumental. O sentido e a função do encontro entre o ordenamento estatal e o negócio não é tanto o de modelar o valor do negócio aos valores do ordenamento, mas o de aferir o grau de compatibilidade entre ambos.” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos...**, p. 356)

³³⁴ A Lei nº 6.099/74 não foi de nenhuma forma impactada pela publicação do Código Civil de 2002 no tocante à proibição do pacto comissório, pois (i) ambas as leis estão no mesmo nível hierárquico; (ii) as normas gerais, ainda que posteriores, não revogam nem modificam normas especiais anteriores (artigo 2º, § 2º, do Decreto-Lei nº 4.657, de 04/09/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Em segundo lugar, eventual discussão sobre sua compatibilidade com a vedação do pacto comissório precisa ser analisada sob outra perspectiva.

No Brasil, a lei prevê e os tribunais aplicam a vedação do pacto comissório apenas nos casos expressamente previstos nos artigos 1.365 e 1.428 do Código Civil, quais sejam: penhor, hipoteca, anticrese e alienação fiduciária em garantia. O intuito da lei foi proibir que o credor ficasse com o bem apenas na hipótese de haver um direito real de garantia (penhor, hipoteca, anticrese) ou um direito real em garantia, em que a propriedade do credor do bem dado em garantia é resolúvel³³⁵. Dessa forma, o *lease-back* não constitui uma forma de fraudar o pacto comissório, pois o intuito da lei não foi proibir tal negócio. Confira-se, neste sentido, o entendimento de Domingos de Andrade:

[H]averá fraude relevante caso se mostre que o intuito da lei foi proibir não apenas os negócios que especialmente visou, mas quaisquer outros tendentes a produzir o mesmo resultado, só não os mencionados por não ter previsto a sua possibilidade ou ter tido deliberadamente propósito exemplificativo (...) Não haverá fraude relevante caso se averigüe que a lei especificou uns tantos negócios por só ter querido combater certos meios, em vez de os julgar particularmente graves e perigosos.³³⁶

Na sequência, Domingos de Andrade aponta que, em caso de dúvidas sobre o intuito e o âmbito de aplicação da lei, é preferível acolher sua não aplicação em virtude de normas proibitivas constituírem exceções ao princípio da liberdade negocial.

³³⁵ “Cumpra-se que se não confundam as constituições e as transferências de direitos reais limitados em segurança com os direitos reais de garantia. Nas constituições e transferências de direitos reais limitados em segurança há o acordo de constituição ou de transmissão e o negócio jurídico da outorga da garantia, tal como ocorre com a transmissão da propriedade em segurança, porém a garantia não se insere no direito real limitado a ponto de fazê-lo direito real de garantia.

Mais uma vez notemos que é a fímbria de direitos e obrigações que diferencia (a) do acordo de transmissão da propriedade em segurança, externamente unido ao acordo de transmissão da propriedade, de direito das coisas e abstrato, o acordo de transmissão de propriedade resolúvel, e (b) do acordo de constituição ou de transmissão do direito real limitado em segurança, externamente unido ao acordo de constituição ou de transmissão do direito real limitado, de direito das coisas e abstrato, o acordo de constituição ou de transmissão do direito real em garantia.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: direito das coisas: penhor rural, penhor industrial, penhor mercantil..., tomo XXI, p. 479.

³³⁶ DOMINGOS DE ANDRADE, Manuel A. **Teoria geral da relação jurídica**. v. II, Coimbra: Almedina, 1972, p. 339.

Ademais, a adoção de uma concepção funcional do negócio jurídico apresenta problemas lógicos e ideológicos que não permitem seu acolhimento no Brasil. Ao reconduzir os negócios jurídicos a tipos contratuais a partir de sua função econômico-social (causa)³³⁷, o conceito é incapaz de distinguir negócios que desempenhem funções semelhantes, tais como mútuo e depósito irregular, mútuos garantidos por alienação fiduciária e direito real de garantia, mútuos e investimentos em participação societária, mútuos e *lease-back*. Isso porque tais concepções concentram-se em apenas alguns aspectos de tais negócios (*e.g.* a disponibilização de dinheiro mediante a transferência da propriedade de um bem), deixando de lado outros aspectos que, muitas vezes, são decisivos para as partes precificarem e decidirem celebrar um determinado negócio.

No caso, entendemos que as seguintes diferenças, dentre outras, entre mútuos com garantia real e *lease-back* podem ser decisivas nesta precificação e decisão pela celebração da operação: (i) mútuos com garantia real são, geralmente, limitados a uma fração do valor do bem dado em garantia, geralmente de 60% a 80% do valor do mercado do bem; no *lease-back*, a venda deve corresponder ao valor de mercado do bem, o que permite à arrendatária uma maior disponibilidade de recursos e à arrendadora, um melhor retorno³³⁸; (ii) *lease-back* é uma alternativa de financiamento de médio e longo prazos, enquanto mútuos com garantia geral são, comumente, utilizados para financiamentos de curto prazo; (iii) durante um *credit crunch* as linhas de crédito para mútuo à arrendatária podem estar limitadas ou indisponíveis, constituindo o *lease-back* uma alternativa para levantamento de recursos³³⁹; (iv) *lease-backs* apresentam vantagens contábeis, consistentes na liberação do potencial oculto de ativos que estavam contabilizados a valor histórico³⁴⁰; e (vi) o tratamento dos créditos da arrendadora e dos bens objeto do *lease-back* em caso de recuperação judicial ou falência é totalmente diferente do tratamento que tais créditos e

³³⁷ “Causa é uma palavra plurívoca, cheia de significados. Entretanto, quando nos referimos à causa tratamos da causa no viés dado pela doutrina italiana. A causa, nesse sentido, é um fato externo ao negócio jurídico, sua função econômico-social (ou prático-social).” AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia...**, p. 150.

³³⁸ ELAYAN, Fayez A.; MEYER, Thomas O; LI, Jennifer. Evidence from tax-exempt firms on motives for participating in sale-leaseback agreements. **Journal of Real Estate Research**, v. 28, nº 4, 2006. [on-line] Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=951281>>. Último acesso em 05/01/2014.

³³⁹ GRÖNLUND, Tomi; LOUKO, Antti; VAIHEKOSKI, Mika. Corporate real estate sale and leaseback effect:...

³⁴⁰ GRÖNLUND, Tomi; LOUKO, Antti; VAIHEKOSKI, Mika. Corporate real estate sale and leaseback effect:...

bens recebem se a operação é um mútuo com garantia real.

Além disso, uma concepção funcional do negócio jurídico não fornece ferramentas que determinem quais índices compõem um tipo, pois ao exigir um juízo prévio sobre a prestação mais característica do tipo contratual, pressupõe por resolvida a questão a resolver (i.e., a definição das características do referido tipo). A função econômico-social é fato externo ao negócio jurídico, que o justifica dos pontos social e jurídico, enquanto o elemento categorial inderrogável é, justamente, a referência que se faz a esse fato no próprio conteúdo do negócio. Como consequência, sobressai claramente que é o elemento categorial, e não a causa, que fixa o regime jurídico a que o negócio obedece³⁴¹.

Por fim, ainda que haja diversos negócios que possam ter resultados práticos semelhantes, é permitido aos contratantes livremente escolher o tipo contratual que lhes seja mais conveniente levando em consideração as vantagens e as desvantagens do regramento jurídico de cada negócio³⁴². A adoção de uma concepção funcional do negócio jurídico é incompatível com os princípios em que está assentado o ordenamento jurídico brasileiro, porque elaborada sob a inspiração ideológica de um Estado autoritário:

[A] funcionalização do negócio jurídico aos interesses heterónomos da ordem estatal representou uma solução autoritária cujas marcas são ainda patentes no Código de 1942 e na doutrina italiana, mas que não é sustentável nem adequada num ambiente ideológico e constitucional assente na liberdade.³⁴³

Não obstante, o reconhecimento da tipicidade e da legalidade do *lease-back* em abstrato não implica uma presunção de legalidade do seu conteúdo³⁴⁴, havendo –

³⁴¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia...**, pp. 149-150.

³⁴² “A seleção do tipo contratual a partir das vantagens ou inconvenientes do seu regime jurídico próprio é uma constante do direito e da prática contratual. As partes escolhem o tipo contratual que mais lhes convém tendo em atenção as circunstâncias, os objectivos que pretendem alcançar e as vantagens e desvantagens implicadas.” VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos...**, p. 354.

³⁴³ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos...**, p. 356.

³⁴⁴ “Os tipos contratuais legais não são em si contratos e não são operacionais sem que as partes os preencham, lhes dêem um conteúdo. O juízo de mérito não syndica apenas a configuração e o sentido típicos de um tipo contratual, mas também o conteúdo com que as partes o preencham em cada caso. O reconhecimento do mérito de um tipo não é contudo sem significado; ele representa um juízo positivo sobre o mérito do modelo regulativo que o tipo é, mas não dispensa o julgamento do conteúdo e, mais do que isso, de cada contrato concreto e completo de per si. Um contrato típico, não obstante com essa qualidade, pode

evidentemente – hipóteses em que ele pode ser utilizado de forma anômala para burlar as proibições legais, as quais precisam ser analisadas caso-a-caso.

merecer um juízo negativo de mérito por razões atinentes ao conteúdo, às circunstâncias em que foi celebrado ou até à intenção que o motivou. A tipificação legal não representa mais do que um princípio de licitude.” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos...**, p. 335)

7 QUESTÕES ATUAIS E CONTROVERSAS

Após estabelecer um modelo de contrato de *lease-back* e verificar sua validade perante o ordenamento jurídico brasileiro, torna-se possível a análise de outras questões atuais e controversas.

Apesar de a doutrina e a jurisprudência brasileira não aproximarem o *lease-back* do mútuo nem discutirem sua compatibilidade com a vedação do pacto comissório, como é feito na Itália, o contrato de arrendamento mercantil foi alvo de diversas tentativas de descaracterização nos últimos anos. Essas tentativas foram intentadas, na maior parte das vezes, por autoridades fiscais visando a recharacterizar contratos de arrendamento mercantil como compra e venda a prazo, visto que esse segundo negócio tem uma carga fiscal maior do que o arrendamento mercantil³⁴⁵.

7.1 Do VRG e a descaracterização do contrato de *lease-back*

Nos contratos de arrendamento mercantil financeiro, como o *lease-back*, as principais controvérsias estão relacionadas ao VRG.

Nem a Lei nº 6.099/74 nem a Resolução nº 2.309/96 definem o sentido de VRG. Isso somente é realizado pela Portaria MF nº 564/78, que esclarece que o VRG pode se referir a dois conceitos distintos:

³⁴⁵ As tentativas das autoridades fiscais recharacterizarem os contratos de arrendamento mercantil como outros contratos são, em geral, fundadas no disposto no artigo 116, § 1º, do CTN. A finalidade dessa norma, segundo a exposição de motivos da Lei Complementar nº 104, de 10/01/2001, era permitir à autoridade tributária desconsiderar negócios jurídicos praticados com a finalidade de elisão fiscal, de modo a possibilitar o planejamento tributário praticado com abuso de forma ou de direito. Tal dispositivo foi posteriormente regulamentado pelos artigos 13 a 16 da Medida Provisória nº 66, de 29/08/2002, que equiparava negócios indiretos a negócios simulados, constituindo-se um exemplo de má técnica legislativa e imprecisão jurídica, pois, como já exposto, o negócio indireto não se confunde com a simulação. A Medida Provisória nº 66/2002 foi alvo de muitas críticas à época de sua edição e como resultado disso (e dos absurdos jurídicos nela contidos), o Congresso Nacional suprimiu os dispositivos referentes à elisão fiscal ao convertê-la na Lei nº 10.637, de 30/12/2002.

(i) o preço contratualmente estipulado para exercício da opção de compra; ou

(ii) o valor contratualmente garantido pela arrendatária como mínimo que será recebido pela arrendadora na venda a terceiros do bem arrendado, na hipótese de não ser exercida a opção de compra.

No primeiro caso, o VRG é preço pela aquisição do bem. No segundo caso, o VRG é uma obrigação autônoma cuja função é garantir à arrendadora o recebimento de um valor mínimo pela alienação do bem a terceiros.

Apesar de o VRG ter naturezas diferentes dependendo da opção exercida pela arrendatária, em geral é fixado o mesmo valor em ambos os casos (opção de compra ou devolução do bem), pois o arrendamento mercantil financeiro tem como característica ser um *full payout lease*³⁴⁶, de modo que, independente da opção escolhida pela arrendatária (*i.e.* devolver o bem, adquiri-lo ou renovar o contrato), os valores a serem recebidos pela arrendadora devem ser semelhantes e normalmente suficientes para que a arrendadora recupere seu investimento e obtenha lucro. Se a arrendatária exercer a opção de compra, a arrendadora tem direito ao recebimento da contraprestação e também ao preço pelo exercício da opção de compra; se a arrendatária decidir devolver o bem, a arrendadora deverá arrendar ou alienar tais bens a terceiros, podendo conservá-lo em seu ativo imobilizado pelo prazo máximo de 2 (dois) anos, tendo garantido o recebimento de, no mínimo, o valor do VRG. Se a arrendatária decidir renovar o contrato de arrendamento mercantil, o valor antecipado a título de VRG deverá lhe ser devolvido e a arrendadora terá o direito ao recebimento de nova contraprestação a ser livremente pactuada.

Não obstante o artigo 7º, inciso VII, alínea ‘a’, da Resolução CMN nº 2.309/96 estabeleça que o adiantamento do VRG pela arrendatária à arrendadora durante o prazo do contrato de arrendamento mercantil financeiro não caracteriza o exercício da opção de compra, no final dos anos 1990, instalou-se grande controvérsia na jurisprudência brasileira a respeito da descaracterização do contrato de arrendamento mercantil em tal hipótese.

³⁴⁶ A respeito do conceito de *full payout lease*, vide Capítulo 3.4.

Uma parte da jurisprudência considerava que o adiantamento do VRG seria equivalente ao exercício da opção de compra, eliminando as opções de devolução do bem ou renovação do contrato. Confirma-se a respeito o entendimento do Ministro do STJ Ruy Rosado de Aguiar:

“Uma consequência dessa cobrança antecipada [do VRG] é que se elimina a opção de compra, pois é a única alternativa que resta a quem já pagou antecipadamente o preço.”³⁴⁷

Assim, considerando que o arrendamento mercantil seria caracterizado pela tríplice opção do arrendatário ao final do contrato, tal corrente passou a entender que se o VRG fosse adiantado à arrendadora antes do decurso dos prazos mínimos previstos na regulamentação, o arrendamento mercantil deveria ser considerado uma compra e venda a prazo. Esse era o entendimento do Ministro do STJ Waldemar Zveiter:

Constata-se, assim, que não há como se caracterizar o contrato em tela como sendo autêntico arrendamento mercantil, já que desde o início o autor vem pagando o valor residual, sendo inócua qualquer previsão contratual de exercer opções ao final, pois somente alguém afetado por prodigalidade deixaria de exercer a opção de compra do veículo após ter pago todo o valor residual ao longo do contrato, nada mais restando a pagar ao final (...).³⁴⁸

Julgados nesse sentido se multiplicaram no STJ³⁴⁹ e deram origem à Súmula nº 263, de 08/05/2002, que conta com a seguinte redação: “A cobrança antecipada do VRG descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação.”

³⁴⁷ STJ, Recurso Especial nº 178.272, Quarta Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 18/03/1999.

³⁴⁸ STJ, Recurso Especial nº 163.845/RS, Terceira Turma, Relator Ministro Waldemar Zveiter, julgado em 15/06/1999.

³⁴⁹ Neste sentido: STJ, Recurso Especial nº 181.095/RS, Quarta Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 18/03/1999; STJ, Recurso Especial nº 196.209/RS, Terceira Turma, Relator Ministro Waldemar Zveiter, julgado em 09/11/1999; STJ, Recurso Especial nº 172.432/RS, Quarta Turma, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 16/11/1999; STJ, Recurso Especial nº 255.628/SP, Quarta Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 29/06/2000; STJ, Recurso Especial nº 196.873/RS, Quarta Turma, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, julgado em 19/10/2000; STJ, Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 230.239/RS, Segunda Seção, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 23/05/2001; e STJ, Recurso Especial nº 302.448/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 26/06/2001.

Em síntese, tal corrente acreditava que não teria qualquer sentido a arrendatária optar pela devolução do bem ou renovação do contrato de arrendamento mercantil financeiro após ter antecipado o VRG à arrendadora – como se pode ser inferido da citação acima, em que o Ministro do STJ Waldemar Zveiter indica que somente alguém afetado por prodigalidade deixaria de exercer a opção de compra após adiantar o VRG. Esse entendimento, entretanto, deixou de levar em consideração importantes aspectos relacionados à sistemática do contrato de arrendamento mercantil financeiro.

Em primeiro lugar, o valor adiantado à arrendadora a título de VRG pode ser devolvido à arrendatária em algumas hipóteses. Se a arrendatária decidir não exercer a opção de compra e devolver o bem à arrendadora, em geral os contratos preveem a obrigação de a arrendadora alienar o bem a terceiro³⁵⁰, devendo devolver à arrendatária a diferença positiva entre o VRG estabelecido no contrato e a soma do VRG antecipado e do preço obtido com a venda do bem, o que pode ser sintetizado na seguinte fórmula:

$R = \text{VRG} - (\text{VRGa} + \text{Preço})$, se $\text{VRG} - (\text{VRGa} + \text{Preço}) \geq 0$, ou

$R = 0$, se $\text{VRG} - (\text{VRGa} + \text{Preço}) < 0$

sendo

R: valor a ser restituído pela arrendadora à arrendatária

VRG: Valor Residual Garantido estabelecido no contrato

VRGa: Valor Residual Garantido antecipado

Preço: preço obtido com a venda do bem a terceiro

Em segundo lugar, estabelecer a obrigação de a arrendatária antecipar o VRG diminui o risco a que a arrendadora está exposta relacionados à solvência da arrendatária e à depreciação do bem, possibilitando a cobrança de contraprestações menores.

³⁵⁰ A Resolução nº 2.309/96 estabelece que as arrendadoras podem conservar os bens em seu ativo imobilizado pelo prazo máximo de 2 (dois) anos, devendo alienar ou arrendar o bem a terceiros. A maior parte dos contratos em que se prevê o pagamento de VRG se estabelece a obrigação da arrendadora alienar o bem a terceiros.

Em terceiro lugar, antecipar o VRG pode ter resultados positivos para o fluxo de caixa da arrendatária, evitando a ocorrência de despesas extraordinárias caso o VRG só seja devido e pago após o término do contrato de arrendamento mercantil.

A antecipação de um VRG substancial pode ainda ajudar a resguardar melhor os interesses da arrendatária, especialmente se o bem arrendado se depreciar pouco ou não se depreciar por conta de seu uso pela arrendatária – como ocorre muitas vezes com bens imóveis. Isso porque os valores antecipados a título de VRG podem ser devolvidos à arrendatária em caso de alienação do bem, conforme a fórmula matemática acima, e tal antecipação pode levar a estruturação de um negócio com contraprestação menor – já que o risco da arrendadora é menor –, contraprestações essa que não é devolvida à arrendatária em caso de alienação do bem.

Verifica-se, assim, que a antecipação do VRG não implica necessariamente o exercício da opção de compra, restando à arrendatária a possibilidade de devolver o bem ou renovar o contrato – opções essas que podem ser economicamente viáveis e não decorrentes de suposta prodigalidade da arrendatária como sinalizado pelo STJ. Além disso, por ter usado e fruído do bem durante o prazo do arrendamento, a arrendatária tem a vantagem de conhecer suas funcionalidades e deficiências no momento do exercício da tríplice opção, podendo devolver um bem que não seja mais útil ou interessante para o exercício de sua atividade econômica.

Ao analisar de forma simplista a questão da cobrança antecipada do VRG e ao editar a Súmula nº 263, o STJ impactou diretamente o contrato de arrendamento mercantil. Tais impactos não se restringiram à precificação da operação – o que ocorreria se a cláusula que prevê a cobrança antecipada do VRG fosse declarada inválida ou ineficaz –, mas, ao recharacterizar o contrato de arrendamento mercantil financeiro como compra e venda a prazo, alteraram também os direitos e obrigações das partes.

Enquanto que na compra e venda a prazo o bem passa imediatamente à propriedade da arrendadora, ficando tanto tal bem como eventuais créditos da vendedora sujeitos à recuperação judicial ou falência, isso não ocorre no arrendamento mercantil. No

arrendamento mercantil, o bem permanece no patrimônio da arrendadora e, em caso de recuperação judicial ou falência, os direitos da arrendadora não ficam suspensos e os créditos não são impactados (artigo 199 da Lei de Recuperação e Falências). Como consequência disso, resta evidente que a recondução do contrato firmado a um determinado tipo legal (compra e venda a prazo ou arrendamento) pode influenciar sensivelmente a decisão de a arrendadora executar ou não a operação, especialmente nos casos em que a arrendatária experimente dificuldades financeiras.

Em outras palavras, a corrente que levou à edição da Súmula nº 263 do STJ em vez de beneficiar o mercado, beneficiava apenas o fisco e algumas arrendatárias inadimplentes que poderiam ter benefícios com a recharacterização do contrato como compra e venda a prazo, pois isso faria com que os pagamentos feitos a título de contraprestação fossem tomados como parte do pagamento do preço para aquisição do bem e, ainda, impediria a reintegração de posse pela arrendadora³⁵¹.

Apesar de o STJ ter editado tal súmula, o assunto não estava pacificado no próprio tribunal. Evidência disso é que em 7 de maio de 2003, a Corte Especial do STJ decidiu contrariamente à Súmula nº 263, tendo considerado que o pagamento adiantado do VRG não implicaria a antecipação da opção de compra, podendo a arrendatária ainda optar pela devolução do bem ou renovação do contrato, não restando descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil³⁵². Destaca-se que nesse caso, a recharacterização não havia sido requerida pelas autoridades fiscais, mas pela própria arrendatária.

³⁵¹ Apesar de ter posicionamento favorável à recharacterização do contrato de arrendamento mercantil como compra e venda a prazo em caso de antecipação do VRG, Ruy Rosado de Aguiar notou claramente quais seriam os benefícios das arrendatárias inadimplentes com a descaracterização de tal contrato: “Pergunta-se: qual o interesse do arrendatário em ver reconhecido o contrato de compra e venda? Veja-se o caso de quem pagou 80% do bem. É legítimo o seu interesse em afirmar que se trata de compra e venda, que 80% daquele bem está pago e lhe pertence, o que deverá ser considerado no momento da rescisão. Se for *leasing*, perderá tudo o que pagou e sofre a ação de reintegração de posse. Logo, poderá preferir ter de pagar o imposto a perder muito mais. Além disso, com o vencimento antecipado, fica sem a possibilidade de purgar a mora.” (Voto vencido do Ministro Ruy Rosado de Aguiar em STJ, Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 213.828/RS, Corte Especial, Relator Ministro Edson Vidigal, julgado em 07/05/2003).

³⁵² STJ, Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 213.828/RS, Corte Especial, Relator Ministro Edson Vidigal, julgado em 07/05/2003. Neste mesmo sentido: STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 506.912/RS, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 02/09/2003; STJ, Recurso Especial nº 543.234/MG, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, julgado em 03/02/2004.

Esse posicionamento levou a uma reviravolta na jurisprudência e, em 5 de maio de 2004, o STJ editou a Súmula nº 293, que cancelou a Súmula nº 263 tendo estabelecido que “A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil.” Apesar de tal posicionamento ter se consolidado na jurisprudência, ser benéfico ao mercado e adequado ao contrato de arrendamento mercantil, ele ainda é objeto de críticas por parte da doutrina³⁵³.

Não obstante a controvérsia a respeito da descaracterização do arrendamento mercantil financeiro por conta da antecipação do VRG tenha sido resolvida com a edição da Súmula nº 293 do STJ, esse não foi o único aspecto contestado, principalmente pelas autoridades fiscais, nas tentativas de descaracterização desse contrato. Buscou-se descaracterizar o contrato de arrendamento mercantil também nos casos em que o VRG era simbólico ou pouco expressivo³⁵⁴ e, ainda, em casos diametralmente opostos, em que o VRG era fixado em montante substancial em comparação com o valor da contraprestação devida pela arrendatária³⁵⁵.

Nos casos em que o VRG era simbólico ou pouco expressivo, argumentou-se que tal fato desvirtuaria o contrato de arrendamento mercantil, constituindo-se uma compra e venda a prazo, pois, sendo irrisório o VRG, o único interesse legítimo do arrendatário ao final do contrato seria a aquisição do bem. Ocorre que esse argumento é falacioso, pois ainda que o VRG seja irrisório, o arrendatário pode não ter interesse em sua aquisição, seja por conta de o bem não ser mais útil para sua atividade, por não ter acesso ao mercado de revenda do bem, seja por qualquer outra razão. Por outro lado, nos casos em que o VRG era expressivo, buscou-se caracterizar o VRG como contraprestação ou recaracterizar o contrato como uma compra e venda, porém, como já demonstrado acima, há fundamento econômico para se adotar um VRG expressivo, especialmente nos casos em que não se espera haver uma depreciação substancial do bem arrendado.

³⁵³ MARIANI, Irineu. **Contratos empresariais: atualizados pelo Código Civil 2002 e leis posteriores**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, pp. 210-219.

³⁵⁴ Neste sentido: STJ, Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 454.449/MG, Primeira Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, julgado em 17/06/2003; STJ, Recurso Especial nº 897.536/MG, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 15/02/2007, dentre outros.

³⁵⁵ Neste sentido: STJ, Recurso Especial nº 633.204/MG, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 24/11/2004; STJ, Recurso Especial nº 509.437/MG, Segunda Turma, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, julgado em 05/04/ 2005, dentre outros.

Apesar de tais argumentos terem merecido guarida do CARF e pelo TRF da Primeira Região em alguns casos³⁵⁶, eles não prosperaram no STJ, que entende que, na ausência de regulamentação a respeito de tais aspectos, as partes poderiam livremente pactuá-los sem que isso descaracterize o arrendamento mercantil³⁵⁷.

Em alguns julgados, o STJ foi claro ao limitar o ímpeto das autoridades fiscais descaracterizarem o contrato de arrendamento mercantil, tendo esclarecido que tal descaracterização só pode ser realizada nas situações previstas nas hipóteses de defeito do negócio jurídico³⁵⁸ e nas situações previstas em lei³⁵⁹ (artigos 2º, 9º, 11, § 1º, 14 e 23 da Lei nº 6.099/74)³⁶⁰. Atualmente, esse entendimento está pacificado no STJ.

Também se buscou recharacterizar contratos de arrendamento mercantil como compra e venda a prazo nos casos em que o pagamento das contraprestações era concentrado em determinados momentos da vigência do contrato, especialmente em seu início. Como não há qualquer base legal ou regulamentar que estabeleça a necessidade de as contraprestações estarem proporcionalmente divididas no tempo, o STJ também negou a recharacterização do contrato de arrendamento mercantil nesses casos³⁶¹.

³⁵⁶ CARF, Acórdão nº 105-14.405, Relator Conselheiro Irineu Bianchi, julgado em 12/05/2004; e TRF da Primeira Região, Terceira Turma, Apelação Cível nº 0019028-96.1994.4.01.0000, Relator Juiz Ailton de Carvalho, julgada em 30/10/1998, dentre outros.

³⁵⁷ Neste sentido: STJ, Recurso Especial nº 174.031/SC, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, julgado em 15/10/1998; STJ, Recurso Especial nº 310.347/RS, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, julgado em 22/05/2001; STJ, Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 454.449/MG, Primeira Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, julgado em 17/06/2003; STJ, Recurso Especial nº 633.204/MG, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 24/11/2004; STJ, Recurso Especial nº 509.437/MG, Segunda Turma, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, julgado em 05/04/2005; STJ, Recurso Especial nº 692.945/SP, Primeira Seção, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 23/08/2006; e STJ, Recurso Especial nº 897.536/MG, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 15/02/2007, dentre outros.

³⁵⁸ STJ, Recurso Especial nº 178.753/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Franciulli Neto, julgado em 16/05/2002.

³⁵⁹ Neste sentido: STJ, Recurso Especial nº 184.932/SP, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, julgado em 09/02/1999; STJ, Recurso Especial nº 390.286/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 19/09/2002; STJ, Recurso Especial nº 436.173/RJ, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 20/05/2004; e STJ, Recurso Especial nº 959.387/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 18/06/2009, dentre outros.

³⁶⁰ Neste sentido: STJ, Recurso Especial nº 184.932/SP, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, julgado em 09/02/1999; STJ, Recurso Especial nº 390.286/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 19/09/2002; STJ, Recurso Especial nº 436.173/RJ, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 20/05/2004; e STJ, Recurso Especial nº 959.387/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 18/06/2009, dentre outros.

³⁶¹ Neste sentido: STJ, Recurso Especial nº 178.753/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Franciulli Neto,

7.2 Da descaracterização do *lease-back*

Não se verificou na jurisprudência brasileira qualquer julgado tratando especificamente da descaracterização (ou recaracterização) do *lease-back*, mas apenas genericamente do arrendamento mercantil financeiro. Não obstante, tendo em vista o entendimento do STJ com relação aos contratos de arrendamento mercantil financeiro, tal negócio somente poderia ser descaracterizado nos casos especificados na Lei nº 6.099/74 – que trata de hipótese de não incidência da norma e não de descaracterização – ou se verificados vícios do negócio jurídico, especialmente simulação.

Na simulação, o desafio do intérprete é buscar a chamada vontade real das partes, a qual – evidentemente – não está documentada nos instrumentos da operação. A busca de fundamentos para se identificar a vontade real e descaracterizar negócios jurídicos não é uma exclusividade brasileira, ocorrendo também no exterior. Dentre as razões arguidas para se buscar a reconsideração do *lease-back* nos Estados Unidos³⁶², nota-se um argumento particularmente interessante e que não foi – até o momento – objeto de discussão pelos tribunais superiores no Brasil, qual seja, a desproporção entre o valor de aquisição do bem pela arrendadora e o seu valor de mercado e, também, a desproporção entre os pagamentos a serem feitos pela arrendatária para reaquisição do bem.

O fato de a vendedora/arrendatária alienar o bem por valor materialmente inferior ao seu valor de mercado e ter uma opção de readquirir esse bem pagando valores inferiores ao seu valor de mercado servem como indícios que as partes propositalmente formataram o negócio de tal maneira que a única opção razoável para a arrendatária seria readquirir o bem. A partir disso é possível inferir que a vontade das partes era formatar a operação econômica forma semelhante a uma alienação fiduciária em garantia travestida de arrendamento mercantil. Confirma-se o entendimento de Michael E. Tracht a respeito dessa hipótese de reconsideração sob a ótica do direito e jurisprudência norte-americana:

julgado em 16/05/2002; STJ, Recurso Especial nº 633.204/MG, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 24/11/ 2004; e STJ, Recurso Especial nº 509.437/MG, Segunda Turma, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, julgado em 05/04/2005, dentre outros.

³⁶² A esse respeito, vide: Tracht, Marshall E., *Leasehold Recharacterization...*

*The purchase price can also be extremely useful in identifying some mortgage transactions that have falsely been labeled sale-leasebacks. If the purchaser acquires the property for substantially less than its fair market value and gives the seller an option to repurchase it at a price substantially below the expected value at the time of repurchase, the transaction is almost certainly a loan: the seller has no intention of actually parting with ownership of the asset for a payment far below its value, and the purchaser has no expectation of retaining or benefitting from the asset unless the purchaser fails to repay the advance.*³⁶³

Apesar de tais fatos servirem como indícios, não se descarta a possibilidade de existirem circunstâncias econômico-comerciais que justifiquem a estruturação de uma operação legítima de *lease-back* com tais características, como a especificidade do bem arrendado, dificuldades de revenda, estado de conservação do bem etc. Por isso, é necessário que se avalie caso-a-caso a existência de um vício da vontade capaz de ensejar a recharacterização do *lease-back*, não sendo possível estabelecer nesse momento um fator ou uma série de fatores que necessariamente gerem tal consequência.

7.3 Limites do arrendamento mercantil – do controle do bem arrendado

Não obstante a recharacterização do contrato de arrendamento mercantil esteja limitada a casos específicos e, em geral, dependa de uma análise caso-a-caso, entendemos haver limitações não previstas expressamente na lei e na regulamentação que impedem que um determinado fato jurídico seja reconduzido ao arrendamento mercantil. A esse respeito, entendemos que a principal limitação se dá com relação à natureza do bem objeto mediato do arrendamento, visto que seria de excessivo artificialismo e formalidade reconduzir ao arrendamento mercantil negócios em que a prestação principal da arrendadora seja um serviço em vez de conceder o uso ou a fruição de um bem (seja ela uma coisa ou um bem imaterial).

³⁶³ Tracht, Marshall E., *Leasehold Recharacterization...*, pp. 25-26. São citados, nesse artigo, os seguintes precedentes: *Fox v. Peck Iron & Metal Co.*, 25 B.R. 674 (Bankr. S.D.Cal. 1982); *Swenson v. Mills*, 108 P.3d 77 (Or. App. 2005); *Flack v. McClure*, 565 N.E.2d 131 (Ill. App. 1990); *Moran v. Kenai Towing and Salvage, Inc.*, 523 P.2d 1237 (Al. 1974); *Beeler v. American Trust Co.*, 147 P.2d 583 (Cal. 1944).

A *International Financial Reporting Standards Foundation (IFRS)* está conduzindo um projeto cujo objetivo é estabelecer princípios que arrendadoras e arrendatárias devem seguir para contabilizar operações de *leasing*³⁶⁴. Nas discussões travadas no âmbito desse projeto, um assunto bastante debatido foi a necessidade de a arrendatária ter o controle do bem arrendado para que fosse caracterizado um *leasing*. Ainda que haja diferenças substanciais entre o *leasing* na prática internacional e o arrendamento mercantil brasileiro, tanto em sua configuração quanto contabilização³⁶⁵, há uma tendência de harmonização entre as normas contábeis brasileiras e internacionais³⁶⁶, de modo que se faz necessária tal discussão também com relação ao arrendamento mercantil no Brasil.

A definição de arrendamento mercantil dada pelo artigo 1º da Lei nº 6.099/74 não estabelece expressamente qualquer limitação ao objeto mediato da prestação do arrendamento mercantil, o que poderia levar a crer que qualquer bem inconsumível, móvel ou imóvel, corpóreo ou incorpóreo, poderia ser objeto desse negócio. Entretanto, isso não está inteiramente correto.

Tanto o arrendamento mercantil quanto a locação contam com um mesmo núcleo conceitual, qual seja: a obrigação da arrendadora ou locadora prestar o uso e/ou a fruição de um bem mediante a entrega da “posse” (*rectius*: controle do uso e/ou fruição) correspondente³⁶⁷.

Segundo Pontes de Miranda, posse é “o estado de fato de quem se acha na possibilidade de exercer poder como o que exerceria quem fosse proprietário ou tivesse,

³⁶⁴ International Financial Reporting Standards Foundation. **Exposure draft: leases** [on-line]. Disponível em <www.ifrs.org>, 2013. [on-line] Último acesso em 05/01/2014; International Financial Reporting Standards Foundation. **Exposure draft Leases: basis for conclusions** [on-line], 2013. Disponível em <www.ifrs.org>. [on-line] Último acesso em 05/01/2014; International Financial Reporting Standards Foundation. **Exposure draft Leases: illustrative examples** [on-line], 2013. Disponível em <www.ifrs.org>. [on-line] Último acesso em 05/01/2014.

³⁶⁵ Neste sentido: BRASIL, Banco Central do Brasil. **Diagnóstico da Convergência às Normas Internacionais: IAS 17 Leasing**. Dez/2006. Disponível em <http://www.bcb.gov.br/nor/convergencia/IAS_17_%20Arrendamento_Mercantil.pdf>. Último acesso em 05/01/2014.

³⁶⁶ Exemplo disso é a Lei nº 11.638, de 28/12/2007.

³⁶⁷ A respeito do núcleo conceitual da locação vide Alcides Tomasetti Jr. – Juarez de Oliveira (coord.). *Comentários à lei de locações de imóveis urbanos (Lei n. 8.245, de 18/10/1991)*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 4.

sem ser proprietário, poder que sói ser incluso no direito de propriedade (*usus, fructus, abusus*).”³⁶⁸ Em outras palavras, posse é o controle de fato do uso e/ou fruição da coisa. Por conta de o arrendamento mercantil poder ter como objeto mediato tanto coisas como bens imateriais, bem como por conta de o conceito de posse ser limitado ao aspecto físico e não econômico, é preferível indicar que o núcleo conceitual de tal contato envolve a transferência do controle (do uso e fruição) do bem arrendado à arrendatária.

A obrigação de a arrendadora transferir o controle do uso e fruição do bem arrendado cria determinadas limitações.

Em primeiro lugar, a arrendadora não pode ter o poder de substituir o bem arrendado sem o consentimento da arrendatária. A arrendadora tem a obrigação de conceder à arrendatária o controle de um bem determinado, conforme as especificações estabelecidas no contrato de arrendamento mercantil. Após a entrega do controle do bem à arrendatária, a arrendatária tem o direito de usar e fruir de tal bem sem a interferência da arrendadora. Tal direito, entretanto, é incompatível com eventual poder de a arrendadora substituir livremente o bem sem o consentimento da arrendatária, vez que tal poder permitiria à arrendadora controlar o uso e fruição do bem arrendado, de modo que haveria um contrato de arrendamento mercantil, mas um contrato de prestação de serviços.

Em segundo lugar, propiciar a posse do bem arrendado é menos do que propiciar o controle do uso e fruição. Para que haja um arrendamento mercantil, é necessário que a arrendatária tenha o controle do uso e fruição do bem arrendado, não sendo suficiente que tenha alguns dos poderes fáticos do domínio sobre uma coisa. Assim, se um bem não puder ser usado e/ou fruído pela arrendatária sem a interferência da arrendadora ou do fornecedor, não há contrato de arrendamento mercantil, mas de prestação de serviços. Exemplo disso é o contrato pelo qual uma parte fornece à outra máquinas de café que não podem ser utilizadas sem os insumos providos pelo fornecedor. A posse das máquinas de café é, nesse caso, acessória a um contrato de fornecimento ou prestação de serviços.

³⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: direito das coisas: posse. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2012, tomo X, p. 57.

Em terceiro lugar, ainda que cabos de fibra ótica, linhas de transmissão de energia e gasodutos possam ser arrendados, parte da capacidade desses bens não pode ser objeto de arrendamento mercantil. Isso, porque para que a arrendatária tenha controle do uso e/ou fruição do bem, é necessário que ele seja fisicamente distinto (*e.g.* um fio de fibra ótica, um tubo do gasoduto) ou seja um bem imaterial (*softwares*, patentes etc.). Assim, um contrato que preveja o direito de a arrendatária utilizar 20% (vinte por cento) da capacidade de um cabo de fibra ótica, a princípio, não é compatível com a estrutura do arrendamento mercantil, visto que a arrendatária não terá o controle do uso e fruição do bem.

Nos casos em que é concedido à arrendatária o controle do uso e fruição do bem, verifica-se que há mera prestação de serviços em que a posse do equipamento – se houver – é acessória, de modo que seria indevida a recondução de tais operações ao arrendamento mercantil.

Ter o controle do uso e/ou fruição do bem não quer dizer que a arrendadora não possa estabelecer limites para tal uso. Por exemplo, é prática de mercado e absolutamente compatível com a estrutura do *leasing* na prática internacional e do arrendamento mercantil no Brasil a inclusão de limitações ao uso do bem arrendado, como a proibição de se utilizar veículos arrendados em competições automobilísticas e limites de distância percorrida. Apesar de tais restrições impactarem os benefícios econômicos que a arrendatária pode obter com os bens arrendados, isso não impede que a arrendatária tenha o controle do uso e fruição do bem dentro de tais limites.

7.4 Término antecipado do contrato de *lease-back*

A última questão controversa que se pretende analisar nesta dissertação é a cobrança das parcelas vincendas da contraprestação na hipótese de término antecipado do contrato de *lease-back* decorrente do inadimplemento da arrendatária.

Muitos contratos de arrendamento mercantil financeiro contém cláusulas prevendo, na hipótese de inadimplemento da arrendatária, o poder formativo da arrendadora de: (i)

vencer antecipadamente as obrigações da arrendatária, cobrando imediatamente todas as parcelas vencidas e vincendas; ou (ii) recuperar a posse do bem arrendado, cobrar as parcelas vencidas da contraprestação e cobrar, a título de cláusula penal compensatória, o valor presente das parcelas vincendas.

O STJ tem consistentemente entendido que uma vez ocorrido o vencimento antecipado do contrato de arrendamento mercantil e retomada a posse do bem, a arrendadora não tem direito de cobrar as parcelas vincendas da contraprestação a título de cláusula penal compensatória^{369,370}. Esse entendimento é fundado no raciocínio de que o arrendamento mercantil seria essencialmente uma locação com opção de compra, em que seria injusta a cobrança das prestações vincendas em caso de término antecipado do contrato, pois as contraprestações (i) seriam contrapartida apenas pelo uso e gozo da coisa, não sendo devidas se tal uso e gozo não fossem concedidos à arrendatária; (ii) seriam fixadas com base no “valor locativo” do bem e não no valor de aquisição. Confira-se:

No arrendamento mercantil a inadimplência leva à rescisão do contrato, com obrigação de devolução do bem em condições normais de uso (sob pena de pagamento da diferença) e quitação das prestações em atraso acrescidas de juros e multa contratual.

Não se pode "antecipar" as prestações vincendas porque elas são contrapartida ao uso e gozo do bem. Ora, com a rescisão e apreensão do bem, cessou para o arrendatário a possibilidade de fruição. Portanto, não são devidas.

O arrendatário não comprou um bem, respondendo pelo preço; nem recebeu uma quantia certa e se propôs a devolvê-la em parcelas mensais, estando obrigado pelo principal e acessórios. Ele "locou" um bem (que o arrendante adquiriu especialmente para este fim), comprometendo-se a pagar uma renda para tê-lo em sua posse, dele desfrutando. Está obrigado ao pagamento da renda mensal enquanto tiver o bem à sua disposição e a devolvê-lo em boas condições, respondendo pela sua integridade.

(...)

As parcelas mensais do arrendamento não são fixadas pelo preço do bem

³⁶⁹ STJ, Recurso Especial nº 66.688/RS, Terceira Turma, Relator Ministro Nilson Naves, julgado em 10/03/1997; STJ, Recurso Especial nº 146.544/RS, Quarta Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 05/03/1998; STJ, Recurso Especial nº 174.736/RS, Terceira Turma, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 18/03/1999; STJ, Recurso Especial nº 173.550/RS, Terceira Turma, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, julgado em 06/04/2000; STJ, Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 448.560/MG, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrigli, julgado em 30/06/2003, dentre outros

³⁷⁰ Tal discussão também ocorre em Portugal e na Alemanha, conforme relatado em DUARTE, Rui Pinto. **O contrato de locação financeira (texto em construção)**. 2010. [on-line] Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/rpd_MA_10250.pdf>. Último acesso em 05/01/2014.

(como na venda com reserva de domínio), nem pelo fator de remuneração do capital (como no mútuo com alienação fiduciária), mas pelo valor locativo do bem.³⁷¹

Apesar de tal entendimento ser dominante na jurisprudência, ele não se coaduna com a estrutura e função do contrato de arrendamento mercantil financeiro e do *lease-back*.

No capítulo 4.2.3, demonstrou-se que o contrato de arrendamento mercantil financeiro não pode ser reduzido a mera locação, tendo as contraprestações naturezas diversas nesses dois negócios. Enquanto que na locação a contraprestação refere-se à disponibilização do uso e/ou fruição do bem locado, tratando-se de uma prestação periódica que se renova a cada período em que o bem é disponibilizado para uso e/ou fruição da locatária; o arrendamento mercantil financeiro é, por exigência legal, um *full payout lease*, em que a contraprestação é instantânea e parcelada e deve corre equivaler ao investimento realizado pela arrendadora acrescido de eventuais despesas e lucro. Ou seja, além de a contraprestação não se referir diretamente ao período em que o bem foi disponibilizado à arrendatária, mas ao investimento da arrendadora, tal contraprestação não é calculada com base no “valor locativo do bem”, mas sim com base no investimento feito pela arrendadora.

Por esses motivos, entende-se que, em caso de término antecipado do contrato de arrendamento mercantil financeiro, seja na sua modalidade tradicional ou na modalidade de *lease-back*, a arrendadora deve ter direito de cobrar o valor presente das parcelas vincendas em montante suficiente para que recupere seu investimento e tenha lucro, pois só assim haveria compatibilidade com um *full payout lease*. Destaca-se que tem a arrendadora o direito de cobrar o valor presente e não valor nominal das parcelas vincendas da contraprestação, pois este último inclui juros que não são devidos³⁷².

³⁷¹ STJ, Recurso Especial nº 16.824-0/SP, Quarta Turma, Relator Ministro Athos Carneiro, julgado em 23/03/1993.

³⁷² Neste sentido: “A expressão acabada de citar não é inocente: o valor das rendas futuras inculca a ideia de que o que o locador pode exigir, ao abrigo de tal Convenção, não são os quantitativos nominais das rendas futuras, mas antes, para utilizar linguagem dos financeiros, o seu valor actual, à data da exigência, ou seja, a parte do seu valor que corresponde à amortização de capital e já não a parte que corresponde a juros.” (DUARTE, Rui Pinto. **O contrato de locação financeira...**, p. 38.

Esse entendimento é suportado ainda pela Convenção UNIDROIT sobre o *leasing* financeiro internacional. Tal diploma estabelece que, em caso de inadimplemento da arrendatária, a arrendadora tem direito de vencer antecipadamente o contrato de *leasing*, recobrar a posse do bem arrendado e ser indenizada de forma que venha a ficar na posição que estaria se não tivesse ocorrido o inadimplemento, sendo ainda possível pré-fixar a indenização, desde que o valor pré-fixado não gere um enriquecimento injustificado da arrendadora³⁷³.

³⁷³ “Article 13. 2. – Where the lessee’s default is substantial, then subject to paragraph 5, the lessor may also require accelerated payment of the value of future rentals, where the leasing agreement so provides, or may terminate the leasing agreement and after such termination: (a) recover possession of the equipment; and (b) recover such damages as will place the lessor in the position in which it would have been had the lessee performed the leasing agreement in accordance with its terms. 3 – (a) The leasing agreement may provide for the manner in which the damages recoverable under paragraph 2 (b) are to be computed. (b) such provision shall be enforceable between the parties unless it would result in damages substantially in excess of those provided for under paragraph 2 (b). The parties may not derogate from or vary the effect of the provisions of the present sub-paragraph.” (UNIDROIT Convention on International Financial Leasing (Ottawa, 1988))

8 CONCLUSÕES

Como resultado do estudo desenvolvido nessa dissertação, é possível traçar as seguintes conclusões sobre o *lease-back*:

1. Na prática, o termo *lease-back* é comumente utilizado para se referir a uma série de operações em que o proprietário de um bem transfere sua titularidade para outro sujeito de direito, que, em seguida, concede o uso e fruição do referido bem ao proprietário original;
2. Em sentido estrito, o *lease-back* consiste em uma modalidade de arrendamento mercantil financeiro em que a vendedora e a arrendatária são a mesma pessoa jurídica;
3. O arrendamento mercantil financeiro é regido pela Lei nº 6.099/74 e pela Resolução nº 2.309/96, e não compreende a totalidade dos negócios denominados na prática internacional *lease* ou *leasing*, nem sequer abrange a operação denominada *financial leasing*, motivo pelo qual é preciso ser criterioso ao se importar de outros países conceitos e discussões a respeito do instituto;
4. Há inúmeras teorias a respeito da sua natureza jurídica do arrendamento mercantil sendo que as principais classificam tal negócio como: (i) contrato atípico; (ii) contrato misto; (iii) contrato indireto; ou (iv) contrato típico. Atualmente tal discussão já está superada, tendo sido reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência que o arrendamento mercantil tem regime jurídico próprio, sendo, portanto, um contrato típico;
5. O contrato de *lease-back* tem os seguintes elementos categoriais inderrogáveis, na ausência dos quais uma operação não pode ser reconduzida a tal tipo: (i) a arrendadora ser uma pessoa jurídica autorizada a realizar operações de *lease-back*; (ii) a arrendatária ser, necessariamente, uma pessoa jurídica; (iii) o contrato ser

formalizado por instrumento público ou particular; (iv) a arrendatária especificar o bem a ser adquirido e arrendado pela arrendadora; (v) a arrendadora ter a obrigação de conceder o controle sobre o uso e fruição do bem especificado à arrendatária; e (vi) o contrato conter (a) a descrição dos bens que constituem seu objeto, com todas as características que permitam sua perfeita identificação; (b) as condições para eventual substituição dos bens arrendados; (c) as contraprestações e sua forma de pagamento; (d) o prazo do arrendamento; e (e) as condições para o exercício, por parte da arrendatária, do direito de optar pela renovação da relação jurídica contratual, pela devolução dos bens ou pela aquisição dos bens arrendados;

6. A especificação dos bens a serem arrendados é um elemento necessário para o desenvolvimento da relação obrigacional no arrendamento mercantil. Se os bens arrendados não tiverem sido especificados pela arrendatária não há arrendamento mercantil, mas outro negócio;
7. O bem a ser arrendado precisa ser determinado e inconsumível (em sentido lato), podendo ser móvel ou imóvel, corpóreo ou incorpóreo. No arrendamento mercantil, em qualquer de suas modalidades, a arrendadora tem a obrigação de transferir o controle do uso e fruição do bem arrendado seja transferido à arrendatária, não sendo compatíveis com tal negócio os bens cujo controle não possa ser transferido.
8. A aquisição do bem a ser arrendado, por sua vez, não compõe o contrato de arrendamento mercantil, mas faz parte de seu adimplemento. Assim, em uma operação de *lease-back* há dois negócios: (i) o negócio que resulta na aquisição do bem pela arrendadora; e (ii) o arrendamento mercantil financeiro firmado entre a arrendatária-alienante e a arrendadora-adquirente, que é o *lease-back* propriamente dito;
9. No arrendamento mercantil financeiro, em qualquer de suas modalidades, tem características de *full payout lease* em que as contraprestações e demais pagamentos devidos pela arrendatária devem ser, normalmente, suficientes para que a arrendadora recupere o custo do bem arrendado durante o prazo contratual da

operação e obtenha um retorno sobre os recursos investidos;

10. A contraprestação não é devida em forma de prestações periódicas pelo uso e fruição do bem arrendado, como ocorreria em um aluguel, mas, sim, de forma instantânea e parcelada, equivalendo ao investimento realizado acrescido de eventuais despesas e lucro da arrendadora;
11. Os valores pagos a título de contraprestação não compõem o preço de aquisição do bem em caso de exercício da opção de compra;
12. A arrendatária deve, necessariamente, ter a opção de ao término do contrato de *lease-back* (i) devolver o bem arrendado à arrendadora; (ii) renovar o contrato de arrendamento; (iii) adquirir o bem arrendado;
13. Por conta de o *lease-back* ser utilizado como um instrumento de financiamento, surgiram discussões no exterior a respeito de sua validade vis-à-vis a proibição do pacto comissório. Tais discussões frutificaram especialmente na Itália, onde o *lease-back* é um contrato atípico e onde a vedação do pacto comissório tem um maior âmbito de aplicação;
14. As discussões tidas no exterior não são aplicáveis ao *lease-back* no Brasil, pois (i) o *lease-back* é um contrato típico no Brasil, de modo que sua estrutura é reconhecida pelo ordenamento jurídico como digna de tutela; e (ii) a vedação do pacto comissório é aplicada pelos tribunais apenas nos casos expressamente previstos em lei (i.e., direitos reais de garantia e alienação fiduciária em garantia), sejam tais casos explícitos ou dissimulados;
15. A cobrança antecipada do VRG não descaracteriza o *lease-back*; bem como tal negócio não é descaracterizado caso o VRG seja simbólico ou tenha valor substancial, havendo razões econômico-comerciais para se estruturar financeiramente esse negócio de diversas formas. O *lease-back* somente pode ser descaracterizado se houver simulação; e

16. A jurisprudência entende que uma vez ocorrido o vencimento antecipado do contrato de arrendamento mercantil e retomada a posse do bem, a arrendadora não tem direito de cobrar as parcelas vincendas da contraprestação a título de cláusula penal compensatória. Entretanto, essa posição é incompatível com a estrutura do *lease-back*, aproximando-o indevidamente da locação. Em caso de término antecipado do contrato de arrendamento mercantil financeiro, seja na sua modalidade tradicional ou na modalidade de *lease-back*, a arrendadora deve ter direito de cobrar o valor presente das parcelas vincendas em montante suficiente para que recupere seu investimento e tenha lucro, pois só assim haveria compatibilidade com um *full payout lease*.

9 REFERÊNCIAS

9.1 Livros, artigos de periódicos e verbetes

ABRÃO, Carlos Henrique. Leasing financeiro – VRG antecipado e sua devolução ao arrendatário no caso de reintegração de posse. **Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 8, nº 29, jul./set. 2005.

ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

AKERLOF, George Arthur. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. **The quarterly journal of economics**. Massachusetts: The MIT Press, v. 84, nº 3, Aug. 1970. [on-line] Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1879431>>. Último acesso em 05/01/2014.

ALMEIDA, José Luiz Gavião. O Direito de retenção por benfeitoria e a lei 8245/91. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 1, nº 2, abr./jun. 2000.

ALTAMURO, Jennifer Lynne M. **The Determinants of Synthetic Lease Financing and the Impact on the Cost of Future Debt**. Dez. 2006 [on-line]. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=951514>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.951514>>. Último acesso em 05/01/2014.

ANDRIOLI, Virgilio. Disciplina intertemporale del patto comissorio e sua applicabilità ai privilegi speciali. **Il Foro Italiano**, v. LXVII, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1942.

ANELLI, Franco. Le alienazioni a scopo di garanzia. Milano: Giuffrè, 1966.

ANTUNES, Ana Filipa Morais. **O contrato de locação financeira restitutiva**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008.

ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. v. 1. Coimbra: Almedina, 1991.

ASCARELLI, Tullio. Contrato misto, negócio indireto, “*negotium mixtum cum donatione*”. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 44, nº 233, mar. 1955.

_____. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral. Vol. 1: Introdução. As pessoas. Os bens**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito civil: teoria geral. Vol. 2: Ações e fatos jurídicos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ATKINSON, Solomon. **The law on the contract of sale**. London: Davis and Amer, 1853.

AZEVEDO, Alvaro Villaça. Contrato atípico misto e indivisibilidade de suas prestações. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 778, ago. 2000.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Natureza jurídica do leasing financeiro. Validade ou nulidade da cláusula de pagamento antecipado da opção de compra (“valor residual garantido”). Atualização em dólar e alteração das circunstâncias. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Negócio jurídico e declaração negocial (noções gerais e formação da declaração negocial)**. Tese de Titularidade do Departamento de Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986.

_____. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARBAGELATA, Giovanni; TRABALLI, Alberto. **Leasing: le varie figure contrattuali, la corretta rilevazione in bilancio e in nota integrativa, aspetti fiscali, leasing e procedure concorsuali.** 3 ed. Napoli: Sistemi editoriali, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BELEZA DOS SANTOS, José. **A simulação em direito civil.** 2 ed. São Paulo: Lejus, 1999.

BENJÓ, Celso. O leasing na sistemática jurídica nacional e internacional. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 274, nº 11, abr./jun. 1981.

BERTOLAZZI, Alberto. In: Vários autores. **Revista Índice do Leasing**, 1979.

BESSONE, Darcy. **Da compra e venda. Promessa & reserva de domínio.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BETTI, Emilio. Autonomia privata. In: AZARA, Antonio e EULA, Ernesto (Dir.). **Novissimo digesto italiano.** v. I. Torino: Utet, 1957.

_____. Su gli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni**, v. XXIX, parte II, Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1931.

_____. **Teoria generale delle obbligazioni. V. II – Struttura dei rapporti d'obbligazione.** Milano: Giuffrè, 1953.

_____. **Teoria generale delle obbligazioni. V. III – Fonti e vicende dell'obbligazione.** Milano: Giuffrè, 1954.

_____. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: LZN, 2003.

BEVILÁQUA, CLÓVIS. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. v. III. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1917.

BEY, El Mokhtar. **De la symbiotique dans le leasing et le crédit-bail mobiliers**. Paris: Dalloz, 1979.

BHASKARAN, Sreekumar R.; GILBERT, Stephen. Selling and Leasing Strategies for Durable Goods with Complementary Products (April 1, 2005). **Management Science**. McCombs Research Paper Series. n. IROM-07-05, Aug. 2005. [on-line] Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=788625>>. Último acesso em 05/01/2014.

BIANCA, Cesare Massimo. **Diritto civile – III: Il contratto**. 2 ed. Milano: Giuffrè, 2000.

_____. **Il divieto del patto commissorio**. Milano: Giuffrè, 1957.

BIRCHLER, Urs W. Bankruptcy priority for bank deposits: a contract explanation. **The review of financial studies**. Oxford: Oxford University Press, v. 13, nº 3, autumn 2000. [on-line] Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/2646004>>. Último acesso em 05/01/2014.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BRANDÃO LOPES, Mauro. Natureza jurídica do leasing. **Revista de Direito Mercantil**, nº 14, 1974.

BRASIL, Banco Central do Brasil. **Diagnóstico da Convergência às Normas Internacionais: IAS 17 Leasing**. [on-line] Dez/2006. Disponível em <http://www.bcb.gov.br/nor/convergencia/IAS_17_%20Arrendamento_Mercantil.pdf>. Último acesso em 05/01/2014.

BULGARELLI, Waldírio. “Leasing” – II – v. Contrato de “leasing”. In: LIMONGI FRANÇA, Rubens (coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. v. 48, São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. Verbete Leasing. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. v. 48. São Paulo: Saraiva, 1977.

BURDESE, Alberto. Patto commissorio. In: Vários autores. **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1982.

CABRAL, Antonio da Silva. **Leasing – Noções, tipos e aspectos**. v. 1. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

_____. **Leasing no direito brasileiro**. v. 2. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

CAMPOS, Diogo José Paredes Leite. **A locação financeira**. Lisboa: Lex, 1994.

_____. Ensaio de análise tipológica do contrato de locação financeira. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, separata do v. 43 (1987), 1989.

_____. Nota sobre a admissibilidade da locação financeira restitutiva (*‘Lease-back’*) no direito português. **Separata da Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, ano 42, set./dez. 1982.

_____. *O sale and lease-back*: estrutura e função. In: [s.n]. **Estudos jurídicos em homenagem ao Prof. Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CAPILLA RONCERO, F. **La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito**. Jerez de la Frontera: Fundación Universitaria de Jerez, 1989.

CARIMINI, Francesca. **Il lease back e la funzione di scambio**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2004.

CARNEIRO, Athos Gusmão. O contrato de leasing financeiro e as ações revisionais. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. v. 1, nº 2, mai./ago. 1998.

CARNELUTTI, Francesco. Note sul patto commissorio. **Riv. Del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazione**. v. XIX, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1916.

_____. **Teoria geral do direito**. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006.

_____. **Teoria giuridica della circolazione**. Padova: Cedam, 1933.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. v. III. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARY, William L. Corporate financing through the sale and lease-back of property: business, tax, and policy considerations. **Harvard Law Review**, v. 62, nº 1, 1948.

CASAS-ARCE, Pablo; SAIZ, Albert. Owning Versus Leasing: Do Courts Matter? **FRB of Philadelphia Working Paper**, n. 06-21, Sep. 2006. [on-line] Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=948281>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.948281>>. Último acesso em 05/01/2014.

CHARLES, Javier Talma. **El contrato de opción**. Barcelona: Bosch, 1996.

CHEMMANUR, Thomas J.; YAN, An. **Equilibrium leasing contracts under double-sided asymmetric information**. Mar. 2000. [on-line] Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=223731>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.223731>>. Último acesso em 05/01/2014.

CHURCHILL, Winston. **Memórias da Segunda Guerra Mundial**. v. 1. São Paulo: Saraiva de Bolso, 2012.

CLARIZIA, Renato. La tipizzazione legislativa del contratto di locazione finanziaria. **Rivista Italiana del leasing e dell'intermediazione finanziaria**, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. Contrato de leasing. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 389, 1968.

_____. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. O irredentismo da 'nova contabilidade' e as operações de *leasing*. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 26, nº 68, 1987.

CORDEIRO, Antonio Menezes. **Boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. **Manual de direito bancário**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2001.

COSTA, Thales Morais. Descaracterização do contrato de leasing e reintegração de posse. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 26, nº 104, out./dez. 2001.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

CUBEDDU, Maria Giovanna. Patto commissorio e vendita con patto di riscatto: la risposta delle sezioni unite. **Rivista di diritto civile**. Padova, Cedam, v. 36, nº 5, set./ott. 1990.

DE BODT, Eric; FILARETO, Marie-Christine; LOBEZ, Frederic. Leasing Decision, Banking Debt and Moral Hazard. **EFMA 2001 Lugano Meetings**. [s.d.] [on-line] Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=264593>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.264593>>. Último acesso em 05/01/2014.

DE CHIARA, José Tadeu. Disciplina jurídica das instituições financeiras. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 41/42, 1977.

_____. Operações de crédito: disciplina das obrigações. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 49/50, 1979.

DE NICTOLIS, Rosanna. **Nuove garanzie personali e reali: garantievertrag, fideiussione omnibus, lettere di patronage, sale-lease-back**. Padova: Cedam, 1998.

DE NOVA, Giorgio. Appunti sul sale and leaseback e il divieto di patto commissorio. **Revista italiana del leasing**, 1985.

DE NOVA, Giorgio. **Il contratto di leasing**. Milano: Giuffrè, 1985.

_____. **Il tipo contrattuale**. Padova: Cedam, 1974.

DELGADO, José Augusto. A caracterização do '*leasing*' e seus efeitos jurídicos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, nº 269, jan./mar. 1980.

_____. **Leasing – doutrina e jurisprudência**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.

DOMINGOS DE ANDRADE, Manuel A. **Teoria geral da relação jurídica**. v. II, Coimbra: Almedina, 1972.

DUARTE, Rui Pinto. O contrato de locação financeira – uma síntese. Themis. **Revista da Faculdade de Direito da UNL**. Coimbra, ano 10, n.19, 2010.

_____. **A locação financeira (estudo jurídico do leasing financeiro)**. Lisboa: Danubio, 1983.

_____. **Tipicidade e atipicidade dos contratos.** Coimbra: Almedina, 2000.

_____. **O contrato de locação financeira (texto em construção).** 2010. [on-line] Disponível em : <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/rpd_MA_10250.pdf>. Último acesso em 05/01/2014.

EADES, Kenneth M.; MARSTON, Felicia C. Incentives for leasing: evidence from the largest U.S. lessees and lessors. **Darden Business School Working Paper**, n. 04-03, Oct. 2002. [on-line] Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=301552>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.301552>>. Último acesso em 05/01/2014.

EISFELDT, Andrea L.; RAMPINI, Adriano A. Leasing, Ability to repossess, and debt capacity. **AFA 2007 Chicago Meetings Paper; US Census Bureau Center for Economic Studies Paper**, No. CES-WP-07-19; EFA 2006 Zurich Meetings. 2007. [on-line] Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=811588>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.811588>>. Último acesso em 05/01/2014.

ELAYAN, Fayez A.; MEYER, Thomas O; LI, Jennifer. Evidence from tax-exempt firms on motives for participating in sale-leaseback agreements. **Journal of Real Estate Research**, v. 28, nº 4, 2006. [on-line] Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=951281>>. Último acesso em 05/01/2014.

ENEI, José Virgílio Lopes. **Project finance: financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins).** São Paulo: Saraiva, 2007.

ENGISCH, Karl. **La idea de concreción en el derecho y en la ciência jurídica actuales.** Granada: Comares, 2004.

ENNECCERUS, Ludwig; LEHMANN, Heinrich. Derecho de obligaciones. In: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor e WOLF, Martin. **Tratado de derecho civil.** Barcelona: Bosch, 1954, tomo II.

FAMA, Eugene F. Contract costs and financing decisions. **The journal of business**. Chicago: The University of Chicago Press, v. 63, nº 1, part 2, Jan. 1990. [on-line] Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/2353261>>. Último acesso em 05/01/2014.

FELSBERG, Thomas Benes. In: Vários autores. **Simpósio Nacional Sobre Leasing**, São Paulo, Idort.

FERRARA, Francesco. **A simulação dos negócios jurídicos**. Campinas: Red Livros, 1999.

FERRARINI, Guido. **La locazione finanziaria**. Milano: Giuffrè, 1977.

FERREIRA, Nuno Manuel Basto Silva. **A locação financeira restitutiva**. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2012.

FORTUNA, Eduardo. **Mercado financeiro: produtos e serviços**. 16 ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005.

FRADERA, Vera Helena Jacob (org.). **O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FRAGALI, Michele. Del mutuo (arts. 1.813-1.822). In: SCIALOJA, Antonio; BRANCA, Giuseppe (cura). **Commentario del Codice Civile. Libro quarto – delle obbligazioni**. 2 ed., Bologna: Nicola Zanichelli, 1966.

FRANCESCHINI, Jose Inácio Gonzaga. Contratos inominados, mistos e negócio indireto. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 464, 1974.

FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil. Conceito e princípios gerais. À luz do código revisto**. Coimbra: Editora Coimbra, 2003.

FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**. Curitiba: Juruá, 2009.

FUELBIER, Rolf Uwe; LIRIO SILVA, Jorge; PFERDEHIRT, Marc Henrik. Impact of lease capitalization on financial ratios of listed german companies. **Schmalenbach Business Review**, v. 60, Apr. 2008. [on-line] Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1280187>>. Último acesso em 05/01/2014.

GALGANO, Francesco. **Diritto commerciale L'imprenditore: impresa, contratti di impresa, titoli di credito, fallimento**. 9 ed. Bologna: Zanichelli, 2003.

GALVÃO, Antônio Flávio Leite. Leasing financeiro – VRG antecipado e sua devolução ao arrendatário no caso de reintegração de posse. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, ano 8, nº 29, jul./set. 2005.

GAVAZZA, Alessandro. **Leasing and secondary markets: Theory and evidence from commercial aircraft**. Apr. 2010. [on-line] Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=869227>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.869227>>. Último acesso em 05/01/2014.

GIAMBIAGI, Fábio; VILLELA, André; CASTRO, Lavínia Barros e HERMANN, Jennifer. **Economia brasileira contemporânea**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Elementos do contrato de arrendamento mercantil (leasing) e a propriedade do arrendatário. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, nº 143, jul./set. 1999.

GILLIGAN, Thomas W. Lemons and leases in the used business aircraft market. **USC CLEO Research Paper**, n. C03-4, Apr. 2003. [on-line] Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=398360>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.398360>>. Último acesso em 05/01/2014.

GITTI, Gregorio. Divieto del patto commissorio, frode alla legge, “sale and lease back”. **Rivista Trimestale di Diritto e Procedura Civile**, Milano: Giuffrè, anno XLVII, nº 2, Giug. 1993.

_____. Il contratto in frode alla legge: itinerari della giurisprudenza. **Rivista Critica del Diritto Privato**, 1989.

GOICA, Domingo Irurzun. La clausula resolutoria y el pacto comisorio. In: MARTÍNEZ-RADÍO, Antonio de la (direc.). **Estudios de derecho privado**, tomo II, Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1965.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Aspectos dos contratos de *leasing*, franquia e *factoring*. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. v. 18, 2000.

GOMES, Orlando. **Contrato**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

GOMES, Orlando; ANTUNES VARELA, João de Matos. **Direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 1977.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v. 5: direito das coisas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOODE, Roy. **Commercial Law**. 2 ed. London: Penguin, 1995.

GRAHAM, John R.; LEARY, Mark T. A review of empirical capital structure research and directions for the future. **Annual Review of Financial Economics**, v. 3, Apr. 2011. [on-line] Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1729388>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1729388>>. Último acesso em 05/01/2014.

GREGÓRIO, Carolina Andrea Garisto. **Método para análise da oportunidade de imobilização em imóveis corporativos**. Tese de Doutorado. Departamento de Engenharia de Construção Civil, Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

GRENADIER, Steven R. **An equilibrium analysis of real estate leases**. Jun. 2002. [on-line] Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=369780>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.369780>>. Último acesso em 05/01/2014.

GRIZI, Ana Luci Esteves et al. **Responsabilidade civil ambiental dos financiadores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

GRÖNLUND, Tomi; LOUKO, Antti; VAIHEKOSKI, Mika. Corporate real estate sale and leaseback effect: empirical evidence from Europe. **European Financial Management**, v. 14, Issue 4, Sept. 2008. [on-line] Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1224098>> ou <<http://dx.doi.org/10.1111/j.1468-036X.2007.00417.x>>. Último acesso em 05/01/2014.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. A opção de compra de ações. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 1, 1980.

HENDEL, Igal E.; LIZZERI, Alessandro. The Role of Leasing Under Adverse Selection. **NBER Working Paper n. w6577**, May 1998. [on-line] Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=226306>>. Último acesso em 05/01/2014.

HOHFELD, William Newcomb. **Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays**. New Haven: Yale University Press, 1923.

HOMEM DE MELLO, Luiz Ignácio. Venda antecipada do bem – Leasing e alienação fiduciária. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 3, n. 08, abr./jun. 2000.

IMBRENDA, Mariassunta. **Il leasing finanziario: trilateralità funzionale ed equilibrio del rapporto**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

IMBRENDA, Mariassunta; CARIMINI, Francesca. **Leasing e lease back: trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

International Financial Reporting Standards Foundation. **Exposure draft: leases** [on-line]. Disponível em <www.ifrs.org>, 2013. [on-line] Último acesso em 05/01/2014.

_____. **Exposure draft Leases: basis for conclusions** [on-line], 2013. Disponível em <www.ifrs.org>. [on-line] Último acesso em 05/01/2014.

_____. **Exposure draft Leases: illustrative examples** [on-line], 2013. Disponível em <www.ifrs.org>. [on-line] Último acesso em 05/01/2014.

IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. 4 ed. Roma: Laterza, 2001.

_____. **Lecture bettiane sul negozio giuridico**. Milano: Giuffrè, 1991.

JACKSON, Thomas H.; KRONMAN, Anthony T. Secured financing and priorities among creditors. **The Yale Law Journal**. New Haven: The Yale Law Journal Company, v. 88, 1978-1979. [on-line] Disponível em <<http://heinonline.org>>. Último acesso em 05/01/2014.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. **Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts**. 9 ed. München: C. H. Beck, 2004.

LASFER, Meziane. Why do Companies Lease their Real Estate Assets?. **Cass Business School Research Paper** Mar. 2005. [on-line] Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=676747>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.676747>>. Último acesso em 05/01/2014.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O leasing é uma operação financeira? **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 35, jul./set. 1979.

_____. **Pareceres**. São Paulo: Renovar, 2004.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2004.

LIQUIDATO, Alexandre Gaetano Nicola. **O contrato de penhor**. Tese de Doutorado. Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

LOPUCKI, Lynn M.; WARREN, Elizabeth. Secured credit: a systems approach. 6 ed. New York: Aspen Publishers, 2009.

LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LUMINOSO, Angelo. Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio. **Rivista di Diritto Civile**. Padova: Cedam, v. 36, n° 2, mar./apr. 1990.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **As condições no direito civil: potestativa, impossível, suspensiva, resolutiva**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Benfeitoria não se confunde com acessão. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 82, n° 692, 1993.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Apontamentos sobre o contrato de leasing**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

_____. **Leasing**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MANN, Ronald J. Explaining the pattern of secured credit. **Harvard Law Review**, v. 110, n° 625, 1997.

MARCATO, Antonio Carlos (coord.). **Código de processo civil interpretado**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARIANI, Irineu. **Contratos empresariais: atualizados pelo Código Civil 2002 e leis posteriores**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Leasing: valor residual, garantia, antecipação e descaracterização. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 756, 1998.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Contratos coligados e qualificação contratual em algumas decisões recentes do STJ. **Revista do IASP**, v. 19, 2007.

_____. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARKOVITS, Daniel. Contract and collaboration. **The Yale Law Journal**, v. 113, 2004.

MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da. **Garantias de cumprimento**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2006.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. Os contratos de leasing financeiro, a qualificação jurídica da parcela denominada valor residual garantido – VRG e a sua dupla função: complementação de preço e garantia. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 13, nº 49, jul./set. 2010.

MATOS, Isabel Andrade de. **O pacto comissório: contributo para o estudo do âmbito de sua proibição**. Coimbra: Almedina, 2006.

MEHTAP, Aldogan. **Lease financing, CEO's share option compensation, CEO's ownership: Evidence from the U.K.** Jun. 2011. [on-line] Disponível em:

<<http://ssrn.com/abstract=2038675>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2038675>>. Último acesso em 05/01/2014.

MÉLEGA, Luiz. Leasing. **Revista de Direito Mercantil** 5.

_____. O leasing e o sistema tributário, São Paulo: Saraiva e Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 1975.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENEZES LEITÃO, Luis Manuel Teles de. **Garantia das obrigações**. Coimbra: Almedina, 2008.

MESSINEO, Francesco. Il negozio giuridico plurilaterale. **Annuario della Università Cattolica del Sacro Cuore – Anno Accademico 1926-27**. Milano: Vita e Pensiero.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MONCADA, Cabral. **Elementos de direito romano (fontes e instituições)**. Coimbra: Editora Coimbra, 1923.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, v. 3: direito das coisas**. 37 ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **A retrovenda**. Rio de Janeiro: Borsói, 1967.

_____. **Direito romano**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Direito romano**. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Teoria geral do direito civil**. 4 ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.

NAIR, Ajai; KLOEPPINGER-TODD, Renate; MULDER, Annabel. Leasing: an underutilized tool in rural finance. **Agriculture and Rural Development Discussion Paper n. 7**. Feb. 2007. [on-line] Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=963655>>. Último acesso em 05/01/2014.

NEVES, Leônidas Correia. Arrendamento mercantil no Brasil: imposto sobre operações financeiras e danos substanciais. **Revista Jurídica**, v. 278, dez. 2000.

NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J. **Equipment leasing**. New Hope: Frank J. Fabozzi Associates, 2000.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Incentivo fiscal ao capital de giro e a cláusula lease-back**. São Paulo: Resenha Tributaria/IBDT, 1985.

NORONHA, Fernando. A alienação fiduciária em garantia e o leasing financeiro como supergarantias das obrigações. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 845, mar. 2006.

NORTH, Douglas. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

OGASAVARA, Roberto Shoji. **Leasing no Brasil: aspectos de arrendamento mercantil**. Dissertação de Mestrado. Escola de pós-graduação em economia do Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 1980.

_____. Leasing no Brasil: aspectos de arrendamento mercantil. **Revista Brasileira de**

Economia, v. 35, nº 3, 1981.

OLIVEIRA, Marcos Calvalcante de. **Moedas, juros e instituições financeiras – regime jurídico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OVIEDO, José Maria Martín. **El leasing ante el derecho español**. Madrid: Editorial de Derecho Financeiro, 1972.

PANZARINI, Elizabetta. **Il contratto di opzione**. Milano: Giuffrè, 2007.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, v. 4: direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. Leasing (arrendamento mercantil). **Revista Forense**, v. 287, 1984.

PEREIRA, Régis Fichner. **A fraude à lei**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

PETERSON, George E. Land leasing and land sale as an infrastructure-financing option. **World Bank Policy Research Working Paper n. 4.043**, Nov. 2006. [on-line] Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=940509>>. Último acesso em 05/01/2014.

PIMENTA, Roberto Lyrio. A classificação das ações de Pontes de Miranda e a eficácia preponderante da decisão de inconstitucionalidade. **Revista Dialética de Direito Processual**, v. 91, 2010.

POLI, Stefano. La validità del contratto di leaseback. In: TAGLIAVINI, G. (a cura di). **Il leaseback – caratteristiche del finanziamento e profili di ottimizzazione**. Milano:

ETAS, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: introdução: pessoas físicas e jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, tomo I.

_____. **Tratado de Direito Privado**: bens, fatos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, tomo II.

_____. **Tratado de Direito Privado**: direito das coisas: posse. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, tomo X.

_____. **Tratado de Direito Privado**: direito das coisas: direitos reais de garantia, hipoteca, penhor, anticrese. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, tomo XX.

_____. **Tratado de direito privado**: direito das coisas: penhor rural, penhor industrial, penhor mercantil..., tomo XXI.

_____. **Tratado de Direito Privado**: direito das obrigações: locação de coisas, locação de uso e de fruição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, tomo XL.

PORTO, Paola Torneri. **Método para gestão de portfólios de investimentos em edifícios de escritórios para locação no Brasil**. Tese de Doutorado. Departamento de Engenharia de Construção Civil, Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PURCARO, Dario. **La locazione finanziaria**. Padova: Cedam, 1998.

QUEIROZ, José Wilson Nogueira. **Arrendamento mercantil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

RAMPINI, Adriano A.; VISWANATHAN, S. Collateral and capital structure. **Forthcoming, Journal of Financial Economics; AFA 2011 Denver Meetings Paper**. Jan. 2013. [on-line] Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1356940>> ou

<<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1356940>>. Último acesso em 05/01/2014.

RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Reading Eagle, Reading, Pensilvânia, Estados Unidos, 16/10/ 1975, p. 15. [on-line] Disponível em: <<http://news.google.com/newspapers?nid=1955&dat=19751016&id=IQsrAAAAIBAJ&sjid=dZoFAAAAIBAJ&pg=7033,3477539>>. Último acesso em 05/01/2014.

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

REY, Manuel Ignacio Feliu. **La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía**. Madrid: Civitas, 1995.

RIVA, Ilaria. Il contratto di sale and lease back e il divieto di patto commissorio. **Contratto i impresa**. Padova: Cedam, v. 17, nº 1, gen./apr. 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. **Leasing – arrendamento mercantil no direito brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RODRIGUES, Silvio Rodrigues. **Direito civil, v. 5: direito das coisas**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROPPO, Vincenzo. Il divieto di patto commissorio. In: Vários autores. **Trattato di diritto privato**. v. XIX. Torino: UTET, 1985.

_____. **Il contratto**. Milano: Giuffrè, 2001.

_____. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

RUOZI, Roberto. **Il leasing**. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1971.

SADDI, Jairo. **Crédito e judiciário no Brasil: uma análise de Direito & Economia**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito bancário**. São Paulo: Atlas, 2011.

SAMPAIO DE LACERDA, Jozé Cândido. Leasing (arrendamento mercantil). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, 287.

_____. Considerações sobre o leasing e sua aplicação no campo do direito aeronáutico. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 5.

SCHALLHEIM, Jim S.; WELLS, Kyle S.; WHITBY, Ryan J. **A test of the substitution between debt and leases using sale-and-leaseback transactions**. Nov. 2007. [on-line] Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1114882>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1114882>>. Último acesso em 05/01/2014.

SCHNEIDER, Henry S. Moral hazard in leasing contracts: evidence from the New York city taxi industry. **Johnson School Research Paper Series n. 03-09**, Nov. 2008. [on-line] Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1146648>>. Último acesso em 05/01/2014.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. **Contratos bancários**. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2004.

SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert E. Contract theory and the limits of contract law. **The Yale Law Journal**, v. 113, 2003.

SECURATO, José Roberto (coord.). **Mercado financeiro e análise de investimento**. São Paulo: Saint Paul, 2005.

SILVA PINTO, Paulo J. Dos contratos atípicos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano XL,

nº 481, v. XCV, jul. 1943.

SLOTTY, Constantin F. Financial constraints and the decision to lease – evidence from German SME. **21st Australasian Finance and Banking Conference 2008 Paper**. Jul. 2009. [on-line] Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1216582>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1216582>>. Último acesso em 05/01/2014.

SZTAJN, Rachel. **Futuros e swaps: uma visão jurídica**. São Paulo: Cultural Paulista, 1998.

_____. Notas em matéria de "*leasing*" cambial. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 120, out./nov. 2000.

_____. Sobre a natureza jurídica das opções negociadas em bolsa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, nº 105, jan./mar. 1997.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio; FURQUIM DE AZEVEDO, Paulo. Economia dos Contratos. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (orgs.). **Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2005.

TOMASETTI JR., Alcides. **Execução do contrato preliminar**. Tese de Doutorado. Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982.

_____. In: OLIVEIRA, Juarez (coord.). **Comentários à lei de locação de imóveis urbanos (Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991)**. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. Oferta contratual em mensagem publicitária – regime do direito comum e do Código de Proteção do Consumidor. **Revista do Direito do Consumidor**, v. 4, 1992.

_____. A parte contratual. In: VON ADAMEK, Marcelo Vieira (coord.). **Temas de**

direito societário e empresarial contemporâneos: liber amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. São Paulo: Malheiros, 2011.

TRACHT, Marshall E. Leasehold Recharacterization in Bankruptcy: A Review and Critique. **NYLS Legal Studies Research Paper No. 12/13 #42**. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2097105>>. Último acesso em 05/01/2014.

VANCIL, Richard F. **Leasing of industrial equipment**. New York: McGraw-Hill, 1963.

VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. ***Numerus clausus nos direitos reais e autonomia nos contratos de disposição***. Tese de Doutorado. Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

VASCONCELOS, Pedro Pais. **Contratos atípicos**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2009.

WALD, Arnoldo. “Leasing” – I – v. Contrato de “leasing”. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. v. 48, São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. A introdução do leasing no Brasil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 415, mai. 1970.

_____. Aspectos tributários do leasing. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 470, dez. 1974.

_____. Histórico e desenvolvimento do leasing. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 432, out. 1971.

WALDMAN, Michael; JOHNSON, Justin P. Leasing, lemons, and moral hazard. **Johnson School Research Paper Series n. #30-09**, Jul. 2009. [on-line] Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1440310>>. Último acesso em 05/01/2014.

WEBER, Max. **Economy and society: an outline of interpretive sociology**. Tradução de

G. Roth e C. Wittich (coords.). v. 2. Berkley: University of California, 1978.

WEIDNER, Donald J. Synthetic leases: structured finance, financial accounting and tax ownership. **Journal of Corporation Law**, v. 25, Apr. 2000. [on-line] Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=219588>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.219588>>. Último acesso em 05/01/2014.

WELLS, Kyle S. **Evidence of motives and market reactions to sale and leasebacks**. Dec. 2007. [on-line] Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1081461>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1081461>>. Último acesso em 05/01/2014.

WIEACKER, Franz. **A history of private law in Europe**. Oxford: Clarendon, 1995.

YAN, An. **Leasing and Debt Financing: Substitutes or Complements?** Jan. 2012 [on-line]. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=302157>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.302157>>. Último acesso em 05/01/2014.

ZIMMERMAN, Reinhard. **The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition**. Oxford: Oxford University Press, 1996.

9.2 Julgados

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Recurso Extraordinário nº 82.447/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 08/06/1976.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Recurso Extraordinário 86.981/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Cunha Peixoto, julgado em 21/11/1978.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Recurso Extraordinário nº 85.156/PR, Primeira Turma, Relator Ministro Cunha Peixoto, julgado em 16/02/1979.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Recurso Extraordinário nº 90.648/SP,

Primeira Turma, Relator Ministro Soares Muñoz, julgado em 08/05/1979.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Recurso Extraordinário nº 98.947/PR, Primeira Turma, Relator Ministro Alfredo Buzaid, julgado em 22/06/1984.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Recurso Extraordinário nº 547.245/SC, Sessão Plenária, Relator Ministro Eros Roberto Grau, julgado em 02/12/2009.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 2.814/MT, Quarta Turma, Relator Ministro Athos Carneiro, julgado em 06/08/1990.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 2.216/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Nilson Naves, julgado em 28/05/1991.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 10.952/MG, Terceira Turma, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, julgado em 29/10/1991.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 7.234-0/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 24/06/1992.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 21.681/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, julgado em 29/06/1992.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 16.824-0/SP, Quarta Turma, Relator Ministro Athos Carneiro, julgado em 23/03/1993.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 41.233/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, julgado em 22/03/1994.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 36.778-6/PE, Terceira Turma, Relator Ministro Cláudio Santos, julgado em 09/05/1994.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 34.686-5/SP, Quarta Turma, Relator Ministro Antônio Torreão Braz, julgado em 21/02/1995.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 42.884-0/SP, Quarta Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 06/06/1995.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 66.688/RS, Terceira Turma, Relator Ministro Nilson Naves, julgado em 10/03/1997.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 146.544/RS, Quarta Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 05/03/1998.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 174.031/SC, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, julgado em 15/10/1998.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 184.932/SP, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, julgado em 09/02/1999.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 174.736/RS, Terceira Turma, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 18/03/1999.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 178.272, Quarta Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 18/05/1999.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 181.095/RS, Quarta Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 18/05/1999.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 163.845/RS, Terceira Turma, Relator Ministro Waldemar Zveiter, julgado em 15/06/1999.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 196.209/RS, Terceira Turma, Relator Ministro Waldemar Zveiter, julgado em 09/11/1999.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 172.432/RS, Quarta Turma, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 16/11/1999.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 173.550/RS, Terceira Turma, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, julgado em 06/04/2000.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 255.628/SP, Quarta Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 29/06/2000.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 196.873/RS, Quarta Turma, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, julgado em 19/10/2000.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 310.347/RS, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, julgado em 22/05/ 2001.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 230.239/RS, Segunda Seção, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 23/05/2001.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 302.448/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 26/06/2001.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 274.642/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 20/08/2001.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Súmula nº 263, editada em 08/05/2002.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 178.753/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Franciulli Neto, julgado em 16/05/2002.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 390.286/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 19/09/2002.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 472.594/SP, Segunda Seção, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, julgado em 12/02/2003.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 213.828/RS, Corte Especial, Relator Ministro Edson Vidigal, julgado em 07/05/2003.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 454.449/MG, Primeira Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, julgado em 17/06/2003.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 475.040/MG, Terceira Turma, Relator Ministro Ari Pargendler, julgado em 24/06/2003.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 448.560/MG, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 30/06/2003.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 506.912/RS, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 02/09/2003.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 543.234/MG, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, julgado em 03/02/2004.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Súmula nº 293, editada em 05/05/2004.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 436.173/RJ, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 20/05/2004.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 633.204/MG, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 24/11/2004.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 596.911/RS, Terceira Turma, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 03/02/2005.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 509.437/MG, Segunda Turma, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, julgado em 05/04/2005.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 187.998/SP, Quarta Turma, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, julgado em 13/12/2005.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 692.945/SP, Primeira Seção, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 23/08/2006.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 784.273/GO, Terceira Turma, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 12/12/2006.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 897.536/MG, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 15/02/2007.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 959.387/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 18/06/2009.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 998.460/SP, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 23/02/2010.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 1.099.212/RJ, Segunda Seção, Relator Ministro Massami Uyeda, julgado em 27/02/2013.

BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO, Apelação Cível nº 0019028-96.1994.4.01.0000, Terceira Turma, Relator Juiz Airton de Carvalho, julgado em 30/10/1998.

BRASIL, CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS, Acórdão nº 105-

14.405, Relator Conselheiro Irineu Bianchi, julgado em 12/05/2004.

ESTADOS UNIDOS, Beeler v. American Trust Co., 147 P.2d 583 (Cal. 1944).

ESTADOS UNIDOS, Flack v. McClure, 565 N.E.2d 131 (Ill. App. 1990).

ESTADOS UNIDOS, Fox v. Peck Iron & Metal Co., 25 B.R. 674 (Bankr. S.D.Cal. 1982).

ESTADOS UNIDOS, Moran v. Kenai Towing and Salvage, Inc., 523 P.2d 1237 (Al. 1974).

ESTADOS UNIDOS, Swenson v. Mills, 108 P.3d 77 (Or. App. 2005).

ITÁLIA, CORTE SUPREMA DE CASSAZIONE, Sentenza nº 10.805, Terceira Seção, julgado em 16/10/1995.

9.3 Legislação

BRASIL. Lei nº 3.071, de 01/01/1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Último acesso em 05/01/2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04/09/1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Último acesso em 05/01/2014.

BRASIL. Lei nº 4.595, de 31/12/1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Último acesso em 05/01/2014.

Brasil. Lei nº 5.172, de 26/10/1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e Institui Normas Gerais de Direito Tributário Aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Último acesso em 05/01/2014.

BRASIL. Lei nº 6.099, de 12/09/1974. Dispõe sobre o tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Último acesso em 05/01/2014.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15/12/1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Último acesso em 05/01/2014.

BRASIL. Lei nº 7.132, de 26/10/1983. Altera a Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974, que "dispõe sobre o tratamento tributário de arrendamento mercantil, e dá outras providências" e o Decreto-lei nº 1.811, de 27 de outubro de 1980. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Último acesso em 05/01/2014.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11/09/1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Último acesso em 05/01/2014.

BRASIL. Lei nº 8.245, de 18/10/1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Último acesso em 05/01/2014.

BRASIL. Lei Complementar nº 87, de 13/09/1996. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. (LEI KANDIR). Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Último acesso em 05/01/2014.

BRASIL. Lei nº 9.514, de 20/11/1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Último acesso em 05/01/2014.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.172-32, de 23/08/2001. Estabelece a nulidade das disposições contratuais que menciona e inverte, nas hipóteses que prevê, o ônus da prova nas ações intentadas para sua declaração. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>.

Último acesso em 05/01/2014.

BRASIL. Lei Complementar nº 104, de 10/01/2001. Altera dispositivos da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Último acesso em 05/01/2014.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10/01/2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Último acesso em 05/01/2014.

BRASIL. Medida Provisória nº 66, de 29/08/2002. Dispõe sobre a não cumulatividade na cobrança da contribuição para os Programas de Integração Social (PIS) e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), nos casos que especifica; sobre os procedimentos para desconsideração de atos ou negócios jurídicos, para fins tributários; sobre o pagamento e o parcelamento de débitos tributários federais, a compensação de créditos fiscais, a declaração de inaptidão de inscrição de pessoas jurídicas, a legislação aduaneira, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Último acesso em 05/01/2014.

BRASIL. Lei nº 10.637, de 30/12/2002. Dispõe sobre a não-cumulatividade na cobrança da contribuição para os Programas de Integração Social (PIS) e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), nos casos que especifica; sobre o pagamento e o parcelamento de débitos tributários federais, a compensação de créditos fiscais, a declaração de inaptidão de inscrição de pessoas jurídicas, a legislação aduaneira, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Último acesso em 05/01/2014.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 09/02/2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Último acesso em 05/01/2014.

BRASIL. Lei nº 11.638, de 28/12/2007. Altera e revoga dispositivos da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e da Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976, e estende às

sociedades de grande porte disposições relativas à elaboração e divulgação de demonstrações financeiras. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Último acesso em 05/01/2014.

BRASIL. Lei nº 11.649, de 04/04/2008. Dispõe sobre procedimento na operação de arrendamento mercantil de veículo automotivo (leasing), e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Último acesso em 05/01/2014.

BRASIL. Portaria do Ministério da Fazenda nº 564, de 03/11/1978. Imposto Sobre a Renda – Estabelece normas às contraprestações de arrendamento mercantil no tocante à computação no lucro líquido do período-base em que foram exigíveis.. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br>>. Último acesso em 05/01/2014.

BRASIL. Portaria do Ministério da Fazenda nº 140, de 27/07/1984. Imposto Sobre a Renda - IR Dispõe sobre apuração de resultados, para efeito de tributação, de operações de arrendamento mercantil. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br>>. Último acesso em 05/01/2014.

BRASIL. Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 351, de 17/11/1975. Disciplinas as operações de arrendamento mercantil e regula a atuação das sociedades autorizadas à prática dessas operações. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Último acesso em 05/01/2014.

BRASIL. Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 666, de 17/12/1980. Arrendamento mercantil ("leasing") de bens de capital produzidos no exterior - importação. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Último acesso em 05/01/2014.

BRASIL. Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 980, de 13/12/1984. Disciplinas as operações de arrendamento mercantil, define a competência e regula a atuação das sociedades autorizadas à prática dessas operações. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Último acesso em 05/01/2014.

BRASIL. Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 1.969, de 30/09/1992. Estabelece critérios a serem observados nas operações de arrendamento mercantil externo ("leasing"). Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Último acesso em 05/01/2014.

BRASIL. Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 2.142, de 22/02/1995. Suspende temporariamente a contratação das operações de arrendamento mercantil especificadas. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Último acesso em 05/01/2014.

BRASIL. Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 2.276, de 30/04/1996. Dispõe sobre operações de adiantamento, empréstimo e financiamento e de arrendamento mercantil. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Último acesso em 05/01/2014.

BRASIL. Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 2.309, de 28/08/1996. Disciplina e consolida as normas relativas às operações de arrendamento mercantil. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Último acesso em 05/01/2014.

BRASIL. Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 2.669, de 25/11/1999. Altera o cronograma de redução do limite de aplicação de recursos no Ativo Permanente. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Último acesso em 05/01/2014.

ESTADOS UNIDOS. Public Law nº 77-11, de 11/03/1941. Further to promote the defense of the United States, and for other purposes. Disponível em: <<http://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=true&doc=71&page=transcript>>. Último acesso em 05/01/2014.

INTERNATIONAL ACCOUNTING STANDARDS. IAS 17 — Leases. Disponível em: <<http://www.iasplus.com/en/standards/ias/ias17>>. Último acesso em 05/01/2014.

ITÁLIA. *Regio Decreto* nº 262, de 16/03/1942. *Codice Civile*. Disponível em <www.senato.it>. Último acesso em 05/01/2014.

UNIDROIT. Convention on International Financial Leasing (Ottawa, 1988). Disponível

em < <http://www.unidroit.org/english%20conventions/1988leasing/1988leasing-e.htm>>.
Último acesso em 05/01/2014.