

Elementos do contrato de arrendamento mercantil (*leasing*) e a propriedade do arrendatário

Ivo Teixeira Gico Junior

Sumário

Do arrendamento mercantil. 1. Do surgimento. 2. Dificuldades de um conceito. 3. Natureza jurídica. 4. Tipos de arrendamento mercantil. A) O arrendamento mercantil financeiro ou *financial leasing*. B) O arrendamento mercantil operacional ou *operational leasing*. C) O retroarrendamento ou *sale and lease back*. D) O *leasing* impróprio ou *self leasing*. 5. Dos direitos e obrigações. 5.1. Do arrendador. 5.2. Do arrendatário. 6. Da propriedade em garantia do arrendador. 6.1. Da propriedade. 6.2. Dos limites à propriedade. 6.3. Direito real em garantia. 6.4. Propriedade em garantia. 7. Direito de real aquisição do arrendatário.

Do arrendamento mercantil

1. Do surgimento

É comum no Direito existir defasagem entre norma e realidade, em especial no ramo do Direito Comercial, em que as práticas são por demais dinâmicas e normalmente baseadas no costume, sempre em busca de novas formas de alcançar a finalidade última do comércio, qual seja, o lucro. Nessa busca incessante, o empresariado tem-se defrontado com os mais diversos tipos de obstáculos, sendo, hodiernamente, a competição internacional, a constante necessidade de renovação de maquinário e parque tecnológico, bem como a decorrente falta de capital de giro os mais sérios. Nesse contexto, surgiu o instituto do arrendamento mercantil,

Ivo Teixeira Gico Junior é Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília, pós-graduando em processo civil pelo IBDP/IBEP e conciliador cível no Tribunal de Justiça do DF.

um novo tipo contratual com o escopo de ser uma alternativa de financiamento para as empresas, para otimizar o processo produtivo com a liberação de capital de giro, permitindo uma taxa de renovação industrial acelerada, aumentando a produção com a implementação de novas técnicas e, obviamente, gerando lucro para o arrendador e o arrendatário¹.

No entanto, ainda que pelo aspecto econômico seja fácil visualizar a origem do arrendamento mercantil, historicamente há uma celeuma instaurada entre doutrinadores, sejam eles nacionais ou estrangeiros. O cerne da questão está em como e onde surgiu esse instituto inovador. No âmbito da doutrina brasileira, não há corrente dominante, mas a mais coerente é a que sustenta sua origem norte-americana. Ainda assim, há doutrinadores que defendam que suas origens se encontram na Babilônia (Código de Hamurabi), no Antigo Egito², em Roma³ ou na Idade Média⁴. Desde logo, essas posições que buscam para o instituto origens mais remotas nos parecem equivocadas, uma vez que é relativamente recente o surgimento do problema a que visa solucionar o *leasing*⁵, no caso, a necessidade de financiamento e desmobilização de capital.

Em geral, atribui-se o arrendamento mercantil primeiro ao *Lend and Lease Act* americano de 1941, quando, em plena Segunda Guerra Mundial, o então presidente Roosevelt determinou o empréstimo de equipamentos bélicos aos países aliados, sob condição de, finda a guerra, estes comprarem ou devolverem aqueles. Mesmo que relevante, esse não deve ser considerado o surgimento do *leasing*⁶, uma vez que a intenção do referido Ato era tão-somente ajudar os Aliados a combaterem o Eixo, prestando uma colaboração em benefício de uma causa comum. A opção de devolução ou compra dos equipamentos objetivava tão-somente evitar a mera doação dos bens, abrindo espaço para um possível, ainda que improvável, ressarcimento. Entendimento reforçado pela afirmação de Maria Helena

Diniz, que nega essa origem, “visto tratar-se de ato político e não mercantil”⁷.

Adotamos, então, como origem do *leasing*, com respaldo em parte da doutrina, a iniciativa comercial do americano D. P. Boothe Junior, que idealizou um meio de aumentar sua produção sem possuir meios patrimoniais e financeiros para isso. Na realidade, o fornecedor de gêneros alimentícios havia realizado um contrato com o exército norte-americano e, ao verificar que o volume contratado excedia e em muito sua capacidade de fornecimento, buscou um meio de satisfazer o contrato. Frente a essa necessidade de ampliação imediata de seu maquinário, buscou em uma instituição financeira, no caso um banco, meios de alcançar seu objetivo. Como não podia disponibilizar o capital necessário, ainda que por meio de um financiamento, nem dispunha de garantias fortes, pactuou com o banco que este compraria em nome próprio o equipamento de acordo com as necessidades daquele, o arrendatário, e em seguida lhe forneceria os bens, para uso, mediante uma remuneração periódica. Ante o sucesso da operação, foi fundada por Boothe e mais alguns sócios a *U.S. Leasing Company*, seguindo-se um aperfeiçoamento e alastramento do contrato de *leasing* não só nos Estados Unidos, como no resto do mundo⁸.

A partir da década de 60, algumas iniciativas começaram a introduzir o *leasing* no Brasil, sem que existisse qualquer regulamentação da matéria. Essa não se fazia essencial para o comércio, que por natureza é mais dinâmico que o Direito positivo. “A autonomia da vontade e atipicidade dos contratos que dominam o direito comercial justificariam, pois, a introdução do *leasing* no Brasil, sem necessidade de qualquer legislação específica sobre a matéria”⁹. No entanto, como o contrato de *leasing* não era apenas atípico, mas implicava uma operação financeira, cujos maiores benefícios eram fiscais, em o instituto começando a ter certa importância na vida comercial brasileira, o legislador tomou por bem regulá-lo,

ainda que meramente para efeitos tributários. Isso ocorreu em 1974, com a Lei nº 6.099, que dispõe “sobre o tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil e dá outras providências”, não só introduzindo oficialmente o *leasing* em nosso ordenamento jurídico, como denominando-o arrendamento mercantil. No entanto, por ser muito genérica a Lei, criou uma série de dúvidas e discussões entre os doutrinadores e comerciantes sobre as operações de *leasing*, principalmente quanto ao regime fiscal das mesmas¹⁰, pois a Lei Tributária do *Leasing* é lacônica, deixando a regulamentação mais detalhada pelo Banco Central brasileiro, mais especificamente pelo Conselho Monetário Nacional¹¹. Essa normatização se dá, até hoje, mediante resoluções, cartas-circulares, circulares, portarias, instruções normativas, decretos e algumas poucas leis não-específicas. Tudo isso torna a regulamentação do arrendamento mercantil um emaranhado de normas que dificultam o seu entendimento e, não raro, desvirtuam o contrato de arrendamento mercantil.

2. Dificuldades de um conceito

Como pudemos notar, o contrato de arrendamento mercantil veio da realidade fática para a jurídica com características inovadoras e objetivos próprios. Nesse processo, os doutrinadores têm encontrado grandes dificuldades em entender e conceituar o instituto. Ao nosso ver, essa dificuldade decorre de três fatores: a) a insistência em decompô-lo em outros contratos mais típicos¹², tratando-o de acordo com a fase em que se encontra; b) a tendência de se procurar nele um ou outro tipo contratual predominante, ainda que *sui generis*, e tratá-lo como tal; e c) a discrepância entre o praticado e exigido pelo mercado, e o expresso em lei. Muito disso se deve à falta de preparo do legislador, à independência com que o mercado cria suas próprias regras e à nossa tradição romano-germânica de

“buscar sempre estereótipos formais aos quais possamos submeter todo e qualquer tipo de relação jurídica (...) essa compulsão nos leva ao risco de, partindo do abstrato (os estereótipos) para definir o concreto (a relação jurídica propriamente dita), acabarmos por distorcer de alguma maneira a verdade desta última, para melhor fazê-la ‘enquadrar-se’ no modelo com que comparamos”¹³

Essas abordagens não só dificultam o seu entendimento como podem levar a dis-

do Inquilinato, por entenderem ser a locação a figura proeminente no arrendamento

bases muito frágeis, mas devem os intérpretes do Direito acautelarem-se no tratamento do *leasing*, sob o risco de cometerem outros desatinos não tão claros, e, ainda que não possamos fugir dessa tendência ou concepção, devemos sempre nos lembrar dos fatores fáticos e dos princípios por detrás do arrendamento mercantil, concebido como uma forma de facilitar a circulação do capital, funcionando como uma garantia real, ou mais que real como preferem alguns.

3. Natureza jurídica

Temos, portanto, que o arrendamento mercantil é decorrente de uma operação complexa que se desdobra em vários segmentos, não obstante a unicidade do contrato. Além de sua complexidade, hodiernamente existem várias espécies de *leasing*, que foram surgindo à medida que o instituto se desenvolveu e foi sendo utilizado para diferentes finalidades. É possível e necessário, porém, estabelecer um conceito padrão, suficientemente elástico, de forma a abranger todas as subespécies existentes em nosso ordenamento, mas, ao mesmo tempo, não tão genérico a ponto de ser incapaz de distingui-lo dos demais institutos afins, tornando-se inútil.

Inúmeros autores realizaram sua decomposição para melhor entender o todo; tome-

mos, pois, para sua análise, algumas caracterizações já feitas. J. A. Penalva Santos¹⁴, seguindo a tradição civilista, caracterizou-o como sendo complexo, sinalagmático, composto de um financiamento e arrendamento de bens, com a cláusula de opção triplíce; Waldirio Bulgarelli entende que é “um contrato consensual, bilateral, oneroso e de execução sucessiva, e firmado *intuitu personae*”¹⁵; Arnaldo Rizzardo o vê como “um contrato de natureza econômica e financeira, pelo qual a empresa cede em locação a outrem um bem móvel ou imóvel, mediante o pagamento de determinado preço”¹⁶; para Caio Mário, é “uma espécie de ‘locação-venda’ (*locatio mixta cum venditione*)”¹⁷; P. R. Tavares Paes admite a natureza “complexa, abrangendo uma locação, uma compra e venda (que não é essencial no *leasing*, pois existe sem essa opção, eventualmente um mandato”¹⁸; Arnaldo Wald diz que:

“trata-se, na realidade, de uma fórmula intermediária entre a compra e venda e a locação, exercendo função parecida com a da venda com reserva de domínio e com a alienação fiduciária, embora oferecendo ao utilizador do bem maior leque de alternativas no caso de não querer ficar com a propriedade do equipamento após um primeiro prazo de utilização”¹⁹.

Em caminho um pouco diverso, Orlando Gomes²⁰, apesar de reconhecer tratar-se de “uma operação financeira destinada a proporcionar aos empresários o acesso aos bens de produção”, caracteriza-o como um contrato “mais próximo da locação, cujas regras se lhe aplicam se não há próprias”, sendo a distinção entre ambos fundamentalmente causal, mas sendo ambos de conteúdo semelhante. Outra posição interessante é a dos que defendem ser um contrato complexo por conter elementos de outros contratos típicos como a locação, a promessa de compra e venda, a compra e venda a prestação e o financiamento, todos coligados²¹. Há posições ainda mais curiosas e isoladas,

mas não menos importantes, como a de Washington Luiz da Trindade²², que exalta exageradamente a garantia real que representa o contrato de modo a resumir-lo em um dito aspecto fiduciário; para ele,

“o *leasing*, pela sua visível base fiduciária, distingue-se de outros negócios complexos, não precisamente pela locação, mas pela administração e utilidade produtiva de coisa alheia, em proveito do instituidor ou de uma entidade financiadora, e de cuja administração o contrato retira o seu benefício ou vantagem, inclusive pela cláusula de opção de venda, fazendo-a movimentar-se juridicamente, para ter a livre disposição da coisa inicialmente locada.”

Como podemos ver, é assente na doutrina a classificação do *leasing* nos moldes categóricos do Direito Civil clássico, mas tentemos fazer uma breve análise do instituto partindo do fato concreto para a legislação, como fez o jurista José Leão²³.

De um modo geral, o que move o homem é o interesse, mas o que vem a ser interesse? Numa terminologia processualista, poderíamos dizer que é o desejo de um determinado bem da vida, ou que “a razão entre o homem e os bens, ora maior, ora menor, é o que se chama interesse”²⁴. Bem, esse desejo pode ser de três ordens: de consumir, formar patrimônio, ou utilizar o bem para dele auferir vantagem, utilidade ou prazer. Estas estão envolvidas em qualquer desejo, solitária ou conjuntamente com as demais. O *finis mercatorum est lucrum*, esse é o objetivo final de qualquer atividade comercial, o desejo do comerciante é tão somente obter lucro. No caso do arrendamento mercantil, na ótica do arrendatário, busca-se o lucro não pelo consumo²⁵, nem por mera formação de capital, antes sim por simples uso econômico do bem²⁶. Já pela ótica do arrendador, busca-se a remuneração do capital investido em taxa acima da que seria possível obter em outras negociações financeiras com a mesma segurança, ou seja, maior lucro median-

te a remuneração mensal, assegurada pela propriedade do bem correspondente ao valor despendido.

O contrato de *leasing*, como já foi dito antes, é oneroso e sinalagmático, logo, gera vantagens para ambas as partes. Ele é antes um financiamento que uma locação ou forma de aquisição de patrimônio (e.g., compra e venda); para o arrendatário, o resultado do contrato é meio e não fim, no sentido de que seu objetivo mediato é a modernização ou ampliação de seu maquinário sem imobilização de capital, apenas deseja produzir mais e melhor para, aí sim, obter lucro, enquanto para o arrendador não é a venda ou a locação do bem que lhe trará lucro, mas a remuneração do capital despendido (juros) acrescida de taxas de administração (financiamento), o contrato por si só lhe trará lucro. Não passa, pois, de “um novo processo de financiamento, surgido como uma imposição do processo técnico, que visa precipuamente a proporcionar às empresas maior capital de giro, com vantagens adicionais de ordem contábil e de ordem fiscal”²⁷, não obstante a prática comercial e a regulação do Banco Central terem desvirtuado o instituto.

A Lei nº 6.066, de 12-9-74, em seu artigo 1º, com a redação alterada pela Lei nº 7.132, de 26-10-83, estabeleceu o que seria arrendamento mercantil para fim de incidência de seu tratamento tributário; o referido artigo considera *leasing* 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.

Como pode-se ver, o legislador em momento algum disse o que era arrendamento mercantil, arrendatário ou arrendador, nos termos da boa técnica legislativa²⁸, que reza que cabe à doutrina as definições. A Lei apenas condiciona sua aplicação aos contratos de arrendamento mercantil que em seus mol-

des se encaixarem, logo, podem existir contratos de *leasing* em que a arrendadora é pessoa física ou que tenha por objeto bem que não foi adquirido pela arrendadora segundo as especificações da arrendatária; tão-somente esses contratos não se enquadram no regime legal dessa norma, pode-se até aplicar-lhes por analogia o texto legal, mas jamais dizer que estão contidos nessa previsão legal, principalmente, porque a Lei refere-se a um único tipo de arrendamento mercantil, o financeiro.

Não obstante a estreita tipicidade normativa do *leasing*, o Conselho Monetário Nacional, órgão do Banco Central do Brasil competente para regular e fiscalizar os contratos de arrendamento mercantil²⁹, por meio da Resolução nº 2.309, de 28-8-96, em seu Anexo, não só permitiu “contratar operações de arrendamento com o próprio vendedor do bem ou com pessoas jurídicas a ele coligadas ou interdependentes”³⁰, em franca contrariedade ao estipulado no artigo 2º da Lei nº 6.099, como também permitiu pessoas físicas figurarem na relação jurídica como arrendatárias (artigo 12 da Resolução). Esse tipo de conduta por parte do órgão regulador, apesar de bem recebida pelo mercado, que já praticava tais modalidades, em nada contribui para o melhor entendimento do instituto, nem para sua consolidação no ordenamento brasileiro, visto que, para o Banco Central, não há qualquer limite legal para o *leasing* que não os praticados e por ele aceitos. Essa volatilização do conceito e funcionamento do arrendamento torna quase impossível uma sistematização do instituto, conseqüentemente, de difícil compreensão pelo jurista, que tem por base de seus estudos a norma. No entanto, a ilegalidade da regulação do Banco Central deve ser objeto de um estudo mais aprofundado, não-condizente com o objeto aqui pretendido.

Bem, após uma breve exposição de como a doutrina enxerga o instituto e do regulado na legislação, tentemos uma conceituação de *leasing* que sirva para todos os subtipos e

o diferencie dos demais instrumentos de financiamento e garantia. Em um primeiro olhar, o conceito mais simples composto apenas pelos elementos essenciais seria a locação mediante remuneração mensal, composta por parcela do capital despendido na aquisição do bem, acrescida de juros e taxa de administração, por prazo determinado, findo o qual o arrendatário, unilateralmente, pode optar entre três possibilidades: a renovação contratual descontada a taxa de depreciação do bem; a rescisão contratual; ou aquisição do bem mediante o pagamento do valor de opção ou residual. No entanto, vale ressaltar que o Banco Central, na regulação do arrendamento mercantil internacional, permitiu que inexistisse a cláusula de aquisição, a chamada promessa de compra e venda, por isso, mudamos o conceito, em sua parte final, para – findo o qual o arrendatário, unilateralmente, pode optar entre duas possibilidades: a renovação contratual, descontada a taxa de depreciação do bem; ou a extinção do contrato, seja pela aquisição do bem (nos tipos em que é prevista), mediante o pagamento do valor residual, ou pelo simples encerramento do contrato por decurso de prazo.

4. Tipos de arrendamento mercantil

Para se entender o arrendamento mercantil e suas variações, é importante conhecer os três sujeitos envolvidos nessa operação: o fornecedor, o arrendador e o arrendatário.

O fornecedor é aquele que entrega o bem à arrendatária e o fatura à arrendadora. Ele será escolhido por aquela, que estabelecerá o bem a ser arrendado e suas qualificações, mas os moldes do negócio (formas de pagamento, valor, entrada, etc.) serão combinados entre arrendador e fornecedor. Pode ser qualquer um capaz de fornecer o bem à arrendatária, pessoa física ou jurídica, e não é nem elemento integrante do contrato de arrendamento mercantil, que se estabelece entre arrendador e arrendatário, nem essen-

cial ao contrato, pois há tipos de *leasing* em que efetivamente não há fornecedor, e.g. *sale and lease back*.

Já a arrendadora é, geralmente, a empresa de *leasing*, que comprará em nome próprio o bem, nas especificações exigidas pela arrendatária, e o arrendará a esta. Importante ressaltar que, apesar de a arrendatária estabelecer as características do bem a ser adquirido, todas as outras cláusulas da compra e venda, como forma de pagamento, valor da entrada, garantias de pagamento, são estabelecidas entre arrendador e fornecedor, visto que esse contrato obriga e tem seus efeitos limitados a apenas seus dois integrantes, arrendador e fornecedor. Em última análise, a arrendadora é a proprietária do bem objeto do arrendamento, seja essa propriedade posterior (*leasing* financeiro) ou anterior (*leasing* operacional) ao estabelecimento do contrato de arrendamento. Ela recebe as contraprestações mensais do arrendatário, nas quais embute parcela do capital despendido, juros (custo do capital), taxa de administração e, às vezes, parcela do seguro do bem. Pode ser pessoa jurídica (para todos os tipos de *leasing*) ou física (nos casos previstos pelas Resoluções do Banco Central).

Por último, o arrendatário é quem escolhe o bem segundo suas especificações junto ao fornecedor, recebe-o deste depois de estar firmado o contrato entre o fornecedor e o arrendador e faz uso dele mediante o pagamento de contraprestações por um período determinado contratualmente. Não é proprietário, mas mero possuidor, que pode gozar e usufruir do bem nos limites do uso médio, pela duração do contrato. A ele compete, ao final do contrato, optar pela sua continuação ou sua extinção, seja pela aquisição do bem – quando possível – ou por transcurso de prazo. Pode ser pessoa física ou jurídica.

Alguns doutrinadores encaram o *leasing* como um contrato triplíce, formado por esses três sujeitos. Entre eles, Carlos Souza³¹ e Maria Helena Diniz, que determinam como

elemento jurídico essencial à caracterização do *leasing* a existência de três empresas: “a que vende as máquinas (fabricante), a que compra, pagando o preço (*leasing broker* ou *leasing banker*), e a que obtém, sem ter comprado (arrendatário), os referidos bens de produção”³².

Nesse ponto, temos de discordar dessa corrente, uma vez que o fornecedor só será parte no contrato quando sua pessoa se confundir com o arrendador ou o arrendatário, sendo discutível, e ao nosso ver imprópria, a denominação de fornecedor em casos como o de *self leasing* ou *sale and lease back*. Salvo nessa hipótese, o dito fornecedor jamais será parte contratual, apenas a exigência de não ser o arrendador proprietário do bem é que seria elemento jurídico do pacto, não o próprio fornecedor³³. A relação contratual entre este e o arrendador se estabelece somente *inter partes*, atingindo alguns de seus efeitos apenas reflexamente o contrato de arrendamento mercantil, exatamente nos mesmos moldes das relações produtor/fornecedor e fornecedor/consumidor³⁴. O acordo entre o produtor e fornecedor em nada afeta a relação entre fornecedor e consumidor, vez que são relações jurídicas diversas e não se confundem. Tendo em mente esse pressuposto básico que é a bilateralidade do contrato de arrendamento mercantil e as características de seus sujeitos, passemos a examinar as variantes do *leasing*:

A) O arrendamento mercantil financeiro, ou *financial leasing*³⁵: “é aquele em que uma empresa se dedica habitual e profissionalmente a adquirir bens produzidos por outro para arrendá-los, mediante uma retribuição estabelecida, a uma empresa que deles necessita”³⁶. Sua característica mais destacada é o financiamento realizado pelo arrendador, ou seja, a empresa arrendadora funciona como uma financeira e a essa atividade se dedica. Normalmente, ela é procurada pelo futuro arrendatário que determina o bem e suas especificações, para então a arrendadora adquiri-lo, em nome próprio, para uso do arrendatário. Predomina o caráter financeiro do contrato.

A grande vantagem do contrato está no tratamento fiscal que lhe é atribuído, em proveito de empresa e cliente, como as deduções no imposto de renda. É o arrendamento mercantil típico ou clássico que os italianos chamam de *leasing finanziario*, sendo

“da una stretta inerenza del contratto alle finalità dell’impresa, sicché le parti, sollecitate anche da particolari agevolazioni fiscali, prevengono che la *res* acquistata dalla società finanziaria in nome proprio e per conto dell’utilizzatore, esaurisca le utilità economiche di cui è capace entro un determinato periodo di tempo che coincide di regola con la durata del rapporto rispetto al quale per la configurazione è da escludersi qualsiasi collegamento con la vendita, la locazione ed il mutuo ma, al più, i canoni vengono a rappresentare il corrispettivo del godimento del bene (...)”³⁷.

Em outras palavras, o arrendamento mercantil financeiro é, via de regra, realizado por empresas cujo objeto de trabalho é especificamente o *leasing*, e a coisa adquirida pela sociedade financeira o é em nome próprio, mas satisfazendo as necessidades do arrendatário. Normalmente, sua utilidade econômica se exaure em um determinado período de tempo, que, de regra, coincide com a própria duração contratual. Esse simples fato basta para excluir-se qualquer coligação entre o arrendamento mercantil e a compra e venda, locação e o mútuo.

Como normalmente a vida útil do bem coincide com o prazo contratual, ele não pode ser rompido unilateralmente antes de seu término previsto, diferentemente do que ocorre no *leasing operacional*, que veremos a seguir.

Apesar de não haver uma definição legal do que venha a ser arrendamento mercantil financeiro, a Resolução do Banco Central n° 2.309³⁸ estabelece as principais características desse contrato, de forma tal que todo *leasing* que se enquadrar em seus incisos será um *financial leasing*, desde que:

• as contraprestações abarquem não só o aluguel do bem, como também juros, encargos administrativos e lucro do arrendador, de forma tal que lhe permita recuperar o custo do bem arrendado durante o prazo contratual;

• a operacionalidade do bem arrendado, incluindo aqui despesas com manutenção, assistência técnica e serviços correlatos, seja de inteira responsabilidade do arrendatário;

• haja a opção de compra, pelo chamado valor de opção ou residual, que pode ser livremente estabelecido, podendo inclusive ser o valor de mercado do bem.

Pode-se observar que, no arrendamento mercantil financeiro, valoriza-se claramente a natureza de financiamento do contrato, sendo elemento essencial para este que o arrendador não seja produtor ou importador de bens, antes sim um aplicador de recursos, especializado em arrendar bens a terceiros, a capitalizá-los. Não é de se estranhar que muitos autores o vejam como sendo, necessariamente, estabelecido entre pessoas jurídicas e seu objeto se restrinja unicamente a bens de produção, como é o caso de Orlando Gomes³⁹, mas essas restrições não encontram mais respaldo na nova regulamentação do instituto, podendo ele ser celebrado entre pessoa física e jurídica, e incidir sobre qualquer bem⁴⁰.

A diferenciação desse contrato de outros típicos, como bem ressalta Francesco Bene, está no fato de que o período determinado de duração da utilidade econômica do bem, via de regra, coincide com o da duração do arrendamento, restando indubitável a diversidade de sua natureza. Sua maior vantagem é de natureza fiscal e contábil. Mas isso não é mais respeitado, o mercado vem praticando cada vez mais o *leasing* financeiro com período de duração menor que o de vida útil do bem arrendado. Esse desvirtuamento do arrendamento mercantil financeiro, no nosso entender, acarreta sérias conseqüências no mundo do Direito.

Outro aspecto de importância ressaltado por Fran Martins é o risco da obsolescên-

cia. Há objetos que, em pouco tempo, tornam-se obsoletos, seja pelo aparecimento de outros mais modernos (e.g. os computadores), seja pelo próprio desgaste natural do bem. No *leasing* financeiro, esse risco é do arrendatário, uma vez que, em havendo o pacto, o seu cumprimento é obrigatório e irrenunciável. Não é possível interromper o contrato em curso, pois em jogo não está meramente o uso do bem, mas sua disponibilidade, mesmo porque as partes objetivam também a transferência da propriedade do bem arrendado ou o exaurimento de seu valor econômico, o que justifica tenha sido acoplado ao arrendamento o termo 'mercantil', pois a propriedade necessariamente será transferida do arrendador, quer para o arrendatário em caso de exercício da opção de compra, quer para terceiros, caso não haja o exercício da opção⁴¹.

Por isso, o referido jurista defende que, mesmo que o arrendatário devolva o bem, "todas as prestações pactuadas serão devidas ao arrendador"⁴². Essa questão tem sido muito debatida entre os doutrinadores, mas a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça⁴³, em Recurso Especial de que foi relator o ilustre Ministro Athos Carneiro, decidiu pela ilicitude de tal cobrança, ainda que assim o fosse estipulado como cláusula penal.

Ainda assim, cabe mais uma ressalva sobre o posicionamento de Fran Martins. Não nos parece assistir-lhe razão quando afirma que as partes sempre objetivam a transferência da propriedade do bem, mesmo porque, no caso típico, o bem não tem mais qualquer valor econômico ao final do contrato e, como todos bem sabem, só podem ser objeto do comércio os bens de valor econômico. O que ocorre de fato é que a arrendadora não interessa mais a propriedade do bem, pois, além de já ter recebido todo o capital investido e seu lucro, não lhe será de qualquer utilidade a integração da posse, visto que se trata de uma empresa financeira. Em contrapartida, para a arrendatária o bem já cumpriu sua função, não tem

mais qualquer valor econômico, está desatualizado ou por demais gasto, seu interesse restringe-se tão-somente em arrendar novo bem mais moderno ou novo e continuar suas atividades.

Apesar disso, como o bem não tem mais valor econômico relevante, dificilmente a arrendadora o venderá, na melhor das hipóteses, terá grandes dificuldades em fazê-lo. Por isso, é compreensível e até natural que o venda para a própria arrendatária, que pode ainda utilizá-lo de alguma forma ou mesmo revendê-lo com maior facilidade, uma vez que efetivamente trabalha na área em que o bem é útil e provavelmente conhece quem poderia interessar-se. É por isso que não reconhecemos nesse contrato o caráter translático de propriedade, que, ainda que presente, é decorrente de mera comodidade, não elemento de sua finalidade. Mas, como já dissemos antes, as práticas comerciais têm distorcido o instituto, utilizando-se cada vez mais de contratos de *leasing* financeiro com prazo de término inferior ao de vida econômica do bem arrendado. Nesses casos, realmente há, como afirma Fran Martins, a vontade primeira das partes em realizar a transferência da propriedade, por isso, não relutamos em sustentar que o regime tributário e contábil a que se submete o *leasing* nessa hipótese deve ser alterado, podendo, inclusive, passar a se cobrar certos impostos, como o ICMS, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos⁴⁴.

B) O arrendamento mercantil operacional ou *operational leasing*: é um desvirtuamento do contrato de *leasing* que, ao nosso entender, não deveria ser acolhido como categoria desse tipo mercantil. Por ele entende-se

“aquele em que uma empresa, proprietária de certos bens, os dá em arrendamento à pessoa, mediante o pagamento de prestações determinadas, incumbindo-se, entretanto, o proprietário dos bens a prestar assistência técnica ao arrendatário durante o período do arrendamento”⁴⁵.

Muitos autores o sequer diferenciam de uma outra figura contratual, o *renting*⁴⁶. É o arrendamento atípico que os italianos chamam de *leasing impuro*, que

“vieni a configurarsi li dove le parti intendano realizzare un preminente e coesenziale effetto traslativo, senza che abbia più rilevanza la figura sogettiva dell'impreditore, nonchè la stessa conformazione del bene oggetto del contratto, destinato a conservare alla scadenza del rapporto un valore residuo particolarmente apprezzabile per l'utilizzatore in quanto notevolmente superiore al prezzo d'opzione, sichè il trasferimento del bene all'utilizzatore non costituisce, come nel leasing tradizionale, una eventualità marginale ed accessoria, ma rientra nella funzione dalle parti assegnata al contratto, di talchè i canoni scontano ad un tempo il corrispettivo del godimento del bene nonchè le rate di prezzo”⁴⁷.

Em outras palavras, no *leasing* operacional, as partes buscam prementemente e efetivamente um efeito translático, o objetivo final do contrato é a transferência da propriedade, sem que tenha qualquer relevância a figura subjetiva do empreendedor (financiador). Além disso, o bem objeto, ao fim do prazo contratual, ainda mantém um valor econômico residual considerável para o arrendatário, notavelmente acima do preço da opção, não há coincidência entre o prazo de depreciação e o prazo contratual. Essa diferença é de tal monta que o exercício da opção de compra e a conseqüente transferência da propriedade para o arrendador não constituem, como no *leasing* tradicional, uma eventualidade marginal e acessória.

Nesse ponto, há algumas diferenças entre a doutrina estrangeira e a brasileira, inclusive dentro da própria última, que está desatualizada como se verá a seguir. Para Rodolfo de Camargo Mancuso, o *operational lease* é

“uma subespécie do *financial leasing*. É normalmente utilizado para bens de fácil colocação no mercado e que apresentam obsolescência precoce, v.g. material eletrônico, máquina fotostática, automóveis, estes considerados individualmente (*single leasing*) ou em frota (*flootem leasing*). (...) O locatário tem a faculdade de rescindir unilateralmente o contrato, sem que, com isso, se lhe retire necessariamente a opção de compra. Apenas, nesta última hipótese, o preço será aquele de mercado ao tempo de exercício da opção.

Há ainda uma outra subespécie do *financial leasing*, na qual inexistente possibilidade de rescisão unilateral, e o locatário não possui opção de compra, ou só poderá exercê-la ao preço de mercado, no momento de seu exercício”⁴⁸.

Ainda segundo o referido doutrinador, o arrendamento mercantil operacional se distinguiria da figura do *renting* tão-somente por uma questão de rigor de nomenclatura. No primeiro, o bem seria adquirido de terceiro (fornecedor) pelo arrendador, enquanto no segundo, o *leasing* se estabelecer-se-ia diretamente entre fabricante e arrendatário.

Já para José Wilson Nogueira de Queiroz, não há qualquer distinção, sendo que “as operações de *renting* ou *leasing* operacional traduzem uma locação de material com cláusula de prestação de serviço, podendo incluir uma opção de compra do material e poderá ser rescindido a qualquer instante, ou mediante simples aviso com antecedência de 30 dias.”

O *renting* teria as seguintes características diferenciais:

- consistiria em uma “locação-prestação de serviços”;
- independe da intervenção de uma instituição financeira;
- em geral, utilizam-se bens padronizados (e.g. xerox);
- o risco de obsolescência corre por conta do arrendador;

- via de regra, por força contratual, o arrendador obriga-se à prestação de assistência técnica.

Mais recentemente, Arnaldo Rizzardo⁴⁹ distingue o *leasing* operacional da locação pelo simples fato de que naquele o pagamento das prestações caracterizariam a amortização do preço do bem, podendo, inclusive, ser mensuradas pelo grau de utilização do bem, como o número de cópias feitas em uma máquina de xerox.

Bem, a Lei nº 6.099, em seu artigo 2º, afasta de sua regulamentação e decorrentes benefícios tributários o *leasing* operacional: “Não terá o tratamento previsto nesta Lei o arrendamento de bens contratado entre pessoas jurídicas direta ou indiretamente coligadas ou interdependentes, assim como o contratado com o próprio fabricante”. Como já mencionamos antes, a própria Lei não descaracteriza como *leasing* o contrato de arrendamento mercantil operacional, apenas o exclui de seus benefícios tributários.

Novamente, não obstante a estreita tipicidade legal e ao seu arrepio, o Conselho Monetário Nacional estendeu ao *leasing* operacional os benefícios da Lei, por meio da Resolução do Banco Central nº 2.309, ao estabelecer em seu Anexo:

“Artigo 1º - As operações de arrendamento mercantil com o tratamento tributário previsto na Lei nº 6.099, de 12-9-74, alterada pela Lei nº 7.132, de 26-10-83, somente podem ser realizadas por pessoas jurídicas que tenham por objeto principal de sua atividade a prática de operações de arrendamento mercantil, pelos bancos múltiplos com carteira de arrendamento mercantil e pelas instituições financeiras que, nos termos do art. 13 deste Regulamento, estejam autorizadas a contratar operações de arrendamento com o próprio vendedor do bem ou com pessoas jurídicas a ele coligadas ou interdependentes.

Parágrafo Único: *As operações previstas neste artigo podem ser dos tipos financeiro e operacional*” (grifo nosso).

Além de ter extrapolado sua competência legal, o CMN (Conselho Monetário Nacional) ainda subverteu o antigo modelo de *leasing* operacional, estabelecendo como principais características desse contrato⁵⁰ os seguintes requisitos:

- as contraprestações devem incluir o custo do arrendamento do bem e os serviços referentes a sua colocação à disposição da arrendatária, mas devem limitar-se a até 75% do custo do bem arrendado;

- as despesas de manutenção, assistência técnica e serviços correlatos à operacionalidade do bem arrendado são de responsabilidade da arrendadora ou da arrendatária, o sendo normalmente daquela;

- o preço para o exercício da opção de compra deve ser, necessariamente, o valor de mercado do bem arrendado.

A resolução toma como base, para distinguir essa espécie contratual do arrendamento financeiro, a limitação ao total das prestações, a possibilidade de uma cláusula acessória estabelecendo o serviço de manutenção e assistência pela arrendadora e a necessidade de o valor residual ser o valor de mercado do bem. Mas Fran Martins⁵¹ ressalta que o principal elemento para a distinção entre as duas figuras é que no arrendamento mercantil financeiro há a obrigatoriedade, uma vez realizado o contrato, não pode uma das partes rescindi-lo unilateralmente, enquanto no *leasing* operacional, havendo aviso prévio, o arrendatário pode rescindir o pacto. A principal função do contrato seria a locação por períodos curtos, de modo a possibilitar novo arrendamento do bem, sem qualquer finalidade translaticia da propriedade. Enquanto no *leasing* financeiro prevalece o caráter de financiamento com transferência da propriedade, no *leasing* operacional prevalece a cessão do uso, a locação, possibilitando a rescisão unilateral do contrato.

Os artigos 5º (*leasing* financeiro) e 6º (*leasing* operacional) da Resolução não diferenciam os institutos, mas lhes dão caracte-

rísticas próprias: no primeiro, as prestações devem permitir a total recuperação do custo do bem arrendado durante o prazo contratual, a operacionalidade corre por conta do arrendatário e deve haver a opção de compra pelo valor residual garantido⁵² (VRG), que pode ser livremente acordado; já no segundo, as prestações devem incluir o custo do bem e os serviços prestados pela arrendadora, mas limita-se a 75% do valor do bem, a operacionalidade pode correr por conta de qualquer um dos contratantes, mas normalmente o é pela arrendadora, e a opção de compra deve ter o valor de mercado.

Como se pode ver, as duas modalidades diferenciam quanto à composição das prestações, e, ainda que a Resolução não determine seu cálculo, limita seus valores. Destaca-se o caráter financeiro do *leasing* financeiro, o VRG pode ter valor simbólico, visto que a financeira já recuperou seu investimento, ou mesmo valor de mercado, mas como o certo é que o prazo do contrato coincide com o de vida econômica do bem, esse valor de mercado será, no mínimo, bastante reduzido. Destaca-se também o caráter locatício do *leasing* operacional, que se distinguirá da locação pela dupla opção (ou tríplice como já nos referimos anteriormente⁵³) e pela prestação de serviço essencialmente ligada ao contrato.

Arnaldo Rizzardo faz uma crítica a essa Resolução quanto ao regulamento do *leasing* (artigos 5º e 6º), pois ela contrariaria o artigo 2º da Lei nº 6.099. Como já bem dissemos antes, a Resolução extrapola completamente a tipicidade legal estabelecida e, ao arripio desta, cria e modifica figuras de *leasing*, sendo assim completamente ilegal. O referido doutrinador levanta ainda outras questões:

”O mais grave, porém, é a faculdade inserida no inc. III de ambos os artigos 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, há uma faculdade em se fixar o preço pelo valor de mercado; no operacional, nota-se uma exigência de tal fixação[...].

Não pode, ainda, passar despercebido que o prazo do *leasing* operacional ficará em noventa dias, conforme o art. 8º, inc. II da resolução. Ora, em vista do art. 6º, as contraprestações terão um limite de até 75% do custo do bem. E o preço no caso da opção corresponderá ao preço de mercado do bem arrendado. A conclusão leva a uma vantagem excessivamente onerosa, ao enriquecimento fácil, à exploração vergonhosa, posto que, em última instância, permite-se juros de 25% ao mês⁵⁴.

Concordamos com o autor quando afirma ter a Resolução extrapolado os limites legais, mas devemos ver com maior cuidado a questão da fixação dos preços e dos prazos. O que a referida norma fez foi tão-somente estabelecer opções e limites, vejamos o caso do VRG ser determinado pelo valor de mercado; no *leasing* financeiro, se o for dessa forma, via de regra, o bem terá exaurido a sua vida econômica tendo pouco ou nenhum valor de mercado, portanto, não configuraria qualquer vantagem exagerada para nenhuma das partes, pois o arrendador já se teria pago (artigo 5º, inciso I) e o arrendatário pagaria um valor ínfimo, para não dizer simbólico, ainda assim é mera opção, as partes podem pactuar de forma diversa; no *leasing* operacional, a exigência do pagamento do valor de mercado para a opção de compra pode ter sido uma forma de se evitar que se realizassem vendas à prestação disfarçadas de *leasing*, resultando em fraude, pois o comprador está obrigado a pagar o valor de mercado, mesmo porque, como já afirmamos antes, o caráter translático é mais forte no arrendamento mercantil financeiro, ainda assim, de forma

acessória e eventual. Além disso, a tendência de as prestações serem mais altas no arrendamento operacional é por que não só devem incluir a remuneração da prestação de serviço (assistência técnica), via de regra, prestada pelo arrendador, como também devem levar em conta as altíssimas taxas de depreciação a que estão submetidos os bens normalmente arrendados nesse tipo de contrato, como os microcomputadores.

Quanto à questão do prazo, não é verdade que “o prazo do *leasing* operacional ficará em noventa dias”. O artigo 8º da Resolução nº 2.309 estabelece tão-somente os prazos *mínimos*, sendo de dois ou três anos de acordo com o bem para o arrendamento mercantil financeiro (inciso I) e de noventa dias para o arrendamento mercantil operacional (inciso II), ou seja, tanto em um quanto em outro, as partes devem estudar os custos e prazos e pactuar a melhor opção. É verdade que se poderia chegar ao absurdo de uma taxa de juros de 25% ao mês, mas em que casos seria tal taxa aceitável e o contrato viável? É isso que se deve ter em mente, opções limites são para casos limites. Os contratos de arrendamento não são contratos padrão, em que se recebem todas as cláusulas de forma padronizada e pré-estabelecidas, apesar de as empresas de *leasing* de carro tentarem nos convencer do contrário.

C) O retroarrendamento⁵⁵ ou *sale and lease back*: também conhecido como *leasing* de retorno⁵⁶, de retro⁵⁷ ou *cession-bail* para os franceses, o retroarrendamento, como preferimos chamar, nada mais é que uma subespécie do *leasing* financeiro⁵⁸, a única distinção é que, nesta modalidade, o bem pertencia anteriormente ao arrendatário, que o vende ao arrendador e depois o toma em *leasing*. Para aqueles que defendem que o arrendamento mercantil é um contrato triplice, teríamos a confusão da figura do fornecedor e do arrendatário. Podemos dizer, então, que o retroarrendamento é o *leasing* que tem por objeto bens que estavam no ativo permanente do arrendatário, que os vendeu para a arrendadora e em seguida os arrendou.

Na verdade, há uma outra diferença entre o *leasing* financeiro e o de retorno. Enquanto no primeiro o arrendatário não quer imobilizar capital para adquirir máquinas e equipamentos, no segundo ele quer desmobilizar um capital que já lhe pertence. Como se pode ver, a utilização de um ou de outro depende apenas da realidade de cada arrendatário, suas necessidades é que determinarão a melhor opção. José Wilson Nogueira de Queiroz⁵⁹ o considera uma alternativa para o crescente problema da falta de capital de giro nas empresas, pois “a locatária alienante converterá parte de seu imobilizado em dinheiro, enfrentando a falta de liquidez, e não perdendo, todavia, a disposição do bem que permanece em seu poder e posse, [...], com a possibilidade de usufruir dos benefícios fiscais [...]”.

A Lei nº 6.099, de 13-9-74, trata do retroarrendamento no seguinte artigo:

“Artigo 9º – As operações de arrendamento mercantil contratadas com o próprio vendedor do bem ou com pessoas 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.”

Apesar da clareza do diploma legal, esse artigo deve ser lido em conjunto com o segundo da mesma Lei, que reza o seguinte:

“Artigo 2º – Não terá o tratamento previsto nesta Lei o arrendamento de bens contratados entre pessoas jurídicas direta ou indiretamente coligadas ou interdependentes, assim como o contratado com o próprio fabricante.”

Alguns doutrinadores⁶⁰ criticam a redação da norma por considerá-la confusa, vez que o artigo 9º refere-se a vendedor e o artigo 2º a fabricante, sendo que este também pode ser aquele. No entanto, ocorre que cada dispositivo trata de matéria diversa, apro-

veitando-se no 9º apenas os conceitos de “coligadas ou interdependentes” do artigo 2º, que darão sentido à expressão “vinculadas”, e os limites impostos por ele. Expliquemos melhor.

O artigo 2º da Lei nº 6.099 excluiu de seu âmbito de aplicação os contratos de arrendamento mercantil realizados entre pessoas jurídicas coligadas ou interdependentes, direta ou indiretamente, ou seja, quando na qualidade de arrendadora e de arrendatária figurarem pessoas jurídicas coligadas ou interdependentes. A este negócio jurídico não se aplicam os benefícios fiscais previstos na Lei nº 6.099. Importante ressaltar que em momento algum a Lei proíbe tal contrato, apenas não lhes estende seus benefícios.

Já o artigo 9º permite que o retroarrendamento seja realizado por instituições financeiras e que como vendedora e arrendadora figurem pessoas vinculadas, pois como permissão para a realização do *sale and lease back* basta o artigo 1º, parágrafo único, dessa mesma Lei. A *mens legis* é no sentido de permitir não só o retroarrendamento realizado por instituições financeiras credenciadas pelo CMN, como reconhecer a existência dessa modalidade quando a vendedora não é a arrendadora, mas pessoa com ela vinculada. Aí, para melhor explicar o que venha a ser vinculada, utiliza-se das expressões contidas no artigo 2º, quais sejam, coligadas ou interdependentes, direta ou indiretamente. Tanto assim o é que o próprio CMN se encarregou de esclarecer o alcance das expressões coligadas ou interdependentes mediante a Resolução nº 351 de 1975, reafirmada pela própria Resolução nº 2.309, em seu artigo 27.

D) O *leasing* impróprio ou *self leasing*: também conhecido como *leasing* consigo mesmo, esse tipo contratual é mera variação do *leasing* financeiro, excluído expressamente pela Lei nº 6.099. Ele se divide em dois tipos: o *self leasing* por vinculação e o *manufacture leasing*.

O *self leasing* por vinculação é a modalidade de arrendamento mercantil em que na

pessoa do arrendatário e do arrendador se encontram pessoas vinculadas. Para os que defendem a triplicidade subjetiva do contrato, teríamos como arrendador, arrendatário e fornecedor pessoas vinculadas. Importante lembrar que vinculadas são as pessoas, jurídicas ou físicas, coligadas ou interdependentes, direta e indiretamente, nos termos do artigo 27 da Resolução nº 2.309 do Banco Central.

Já no *manufacture leasing*, temos o fabricante do bem funcionando como arrendador, financiando diretamente a aquisição de seu produto pelo arrendatário por meio do *leasing*.

Além de a Lei nº 6.309 excluir de seus benefícios expressamente o *self leasing*, em seu artigo 2º, a própria Resolução nº 2.309 veda esses subtipos contratuais em seu artigo 28, inciso I, quando proíbe o estabelecimento de contrato de arrendamento mercantil entre pessoas físicas e jurídicas coligadas ou interdependentes. A principal utilidade e razão para sua vedação legal é a possibilidade de se contornar 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 bancário⁶¹.

Há ainda algumas outras variações do contrato de arrendamento mercantil, como a *dummy corporation* e o *lease purchase*, mas esses subtipos, relacionados com a figura do *trust* do sistema jurídico da *common law*, não são muito utilizados no Brasil, não sendo de maior interesse esmiuçá-los no presente estudo.

5. Dos direitos e obrigações

5.1. Do arrendador

O contrato de arrendamento mercantil é oneroso e sinalagmático, portanto gera di-

reitos e obrigações para ambas as partes. O arrendador tem as seguintes obrigações:

- adquirir o bem nos estritos termos de especificação determinados pelo arrendatário;
- assegurar-se da boa procedência do bem, de seu estado de conservação e de sua integridade, como se fosse um mandatário do arrendatário na aquisição;
- realizar seguro do bem arrendado;
- transferir a posse do bem a ser arrendado de imediato para o arrendatário;
- respeitar o direito ao uso regular da coisa do arrendatário, não molestar sua posse direta.

Como já dissemos antes, o contrato de arrendamento mercantil se inicia com o acordo entre arrendatário e o arrendador para a aquisição de um determinado bem. O arrendante pode ou não ser possuidor desse bem. Em não o sendo, deve adquiri-lo de forma a satisfazer todas as exigências do arrendatário. Aqui deve-se observar alguns detalhes: como é o arrendatário quem arcará com o pagamento em definitivo, ainda que diferido, do bem objeto e é o seu interesse econômico que deve ser satisfeito pelo bem, a ele cabe especificar todas as suas características, podendo inclusive determinar a marca, fornecedor ou empresa de quem deve ser adquirido, pois nessas escolhas estão imbuídos os fatores preferência e confiança do arrendatário.

Quanto à procedência do bem, cabe ao arrendante assegurar-se de que este encontra-se em perfeitas condições, pois a relação de compra e venda do bem estabelece-se exclusivamente entre o adquirente e o vendedor, no caso, arrendante e fornecedor. Este não faz parte do contrato de arrendamento mercantil, não vende o bem para que seja arrendado, vende-o ao arrendador e com ele se esgotam suas responsabilidades; o arrendatário aqui não passa de terceiro interessado, não integrante do contrato. Além disso, apesar de ser um direito do arrendatário escolher o bem, não é incomum que lhe dê

apenas as especificações genéricas, cabendo ao arrendador realizar certas escolhas; em sendo assim, é possível que seja responsabilizado por culpa *in eligendo*, caso surjam problemas com o bem que prejudiquem o arrendatário em sua fruição econômica plena.

O bem objeto de arrendamento mercantil, uma vez entregue, fica sob a responsabilidade da arrendatária, que deve cuidar dele como se dela fosse, em um papel semelhante ao do depositário, mas pode utilizar-se dele, nos limites do uso regular, como se proprietária fosse. No entanto, ela não é proprietária, é arrendatária, e como tal não lhe cabe o ônus gerado por motivos imprevisíveis ou de força maior, esses recaem sobre o arrendador, que deve substituir o bem ou repará-lo. Por isso, é aconselhável que o arrendador faça um seguro, não um seguro do contrato, mas um seguro do bem objeto do contrato. O proprietário do bem é o arrendador, mas, como existe a opção de compra, e as prestações são majoradas para atender também a isso, a destruição do bem por motivo alheio gera prejuízos ao arrendatário, podendo inclusive gerar lucro cessante, motivo pelo qual deve ser realizado um seguro, que terá obviamente seu prêmio incluso nas contraprestações⁶².

Já sobre a transferência da posse do bem, o mais aconselhável é que o bem passe direto da posse do vendedor/fornecedor para o arrendatário, sem que o arrendante tome parte nisso. Nada impede que o arrendante receba o bem e o repasse de imediato para o arrendatário, mas, de forma a reduzir ao máximo os riscos, é melhor que o vendedor o faça ou o próprio arrendatário, pois assim a responsabilidade durante o transporte não recairia sobre o arrendante. Além disso, o bem não pode ficar em posse do arrendante mais do que o necessário para a transferência, sob o risco de causar prejuízos indenizáveis ao arrendatário, mais um motivo para que este receba o bem diretamente do vendedor. No caso de haver inexecução culposa por parte do arrendador, que pode ser

caracterizada pela não-compra ou entrega do bem, existem perdas e danos, que podem realizar-se como dano emergente e lucro cessante, de acordo com o caso concreto⁶³.

Em contrapartida, o arrendante tem os seguintes direitos:

- escolher a melhor forma de pagamento do bem, na compra e venda realizada entre ele e o fornecedor;
- exigir garantias à execução do contrato de arrendamento mercantil;
- manter a propriedade, ainda que resolúvel, do bem contratado;
- receber periodicamente, e sem atrasos, a contraprestação pelo arrendamento;
- realizar visitas periódicas para a inspeção do bem, desde que previamente acordado com o arrendatário;
- ser informado imediatamente de qualquer usurpação ou ato danoso ocorrido ou em ameaça de ocorrer (esbulho e turbacão);
- posse e propriedade de peças, implementos e acessórios que forem incorporados ao equipamento.

A relação de compra e venda estabelece-se estritamente entre comprador e vendedor, mesmo que a destinação do bem já esteja determinada por outro contrato, o de arrendamento. Por isso, cabe às partes contratantes a escolha da melhor forma de pagamento e das garantias a serem implementadas. No entanto, essa liberdade contratual não é de todo plena, pois pode o arrendatário não concordar com determinados acordos, desde que estes ameacem, fundadamente, de alguma forma, o perfeito desenvolvimento do contrato de arrendamento, facultando-lhe desistir do contrato ou exigir a remoção da cláusula contratual. Como se vê, o arrendatário não pode influir diretamente no contrato de compra e venda, mas tem amplos poderes para exigir do arrendador certas mudanças para melhor adequar-se ao contrato vinculado.

Tal qual qualquer outro contrato mercantil, o *leasing* não dispensa as garantias

da execução da obrigação. “Em geral, tomam feições de arras confirmatórias destinadas a reforçar o adimplemento dos compromissos assumidos pela locatária perante a empresa de *leasing*”⁶⁴. Essas garantias podem ser classificadas em principal e acessórias. A manutenção da propriedade do bem arrendado por todo o contrato é a principal garantia do *leasing*; vale reforçar que a *manutenção da propriedade pelo arrendador é mera garantia do cumprimento contratual*, é como se fosse um super direito real em garantia⁶⁵. O arrendador não tem qualquer interesse em permanecer com o bem, a ele interessa apenas o recebimento das contraprestações, que trazem imbutidas o preço, os custos, as taxas e o lucro sobre a operação.

Já como garantias acessórias podem ser apontadas as pessoais e as fidejussórias. Em geral são cambiais, notas promissórias ou letras de câmbio e, tal qual na alienação fiduciária, devem corresponder às contraprestações a que se obriga a arrendatária. Outra espécie de garantia é uma caução em dinheiro ou o próprio adiantamento do pagamento do VRG, que, nessa hipótese, não consiste em uma antecipação da opção de compra, que descaracterizaria o *leasing*⁶⁶, mas em mero depósito a título de garantia de que a obrigação será cumprida. Por algum tempo, realizaram-se contratos de arrendamento mercantil garantidos por duplicatas, mas, como o *leasing* não é uma compra e venda nem prestação de serviço, o título é inválido, inapto, portanto, a garantir qualquer coisa⁶⁷.

O contrato de arrendamento mercantil é vantajoso para o arrendatário porque este tem acesso a determinados bens sem que tenha de imobilizar capital, possibilitando inclusive uma taxa de renovação maior. Já o arrendador, normalmente uma instituição financeira, tira vantagem das contraprestações recebidas no curso do contrato, que incluirão uma justa remuneração pelo capital aplicado. Exatamente por isso, dentro do período estabelecido contratualmente, que pode ser de até um ano no arrendamento

mercantil rural⁶⁸, mas que normalmente é de um mês, o arrendador faz jus a receber a sua contraprestação, e seu inadimplemento coloca o arrendatário em mora, dando fim ao contrato. A arrendadora faz os seus cálculos e planejamentos contando com o crédito a receber das contraprestações, por isso não pode o arrendatário atrasar nos seus pagamentos, pelo menos não em casos de seguimento normal do contrato. Mister ressaltar que, não obstante o inadimplemento ser uma causa resolutive do contrato, ela não deve ser encarada de forma absoluta, a mora no pagamento deve ser de tal monta que inviabilize a continuação do contrato, ou seja, deve efetivamente ocorrer o inadimplemento.

Em havendo previsão expressa, pode o arrendador realizar inspeções periódicas no local em que se encontra o bem para averiguar o uso correto e, inclusive, realizar testes de manutenção. No entanto, essas visitas devem ser acordadas previamente, principalmente quanto ao horário de acesso para que não gere qualquer problema ao arrendatário, como a paralisação das atividades em horário comercial.

No caso de esbulho ou turbação da posse, e, em geral, fato novo, o arrendatário tem a obrigação de comunicar imediatamente ao arrendador o ocorrido, para que este possa defender sua garantia e resguardar seu investimento, ainda que o arrendatário possa fazê-lo pelas vias legais apropriadas. A defesa, efetiva ou não, da posse pelo arrendatário não exclui o direito do arrendador de ser comunicado do ocorrido.

O uso normal de um equipamento muitas vezes necessita de acessórios e implementos; quando o contrato de arrendamento mercantil se encerra e o arrendatário não exerce sua opção de compra, não pode ele retirar os acessórios e implementos que estavam incorporados ao bem principal. Para evitar quaisquer discussões, recomenda-se que essa cláusula venha prevista expressamente no contrato.

5.2. Do arrendatário

O arrendatário permanece com a posse do bem por toda a duração do contrato, por isso a ele cabem as seguintes obrigações:

- solver o débito e todos os seus acessórios (juros, comissões permitidas, taxas, correção monetária) pontualmente;
- utilizar o bem em consonância com o contratado;
- proteger e conservar o bem por todos os meios possíveis, inclusive com a realização de reparos decorrentes do uso normal ou desgaste de peças;
- não pode alterar ou modificar, de qualquer forma, o equipamento e os elementos que o compõem, substituindo, sem autorização do arrendador, peças e acessórios que não sejam por outras legítimas;
- informar imediatamente o proprietário em caso de esbulho ou turbação ou qualquer fato novo;
- pagar os impostos e encargos fiscais;
- não pode dispor da coisa a qualquer título, oneroso ou gratuito, pois que sua não é, sem autorização expressa do arrendador⁶⁹;
- responsabilizar-se pelo Valor Residual Garantido (VRG) caso não exerça a opção de compra ou renove o contrato.

Uma das formas de resolução contratual do *leasing* é o inadimplemento das contra-prestações por parte da arrendatária. Em tese, basta um único atraso para que o contrato esteja encerrado por inadimplemento, desde que reste comprovado que ele provocou a inviabilidade do processo; não basta a mora, é necessário comprovado inadimplemento. Além disso, é necessário que se constitua o devedor em mora, sendo essencial a notificação ou citação em ação de busca e apreensão ou execução do contrato, ou seja, o aviso judicial da mora; ademais, tendo-se em vista a natureza e os objetivos do contrato de arrendamento mercantil, a possibilidade de purgação da mora deve sempre ser concedida ao arrendatário, de modo a preservar os interesses legítimos das

partes e manter a comutatividade contratual, desde que não implique maior prejuízo ao arrendador⁷⁰.

O arrendatário é titular do direito de uso e gozo do bem arrendado, mas não pode usufruir dele além da utilização normal da sua espécie, nem diversamente do contratado, pois o uso abusivo pode danificar o bem, reduzindo a sua eficácia enquanto garantia do contrato. Normalmente, no *leasing* há um planejamento prévio em que o futuro arrendatário apresenta ao futuro arrendante um plano de utilização do bem objeto e os lucros que ele lhe trará. Esse plano passa a fazer parte do contrato e deve ser obedecido por aquele que se obrigou.

Salvo quando o próprio contrato prevê que as revisões e trocas de peças serão feitas pelo arrendador, o que ocorre geralmente no *leasing* operacional, o arrendatário se obriga a realizá-las e arcar com os custos das trocas de peças necessárias à normal utilização do bem. Não se refere aqui às hipóteses de dano causado por força maior ou terceiro, mas aquelas despesas normais de manutenção e funcionamento características do equipamento. Nessas trocas, está o arrendatário obrigado a utilizar-se de peças e acessórios originais ou legítimos, sob o risco de arcar com qualquer dano que venha a ocorrer ou com qualquer variação da depreciação ocasionada pela utilização de componentes de baixa qualidade. Da mesma forma, está limitado à vontade do arrendador quanto a alterações e adaptações do bem, ainda que essenciais para o seu melhor funcionamento para a arrendatária, desde que tais alterações não tenham sido previamente acordadas. De um modo ou de outro, as alterações no bem arrendado não podem ser tais que o descaracterizem, sob o risco de se extinguir o contrato por perda de objeto.

Já quando houver qualquer ameaça ou efetivo dano ao bem arrendado, ou ocorra fato novo, deve o arrendatário não só defender o bem no melhor de suas possibilidades, inclusive por meios judiciais, como co-

municar de imediato o arrendador, para que, der seus interesses se assim lhe aprouver.

Durante a duração do contrato, todos os lacionados com a utilização e manutenção do bem arrendado correm por conta do ar-

tem e tira proveito. Assim, no caso de um arrendamento de um veículo automotor, o

datário. Importante ressaltar que essa responsabilidade não se refere aos impostos e

correr do contrato de arrendamento mercan- a transferência da carga tributária, que não

Ao arrendatário é vedado a cessão, su- obrigações sem prévia anuência do arren-

dador. Por isso, a Resolução nº 2.309 do Banco Central exige que venham expressas no contrato as responsabilidades do arrendatário que incorrer em qualquer dessas hipóteses sem a devida autorização. No entanto, não se deve confundir cessão, sublocação ou transferência com o subarrendamento, este é permitido legalmente e caracteriza-se pelo contrato de arrendamento mercantil com uma empresa de *leasing* no exterior vinculado a um outro contrato de *leasing*, o subarrendamento, com pessoas jurídicas no País.

Uma das mais importantes obrigações do arrendatário foi incluída pela Portaria nº 564 do Ministério da Fazenda, de 1978, confirmada pela referida Resolução, e não encontra respaldo na Lei nº 6.099, que é a figura do Valor Residual Garantido⁷¹. A Lei do Arrendamento Mercantil, em seu artigo 5º, “d”, exige que o instrumento do contrato traga em si “o preço para opção de compra ou critério para sua fixação, quando for estipulada esta cláusula”. É uma proteção ao arrendatário, que desde o início do contrato saberá de antemão o custo de aquisição do bem, ou pelo menos os critérios a serem uti-

lizados para determiná-lo. Ele corresponde à pequena parcela de depreciação⁷² do bem que não foi incluída nas contraprestações contratuais, é o resto de valor econômico que o bem possa ainda ter. A soma das contraprestações não abarcará todo o valor do bem, deve chegar até um determinado percentual do valor do bem, consubstanciando-se o restante no valor residual ou preço de aquisição, de forma a completar, assim, a plenitude do custo do bem. Mas a Resolução nº 2.309, em seu artigo 7º, inciso VII, alínea “a”, manteve a “previsão de a arrendatária pagar valor residual garantido (...)”, o que não existe em qualquer lugar na Lei regulada. Ele corresponde a um valor mínimo que o arrendador deve receber, na venda do bem a terceiro, caso não seja exercida a opção de compra pelo arrendatário. Se esse valor não for alcançado, caberá ao arrendatário a sua complementação.

Em sendo uma extrapolação legal, é de se cogitar a ilegalidade de sua cobrança. Há quem vá mais longe e identifique uma verdadeira contradição com o espírito do *sing*, como Arnaldo Rizzardo, pois “[...] de acordo com o sentido de VRG, o arrendador

ao final. Mesmo que não exercida a opção de compra, esse valor residual deverá in-

terceiro, se não atingir o VRG, ao arrendatário caberá a complementação [...]”.

cobrança do VRG, uma vez que vemos nele mera parcela da depreciação que não foi

vezes, do relativo valor do bem depreciado ao final do contrato, exatamente por isso o do VRG e o do valor de opção ou residual serão bastante próximos; apenas

tido os gastos com uma possível demora e custos da alienação para terceiro. O referi-

parcela de depreciação não-inclusa nas prestações; para ele, o preço está completamente

natureza teria o valor residual? Por que pagar mais a alguém por algo que já se pagou efetivamente? Se fosse desse modo, o arrendamento mercantil se aproximaria ainda mais da venda com reserva de domínio, com a transferência da propriedade no momento do adimplemento da última parcela, quando, na realidade, o valor residual deve ser pago tão-somente ao fim do contrato e optativamente, como condição de aquisição do bem. O arrendante só terá o total valor do bem de volta com o recebimento do valor residual, por isso, quanto mais altas as prestações, menor o valor residual, a relação é de proporcionalidade inversa.

Mesmo no caso de opção de aquisição, o que se estará pagando ao arrendador é a parcela de depreciação do bem que não foi incluída nas contraprestações, o chamado valor de opção. Essa exclusão das contraprestações tem por objetivo suavizar as mensalidades, tornando economicamente viável o negócio, visto que elas já são visivelmente superiores às praticadas na locação. A postergação do pagamento integral do valor do bem se dá de forma a permitir que o arrendatário, já tendo tido retorno financeiro da utilização econômica do bem no curso do contrato, possa então finalmente terminar de pagar pelo bem.

Na complementação do VRG pelo arrendatário, nada mais há do que uma transferência consensual do risco; o arrendatário concordou em cobrir totalmente o investimento do arrendador marcado pelo preço avençado do bem, além de outros custos. Apenas convencionam que uma pequena parcela será destacada das prestações de forma a permitir que ela seja arcada pelo próprio arrendatário no caso da opção de compra, ou por terceiro na extinção do contrato. O arrendatário, nesse caso, é mero garante do valor. A arrendadora não arca com os riscos da venda, a ela só interessa receber de volta o seu investimento, seu interesse no objeto é puramente como garantia. A arrendatária é que pode ter algum tipo de interesse na sua propriedade.

Quando a taxa de depreciação do bem é muito baixa, tendo o bem arrendado ainda relevante valor econômico ao final do *leasing*, é comum que se renove o contrato de arrendamento, pois o valor residual seria alto (parcela de depreciação não incluída + valor relativo do bem depreciado). É sobre esse valor que será calculado o novo arrendamento, levando-se em consideração tudo o que já foi pago.

Por fim, para que o arrendatário se ponha em pé de igualdade ou pelo menos em uma posição mais favorável com relação ao arrendador, certas prerrogativas lhe são garantidas:

- escolher o bem a ser arrendado e todas as suas especificidades;
- ser informado do valor pago ao fornecedor e a forma de pagamento;
- ser informado do valor das taxas e remunerações implícitas nas contraprestações;
- saber de antemão o *quantum* do valor residual ou sua fórmula de cálculo⁷⁴;
- ter seu *ius fruendi* garantido pelo arrendatário;
- Aceitar ou não a substituição do bem arrendado no curso do contrato⁷⁵;
- optar pela renovação do contrato, a devolução do bem ou sua aquisição⁷⁶.

O arrendamento mercantil traz embutido em si um financiamento de um bem que o arrendatário quer ter acesso sem imobilizar capital, ou que não dispõe de capital para adquirir. Exatamente por isso, a ele cabe o direito de escolher o bem que melhor lhe serve, podendo determinar-lhe todas as características, inclusive o fornecedor. Todo e qualquer detalhe referente ao bem pode e deve ser determinado pelo arrendatário, pois só a ele interessam; mesmo porque a propriedade do arrendador é a título de garantia e, com o adimplemento da obrigação, há a possibilidade de aquisição pelo arrendatário.

Apesar de poder determinar todas as características do bem, não lhe cabe a prerrogativa de determinar a forma de pagamen-

to, pois não será ele a diretamente realizá-lo, essa negociação cabe ao arrendador que terá de despende o capital de imediato, financiar a aquisição. No entanto, todos os detalhes desse acordo devem ser repassados ao arrendatário, pois o preço acordado será elemento essencial de cálculo para as prestações que ele terá de pagar; além disso, certos tipos de acerto podem prejudicar o arrendamento, facultando ao arrendatário impugná-las ou exigir que o arrendador não as assuma. De qualquer forma, o arrendatário deve ser sempre informado de tudo que envolva a negociação.

O arrendatário também deve ser informado do valor de todas as taxas, custos e juros, bem como sua forma de cálculo, inclusos na contraprestação, discriminadamente, para que tenha a real noção de quanto está pagando à arrendadora e para que possa negociar esses preços.

Ao final do contrato, cabe ao arrendatário exercer ou não a opção de compra; para tanto, ele deve pagar o chamado valor residual. Este representa um percentual da depreciação do bem arrendado que não foi diluído nas contraprestações, acrescido do relativo valor econômico do bem (nos casos de bens com baixas taxas de depreciação, e.g. Como é uma despesa que o arrendatário terá de arcar, ele deve ser in-

fórmula de cálculo, não só para poder planejar-se caso o valor seja considerável, como

vidas que não correspondam ao valor residual propriamente dito. Na hipótese de o

mente, deve-se excluir das prestações e do valor de opção os juros, pois estes não são

Se impossível a determinação do *quantum* ser pago, pelo menos a fórmula de seu cálculo deve ser informada no instrumento do ser sempre determinado ou determinável.

6. Da propriedade em garantia do arrendador

O arrendador normalmente é uma instituição financeira, o que ressalta o caráter financeiro do contrato de *leasing*. A ele interessa o retorno do capital empregado na aquisição do bem, que não lhe tem qualquer utilidade senão como garantia de adimplemento da obrigação principal por parte da arrendatária, qual seja, o pagamento de todas as contraprestações. Exatamente por isso a sua propriedade é extremamente limitada, não passando de um mero direito real em garantia. Relembremos alguns conceitos envolvendo propriedade e raciocinemos.

6.1. Da Propriedade

A propriedade é o direito real por excelência, direito subjetivo padrão ou direito fundamental⁷⁷. Há, de forma geral, três formas de conceituá-la⁷⁸:

a) tentando reduzi-la aos seus elementos essenciais positivos (direito de usar, gozar, reivindicar, alienar, etc): todos esses direitos os encontramos em várias combinações. A tendência é que se reduza o conteúdo da propriedade a esses elementos essenciais, procurando a sua definição na sua enumeração – uns definindo unicamente a plena propriedade, enquanto outros procurando restringir esses elementos aos que, sem eles, a propriedade não pode ser considerada como tal, reduzem, assim, a definição de propriedade ao mínimo;

b) um segundo grupo pretende destacar o elemento genérico da vontade do proprietário relativamente à coisa. O elemento ativo, o conteúdo do poder do proprietário consistiria nessa possibilidade de manifestar livremente a sua vontade acerca da coisa – de tal modo se tem quase a definição da propriedade no momento dinâmico da exteriorização da vontade do proprietário;

c) um terceiro grupo põe em evidência o momento estático dessa relação jurídica da propriedade, isto é, o elemento da pertinência da coisa ao proprietário, sem qualquer

preocupação com a possível manifestação da vontade do homem sobre a coisa.

O critério de propriedade no direito positivo está no nosso Código Civil, o qual, em seu artigo 524, limitou-se a traçar o seu conteúdo: “a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”, e a Constituição, a sua garantia, artigo 5º, inciso XXII, desde que ela obedeça a sua função social (inciso XXIII). Com o conteúdo legal e proteção (e restrição) constitucional, nos passos do primeiro grupo retratado por Scialoja, podemos tomar como conceito de propriedade o seguinte: a propriedade é o direito de usar, gozar e dispor da coisa, nos limites do seu fim social, e reivindicá-la de quem injustamente a detenha.

O uso (*ius utendi*), o gozo (*ius fruendi*) e a disposição da coisa (*ius abutendi*) são os elementos que compõem a propriedade, são atributos ou faculdades que lhe são inerentes. Quando estão reunidos em uma única pessoa, tem-se a chamada propriedade plena (*plena in re*), mas, se houver um desmembramento e uma dessas faculdades a outrem for passada ou do proprietário for tirada (*e.g.* cláusula de inalienabilidade), então teremos a propriedade limitada. Essa restrição pode ser voluntária ou legal, sendo que hoje poder-se-ia falar também na restrição social da propriedade.

O direito de usar é a faculdade de colocar a coisa a serviço do titular, sem modificação da sua substância⁷⁹, seja em benefício próprio ou de terceiro. O direito de gozar é a faculdade de beneficiar-se dos frutos, sejam os que da coisa naturalmente advêm ou os civis. Já o direito de dispor é a faculdade de gravar de ônus, colocar a disposição de terceiro, alienar ou abandonar a coisa; e o direito de reivindicar a coisa (*rei vindicatio*) consiste no poder que o proprietário tem de buscar a coisa nas mãos alheias, retomá-la. Esses elementos são essenciais à propriedade, mas podem ser destacados em favor de terceiros, desde que o direito à substân-

cia da coisa, em torno da qual se congregam as faculdades elementares, não seja afetado⁸⁰.

Como veremos adiante, a propriedade do arrendador é tão restringida que é questionável se sua substância não foi realmente atingida no contrato de arrendamento mercantil.

6.2. Dos limites à propriedade

A propriedade, hoje, não tem mais o caráter absoluto que tinha no passado. É um direito real de conteúdo virtualmente limitado, e a sua plenitude não é incompatível com tais limitações. No Brasil, o artigo 147 da Constituição de 1946 garantia a propriedade, “salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social(...)”; a de 1967, no artigo 157, seguia a mesma tendência; e o atual artigo 5º, inciso XXIII, subordina-a finalisticamente à sua função social⁸¹. Da mesma forma, existem inúmeras restrições legais à propriedade, como o direito de vizinhança, as servidões, o direito sanitário, etc.

Além desses limites, por assim dizer, de ordem pública, como já mencionamos, uma das faculdades da propriedade é de disposição de seus elementos. Por isso, é possível que, por razões particulares, o proprietário resolva reduzir seu direito de propriedade, impingindo-lhe certos ônus reais (*res* – sobre a coisa). Esses ônus caracterizam-se como direitos reais, que podem ser sobre coisa alheia, em garantia e de aquisição⁸², sendo esses dois últimos exatamente os que nos interessam para o presente raciocínio.

6.3. Direito real em garantia

O conceito dos direitos reais de garantia sofreu oscilações históricas, apresentando-se, na origem, como todo direito sobre uma coisa estabelecido para garantia de um crédito⁸³. É a sujeição de uma coisa, em vínculo real, à garantia de cumprimento de uma obrigação. A garantia real opõe-se à garantia pessoal ou fidejussória, que implica a submissão de uma segunda pessoa à dívida.

Os direitos reais – seja o mais amplo deles, a propriedade, seja qualquer dos direitos reais de gozo, como, por exemplo, o usufruto – podem servir, desde a criação no direito moderno dos negócios fiduciários do tipo romano ou do tipo germânico, de garantia a um crédito, enquadrando-se na categoria que Pontes de Miranda⁸⁴, inspirando-se em autores alemães, denominou direitos reais em garantia, para distingui-la dos tradicionais direitos reais de garantia, que são o penhor, a anticrese e a hipoteca, isto é, direitos reais limitados ou direitos reais sobre coisa alheia⁸⁵. Mais adiante, tentaremos demonstrar como o contrato de arrendamento mercantil introduziu no ordenamento brasileiro a noção de propriedade em garantia.

Em princípio, a garantia real somente se compreendia com a transmissão do domínio da coisa, surgindo o conceito técnico de direito real em garantia apenas quando passou-se a admitir o ônus sem a transmissão de propriedade⁸⁶. A primeira manifestação foi a *fiducia*, na qual o devedor transmitia ao credor uma coisa em plena propriedade, convencionando-se simultaneamente que o credor dela não podia dispor, devendo restituí-la com o adimplemento da obrigação principal. Para evitar seus inconvenientes, foi instituído o *pignus*, que consistia na entrega da coisa ao credor como depositário, mero possuidor, e não proprietário. Mas ele privava o proprietário do uso da coisa, por isso, foi desenvolvida a *hypotheca*, que era a possibilidade de o proprietário se servir da coisa enquanto ela servia de garantia ao credor, sem necessidade de transmissão da posse ou domínio. Por último, surgiu a possibilidade de a coisa servir como garantia mas sem que se cogitasse da sua venda no caso de inadimplemento, a obrigação seria garantida pelos frutos que a coisa gerasse.

Os ordenamentos modernos passaram a admitir três tipos de garantia real: a) a coisa dada em garantia sai da posse imediata do dono para as mãos do credor ou terceiro, podendo ser levada a venda caso a obriga-

ção não seja cumprida devidamente; é o penhor; b) a garantia se constitui na coisa sem que o proprietário perca a posse imediata ou a propriedade, podendo, entretanto, o credor promover sua venda em caso de inadimplemento da obrigação; é a hipoteca; c) o credor pode adquirir o direito de receber os proveitos, no todo ou em parte, da coisa dada em garantia que lhe será entregue ou a terceiro, até que lhe baste para a satisfação do crédito; é a anticrese⁸⁷.

No entanto, com as mudanças do mundo moderno, esses tipos de garantia real não satisfaziam mais as necessidades econômicas da sociedade. Era necessário garantir de forma mais eficaz o crédito. Para isso, foi criada a alienação fiduciária em garantia, que não passa do resgate do antigo instituto da *fiducia*, só que, dessa vez, há a transmissão da propriedade em garantia e da posse mediata, mas não da posse imediata, esta, bem como o direito de usar a coisa, fica com o alienante-devedor. Com o adimplemento da obrigação, a posse imediata do devedor consolida-se em propriedade plena de novo, sem que haja necessidade de qualquer novo ato de ambas as partes.

Por algum tempo, essas garantias nos serviram adequadamente, mas os comerciantes começaram a enfrentar certas situações em que nenhuma dessas formas de garantia se enquadravam bem ou que, apesar de ser possível utilizá-las, acarretariam gastos demasiados. Surgiu, então, o arrendamento mercantil, em que o credor adquire uma coisa em nome próprio, mas com a única finalidade de transferi-la para o arrendatário, que, ao final do contrato, poderá ter sua posse imediata consolidada em propriedade. A sua principal distinção da venda com reserva de domínio é o caráter de financiamento do *leasing*, que inclui, em suas prestações, não só o preço do bem (posto que não é venda), mas também taxas de administração, juros e lucro. Da locação é ainda mais visível a sua distinção, uma vez que quem loca não transfere ao locatário o pleno uso econômico do bem, nem lhe promete a venda.

Além disso, no arrendamento mercantil, as grandes vantagens são fiscais e contábeis; esse é o verdadeiro passo evolutivo desse instituto. Ele coloca em segundo plano o direito sobre a coisa, ainda assim, consiste em melhor garantia de crédito do que os demais institutos. É mais vantajoso para ambos os contratantes e ao mesmo tempo garante o crédito com a propriedade. Enquanto os institutos anteriores limitavam ou retiravam a propriedade do devedor, o mecanismo do *leasing* é impedir que o bem adentre o seu patrimônio até que se cumpra a obrigação principal. Exatamente pelo fato de a propriedade ser limitada pela sua finalidade pignoratícia, devemos encará-la com certos cuidados. A propriedade limitada pela sua finalidade de garantia deve cumprir sua função social como tal.

6.4. Propriedade em garantia

Dissemos anteriormente que a propriedade é composta pelos elementos essenciais: uso, gozo, disposição e poder de reivindicar. Afirmamos também, em consonância com Lafayette⁸⁸, que o proprietário poderia ter uma ou algumas dessas faculdades limitadas, desde que não se alcançasse a substância da propriedade. Analisemos então a propriedade quando ela é dada em garantia e, no caso do arrendamento mercantil, quando ela é adquirida em garantia.

Temos de plano um problema conceitual, quem aliena não grava, posto que aquele que grava em garantia começa a expor o bem à alienação, se a garantia consiste em subordinar ao seu fim o valor do bem. Para a extração do valor, tem-se de alienar⁸⁹. Da mesma forma, quem adquire propriedade adquire para si, sendo inovadora, para não dizer estranha, a noção de que alguém possa tornar-se proprietário de um bem apenas para garantir-se, como ocorre na alienação fiduciária, e ainda mais inovadora a aquisição de propriedade no *leasing*, pois que, além de garantia, é forma de financiar outrem. A despeito desse dilema, aliena-se para garantir e adquire-se propriedade para financiar.

No direito inglês, a *equity* é invocada pelos juizes e juristas no *mortgage of personal property*, que é venda a título de garantia, não propriamente penhor (*gage*); no direito alemão, os juristas e juizes admitem que a *Sicherungsübereignung*, *Sicherungsübertragung*, constituir-se-ia ao lado da lei.

O direito inglês utiliza três expedientes para justificar a propriedade em garantia: a condição resolutiva, o pacto de retrovenda e a condição suspensiva. Nas duas primeiras hipóteses, o bem efetivamente entra no patrimônio do adquirente; na terceira, o bem entra no patrimônio do credor no inadimplemento. Jurisprudencialmente, introduziu-se a remição, a *equity of redemption*, a favor do alienante, e a pretensão de cobrar a diferença entre o valor do bem e a dívida, e terminou-se por ver na situação jurídica do adquirente apenas a de quem tem em seu patrimônio bem em garantia. É o que chamo de propriedade em garantia, trata-se de um direito real – a propriedade – restrito ontologicamente e teleologicamente à sua finalidade pignoratícia; é um verdadeiro direito real em garantia⁹⁰!

Para fundamentar essa pretensão, o direito anglo-saxão trabalha com conceitos estranhos ao sistema jurídico brasileiro, a *equitable mortgage*, que teria o credor, titular de direito sobre a *legal property*. Um teria a *legal ownership*; outro, a *equitable ownership*. Mas o negócio jurídico só funcionaria assim se fosse registrado. Temos plena consciência de que nosso sistema jurídico repudia a propriedade sobre a mesma coisa por dois sujeitos, ainda que no sentido expresso pelos ingleses. Mas a idéia por detrás dela não nos é de todo estranha. Na realidade, vislumbra-se nessa construção alienígena uma correta aplicação dos princípios da isonomia e da proibição do enriquecimento ilícito. É por isso que os sistemas da *civil law* vêm a mais de dois mil anos lutando pela proibição da existência do pacto comissório⁹¹, que seria a possibilidade de o proprietário, a título de garantia, poder ficar com o bem como adimplemento da obrigação.

Na Itália, também há quem distinga⁹², na propriedade que se transmite ao credor por força do negócio fiduciário, a *proprietà formale*, que pertenceria ao fiduciário, e a *proprietà materiale*, que seria do fiduciante, seguindo o molde dos ingleses.

No direito germânico, houve quem enxergasse na propriedade a título de garantia um direito real em garantia (*Reichsgericht* – 1910), chegou-se até a falar em penhor oculto. Surgiram até mesmo proposições do tipo “o direito cedido não sai do patrimônio do cedente e não entra no patrimônio do cedido”, o que, para doutrinadores como Pontes de Miranda, são efetivamente chocantes⁹³. Por outro lado, os conceitos de propriedade formal jurídica e propriedade material econômica ressoariam como confissão de fracasso na construção jurídica, sem as escusas do empirismo inglês.

Para ele, a transmissão da propriedade em garantia contém a transmissão da propriedade mais o acordo de não poder o adquirente dispor da propriedade do bem e ter de restituí-lo ao se solver ou se extinguir por outro modo a dívida. A *actio fiduciae* protegia o transmitente. No sistema brasileiro, se houvesse cláusula de segurança, na pior das hipóteses, teríamos a propriedade resolúvel. O proprietário o seria *pleno iure*, podendo transferir o que tem, seria proprietário como qualquer outro. E segue dizendo:

“Êsse ponto é o que mais importa para se fixar o conceito de transmissão em segurança. O que é matéria do direito das coisas fica; o que já passou no direito das obrigações, sem penetrar no direito das coisas, fica no direito das obrigações. Compreende-se que antes da disciplina jurídica dos direitos reais de garantia se haja lançado mão dêsse expediente, que exerceu função de segurança; e também que dêle se valessem os antigos e se valham hoje os interessados quando as circunstâncias lhes apontam inconvenientes, *in casu*, das constituições de direitos reais de garantia. [...] A obri-

gação de restituir, logo após ser solvida integralmente a dívida, existe e é pessoal”⁹⁴.

O referido doutrinador, em uma tentativa de sistematizar juridicamente de forma correta a prática de transmissão da propriedade em segurança, divide o fenômeno em duas partes, a real e a pessoal. Ele mesmo chega a afirmar que quem aliena faz mais do que precisa, bastando-lhe gravar, mas, no caso concreto, nem sempre é possível ou interessante às partes que o façam, sendo necessária ou exigida a transmissão. Nessa hipótese, de transmissão em segurança da propriedade, afirmar que o credor-proprietário não tem limitações reais, mas obrigações pessoais, como a de retransmitir a propriedade, é o mesmo que afirmar que, em caso de não cumprir o acordo, o devedor-alienante não poderia adjudicar o bem, nem reavê-lo de outra forma. Deu porque quis, os prejuízos que se resolvam nas perdas e danos; “o comerciante fica com os móveis do escritório, (...) e ao solver a dívida tem pretensão contra o credor, que o deixou de ser, para haver a propriedade dos bens. Mas pretensão pessoal”⁹⁵.

Com a devida vênia, razão não o assiste, uma vez que seria excesso de formalismo e liberalismo querer tornar a propriedade um direito absoluto resolvendo os problemas decorrentes em simples indenização pecuniária. Tanto assim o é que a lei, em inúmeras oportunidades, veda a cláusula comissória, e, apesar de haver doutrinadores que defendam a inadequação da vedação⁹⁶, ela demonstra o reconhecimento pelo sistema jurídico brasileiro de que, na transmissão da propriedade em segurança (alienação fiduciária), a propriedade restringe-se à parcela ideal correspondente ao valor do crédito, e não à coisa em si. Seria como se fosse um condomínio entre alienante-devedor e proprietário-credor, em que a parcela ideal deste se reduziria à medida que o débito fosse sendo quitado, na proporção do valor restante, até se extinguir.

Até agora tratamos da transmissão da propriedade em segurança, mas tentemos olhar a propriedade do arrendador no contrato de arrendamento mercantil com as noções que acabamos de discutir. Haveria qualquer diferença se o arrendatário comprasse o bem com capital emprestado pelo arrendador e depois lhe desse o bem em garantia? Em termos práticos, salvo o trabalho e o número de impostos em cada transação, não! Pois é exatamente isso que esse novo contrato faz, ele abrevia passos em nome da eficiência. Quem escolhe o bem é o arrendatário, quem usa o bem é o arrendatário, quem *realmente* recebe o bem do fornecedor é o arrendatário, quem paga os impostos sobre o bem é o arrendatário e quem exaure a importância econômica da coisa é o arrendatário!

Olhando desse modo, fica difícil não enxergar, nos termos de Lafayette, verdadeiro atentado à substância da dita propriedade do arrendador. Ele não a possui em momento algum, seja o bem móvel ou imóvel; neste último, a coisa ainda é registrada em seu nome, prova de aquisição (artigo 530, Inciso I, do CC), mas no primeiro, apenas mediante uma ficção jurídica, ou seja, uma invenção – a *traditio ficta* –, é que ele será proprietário, vez que o artigo 620 do Código Civil brasileiro exige a tradição para que ocorra a aquisição. Ele não pode usar o bem, não pode gozar do bem, nem dispor do bem e, mesmo que seja inadimplida a obrigação, terá de vendê-lo, pois que é vedada, em nosso ordenamento, a cláusula comissória.

É por isso que tanto na alienação fiduciária, quanto no arrendamento mercantil o detentor da propriedade o é a título de garantia. Não chegamos a afirmar, como os ingleses, que existem dois direitos de propriedade (*legal e equitable ownership*), nem chegaremos ao ponto de sustentar a existência de um condomínio entre devedor e credor nas porções inversas do crédito, mas sim um direito real de propriedade limitado pelo fim de garantia⁹⁷. É um direito real em garantia, uma propriedade ontologicamen-

te e teleologicamente limitada. Em ambos os casos, o proprietário é credor, credor com garantia real sim, mas mero credor, e em momento algum ele sai dessa condição. Em ambas as hipóteses, temos a propriedade em garantia como uma propriedade resolúvel, nos moldes dos negócios jurídicos germânicos, portanto, passíveis de seqüela. No *leasing*, o arrendador adquire o bem como forma de financiamento do arrendatário, este é que não tem ou não pode imobilizar o capital necessário para a aquisição, recorrendo, então, àquele (normalmente instituição financeira) para que adquira o bem e o arrende. A propriedade do arrendador serve única e exclusivamente como garantia de que o arrendatário quitará o seu débito.

Caso contrário, teríamos de concordar plenamente com Pontes de Miranda e Caio Mário, para então sermos contrários à vedação da cláusula comissória, pois a lei estaria realmente tentando vedar que o proprietário se tornasse aquilo que já seria, proprietário. E a porção não correspondente entre débito e valor do bem deveria ser restituída, mas por pretensão pessoal, não real. Não é o que acontece.

O arrendador adquire o bem em nome próprio, mas para uso e gozo do arrendatário. Alguns poderiam alegar que as contraprestações seriam frutos civis e que o arrendador, como proprietário, estaria delas gozando em sentido genérico. Mas, como a própria Resolução nº 2.309 afirma, é condição para a caracterização do *leasing* financeiro que “as contraprestações e demais pagamentos previstos no contrato, devidos pela arrendatária, sejam normalmente suficientes para a arrendadora recuperar o custo do bem arrendado durante o prazo contratual da operação e, adicionalmente, obtenha um retorno sobre os recursos investidos”. Como se vê, entre as contraprestações e o bem, não há qualquer relação direta, apenas o capital despendido para a aquisição deste é que é um dos elementos do cálculo daquelas, e, uma vez firmado o contrato, a variação do preço no mercado pouco impor-

ta para a determinação das prestações, a taxa de depreciação será fixada pela Secretaria da Receita Federal. A relação entre bem e prestação não é exatamente a de coisa e fruto, a relação entre o custo de aquisição (capital) e as prestações se aproxima mais dessa idéia.

Quanto à possibilidade de disposição, sendo o contrato registrado, não pode o arrendador dispor do bem. Pelo menos tem essa prerrogativa muito reduzida, pois o adquirente se vinculará ao contrato de arrendamento mercantil e ao seu desfecho: encerramento e liquidação da dívida (VRG), aquisição (valor de opção) ou renovação. A propriedade do arrendador se aproxima da propriedade do credor no negócio fiduciário germânico, o terceiro adquirente, em sendo o contrato registrado, terá sua propriedade submissa à condição resolutiva. Caso assim não o fosse, ela se aproximaria do absolutismo do tipo romano, no qual

“[...] a *propriedade fiduciária* é plena, tanto que o credor pode aliená-la a terceiro, sem que o devedor, ao pagar a dívida, tenha outro direito contra ele que não o de exigir perdas e danos por não poder o credor retransferir-lhe a coisa como se obrigou pelo *pactum fiduciae*; e contra terceiro nenhum direito assiste ao devedor. Em caso de negócio fiduciário do tipo germânico, a *propriedade fiduciária* que dele resulta nada mais é do que uma propriedade limitada, porque subordinada a condição resolutiva (o pagamento do débito pelo devedor), motivo por que, se o credor, antes de ocorrida a condição, a transferir para terceiro, este a adquirirá também como propriedade resolúvel, perdendo-a para o devedor, se a dívida for solvida”⁹⁸.

As garantias antigas separavam do patrimônio do devedor o bem gravado, ou mesmo o retiravam de sua propriedade; no contrato de arrendamento mercantil, evita-se que ele entre no patrimônio do devedor, pelo

menos até que as obrigações estejam adimplidas. Há uma verdadeira cláusula suspensiva para a aquisição do bem ou, observando-se o outro pólo da relação, uma condição resolutiva da propriedade.

7. *Direito de real aquisição do arrendatário*

Apesar de ser um elemento típico, mas não essencial, do contrato de arrendamento mercantil, a opção de compra do arrendador é um elemento indetificador do pacto. Nessa opção de aquisição, está embutida uma promessa de compra e venda do bem objeto do arrendamento, exurgindo uma série de perplexidades. A principal delas é a possibilidade ou não de suprimento, por sentença judicial, de uma declaração de vontade não emitida pelo arrendador, no caso de exercício da opção.

O arrendador, quando da assinatura do contrato, já externa sua vontade, para o arrendamento e para a aquisição, ou realiza mera promessa de venda? Essa questão merece um estudo mais aprofundado, mas, apenas para provocar a discussão, trabalhemos com um hipótese em que fique clara a necessidade de nova externalização de vontade por parte do arrendador. O arrendamento de bem imóvel. Como se sabe, o Brasil segue o sistema romano-germânico, no qual adota-se a duplicidade formal para a aquisição (contrato translático e tradição ou transcrição), logo, mesmo que o arrendatário exerça sua faculdade, é necessário que o arrendador externe nova declaração de vontade. Poderia essa declaração de vontade ser suplantada por sentença judicial?

Frederico Marques⁹⁹ já defendia a muito que, se a declaração de vontade se apresenta como infungível, o seu efeito na esfera das relações intersubjetivas que o direito regula pode, no entanto, ser isolado, pelo que tal infungibilidade é apenas de ordem jurídica, e não a de ordem natural como sucede com as obras e serviços que se exigem *ratione personae*, tais como o quadro de um pin-

tor, o concerto de um músico, a estatueta de um escultor, etc. Os órgãos do Judiciário, em certas ocasiões, podem suprir a vontade do obrigado inadimplente, quando existe obrigação anterior de emitir essa declaração e o obrigado se recusa a cumpri-la.

A legislação evoluiu nesse sentido, de forma tal que não há mais que se discutir essa possibilidade. O Decreto-Lei nº58 de 1937 prevê a adjudicação compulsória, por sentença, ao promitente comprador, do imóvel loteado prometido à venda, em caso de recusa da escritura pelo vendedor. Foi seguido pelo artigo 346 do CPC de 1939, que regulou o procedimento para a referida ação, e pelo artigo 1.006. A Lei nº 649, de 1949, alterou a redação do artigo 22 do Decreto-Lei, estendendo seus efeitos aos compromissos de compra e venda, sem cláusula de arrependimento, de imóveis não loteados. O novo CPC também tratou do assunto no artigo 632 e seguintes, das obrigações de fazer. A Lei nº 6.014 de 1973 adaptou ao novo regime o artigo 22 do DL 58, e a Lei nº6.766 de 1979 estendeu a proteção aos pré-contratos, propostas de compra, reserva de lotes e instrumentos similares, mediante aplicação dos artigos 639 e 64º do CPC.

Hoje, podemos afirmar sem maiores constrangimentos que é possível vislumbrar um direito real no contrato de arrendamento mercantil, e, tal qual o da promessa de compra e venda, faz parte de uma nova categoria de direitos reais, os chamados direitos reais de aquisição. É unânime nos autores que trabalham o *leasing* reconhecer nele imbuída a promessa de compra e venda, é a chamada opção de compra ao final do contrato. Antes ela representava um direito expectativo, mera promessa, e muito se discutiu se em caso de arrependimento era devido perdas e danos ou não¹⁰⁰, mas essa concepção liberal não mais encontra respaldo em nosso sistema jurídico, principalmente com a nova ordem constitucional e a consagração da função social da propriedade.

Independentemente dos requisitos legais específicos e sua restrita aplicação, credi-

tamos que, uma vez resgistrado o contrato de *leasing*, goza o arrendatário de direito real sobre a coisa arrendada (Lei nº 6.766, artigo 25), e, negando-se o arrendador a cumprir sua promessa, cabe ao arrendatário o direito à adjudicação compulsória. Mister explicitarmos que real é o direito do arrendatário sobre o imóvel quando do registro do contrato, mas, como bem explica Darcy Bessone¹⁰¹, o “*direito à adjudicação compulsória*, simples forma coativa e específica de execução de uma *obrigação de fazer*, inclui-se na categoria dos *direitos pessoais*”, condicionado ao pagamento do preço avençado e independente da averbação ou registro do contrato.

Notas

¹ Relevante aqui ressaltar o posicionamento de José Delgado, quando diz que o surgimento do *leasing* “(...) foi uma resposta ao desafio imposto por um dilema econômico, vinculado à necessidade do aumento de produtividade. (...) O sistema creditício tornou-se insuficiente para conter as aspirações de seu mundo consumidor. A compra à vista e a compra financiada não eram opções satisfatórias. O lucro exigido para as transações não era compatível com o capital imobilizado. O *leasing* é uma alternativa, pois, provocando apenas substituição na demanda de capital, permite aumentar os lucros”. DELGADO, José Augusto. *A Caracterização do Leasing e seus Efeitos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 269, p. 79-80.

² BEY, El Moktar. *Leasing et crédit-bail mobiliers*. Paris: Dalloz, 1970. p. 3. In: MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 14. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 450.

³ SILVA, Elvino Filho. O *Leasing* Imobiliário no registro de Imóveis. XI Encontro de Oficiais de registro de Imóveis do Brasil. In: *Revista de Direito Imobiliário*, jan./jun., 1985, n. 15, p. 14. Apud: *Leasing - Doutrina e Jurisprudência*, DELGADO, José Augusto. Curitiba: Juruá, 1997. p. 34.

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Contrato de Leasing*. Revista dos Tribunais, Março, v. 389, 1968, p. 13.

⁵ O vocábulo *leasing* vem do inglês, significando emprestar, sendo possível a tradução como arrendar.

⁶ Nesse sentido MARTINS, op. cit., p. 450. RIZZARDO, Rizzardo. *Leasing - Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro*. 3. Ed. rev. atual. e amp. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997. p. 25.

⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 11. Ed. aum. e atual. v. 3. São Paulo, Saraiva, 1996. p. 521.

⁸ WALD, Arnaldo. *Histórico e desenvolvimento do leasing*. Rio de Janeiro, Revista Forense, v. 250, a. 71, abr./jun., 1975, p. 14 e ss.

⁹ WALD, Arnaldo. A introdução do *leasing* no Brasil. *Revista dos Tribunais*, v. 415, a. 59, Maio, 1970, p.13.

¹⁰ WALD, Arnaldo. O regulamento do *leasing* pelo Banco Central. Rio de Janeiro, Forense. In: *Revista Forense*, v. 250, a. 71, abr./jun., 1975, p. 44-45.

¹¹ BRASIL. Lei nº 6.099, 13 de setembro de 1974. Art. 7º “Todas as operações de arrendamento mercantil subordinam-se ao controle e fiscalização do Banco Central, segundo normas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, a elas se aplicando, no que couber, as disposições da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e legislação posterior relativa ao Sistema Financeiro Nacional.”

¹² Aqui vale uma nota, em tendo sido o contrato de arrendamento mercantil tipificado pelo artigo 1º da Lei nº 6.099, não há mais que se falar em *leasing* como contrato atípico. Nesse sentido: PEREIRA, Carlos Mário da Silva. Instituições de direito civil. 10. ed. 4. Tiragem. v. 3. Rio de Janeiro, Forense, 1997. p. 147.

¹³ LEÃO, José Francisco Lopes de Miranda. *Leasing*: natureza jurídica e aspectos gerais. In: *Seminário sobre Arrendamento Mercantil*. Atibaia, São Paulo, Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Alçada e ABEL – Associação Brasileira de Empresas de *Leasing*. 14/8/98.

¹⁴ SANTOS, J. A. Penalva. *Leasing*. Rio de Janeiro, Revista Forense, v. 250, a. 71. abr./jun. 1975. p.47.

¹⁵ BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. 9. Ed. São Paulo, Atlas, 1997. p. 375.

¹⁶ RIZZARDO, op. cit., 147.

¹⁷ PEREIRA, op. cit. p. 147.

¹⁸ PAES, P. R. Tavares. *Leasing*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993. p. 21.

¹⁹ WALD, *A Introdução...*, p. 10.

²⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1979. p. 569 e 570.

²¹ SOUZA, Carlos Antônio Farias de. *Contratos de Leasing*. Revista Informatizada Data Venia. n. 21. ano 4. jan., 1999. p.2.

²² TRINDADE, Washington Luiz da. *Leasing: negócio jurídico fiduciário*. Salvador: Salvador Ltda., 1974. p. 67.

²³ LEÃO. op. cit., p. 147.

²⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 18. Ed. rev. atual. e ampl. v. 1. São Paulo, Saraiva, 1995. p. 3-4.

²⁵ Bens fungíveis não podem ser objeto do contrato de *leasing*, salvo se for individualizado de tal forma que perca sua fungibilidade (e.g. maquinário produzido em série com uma placa ou número de série).

²⁶ ANDRADE, Jorge Pereira. *Arrendamento mercantil (Leasing)*. In: *Contrato Nominados*. Yussef Said Cahali (coord.). São Paulo: Saraiva, 1995. p. 215.

²⁷ ALMIRO, Afonso. *Leasing*: nova técnica de Financiamento. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 250. a. 71. abr./jun. 1975. p. 417.

²⁸ No Brasil, assim como nos países de tradição civilista (*civil law*), a maioria dos juristas entende que a lei não deve trazer definições, encargo dos doutrinadores, o que permite a atualização legislativa por mera alteração interpretativa sem alteração do texto legal. Mas há os que defendam o contrário, como o Ministro Nelson Jobim, seguindo a tradição norte-americana, para quem a boa técnica legislativa consiste em definir no próprio texto legal o sentido do que está sendo regulado, “as regras de uso daquela palavra”, para evitar confusões.

²⁹ Vide nota 11 em conjunto com a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, art. 9º.

³⁰ BRASIL. Resolução do Banco Central nº 2.309. Anexo, Capítulo I, art. 1º.

³¹ SOUZA. op. cit. p. 523.

³² DINIZ. op. cit. p. 523.

³³ Importante ressaltar que, como já dissemos *supra*, o Banco Central, ao arripio da Lei, permitiu o arrendamento mercantil diretamente com o fabricante ou pessoa a ele coligada, extinguindo esta exigência.

³⁴ Apesar de o presente artigo não trabalhar com as hipóteses de *leasing* em que o arrendatário é um consumidor, nunca é demais ressaltar a plena aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor em tais contratos.

³⁵ Também conhecido como *full payout lease*.

³⁶ MARTINS, op. cit., p. 453.

³⁷ BENE, Francesco del. *Gli Effetti del Fallimento sui Rapporti Giuridici Preesistenti: L’Ipotesi del Fallimento del Concedente nel Contratto di Leasing*. *Giustizia Civile, Rivista Mensile di Giurisprudenza*. Milano: Giuffrè, a. 45, set., n. 9, 1995. p. 409.

³⁸ BRASIL,. Resolução do Banco Central. nº 2.309. Anexo I, Art. 5º.

³⁹ GOMES. op. cit. p. 572.

⁴⁰ BRASIL. Resolução do Banco Central nº 2.309. Anexo I, artigo 11: “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”, e artigo 12: “É permitida a realização de operações de arrendamento mercantil com pessoas físicas e jurídicas na qualidade de arrendatárias”.

⁴¹ CARDOSO, Jorge R. G. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. Revista dos Tribunais. 1993. Vol. 5. 76. In: CARNEIRO, Athos Gusmão. O contrato de *Leasing* Financeiro e as Ações

Revisionais. *Revista dos Tribunais*, a. 86. v. 743, set., 1997, p. 14.

⁴² MARTINS. op. cit. 454.

⁴³ Recurso Especial nº 16.824. Quarta Turma. Relator Ministro Athos Carneiro. Diário de Justiça. 28-6-93. p. 12.895.

⁴⁴ HAYNES, Lloyd. *Economic and Tax Nuances of Leasing*. Monitor, Leasing and Financial Services. v. 20, n. 5, set./out., Philadelphia, 1993. p. 20.

⁴⁵ MARTINS. op. cit. 455.

⁴⁶ Nesse sentido: CARNEIRO, op. cit. p. 13. RIZZARDO. op. cit. p. 38; MARTINS. op. cit. p. 455. Em sentido contrário: DINIZ. op. cit. p. 217.

⁴⁷ BENE. op. cit., p. 410.

⁴⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Apontamentos sobre o contrato de leasing*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 22.

⁴⁹ RIZZARDO, op. cit., p. 40.

⁵⁰ BRASIL. Resolução do Banco Central nº 2.309. Anexo I, artigo 6º.

⁵¹ MARTINS. op. cit. p. 456.

⁵² O VRG é “o preço contratualmente estipulado para o exercício da opção de compra, mas também corresponde ao valor contratualmente garantido pela arrendatária como o mínimo que será recebido pela arrendadora na venda a terceiros do bem arrendado, na hipótese de não exercida a opção de compra” (BRASIL. Portaria nº 564 do Ministério da Fazenda, de 3-11-78). Ele representa, no *leasing* financeiro, a parcela da depreciação não-inclusa nas prestações. Está regulado também na Resolução nº 2.309, artigo 7º, inciso VII, alínea “a”, e pela Portaria do Ministério da Fazenda nº 140, de 27-7-84. Para aqueles que as quiserem consultar, elas estão disponíveis na íntegra no seguinte endereço eletrônico: www.leasingabel.com.br.

⁵³ Apesar de a maioria dos doutrinadores afirmar que o elemento destacante do *leasing* é a triplíce opção ao final do contrato (compra, extinção e renovação), como há a possibilidade de inexistir a opção de compra, em nosso conceito básico de arrendamento mercantil utilizamos a dupla opção (extinção ou renovação unilateral), sendo que a opção de extinção se subdividiria em duas: extinção propriamente dita e compra do bem, quando esta fosse prevista.

⁵⁴ RIZZARDO, op. cit., p. 43.

⁵⁵ Essa denominação de retro + arrendamento é uma referência à retrovenda, bem como uma tentativa de traduzir para um único termo a expressão inglesa *sale and lease back*.

⁵⁶ AVANTI, Silvia. *Leasing: aspectos controvertidos do arrendamento mercantil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 32.

⁵⁷ RIZZARDO, op. cit., p. 46.

⁵⁸ BRASIL. Resolução do Banco Central nº 2.309, Anexo I, art. 13: “As operações de arrendamento mercantil contratadas como o próprio vende-

dor 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”.

⁵⁹ QUEIROZ, José Wilson de Nogueira. Arrendamento mercantil: *leasing*. 2. Ed. Rev. e Ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 20.

⁶⁰ Neste sentido vide: MANCUSO, op. cit., p. 22.

⁶¹ MÉLEGA, Luiz. *O leasing e o sistema tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 11. In: RIZZARDO, op. cit. p. 53.

⁶² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 57.871. Relator Min. Eduardo Ribeiro. Data da Decisão: 11-3-96. DJ de 30-3-98. p. 40.

⁶³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 33.578. Relator Min. Antônio Torreão Braz. Data da Decisão: 12-9-95. DJ de 30-10-95. p. 36.771.

⁶⁴ QUEIROZ, op. cit., p. 54. Ressalvamos que não concordamos com a utilização do termo “locatária”, mas o mantemos por rigor metodológico nas citações.

⁶⁵ Nesse sentido, mas tratando de alienação fiduciária em garantia, o voto do Desembargador Amaro Martins de Almeida, do TJRJ, reproduzido na íntegra no relatório do Recurso Extraordinário: “Sem sombra de dúvida que o proprietário fiduciário é titular, na hipótese, de direito real; seu crédito, com galas de super privilégio inerente às garantias instituídas para as alienações fiduciárias do Decreto-Lei nº 911, não está sujeito a rateio em falência”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 83.438. Relator Min. Moreira Alves. Data da Decisão: 16.11.76. DJ de 15-12-76.

⁶⁶ BRASIL. Resolução do Banco Central nº 2.309, Anexo I, art. 7º, inciso VII, “a”, 8º e 10º.

⁶⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 45.792. Relator Min. Barros Monteiro. Data da Decisão: 3-3-98. DJ de 22-6-98. p. 80.

⁶⁸ BRASIL. Resolução do Banco Central nº 2.309, Anexo I, art. 7º, inciso IV.

⁶⁹ BRASIL. Resolução do Banco Central nº 2.309, Anexo I, art. 7º, inciso XII – “a faculdade da 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 co-responsabilidade solidária”.

⁷⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 9.219. Relator Min. Athos Carneiro. Data da Decisão: 19-6-91. DJ de 23-09-91. p. 13.086.

⁷¹ Vide nota 52.

⁷² A taxa de depreciação do bem, para efeitos de imposto de renda, é determinada pela Receita

Federal, de acordo com tipo do bem. BRASIL. Portaria do Ministério da Fazenda nº 564, art. 2º “(...) Taxa Mensal de Depreciação: 10/84 do inverso do número de anos de vida útil normal do bem arrendado, fixado pela Secretaria da Receita Federal (§4º do artigo 193 do Regulamento baixado com o Decreto nº 76.186, de 2 de setembro de 1975)”.

⁷³ RIZZARDO, op. cit., p. 80.

⁷⁴ BRASIL. Lei nº 6.099, artigo 5º, “d”, e Resolução do Banco Central nº 2.309, Anexo I, art. 7º, inciso VI.

⁷⁵ BRASIL. Resolução do Banco Central nº 2.309, Anexo I, art. 7º, inciso VIII – “as condições para uma eventual substituição dos bens arrendados, inclusive na ocorrência de sinistro, por outros da mesma natureza, que melhor atendam as conveniências da arrendatária, devendo a substituição ser formalizada por intermédio de aditivo contratual”.

⁷⁶ BRASIL. Resolução do Banco Central nº 2.309, Anexo I, art. 7º, inciso V – “as condições para o exercício por parte da arrendatária do direito de optar pela renovação do contrato, pela devolução dos bens ou pela aquisição dos bens arrendados”.

⁷⁷ PEREIRA, op. cit., Vol. IV, p. 70.

⁷⁸ SCIALOJA. *Teoria della Proprietà nel Diritto Romano*. v. 1. Roma: [s.n.], 1933. p. 272-273. In: LOPES, Miguel Maria Serpa Lopes. *Curso de Direito Civil*. v. 6, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1960. p. 226.

⁷⁹ SÁ PEREIRA, Virgílio de. Manual Lacerda. v. 8, n. 5. In: PEREIRA, op. cit., v. 4, p. 73.

⁸⁰ LAFAYETTE. *Direito das Coisas*, § 25. In: PEREIRA, op. cit., v. 4, p. 73.

⁸¹ SENADO FEDERAL, Subsecretaria de Edições Técnicas. *Constituição da República Federativa do Brasil*: quadro comparativo. Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1996. p. 18-19.

⁸² Nem todos os autores defendem a existência dessa categoria, alguns incluindo-a na de garantia e outros negando expressamente. Entre os doutrinadores nacionais que a adotam temos: PEREIRA, op. cit., v. 5; LOPES, op. cit., v. 6 e MARIA, José Serpa Santa. *Curso de Direito Civil: direitos reais limitados* – continuação da obra de Miguel Maria de Serpa Lopes. v. 7. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1998.

⁸³ ESPÍNOLA, Eduardo. *Direitos reais limitados ou direitos sobre a coisa alheia e direitos reais de garantia no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro, Conquista, 1958. p. 301.

⁸⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial, 3. Ed., Reimpressão. Tomo XXI. Rio de Janeiro, Borsoi, 1971. p. 354 e ss.

⁸⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. 3. Ed. Rev. Atual. e Aum. Rio de Janeiro, Forense, 1987. p. 154.

⁸⁶ PEREIRA, op. cit., p. 221.

⁸⁷ ESPÍNOLA, op. cit., p. 300-301.

⁸⁸ Vide nota 80.

⁸⁹ MIRANDA, op. cit., p. 329.

⁹⁰ José Carlos Moreira Alves a denomina propriedade fiduciária, no caso da alienação fiduciária em garantia, por ser esse o termo utilizado pela Lei (Alves, op. cit., p. 153 e ss), mas nós denominamos propriedade em garantia, pois essa nova categoria abarcaria não só a propriedade fiduciária, como também a propriedade que detém o arrendador no contrato de *leasing*, que de tantas restrições torna-se verdadeiro direito real limitado diverso das categorias existentes.

⁹¹ BRASIL. Código Civil. Artigo 765: “É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratório, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento”. Na alienação fiduciária, há igual proibição expressa na Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1995. Artigo 66, § 7º, tal proibição se estende, por analogia, ao arrendamento mercantil.

⁹² CARIOTA-FERRARA, L. *I negozi fiduciari*. Padova: Dott. Antonio Milani, 1933, nº 24, p. 30 e JAEGER, P. G. *La Separazione del Patrimonio Fiduciario nel Fallimento*. Milano, Dott. A. Giuffrè, 1968. p. 38 e ss. In: ALVES, op. cit., p. 154.

⁹³ MIRANDA, op. cit., p. 330.

⁹⁴ MIRANDA, op. cit., p. 332.

⁹⁵ Idem, ibidem, p. 339.

⁹⁶ PEREIRA, op. cit., Vol. IV, p. 309 e MIRANDA, op. cit., 330 e ss.

⁹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 83.198. Relator Min. Moreira Alves. Data da Decisão: 2-9-77. DJ de 17-10-77. Relatório e voto do Ministro Moreira Alves, sobre a limitação da propriedade fiduciária: “Não há dúvida de que o credor garantido pela propriedade fiduciária (que é garantia real cujo título é o contrato de alienação fiduciária em garantia) pode, ocorrendo a falência do devedor alienante, pedir a restituição do bem alienado fiduciariamente [...]”.

⁹⁸ ALVES, op. cit., 155.

⁹⁹ MARQUES, J. Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 5. Rio de Janeiro, Forense. p. 318-319. In: COSTA, Divanir José da. *O Sistema da Promessa de Compra e Venda de Imóveis*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Ano 35, out./dez., n. 140, 1998. p. 180-181.

¹⁰⁰ PEREIRA, op. cit., p. 315.

¹⁰¹ BESSONE, Darcy. *Da compra e venda, promessa & reserva de domínio*. Belo Horizonte, Bernardo Álvares, 1960. In: COSTA, op. cit., p. 183.

Bibliografia

Livros

- ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. 3. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- DELGADO, José Augusto. *Leasing: doutrina e jurisprudência*. Curitiba: Juruá, 1997.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 11. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 3. 1996.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Direitos reais limitados ou direitos sobre a coisa alheia e direitos reais de garantia no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1958.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 6, 1960.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Apontamentos sobre o contrato de leasing*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- MARIA, José Serpa Santa. *Curso de direito civil: direitos reais limitados, continuação da obra de Miguel Maria de Serpa Lopes*. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 7, 1998.
- MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado. Parte Especial*. 3. ed. reimpressão, tomos XXI, XXII e XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- PAES, P. R. Tavares Paes. *Leasing*. 2. ed. rev. e Amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10. ed. 4. tiragem. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. 4. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, v. 4. 1997.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1. v. 1975.
- RIZZARDO, Rizzardo. *Leasing: arrendamento mercantil no direito brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 18. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, v. 1. 1995.
- SENADO FEDERAL, Subsecretaria de Edições Técnicas. *Constituição da República Federativa do Brasil: quadro comparativo*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1996.
- TRINDADE, Washington Luiz da. *Leasing: negócio jurídico fiduciário*. Salvador: Distribuidora de Livros Salvador, 1974.
- VANTI, Silvia. *Leasing: aspectos controvertidos do arrendamento mercantil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- ZDANOWICZ, José Eduardo. *Leasing: arrendamento mercantil: legislação básica*. Porto Alegre: D.C. Luzzatto, 1988.

Artigos, palestras, seminários e outros

- ABEL, Associação Brasileira de Empresas de Leasing. *Arrendamento mercantil (Leasing) – Histórico*. www.leasingabel.com.br/entende.htm.
- ALMIRO, Affonso. *Leasing: nova técnica de financiamento*. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 250, a. 71, Abr./Jun., 1975, p. 416-419.
- ANDRADE, Jorge Pereira. *Arrendamento mercantil (leasing)*. In: *Contratos Nominados*. Yussef Said Cahali (coord.). São Paulo: Saraiva 1885. p. 211-231.
- BENE, Francesco del. *Gli Effetti del Fallimento si Rapporti Giuridici Preesistenti: L'Ipotesi del Fallimento del Concedente nel Contratto di Leasing*. *Giustizia Civile, Rivista Mensile di Giurisprudenza*. Milano : Giuffrè, a. 45, set., n. 9, 1995, p. 403-424.
- BULGARELLI, Waldirio. *A problemática dos saldos devedores nas operações de leasing*. *Caderno de Direito Econômico e Administrativo*. Revista dos Tribunais. a. 2, n. 8, jul./set., 1994, p. 222-225.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *O contrato de Leasing Financeiro e as Ações Revisionais*. In: *Revista dos Tribunais*. a. 86, v. 743, set., 1997, p. 11-25.
- COSTA, Divanir José da. *O sistema da promessa de compra e venda de imóveis*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 35, out./dez., n. 140, 1998, p. 179-188.
- DELGADO, José Augusto. *Aspectos controvertidos na doutrina e na jurisprudência sobre o leasing painel sobre o tema: aspectos polêmicos*. Atibaia/São Paulo: Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Alçada e ABEL - Associação Brasileira de Empresas de Leasing., 14 e 15/08/98.
- DELGADO, José Augusto. *Leasing*. Curso de Extensão na Universidade de Brasília: Centro Acadêmico de Direito e Departamento de Direito da UnB, 09 a 23 de Novembro de 1998.
- HAYNES, Lloyd. *Economic and Tax Nuances of Leasing*. Monitor, *Leasing and Financial Services*, Philadelphia, v. 20, n. 5, set./out. 1993. p. 20 e ss.
- LEÃO, José Francisco Lopes de Miranda. *Leasing: natureza jurídica e aspectos gerais*. In: *Seminário sobre Arrendamento Mercantil*. Atibaia/São Paulo: Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Alçada e ABEL - Associação Brasileira de Empresas de Leasing, 14/08/98.

- SANTOS, J. A. Penalva. *Leasing*. Rio de Janeiro: In: Forense, *Revista Forense*, v. 250, a. 71, abr./jun., 1975, p. 46-61.
- SOUZA, Carlos Antônio Farias de. Contratos de *leasing*. *Revista Informatizada Data Venia*: www.datavenia.inf.br, n. 21, a. 4, jan., 1999.
- WALD, Arnaldo. A introdução do *leasing* no Brasil. In: *Revista do Tribunais*, v. 415, a. 59, Maio, 1970, p. 9-14.
- WALD, Arnaldo. Histórico e desenvolvimento do *leasing*. Rio de Janeiro: *Revista Forense*, v. 250, a. 71, abr./jun., 1975. p. 11-26.
- WALD, Arnaldo. *Leasing*: o que é, como funciona. Rio de Janeiro: Forense, In: *Revista Forense*, v. 250, a. 71, abr./jun., 1975. p. 34-35.
- WALD, Arnaldo. O regulamento do *leasing* pelo Banco Central. In: Rio de Janeiro: Forense, *Revista Forense*, v. 250, a. 71, abr./jun., 1975. p. 44-45.