



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA

---

ANDRÉIA APARECIDA AGUILAR DE SOUZA

***LEASING***: ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA.  
DESCARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO FACE O  
PAGAMENTO ANTECIPADO DO VALOR RESIDUAL  
GARANTIDO

ANDRÉIA APARECIDA AGUILAR DE SOUZA

***LEASING*: ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA.**  
DESCARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO FACE O  
PAGAMENTO ANTECIPADO DO VALOR RESIDUAL  
GARANTIDO

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Negocial, área de concentração em Direito Civil, da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de mestre.

Orientadora: Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Valkíria Aparecida Lopes Ferraro

Londrina  
2010

**Catálogo na publicação elaborada pela Divisão de Processos Técnicos da  
Biblioteca Central da Universidade Estadual de Londrina.**

**Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)**

S729L Souza, Andréia Aparecida Aguiar de  
Leasing: análise principiológica. Descaracterização do contrato face o  
pagamento antecipado do Valor Residual Garantido. / Andréia Aparecida  
Aguiar de Souza – Londrina, 2010.  
104f.

Orientador: Valkiria Aparecida Lopes Ferraro  
Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de  
Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicado, Programa de Pós-Graduação  
em Direito Negocial, 2010.

1. Descaracterização – Teses. 2. Contrato de Leasing – Teses. 3.  
Pagamento Antecipado – Teses. 4. Valor Residual em Garantia – Teses. 5.  
Análise Principiológica. I. Universidade Estadual de Londrina. Centro de  
Estudos Sociais Aplicado. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial.  
II. Título.

CDU 347.4

ANDRÉIA APARECIDA AGUILAR DE SOUZA

***LEASING*: ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA. DESCARACTERIZAÇÃO DO  
CONTRATO FACE O PAGAMENTO ANTECIPADO DO VRG**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Negocial, área de concentração em Direito Civil, da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de mestre.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Valkíria Aparecida Lopes Ferraro  
Universidade Estadual de Londrina

---

Prof. Dr. Clodomiro José Bannwart Júnior  
Universidade Estadual de Londrina

---

Prof. Dr. Flávio Luís de Oliveira Instituição  
Toledo de Ensino - ITE - Bauru/SP

Londrina, 06 de maio de 2010

Ao João Augusto, meu filho, luz da minha vida, e Adilson, meu amor, amigo e companheiro de todas as horas.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus pela vida e por mais esta oportunidade.

À professora Dr<sup>a</sup> Valkíria Aparecida Lopes Ferraro, exemplo de profissional, mulher e especialmente de mãe, a quem tenho orgulho de chamar de orientadora e amiga.

Ao Professor Dr. Clodomiro Bannwart, pela colaboração na elaboração desse trabalho.

Ao Professor Dr. Flávio Luís de Oliveira, pela participação na Banca.

A todos os professores do curso de mestrado que, com os conhecimentos transmitidos, colaboraram no enriquecimento deste estudo.

Aos colegas de curso, pelo companheirismo.

Ao Francisco, secretário do mestrado, sempre pronto a colaborar com presteza e eficiência.

Aos meus pais, João e Arlete, exemplos de guerreiros incansáveis, cuja moral e idoneidade contribuíram para a minha formação pessoal e profissional.

Ao meu marido, Adilson, companheiro de todas as horas, que sempre me deu apoio na vida profissional e acadêmica, sendo compreensivo e tolerante nos momentos em que não lhe pude dar a atenção merecida.

À Adriana, minha irmã e amiga querida, companheira desde a infância, com quem tive o prazer de compartilhar excelentes momentos na vida, e com quem sempre pude contar nos momentos de dificuldade.

Ao meu cunhado, Antônio Augusto, que juntamente com a Adriana, me apoiou sobremaneira quando da seleção do mestrado e, durante o curso, ambos me acolheram em seu aconchegante lar.

Ao meu irmão, Anderson, minha cunhada, Eliane, e meus sobrinhos, Lucas e Bruno, pelo amor ao meu filho João, de quem cuidaram com amor nos muitos momentos em que precisei me dedicar à elaboração dessa pesquisa.

À Simone, Dany e Karol, amigas e companheiras e ao Lucas, exemplo de aluno, que inspira um professor a querer sempre aprimorar seus conhecimentos.

"Meu filho, se entrares para o serviço de Deus, permanece firme na Justiça e no temor, e prepara tua alma para a provação; humilha teu coração espera com paciência, dá ouvido e acolhe as palavras de sabedoria, não te perturbes no tempo da infelicidade, sofre as demoras de Deus; dedica-te a Deus, espera com paciência, a fim de que no derradeiro momento tua vida se enriqueça. Aceita tudo o que te acontecer. Na dor, permanece firme; na humilhação, tem paciência. Pois é pelo fogo que se experimentam o ouro e a prata, e os homens agradáveis a Deus, pelo caminho da humilhação. Põe tua confiança em Deus e Ele te salvará; orienta bem o teu caminho e espera Nele. Conserva o temor a Ele até na velhice." (Eclesiástico, 2, 1-6)

SOUZA, Andréia Aparecida Aguiar de. **Leasing**: Análise principiológica. Descaracterização do contrato face o Pagamento Antecipado do Valor Residual Garantido. 2010. 104 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina.

## RESUMO

Apresenta algumas considerações acerca do Estado Democrático de Direito e a Nova Hermenêutica, apontando os reflexos que o Estado passou a apresentar nas relações privadas. Analisa o direito contratual, apresentando os princípios que o norteiam, abrindo um parêntese acerca dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e seus respectivos princípios basilares. Discorre acerca dos contratos de *leasing*, sua origem, as partes envolvidas neste tipo de contrato, fazendo uma análise minuciosa do mesmo. Aponta as relações obrigacionais e os elementos que formam o *leasing*, além das modalidades mais comuns deste contrato. Apresenta as garantias estabelecidas em favor da empresa de arrendamento mercantil, as causas e efeitos decorrentes da rescisão do contrato, além de tratar das vantagens e desvantagens que o arrendamento mercantil apresenta. Questiona se há descaracterização do contrato de *leasing* para o de compra e venda em caso de pagamento antecipado do VRG, apresentando duas súmulas do STJ (263 e 293) que tratam da matéria de maneira contraditória, a primeira entendendo pela descaracterização do contrato para compra e venda e a segunda, entendendo pela não descaracterização. Analisa os fundamentos da Súmula 263 do STJ, fazendo o mesmo com a Súmula 293, a fim de chegar a uma solução razoável à problemática instaurada, com base nos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Estado democrático de direito. Direito obrigacional e negócio jurídico. Contratos de *Leasing*. Pagamento antecipado do VRG. Princípios sociais.

SOUZA, Andréia Aparecida Aguiar de. **Leasing: Principiologics Analyses.** Mischaracterization of the leasing contracts in reason of the anticipated payment of VRG, 2009. 104 f. Dissertation (Negotiable Law Master's Degree Program) - Universidade Estadual de Londrina.

### **ABSTRACT**

This brings some points about the Brazilian Constitutional Democracy and the New Hermeneutics, pointing out the reflex the State has shown in private relationships. It analyses the Contractual Law, presenting the principles which guide it, mentioning the contracts in the Consumer Defense Code (CDC) and its respective base principles. This article tells about the Leasing contracts, its origin, the parts involved in this kind of contract, analyzing it in details. It shows the grants established in favor of companies in leasing, the causes and effects resulting from contract rescission, in addition to dealing with the advantages and disadvantages the Leasing contract presents. This paper questions if there is mischaracterization of leasing contracts in contrast with contracts of sale in case of anticipated payment of VRG, presenting two dockets of STJ (263 and 293) which deals with the same contradictory subject; the first one is in favor of the mischaracterization of the leasing contracts to contracts of sale and the second one is in favor of the non mischaracterization. The article analyses the fundamentals of Docket 293, in order to get to a reasonable solution to the problematic, based on the guiding principles of the Brazilian Constitutional Democracy.

**Key-words:** Brazilian constitutional democracy. Law of obligations and legal business. Leasing contract. VRG anticipated payment. Social principles.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A NOVA HERMENÊUTICA</b> .....	13
2.1 O INTERVENCIONISMO ESTATAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS .....	17
<b>3 O DIREITO OBRIGACIONAL E NEGÓCIO JURÍDICO</b> .....	19
3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE NORMAS E PRINCÍPIOS CONTRATUAIS .....	21
3.1.1 Definição de Princípio Jurídico .....	22
3.1.2 Os Princípios e a Teoria Contratual .....	23
3.1.2.1 Autonomia privada .....	23
3.1.2.2 Consensualismo .....	26
3.1.2.3 Vinculação das partes/obligatoriedade da convenção .....	27
3.1.2.4 Relatividade.....	28
3.1.2.5 Boa-fé objetiva .....	30
3.1.2.6 Função social do contrato .....	31
3.1.2.7 Revisão dos contratos ou onerosidade excessiva.....	33
3.1.3 Contratos no Código de Defesa do Consumidor .....	34
3.1.3.1 Determinação da relação de consumo .....	35
3.1.3.2 Os contratos de adesão nas relações de consumo.....	37
3.1.4 Princípios Contratuais do Direito Consumerista Brasileiro .....	38
3.1.4.1 Princípio do protecionismo .....	38
3.1.4.2 Princípio do imperativo da ordem pública e interesse social.....	39
3.1.4.3 Princípio da vulnerabilidade .....	39
3.1.4.4 Princípio do equilíbrio.....	40
3.1.4.5 Princípio da boa-fé objetiva .....	40
3.1.4.6 Princípio do dever de informar .....	41
3.1.4.7 Princípio da revisão das cláusulas contrária .....	42
3.1.4.8 Princípio da conservação do contrato .....	42
3.1.4.9 Princípio da equivalência .....	43
3.1.4.10 Princípio da transparência.....	43

3.1.4.11 Princípio da solidariedade .....	44
<b>4 CONTRATO DE LEASING .....</b>	<b>45</b>
4.1 O <i>LEASING</i> E SUA ORIGEM .....	45
4.2 CONCEITO DO <i>LEASING</i> .....	46
4.3 NATUREZA JURÍDICA .....	48
4.4 PARTES ENVOLVIDAS NO CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL .....	49
4.5 CAUSAS, FINALIDADE E TIPICIDADE JURÍDICA DO <i>LEASING</i> .....	53
4.6 RELAÇÕES OBRIGACIONAIS QUE FORMAM O <i>LEASING</i> .....	54
4.7 CARACTERÍSTICAS DO <i>LEASING</i> .....	56
4.8 ELEMENTOS QUE COMPÕEM O CONTRATO DE <i>LEASING</i> .....	59
4.8.1 A Descrição dos Bens .....	59
4.8.2 O prazo .....	60
4.8.3 O Valor/Fórmula de Cálculo das Contraprestações/Critério para o Ajuste .....	60
4.8.4 Forma e Planos de Pagamento das Prestações .....	61
4.8.5 Condições para o Exercício do Direito de Opção.....	62
4.8.6 Opção de Compra e Valor Residual Garantido .....	62
4.8.7 Despesas e Encargos Adicionais.....	64
4.8.8 Substituição do Bem Arrendado.....	64
4.8.9 Cláusulas Adicionais .....	65
4.8.10 Vistoria dos Bens pela Sociedade Arrendante .....	66
4.8.11 Inadimplemento das Obrigações pela Arrendatária, Destruição, Polecimento ou Desaparecimento do bem Arrendado.....	66
4.8.12 Transferência do Bem Arrendado a Terceiros.....	66
4.8.13 Opção de compra exercida antes do término do prazo contratual .....	67
4.8.14 Obrigações do arrendante e do arrendatário.....	68
4.9 MODALIDADES/ESPÉCIES.....	68
4.10 GARANTIAS ESTABELECIDAS EM FAVOR DA EMPRESA DE ARRENDAMENTO MERCANTIL .....	73
4.11 RESCISÃO DO CONTRATO: CAUSAS E EFEITOS .....	74
4.12 DAS ESPÉCIES DE CONTRATO QUE INTEGRAM O CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL.....	77
4.12.1 Contrato de Compra e Venda.....	78

4.12.2 Contrato de Locação .....	81
4.13 VANTAGENS E DESVANTAGENS QUE O CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL APRESENTA.....	84
<b>5 DO PAGAMENTO ANTECIPADO DA VRG - DESCARACTERIZAÇÃO OU NÃO DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL? .....</b>	<b>87</b>
5.1 FUNDAMENTOS DA SÚMULA 263 DO STJ.....	88
5.2 DOS FUNDAMENTOS DA SÚMULA 293 DO STJ.....	91
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>94</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>98</b>
<b>APÊNDICE.....</b>	<b>101</b>
APÊNDICE A - Arrendamento mercantil. Leasing. Resolução do contrato por inadimplemento do arrendatário. Consequências. Não exigibilidade das prestações 'vincendas'. Descaracterização do arrendamento mercantil. Matéria de fato. ....	102

## 1 INTRODUÇÃO

Contemporaneamente, com as novas perspectivas alçadas no direito em razão dos fenômenos de constitucionalização e publicização do direito privado, acarretam a irradiação dos valores presentes na redação da Constituição Federal pelas leis infraconstitucionais e na atuação no Estado na intervenção das relações privadas, o que implica em uma nova concepção e interpretação do contrato enquanto instrumento da atividade econômica.

Alguns dogmas da teoria contratual estão sendo relativizados e revertidos em fatores benéficos à coletividade, antes posta à margem das relações entre particulares.

Com espeque principalmente na dignidade da pessoa humana, aplicada aos princípios da atividade econômica, figura-se um quadro onde a garantia outrora fornecida pelo Estado ao cumprimento obrigatório sem analisar o contexto da obrigação e as suas conseqüências, dá lugar a todo um arcabouço principiológico que visa uma medida isonômica na relação, entendida como conceito de justiça, de modo a favorecer o atendimento às necessidades que levaram às partes a contratarem.

Assim, emerge o escopo dos operadores do direito neoconstitucionalista ao buscarem, dentro desta nova ótica, o controle da tendência natural da atividade econômica dentro do sistema capitalista, que é o acúmulo de riquezas e poder apenas em um dos pólos envolvidos, ocasionando, muitas vezes, que a parte mais vulnerável se submeta aos interesses da primeira por simples falta de opção paritária que proporcione o alcance do objetivo de contratar sem com isso, ceder outra necessidade.

Como fruto da dinamicidade das relações econômicas, o contrato de *leasing* surgiu com o objetivo de facilitar operações e investimentos em potencial de produção, sem com isso inviabilizar a circulação de ativos nas organizações.

Todavia, além de atender o interesse de empresas, configurou-se como uma opção viável às pessoas humanas, o que faz ser necessária uma releitura da tradição contratual, consoante com a perspectiva de mudança do direito contemporâneo, para que práticas abusivas já amplamente adotadas nas relações

de consumo por grande conglomerados empresariais sejam coibidas e o hermeneuta consiga efetivamente equilibrar nestas relações ambos os interesses envolvidos.

Este trabalho está estruturado com o segundo capítulo tendo por conteúdo uma apresentação da nova linha de hermenêutica do direito civil, especialmente o contratualista, inserida no contexto do Estado Democrático de Direito.

No terceiro capítulo ocorre a descrição do direito das obrigações e as relações jurídicas, abrangendo os princípios próprios, a definição e as particularidades da relação de consumo, amplamente em voga nesta forma contratual, bem como os princípios regentes.

No capítulo quarto há uma abordagem voltada ao contrato de *leasing*, como as características, os elementos constitutivos, as modalidades existentes, espécies, garantias, causas e efeitos da rescisão, além das vantagens e desvantagens para as partes envolvidas.

No quinto capítulo, empoe-se a discussão acerca da descaracterização e da manutenção do contrato de *leasing* por consequência da antecipação do pagamento do VRG, à luz das súmulas 263 e 293 do Superior Tribunal de Justiça.

O último capítulo sexto é destinado à conclusão do trabalho, sendo apresentada uma solução ao problema proposto à luz dos princípios inseridos no ordenamento jurídico brasileiro.

## 2 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A NOVA HERMENÊUTICA

A Constituição Federal de 1988 rompeu com um paradigma de autoritarismo representado pelo Estado anteriormente vigente, que se baseava num estereótipo de legalidade sem, contudo, ter legitimidade.

Não há como negar que a Constituição Federal de 1988 propõe uma base ética e valorativa diversa para a sociedade, uma vez que firma os elementos valorativos sintonizados com o sentido material de justiça quando coloca a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, e com objetivos fundamentais de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento da nação; erradicar a pobreza; reduzir as desigualdades sociais e promover o bem estar de todos, tudo em conformidade com o art. 3º da Magna Carta.

Os direitos fundamentais básicos (art. 5º da CF/88: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade), em razão do conteúdo que os caracteriza como tais têm por função e finalidade salvaguardar a existência e a dignidade da pessoa humana, princípios sem os quais não há que se falar em Estado de Direito.

Conforme apresentação de Alexandre de Moraes (2004, p.52), o princípio da dignidade da pessoa humana é tido, neste contexto, como parâmetro para atuação estatal, de modo que não sejam reprimidas as liberdades individuais em prol dos interesses do Estado e seja garantido ao indivíduo um mínimo de proteção:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito das demais pessoas.

Também não há como negar que os princípios, dentro desta nova roupagem assumida pelo texto Constitucional, são de fundamental importância para a concretização dos ideais de justiça e igualdade buscados pela norma constitucional.

Se antes, os princípios, como os juscivilistas entendiam, serviam à lei, sendo dependentes dela, hoje são elevados à esfera de fundamento, eleitos para encabeçarem o sistema constitucional e as vontades eleitas pelo constituinte. O

sistema, então, é guiado e fundamentado pelos princípios que passam a contar com uma função axiológica vazada, usando-se as palavras de Bonavides, em novos conceitos de sua relevância.

A partir da segunda metade do século XX, o conteúdo das Constituições modificou-se, passando o Estado Constitucional de Liberal para Social e de Social para Democrático. Mudam-se os conteúdos das disposições constitucionais, passando a fixar obrigações dirigidas para o Estado.

Para Lenio Luiz Streck (2004), a renovada supremacia da Constituição ultrapassa o controle de constitucionalidade e a tutela mais eficaz da esfera individual de liberdade. Afirma que as Constituições Democráticas do século XX assumem nova roupagem, o da Constituição como norma diretiva fundamental, que dirige aos poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização dos valores constitucionais, que são os direitos sociais, direito à educação, à subsistência ou ao trabalho.

Streck entende que a Constituição é tida, pois, como unificadora da idéia de Constituição como norma fundamental de garantia com a noção de Constituição enquanto norma diretiva fundamental.

Importante transcrever as lições do autor a respeito do paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, e da alteração substancial no papel a ser desempenhado pelas Constituições:

Seus textos possuem determinações de agir; suas normas possuem eficácia, já não sendo mais lícito desclassificar os sentidos exurgentes desse *plus* normativo representado pela ideia de que a Constituição constitui-a-ação do Estado.

Streck cita em seu texto a seguinte frase de Eros Roberto Grau: "no Estado Democrático de Direito, e tomando em conta o conteúdo da Constituição Brasileira de 1988, é proibido falar em normas programáticas!".

Cabe ao Estado Democrático de Direito, portanto, promover a efetividade dos direitos fundamentais em todas as modalidades em que se apresentam, valendo-se, para tanto, dos mecanismos que possui.

O professor Sérgio Alves Gomes (2001), ao afirmar que a Democracia é um processo de caráter dinâmico, que está em constante mutação, que pode tanto evoluir como, também, regredir, ensina que [...] no Estado Democrático Brasileiro instituído no Brasil pela Constituição Federal de 1988, alarga-se o papel do Poder

Judiciário em relação ao que estava restrito durante os anos da "ditadura institucionalizada" (1964-985) [...].

Desta forma, o Poder Judiciário é chamado a garantir o Estado Constitucional e Democrático e, para a aplicação da Constituição e das leis infraconstitucionais a situações concretas, necessária se faz a interpretação destas normas ligada aos ideais democráticos, segundo os ditames dos princípios e regras constitucionais.

Para o renomado cientista do Direito, num Estado Democrático de Direito, aplicar o direito pressupõe aplicar, antes de tudo, a Constituição, exigindo-se sua interpretação segundo os ensinamentos e princípios da hermenêutica jurídica constitucional para que o magistrado seja um efetivo participante na construção de uma sociedade autenticamente democrática.

Assim, através da hermenêutica constitucional é que se busca a melhor interpretação e concretização do ordenamento jurídico vigente, que foi positivado mediante a adoção de princípios, valores e objetivos que norteiam o Estado de Direito Democrático.

O professor Sérgio Alves Gomes sintetiza seu pensamento a respeito da hermenêutica constitucional construtora da Democracia afirmando que: "Em assim sendo, pode-se afirmar com razoável convicção que uma hermenêutica constitucional preocupada com a efetividade da Constituição é, sem sombra de dúvida, construtora da Democracia."

Segundo Friedrich Muller (2000), o âmbito da norma "é o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma escolheu para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação." Conclui este autor que a concretização da Constituição se faz por meio de uma "metódica estruturante", onde se analisam as "questões da implementação interpretante e concretizaste de normas em situações decisórias determinadas pelo caso".

A tarefa concretizadora, portanto, deve ser atribuída ao Poder Judiciário, mas sempre de forma concorrente com os Poderes Legislativo e Executivo.

Sobre a importância da função judicial para a concretização das normas constitucionais, acertada a lição de Mauro Capellettil (1993), que afirma que mais cedo ou mais tarde os juízes deverão aceitar e atuar diretamente para o estabelecimento e o cumprimento das atribuições estatais:

[...] o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juizes fazer respeitar.

Gisele Cittadino (2000) aplica o termo "constitucionalismo comunitário" ao tratar da possibilidade de ampliação e modificação do campo de atuação do judiciário, para além do modelo liberal, asseverando que

Para o constitucionalismo "comunitário", portanto, a atividade jurisdicional não pode ficar adstrita a uma legalidade positivista e abstrata, destituída, assim, de qualquer dimensão política. A função de declarar o sentido e o alcance das regras jurídicas, especialmente das normas constitucionais, possui uma clara conotação política. [...]

Diante do sistema aberto da Constituição Federal de 1988, impregnada de cláusulas gerais, de conceitos abertos, resta evidente a importância da atividade do intérprete do direito no sistema jurídico, uma vez que é através do trabalho do aplicador do direito, mediante uma interpretação coerente da legislação vigente para sua aplicação ao caso concreto, que se dará maior ou menor efetividade aos preceitos contidos na Constituição.

Viabiliza-se o alcance do Estado Democrático de Direito quando ao espírito do jurista estiverem inculcados os valores apregoados pela Magna Carta, ocorrendo o reverso se o intérprete não estiver de acordo com os valores almejados pelo neoconstitucionalismo.

Assim, a tarefa do jurista moderno é mais do que analisar a norma em sua estrutura formal, fazendo-se necessário analisar os aspectos que compuseram a norma e a realidade da sua aplicação, diante das necessidades e vicissitudes dos que irão receber as normas.

Konrad Hesse (1998) a respeito do assunto em comento leciona:

A vinculação da interpretação à norma a ser concretizada, à (pré)-compreensão do intérprete e ao problema concreto a ser resolvido, cada vez, significa, negativamente, que não pode haver método de interpretação autônomo, separado desses fatores, positivamente, que o procedimento de concretização deve ser determinado pelo objeto à interpretação, pela Constituição e pelo problema respectivo.

Assim, espera-se do intérprete uma decisão justa, não de acordo com um método de interpretação, como diz Hesse, autônomo, mas sim de acordo com os preceitos contidos na Constituição, decisão esta que seja uma interpretação justa,

que se coadune com os princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito, o quanto mais próximo possível.

Justamente pelo fato de as normas constitucionais apresentarem estrutura vaga e elástica, a solução hermenêutica aplicada na realidade possibilita a minoração das desigualdades sociais, especialmente no que a norma for pertinente ao âmbito social (que mais prescindem de aplicabilidade concreta).

Em razão justamente da importância do papel do jurista, entendido aqui como jurista o aplicador do direito no caso concreto (juiz), necessária a abordagem a respeito dos critérios que devem ser utilizados pelo mesmo quando da aplicação das decisões, a fim de que não seja causada a regressão dos preceitos constitucionais, ao invés de sua evolução e concretização.

## 2.1 O INTERVENCIONISMO ESTATAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS

No Estado liberal, a separação entre o Estado e a sociedade era praticamente absoluta, cabendo àquele permitir e garantir a liberdade contratual, sem, contudo, intervir nas relações obrigacionais entre particulares. A vontade era apenas moldada pela lei, que a protegia e reconhecia sua força criadora, sendo que aos juízes cabia apenas um controle formal com relação à presença ou ausência da vontade dos contratantes e aferição de vícios ou defeitos que pudessem macular essa vontade. Aos juízes era proibido intervir no conteúdo do contrato, da justeza de suas cláusulas ou do equilíbrio entre os contratantes.

Com a renovação da teoria contratual, que veio à tona com o surgimento das tendências sociais e da realidade da sociedade de massa, o Estado passou a intervir nas relações negociais. Esta intervenção ocorria sempre que fosse possível vislumbrar uma ameaça aos valores sociais consagrados pelo ordenamento jurídico, à economia popular, à livre concorrência, à autonomia e soberania estatais, bem como às liberdades e garantias individuais.

Francisco Amaral (2003) trata da necessidade de intervenção do Estado como meio de garantir equilíbrio nas relações contratuais, afirmando que a realização dos valores fundamentais da ordem jurídica, como a segurança, a justiça, o bem comum, a liberdade, a igualdade e a paz social exigem que o Estado esteja

cada vez mais presente, a fim de equilibrar as forças econômicas em conflito. Importante transcrever trecho de sua lição acerca do assunto:

Não mais se admite a economia liberal do século XIX, que se substitui por uma economia concertada, com uma intervenção crescente do Estado para o fim de proteger as categorias sociais menos favorecidas, como os trabalhadores assalariados, e organizar a produção e distribuição dos bens e serviços por meio de um conjunto de medidas cuja disciplina jurídica toma o nome de ordem pública econômica.

A interferência do Estado passou a apresentar reflexos significativos no direito negocial, em especial no âmbito contratual, em razão da necessidade de salvaguarda de interesses sociais mais significativos que a pretensão das partes contratantes.

A sociedade é dinâmica e as realidades jurídicas, que dela emanam, justificam a necessidade da urgência de uma releitura contratual, para que possa se amoldar aos novos anseios sociais. Assim, o contrato, instrumento essencial da organização social que é, deve evoluir como a própria evolução da pessoa humana e suas relações intersubjetivas.

Cláudia Lima Marques afirma que a socialização se fará sentir em um poderoso intervencionismo Estatal na vida dos contratos, impondo-se o princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução das obrigações. Por fim, observa:

A reação do direito virá através de ingerências legislativas cada vez maiores nos campos antes reservados para a autonomia da vontade, tudo de modo a assegurar a justiça e o equilíbrio contratual na nova sociedade de consumo. (MARQUES, 2002)

A vigilância que o Estado passa a exercer sobre os negócios privados se dá através da edição de normas pelo Poder Legislativo que limitam a liberdade contratual, bem como através da aplicação concreta de institutos que possibilitam a alteração do conteúdo de determinadas cláusulas, cabendo ao Poder Judiciário importante papel na concretização dos direitos legalmente previstos.

### 3 O DIREITO OBRIGACIONAL E NEGÓCIO JURÍDICO

Imprescindível se fazer algumas considerações acerca do direito obrigacional, ainda que de forma bastante sucinta, antes que se estabeleça qualquer estudo específico do direito contratual.

Pode-se afirmar que o Direito das Obrigações compreende relações jurídicas que apresentam maior projeção da autonomia privada na esfera patrimonial, baseando-se em princípios gerais que deixam à vontade individual grande margem de provocação de efeitos jurídicos aos interesses que tutela (GOMES, 2007). Consiste, em suma, num complexo de normas que regem relações jurídicas de cunho patrimonial e que têm por objeto prestações de um sujeito em proveito do outro. Estende-se a todas as atividades de natureza patrimonial, sejam elas simples ou complexas.

O direito obrigacional possui como forte característica o fato de exercer grande influência na vida econômica, especialmente em razão da frequência das relações jurídicas no mundo consumerista. Sua intervenção na vida econômica ocorre não apenas na produção, mas envolve aquisição de matéria-prima e harmonização das relações capital-trabalho e nas relações de consumo em diversas modalidades, dentre as quais podem ser citadas as seguintes: permuta, compra e venda, locação, arrendamento, alienação fiduciária. O direito obrigacional também se faz presente na distribuição e circulação dos bens, como por exemplo, contratos de transporte, armazenagem, revenda, dentre outros (GONÇALVES, 2008).

Vale observar que é através das relações obrigacionais que se forma a estrutura do regime econômico. Sua disciplina jurídica varia conforme o teor e a medida das limitações impostas à liberdade de ação dos particulares.

Com o desenvolvimento urbano e tecnológico, a vida econômica intensificou-se de maneira tal que acabou por provocar um grande impacto nas relações humanas. Com a necessidade de regulamentação das relações jurídicas no âmbito obrigacional, tornou-se vasto o conteúdo do direito das obrigações, que penetra em todos os ramos do direito.

O negócio jurídico foi conceituado por EMILIO BETTI da seguinte forma:

É o ato pelo qual o indivíduo regula, por si, os seus interesses, nas relações com outros (ato de autonomia privada): ato pelo qual o direito liga os efeitos mais conformes à função econômico-social e lhe caracteriza o tipo (típica neste sentido). (BETTI, 2003)

O contrato deve ser classificado como negócio jurídico, eis que a vontade é inerente à sua estrutura, da mesma forma que os efeitos dela emanados são aqueles buscados pelas partes negociantes, obedecidos os limites eventualmente impostos pela ordem estatal. Importantes as palavras de Marcos Bernardes de Mello neste sentido:

Assim é que, por exemplo, nos contratos - que são a mais importante espécie de negócio jurídico - em geral os figurantes podem ter a liberdade de estruturar o conteúdo de eficácia da relação jurídica resultante, aumentando ou diminuindo-lhe a intensidade, criando condições e termos, pactuando estipulações diversas que dão, ao negócio, o sentido próprio que pretendem. (MELO, 2003)

No direito obrigacional, destaca-se o contrato como o exemplo de maior importância de negócio jurídico, embora não seja a única, que outorga aos participantes liberdade de escolha e de regramento de seus interesses e de acordo com suas conveniências, desde que observados alguns limites.

Orlando Gomes (2007) assim leciona:

Os fatos constitutivos de obrigações negociam são: a) os contratos; b) os atos coletivos; c) os negócios unilaterais; d) a promessa unilateral. Os mais importantes são, inquestionavelmente, os contratos. Constituem a fonte por excelência, das obrigações.

Para Francisco Amaral o contrato nada mais é que o "acordo de vontades contrapostas para o fim de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, em que uma das partes pode exigir da outra uma prestação específica" (2003, p. 149).

A mais forte característica do contrato está, pois, na liberdade das partes em determinar o conteúdo de eficácia da relação jurídica contratual, produzindo-se os efeitos por elas desejados, eis que, regra geral, as partes é que determinam as cláusulas do contrato. E este conteúdo eficaz da relação jurídica contratual se faz significativamente importante para a conclusão do presente trabalho, a partir de uma análise dos princípios que regem o direito negocial.

### 3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE NORMAS E PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

Já foi mencionado alhures que o contrato é tido como uma espécie de negócio jurídico, sendo claro que, para sua formação, é necessário o encontro da vontade das partes, pressuposto para a existência de qualquer contrato, que funciona como ato que regulamenta os interesses privados e dá força criativa aos negócios jurídicos.

Portanto, via de regra, são as partes que determinam num negócio jurídico de que forma vão conduzi-lo, uma em face da outra, podendo acordar seus interesses da maneira que melhor lhes aprouver, constituindo, modificando ou extinguindo obrigações.

O fundamento do contrato é a vontade humana, mas é necessário que atue de acordo com a ordem jurídica, tendo no ordenamento jurídico seu *habitat*.

Maria Helena Diniz (2009), baseando-se nos ensinamentos de Antunes Varela, sobre o assunto, leciona:

Ante o exposto, poder-se-á dizer que contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

A jurista acima mencionada afirma, com fundamento na obra de Manuel Andrade, que a noção de contrato possui dois elementos, quais sejam: a) estrutural - a alteridade, pois requer a fusão de duas ou mais vontades contrapostas; b) o funcional - pressupõe a composição de interesses contrapostos, mas harmonizáveis entre as partes, a fim de constituir, modificar e extinguir direitos e obrigações na área econômica.

Sobre o primeiro elemento (estrutural), cumpre mencionar que nenhuma das partes pode alterar unilateralmente o que foi acordado, sendo imprescindível a intervenção das pessoas envolvidas, pois o contrato é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, que vincula os contraentes a observarem um comportamento idôneo para satisfazer os interesses que regularam.

Como negócio jurídico que é o contrato, deve observar alguns requisitos para sua validade, que estão elencados no art. 104 do Código Civil, quais sejam:

agente capaz, objeto lícito possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

Existem, também, alguns princípios fundamentais do direito contratual que devem ser observados, bem como os princípios que regem o direito do consumidor, que decorrem daqueles.

São citados como princípios básicos do direito contratual os seguintes: 1) autonomia privada; 2) o consensualismo; 3) vinculação das partes/obrigatoriedade da convenção; 4) relatividade; 5) boa-fé objetiva e 6) função social do contrato; 7) princípio da revisão dos contratos ou da onerosidade excessiva.

### 3.1.1 Definição de Princípio Jurídico

Princípios não se confundem com regras e são compreendidos de acordo com uma concepção sistêmica do ordenamento jurídico (ROTHENBURG, 2003).

Celso Antônio Bandeira de Mello (1996) define princípio da seguinte forma:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Os princípios jurídicos são, pois, os pilares, as bases do ordenamento jurídico como um todo. Através deles é que se traçam as orientações que devem ser seguidas por todo o Direito.

### 3.1.2 Os Princípios e a Teoria Contratual

Importante se fazer uma aproximação, ainda que sucinta, acerca dos princípios do direito contratual e do direito consumerista brasileiro, a fim de possibilitar a compreensão de pontos futuramente tratados.

Através dos princípios é que se enunciam as diretrizes do ordenamento jurídico, servindo para fundamentar as regras criadas pelo legislador, jurista ou magistrado.

Em se tratando especificamente dos princípios do direito contratual, estes auxiliam a nortear os juízes na apreciação dos litígios que tratam da existência, validade e cumprimento de contratos. Também podem estar expressos ou pressupostos na legislação.

Não existe hierarquia entre os princípios, podendo um prevalecer sobre o outro dependendo da condição dos contratantes, na medida em que as circunstâncias exigirem.

De acordo com Fábio Ulhoa Coelho (2009, p. 23), os princípios do direito contratual podem ser considerados como um dos mais importantes instrumentos tecnológicos de tempero da racionalidade econômica e valores de justiça que cercam os conflitos de interesse entre as partes em um contrato.

#### 3.1.2.1 Autonomia privada

A autonomia da vontade pode ser caracterizada como a faculdade que as pessoas têm de concluírem de forma livre seus contratos, seja qual for a modalidade em que estes se apresentem.

De acordo com a visão clássica, a força obrigatória dos contratos advém da vontade e não da autoridade da lei. A lei funcionaria apenas para garantir a vontade dos contratantes e o cumprimento daquilo que foi convencionado.

Aqueles que defendem a autonomia da vontade afirmam que a única vontade capaz de produzir um contrato válido, capaz de gerar direitos e obrigações,

é a vontade livre, real e que não está eivada de vícios ou defeitos, situação em que o contrato seria erigido à posição de lei, trazendo a idéia da força obrigatória dos contratos.

A autonomia privada traz como um de seus corolários a liberdade contratual, que pode ser entendida como a possibilidade conferida às partes envolvidas no negócio jurídico disciplinarem de forma livre suas avenças. Este princípio será tratado de forma mais pormenorizada no tópico seguinte.

É válido apresentar a distinção entre autonomia da vontade e autonomia privada, expressões que não se confundem. Tal diferenciação se faz importante para evitar confusões que são comumente feitas pelos estudiosos do direito acerca das duas expressões.

Apesar de não haver identidade entre a autonomia privada e a autonomia da vontade, existe entre elas um ponto de aproximação, qual seja, o termo "autonomia", que, em geral, é expressão que significa poder de dar ordem às próprias relações e interesses.

Pode-se afirmar, pois, que o ponto em comum entre autonomia privada e a autonomia da vontade é a liberdade do indivíduo.

Em se tratando de liberdade jurídica, esta pode ser vislumbrada sob o ponto de vista do sujeito - realiza-se no poder de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, e sob o ponto de vista do objeto - poder de regular juridicamente as relações jurídicas para dar-lhes conteúdo e efeitos determinados, obtendo o reconhecimento e proteção do direito.(AMARAL, 2003).

No âmbito do direito privado, a autonomia da vontade apresenta como característica a possibilidade do indivíduo praticar um ato jurídico, enquanto que a autonomia privada, por sua vez, é tida como o poder conferido ao particular de estabelecer as regras jurídicas de seu comportamento, de acordo com os limites legalmente impostos.

Francisco Amaral assevera que "autonomia da vontade" é o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, podendo determinar seu conteúdo, forma e efeitos, tendo como campo de aplicação o direito obrigacional, afirmando que neste campo o agente pode dispor como lhe aprover, salvo disposição cogente em sentido contrário. Segundo o renomado autor, quando se faz referência especificamente ao poder que o particular tem de

estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, diz-se autonomia privada e não autonomia da vontade.

Ainda acerca deste assunto, AMARAL leciona (2003):

Autonomia da vontade como manifestação de liberdade individual no campo do direito, e autonomia privada, como poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas, vale dizer, o poder de alguém de dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento, constituído pelo agente, diversa mas complementarmente ao ordenamento estatal.

Assim, enquanto a autonomia da vontade está historicamente relacionada ao voluntarismo jurídico que nela buscava sua legitimidade, em decorrência do exacerbado poder jurígeno da vontade, a autonomia privada é expressão que traz consigo um fato objetivo, que é o poder dado às partes contratantes de auto-regular seus interesses, devendo este poder estar necessariamente reconhecido e fundamentado pelo ordenamento jurídico.

O poder de criar o direito, para a nova teoria contratual, traduz-se como uma concessão do ordenamento, existindo uma liberdade individual nos limites conferidos pelo Estado. Autonomia privada nada mais é que essa liberdade, agora limitada pelo poder estatal.

O contrato obriga os contraentes especialmente pela necessidade de se tutelar a confiança dos agentes econômicos, visando à garantia de segurança do negócio jurídico.

Outra importante distinção ente autonomia da vontade e autonomia privada é feita por Mariana Souza Pargendler (2007), orientada por Judith Martins-Costa, que afirma que os princípios da autonomia da vontade e da autonomia privada pertencem a diferentes estágios da evolução da Teoria do Direito:

O primeiro decorre do voluntarismo oitocentista, consagrado no *Code*, que elevou a vontade ao mesmo plano da lei como raiz ou causa dos efeitos jurídicos. O segundo, influenciado pelas transformações socioeconômicas que conduziram à sociedade de massas, liga-se à tendência de objetivação do negócio e tutela da confiança.

Continua sua lição, asseverando que a utilização do conceito de autonomia da vontade (que considera ultrapassado pela ciência jurídica e permeado de

conotações negativas) impede a compreensão do princípio da autonomia privada, nuclear do Direito Privado:

À autonomia privada - que é o poder de regular os próprios interesses mediante a criação de negócios jurídicos - deve ser estendida a tutela constitucional do direito, ao livre desenvolvimento da personalidade, porque indispensável à autodeterminação e a própria responsabilidade da pessoa humana.

Quando a teoria da autonomia privada é aplicada ao regime jurídico do contrato, conduz-se à proclamação de três princípios, quais sejam: a) liberdade contratual - através da qual se preconiza que as partes são livres para contratar ou não; b) a força obrigatória do contrato - que determina que as partes devam respeitar os ajustes por elas firmados; c) o efeito relativo do contrato - que vincula exclusivamente os contratantes àquilo que foi objeto da avença.

### 3.1.2.2 Consensualismo

Este princípio pressupõe que o simples acordo de duas ou mais vontades basta para gerar o contrato válido, pois via de regra, não é exigida forma especial para a formação do vínculo contratual.

Em que pese alguns contratos exijam algumas formalidades para sua validade - contratos solenes -, a maioria deles é consensual, pois o consentimento tem o condão de criá-los, requisito suficiente para a perfeição e validade dos contratos. Pode-se afirmar que as formalidades reforçam o consenso, ao conferir solenidade ao ato.

Caio Mário Pereira da Silva (2001), acerca do princípio do consensualismo, leciona:

O princípio do consensualismo predominou em todo o século XIX e avançou pelo século XX. Segundo ele, o contrato nasce do consenso puro dos interessados, uma vez que é a vontade a entidade geradora. Somente por exceção conservou algumas hipótese de contratos reais e formais, para cuja celebração exigiu a *traditio* da coisa e a observância de formalidades. (Sic)

Mencionado autor continua sua explanação no sentido de que contemporaneamente este princípio sofreu uma readequação para acrescentar maior segurança nas relações contratuais, objetivando que estas não fujam ao seu propósito caindo em uma espécie de libertinagem nas relações negociais.

Para tanto, foram impostos limitadores tais quais as formalidades exigidas nos contratos solenes, que como dito alhures, reforçam o consenso ao conferir solenidade ao ato.

### 3.1.2.3 Vinculação das partes/obrigatoriedade da convenção

O princípio da vinculação das partes, que alguns autores preferem denominar "obrigatoriedade da convenção" Diniz (2009), traduz a importância da vinculação dos contratantes àquilo que se comprometeram. Significa que as partes não podem alterar os termos do negócio jurídico entabulado com observância da lei e dos demais limites impostos à definição do conteúdo contratual. Morris e Barroso (2008).

A conclusão de um contrato leva as partes à obrigação da execução das prestações a que se propuseram, obrigando-se a cumpri-las a partir do momento em que se tornam exigíveis, seguindo a regra geral do direito privado de que "os contratos nascem para ser cumpridos" (*pacta sunt servanda*).

Uma vez que um contrato se conclui livremente, incorpora-se ao ordenamento jurídico, vira lei entre as partes<sup>1</sup>, tendo os contratantes a prerrogativa de pedir a intervenção estatal para assegurar a execução da obrigação que não vier a ser cumprida de acordo com a vontade que a constituiu.

Caio Mário Pereira da Silva afirma que o princípio da obrigação é decorrência natural da função social do contrato e que a essência deste princípio é a irreversibilidade da palavra empenhada (2001).

Em suma, o contrato obriga os contratantes, não lhes sendo lícito arrependem-se nem revogá-lo sem consentimento mútuo. Também não é lícito ao

---

<sup>1</sup> O princípio da obrigação da convenção encontra fundamento na regra de que o contrato é lei entre as partes, desde que validamente estipulado e observados os requisitos legais (RT, 543:243, 478:93).

juiz alterar o contrato a pretexto de tornar mais humanas as condições das partes nele envolvidas, com exceção da relatividade de regra, assunto que será adiante melhor desenvolvido.

Desta forma, apesar da regra permanecer no sistema jurídico positivo até os dias atuais, ela não é absoluta, estando limitado ao princípio do "equilíbrio contratual" e a "teoria da imprevisão", frutos do dirigismo contratual.

Maria Helena Diniz (2009), sobre o princípio da obrigatoriedade da convenção, leciona:

[...] por estar limitado, como já dissemos, pelo princípio do equilíbrio contratual; a teoria da imprevisão, que deixa de ser norma consuetudinária, passando a ser norma legal, [...]

Cristiano de Souza Zanetti (Morris e Barroso, 2008), sob a orientação de Giselda M. F. Hironaka argumenta que se discute a possibilidade de rever o conteúdo do contrato com fundamento nos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, contextualizando a possibilidade de revisão como exceção à obrigatoriedade do vínculo contratual:

[...] não há dúvida de que a regra é a da intangibilidade do vínculo contratual. Os contratos validamente celebrados obrigam as partes a cumprir as respectivas prestações assim como foram pactuadas. A revisão é excepcional e, como tal, deve ser justificada com arrimo em regras expressas ou em princípios admitidos pelo sistema.

De acordo com o princípio da vinculação, as partes devem, portanto, cumprir com as obrigações assumidas na feitura do contrato, sendo apenas excepcionalmente permitida a alteração daquilo que foi contratado, nas hipóteses legalmente previstas.

#### 3.1.2.4 Relatividade

Este princípio diz respeito à "relatividade dos efeitos do negócio jurídico", e indica que as partes contratantes, e somente elas, estão vinculadas ao cumprimento do pactuado, não podendo aproveitar nem prejudicar terceiros que não estejam

envolvidos naquela relação jurídica. Vinculam exclusivamente as partes que intervieram no negócio.

Acerca deste princípio, Silvio de Salvo Venosa (2006) leciona:

A regra geral é que o contrato só ata aqueles que dele participaram. Seus efeitos não podem, em princípio, nem prejudicar, nem aproveitar a terceiros. Daí dizemos que, com relação a terceiros, o contrato é *res inter alios acta, aliis neque nocet neque potest*.

Trata-se de regra que cria obstáculo à extrapolação dos efeitos pertinentes à criação de obrigação para além dos próprios contratantes.

Nada impede, contudo, sejam criadas obrigações com estipulação em favor de terceiros, como ocorre, por exemplo, nos contratos de seguro de vida. O beneficiário, neste caso, não faz parte do negócio jurídico, mas pode exigir o cumprimento do contrato em razão do favorecimento que detém. Trata-se de exceção ao princípio da relatividade.

Fábio Ulhoa Coelho (2009) cita como exemplo o fato de que dois sujeitos podem, através do contrato, criar direitos a terceiros estranhos da relação contratual, citando como exemplo a indicação de um beneficiário de um seguro de vida por morte que terá direito de crédito perante a seguradora no caso de falecimento do segurado, mesmo sem ter participado do contrato de seguro. Assevera sobre o assunto o seguinte:

Qualquer contrato pode ser celebrado com o objetivo de gerar direitos a terceiros (CC, art. 467). No tocante às vantagens, portanto, os efeitos do contrato podem afetar patrimônio de sujeito não contratante. No que diz respeito à criação de obrigações, porém, os efeitos são restritos aos contratantes. Ninguém pode ser obrigado por declaração de vontade alheia - este é outro desdobramento da autonomia privada.

O ordenamento jurídico confere, pois, poder aos titulares dos interesses disporem deles mediante acordo, mas os impede de criar obrigações a terceiros mediante negociação que a ela sejam estranhos.

### 3.1.2.5 Boa-fé objetiva

A boa-fé emana da confiança mútua que há quando do estabelecimento do contrato em relação ao cumprimento das obrigações atribuídas às partes.

O princípio da boa-fé previsto pelo Código Civil de 1916 era imbuído de um caráter subjetivo, que, de uma forma genérica, consistia apenas em um agir com retidão própria. Neste caso, a mera presunção pessoal de conduta coerente com a lei seria a manifestação própria da boa-fé, o que consistia em precedente para a interpretação pessoal de agir com retidão ser destoante da visão predominante da sociedade, e conseqüentemente da outra parte contratante.

Celso Souza Guerra Junior (2005) explica da seguinte forma o conceito de boa-fé subjetiva:

Boa-fé subjetiva é o chamado estado de consciência, ou convencimento individual, no qual a parte pensa agir em sintonia com as normas jurídicas. Tal conceito é estabelecido subjetivamente, pois, consideramos a intenção do agente, seu estado psicológico, ou convenção íntima.

Todavia, consagrou-se no Código Civil de 2002 a boa-fé objetiva. Nesta perspectiva além do conteúdo psicológico e íntimo, há ainda a necessidade de ser o comportamento compatível com o esperado pelo meio externo. Por isso, pelo viés mais recente a boa-fé ganha *status* de norma genérica, logo, atinente a todas as obrigações, e que impõe paradigmas universais para interpretação, a identificação e aplicação da boa-fé nas relações negociais.

Este Princípio preconiza a adaptação da conduta dos contratantes aos considerados bons preceitos presentes e exteriorizados em um contexto social situado em um plano histórico. Darcy Bessone pontua que decorre deste princípio o dever das partes em se portar de tal forma a prestarem reciprocamente o auxílio necessário à boa execução do contrato, bem como não adotarem comportamentos que resultem em onerosidade para o cumprimento das obrigações da outra parte. (BESSONE, 1997, p.184/185).

Conforme Celso Souza Guerra Junior (2005) a aplicabilidade da boa-fé objetiva independe da vontade das partes envolvidas na obrigação, uma vez que constitui prerrogativa de diretriz para a integração e interpretação dos contratos,

estabelece limites ao exercício dos direitos subjetivos e trata-se de fonte autônoma dos direitos, deveres e pretensões dos envolvidos.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2008) assim comentam sobre a natureza da boa-fé objetiva:

É cláusula geral, ao mesmo tempo em que se consubstancia em fonte de direito e de obrigações, isto é, fonte jurídica assim como a lei e outras fontes. É fonte jurídica porque impõe comportamento aos contratantes, de agir com correção segundo os usos e costumes.

Sob a perspectiva tratada por Sílvio de Salvo Venosa (2006), o princípio da boa-fé deve ser mantido em todas as fases relativas ao negócio jurídico, seja no estabelecimento de acordos prévios, nas obrigações laterais, principais e nas posteriores, uma vez que há a possibilidade de violação em relação aos efeitos residuais do contrato.

### 3.1.2.6 Função social do contrato

O contrato é visto como um instrumento facilitador das relações comerciais que fazem circular as riquezas e assim fomentam o desenvolvimento da humanidade enquanto um todo. Por ser possuidor de tal apanágio o Estado assegura a este acordo a proteção jurídica necessária ao seu cumprimento.

Para evitar o acontecimento de desvios de finalidade é que o contrato passou a ser limitado por sua função social.

Assim explica Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2008):

A função mais destacada do contrato é a econômica, isto é, de propiciar a circulação da riqueza, transferindo-a de um patrimônio para outro (*Roppo, Il contratto*, p.12 *ET seq*). Essa liberdade parcial de contratar, sob o objetivo de fazer circular riqueza, tem de cumprir sua função social, tão ou mais importante que o aspecto econômico do contrato.

Principalmente após a revolução industrial e o advento dos interesses sociais em meados do início do século XX, surge a preocupação com o

desvirtuamento do contrato como instrumento de dominação do mais forte sobre o mais fraco e a possibilidade de os interesses tratados serem contrários aos interesses coletivos, atentando contra valores basilares da organização estatal.

Carlos Roberto Gonçalves (2009) contextualiza o principal momento da origem dos direitos sociais em nível global e seu desenvolvimento no cenário brasileiro, mencionando que surgiram movimentos em prol dos direitos sociais e a defesa destes nas encíclicas papais. Afirma, ainda, que:

Começaram, então, a ser editadas leis destinadas a garantir, em setores de vital importância, a supremacia da ordem pública, da moral e dos bons costumes, podendo ser lembradas, entre nós, as diversas leis do inquilinato, a Lei da Usura, a Lei da Economia popular, o Código de Defesa do Consumidor e outros.

Com a mudança para concepções mais sociais, a autonomia privada foi submetida à harmonização com os interesses também do coletivo, nascendo então o princípio da função social do contrato que Maria Helena Diniz (2009) pontua nos termos seguintes:

A função social da propriedade e dos contratos constitui limites à autonomia da vontade, na qual se funda a liberdade contratual, que deverá estar voltada à solidariedade (CF, art. 3º, I), à justiça social (CF, art. 170, caput) à livre iniciativa, ao progresso social, à livre circulação de bens e serviços, à produção de riquezas, ao equilíbrio das prestações, evitando o abuso do poder econômico, a desigualdade entre os contratantes e a desproporcionalidade, aos valores jurídicos, sociais, econômicos e morais, ao respeito à dignidade humana (CF, art. 1º, III).

O Estado não pode promover a segurança jurídica de acordos que resultarão na corrosão dos elementos indispensáveis para a sua existência. Assim, para atender a sua função social, o contrato não pode violar normas de ordem pública e os bons costumes.

Por normas de ordem pública Carlos Roberto Gonçalves (2009), valendo-se, inclusive, de explicações de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, assim entende:

[...] as normas que constituem a organização da família (casamento, adoção, filiação, alimentos); as que estabelecem a ordem de vocação hereditária e a sucessão testamentária; as que pautam a organização política e administrativa do Estado, bem como as bases mínimas da organização econômica; os preceitos fundamentais do direito do trabalho; enfim, "as regras que o legislador erige em cânones basilares da estrutura social, política e econômica da

Nação. Não admitindo derrogação, compõem leis que proíbem ou ordenam cerceando nos seus limites a liberdade de todos.

Por bons costumes se entendem aquelas práticas reiteradas dentro de uma sociedade que, de certa forma, contribuem para sua estabilidade, podendo ser posteriormente positivadas ou não. Sobre este item Maria Helena Diniz, exemplifica os contratos sobre exploração comercial de casa de tolerância, corretagem matrimonial e usura como contrários aos bons costumes, e por isso sem garantia jurídica alguma para que o Estado forneça credibilidade a seu cumprimento.

### 3.1.2.7 Revisão dos contratos ou onerosidade excessiva

Este princípio se contrapõe à aplicação de forma absoluta da obrigatoriedade das relações contratuais. Decorre, como o apontado por Nelson Ney Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2008), dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

Nesta perspectiva o contrato poderá ser revisto judicialmente, quando dele emanar um desequilíbrio das partes ocasionado por acontecimento superveniente, totalmente imprevisível quando da afirmação do acordo, e que possua a abrangência relativa a toda uma coletividade e não apenas a um indivíduo. Assim, esta regra se aplica aos contratos que se perpetuam no tempo e não aos de execução imediata (VENOSA, 2006).

Referido princípio é arraigado na teoria do *rebus sic stantibus*, que apregoa a manutenção do acordo desde que as condições permaneçam as mesmas existentes quando da sua assinatura. Entretanto, alguns autores situam sua origem já no código de Hamurabi (VENOSA, 2006). Em nosso direito, por sua vez, esta teoria foi introduzida por Arnaldo Medeiros da Fonseca e ficou conhecida como teoria da imprevisão (GONÇALVES, 2009).

Ela se justifica, na medida em que o contrato é considerado instrumento de alcance de lédimas pretensões das partes, o que faz perder sua razão de ser caso não cumpra com sua função, como explicam Nelson Ney Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2008), que afirmam que o contrato é a operação jurídico-econômica que visa garantir às partes nele envolvidas o sucesso de suas lédimas pretensões:

Não se identifica, em nenhuma hipótese, como mecanismo estratégico de que se poderia valer uma das partes para oprimir ou tirar proveito excessivo da outra. Esta ideia de sociedade do contrato está impregnada na consciência da população, que afirma constantemente que o contrato só é bom quando é bom para ambos os contratantes.

Em situações alteradas por acontecimentos que não façam parte dos riscos naturalmente assumidos ao se contratar, é possibilitada a revisão contratual, tendo por fito a busca da equidade entre as partes. Para isso, pode-se anular parte do contrato ou ele todo, mas sempre primando pela conservação do acordo, de modo que não seja também este princípio escusa para o descumprimento de obrigações legitimamente firmadas.

Não é válida a cláusula contratual que impeça a revisão judicial em termos genéricos, com exceção da hipótese do próprio contrato individualizar qual seja o fato que pretende excluir da teoria da imprevisão, impedindo, assim, as partes de recorrerem ao Poder Judiciário naquela situação específica (VENOSA, 2006).

### 3.1.3 Contratos no Código de Defesa do Consumidor

As novas concepções da teoria contratual e a implementação de princípios gerais do contrato como o atendimento a uma finalidade social, a ascensão do princípio da boa-fé objetiva e o próprio intervencionismo estatal redundam na formação de um arcabouço jurídico que visa à proteção do consumidor nas relações negociais.

Entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor não ocorre conflito principiológico, uma vez que aquele funciona como legislação subsidiária deste, por se tratar de uma legislação genérica e existir a determinação constitucional de legislação específica para o âmbito consumerista, conforme a ADCT 48: O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

Todavia, ocorrem antinomias pontuais de normas ou aparentes, em razão de distinção em critérios práticos para a efetividade dos princípios, conforme sustenta Marques (2002, p. 557):

Se não há revogação total e há conveniência do mesmo sistema, pode haver antinomias pontuais e de normas. Reafirme-se que o CDC e o novo CCBBr. possuem os mesmos princípios, logo, não haverá antinomias de princípios, só de normas ou antinomias aparentes.

Isto ocorre porque os campos de atuação destas leis são diversos. Protege-se o consumidor porque ele é reconhecidamente ente vulnerável na relação e que depende desta para o atendimento de uma necessidade, fator que pode ser considerado ainda como medida para uma existência digna. Por isso, quando ocorre a caracterização de obtenção de vantagem manifestamente excessiva, considera-se nula apenas a cláusula e não o contrato como um todo. De modo diferente ocorre nas relações contratuais comuns, quando se parte de um pressuposto de igualdade entre os contratantes e que seria a rescisão contratual, em muitos casos, medida de proteção suficiente. (MARQUES, 2002).

Outros casos de aplicação divergente em relação aos dois sistemas normativos seria a revogabilidade da oferta, a aceitação em razão do silêncio e a necessidade de registro do contrato liminar para a sua exigibilidade, casos que não ocorrem no CDC, pois não se permite revogar a oferta que desperta confiança, o silêncio não pode ser tido como aceitação e o contrato preliminar possui executibilidade específica, mesmo sem o seu registro. (MARQUES, 2002).

Assim, apesar de se considerar a mesma raiz principiológica, o intento de normatização difere, sendo este elemento a ser considerado nas interpretações dos contratos submetidos aos diferentes sistemas.

### 3.1.3.1 Determinação da relação de consumo

As relações albergadas pelos valores consumeristas possuem dois pólos. De um lado o consumidor, compreendido como um agente vulnerável, e por assim ser, depende da lei para que haja um equilíbrio na relação contratual, de modo a suprir suas limitações em relação à outra parte. No outro pólo, encontra-se o fornecedor do bem ou serviço, que, no primeiro caso, desenvolve atividades tipicamente profissionais, como a produção e comercialização e, no segundo, prover, abastecer, proporcionar (MARQUES, 2002).

A forma que acontece a transferência de riquezas entre os dois pólos é regulamentada pelo Código de Defesa do Consumidor, que protege, em razão de sua vulnerabilidade, o consumidor.

Todavia, há uma relativa discussão sobre a limitação do alcance da proteção legal das normas consumeristas. Via de regra são aplicadas as normas quando a finalidade da compra não envolve o desenvolvimento de atividades lucrativas com o produto. Porém, há os casos em que a circunstância evidencia um desequilíbrio, mesmo não se tratando de consumidores no sentido estrito. É o caso do pequeno comerciante que fica sujeito aos grandes fornecedores ou monopolistas e acaba se sujeitando às condições que o desfavorecem comercialmente, o que faz jus ao tratamento diferenciado em relação aos acordos comumente firmados pela regulamentação da lei civil.

Entende-se que o ordenamento jurídico civil tende a incorporar regras gerais para as relações em que não seja caracterizada a prerrogativa consumerista, como foi o caso do princípio da boa-fé objetiva e função social do contrato, positivado pelo Código Civil Brasileiro de 2002.

Importante fenômeno jurídico este, pois a aplicação em massa de normas protetoras ao adquirente de produto abre perigoso precedente para a banalização de seu uso, como no caso da Alemanha quando estendeu, jurisprudencialmente, o conceito de consumidor além do *stricto sensu*, citado por Cláudia Lima Marques, o que ocasionou albergue a quase todos os contratos entre comerciantes. A insigne jurista continua sua lição informando que:

O resultado deste alargamento do campo de aplicação da lei foi decisivo e, durante muito tempo, mais de 50% dos casos de aplicação da lei especial nos Tribunais referem-se a litígios entre comerciantes, o que reduziu o nível de proteção concedido pela jurisprudência alemã e provocou a reação do legislador em 2000 e 2001. (MARQUES, 2002)

Nota-se, nitidamente, que um aumento excessivo no alcance das normas de proteção específica do consumidor resulta em uma perda de sua eficiência prática, mesmo porque, a capacidade que as pessoas jurídicas tem de reivindicar juridicamente seus direitos é maior que a do consumidor pessoa física.

### 3.1.3.2 Os contratos de adesão nas relações de consumo

A prerrogativa da limitação de aplicação das normas consumeristas nas relações comerciais, inclusive de profissionais liberais e pequenos comerciantes, pode ser relativizada em razão do desenvolvimento e dinâmica do mercado.

Com o crescimento das empresas e aumento da complexidade do mundo dos negócios, foram surgindo adaptações para a agilidade dos acordos. E, com a acentuação do comércio voltado para as massas, o contrato de adesão é umas destas técnicas que mais ganhou relevância.

Por contrato de adesão deve-se entender o instrumento contratual impresso, prévia e unilateralmente elaborado, na qual a outra parte apenas aquiesce a seus termos sem a possibilidade de discuti-los.

Esta forma possui vantagens que favorecem a ambos os contratantes. Agiliza e racionaliza as transações comerciais, não faz distinção entre classes sociais para a realização do contrato, permite aos fornecedores o cálculo dos riscos, o que dá margem para uma melhor atuação de sua administração. Todavia, o aspecto negativo fica por conta da impossibilidade de discussão da parte signatária, que deve aderir ao acordo ou ver-se privada do bem ou serviço.

Os contratos de leasing são normalmente contratos de adesão. Por isso, quando o contrato for relativo a um acordo consumerista, é regido pelas regras e princípios estabelecidos pela lei especial.

Sobre esta qualificação do contrato, Cláudia Lima Marques (2002) aponta que a chave para a inclusão geral no CDC é a prova da vulnerabilidade de forma concreta do arrendatário. Aduz que o contrato de leasing é bastante desequilibrado, sendo um contrato caro que permite, aliado à alienação fiduciária, vários privilégios para o fornecedor do *leasing*, em especial conglomerados bancários e grandes empresas. Assevera o seguinte:

[...] daí se dar que a vulnerabilidade in concreto (e coletiva) do arrendatário, mesmo que profissional, é de fácil comprovação, e a jurisprudência majoritária utiliza o CDC (diretamente ou analogicamente) para proteger nestes contratos pequenos comerciantes, taxistas, agricultores e microempresários.

Conclui mencionando que o importante é que, diante da massificação do leasing, a jurisprudência majoritária brasileira optou de maneira clara pela inclusão do arrendamento mercantil no campo de aplicação do CDC, entendimento aceito inclusive pelo STJ.

Com esta perspectiva se entende que a limitação da atuação do Código de Defesa do consumidor é relativizada e sua interpretação estendida para que a grande concentração de poder comercial não seja justificativa para a exploração ou desequilíbrio nas relações comerciais.

#### 3.1.4 Princípios Contratuais do Direito Consumerista Brasileiro

Luiz Antônio Rizzatto Nunes elenca os princípios que se irradiam pelo Código: protecionismo, imperativo da ordem pública e interesse social, vulnerabilidade, equilíbrio, boa-fé objetiva, dever de informar, revisão das cláusulas contrárias, conservação do contrato, equivalência, transparência e solidariedade. (NUNES, 2000).

##### 3.1.4.1 Princípio do protecionismo

É um princípio decorrente do texto constitucional, que prevê a proteção do consumidor como direito fundamental, princípio básico da atividade econômica e a proteção legal de seus interesses.

A sua aplicação faz com que todos os instrumentos utilizados como chamarizes para que o consumidor assine o contrato integrem também o conteúdo do acordo, fazendo com que, em caso de conflito com o redigido contratualmente, seja dada preferência à interpretação que mais favoreça ou proteja os interesses consumeristas.

Uma vez traçado o norte interpretativo, a forma que o magistrado determinar prevalecerá sob as demais, mesmo que existam previsões contrárias no contrato (MARQUES, 2002).

No que tange aos contratos de adesão de relações de consumo a interpretação à parte aderente é ampliada, conforme evidencia Luiz Antônio Rizzatto Nunes (2000), ao afirmar a vigência do princípio *interpretatio contra stipulatorem*, ou seja, contra a parte que estipula os termos, mas de forma especial, acontece o favorecimento acentuado quando há ambigüidades, indeterminações ou contradições. Referido autor continua sua lição afirmando o seguinte:

Contudo, na lei consumerista este princípio veio estampado de maneira mais ampla no art. 47, que estabeleceu que as "cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor". Isto é, toda e qualquer cláusula, ambígua ou não, tem de ser interpretada de modo mais favorável ao consumidor.

Por conseqüência, os litígios que discutam conflitos de interesses oriundos dos contratos, incluindo especialmente os de *leasing*, devem ser resolvidos alicerçados nas interpretações que mais favoreçam ao consumidor.

#### 3.1.4.3 Princípio do imperativo da ordem pública e interesse social

Em razão da importância preconizada constitucionalmente da proteção do consumidor, as normas que regulamentam as suas relações econômicas são de ordem pública. Isto é, possuem prevalência em relação à liberdade da partes no momento de acordarem, ou mesmo permitem que o juiz as aplique sem o requerimento das partes, pois se considera que há uma repercussão geral e interesse coletivo a ser protegido no litígio.

#### 3.1.4.3 Princípio da vulnerabilidade

A vulnerabilidade é presumida sob dois aspectos principais. O primeiro diz respeito ao fato de que o fornecedor tem o domínio dos meios de produção, a técnica, empregada no processo, o poder de decisão de o que, como e quando

produzir restando ao consumidor apenas a escolha limitada das opções existentes no mercado.

O outro fator que alimenta a vulnerabilidade é o desequilíbrio econômico, que via de regra existe entre o fornecedor e o consumidor *stricto sensu*. Quando estas características estiverem presentes também em relações outras que não a estritamente consumeristas, há de se usar critérios na busca do equilíbrio entre as partes, de modo a fazer cumprir a isonomia determinada pela constituição.

#### 3.1.4.5 Princípio do equilíbrio

O equilíbrio contratual é almejado valorativamente por todo o ordenamento consumerista. Este princípio é base para a determinação da proibição de cláusulas abusivas e todos os outros direitos que o consumidor tem, como a inversão do ônus da prova, contrariando, inclusive, a perspectiva civilista.

A consideração da abusividade da cláusula é feita por seu resultado, e mesmo que o consumidor tenha consentido com o seu conteúdo ao assinar o contrato, o magistrado pode decretar a nulidade a pedido da parte, dos órgãos de defesa do consumidor, do ministério público ou *ex officio*.

#### 3.1.4.5 Princípio da boa-fé objetiva

A proteção da boa-fé é à base de todas as relações jurídica se trata do compromisso expresso ou tácito das relações contratuais que visam um estabelecimento de reciprocidade benéfica para os integrantes do contrato.

O conceito deste princípio é pormenorizado por Claudia Lima Marques (2002):

Boa-fé objetiva, significa, portanto, uma atuação "refletida", uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

Segundo a autora, este princípio possui três finalidades específicas no direito consumerista: a) fonte de deveres especiais de conduta; b) limitação do exercício dos direitos subjetivos; c) na concreção e interpretação dos contratos.

A primeira característica possui natureza criadora, pois é fonte de deveres outros que não os naturalmente oriundos do contrato, como o dever de informar, de cuidado e cooperação ou responsabilidade por ato lícito de atos profissionais, por esta perspectiva, indisponíveis por contrato.

O segundo é relativo à limitação da liberdade de atuação dos parceiros contratuais, controlando a transferência dos riscos profissionais por cláusulas abusivas e libertando o devedor de obrigação gerada por conduta não razoável.

A terceira constitui uma linha para a interpretação do contrato e do comportamento dos contratantes, de forma precípua a buscar identificar padrões objetivos de conduta que demonstrem bons interesses, cooperação e sentimento de auxílio entre as partes.

#### 3.1.4.6 Princípio do dever de informar

O dever de informar abrange diversos aspectos constitutivos do produtos ou serviço, cabendo ao fornecedor apresentar de forma clara e precisa todos os aspectos relevantes para o interesse do consumidor. Na conceituação apresentada por Luiz Antônio Rizzatto Nunes (2000), encontra-se detalhamento das incumbências:

Com efeito, na sistemática implantada pelo CDC, o fornecedor está obrigado a prestar todas as informações acerca do produto e do serviço, suas características, qualidades, riscos, preços, etc., de maneira clara e precisa, não se admitindo falhas ou omissões.

#### 3.1.4.8 Princípio da revisão das cláusulas contrária

Segundo análise de Luiz Antônio Rizzatto Nunes, o princípio da revisão das cláusulas contrárias tem por orientação a manutenção dos objetivos do contrato e a manutenção dos interesses, primando, portanto, pela manutenção de seu vigor.

Trata-se de algo a mais que o já proporcionado pela teoria da imprevisão. Em caso de aplicação deste valor principiológico, não convém a discussão sobre a capacidade que as partes tinham de prever acontecimentos que causariam uma onerosidade excessiva ao consumidor. Basta apenas que se contate a natureza vil do encargo para que se possa acordar de modo a sanar o desequilíbrio.

Tal interpretação decorre dos demais princípios oportunizados pelo Código consumerista, como o da vulnerabilidade, boa-fé objetiva e isonomia.

#### 3.1.4.8 Princípio da conservação do contrato

Este princípio tem por finalidade corroborar a proposição teleológica dos que possibilitam a relativização da força vinculante dos contratos.

Não obstante serem abertos precedentes para análise revisional, estas ações devem conter a intenção de conservação do contrato entre fornecedor e consumidor, afinal, a finalidade do ordenamento consumerista é possibilitar o consumo de forma que suas prerrogativas sejam atendidas.

Portanto, vige a predileção pela conservação dos contratos, desde que mantida a relação equilibrada entre as partes e a conservação de seus interesses legítimos.

#### 3.1.4.9 Princípio da equivalência

Ramificado por vários dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, o princípio da equivalência representa o desejo de manter o equilíbrio nas relações consumeristas. Sendo, pois, o equilíbrio percebido como fonte de justiça, há a elevação do tratamento isonômico na busca material de seu alcance e da paridade de proporção nos tratamentos.

#### 3.1.4.12 Princípio da transparência

Alicerce de outros princípios do direito consumerista, como o dever de informar, este princípio tem uma atuação extremamente relevante na concepção recente das relações entre fornecedor e consumidor, pois como cita Cláudia Lima Marques, há a inversão das posições da relação.

O consumidor, antes em uma posição ativa, de preocupação da busca por eventuais brechas e futuros desfavorecimentos, agora encontra-se privilegiado, remetendo a preocupação da devida prestação de informações ao fornecedor:

De um lado, o ideal de transparência no mercado acaba por inverter os papéis tradicionais, aquele que encontrava-se na posição ativa e menos confortável (*caveat emptor*), aquele que necessitava atuar, informar-se, perguntar, conseguir conhecimentos técnicos ou informações suficientes para realizar um bom negócio, o consumidor, passou para a confortável posição de detentor de um direito subjetivo de informação (Art. 6º, III), enquanto aquele que encontrava-se na segura posição passiva, o fornecedor, passou a ser sujeito de um novo dever de informação (*caveat venditor*), dever de conduta ativa (informar), o que significa, na prática, uma inversão de papéis (arts. 46, 51, IV e 54), e um início de inversão *ex vi lege* do ônus da prova. (MARQUES, 2002)

Desta feita, a transparência deve permear toda a relação contratual, inclusive suas fases anteriores, de oferta, e posteriores, pós-venda, pois as informações prestadas são, definitivamente, conteúdos do contrato e dos termos da relação do fornecedor para com o consumidor (MARQUES, 2002).

### 3.1.4.13 Princípio da solidariedade

Com assentamento em Durkheim, Luiz Antônio Rizzato Nunes (2000) estabelece o conceito de solidariedade, dicotomizando-o:

O sentimento de solidariedade pode se subtrair de dois tipos de concepções sistêmicas: mecânicas e orgânicas. As primeiras relacionando o funcionamento das partes ao todo e o deste àquelas, bem como das partes entre si para o próprio funcionamento do sistema total. E as segundas apontando para uma divisão do trabalho a indicar funções diversas a cada parte, mas que devido a sua solidariedade faz o todo funcionar.

Nesta abordagem a sociedade é vista como um todo único, em que a ação deve ser voltada para o coletivo.

Ganha contornos de relevância este princípio na medida em que age como compensação ao caráter individualista da atividade econômica, uma vez esta orientada para o lucro. Com a sua aplicação, visa-se a disseminação de um interesse social entre partes, de modo a atingir o todo de condutas éticas, para que se mantenha vigente um estado de bem estar coletivo.

Com esta óptica, as relações consumeristas, decisões judiciais e a própria conduta dos agentes em si, deve ser voltada não exclusivamente para o lucro, mas também o melhor para a sociedade como um todo.

## 4 CONTRATO DE LEASING

### 4.1 O LEASING E SUA ORIGEM

Importante um estudo mais aprofundado do contrato de leasing para o presente trabalho, eis que a discussão crucial deste envolve, justamente, o contrato em questão.

O *leasing* tem enfrentado novos enfoques, tanto em sua regulamentação quanto no quadro de problemas verificados na prática, contudo, a natureza e estruturação jurídica deste instituto jurídico mantêm doutrinariamente a pureza conceitual e a tipicidade que determinaram sua origem.

Historicamente falando, não é precisa a data do surgimento do *leasing* como arrendamento mercantil, sendo variável o posicionamento da doutrina neste sentido. Alguns remetem sua origem à Antiguidade, defendendo que teve início na Idade Média, com o Feudalismo, através do arrendamento de terras; outros defendem seu aparecimento em épocas mais atuais, na Idade Contemporânea, em que as primeiras operações de leasing apareceram sob a forma de *reting* ou arrendamento de bens. (ZDANOWICZ, 1985, p.30).

Em que pese a divergência doutrinária quanto ao surgimento do *leasing*, existe unanimidade quanto ao fato de que este tipo de contrato surgiu da necessidade do homem de "possuir" as coisas ao seu redor sem ser necessariamente o proprietário, sendo-lhe permitido apenas fazer uso dos bens móveis ou imóveis. Foi concebido sobre a ideia de que para a execução de uma atividade econômica e a geração de renda é necessária apenas a utilização de bens de capital, sem adquirir a propriedade desses bens.

O *leasing*, em termos mais aproximados do que é atualmente conhecido, surgiu nos Estados Unidos em 1920, quando empresas implantaram o *leasing* operacional para viabilizar um maior escoamento de seus produtos, arrendando-os, o que propiciava uma manutenção e opção de substituição por outros mais modernos quando os usados se tornassem obsoletos. Este tipo de operação passou

a se desenvolver e a sofrer as influências e modificações das peculiaridades locais, passando a ser utilizado em larga escala a partir da década de 50 (1950/1952).

Rapidamente o *leasing* passou a ser adotado por outros países de maior desenvolvimento econômico, vez que respondia às necessidades surgidas na indústria e no comércio proporcionando mais facilidade. Funcionava como uma proveitosa obtenção do uso de máquinas e instrumentos de trabalho.

No Brasil, o *leasing* começou a se destacar a partir da década de 60<sup>2</sup>, particularmente nos grandes centros do Rio de Janeiro e São Paulo, mas passou a ser regulado mais de dez anos depois, com a Lei 6.099/74, modificada posteriormente pela Lei 7.132/83, que veio a ampliar o instituto e determinar normas processuais sobre o mesmo.

#### 4.2 CONCEITO DO *LEASING*

O vocábulo *leasing* provém do sistema anglo-saxão, mais propriamente dos Estados Unidos, onde foi utilizado primeiramente (VENOSA, 2009). O termo é o particípio do verbo da língua inglesa *to lease*, que significa alugar, arrendar. No Brasil, o termo foi substituído por "arrendamento mercantil".

O art. 1.º, parágrafo único da Lei n.º 6.099, de 12 de setembro de 1974 (alterada pela Lei n.º 7.132, de 26 de outubro de 1983), traz o conceito legal de arrendamento mercantil:

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

---

<sup>2</sup> Contudo, constam registros de ter surgido em termos mais arcaicos com as capitânicas hereditárias, tendo gerado grande evolução na área das finanças por possibilitar o uso de bens sem a necessidade do pagamento do valor integral do mesmo nem de ficar o arrendatário obrigado a adquirir a coisa ao final do contrato, podendo inclusive renova-lo para obter outro bem, com tecnologia mais avançada, ou em caso de preferência, devolver a coisa arrendada. (DINIZ, 1993)

De forma genérica, o arrendamento mercantil abrange todas as operações em que o proprietário de um bem cede o direito de seu uso pleno por determinado período, mediante o recebimento de uma contraprestação durante o contrato, possibilitando novo arrendamento ao final deste contrato, ou ainda, a devolução do bem ou sua aquisição pelo valor residual.

Diniz (2006) conceitua arrendamento mercantil como sendo:

Leasing é o contrato pelo qual uma pessoa jurídica, pretendendo utilizar determinado equipamento, comercial ou industrial, ou um certo imóvel, consegue que uma instituição financeira o adquira, arrendando-o ao interessado por tempo determinado, possibilitando-se ao arrendatário, findo tal prazo, optar entre a devolução do bem, a renovação do arrendamento, ou a aquisição do bem arrendado mediante um preço residual fixado no contrato, isto é, o que fica após a dedução das prestações até então pagas.

No conceito de Venosa (2009), a melhor denominação para o leasing seria o de "locação financeira", pois apresenta atualmente várias espécies, surgidas conforme as necessidades negociais. Conceitua-o da seguinte forma:

Primordialmente dirigido às pessoas jurídicas, nada impede que seja utilizado por pessoas naturais, dependendo de regulamentação legislativa. Trata-se, portanto, em sua veste comum, de contrato mediante o qual um agente, pretendendo utilizar coisa móvel ou imóvel, faz com que a instituição financeira ou especializada o adquira, alugando-o posteriormente a ele por prazo certo, facultando-lhe a final que opte entre a devolução do bem, a renovação do contrato ou a compra pelo preço residual conforme estabelecido.

Martins (2002), por sua vez, dispõe:

Entende-se por arrendamento mercantil ou leasing o contrato segundo o qual uma pessoa jurídica arrenda a uma pessoa física ou jurídica, por tempo determinado, um bem comprado pela primeira de acordo com as indicações da segunda, cabendo ao arrendatário a opção de adquirir o bem arrendado findo o contrato, mediante um preço residual previamente fixado.

Pode-se, então, definir o contrato de arrendamento mercantil como um negócio jurídico em que o titular da propriedade do bem, móvel ou imóvel, cede a outrem (pessoa física/natural ou jurídica - chamada de arrendatária), o uso e gozo da posse direta da coisa objeto da avença durante prazo certo e determinado, possibilitando, ao final do contrato, três alternativas, quais sejam: 1) devolver o bem; 2) renovar o contrato (por prestações menores em razão da desvalorização do bem)

ou 3) optar pela compra do bem mediante o pagamento do Valor Residual Garantido - VRG. (Art. 1.º da Resolução 2.309/1996 do Banco Central do Brasil).

Caso não haja a possibilidade do exercício de qualquer das opções acima, não há que se falar em leasing.

#### 4.3 NATUREZA JURÍDICA

Martins (2002, 449) afirma que a natureza jurídica do arrendamento mercantil é complexa, asseverando que:

Compreende uma locação, uma promessa unilateral de venda (em virtude de dar o arrendador opção de aquisição do bem pelo arrendatário) e, às vezes, um mandato, quando é o próprio arrendatário quem trata com o vendedor na escolha do bem.

Venosa (2009) tem entendimento semelhante:

O arrendamento mercantil, como percebemos, é formado por um complexo de relações negociais, nas quais podem ser identificados claramente vislumbres de locação, promessa de compra e venda, mútuo, financiamento e mandato. [...] Originalmente, é contrato atípico misto, que se vale de conceitos de vários outros. Sua ideia centralizadora, todavia, é sem dúvida a locação de coisas.

Não se pode negar a natureza altamente complexa do leasing, eis que envolve nitidamente obrigação de dar (cessão de direito), e uma obrigação de fazer, que engloba todos os atos necessários à própria realização do *leasing*.

A habitualidade do negócio ou das operações realizadas, quando configurarem a atividade principal da empresa arrendadora, é fator preponderante para o estabelecimento da relação obrigacional.

De acordo com a doutrina e jurisprudência, a causa deste tipo de contrato é única, qual seja, a de garantir ao arrendatário a tríplice ação. Caso não o fosse, poder-se-ia falar de locação, financiamento ou mera compra e venda, vez que o que determina um contrato não é a sua nomenclatura, mas os fatos que estabelecem o tipo contratual.

Em que pese não se confunda com nenhum destes contratos, concorrem para a formação do *leasing* os contratos de financiamento, de locação e de compra e venda.

#### 4.4 PARTES ENVOLVIDAS NO CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL

O contrato de arrendamento mercantil envolve as seguintes partes: a empresa de arrendamento mercantil, o arrendatário e a empresa fornecedora.

Empresa de arrendamento mercantil é a entidade financeira que presta o serviço de *leasing*, pela natureza das obrigações que assume perante o arrendatário, sendo imperativo cumprir tais obrigações quando firma o relacionamento jurídico assumido.

A atuação de uma empresa no ramo do arrendamento mercantil exige que esta tenha em sua constituição as seguintes características: ser pessoa jurídica mercantil; ser pessoa jurídica com forma de sociedade anônima; ter autorização do Banco Central do Brasil e estar vinculada ao Banco Central.

São vários os dispositivos legais que determinam a obrigatoriedade de ser a empresa uma pessoa jurídica mercantil, a exemplo dos arts. 1.º, parágrafo único e 2.º e parágrafos, ambos da Lei 6.099/74; art. 1.º da Res. 2.309.

A obrigatoriedade de ser pessoa jurídica com forma de sociedade anônima, vem disciplinada pela redação do art. 4.º da Res. 2.309:

Art. 4.º As sociedades de arrendamento mercantil devem adotar a forma jurídica de sociedades anônimas e a elas se aplicam, no que couber, as mesmas condições, estabelecidas para o funcionamento de instituições financeiras na Lei 4.595, de 31.12.1964, e legislação posterior relativa ao Sistema Financeiro Nacional, devendo constar obrigatoriamente de sua denominação a expressão "Arrendamento Mercantil".

As pessoas físicas não podem ser arrendadoras, assim como as pessoas jurídicas não registradas no Banco Central. É, pois, primordial o registro e a autorização do Banco Central para se operar na atividade de arrendamento mercantil como arrendadora, segundo o teor do art. 3.º da Res. 2.309, que tem a seguinte redação: "A constituição e o funcionamento das pessoas jurídicas que

tenham como objeto principal de sua atividade a prática de operações de arrendamento mercantil, denominadas sociedades de arrendamento mercantil, dependem de autorização do Banco Central do Brasil".

Há necessidade de a empresa arrendadora possuir como objeto social exclusivo a prática de operações arrendamento mercantil, ou apresentar centralização das operações em um departamento especializado com escrituração própria (Lei 6.099, art.2.º, §2.º).

O *lease-back* está reservado aos bancos múltiplos, dedicados a investimento, desenvolvimento, concessão de crédito imobiliário, entre outras entidades, segundo se lê do art. 13, §2.º, da Res. 2.309, "Os bancos múltiplos com carteira de investimento, de desenvolvimento e/ou crédito imobiliário, os bancos de investimento, os bancos de desenvolvimento, as caixas econômicas e as sociedades de crédito imobiliário também podem realizar as operações previstas neste artigo". Tem o mesmo sentido a disposição do art. 9.º da Lei 6.099, modificada pela Lei 7.132. Essa reserva aos estabelecimentos ora mencionados diz respeito apenas ao *lease-back*, não ocorrendo o mesmo com o *leasing* financeiro. Este, diferentemente, pode ser objeto de qualquer pessoa jurídica, sendo imprescindível, apenas, que funcione como sociedade anônima e esteja ligada ao Banco Central do Brasil.

Rizzardo (p. 108) cita os ensinamentos de Arnold Wald, no sentido de que para este autor a sociedade arrendante integra o próprio Sistema Financeiro Nacional, utilizando como fundamento para esta afirmação o teor do disposto em vários dispositivos da Lei 6.099 (art. 2.º, §2.º, art. 7.º, art. 23). Contudo, cumpre salientar que, ainda que exista certa dependência das empresas arrendantes com o Banco Central, não se identificam com as instituições financeiras.

Cabe ao Banco Central controlar as arrendadoras, assim como outras instituições, estando incluídas as companhias seguradoras e as administradoras de consórcio, possuindo natureza distinta da de instituição financeira.

Embora exista forte tendência em equiparar a atividade de leasing, ou as empresas de *leasing*, com a instituição financeira, ambas não se identificam, possuindo funções ou finalidades distintas umas das outras. Uma arrendante, por exemplo, não pode se dedicar a receber captações, trabalhar com crédito, fazer empréstimos, descontar títulos mercantis, entre outras atividades inerentes à instituição financeira.

A atividade realizada pelas empresas de leasing financeiro e de *lease-back*, apesar de corresponder a um financiamento, enquadrando-se dentre as previstas para as instituições financeiras, não é exclusiva das empresas de arrendamento oriundas de bancos, ou departamentos de bancos, pois existem empresas de arrendamento constituídas que não derivam de bancos.

Rizzardo (2000) afirma que "impõe a lei estruturação da empresa de leasing como pessoa jurídica própria, específica, formalizada através de um departamento que possui a sua estrutura distinta daquela do banco do qual deriva". Aduz que tanto é assim que haverá uma direção diferente, com capital particular e contabilidade separada, além de patrimônio próprio. Ainda que a empresa venha como departamento, não é dispensada a organização especial com todas as exigências legais para a constituição de qualquer pessoa jurídica, que, por sua vez, são diferentes daqueles previstos para a constituição dos bancos.

No caso dos bancos, estes atuam basicamente na captação para a formação de capital e se destinam às atividades constantes do art. 17 da Lei 4.595.

Em se tratando das pessoas jurídicas interligadas ou coligadas, estas não têm direito ao tratamento especial. Segundo o art. 28, da Res. 2.309, não podem as sociedades arrendantes contratar operações com: "I - pessoas físicas ou jurídicas coligadas ou interdependentes; II - administradores da entidade e seus respectivos cônjuges e parentes até o segundo grau; III - o próprio fabricante do bem arrendado".

De acordo com o art. 2.º da Res. 2.309, as empresas devem apresentar um departamento técnico especializado: "Para a realização das operações previstas neste Regulamento, as sociedades de arrendamento mercantil e as instituições financeiras citadas no artigo anterior devem manter departamento técnico devidamente estruturado e supervisionado diretamente por um de seus diretores".

As exigências técnicas para se operar o leasing determinam a estruturação em um departamento ou setor com a finalidade de se buscar uma operação correta da arrendadora, bem como dar uma orientação e assistência às arrendatárias, especialmente no que toca aos tributos e contabilidade.

O arrendamento mercantil tem como arrendatário preferencialmente pessoas jurídicas, empresas privadas nacionais e estrangeiras, ou empresas estatais e autárquicas.

Para figurar como arrendatária, no entanto, a empresa deve oferecer idoneidade financeira e demonstrar condições de desenvolver a atividade proporcionada pelo equipamento.

Além disso, deve apresentar possibilidade de sucesso, conclusão a qual se chega a partir da análise das propostas feitas, ou, ainda, que demonstrar de forma clara a eficiência do negócio a ser desenvolvido, resultado que se obterá pelo exame do desempenho comercial do produto fabricado, o que poderá ser feito através dos seguintes elementos: idoneidade moral dos diretores, experiência no ramo de atividade que se propõe a desenvolver e embasamento financeiro da sociedade.

A fiança ou caução, que servem como suporte econômico, também podem figurar como dado decisivo para ensejar a perspectiva da empresa.

Existem, ainda, outros aspectos a serem averiguados, tais como os balanços, balancetes, declaração de bens e rendimentos da empresa. Através destes dados é possível prever os índices de rentabilidade, avaliando o grau de riscos que a operação oferece.

O art. 12 da Res. 2.309<sup>3</sup> consolidou a possibilidade das pessoas físicas figurarem como parte arrendatária nos contratos de arrendamento mercantil, embora anteriormente não houvesse proibição, mas apenas não eram oferecidos benefícios fiscais. A própria Lei 7.132/83 já autorizava o arrendamento com pessoa física.

Segundo o art. 11, da Res. 2.309<sup>3</sup>, "podem ser objeto de arrendamento bens móveis, de produção nacional ou estrangeira, e bens imóveis adquiridos por entidade arrendadora para fins de uso próprio da arrendatária, segundo as especificações desta".

A partir do momento em que foi autorizado o arrendamento para pessoas físicas, esta figura contratual tornou-se popular, a ponto de tornar-se um dos instrumentos de aquisição financiada de bens duráveis mais procurados.

Nota-se, também, que desde a autorização do arrendamento às pessoas físicas, não mais se indaga acerca da destinação do bem, podendo a utilização ser diversa daquelas relacionadas à atividade econômica ou produtiva desenvolvida pelo arrendatário.

Empresa fornecedora, outra parte envolvida nos contratos de arrendamento mercantil, não é necessariamente a que fabrica o produto objeto do contrato, mas

---

<sup>3</sup> Art. 12. É permitida a realização de operações de arrendamento mercantil com pessoas físicas e jurídicas, na qualidade de arrendatárias.

sim a que despacha a proposta de venda do equipamento feita pela entidade ou pessoa interessada, com a concordância da locadora. No caso do *leasing* operacional, poderá ser o fabricante.

Independentemente de sua condição (simples fornecedora ou fabricante), ela se integra na relação, geralmente tomando as iniciativas de encaminhar eventuais compradores à companhia arrendadora, para providenciarem no contrato.

É importante notar que nos casos do *lease-back* e do *leasing* operacional, não existe a figura do fornecedor, encerrando-se a relação apenas entre locador e locatário, conforme será adiante explanado. Já no *leasing* financeiro, a operação é trilateral, envolvendo fornecedor, locador e locatário.

Cumpre salientar que o fornecedor não integra o contrato do *leasing*, dele não sendo parte, configurando-se como uma simples vinculação, sendo mero intermediário. Cabe ao locatário decidir a espécie do equipamento, pois oferece os melhores qualificativos para indicar o bem, indicando as perfeições e utilidades que o equipamento deve oferecer para o fim a que se destina. O arrendador se exime, assim, da responsabilidade quanto à escolha e às contingências do bem adquirido, circunscrevendo-se entre o locatário e o fornecedor.

Limita-se o arrendador a financiar ou adquirir o bem de acordo com as diretrizes traçadas pelo arrendatário, que tem a incumbência de examinar a qualidade do material quando do seu recebimento e realização de testes para averiguar seu bom funcionamento. Por esta razão, não existe a possibilidade de ingresso de ação em face do arrendador quando surgirem problemas no bem objeto do contrato.

#### 4.5 CAUSAS, FINALIDADE E TIPICIDADE JURÍDICA DO *LEASING*

A razão inspiradora do arrendamento mercantil está na especialização da indústria, no emprego de capital de giro em setores que resultem em rápida reposição econômica do investimento e na renovação dos aparelhamentos sem se falar em descapitalização.

Através do *leasing* permite-se, por exemplo, a montagem ou reequipamento de uma empresa sem a imediata imobilização de importantes capitais próprios ou emprestados.

Em se tratando do plano individual das partes envolvidas neste tipo de contrato, a causa está na razão econômico-jurídica do negócio obrigacional. O arrendatário recorre ao *leasing* com o propósito de receber o uso de um bem que necessita para sua exploração, sem necessidade de investir grandes somas em dinheiro, sustentando a possibilidade de optar pela aquisição de sua propriedade com o desconto daquilo que foi gasto durante a locação.

A principal finalidade no contrato de arrendamento mercantil é o financiamento de bens produtivos. Em que pese este tipo de contrato envolva uma multiplicidade de negócios, sem se confundir com nenhum deles (locação, venda a crédito, operação financeira), a finalidade última está exatamente no financiamento.

Afirma-se que o *leasing* é um contrato unitário quando se trata de sua finalidade, por força do financiamento. A dinamização deste contrato é o financiamento, que é o que se visa no momento de sua celebração.

Quanto à tipicidade, o instituto "arrendamento mercantil" era, no início, considerado um contrato atípico, pois formado à margem dos conceitos legais até então existentes. Adquiriu, pois, classificação legal (tipicidade) quando da edição da Lei 6.099, que regula, em especial, a questão tributária.

Com a edição da lei e o complemento das Resoluções 351, 980 e da Resolução 2.309, o *leasing* passou a ter regulamentação legal própria, apesar de necessitar de aprimoramento legislativo.

#### 4.6 RELAÇÕES OBRIGACIONAIS QUE FORMAM O *LEASING*

Segundo Arnaldo Rizzardo (2000), os conteúdos componentes da natureza do *leasing* são, basicamente: 1) promessa sinalagmática de locação; 2) relação de mandato especial; 3) locação da coisa; 4) compromisso unilateral; e, 5) possibilidade de compra e venda.

Desde que o contrato é firmado, passa a existir a promessa sinalagmática de locação, que se estabelece dentro de uma relação sinalagmática, uma vez que a empresa locadora se compromete a locar o bem, enquanto que a empresa locatária, a arrendar referido bem.

A configuração da promessa inicial formada entre as partes contratantes determinando a compra do equipamento objeto da relação, que resulta em efeitos jurídicos, que apregoa conseqüências a ambas as partes em caso de inadimplemento ou arrependimento, de acordo com o Código Civil.

A relação de mandato especial se perfaz na medida em que a locadora outorga à locatária um mandato, conferindo poderes de representação quanto à conferência do material adquirido, exame de suas características técnicas e qualidades. Os profissionais da locatária examinam o bem e concluem pela aprovação do mesmo. À empresa de *leasing* não cabe aprovar o equipamento ou definir suas condições de serventia, competindo-lhe apenas a aquisição ou o financiamento.

Rizzardo (2000) aduz que o mandato configura-se justamente no aspecto de a locatária se encontrar autorizada a aceitar ou não a coisa, e a gestionar para garantir os seus requisitos técnicos junto ao fornecedor.

Assim, não são aceitas reclamações junto à locadora por eventuais defeitos do equipamento, porque o arrendador adquire o bem de acordo com as informações técnicas do arrendatário, não sendo aplicadas, também, as normas relativas aos vícios redibitórios. A instituição financeira é mera intermediária entre a locatária e o vendedor do material, não sendo lícito à locatária reter o preço dos aluguéis sob o argumento de que o equipamento apresenta defeitos ou vícios, devendo cumprir o negócio com a locadora. Isto não ocorre no *leasing* operacional, porque a arrendante é a fornecedora/vendedora, podendo o locatário voltar-se contra a locadora. Já no *lease-back*, também uma operação financeira simplificada, não cabe ao locatário argumentar a existência de defeitos no bem, eis que ele próprio é o fornecedor da coisa, que é vendida ao locador, mas o bem não é transferido de local, havendo transferência apenas do domínio em favor do locador.

A locação da coisa é outra relação obrigacional que compõe o *leasing*, relação esta que se configura quando uma das partes se obriga a fornecer à outra o uso e o gozo da coisa não fungível, mediante justa retribuição, por determinado

período de tempo (art. 1188 do CC). No caso do arrendamento mercantil, o objeto das operações deve ter utilidade profissional, que vise o desempenho de atividades econômicas, comerciais ou industriais (equipamentos com destinação produtiva), não sendo possível ser objeto deste tipo de contrato os bens de natureza puramente civil, de uso comum. Configura-se a locação quando a locatária não exerce a opção de compra no contrato. Contudo, deve-se observar que o contrato de *leasing* apresenta diversas diferenças ao ser comparado com o contrato de locação, o que será estudado em tópico oportuno.

O compromisso unilateral de venda é observado na medida em que o locador se obriga a vender a coisa por determinado valor, a partir do momento em que o locatário demonstre a intenção de adquiri-lo. Este não se compromete a comprar, sendo apenas uma opção que lhe é facultada, sendo necessário demonstrar sua vontade para tanto. Não se trata de compra e venda, uma vez que apenas uma das partes é que assume o ônus de vender.

Pela existência da promessa de compra e venda nesta espécie de negócios, a possibilidade de compra e venda é conseqüência esperada e evidente, através da qual um dos contratantes transfere o domínio da coisa, mediante pagamento do preço ajustado. São as normas ditadas pelo Código Civil que rege a matéria no que diz respeito aos contratos de compra e venda.

#### 4.7 CARACTERÍSTICAS DO *LEASING*

Uma característica essencial do contrato de *leasing* é justamente a de possibilitar ao empresário viabilizar as atividades operacionais da empresa sem o ônus da imobilização, facultando concomitantemente utilizar-se imediatamente dos mais avançados equipamentos, máquinas, instalações modernas, veículos e imóveis, tudo mediante o pagamento de prestações periódicas sob a forma de arrendamento.

Este caráter de locação é o elemento que mais aparece no contrato de arrendamento mercantil e que acaba por diferenciá-lo de outras formas de contrato. Mas deve-se ter bem claro que não se trata de uma locação pura, eis que o valor

dos aluguéis não expressa unicamente o custo do empréstimo da coisa, mas abrange o preço de aquisição do bem, acrescido dos impostos, despesas gerais da entidade financeira e o lucro que esta deverá ter pelo investimento do capital.

O contrato de arrendamento mercantil encerra um caráter predominantemente financeiro perante a empresa arrendadora, que atua basicamente com recursos próprios ou faz empréstimos junto aos bancos ou a instituições financeiras. As prestações que vão sendo pagas apresentam a finalidade de recuperar o dinheiro investido com a aquisição do equipamento e de custear os gastos demandados pela administração. Por esta razão é que o montante das contraprestações é sempre mais elevado que os pagamentos por uma simples locação, pois na fixação do valor do arrendamento se leva em conta vários fatores, a exemplo do uso, depreciação e administração. No final do prazo, o valor residual é calculado sobre a depreciação que o equipamento sofre pela ação do uso e do tempo. (RIZZARDO, 2000).

O contrato de "leasing" apresenta, também, uma estrutura bilateral ou sinalagmática, pois impõe obrigações mútuas de parte a parte e que devem ser cumpridas para preservar-se até o final a relação jurídica firmada entre elas. A bilateralidade pressupõe o concurso de vontades em sentido oposto entre arrendadora e arrendatária, que venham a se encontrar.

A onerosidade é outra característica intrínseca à natureza jurídica do negócio "leasing". Segundo Arnold Wald (*in RT* 591/18), "Na realidade, os aluguéis são mais altos que os existentes na locação comum, pois visam a garantir, em prazo contratual determinado, a amortização do preço do equipamento acrescido dos custos administrativos e financeiros e do lucro da companhia de leasing". Segundo Arnaldo Rizzardo, este tipo de contrato representa uma espécie de dinamização do progresso, pois se destina a convenção de substituir o financiamento bancário, no qual são exigidas garantias que nem sempre possuem as empresas. (Rizzardo, 2000).

Outra característica do contrato de arrendamento mercantil é a comutatividade, sendo obrigação da entidade de leasing conceder a posse do bem, a prestação de serviços e a outorga do domínio no final, estabelecendo-se a contraprestação a cargo do comprador. Deve haver equivalência dos direitos e deveres para as partes envolvidas neste tipo de contrato.

Trata-se de um contrato de execução sucessiva continuada, pois as prestações do devedor se prolongam por um certo período de tempo; ele satisfará o preço ao longo de um prazo, de forma periódica.

A operação de *leasing* é firmada em função da pessoa do locatário (*intuitu personae*), bem como da produtividade que é capaz de imprimir no ramo de seu negócio. Assim, a cessão do contrato a outro locatário depende do assentimento previamente estipulado.

O contrato de *leasing* é um contrato típico, havendo enquadramento legal próprio para este tipo de relação obrigacional, qual seja, a Lei 6.099, de 12.09.1974, alterada pela Lei 7.132, de 26.10.83, que embora dirigida para efeitos tributários, disciplinou o negócio jurídico em questão.

Apresenta, ainda, forma consensual, por aperfeiçoar-se pelo simples consentimento das partes contratantes, não havendo rigorismo quanto à sua instrumentalização. Segundo Arnaldo Rizzardo (p. 65), "o consensualismo apresenta-se mais como um princípio, já que muitas regras aconselhadas por imposição da segurança jurídica limitam bastante as vontades.

Existe um formalismo quanto aos elementos componentes do contrato, pois a Lei 6.099, modificada pela Lei 7.132, discrimina em seu art.5.º os requisitos que devem ter os contratos, imprimindo-lhes um caráter totalmente flagrantemente formalista relativamente aos elementos que deve conter o instrumento. A feição consensual se encontra na liberdade quanto à exteriorização ou a possibilidade das partes se expressarem através de várias modalidades.

O contrato é considerado, ainda, de adesão, por força das cláusulas estanques e uniformizadas, previamente formuladas pela arrendante e impostas unilateralmente. De acordo com Orlando Gomes (1972), este tipo de contrato "é negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas".

#### 4.8 ELEMENTOS QUE COMPÕEM O CONTRATO DE *LEASING*

Segundo Arnaldo Rizzardo (2000), os arts. 5.º da Lei 6.099, com as mudanças da Lei 7.132, e 7.º da Res. 2.309 especificam os mais salientes elementos integrantes do contrato de *leasing*.

São eles: 1) a descrição dos bens; 2) o prazo; 3) o valor ou a forma de cálculo das contraprestações e o critério para o reajuste; 4) forma e planos de pagamento das prestações; 5) condições para o exercício do direito de opção; 6) opção de compra e o valor residual garantido; 7) despesas e encargos adicionais; 8) substituição do bem arrendado; 9) cláusulas adicionais; 10) vistoria dos bens pela sociedade arrendante; 11) inadimplemento das obrigações pela arrendatária e destruição, perecimento, desaparecimento do bem arrendado; 12) transferência do bem arrendado a terceiros; 13) opção de compra exercida antes do prazo contratual; e, 14) obrigações do arrendante e do arrendatário.

Importante se fazer algumas considerações acerca dos elementos ora mencionados, ainda que sucintamente, eis que eles evidenciam a natureza do instituto em pauta.

##### 4.8.1 A Descrição dos Bens

Nos contratos de arrendamento mercantil, é necessária a especificação dos bens que constituem seu objeto, com a descrição exata de todos os dados pertinentes e que possibilite uma perfeita identificação da coisa. Ante a impossibilidade de substituição dos bens, que devem possuir individualidade própria, somente se prestam para servir de objeto do contrato os bens infungíveis, não podendo ser substituídos por outros da mesma espécie e igual quantidade.

#### 4.8.3 O Prazo

Geralmente, os contratos de arrendamento mercantil têm duração entre dois a cinco anos (o prazo nunca será inferior a 24 ou 36 meses), sendo imprescindível a fixação de seu início e término para possibilitar a opção de compra. No caso de bens imóveis, o prazo do contrato pode ser elástico.

Para a fixação do prazo do contrato, leva-se em conta a vida útil do bem arrendado, observando-se a possibilidade de recuperação do capital investido, guardando uma margem de lucro.

#### 4.8.3 O Valor/Fórmula de Cálculo das Contraprestações/Critério para o Ajuste

Nos contratos de *leasing*, o valor pago pela prestação acaba sendo superior a de uma locação pura e simples porque significa mais que o valor em dinheiro, exprimindo, também, a depreciação do bem arrendado e o lucro da empresa arrendadora.

Rizzardo (2000), explica:

Calcula-se a depreciação do bem durante a vigência do contrato. Chegando-se a uma previsão de setenta por cento, v.g., compreenderão as prestações a amortização neste percentual do valor, mais a remuneração do capital através de uma taxa de juros específica.

O tipo de aparelhamento determinará um índice próprio de depreciação e de valor residual. Aquele considerado facilmente vendável, como é a hipótese dos veículos, terá uma taxa maior para a opção. Por uma questão de lógica, a depreciação alcançará um teto menor.

No caso do arrendador não encontrar facilidades para a venda ou arrendamento do bem, a cobrança da depreciação será bem superior (90% do preço, aproximadamente), acrescida da remuneração do investimento. No final do prazo previsto no contrato, o arrendatário se vê forçado à aquisição, em virtude da irrelevância da quantia solicitada para a compra do bem.

Existem dois sistemas para o reajuste nos contratos de *leasing*, quais sejam: a) taxa fixa - a amortização mensal é programada no início do contrato, e não se altera no decorrer do mesmo; b) taxa variável - a prestação aumenta a cada mês ou a cada três meses, variando conforme os índices de correção monetária.

O art. 9.º da Resolução 2.309 determina a existência de cláusula de variação cambial no caso dos contratos de arrendamento mercantil de bens cuja aquisição tenha sido efetuada com recursos provenientes de empréstimos contraídos no exterior, seja de forma direta ou indireta.

Quando ocorre uma operação com empréstimo externo, utiliza-se a atualização do reajuste de acordo com a variação cambial, que é considerada como um repasse de preço do que foi pago com moeda estrangeira. Tal situação ocorre apenas e tão somente no arrendamento mercantil, como exceção ao sistema jurídico monetário. Frise-se que quando não há comprovação segura e consistente de que os recursos do bem arrendado sejam provenientes de empréstimo contratado no exterior, a jurisprudência considera nula a cláusula que estipula a correção das prestações devidas pela variação cambial<sup>4</sup>.

#### 4.8.4 Forma e Planos de Pagamento das Prestações

Em se tratando de arrendamento mercantil, os períodos de espaço de tempo para a satisfação das obrigações podem ser feitos mensalmente, a cada bimestre, trimestre ou semestre.

Nas operações que beneficiam atividades rurais, é possível estender o limite em período não superior a um ano (art. 7.º, inc. IV, da Res. 2309)<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Arrendamento mercantil (*leasing*). Correção pela variação cambial. Nulidade de cláusula. Efeitos. É nula a cláusula que, em contrato de *leasing*, estipula a correção das prestações devidas pela variação cambial, se não comprovado, segura e consistentemente, que os recursos empregados na aquisição do bem arrendado provenham de empréstimos contratados no exterior. (Revista de Jurisprudência do TJRGS, 115/402).

<sup>5</sup> Art. 7.º, inc. IV da Res. 2309: "Os contratos de arrendamento mercantil devem ser formalizados por instrumento público ou particular, devendo conter, no mínimo, as especificações abaixo relacionadas: IV - A forma de pagamento das contraprestações por períodos determinados, não superiores a 1 (um) semestre, salvo no caso de operações que beneficiem atividades rurais, quando o pagamento pode ser fixado por períodos não superiores a 1 (um) ano.

O art. 8.º da Resolução 2.309/96 estabelece os prazos mínimos de arrendamento, quais sejam:

- a) 2 (dois) anos, compreendidos entre a data da entrega dos bens à arrendatária, consubstanciada em termo de aceitação e recebimento dos bens, e a data de vencimento da última contraprestação, quando se tratar de arrendamento de bens com vida útil igual ou inferior a 5 (cinco) anos;
- b) 3 (três) anos, observada a definição do prazo constante na alínea anterior, para o arrendamento de outros bens;
- c) para o arrendamento mercantil operacional, 90 (noventa) dias.

#### 4.8.5 Condições para o Exercício do Direito de Opção

O contrato de arrendamento mercantil deve prescrever as condições para que a parte arrendatária possa optar pela renovação do contrato, a devolução do bem ou a aquisição deste, isto depois de decorrido o prazo do arrendamento, disposição que vem delineada no art. 7.º, inc. V, da Res. 2.309/2006.

#### 4.8.7 Opção de Compra e Valor Residual Garantido

Dentre as opções que cabem ao arrendatário num contrato de *leasing*, está a opção de compra (art. 7.º, VI, da Res. 2.309), podendo, ao final do contrato, tornar-se proprietário do bem arrendado.

Em caso de o arrendatário exercer a opção de compra antes de decorrido o prazo mínimo estabelecido no contrato (de acordo com o art. 8.º da Resolução), a operação realizada será tida como um contrato de compra e venda a prestação.

Nos contratos de *leasing*, ocorre a inclusão do pagamento do valor determinado para a opção de compra junto com as prestações, sendo estas divididas, comumente, em dois itens, quais sejam: a) um, correspondente à amortização do preço, já com o valor dos encargos, remunerações e despesas; b) outro que envolve o valor contratado para a opção de compra.

Rizzardo (2000) argumenta que existe confusão na denominação, sendo chamado, por vezes, de valor residual de garantia, e outras, de valor residual garantido, atentando para o fato de que este encerra natureza distinta daquele. É, pois, o valor residual de garantia o montante relativo à mensuração monetária do bem após o uso deste pelo arrendatário, de forma que para a parte arrendadora caiba o seu recebimento, mesmo em caso do não exercício da opção de compra existente no contrato. Desta forma, o bem será alienado e o arrendatário arcará com a diferença, caso exista, dos valores da venda para terceiro com o da cotação após o término do contrato.

Quanto ao valor residual garantido é uma quantia arbitrada entre as partes, normalmente de importância simbólica, para o repasse no caso de que o contratante exerça a opção de compra. Na explanação de Jorge G. Cardoso *apud* Arnaldo Rizzardo:

O VRG (valor residual garantido) é, portanto, uma obrigação assumida pelo arrendatário, quando da contratação do arrendamento mercantil, no sentido de garantir que o arrendador receba, ao final do contrato, a quantia mínima final de liquidação do negócio, em caso de o arrendatário optar por não exercer seu direito de compra e, também, não desejar que o contrato seja prorrogado.

Afirma Rizzardo que tal figura implica em contradição com o próprio *leasing*, pois de acordo com o sentido de VRG, o arrendador, ao final, sempre terá assegurado o valor residual, e mesmo que o arrendatário não opte pela compra, referido valor ingressou na receita daquele. Em sendo o bem vendido para terceiro e não atingido o VRG, cabe ao arrendatário complementá-lo. Caso o preço de venda seja superior, terá sido desnecessária a garantia.

A complementação do valor exigido do arrendatário na hipótese do preço ser inferior ao valor residual, acaba por forçá-lo, indiretamente, a adquirir o bem. É válido ressaltar, ainda, que a fixação do preço do VRG pela arrendadora pode levar a possíveis engenhos no sentido de falsear a realidade do preço de fato conseguido pelo bem.

Foi a Resolução 980 que introduziu o Valor Residual Garantido no sistema jurídico positivo, sobrepondo-se à lei. Apesar de não haver previsão legal, institui-se mais esta obrigação para os contratos de arrendamento mercantil.

O contrato de *leasing* não fica descaracterizado se o Valor Residual Garantido for fixado em quantia irrisória, o que é assente na jurisprudência. Vale o princípio de livre convenção pelas partes quanto ao valor residual a ser pago quando da compra.

Instaurou-se uma grande discussão jurisprudencial e doutrinária em torno da cobrança antecipada do VRG no curso das prestações, relativamente à descaracterização ou não do arrendamento mercantil para simples compra e venda, porque este valor é correspondente à opção de compra. Todavia, referida discussão será analisada em tópico separado, eis que é a temática em torno da qual se instaura o ponto principal do presente trabalho.

#### 4.8.7 Despesas e Encargos Adicionais

De acordo com o art. 7.º, inc. VII, da Resolução 2.309, "As despesas e os encargos adicionais, inclusive despesas de assistência técnica, manutenção e serviços inerentes à operacionalidade dos bens arrendados, admitindo-se, ainda, para o arrendamento mercantil financeiro: a) previsão de a arrendatária pagar valor residual garantido em qualquer momento durante a vigência do contrato, não caracterizando o pagamento do valor residual garantido o exercício da opção de compra; b) o reajuste do preço estabelecido para a opção de compra e o valor residual garantido."

#### 4.8.8 Substituição do Bem Arrendado

A Resolução 2.309 trata, também, da substituição do bem arrendado (art. 7.º, VIII), prescrevendo o seguinte: "As condições para eventual substituição dos bens arrendados, inclusive na ocorrência de sinistro por outros da mesma natureza, que melhor atendam às conveniências da arrendatária, devendo a substituição ser formalizada por intermédio de aditivo contratual".

O contrato de arrendamento mercantil deve especificar as condições do bem para eventual substituição por outro da mesma natureza, observando que deve atender as conveniências da arrendatária.

Rizzardo (2000) afirma que se constitui uma incongruência a ocorrência da substituição do bem sem o consentimento do arrendatário (não se prescinde da vontade deste para a efetivação da substituição), na medida em que é a empresa arrendante que adquire o bem e só o arrendatário julga a conveniência da troca, aquilatando as vantagens e desvantagens.

#### 4.8.11 Cláusulas Adicionais

No art. 7.º, IX, da Resolução 2.309, constam as cláusulas adicionais, que prevêm as demais responsabilidades que vierem a ser convencionadas, em decorrência de: a) uso indevido ou impróprio dos bens arrendados; b) seguro previsto para cobertura de risco dos bens arrendados; c) danos causados a terceiros pelo uso dos bens; d) ônus advindos de vícios dos bens arrendados.

No caso do uso indevido ou impróprio dos bens, geralmente são estipuladas multas, cláusulas penais e resolução do contrato nas hipóteses de abuso ou desvio na utilização do bem, prevendo até mesmo a perda de todos os valores pagos.

As hipóteses de resolução devem ficar plenamente tipificadas nas cláusulas contratuais. As multas, cláusulas penais e cominações penais devem ser moderadas, sob pena de se proceder sua redução (art. 413 do Código Civil).

A responsabilidade pelos danos causados a terceiros é fixada com o uso do bem, cominando-se ao arrendatário a obrigação de reparar. Tal obrigação, contudo, não tem o condão de obrigar os terceiros, podendo estes acionarem diretamente ao proprietário, que se sub-roga no direito de se reembolsar dos valores despendidos junto ao arrendatário, conforme previsão contratual. A cláusula contratual se restringe aos contratantes, não atingindo terceiros.

Não se aplicam as regras referentes aos vícios redibitórios nas relações que envolvem arrendante e arrendatária, porque o material é adquirido segundo as

especificações da empresa utilizadora (arrendatária), figurando a empresa arrendante como simples intermediária entre aquela e o vendedor do material.

#### 4.8.12 Vistoria dos Bens pela Sociedade Arrendante

No contrato entre arrendante e arrendatária é possível a autorização para vistoriar os bens, a cargo da arrendante, podendo exigir da empresa arrendatária a adoção de medidas que se fizerem necessárias à preservação da integridade e funcionalidade da coisa. Tal faculdade da arrendadora deve estar claramente prevista no contrato, não podendo perturbar ou prejudicar as operações da arrendatária, nem mesmo molestar a posse direta que esta detém.

#### 4.8.11 Inadimplemento das Obrigações pela Arrendatária, Destruição, Perecimento ou Desaparecimento do bem Arrendado

No caso do inadimplemento das obrigações pela arrendatária, a rescisão do contrato é medida que se impõe.

Nos casos de destruição, perecimento ou desaparecimento do bem arrendado, determina-se o ressarcimento pelo valor do preço, não importando a ocorrência de fato de terceiro, força maior ou caso fortuito. Pode-se, contudo, admitir o abatimento da importância já paga durante a vigência normal do contrato.

#### 4.8.12 Transferência do Bem Arrendado a Terceiros

A arrendatária tem a faculdade de transferir a terceiros os direitos e obrigações do contrato, com ou sem co-responsabilidade solidária, desde que estes terceiros sejam domiciliados no País. Tal faculdade, no entanto, prescinde da anuência expressa da arrendante (art. 7.º, XII, da Res. 2.309), o que se justifica pela

necessidade de averiguar a garantia que pode oferecer a cessionária no pagamento das contraprestações.

#### 4.8.13 Opção de compra exercida antes do término do prazo contratual

De acordo com a redação do art. 10 da Res. 2.309<sup>6</sup>, bem como disposição contida no art. 11, §1.º, da Lei 6.099<sup>7</sup>, nada impede o exercício da opção de compra antes do término do contrato.

Todavia, em sendo exercida a opção de compra antes do término do contrato, este passará a ser considerado como de compra e venda a prestação e não mais como de arrendamento mercantil.

Em sendo exercida a antecipação da opção, estabelece-se que o preço da compra e venda compreenderá o total das prestações pagas durante a vigência do arrendamento, acrescido da parcela cobrada a título de aquisição, acréscimos dos juros, correção monetária e despesas administrativas, de acordo com o disposto no art.11, §2.º, da Lei 6.099. O §3.º deste artigo prevê que as importâncias já deduzidas com o custo ou despesa operacional pela arrendatária serão adicionadas ao lucro tributável pelo imposto de renda, no exercício correspondente à respectiva dedução.

Além da opção de compra, o bem pode ser transferido para o arrendatário através de leilão, adjudicação judicial ou de doação.

O contrato de arrendamento mercantil prevê algumas vantagens de ordem tributária, que por sua vez não são estendidas ao adquirente em caso de compra antecipada ou mesmo outras formas de transferência.

---

<sup>6</sup> Art. 10. A operação de arrendamento mercantil será considerada como de compra e venda à prestação se a opção de compra for exercida antes de decorrido o respectivo prazo mínimo estabelecido no art. 8.º deste Regulamento.

<sup>7</sup> Art. 11. §1.º - A aquisição pelo arrendatário de bens arrendados em desacordo com as disposições desta lei, será considerada operação de compra e venda a prestação.

#### 4.8.14 Obrigações do arrendante e do arrendatário

O contrato de arrendamento mercantil deve discriminar as obrigações das partes nele envolvidas.

O principal dever do arrendante é assegurar ao arrendatário o gozo do bem durante o prazo estabelecido no contrato, devendo entregar o bem ao arrendatário, garantindo-lhe o uso e o gozo.

Relativamente ao arrendatário, suas principais obrigações são: o pagamento das contraprestações; manter a utilização em consonância com a prevista no instrumento contratual; a conservação do bem e a realização das reparações decorrentes do uso normal ou desgaste das peças; satisfação dos impostos e encargos fiscais; comunicação à arrendante acerca de fato novo que venha a ocorrer, a exemplo de furto, apreensão judicial, acidente que envolva terceiros.

#### 4.9 MODALIDADES/ESPÉCIES

As modalidades mais comuns de *leasing* são: o *leasing* financeiro, o *leasing* operacional e o *lease-back*.

Para Arnaldo Rizzardo (2000), sobressaem-se quatro tipos de *leasing*, quais sejam: o *leasing* operacional, o arrendamento mercantil financeiro, o arrendamento mercantil contratado com o próprio vendedor (*lease back*) e o arrendamento mercantil contratado com empresas integrantes do mesmo grupo financeiro (*self leasing*).

O *leasing* financeiro ou financial *lease* ou *full payout lease* (art. 5.º da Res. 2.309/1996), que é o *leasing* propriamente dito, é bastante útil por apresentar claros benefícios fiscais para as partes, com as deduções do Imposto de Renda, não previstas no *leasing* operacional, cujo principal motivo de sua contratação é a venda de bens, com a prestação de serviços. É também conhecido como *leasing* bancário, por estar mais ligado a departamentos de bancos.

A característica mais acentuada e identificadora deste tipo de financiamento se encontra no financiamento que faz o locador, sendo que o fabricante ou

importador não figuram como locadores. Existe uma empresa que se dedica exclusivamente a este papel, que adquire o equipamento e contrata o arrendamento com o interessado.

Diferencia-se do *renting* pelo acentuado caráter de locação que domina nesta espécie, não sendo necessária a cláusula de opção, podendo ser rescindido a qualquer momento.

Trata-se, pois, de uma espécie de operação de crédito, com nítido caráter de financiamento, através do qual o arrendante será sempre pessoa jurídica que esteja conectada ao mercado financeiro. Nesta modalidade, as contraprestações e demais pagamentos do arrendatário devem ser suficientes para que o arrendante possa recuperar o custo do bem no período de duração do contrato e obtenham retorno sobre os recursos investidos. O arrendatário terá que arcar com as prestações e ainda se responsabilizar pelas despesas de manutenção, assistência técnica e serviços correlatos à operacionalidade do bem arrendado. No caso de opção de compra, as partes acertarão livremente o valor de mercado do bem arrendado.

O art. 5.º da Lei 6.099, com alterações introduzidas pela Lei 7.132, elenca os elementos sem os quais não se admite a avença em espécie.

Já o *leasing* operacional tem objetivos diversos do financeiro, encontrando previsão no art. 6.º da Res. 2.309/1996, alterada pela Res. 2.465/1998. É também chamado de *renting*, funcionando como uma locação de instrumentos ou material, com cláusula de prestação de serviços. Possibilita a rescisão a qualquer tempo, desde que manifestada a intenção de compra com antecedência mínima razoável, o que em geral é fixada em 30 (trinta) dias. (Rizzardo. Leasing - Arrendamento mercantil no direito brasileiro, p. 38).

Esta modalidade é bastante útil quando se tratar de bens de fácil colocação no mercado e que se tornem obsoletos rapidamente. É travado entre o próprio fabricante e o arrendante, não existindo no negócio a figura da instituição financeira.

Neste tipo de arrendamento, as contraprestações pagas pelo arrendatário abrangem o valor da locação e os serviços inerentes à sua colocação à disposição, podendo o contrato incluir até mesmo assistência técnica e manutenção do bem, observando-se que, conforme o disposto no art. 6.º, inciso I e §3.º da Res. 2.309/1996, alterada pela Res. 2.465/1998, determina que o valor presente dos pagamentos não poderá ultrapassar 90% (noventa por cento) do valor do bem.

A duração do contrato prolonga-se no tempo necessário de uso imposto de acordo com a atividade que se desenvolve.

Outro aspecto observado nesta espécie de *leasing* é o fato do locador assumir os riscos acarretados pelo equipamento, em especial nas questões ligadas à tecnologia e à obsolescência do bem e ao mercado.

Figuram entre os equipamentos mais procurados neste tipo de arrendamento: os veículos, sejam leves ou pesados, máquinas de reproduções e eletrônicas, materiais estandarizados, geralmente mantidos pelo estoque do locador. Salienta-se que o mesmo objeto pode ser locado várias vezes e a locatários diversos.

Tal espécie não é trazida de forma expressa pela Lei 6.099, sendo seu tratamento afastado pelo art. 2.º de referida lei<sup>8</sup>. Este artigo apenas proíbe a concessão de benefícios tributários, mas não proíbe a prática, ainda que não existam as isenções instituídas legalmente.

Este tipo de *leasing* não se confunde com a locação pura e simples, mas distingue-se de tal figura por tipicidade própria, que consiste na especialidade de significar o pagamento das prestações amortização do preço do bem.

O arrendamento mercantil contratado com o próprio vendedor é comumente chamado de *lease-back*, também conhecido como leasing de retorno. Conhecido também como *sale and lease-back*, expressão que traduzida ao português significa "locação financeira restitutiva".

É tido como saída para que uma empresa possa obter capital, além de ser uma forma de financiamento para o arrendatário. O primeiro elemento identificador deste tipo de arrendamento se encontra nas operações de arrendamento mercantil serem contratadas com o próprio vendedor do bem ou pessoas jurídicas a ele ligadas. O pressuposto é a alienação do bem pelo proprietário, aumentando sua liquidez e, após, arrendando o mesmo bem, o que determina sua transformação em arrendatário. Em suma, o arrendatário vende a coisa ao arrendante e depois a toma em locação, ocorrendo uma tradição apenas ficta.

Apesar de guardar semelhança com o arrendamento clássico, não existe a figura do fornecedor, vez que é o próprio arrendatário que vende ou dá em

---

<sup>8</sup> Art. 2.º Não terá o tratamento previsto nesta lei o arrendamento contratado entre pessoas jurídicas direta ou indiretamente coligadas ou interdependentes, assim como o contratado com o próprio fabricante

pagamento parte do seu patrimônio ao arrendante que, em seguida, o cederá novamente ao arrendatário, mas agora como arrendamento mercantil. É o que dispõe o art. 9.º da Lei 6.099/74<sup>9</sup>.

Neste tipo de arrendamento, o arrendante há de ser um banco, uma das entidades financeiras taxativamente enumeradas no art. 12 da Resolução.

De acordo com o art. 13, §1.º da Res. 2.309, o *lease-back* somente pode ter como arrendatárias pessoas jurídicas. O § 2.º do mesmo dispositivo legal arrola as entidades bancárias autorizadas a atuar neste tipo de *leasing*, quais sejam: "os bancos múltiplos com carteira de investimento, de desenvolvimento e/ou crédito imobiliário, os bancos de investimento, os bancos de desenvolvimento, as caixas econômicas e as sociedades de crédito imobiliário também podem realizar as operações previstas neste artigo.

É vedado às sociedades coligadas ou interdependentes, da mesma forma como ocorre no *leasing* financeiro, de acordo com o que prescreve o art. 28, I: "às sociedades de arrendamento mercantil e às instituições financeiras citadas no art. 13 deste Regulamento é vedada a contratação de operações de arrendamento mercantil com pessoas físicas e jurídicas coligadas e interdependentes".

Enquanto perdurar o contrato de arrendamento mercantil, o arrendatário deve arcar com os riscos do bem, incluindo aí a perda de valor em razão de sua obsolescência. A vantagem para o arrendatário é que seu capital será gerado pela venda, bem como o uso do bem mediante o pagamento da contraprestação.

O *lease-back* é considerado como um financiamento obtido através da operação, pois tem como escopo dar capacidade financeira à vendedora, que fica munida de numerário para investir em outro ramo, ou no reaparelhamento de seu instrumento, ou na edificação de novos equipamentos, tendo, ao final, a opção de renovação do contrato, ou recuperação da propriedade através do pagamento do valor residual, descontado o conjunto das prestações adimplidas a título de locação.

---

<sup>9</sup> As operações de arrendamento mercantil contratadas com o próprio vendedor do bem ou com pessoas jurídicas a ele vinculadas, mediante quaisquer das relações previstas no art. 2.º 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.

Parágrafo único. Nos casos deste artigo, o prejuízo decorrente da venda do bem não será dedutível na determinação do lucro real.

A figura do arrendamento mercantil contratado com empresas integrantes do mesmo grupo financeiro, chamado comumente de *self lease* é o *leasing* consigo mesmo, ou formado entre empresas integrantes do mesmo grupo financeiro, mantendo-se no âmbito das empresas coligadas, onde uma arrenda ou loca determinado bem à outra, dando a opção de adquiri-lo ao final.

De acordo com a Lei 6.404, de 15.11.1976 (art. 243, §1.º), são coligadas ou pertencentes ao mesmo grupo duas ou mais sociedades comerciais, quando uma participa com 10% ou mais do capital da outra, sem controlá-la. Estas empresas coligadas ou interdependentes não são favorecidas pela lei com benefícios fiscais, de acordo com o que prescreve a redação do art. 2.º da Lei n.º 6.099/74<sup>10</sup>.

O art. 28 da Res. 2.309 veda a contratação de arrendamento mercantil com pessoas físicas ou jurídicas coligadas ou interdependentes. Não se concede benefício tributário nas operações que envolvem as sociedades arrendantes e instituições financeiras de que trata o art. 13 e as sociedades coligadas ou interdependentes. Tal medida foi adotada a fim de evitar que alguns grupos financeiros usem o *leasing* e fujam da tributação, para contornar o excesso de imobilização.

Existem outras duas modalidades de arrendamento mercantil, mas menos comuns, quais sejam: o *dummy corporation* e o *lease purchase*.

A primeira das figuras possui no nome expressão em inglês que indica simulacro ("*dummy*"). A *dummy corporation* foi criada para agir como intermediária entre o arrendatário e os investidores. É administrada por um *trustee*, que é indicado pelos próprios investidores. A estes serão pagas as contraprestações devidas pelo *leasing*. O capital da empresa simulada advém da emissão de debêntures colocadas no mercado financeiro - títulos de crédito que representam dívidas.

O *lease purchase* é uma modalidade bastante utilizada na atividade aeroviária ou ferroviária, hipótese em que a figura do *trustee* (administrador) emite certificados semelhantes às debêntures, responsáveis por gerar quantia suficiente para a aquisição do bem a ser arrendado, passando o arrendatário a ser o proprietário do bem após resgatar todos os certificados.

---

<sup>10</sup> 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.

#### 4.10 GARANTIAS ESTABELECIDAS EM FAVOR DA EMPRESA DE ARRENDAMENTO MERCANTIL

A principal garantia nos contratos de arrendamento mercantil é o próprio bem, eis que fica no domínio da arrendadora, sendo retirado da posse do arrendatário em caso de inadimplência.

Assim, a grande vantagem do leasing em comparação às outras operações de financiamento é a de que a empresa arrendadora possui o domínio do bem, não o perdendo em caso de inadimplência, configurando-se como prejuízo apenas e tão somente as parcelas devidas pelo uso.

As prestações pagas antes da satisfação do preço não integram o valor do bem durante a vigência do contrato, ocorrendo tal situação apenas quando manifestada a opção de compra. Desta forma, não se efetuando a compra, não existe o direito por parte do arrendatário de pleitear a devolução dos valores pagos.

Além do próprio bem é de propriedade do arrendador as possíveis benfeitorias.

Somam-se à garantia principal, as de caráter acessório, que podem ser pessoais e fidejussórias, como: notas promissórias, letras de câmbio, com valores iguais ou correspondentes aos aluguéis assumidos.

Segundo a redação do art. 24 da Res. 2.309, à empresa arrendante é permitido o oferecimento de caução de direitos creditórios nos empréstimos que efetua para investir no ramo do arrendamento mercantil.

Com relação ao arrendatário, se não constar na lei, não pode ser exigida nenhuma garantia acessória relativamente ao simples inadimplemento das prestações. No caso do arrendatário, inexiste proibição apenas no sentido de impor garantias fidejussórias ou reais para situações especiais, o que deixa a empresa arrendante desprovida de garantia do próprio bem nos casos de simples inadimplemento.

A constituição de garantias paralelas ao contrato, visando cobrir eventuais prestações pendentes de pagamento são inválidas, consideradas abusivas e descaracterizam a natureza do contrato.

As garantias acauteladoras são instrumentos contratuais que discriminam algumas providências que devem ser obedecidas e satisfeitas pelo locatário, com o escopo de manter o bom estado de conservação do objeto do arrendamento.

Como exemplo das garantias acauteladoras podem ser citadas as cláusulas pelas quais o arrendatário se obriga a comunicar o arrendante acerca dos danos que vierem a ocorrer com o bem, furtos, usurpações. São proibidas as cessões, sublocações e incorporação a outro patrimônio.

As alterações e modificações dos elementos, peças e acessórios dos equipamentos somente poder ser feitas mediante licença expressa. Comumente constam cláusulas no contrato no sentido de que serão transferidas ao arrendante eventuais acessórios, peças ou implementos incorporados ao bem sem autorização do arrendante.

É comum, também, a existência de cláusula que determina a aplicação de multa em desfavor da parte que não cumprir com as obrigações estabelecidas no contrato, bem como a determinação de que a interrupção do contrato antes do vencimento do prazo, sujeita o causador do rompimento às conseqüências que a lei impõe.

As empresas de arrendamento mercantil estão buscando cautelas através de medidas preliminares, como exigir do futuro arrendatário a apresentação de projeto da atividade a ser desenvolvida com o equipamento, além de estudo sobre a viabilidade econômica. Outra medida acautelatória tem sido a publicidade do contrato de *leasing*, que reforça a segurança da empresa arrendante na medida em que fica evidenciada a situação de mera locatária da arrendatária. A publicidade pode se dar através da aposição de placas sobre o material locado, ou através do registro do contrato de arrendamento.

#### 4.11 RESCISÃO DO CONTRATO: CAUSAS E EFEITOS

A rescisão do contrato de arrendamento mercantil pode se dar através das seguintes situações: a) morte do arrendatário; b) caso fortuito ou força maior; c) término do prazo; d) resolução pelo inadimplemento das obrigações; e) perecimento do bem pela ocorrência de acidente.

Qualquer pessoa física pode ser parte do contrato de arrendamento na qualidade de arrendatária. Em caso de morte do arrendatário (pessoa física), em princípio, ocorre a extinção do contrato. Há situações em que a locação é *intuito*

*personae* ou é feita em razão da atividade profissional desenvolvida pelo locatário, hipóteses em que o término do serviço é certo, impondo-se a extinção do contrato, o que não ocorre quando se trata de *leasing* que envolve apenas o uso da coisa, podendo haver a transferência do contrato para os herdeiros, nos termos da lei civil.

Em caso de sociedade, se não constar no estatuto que a morte de um dos sócios implica na sua extinção, não ocorrerá a rescisão do contrato.

Quando se tratar de caso fortuito ou força maior, o arrendatário não é obrigado a continuar a execução do contrato, desde que por critérios objetivos sejam comprovados elementos que resultem na impossibilidade econômica absoluta para que a razão de contratação do arrendamento seja praticada pelo contratante. Ocorre assim, sem a responsabilização de multas e indenizações, desde que eventuais danos sejam consequências diretas do caso fortuito ou força maior.

Outra situação de rescisão do contrato de *leasing* é o término do prazo do contrato, simplesmente porque encerram-se as relações entre as partes. Não é necessária qualquer medida premonitória como a notificação, por exemplo, considerando-se findo o contrato com o fim do prazo estipulado, sendo o fim lógico do contrato, por mera disposição das partes envolvidas.

No contrato de *leasing*, é oportunizado à empresa arrendatária o direito de optar pela renovação do contrato, de acordo com o que prescreve o art. 5.º, c, da Lei 6.099.

Quando qualquer das partes, arrendador ou arrendatário, tornam-se inadimplentes, dão causa a resolução do contrato de *leasing*. No caso do arrendatário, é comum sua inadimplência pela falta ou pelo atraso no pagamento do aluguel convencionado, ou sublocar o bem a terceiro sem a autorização do arrendador. Outras situações são: o descumprimento de cláusulas referentes à manutenção do bem, ao emprego de atividade apropriada, pagamento de taxas e encargos públicos.

A rescisão do contrato causa graves consequências ao arrendador, pois dependendo do tipo de bem objeto do contrato, pode surgir dificuldade de recolocá-los no mercado.

Quando ocorre um acidente ou sinistro, pode ocorrer a rescisão do contrato, mas fica resguardado à locadora seus direitos, como garantia de indenização pelo valor do equipamento, ainda que a destruição da coisa tenha se dado por caso

fortuito ou força maior. Para garantir tal indenização e evitar uma possível insolvência da contratante, as locadoras impõem a garantia do negócio, que se dá através da celebração de um contrato de seguro (art. 7.º, inc. IX, b da Res. 2.309). Estabelece-se a inclusão de um seguro que tenha capacidade de cobrir o risco dos bens arrendados. Caso não seja feito seguro, a responsabilidade recai sobre a arrendadora.

Em não havendo obrigatoriedade por parte do arrendatário de contratar seguro, este não pode ser obrigado a devolver o bem arrendado, restando-lhe outras alternativas, como, por exemplo, efetuar o pagamento das prestações para, ao final do prazo, satisfazer uma indenização igual ao valor residual previsto para o exercício da opção de compra. Pode, ainda, substituir a coisa por outra idêntica, mantendo-se inalterada a relação obrigacional assumida.

Outras podem ser as causas de extinção do contrato de arrendamento mercantil, como, v. g., o acordo das partes, existência de uma condição resolutória, dissolução da sociedade arrendante ou cessação de sua atividade, falência dos contratantes, entre outras situações.

Decorrencia natural da rescisão do contrato de arrendamento mercantil é a devolução do equipamento (exceto nos casos de perecimento da coisa arrendada), com a correspondente indenização, caso não incida as excludentes de responsabilidade contratual, como o caso fortuito e força maior.

Além da devolução do bem, decorrem outras conseqüências da rescisão do contrato, como: cessação do pagamento das contraprestações; pagamento da diferença, caso haja, entre o preço de revenda do bem e o valor determinado em contrato; pagamento das multas e penalizações contratuais oportunizados pela rescisão; direito do arrendatário cobrar perdas e danos do arrendador quando a rescisão ocorrer por culpa<sup>11</sup> deste; direito do arrendador exigir perdas e danos quando a rescisão acontecer por culpa do arrendatário; e legitimidade para demandar judicialmente ações civis e penais que forem pertinentes.

Mesmo com a possibilidade de reaver o bem por inadimplência no pagamento das contraprestações por parte do arrendatário, apresenta-se como leonina a ação que viola a promessa de compra já prevista no contrato de leasing, ou seja, mesmo com o não pagamento das prestações de modo que resulte na

---

<sup>11</sup> O termo culpa neste contexto deve ser entendido em sentido *lato*, abarcando ambos os elementos psicológicos de condutas, ou seja, dolo e culpa.

restituição da coisa ao arrendador, este, primeiramente, deve oportunizar ao arrendatário, mesmo que inadimplente, a compra do bem objeto do contrato, sem condicionar esta opção ao pagamento das contraprestações vincendas, apenas pode exigir as contraprestações relativas até o momento da tomada do bem pelo arrendador.

#### 4.12 DAS ESPÉCIES DE CONTRATO QUE INTEGRAM O CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL

O contrato de *leasing* é um contrato complexo, que apresenta um misto de financiamento, locação e promessa de compra e venda.

Neste sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2009) assevera:

Embora muito se assemelhe à locação, trata-se de uma fórmula intermediária entre a compra e venda e a locação. É, na realidade, um contrato complexo, um misto de financiamento, promessa de compra e venda e locação, regulado pela Lei n. 6.099, de 12 de setembro de 1974 (Lei do Arrendamento Mercantil), que dispõe sobre o tratamento tributário dessa espécie de operação financeira.

Pelo fato do tema *leasing* trazer sempre a idéia de financiamento, afirma este autor que o instituto deve ser tratado de forma adequada, a fim de evitar distorções. Utilizando-se dos ensinamentos de Miranda Leão, afirma que o financiamento é apenas um conceito econômico, não sendo tratado como uma categoria jurídica.

Assim, como o financiamento é tido não como espécie de contrato, mas apenas como um conceito econômico, este instituto não será tratado de forma pormenorizada, o que será feito apenas para as demais espécies de contratos que envolvem o arrendamento mercantil.

Diniz (2009), sobre financiamento, leciona:

O financiamento ou adiantamento é operação bancária pela qual o banco antecipa numerário sobre créditos que o cliente (pessoa física ou jurídica) possa ter, com o escopo de emprestar-lhe certa soma, proporcionando-lhe recursos necessários para realizar certo negócio ou empreendimento, reservando-se o direito de receber de devedores do financiado os créditos em seu nome ou na condição de

seu representante, e sem prejuízo das ações que contra ele conserva até a liquidação final.

Caso os devedores não paguem a dívida ao banco, este se voltará contra o financiado. O banco cobrará do financiado uma taxa referente à execução do mandato, diversa do juro incidente sobre as somas adiantadas e da comissão, pela disponibilidade de abertura de crédito.

#### 4.12.1 Contrato de Compra e Venda

O sistema de compra e venda tem suas origens na comercialização primitiva da troca ou escambo. Com o aumento das relações comerciais, as dificuldades do sistema começaram a ganhar relevância, tais como a dificuldade de encontrar pessoa com necessidade da mercadoria para troca e que tivesse de prontidão o item desejado, a imprecisão ao se estabelecer valores entre os produtos para despertar o interesse pela troca e as dificuldades de transporte (MONTEIRO, 2001).

A unificação dos valores passou então a ser feita por cabeças de gado, mais tarde por metais preciosos, culminando na criação da moeda como uma representação de um valor. Hoje o contrato de compra e venda é o mais importante da nossa sociedade, uma vez que aproxima os homens e promove a circulação de riquezas (GONÇALVES, 2009; MONTEIRO, 2001).

A conceituação do contrato de compra e venda feita por Silvio de Salvo Venosa (2009) é a seguinte:

A compra e venda caracteriza-se, portanto, entre nós, como contrato consensual, que se completa pelo mero consentimento, com efeitos exclusivamente obrigacionais, tornando-se perfeita e acabada mediante o simples acordo de vontades sobre a coisa e o preço [...]. A entrega da coisa e o pagamento do preço pertencem à fase posterior da execução do contrato, que se ultima anteriormente (LESARTE, 2003).

Os efeitos são meramente obrigacionais, não sendo o contrato responsável pela transferência do bem, pois o Código Civil atual segue a tradição romana, presente também no Código de 1916, assim comentada por Silvio Rodrigues (1995):

Com efeito, de acordo com a concepção romana, o contrato de compra e venda não basta, por si só, para transladar o domínio da coisa que constitui seu objeto. É mister de se recorrer a um procedimento complementar, ou seja, a um modo de adquirir propriamente, que é a *traditio*.

Neste sentido, Washington de Barros Monteiro faz uma diferenciação entre a efetivação da transferência de bens móveis e imóveis (2001):

Para que se efetive a transferência da propriedade são necessárias a tradição (para os bens móveis) e a transcrição (para os bens imóveis). Antes destes fatos, o comprador só tem contra o vendedor um direito pessoal; a transcrição e a tradição é que dão origem ao direito real.

O contrato de compra e venda é classificado como sendo sinalagmático, consensual, oneroso e comutativo (GONÇALVES, 2009).

É sinalagmático em razão de gerar obrigações para as duas partes envolvidas. Para o comprador imputa o preço a ser pago e para o vendedor a obrigação da transferência do domínio da coisa.

Consensual, por ser ultimado pelo mero entendimento entre as partes, não implicando na necessidade de entrega da coisa, mesmo nos casos em que a lei exija a forma, esta se limita ao estabelecimento da vontade e não ao cumprimento destas.

Oneroso, pois, a vantagem pleiteada pelas partes é concedida mediante determinado sacrifício.

Comutativo dada a previsibilidade das prestações recíprocas, salvo, excepcionalmente, quando se trata de coisa futura ou sujeita a riscos.

Em uma observação clássica, como elementos constitutivos do contrato de compra e venda, identifica-se a coisa, o preço e o consentimento.

A coisa, objeto do contrato, poderá ser toda aquela disponível à comercialização. Washington Monteiro de Barros (2001) assim conceitua:

São vendíveis todos os objetos que se achem *in commercium*, isto é, as coisas sobre as quais pode recair uma obrigação; compram-se ou vendem-se, pois, não só as coisas corpóreas, como as incorpóreas, não só as singulares como as coletivas, não só as existentes como as futuras e até mesmo a simples esperança de ganho ou vantagem.

Não poderá ser a inaproveitável pela sua própria natureza, como o sol, o mar e o ar; os inalienáveis por força de lei, tais como bens públicos, bens de

menores; e por último, cita-se os direitos da personalidade, como a honra, imagem e integridade física. (VENOSA, 2008).

Há a possibilidade do estabelecimento de obrigações acerca de coisa litigiosa, que seria a alienação de um bem envolvido em processo judicial sendo citado validamente. Entretanto, caso o comprador saiba da natureza do que adquire, não poderá demandar por evicção posteriormente, pois assumiu o risco ao contratar. (MONTEIRO, 2001).

A venda de coisa alheia é permitida, desde que se convalide no momento da transferência pela tradição, com a posse da coisa pelo vendedor. (GONÇALVES, 2009).

Quanto ao preço, pode-se afirmar que se trata da contrapartida do comprador para com o vendedor em razão da transferência da coisa (Venosa, 2009). É elemento vital, pois sua natureza pecuniária é o que caracteriza a operação de compra e venda, conforme o conceito exposto por Carlos Roberto Gonçalves (2009):

O preço deve ser pago "em dinheiro", [...] ou redutível a dinheiro, submetendo-se válido o pagamento efetuado por meio de títulos de crédito, do qual conste o montante em dinheiro estipulado. Se foi pago mediante a entrega de algum objeto, teremos contrato de troca ou permuta; se mediante prestação de serviços, o contrato será inominado.

Somente após a determinação do preço é que o negócio de compra e venda se torna perfeito, ganhando força obrigatória (VENOSA, 2009).

Apesar de relativa divergência doutrinária (Monteiro, 2001:), para fins deste estudo, o preço deverá ser certo, real ou justo e verdadeiro (Gonçalves, 2009). O preço deve ser conhecido desde logo, por isso a necessidade de ser determinado ou determinável. Compete a ambas as partes quantificar monetariamente o acordo ou estabelecer critérios objetivos para a sua determinação futura (GONÇALVES, 2009).

O preço exacerbado fere princípios do contrato, como a boa-fé objetiva e a função social, possibilitando a caracterização de negócio desonesto, como a lavagem de dinheiro ou evasão de divisas. De outra forma, uma quantificação ficta, ou representativa, que faça destoar em extrema demasia o valor da coisa do valor do preço, não invalida o contrato, mas abre precedente para a ocorrência de negócio também diverso, como a doação ou negócio fictício. (VENOSA, 2009).

O consentimento abarca a convergência das vontades das partes em relação a todas as etapas do acordo (MONTEIRO, 2001). Este tem por pressuposto a capacidade para comprar e ser livre e espontâneo (GONÇALVES, 2009). Recai principalmente sobre a natureza da coisa e seus atributos essenciais, que são entendidos como fatores fundamentais do interesse da compra. Caso diverjam as características fáticas das expostas na venda, há erro substancial, possibilitando a anulação do negócio jurídico.

Há ainda requisitos específicos de alguns contratos de compra e venda, que entrariam como um quarto pré-requisito, o da forma. Aplicável no caso de transferência de imóvel com valor acima de trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país. Todavia, trata-se de peculiaridades de alguns negócios de compra e venda, sem efeito genérico, uma vez que, tradicionalmente, é negócio meramente consensual (VENOSA, 2009).

#### 4.12.2 Contrato de Locação

Os romanos disciplinavam a questão da locação em um só instituto, o *locatio conductio*, o qual abarcava a locação de coisas, a locação de serviços e a empreitada.

O direito brasileiro manteve a mesma sistemática no Código Civil de 1916. No entanto, consiste em superada esta unificação, uma vez que o atual diploma regulamenta as três formas de contrato de maneira independente, sendo o contrato de locação atinente às coisas (GONÇALVES, 2009).

Maria Helena Diniz (2009) assim conceitua o contrato de locação de coisas:

[...] é contrato pelo qual uma das partes (locador) se obriga a ceder à outra (locatário), por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa infungível, mediante certa retribuição.

Constitui contrato bilateral, por envolver duas vontades; comutativo, pelas obrigações previsíveis imputadas a ambas as partes; consensual, em razão de ser perficiente no momento do acordo, independentemente da entrega do objeto e forma

definida em lei (VENOSA, 2009).

Como elementos do contrato de locação, Silvio de Salvo Venosa (2009, p.125) abstrai a coisa, a remuneração e a capacidade.

O objeto da contratação pode ser coisa móvel ou imóvel conforme pontua Carlos Roberto Gonçalves (2009):

O objeto pode ser móvel ou imóvel. O bem móvel deve ser infungível; se fungível, será contrato de mútuo. Admite-se, no entanto, a locação da coisa móvel fungível quando o seu uso tenha sido cedido, por certo prazo e aluguel, *ad pompam et ostentationem*, ou seja, para fins de ornamentação [...].

A inalienabilidade da coisa não representa impedimento para sua locação, pois os bens públicos e os referidos com cláusula especial que o colocam fora de comércio, são passíveis de locação (GONÇALVES, 2009). Nem mesmo necessário é ser o locador proprietário da coisa, basta que seja detentor da capacidade de cedê-la, como ocorre com o usufrutuário (VENOSA, 2009).

A remuneração é a renda, o aluguel propriamente dito, é a contraprestação paga pelo locatário em decorrência do uso da coisa (DINIZ, 2009). É a presença deste elemento que diferencia esta relação da de comodato, pois nesta última a cessão do uso e gozo da coisa ocorre a título gratuito. (MONTEIRO, 2001).

O aluguel poderá ser convencionado por ambas as partes em quantificação precisa, ou poderão eleger critérios para o seu estabelecimento, como também vincular certa variação em razão dos frutos auferidos no período da locação. Existem exceções que são aquelas situações nas quais a própria lei determina como o aluguel de prédios públicos e táxis. (GONÇALVES, 2009).

Sobre a característica da periodicidade do pagamento, Carlos Roberto Gonçalves (2009), entende que, usualmente, os pagamentos são feitos de forma contínua, não obstante, admite-se a hipótese da antecipação do pagamento:

Em geral, o pagamento é fixado em dinheiro, a ser pago periodicamente (por semana, quinzena ou mês), como contrato de execução prolongada ou sucessiva (*tempus sucessivum habet*), nada impedindo seja pago de uma só vez por todo o período da locação [...]

Acrescenta o autor que a liberdade de determinação do aluguel poderá ser limitada por atos governamentais e por força de lei, como nos casos de prédios públicos e táxis.

Acerca do último requisito essencial apontado, a capacidade dos contratantes, esta é assim conceituada por Maria Helena Diniz (2009):

[...] é a condição *sine qua non* da validade do consentimento dado por eles, uma vez que a intenção deliberada de contratar requer que o contratante tenha a consciência de seu ato e que a pratique livre e espontaneamente.

O fato de ser cedida na contratação de locação apenas o uso e o gozo da coisa, implica em critérios de legitimidade menos rigorosos que os da compra e venda. O locador, pois, não precisará ser o proprietário da coisa, apenas terá que ter condição jurídica de ceder o uso e gozo da coisa; os pais poderão locar os bens de seus filhos menores sem forma pré-estabelecida; os tutores e curadores só poderão locar imóveis do incapaz sob sua guarda por preço conveniente. Tais características devem estar presentes no momento da locação, mas caso ocorra a perda delas no decorrer do contrato, este permanecerá válido. (DINIZ, 2009).

As obrigações do locador são de entregar ao locatário a coisa alugada, manter a coisa no mesmo estado pelo tempo de contrato, realizando os reparos necessários para tal; e garantir o uso pacífico da coisa, abstenendo-se e fazendo abster qualquer ato seu ou de terceiros que possam perturbar o uso e gozo da coisa. (GONÇALVES, 2000).

Já as obrigações do locatário são a de usar e gozar da coisa conforme o convencionado, primando pela conservação da coisa. A deturpação de finalidade acordada poderá implicar em rescisão contratual e ação de perdas e danos; pagar o aluguel nos prazos acordados; comunicar turbações no uso e gozo da coisa alugada ao locador fundamentadas no direito, para que este se incumba de tomar as devidas providências conforme as suas atribuições; e por último, cabe ao locatário restituir a coisa ao término do contrato. (GONÇALVES, 2009).

Poderá o locador reaver a coisa antes do término do contrato, desde que pagas as perdas e danos, bem como a multa rescisória do contrato.

#### 4.13 VANTAGENS E DESVANTAGENS QUE O CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL APRESENTA

As empresas podem buscar algumas saídas a fim de conseguir o desenvolvimento da atividade a que se propõe, quais sejam: a compra do equipamento à vista, a compra a prazo e a locação, que se opera através do contrato de *leasing*.

Em optando pelo arrendamento mercantil, evita-se a imobilização do capital, pois através deste tipo de contrato, o arrendante tem a viabilidade de aquisição futura, não efetuando o pagamento no ato, tendo disponível um capital circulante. Pode, fazendo esta opção, munir-se de meios para aumentar a produtividade mediante a renovação dos equipamentos, não sendo obrigado a adquiri-los, nem investir os lucros em bens imobilizados, o que poderia acarretar na diminuição da liquidez do capital.

Rizzardo (2000), ao comparar o contrato de arrendamento mercantil com o contrato de financiamento bancário, anota que o leasing possui maior flexibilidade, pois este último impõe precauções maiores, dependendo de garantias que o empresário deve oferecer. O insigne doutrinador leciona o seguinte:

Tem ele alternativas não encontradas nos órgãos financeiros comuns, como:

- a devolução pura e simples do equipamento após expirar o prazo do contrato;
- a renovação do contrato, permanecendo o arrendatário com o bem por quantos períodos pretender;
- a faculdade de comprar a coisa arrendada depois de passado o prazo, pelo preço residual;
- no caso de devolução do equipamento, ficará o locatário isento de qualquer obrigação, se a empresa de leasing vende-lo;
- não constituindo empréstimo, permanece livre a ficha cadastral do arrendatário para pleitear outros financiamentos, como reconhece Arnold Wald: "Acréscce que a contratação do leasing, em termos gerais, não afeta a situação creditícia do industrial, pois não se inclui como débito no seu passivo, tratando-se de mero contrato de locação, que não consta no balanço como obrigação de pagar.

Em caso de aquisição, o bem passa a integrar o ativo imobilizado da empresa, o que faz aumentar as contas desta, diferentemente do arrendamento mercantil, contrato através do qual o bem somente passará a fazer parte do ativo

imobilizado da empresa se esta exercer a opção de compra que o contrato possibilita.

Mesmo em caso de compra, a escrituração do bem é feita por quantia reduzida, nos termos do que dispõe o art. 15 da Lei 6.099/74, uma vez que o bem será integrado ao ativo fixo do adquirente pelo preço pago no exercício da opção de compra, que é bastante pequeno, em face da amortização que se opera ao longo do contrato.

Outra vantagem apresentada pelo contrato de arrendamento mercantil diz respeito à solução dos problemas de aperfeiçoamento técnico dos equipamentos de produção, sem acarretar uma sobrecarga ao arrendatário. A renovação dos maquinários sem despendar despesas para investir no capital permite que o empresário fique com mais reservas para aumentar a produção.

Tanto o arrendante como o arrendatário adquirem vantagens fiscais, como, por exemplo, ao arrendatário, dedução dos aluguéis no cálculo do imposto de renda.

Ao arrendante, são notados mais benefícios, quais sejam: a) as pessoas jurídicas poderão contabilizar como custos as cotas de depreciação do preço de aquisição do bem arrendado, calculado de acordo com a vida útil do bem (art. 12 da Lei 6.099); b) permissão para conservá-los em seu ativo imobilizado pelo prazo máximo de dois anos em caso de devolução ou recuperação dos bens arrendados (art. 14, I, da Res. 2.309); c) em caso de venda dos bens arrendados, o saldo não depreciado será admitido como custo para efeito de apuração do lucro tributável pelo imposto de renda (art. 13 da Lei 6.099).

O fornecedor também é beneficiário de algumas vantagens, como: a) sistema agiliza vendas da empresa, proporcionando uma nova alternativa de financiamento do preço total do produto; b) é eliminado o risco de crédito das vendas, uma vez que o preço é recebido à vista, depois de liberado o pagamento pelo cliente; c) é permitida a liberação integral dos recursos de financiamento das vendas para outras atividades da empresa.

Em que pese a existência das vantagens que norteiam o contrato de arrendamento mercantil, ele apresenta alguns contratempos. O primeiro deles é o alto custo da operação que envolve o instituto, em razão da montagem de um cálculo estimativo de valorização da coisa, projetando-a para o futuro, sendo considerada sempre nova, até o vencimento do contrato. Isto pode fazer com que o cálculo chegue a apresentar valor superior à correção monetária que o governo

institui, através dos órgãos econômicos. Tal situação faz com que a coisa arrendada se torne mais cara.

Outro inconveniente se mostra quando o equipamento objeto do contrato de arrendamento, porventura, deixe de oferecer utilidade à arrendatária, situação em que a empresa arca com os pagamentos, que se classificam como perdas e apresenta reflexos flagrantemente negativos à realidade econômica desta. Por esta razão, a empresa arrendatária deve apresentar um amplo desenvolvimento tecnológico, a fim de garantir segura rentabilidade.

A viabilidade deste tipo de contrato se apresenta para as empresas cujo lucro cobre o encargo dos compromissos assumidos. Também se justifica nos casos em que há necessidade de substituição do material existente, quando há um mercado seguro na colocação dos produtos próprios, bem como quando há aumento da demanda nos serviços que presta ou ampliação das atividades. Um pressuposto para se chegar à viabilidade desejada nos contratos de *leasing* está na boa rentabilidade do setor que a empresa desenvolve.

## 5 DO PAGAMENTO ANTECIPADO DA VRG - DESCARACTERIZAÇÃO OU NÃO DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL?

A questão de descaracterização do leasing para a compra e venda à prestação em face da antecipação do pagamento do VRG é objeto de acirrada discussão na doutrina e na jurisprudência, com base em interpretações dos arts. 5.º, c, e 11, §1.º, da Lei 6.099/74.

Não há impedimento para que o VRG seja cobrado antecipadamente nos contratos de *leasing*. Contudo, referida cobrança implica em alguns efeitos em decorrência deste ato, quais sejam: a) acaba ferindo a característica fundamental do arrendamento, que é a liberdade de opção, desaparecendo a razão de ser do negócio quando o arrendatário paga o valor total do bem no curso do contrato; b) o contrato passa a ser de compra e venda.

Superior Tribunal de Justiça (STJ) apresentou dois entendimentos sobre o assunto, ambos erigidos à Súmula, ao enfrentar a questão trazida à colação. Na primeira manifestação, através da Súmula 263, o STJ considerava cabível a referida descaracterização em virtude da antecipação do VRG.

O Superior Tribunal de Justiça apresentou os seguintes fundamentos para a decisão:

[...] a antecipação do VRG é sinal claro de descaracterização do leasing por implicar no desaparecimento da figura da promessa unilateral de venda e da respectiva opção, porque imposta a obrigação de compra desde o início da execução do contrato ao arrendatário. Antes de se descaracterizar a natureza contratual do arrendamento mercantil, está se reconhecendo a abusividade da cláusula que prevê o pagamento antecipado do VRG - integrado e incorporado ao valor mensal das prestações -, sem que seja exigido, simultaneamente, o cumprimento da obrigação pelo arrendante, havendo desequilíbrio contratual, porque uma das partes é mais onerada sem a devida contraprestação, e sem a necessária correlação entre obrigação e direito. (STJ - Rec. Esp. 237.230 - RS - j. em 19-12-2000 - DJ 12-3-2001)

Posteriormente, contudo, o Excelso Superior Tribunal de Justiça revogou a Súmula citada pela de n.º 293, afirmando que a antecipação não descaracteriza o contrato de leasing para compra e venda.

A discussão do assunto em comento é tratado pelo STJ estritamente no âmbito civil, não demonstrando pretensão de adentrar no mérito da discussão em

matéria tributária. Os Ministros do STJ até discorrem sobre a questão tributária nos contratos de *leasing* em seus votos, mas apenas de forma superficial e de maneira a desenvolver o voto, e não para discutir o mérito relativamente a esta esfera do direito.

Mesmo com a revogação da primeira Súmula editada pelo STJ, vários juízes monocráticos continuam seguindo o entendimento de que o pagamento antecipado do VRG não descaracteriza o contrato de *leasing* para o de compra e venda.

### 5.1 FUNDAMENTOS DA SÚMULA 263 DO STJ

Uma característica essencial do *leasing* é a opção de compra, com o pagamento do valor residual ao final do contrato.

De acordo com a Súmula 263 do Superior Tribunal de Justiça, a cobrança antecipada dessa parcela, geralmente embutida na prestação mensal, desfigura o contrato, que passa a ser de compra e venda a prazo, de acordo com a interpretação dada aos arts. 5.º, c, combinado com o art. 11, § 1º, da Lei n.º 6.099, de 12.09.1974, alterada pela Lei n.º 7.132, de 26.10.1983, com o desaparecimento da causa do contrato e prejuízo ao arrendatário.

Nos argumentos encontrados nos precedentes da Súmula 263, além das razões de ordem fiscal que levaram o legislador a manter a opção de compra com o pagamento do VRG como uma das características do contrato de *leasing* operacional, existem outras duas, quais sejam: a) o negócio do *leasing* fica sem causa, desaparecendo a razão do negócio quando o arrendatário paga integralmente o preço do bem no curso da execução do contrato, pois a finalidade básica do *leasing* é sempre o financiamento de investimentos produtivos e não a compra e venda, e a existência de uma promessa unilateral de venda por parte da instituição financeira serve para diferenciá-lo da locação e da compra e venda a crédito; b) o arrendatário perde com a inclusão na prestação mensal da parcela que corresponde ao valor residual, uma vez que se obriga a desembolsar de forma antecipada o que pagaria apenas ao final do contrato, no caso de exercer uma das três opções que a lei lhe reserva, situação que se agrava ao considerar que a parcela serve para compor o valor da prestação mensal, sobre a qual incidem juros

e outros acréscimos. Ainda, a inadimplência da parcela mensal refletirá na economia do contrato, podendo o arrendatário perder a posse do bem, mesmo que parte do pagamento não constitua cobrança antecipada do que somente seria exigível no final do contrato.

O Ministro José Augusto Delgado (1997) argumenta sobre o assunto em comento que:

Tenho a cláusula que impõe obrigatoriedade do exercício de tal manifestação (compra) como leonina. Não se pode deixar de considerar que essa opção deve ser entendida como em harmonia com os interesses negociais do arrendatário, inclusive de suas condições financeiras. A imposição do arrendador viola o princípio da livre manifestação e o da razoabilidade negocial.

Basicamente, o entendimento é de que em se eliminando a opção de compra - única hipótese para quem já pagou de forma antecipada o preço, desnatura-se o contrato de *leasing*.

Coaduna deste entendimento Andrade (1995), asseverando acerca do assunto o seguinte:

E característica essencial do contrato de leasing a oferta unilateral da arrendante à arrendatária três opções ao final do contrato, sendo que uma delas obrigatoriamente deverá ser exercida:

- a) comprar o bem por valor residual adremente determinado;
- b) devolver o bem;
- c) renovar o contrato.

Diniz (1993), por sua vez, argumenta:

Infere-se daí que no arrendamento mercantil apresentam-se os seguintes elementos jurídicos, essenciais à sua caracterização:

[...]

'5.<sup>o</sup> O Arrendatário, findo o prazo do arrendamento, tem a tríplice opção de: a) adquirir os bens, no todo ou em parte, por preço menor do que o de sua aquisição primitiva convencionando no próprio contrato, levando-se em conta os pagamentos feitos a título de aluguel; b) devolvê-los ao arrendador, ou c) prorrogar o contrato, mediante o pagamento de renda muito menor do que a do primeiro arrendamento [...] É preciso, ainda, não olvidar, que nada impede (Res. N° 980/84, art. 11, e Lei n.º 6.099, art. 11, §§ 1º a 3º) o exercício da opção de compra antes do término contratual, mas o contrato deixará de ser leasing financeiro, e passará a ser considerado compra e venda a prestação.

Rizzardo (2000) afirma que "Uma conseqüência dessa cobrança antecipada é que se elimina a opção de compra, pois é a única alternativa que resta a quem já pagou antecipadamente o preço".

No contrato de arrendamento mercantil deve estar contido de forma expressa a tríplice opção a favor do arrendatário, podendo adquirir o bem, renovar o contrato ou devolver o bem. A opção do arrendatário deve ser exercida no final do contrato, sob pena de ser considerada como simples compra e venda.

Apesar da Lei 6.099 regulamentar o aspecto tributário do contrato de leasing, existem elementos normativos de órgãos reguladores do sistema financeiro nacional, que abordam mais especificadamente a questão da descaracterização do contrato em razão da antecipação do pagamento do valor residual garantido.

Há nos precedentes da súmula 263 referências a portarias que já perderam sua vigência e foram substituídas por outras. Atualmente a que regulamenta as relações de contratação por *leasing*, tanto financeiro como operacional é a Resolução 2.309 com as devidas alterações oriundas da Resolução 2.465.

No art. 10 da referida portaria se encontra a determinação de que o contrato será descaracterizado para compra e venda caso a opção de aquisição do bem seja realizada antes dos prazos previstos pelo art. 8º, que são de dois anos a partir da entrega e demais requisitos para bens com vida útil inferior a cinco anos, e de três anos para os demais bens no que tange ao *leasing* financeiro. Já no caso de *leasing* operacional, o prazo é de 90 dias.

Sendo assim, o entendimento desta corrente é albergado na perspectiva de que no contrato de *leasing* a manifestação da escolha pela aquisição do objeto arrendado ocorre com o pagamento do Valor Residual Garantido. Esta, por prerrogativa essencial, deve ser realizada somente ao término do prazo contratual. A cobrança antecipada deste valor constitui-se em abusiva no que tange às relações de consumo, por todas as peculiaridades da prática contratual, a exemplo da tipificação de adesão e o desequilíbrio entre as partes.

## 5.2 DOS FUNDAMENTOS DA SÚMULA 293 DO STJ

A Súmula 293 do STJ, por sua vez, entende que a antecipação do VRG não descaracteriza a natureza jurídica do contrato de arrendamento mercantil.

A referida Súmula encontra fundamento em alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça (EREsp n.º 213828/RS, EREsp n.º 286649/RS, EREspn.º 245704/RS, entre outros).

Parte-se do pressuposto de que o pagamento do valor do VRG é uma obrigação possível de ser firmada entre as partes, que constitui benefícios não apenas à arrendadora, mas também à arrendatária.

O entendimento é de que o pagamento do VRG nada mais é que uma forma de compensação e estímulo que a arrendadora recebe por parte da arrendatária ao deixar de aplicar seu capital sob a remuneração dos juros de mercado e adquirir um bem de acordo com o interesse da parte contratante.

Tal segurança transmitida, tendo por base essa remuneração e garantia que representa o VRG, faz com que seja viabilizado o negócio jurídico a termos que possibilite sua aplicação prática.

Outrossim, a segurança implica em menor remuneração necessária ao capital imobilizado por parte da arrendadora, o que faz o custo da operação ser reduzido e que seja possível sua extensão a maior parcela da sociedade.

Seria o VRG um valor a ser pago, se ajustado entre as partes, independentemente da manifestação do desejo de aquisição do bem por parte do arrendatário. Caso, ao término do contrato, o contratante opte pela não renovação do negócio, seria o bem em questão vendido a terceiro, haja vista que a instituição arrendadora não tem interesse em sua manutenção. O valor da venda a terceiro, se inferior ao valor do VRG, seria deduzido deste, no caso de ser maior, haveria o repasse integral do valor pela instituição ao arrendatário, ficando o primeiro com o excedente.

O precedente eRESP 213828 (2001/0067779-5 - 29/09/2003), faz uso de uma exemplificação feita por Athos Gusmão Carneiro<sup>12</sup>, onde são citados os benefícios oriundos da segurança que representa o pagamento antecipado do VRG

---

<sup>12</sup> Revista Forense, out/nov/dez de 1997, Leasing financeiro e a antecipação do valor residual, p. 90.

à empresa de leasing: no caso referenciado, há a situação de um caminhão no valor de R\$60.000,00 (sessenta mil reais), parcelado em um sistema de leasing, em 36 contraprestações no valor de R\$ 2.700,00 (dois mil e setecentos), com o VRG de R\$ 600,00 (seiscentos reais), sem antecipação do pagamento do valor residual garantido. Se, nas mesmas circunstâncias fosse solicitado pelo cliente o pagamento antecipado do valor residual garantido, estima o jurista que o pagamento seria de R\$ 1.680,00 (mil seiscentos e oitenta reais) estendido por 36 contraprestações. Da mesma forma, o VRG seria aumentado, de forma que antecipado e disperso nas mesmas 36 contraprestações, as suas parcelas referentes seriam de R\$ 720,00 (setecentos e vinte reais). O valor mensal das parcelas se reduziriam de R\$ 2.700,00 para R\$ 2.400,00, devido a maior segurança e garantia para a empresa de leasing.

Este fenômeno ocorre devido ao fato de que o valor residual garantido é o parâmetro para a atuação e determinação do *mark-up* (percentual de lucro) que a empresa arrendadora fará incidir sob as parcelas, considerando o bem arrendado. É, pois, sob este valor que haverá a incidência de imposto e constatação no quadro de ativos das empresas. Assim, a diferença reside no fato de que a arrendatária, ao aquiescer com o pagamento antecipado do VRG, nada mais faz que repassar à arrendadora parte dos benefícios fiscais oriundos das peculiaridades da forma contratual.

Os casos de descaracterização previstos na Lei 6.099 seriam para fins tributários e não para a determinação em âmbito civil, pois há de se privilegiar a livre manifestação da vontade das partes, na medida em que uma relação se dá em dimensão no âmbito do direito público, enquanto que a outra, na esfera privada.

O Ministro Eduardo Ribeiro, relator em um Recurso Especial que tratava do assunto<sup>13</sup>, asseverou:

[...] Convenci-me de que o fato de se antecipar o pagamento das parcelas relativas ao valor residual não significa, necessariamente, que o contrato haja de ser considerado como de compra e venda. O que efetivamente importa é assegurar-se a opção do arrendatário. E isso se fez. Se a ele é dado, ao final do contrato, adquirir ou não o bem, parece-me claro que a aquisição ainda não se aperfeiçoou. Nem se trata de prodigalidade, mas de procedimento que também a ele interessa, como bem demonstra, a meu ver, José Francisco

---

<sup>13</sup> REsp n.º 164.918 - RS (1998/0012625-2)

Serpa Lopes de Miranda Leão ("Leasing" - O arrendamento financeiro - Malheiros - 1999 - p 35/38). Cumpre ter-se em conta que o arrendador adquire o bem, investindo um capital que poderia ser aplicado a juros de mercado, que certamente não são baixos. Claro está que o arrendatário é que os haverá de suportar, ou não se faria o negócio, Menor será o ônus, em consequência, se o arrendador recuperar mais rapidamente o capital. [...]

E continua, concluindo o seguinte:

[...] Findo o prazo contratual, efetuados todos pagamentos, não se deixam de abrir ao arrendatário, as opções próprias deste tipo de contrato. Desejando ficar com o bem, poderá comprá-lo, sem outro desembolso, se já adiantado todo o valor residual. Se por isso não optar, será vendido a terceiro e a arrendatária receberá o valor líquido que resultar desse negócio. Note-se que essa cláusula, prevendo a venda a terceiro, é normal do "leasing", haja ou não adiantamento do valor residual. Entende-se. O bem foi comprado no interesse do arrendatário, em nada convindo ao arrendador com ele ficar, pois poderá ou não encontrar outro interessado em idêntico contrato. E as diferenças que se verifiquem entre o valor residual contratado e preço da venda são suportados pelo arrendatário. Com o recebimento antecipado daquele valor fica o arrendador garantido contra eventual inadimplemento do arrendatário, o que diz com aquela diferença. [...]

Portanto, o embasamento da Súmula 293 do STJ está, em suma, na possibilidade do arrendatário - ainda que desembolse antecipadamente o VRG -, optar apenas ao final do contrato pela compra do bem. Em não o fazendo, receberá o valor líquido que resultar de negócio entabulado entre o arrendador e terceiro, que seria equivalente ao saldo do que pagou a mais durante o contrato de leasing.

## 6 CONCLUSÃO

A Constituição da Federação de 1988 representa um marco na história brasileira, onde direitos até então meramente intencionais se tornaram normas de eficácia plena, e quando de caráter programático, que constituem verdadeiros nortes para a atuação do poder público.

Assim, a atuação do judiciário está peremptoriamente vinculada aos axiomas contidos na Constituição, o que redundará em uma atuação voltada para efetividade dos direitos da massa, a garantia das liberdades e garantias individuais, a sobreposição do interesse público ao privado e o detrimento da política liberal em prol de um conceito isonômico de justiça abrangente.

A relativização de princípios, como a propriedade privada e a força normativa dos contratos, são decorrências naturais dos rumos pela civilização brasileira, ao considerar que a atividade econômica não se limita apenas a um direito de um detentor de grande capital, mas sim a uma prestação de serviço à sociedade, no sentido de dispor a propriedade à manutenção dos interesses coletivos e circulação das riquezas, e não sua concentração pura e insaciável.

Assim, a positivação de princípios como o da boa-fé objetiva e a função social dos contratos representam óbice à desenfreada acumulação de capital de modo insustentável e irracional.

Também o ordenamento consumerista tem sua origem na solução de uma desigualdade material gritante nas relações contratuais contemporâneas.

A manutenção e preservação dos direitos do consumidor é, em última instância, uma necessidade do próprio sistema capitalista, responsável pela forma de produção e manutenção de uma lógica vigente e momentaneamente impreterível para a sociedade contemporânea, pois sem consumo, não há produção, e sem produção, não há lucro.

Assim os princípios que visam a manutenção de uma isonomia material devem ser privilegiados pelos aplicadores do direito, para que haja um reequilíbrio dos frutos da atividade econômica, que naturalmente tendem à concentração, desequilibrando os envolvidos no processo de produção de riquezas.

Mantendo esta perspectiva, o contrato de *leasing* não se configura como exceção ao alcance dos valores em questão, mas sim deve ser contextualizado com os demais fatores e todos os seus termos subjugados aos axiomas constitucionais.

Os argumentos apresentados pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça para a posição de não descaracterização do contrato de compra e venda com o pagamento do valor antecipado significam uma carta branca à atuação das instituições financeiras no sentido de aumentar o seu poder econômico.

No caso de *leasing* operacional ou financeiro, onde não se caracteriza a relação de consumo devido ao interesse produtivo e ao tamanho do poder aquisitivo das contratantes, existe um poder de barganha maior e que viabiliza uma paridade e uma situação mais equânime no momento de contratação e execução.

No entanto, para a maioria dos contratos de *leasing* ocorre em uma relação de desigualdade, onde a instituição financeira, pela abrangência de massa, faz uso do contrato de adesão para a determinação dos termos.

Usualmente há um desvirtuamento do instituto do valor residual garantido, pois não raras vezes o valor estipulado pelo contrato é de uma porcentagem ínfima, não servindo de garantia para que as instituições possam sentir a segurança necessária para reduzir o valor das contraprestações.

Na prática, redundam em não obtenção pelas pessoas físicas do benefício fiscal que as pessoas jurídicas adquirem com a possibilidade de dedução do lucro no pagamento das contraprestações do arrendamento na forma de despesa, e baixa incorporação no quadro de ativo imobilizado e a onerosidade das contraprestações, que não são reduzidas em função de não haver o elemento de segurança para a empresa arrendadora.

Além da elaboração dos termos do contrato ser realizada pela própria instituição, esta já tem constituído todo um processo de averiguação de inadimplência e cobrança, com fácil manejo para o ingresso de ações judiciais, o que em caso de atraso no pagamento das contraprestações já abre precedente para a abertura de um processo de reintegração de posse.

Com o repasse de grande parte do ônus para o contratante consumerista, configura já uma incumbência onerosa que relativiza a dinamização do contrato de *leasing*.

Existe, pois, o risco desta forma contratual ser mais um instrumento de mera realização de lucros para expansão do poderio das operadoras de *leasing*.

A interpretação dos termos do contrato e a sua tipificação deve ocorrer nos moldes dos princípios sociais e o viés constitucionalista.

As relações contratuais com pequenos comerciantes e pessoas físicas devem ser analisadas pela perspectiva consumerista, levando as cláusulas que demais oneram o consumidor terem sua eficácia anulada.

Quanto a parte específica da descaracterização, a questão deve ser ponderada à luz dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, onde os interesses econômicos do consumidor são defendidos e privilegiados.

O consumo é o dínamo que fomenta o desenvolvimento econômico, pelo qual se passa importantes meios de desenvolver a sociedade enquanto um todo, e negligenciar a proteção ao consumidor é romper com o alicerce de um sistema do qual dependem de forma mais ou menos intensa todos os demais.

Os argumentos apresentados pelos precedentes da súmula 293 são superficiais e não adentram na especificidade da relação de consumo e os princípios nos quais esta relação está embuída.

A redação da súmula que não reconhece a descaracterização implicou em uma esterilidade de argumentos nos precedentes posteriores, pois se alega a aplicação da súmula o afastamento da 263.

Existem nítidas brechas na legislação que abarcam a matéria, tanto é assim que a identificação da Lei 6.099 é sobre o tratamento tributário das operações de *leasing*, o que resulta na normatização através de Portarias do Conselho Monetário Nacional. Estas são elaboradas por um órgão econômico e não tem a mesma legitimidade, pois, mesmo sendo os atos administrativos regulados pelo critérios constitucionais, não possuem estes o mesmo peso e preocupação com os princípios, como no caso das leis aprovadas pelo poder legislativo.

O não reconhecimento da descaracterização do contrato para compra e venda é permitir que seja a instituição financeira beneficiada com o recebimento do VRG, mesmo simbólico, o recebimento do valor das contraprestações como se fosse o negócio sem garantia de pagamento e o benefício de reaver o objeto do contrato por meio da ação de reintegração de posse.

Estas características são um demonstrativo do desequilíbrio da relação que, nitidamente, pende ao benefício da operadora de *leasing*.

Ao utilizar como critério de julgamento a escusa da não descaracterização do *leasing* sob a escusa da aplicação da súmula 293, privilegia-se a praticidade de

juízo em detrimento da aplicação de detalhamento de cada circunstância apresentada.

O Superior Tribunal de Justiça não pode ter a sua atuação voltada para critérios políticos ou resolver os casos apresentados utilizando como critério a praticidade. É verdade a condição de abarrotamento do judiciário, todavia, na escala de predileção encontra-se a equidade antes da agilidade.

Assentir com a imposição da antecipação do pagamento do VRG sem considerar a descaracterização para o contrato de compra e venda não é incentivar a inadimplência, mas equilibrar, dentro da dimensão jurídica a relação. O que a súmula 293 admite na prática, é a ação de reintegração de posse mesmo já se tendo sido pago o VRG, que nada mais é que o assentimento ou manifestação do interesse na aquisição do bem. Do contrário, sairia a aquisição sem valor algum, uma doação atrelada ao pagamento das parcelas do aluguel.

Portanto, está configurado benefício à parte já manifestadamente mais forte da relação contratual, desnecessariamente, o que contradiz na essência os princípios e a tendência do neoconstitucionalismo.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 149, 362, 346 e 347 p.
- ANDRADE, Jorge Pereira. 'Arrendamento Mercantil - Leasing'. In: CAHALI, Yussef Said. *Contratos nominados* (Coord). São Paulo: Saraiva, 1995. 216p.
- BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. t. I. Campinas: LZN, 2003. 79p.
- BONAVIDES, Paulo.
- CAPPELETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. 42 p.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. 64-65p.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil, contratos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.3. 23 e 30p.
- DELGADO, José Augusto. *Leasing, doutrina e jurisprudência*. Curitiba: Juruá, 1997. 128p.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.3. p.12, 23, 28, 261, 263, 267 e 720p.
- DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 2. p.358 e 359p.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 6.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. v.3. 14, 23 ,24, 30, 190, 196, 197, 199, 201, 204, 285, 287, 288, 291, 293, 296 e 661p.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 3p.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 7e 39p.
- GOMES, Orlando. *Contrato de adesão*, São Paulo: RT, 1972. p. 3.
- GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica e constituição no estado de direito democrático*. 2.ed. Rio de Janeiro, 2001.
- GUERRA JUNIOR, Celso Souza. *Negócios jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2005. 111p.

HESSE, Konrad. *Elementos do direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. 63p. Disponível em: <<http://www.leasingabel.org.br/site/>>. Acesso em: 4 dez. 2009.

MORAES, de Alexandre. *Direito constitucional*. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2004. 52p.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4.ed. São Paulo: RT, 2002. p. 167, 260, 326, 476, 557/558, 595, 598 e 746p.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.449.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p 545.

MELO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 161 p.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 2º parte.- declarações unilaterais da vontade - obrigações por atos ilícitos. São Paulo: Saraiva, 2001. p.78, 79, 81, 82, 84, 141p.

MORRIS, Amanda Zoe; BARROSO, Lucas Abreu. *Direito dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Direito civil; 3 / Orientação Giselda M. F. Novaes Hironaka). p. 66 e 67p.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 57 e 69 p.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil anotado*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 505 e 544p.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor: direito material (arts 1º a 54º)*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 21, 113p.

PARGENDLER, Mariana Souza. *A resignificação do princípio da autonomia privada: o abandono do voluntarismo e a ascensão do valor da autodeterminação da pessoa*. Disponível em: <[http://www.ufrgs.br/propeq/livro2/artigo\\_mariana.htm](http://www.ufrgs.br/propeq/livro2/artigo_mariana.htm)>. Acesso em: 13 jul. 2007. p. 22 e 23 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio Janeiro: Forense, 2001. p. 5, 6 e 9.

REsp n.º 164.918 - RS (1998/0012625-2). *Revista Forense*, out/nov/dez de 1997, Leasing financeiro e a antecipação do valor residual.

RIZZARDO, Arnaldo. *Leasing: arrendamento mercantil no direito brasileiro*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 38, 53, 57, 62, 63, 65, 74, 82, 83, 90, 112 e 166p.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v.3. 130p.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 51.

RT, 543:243, 478:93

RT 591/18 "Da ilicitude da inclusão da cláusula de correção cambial nas operações de arrendamento mercantil".

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 101 e 103 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 7, 14, 16, 17, 123, 125, 126, 561 e 562p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 317p.

VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 373 e 469.

ZANETTI, Cristiano de Souza. *Direito dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Direito civil; 3 / Orientação Giselda M. F. Novaes Hironaka). 67p.

ZDANOWICZ, José Eduardo. *Leasing: arrendamento mercantil*. RS: D.C. Luzzatto Editores, 1985, p. 30.

## APÊNDICE

## APENDICE A

Arrendamento mercantil. Leasing. Resolução do contrato por inadimplemento do arrendatário. Consequências. Não exigibilidade das prestações 'vincendas'. Descaracterização do arrendamento mercantil. Matéria de fato.

I - O inadimplemento do arrendatário, pelo não pagamento pontual das prestações autoriza o arrendador a resolução do contrato e a exigir as prestações vencidas até o momento da retomada de posse dos bens objeto do 'leasing', e cláusulas penais contratualmente previstas, além do ressarcimento de eventuais danos causados por uso normal dos mesmos bens.

II - Descaracterizado tal contrato pelo pagamento antecipado do valor residual, a título de aquisição do bem, a avença resulta nominada como compra e venda.

III - Matéria de fato (Súmulas 05 e 07 - STJ).

IV - Recurso conhecido em parte e nessa parte provido.

(Recurso Especial n.º 183.845 - Rio Grande do Sul - 98/0009305-2 - Min. Waldemar Zveiter - Rcte: Finasa Leasing Arrendamento Mercantil S/A. Recdo: Marcos Roberto Goelzer Bastos - Ministro Relator: Carlos Alberto Menezes Direito - DJ: 15.06.1999)

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSO CIVIL E CIVIL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. "LEASING" FINANCEIRO. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL. DEMUDAÇÃO DO CONTRATO PELO PAGAMENTO ANTECIPADO DO "VALOR RESIDUAL GARANTIDO". COMPRA E VENDA A PRESTAÇÕES. ART. 11, § 1º DA LEI N. 6.099/74. ITEM 15 DA PORTARIA N. 3, DE 19.03.1999, DA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. ARTS. 6º, I DA RESOLUÇÃO N. 2.309, DE 28-08-1996 DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO DE JUROS DE 12% A.A. LEGALIDADE DOS JUROS CONTRATUAIS PACTUADOS. SÚMULA N. 168/STJ.** - Pacificada a tese de que a obrigação contratual de antecipação do VRG - ou adiantamento "da parcela paga a título de preço de aquisição" - faz infletir sobre o contrato o disposto no art. 11, da Lei 6.099/74, operando demudação, ope legis, no contrato de arrendamento mercantil para uma operação de compra e venda a prestação, com financiamento, cabe o indeferimento da liminar de embargos de divergência, pela Súmula n. 168/STJ.

- Há o desaparecimento da figura da promessa unilateral de venda e da respectiva opção, porque imposta a obrigação de compra desde o início da execução do contrato ao arrendatário.

(AGRG DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP 230.239 - Rio Grande do Sul - 2001/0033661-2 - Relatora: Ministra Nancy Andrichi - Agravante: Bradesco Leasing S/A Arrendamento Mercantil - Agravado: Tecnomobil Indústria de Móveis Ltda - DJ: 23.05.2001)

### **ARENDAMENTO MERCANTIL LEASING DESCARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO VALOR RESIDUAL GARANTIDO**

I - A opção de compra, com o pagamento do valor residual, ao final do contrato, é uma característica essencial do leasing. A cobrança antecipada dessa parcela, embutida na prestação mensal, desfigura o contrato, que passa a ser uma compra e venda a prazo (art. 5.º, c, combinado com o art. 11, §1.º, da Lei n.º 6.099, de 12.09.1974, alterada pela Lei n.º 7.132, de 26.10.83), com o desaparecimento da causa do contrato e prejuízo do arrendatário.

II- Recurso conhecido em parte e nessa parte provido.

(REsp 196.209 - Rio Grande do Sul - 1998/0087435-6 - Relator: Ministro Waldemar Zveiter - Recte: Manoel Adilson Ferreira - micro empresa; Recorrido: Companhia Real de Arrendamento - DJ: 09.11.1999)

### **REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. LEASING. VALOR RESIDUAL GARANTIDO (VRG). ANTECIPAÇÃO. COMPRA E VENDA. PREQUESTIONAMENTO. EXTINÇÃO, EX OFFICIO, DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO, POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.**

1. A jurisprudência das Turmas que compõem a 2.a Seção, ressalvada a minha posição, firmou-se no sentido de que a cobrança antecipada do Valor Residual Garantido (VRG) desqualifica o contrato de leasing para compra e venda, o que inviabiliza não só o deferimento de liminar, mas, também, a própria ação de reintegração de posse.

2. A descaracterização do contrato de leasing para compra e venda, tema devidamente prequestionado, conduz ao julgamento de extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido reintegratório, presente o art. 267, VI, § 3º, do

Código de Processo Civil.

3. Recurso Especial conhecido e provido.

(REsp 302.448 - São Paulo - 2001/0010539-4 - Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito - Recte: Christianne Vilela Carceles - Recorrido: Bandeirantes S/A Arrendamento Mercantil - DJ: 26.06.2001)