

TRATADO DE DIREITO EMPRESARIAL.

COORDENAÇÃO
MODESTO CARVALHOSA

IV

CONTRATOS MERCANTIS

1ª edição, 2008, 1ª reimpressão

FERNANDO KUYVEN
OLAVO ELDE RODRIGUES JR.
VERA JACOB DE BRADIERA
IVO WASSBERG
ILAN GILBERG
CLAUDIO ROBERTO BARROSA
RODRIGO XAVIER LEONARDO

 THOMSON REUTERS
ProView™
INCLUI VERSÃO
ELETRÔNICA DO LIVRO

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Editorial: Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Luciana Felix, Marcella Pâmela da Costa Silva e Thiago César Gonçalves de Souza

Analista Editorial: Karolina de Albuquerque Araújo

Assistente Editorial: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Produção Editorial

Coordenação

IVÊ A. M. LOUREIRO GOMES

Líder Técnica de Qualidade Editorial: Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Damares Regina Felício, Danielle Castro de Morais, Felipe Augusto da Costa Souza, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Maria Eduarda Silva Rocha, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra, Rafaella Araujo Akiyama e Thais Rodrigues Sampaio

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier, Daniela Medeiros Gonçalves Melo e Maria Cecília Andreo

Estagiários: Angélica Andrade, Beatriz Brandão Belo Bicker, Miriam da Costa Leite, Nicolas Eugênio Almeida Bueno e Sthefany Moreira Barros

Capa: Brenno Stalagli Teixeira

Controle de Qualidade da Diagramação: Carla Lemos

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Ana Paula Cavalcanti, Jonatan Souza, Luciano Guimarães e Rafael Ribeiro

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação

MAURICIO ALVES MONTE

Analista de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Contratos mercantis. -- 2. ed. rev. e atual. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018.
-- (Coleção tratado de direito empresarial ; v. 4 / coordenação Modesto Carvalhosa)

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-85-5321-122-7

1. Contratos - Brasil 2. Contratos (Direito comercial) 3. Direito comercial - Brasil 4. Direito comercial - Legislação - Brasil I. Carvalhosa, Modesto. II. Série.

18-18659

CDU-347.74(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Contratos mercantis : Direito comercial
347.74(81)

Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

TRATADO DE DIREITO EMPRESARIAL

COORDENAÇÃO
MODESTO CARVALHOSA

IV

CONTRATOS MERCANTIS

2ª edição revista e atualizada

FERNANDO KUYVEN
OTAVIO LUIZ RODRIGUES JR.
VÉRA JACOB DE FRADERA
IVO WAISBERG
ILAN GOLDBERG
CLAUDIO ROBERTO BARBOSA
RODRIGO XAVIER LEONARDO

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

CAPÍTULO IV ARRENDAMENTO MERCANTIL

IVO WAISBERG

- ▶ SUMÁRIO: 1. Histórico – 2. Importância econômica – 3. Conceito e natureza jurídica – 4. Tipos de arrendamento mercantil e respectivas operações econômicas – 4.1 Arrendamento mercantil financeiro – 4.2 Valor residual garantido (VRG) – 4.3 Arrendamento mercantil operacional – 4.4 *Lease-back* ou *leasing* de retorno ou, ainda, *sale and lease back* – 4.5 *Self leasing* – 4.6 *Dummy corporation* – 5. Partes – 5.1 Como arrendadores – 5.2 Como arrendatários – 6. Obrigações dos contratantes – 7. Disposições essenciais do contrato – 8. Inadimplemento – 9. Tratamento na recuperação judicial, extrajudicial e falência – 10. Discussão tributária – 11. Referências Bibliográficas.

1. HISTÓRICO

Em 1941, foi editado, nos Estados Unidos da América (EUA), o *Lend Lease Act*, que permitia ao exército emprestar material bélico e outros itens aos aliados do país, que poderiam, terminada a II Guerra Mundial ou decorrido o prazo acordado, devolvê-los ou adquiri-los. Como alguns aliados não dispunham mais de recursos para adquirir esses equipamentos e os outros itens, a solução encontrada pelos EUA foi uma espécie de empréstimo com elementos de locação e opção de devolução ou aquisição ao final. Embora esse tenha sido um ato político, deu os contornos a esse instituto que passaria a ser utilizado para outras situações.

Em 1952, D. P. Boothe Junior estruturou, também nos Estados Unidos, negócio semelhante ao que hoje se entende por arrendamento mercantil, quando, ao receber uma encomenda vultosa e perceber que não teria capacidade de produzir o volume solicitado, acordou com um banco a aquisição de equipamentos por este para seu uso. A ideia deu certo e se espalhou, pois havia, na época, dificuldades para se obter crédito a médio prazo enquanto havia a necessidade de renovação de equipamentos da indústria, dado o avanço tecnológico que estava em curso.

Na década de 1960, o instituto foi se espalhando pela Europa e chegou ao Brasil em 1967, tendo sido regulamentado apenas no âmbito tributário, pela Lei 6.099/1974, ainda em vigor.

Diversas Resoluções do Conselho Monetário Nacional (CMN) e Circulares do Banco Central do Brasil (Bacen) tratam do *leasing*, por envolver uma operação de crédito. Atualmente, o normativo que trata do assunto é a Res. CMN 2.309/1996.

2. IMPORTÂNCIA ECONÔMICA

O contrato de arrendamento mercantil, ou *leasing*, vem sendo instrumento de utilização ou de aquisição de bens por aqueles, pessoas físicas ou jurídicas, que ou não dispõem de recursos suficientes para a aquisição imediata de um determinado bem, ou não desejam imobilizar seu capital para tal finalidade.

Assim, o contrato de *leasing* permite que o arrendatário utilize um determinado bem, pertencente ao arrendador, mediante o pagamento de certa quantia acordada, havendo a possibilidade de, ao final do prazo estipulado, o arrendatário renovar a locação do bem, adquiri-lo mediante o pagamento do preço residual, ou devolvê-lo ao arrendador. Essa configuração permite, ainda, que haja uma constante renovação no caso de equipamentos, que podem ser substituídos assim que se tornem ultrapassados ou que surja um substituto mais moderno. Também permite que o valor do equipamento seja pago com o que ele produzir.

O bem pertence, geralmente, no *leasing* financeiro, a uma instituição financeira que o adquiriu por solicitação do arrendatário (*leasing* financeiro), ou ao próprio fabricante, sendo que, no caso de ser este último, geralmente o contrato envolve a prestação de serviços de manutenção.

Podem ser objeto de arrendamento mercantil os bens móveis – uma grande parte é de equipamentos comerciais ou industriais, tendo havido uma época em que era muito comum o *leasing* de veículos – e imóveis – principalmente aqueles destinados a atividades industriais ou comerciais, havendo a possibilidade, ainda, de ser utilizado para fins habitacionais.

3. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A lei não prevê um conceito de arrendamento mercantil, sendo um contrato atípico,¹ como abaixo se verá.

No entanto, a legislação tributária traz um conceito legal para este fim, no parágrafo único do art. 1.º da Lei 6.099/1974, com redação dada pela Lei 7.132/1983.

“Art. 1.º (...)

Parágrafo único. 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.”

1. Sobre a classificação de contratos entre típicos e atípicos, ver nossos comentários ao contrato de franquia nesta obra.

Além de ser uma definição exclusiva para os efeitos da referida lei, tal conceituação não é completa, visto que se trata, na verdade, de uma relação contratual complexa, que envolve, dependendo do tipo de *leasing*, locação, promessa de compra e venda, operação de crédito e até opção de compra. Em alguns casos, pode haver, também, elementos do mandato, quando o arrendatário negocia a aquisição do bem junto ao vendedor. E, nos contratos de *leasing* operacional (explicados abaixo), pode envolver, ainda, prestação de serviços técnicos.

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO afirma que o contrato de *leasing* permite a

“imediata utilização dos bens mediante o pagamento de contraprestações em quantias, prazos e condições predeterminadas, aberta sempre a opção de, ao término do prazo contratual, adquirir os bens mediante o pagamento de um preço residual, também contratualmente fixado”.²

Assim, podemos defini-lo como o contrato segundo o qual o arrendatário utiliza determinado bem de propriedade do arrendador, pagando-lhe a quantia pelo período previsto no contrato, ao final do qual este último poderá optar por renovar a locação desse bem, adquiri-lo mediante o pagamento do preço residual, ou devolvê-lo ao arrendador.

Não se pode dizer que se trata de mera locação, uma vez que na locação, embora até se preveja o direito de preferência de aquisição em determinadas situações, essa previsão não se trata de elemento essencial do contrato. No caso do arrendamento mercantil, deve haver esta possibilidade, inclusive com a definição *a priori* do valor residual a ser pago no caso de ser exercida a opção de compra pelo arrendatário. Além disso, as contraprestações pagas pelo arrendatário já devem abranger os custos do arrendador, que é quem produziu o bem – muitas vezes de acordo com a vontade do arrendatário – ou o adquiriu conforme instruções do arrendatário, assim como o seu lucro.

Embora tenha havido a regulamentação tributária do instituto, já destacada, por meio da Lei 6.099/1974, a qual determinou, inclusive, os itens que devem constar do instrumento (art. 5.º), não se pode dizer que há uma lei específica regulando este negócio jurídico em si, até porque há diversas situações em que se está diante de uma operação de arrendamento mercantil não alcançada pela lei tributária. Aliás, o próprio art. 2.º da Lei prevê que “não terá o tratamento previsto na Lei o arrendamento de bens contratado entre pessoas jurídicas direta ou indiretamente coligadas ou interdependentes, assim como o contratado com o próprio fabricante”. Com isso, admitem-se outras formas de arrendamento mercantil distintas das previstas no referido diploma legal. Isto é, um contrato que não siga os preceitos da referida

2. CARNEIRO, Athos Gusmão. O contrato de *leasing* financeiro e as ações revisionais. RDB 2/11. São Paulo: Ed. RT, maio.-ago. 1998. Esta foi a definição que mencionamos em: WAISBERG, IVO; GORNATI, Gilberto. *Direito bancário: contratos e operações bancárias*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 168.

lei continuará sendo *leasing* se contiver os elementos essenciais, apenas sem o efeito fiscal oriundo daquela lei.

Por esta razão e por não haver determinação suficiente e abrangente dos direitos e deveres das partes na Lei, mas tão somente parcial e com finalidade exclusiva, podemos afirmar que se trata de contrato atípico.³ Aliás, a definição da referida lei, como já destacado, não abrangeria o *leasing* operacional.

Além de atípico, trata-se de um contrato misto, uma vez que abrange elementos de outros tipos contratuais, principalmente a locação e a promessa de compra e venda. Por ser misto, sua interpretação deve levar em consideração a analogia aos contratos típicos a que suas partes se assemelham, mas sempre tendo como fio condutor a operação complexa resultante e sua finalidade econômica.

O contrato de arrendamento mercantil ainda pode ser classificado como (i) consensual, pois implica consenso mútuo das partes; (ii) formal, pois exige a forma escrita; (iii) bilateral, porque prevê obrigações a ambas as partes; (iv) oneroso, porque há transferência de direitos e vantagens entre as partes; (v) comutativo, pois há previsão de equivalência entre as prestações de cada uma das partes; e (vi) de execução sucessiva ou continuada, porque envolve prestações periódicas e contínuas.

Segundo a Lei 6.099/1974, o contrato de arrendamento mercantil deverá conter o prazo, o valor das contraprestações, a opção de compra ou de renovação do contrato, como faculdade do arrendatário, e o preço para opção de compra ou o critério para sua fixação (art. 5.º). A Res. CMN 2.309 trata de maneira mais pormenorizada dos itens que devem ser especificados no contrato (art. 7.º). Mas como já mencionado, a caracterização de um contrato como de arrendamento mercantil não está adstrita aos elementos dos referidos diplomas, que têm função tributária ou regulatória e, portanto, têm seus efeitos restritos a esses fins.

4. TIPOS DE ARRENDAMENTO MERCANTIL E RESPECTIVAS OPERAÇÕES ECONÔMICAS

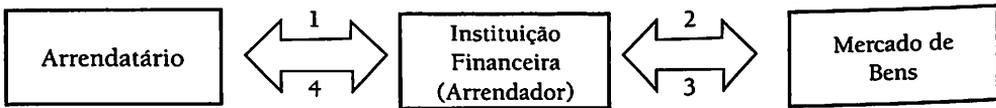
4.1 Arrendamento mercantil financeiro

O arrendamento mercantil financeiro é o tipo mais comum, também denominado *leasing* bancário ou *full payout lease*. De acordo com esse negócio, uma empresa

3. MANCUSO entende ser o contrato típico, não obstante o caráter fiscal da lei e sua pouca abrangência, mas em razão da sedimentação e do regramento constante das resoluções do Conselho Monetário Nacional (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Leasing*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 45). No mesmo sentido, RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1254; e VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 545.

autorizada a atuar como arrendador adquire, de um terceiro, produtor ou importador, um bem no interesse e para uso do arrendatário.

A operação econômica pode ser expressa na figura seguinte:⁴



Em que:

- 1 = Contrato entre arrendador e arrendatário para aquisição de bens.
- 2 = Aquisição dos bens pelo arrendador, em seu próprio nome.
- 3 = Transferência da propriedade do bem para o arrendador.
- 4 = Transferência da posse do bem para o arrendatário.

Portanto, a operação envolve três partes: o arrendatário, que é quem vai utilizar o bem, o arrendador, que deve ser uma pessoa jurídica autorizada a atuar como tal nos termos do parágrafo único do art. 1.º da Lei 6.099/1974, que adquire o bem, e o vendedor do bem, geralmente o seu produtor ou seu importador.

Note-se que o valor é integralmente despendido pelo arrendador, que obterá, até o final do prazo contratado, todo o valor do investimento mais seu lucro. Isso quer dizer que todas as prestações deverão ser pagas, ainda que o arrendatário devolva o bem antes do prazo determinado – em alguns casos, a devolução antecipada não é permitida. Por isso, o nome *full payout lease*. Ademais, deve ser acordado o valor para o exercício de opção de compra pelo arrendatário.

Neste tipo de arrendamento, as despesas com a manutenção do bem são de responsabilidade do arrendatário.

A Res. CMN 2.309/1996 determina as características que devem estar presentes na operação para que ela seja classificada como arrendamento mercantil financeiro: (a) que as contraprestações e demais pagamentos previstos no contrato, devidos pela arrendatária, sejam normalmente suficientes para que a arrendadora recupere o custo do bem arrendado durante o prazo contratual da operação e, adicionalmente, obtenha um retorno sobre os recursos investidos; (b) que as despesas de manutenção, assistência técnica e serviços correlatos à operacionalidade do bem arrendado sejam de responsabilidade da arrendatária; (c) que o preço para o exercício da opção de compra seja livremente pactuado, podendo ser, inclusive, o valor de mercado do bem arrendado.

Para o *leasing* financeiro, há a possibilidade de o arrendador cobrar do arrendatário o valor residual garantido (VRG).

4. Conforme WAISBERG, IVO; GORNATI, Gilberto, op. cit., p. 171.

4.2 Valor residual garantido (VRG)

Na modalidade financeira de arrendamento mercantil, o arrendador adquire o bem, conforme as necessidades e orientações do arrendatário. Ou seja, o arrendador não era o dono do bem e não o produziu, sendo que ele não faz parte da sua atividade empresarial. Assim sendo, o bem, em si mesmo, pouco lhe interessa. Seu interesse é exclusivo na operação de crédito.

Como efetuou o desembolso de uma determina quantia para a aquisição deste bem, é justo que o arrendador seja ressarcido do valor despendido e que ainda receba o proporcional aos custos financeiros que despendeu, além de obter o seu lucro.

No entanto, isso pode não ocorrer se o arrendatário devolver o bem – ou não pagar mais as prestações devidas. O arrendador terá, então, que alienar o bem no mercado e é possível que não obtenha o ressarcimento nem do valor pago, muito menos dos custos financeiros, e que obtenha lucro.

A fim de se reduzirem os prejuízos do arrendador em relação aos custos de aquisição do bem, foi criado o valor residual garantido (VRG), que nada mais é que a garantia de que esse arrendador receberá um valor mínimo com a venda do bem na hipótese de não ser exercida a opção de compra pelo arrendatário ou não ser prorrogado o contrato. Segundo ARNOLDO WALD, “trata-se, portanto, de um instrumento de equilíbrio contratual para manutenção dos benefícios decorrentes do contrato para ambas as partes, sem que nenhuma delas sofra prejuízo”.⁵

Muitas vezes, o VRG é antecipado, cobrado em parcelas, sem que isso ocasione a descaracterização do contrato de *leasing*, como muito já se discutiu. Até 2003, a descaracterização era o entendimento majoritário, tendo ensejado, inclusive, a edição da Súmula STJ 263, que dizia que “[a] cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação”.

No entanto, no julgamento do REsp 443.143/GO, o STJ entendeu que o pagamento antecipado do VRG não implica a descaracterização do contrato de arrendamento mercantil e cancelou a Súmula 263. Pouco tempo depois, editou a Súmula 293, com a seguinte redação: “[a] cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil”.

Importante mencionar que muitas vezes o VRG pago antecipadamente contribui para a redução do valor das parcelas devidas pelo arrendatário e poderá ser abatido do preço de aquisição se o arrendatário quiser exercer essa opção.

5. WALD, Arnaldo. Inexistência de direito líquido e certo à restituição do valor residual garantido no contrato de arrendamento mercantil: princípio da boa-fé objetiva. *RDB* 31/122. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2006.

Ainda há muita discussão a respeito da obrigatoriedade ou não de restituição pelo arrendador dos valores pagos a título de VRG na hipótese de devolução do bem e alienação a terceiro. Sobre a questão, o STJ já decidiu, em recurso repetitivo:

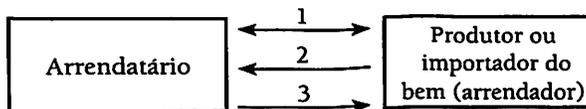
“Nas ações de reintegração de posse motivadas por inadimplemento de arrendamento mercantil financeiro, quando o produto da soma do VRG quitado com o valor da venda do bem for maior que o total pactuado como VRG na contratação, será direito do arrendatário receber a diferença, cabendo, porém, se estipulado no contrato, o prévio desconto de outras despesas ou encargos contratuais”.⁶

Assim, o arrendador ficará obrigado a devolver a quantia excedente se o preço de venda for superior ao do VRG.

4.3 Arrendamento mercantil operacional

Conceitualmente, nesta modalidade de *leasing*, não há intermediário. A relação é direta entre o arrendatário e o fornecedor do bem, que figura como arrendador e, geralmente, também fornece serviços de manutenção. Pode ser chamado de *renting*, que é justamente o arrendamento feito diretamente pelo fabricante do bem, sem intermediários, e com a respectiva assistência técnica e por prazo curto, menor do que a vida econômica do bem.

Sua operação econômica consiste em:



Em que:

1 = Contrato entre arrendador e arrendatário para arrendamento de bens

2 = Transferência da posse do bem para o arrendatário e prestação de serviços de manutenção

3 = Pagamento do valor do arrendamento

Contrariando a doutrina tradicional, a Res. CMN 2.309/1996 diz que essa modalidade é privativa dos bancos múltiplos com carteira de arrendamento mercantil e das sociedades de arrendamento mercantil (art. 6.º), deixando de fora os fornecedores (produtores ou importadores).

Neste caso, sua operação econômica é igual à do *leasing* financeiro.

O que se tem, então, não é a proibição de que o produtor ou importador do bem realize operações de *leasing*, mas apenas que esse tipo de operação não obterá o benefício fiscal previsto na Lei 6.099/1974. A lei fiscal expressamente exclui, no seu

6. STJ, REsp 1.099.212/RJ, j. 27.02.2013, rel. Min. Massami Uyeda.

art. 2.º, as operações de “arrendamento de bens contratado entre pessoas jurídicas direta ou indiretamente coligadas ou interdependentes, assim como o contratado com o próprio fabricante” (*caput*), prevendo, ainda, que somente farão jus ao tratamento ali previsto “as operações realizadas ou por empresas arrendadoras que fizerem dessa operação o objeto principal de sua atividade ou que centralizarem tais operações em um departamento especializado com escrituração própria” (§ 2.º).

Para as operações de arrendamento mercantil operacional, o art. 6.º da Res. CMN 2.309/1996 prevê as seguintes características:

I – as contraprestações a serem pagas pela arrendatária contemplem o custo de arrendamento do bem e os serviços inerentes a sua colocação à disposição da arrendatária, não podendo o valor presente dos pagamentos ultrapassar 90% (noventa por cento) do custo do bem;

II – o prazo contratual seja inferior a 75% (setenta e cinco por cento) do prazo de vida útil econômica do bem;

III – o preço para o exercício da opção de compra seja o valor de mercado do bem arrendado;

IV – não haja previsão de pagamento de valor residual garantido.

§ 1.º As operações de que trata este artigo são privativas dos bancos múltiplos com carteira de arrendamento mercantil e das sociedades de arrendamento mercantil.

§ 2.º No cálculo do valor presente dos pagamentos deverá ser utilizada taxa equivalente aos encargos financeiros constantes do contrato.

§ 3.º A manutenção, a assistência técnica e os serviços correlatos à operacionalidade do bem arrendado podem ser de responsabilidade da arrendadora ou da arrendatária”.

Outra característica dessa espécie de arrendamento mercantil é a possibilidade de rescisão a qualquer tempo, com a devolução do bem sem a previsão de pagamento do VRG, para os casos em que o arrendador se submeter à regulamentação do CMN.

4.4 *Lease-back* ou *leasing* de retorno ou, ainda, *sale and lease back*

O proprietário vende ou dá em pagamento determinado bem a uma instituição que realiza operações de *leasing*, imediatamente, o arrenda, passando de proprietário a arrendatário, com a opção de compra desse mesmo bem no futuro. O objetivo é desmobilizar os recursos da empresa, sendo deveras eficiente para tanto.

A Res. CMN 2.309/1996 prevê essa configuração (art. 13), ressaltando, no entanto, que deverá ser realizada por meio de arrendamento mercantil financeiro.

É possível contratar o *lease-back* com entidades domiciliadas no exterior, o que se caracteriza como captação de recursos no exterior, podendo ser vantajoso para o

arrendatário, que poderá se beneficiar de incentivos fiscais. Neste caso, haveria uma exportação apenas escritural.

4.5 *Self leasing*

Operação consigo mesmo ou entre empresas integrantes do mesmo grupo, sendo que a definição de coligada ou interdependente para fins da Lei 6.099/1974 foi dada pelo art. 27 da Res. CMN 2.309/1996. Tal operação é vedada às entidades autorizadas a praticar operações de arrendamento mercantil, conforme dispõe o art. 28 da referida Resolução. Mas outras entidades poderão contratá-lo, sem benefício fiscal, por vedação do art. 2.º da Lei 6.099/1974.

Pode dar-se por duas formas distintas: ou o próprio fabricante arrenda o bem, ou várias empresas do mesmo grupo figuram como arrendador, arrendatário e vendedor.

4.6 *Dummy corporation*

Sociedade entre investidores e arrendatários que, com os valores arrecadados por meio de emissão de debêntures, adquire os bens e os arrenda aos arrendatários. É chamada de *dummy corporation* ou de *société de paille* (sociedade de palha) porque, na verdade, os investidores são representados por um *trustee*, que recebe os aluguéis e os repassa aos investidores.

5. PARTES

5.1 Como arrendadores

A Res CMN 2.309/1996 (art. 1.º) prevê que somente as pessoas jurídicas que tenham como objeto principal de sua atividade a prática de operações de arrendamento mercantil, os bancos múltiplos com carteira de arrendamento mercantil e as instituições financeiras que estejam autorizadas a contratar operações de arrendamento com o próprio vendedor do bem ou com pessoas jurídicas a ele coligadas ou interdependentes poderão realizar operações de arrendamento mercantil com o tratamento tributário previsto na Lei 6.099/1974.

Como não há regulamentação específica do contrato de arrendamento mercantil – apenas no âmbito tributário – nem vedação, isso significa que qualquer pessoa, física ou jurídica, pode realizar operações de arrendamento mercantil, mas nem todas serão beneficiadas pelas disposições da Lei 6.099/1974.

As instituições previstas no art. 1.º da Res. CMN 2.309/1996 devem seguir as regras do CMN e do Banco Central para as operações de *leasing*, enquanto as outras pessoas não.

Assim, os produtores, fornecedores e importadores de bens poderão realizar a operação, embora não com tratamento benéfico em termos tributários. O mesmo em relação a pessoas coligadas ou interdependentes que contratam entre si e àqueles que contratam o *self leasing*.

Uma vedação do CMN que se deve atentar é a prevista no art. 29, segundo a qual as sociedades de arrendamento mercantil não podem celebrar contratos de mútuo com pessoas físicas e jurídicas não financeiras. Ou seja, a captação de recursos pelas sociedades de arrendamento mercantil não pode se dar junto a pessoas físicas ou jurídicas não financeiras.

5.2 Como arrendatários

Qualquer pessoa capaz de contratar pode ser parte de um contrato de arrendamento mercantil, mas, dependendo de quem é pessoa, as normas que incidirão sobre o contrato serão distintas.

A Lei 6.099/1974 trata das situações que não estão sujeitas ao tratamento tributário em razão das pessoas contratantes. Isso ocorre quando a operação é feita entre coligadas ou pessoas com relação de interdependência, bem como os administradores da própria sociedade de arrendamento, seus cônjuges e parentes até o segundo grau, e o próprio fabricante do bem arrendado (art. 28 da Res. CMN 2.309/1996).

6. OBRIGAÇÕES DOS CONTRATANTES

Além de pagar as prestações devidas pelo uso do bem, o arrendatário é responsável por sua conservação, o que inclui o pagamento dos encargos decorrentes do uso (como, por exemplo, pelos impostos que incidirem sobre o bem) e a indenização ao arrendador pelo perecimento do bem.

Ao final do prazo estipulado, ele deverá devolver o bem, adquiri-lo pelo valor residual ou prorrogar o contrato. No caso de aquisição, deverá pagar o valor residual (diferente do valor residual garantido, conforme explicado abaixo).

O arrendatário ainda deverá pagar o valor residual garantido no caso de devolução antecipada do bem se o arrendamento for feito na modalidade financeira.

Já o arrendador tem o dever de adquirir o bem, no caso de arrendamento financeiro ou operacional realizado por entidades autorizadas pela Res. CMN 2.309/1996, e de permitir que seja utilizado pelo arrendatário até o momento da opção, em que deverá aceitar e cumprir a escolha feita por este último.

7. DISPOSIÇÕES ESSENCIAIS DO CONTRATO

A primeira disposição que deve conter o contrato de arrendamento mercantil é a aquisição do bem pelo arrendador, se for o caso (arrendamento financeiro), seguida

da previsão de sua utilização pelo arrendatário (para qualquer modalidade de arrendamento mercantil) mediante o pagamento periódico de uma quantia determinada.

Deve haver a obrigação de o arrendatário conservar o bem arrendado e, dependendo da modalidade de arrendamento, dispõe-se a respeito dos serviços de assistência técnica ou manutenção.

Também devem constar do instrumento contratual as opções à disposição do arrendatário ao final do período contratado: a prorrogação do contrato de arrendamento, a devolução do bem ou a sua aquisição mediante o pagamento de um valor pré-estipulado.

O contrato deverá prever o valor pelo qual será exercida a opção de compra do bem pelo arrendatário, o chamado *valor residual*.

A possibilidade de devolução antecipada do bem também é uma questão que deve ser inserida no contrato de arrendamento mercantil financeiro. Neste caso, haverá, também a previsão de pagamento do VRG, embora ele não possa ser considerado elemento essencial.

Vale destacar que o valor residual e o VRG não se confundem. O primeiro é o valor combinado para o exercício da opção de compra, enquanto o segundo é um elemento do equilíbrio contratual. O pagamento do valor residual é um direito do arrendatário, enquanto o pagamento do VRG é um dever. O STJ tratou da diferenciação dos dois institutos no REsp 249.340:

“I—No contrato de *leasing*, o ‘valor residual’ é o preço contratual estipulado para o exercício da opção de compra, enquanto o ‘valor residual garantido’ é 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.

II—As parcelas do ‘valor residual’ adiantadas pela arrendatária durante a execução do contrato não podem ser retidas pela arrendante em caso de resolução com base em inadimplemento, com a reintegração do arrendante na posse do bem, somente sendo devida essa verba quando o arrendatário decide adquirir a coisa, exercendo a opção de compra. (...)”.⁷

Por terem natureza distinta, o valor residual e o VRG podem ser cobrados simultaneamente, inclusive antecipadamente, sem que haja confusão entre eles e sem que se caracterize cobrança em duplicidade.

8. INADIMPLEMENTO

O contrato de arrendamento mercantil constitui título executivo extrajudicial, se preenchidos os requisitos do art. 784 do CPC.

7. STJ, REsp 249340-SP, j. 18.05.2000, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

No caso de inadimplemento do arrendatário, o arrendador estará legitimado a pleitear a rescisão contratual cumulada com sua reintegração na posse do bem. Isso porque, como a propriedade pertence ao arrendador, o inadimplemento caracteriza um esbulho; ou seja, o arrendatário deixa de exercer a posse mansa e pacífica do bem, perdendo o direito de exercê-la.

Além disso, poderá pleitear o pagamento das prestações não pagas, multa, correção monetária, juros e, ainda, perdas e danos, se for o caso.

9. TRATAMENTO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, EXTRAJUDICIAL E FALÊNCIA

O arrendador não se submete aos efeitos da recuperação judicial, tendo em vista que ele é o proprietário do bem e em razão do previsto no § 3.º do art. 49 da Lei 11.101/2005, prevalecendo os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais. Com isso, o arrendador não habilita seu crédito nem tem direito de voto na assembleia de credores, não podendo exercer qualquer atitude em relação ao plano de recuperação judicial. Por outro lado, se houver o inadimplemento das prestações a ele devidas, poderá, de imediato, executá-las e requerer sua reintegração na posse do bem. O mesmo para o caso de recuperação extrajudicial do arrendatário (art. 161, § 1.º).

No entanto, muitos desses bens são essenciais ao funcionamento da empresa e, por essa razão, nos termos da parte final do § 3.º do art. 49, os tribunais têm decidido, com razão, no sentido de que não podem ser retirados da posse da empresa e devolvidos ao arrendador durante o chamado *stay period* e enquanto forem essenciais ao cumprimento do eventual plano de recuperação judicial,⁸ sem prejuízo da eventual modulação deste óbice ao exercício do eventual direito do credor bem como do pagamento pelo uso do bem pela recuperanda.

A competência para a decisão final sobre a essencialidade do bem⁹ e o momento e as condições da sua retirada – note-se que muitas empresas utilizam maquinário quase todo arrendado ou alienado fiduciariamente, sendo que sua retirada precoce pode inviabilizar a continuidade de suas atividades essenciais¹⁰ – pertencerá sempre

-
8. Sobre o assunto, ver nosso trabalho sobre a proteção aos ativos essenciais na recuperação judicial: WAISBERG, Ivo. Proteção dos ativos essenciais da recuperanda. In: MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga (org.). *Aspectos polêmicos e atuais da Lei de Recuperação de Empresas*. Belo Horizonte: D'Plácido Ed., 2016.
 9. STJ, REsp 1.263.500/ES (2011/0151185-8), j. 05.02.2013, rel. Min. Maria Isabel Gallotti; STJ, EDcl nos EDcl no CComp 128.618/MT (2013/0192734-0), j. 11.03.2015, rel. Min. Luis Felipe Salomão.
 10. STJ, AgRg no CComp 115.998/SP (2011/0036142-7), j. 13.08.2014, rel. Min. Maria Isabel Gallotti.

ao juízo da recuperação judicial, enquanto existir, cabendo aos demais juízos, após o encerramento da recuperação judicial, dar também cumprimento ao princípio da preservação da empresa na modulação de suas decisões.

Com o expresse intuito da lei, de recuperar a empresa e manter sua atividade e os empregos que gera, tem-se entendido que retirar um bem essencial necessário ao cumprimento do plano e, conseqüentemente, à recuperação da empresa, seria esvaziar o instituto e permitir que o direito de um único credor sobressaísse aos interesses econômicos e sociais envolvidos.

Já decidiu o STJ que

“com a recuperação judicial, todos os credores direta ou indiretamente são, de alguma forma, atingidos, mesmo aqueles que pela Lei não se sujeitam aos efeitos da medida, de modo que nenhum está totalmente livre para satisfazer seu crédito contra uma empresa em recuperação como melhor lhe convier”.¹¹

Na falência, a lei determina a restituição do bem que se encontre em poder do devedor na data da decretação ao seu proprietário (art. 85 da Lei 11.101/2005). Nesse caso, não haverá discussão acerca da essencialidade do bem, dado que não há continuação das atividades da empresa. O único problema seria o pagamento em dinheiro no caso de deterioração do bem: a restituição só poderia ser realizada após o pagamento dos créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos três meses anteriores à decretação da falência, até o limite de cinco salários mínimos por trabalhador, sendo pagos tão logo haja disponibilidade em caixa (arts. 86, parágrafo único, e 151).

No caso de sociedades que tenham por objeto a exploração de serviços aéreos de qualquer natureza ou de infraestrutura aeronáutica, os contratos de arrendamento mercantil, além de não se submeterem aos efeitos da recuperação judicial ou extrajudicial, não serão suspensos respeitadas as questões relacionadas à essencialidade dos bens. No caso de falência, prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa (art. 199, § 3.º).

10. DISCUSSÃO TRIBUTÁRIA

Muita discussão já houve a respeito de qual imposto deveria incidir sobre a operação de arrendamento mercantil, em especial, o arrendamento mercantil financeiro, se o Imposto sobre Serviços (ISS) ou o Imposto sobre Operações Financeiras (IOF).

A discussão chegou ao STF, que decidiu no sentido de que “no *leasing* financeiro prepondera o caráter de financiamento e nele a arrendadora, que desempenha a função de locadora, surge como intermediária entre o fornecedor e o arrendatário”

11. STJ, REsp 1.263.500/ES (2011/0151185-8), j. 05.02.2013, rel. Min. Maria Isabel Gallotti.

e que “financiamento é serviço, sobre o qual o ISS pode incidir”, sendo “irrelevante, nas duas últimas hipóteses – *leasing financeiro* e *lease-back* – existir uma compra”.¹²

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARNEIRO, Athos Gusmão. O contrato de *leasing financeiro* e as ações revisionais. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. ano 1. vol. 2. São Paulo: Ed. RT, maio-ago. 1998.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Leasing*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- WAISBERG, Ivo. Proteção dos ativos essenciais da recuperanda. In: MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga (org.). *Aspectos polêmicos e atuais da Lei de Recuperação de Empresas*. Belo Horizonte: D'Plácido Ed., 2016.
- _____; GORNATI, Gilberto. *Direito bancário: contratos e operações bancárias*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- WALD, Arnaldo. Inexistência de direito líquido e certo à restituição do valor residual garantido no contrato de arrendamento mercantil: princípio da boa-fé objetiva. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. ano 9. vol. 31. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2006.

12. “Recurso extraordinário. Direito tributário. ISS. Arrendamento mercantil. Operação de *leasing financeiro*. Art. 156, III, da Constituição do Brasil. O arrendamento mercantil compreende três modalidades, (i) o *leasing operacional*; (ii) o *leasing financeiro* e (iii) o chamado *lease-back*. No primeiro caso há locação, nos outros dois, serviço. A lei complementar não define o que é serviço, apenas o declara, para os fins do inc.º III do art. 156 da CF. Não o inventa, simplesmente descobre o que é serviço para os efeitos do inc. III do art. 156 da CF. No arrendamento mercantil (*leasing financeiro*), contrato autônomo que não é misto, o núcleo é o financiamento, não uma prestação de dar. E financiamento é serviço, sobre o qual o ISS pode incidir, resultando irrelevante a existência de uma compra nas hipóteses do *leasing financeiro* e do *lease-back*. Recurso extraordinário a que se dá provimento” (STF, RE 547245/SC, Tribunal Pleno, j. 02.12.2009, rel. Min. Eros Grau).