V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

VALMIR CÉSAR POZZETTI

JOANA STELZER

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM / Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Everton Das Neves Gonçalves, Joana Stelzer, Valmir César Pozzetti – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-228-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito civil contemporâneo. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

Apresentação

Já, em sua quinta edição internacional, o Encontro do CONPEDI vem brindar, neste ano de 2016, a Latino-América, especialmente, pela feliz decisão de realizar o primeiro Encontro em solo Sul-Americano, em terras Uruguaias. Mostrou-se acertada a escolha da Universidade da República Uruguaia para sede do V Encontro Internacional do CONPEDI seja pela camaradagem e hospitalidade da recepção dos hermanos uruguayos, seja pela beleza de Montevideo, uma Capital promissora e aconchegante. Indizível a beleza do Palácio Legislativo em que ocorreu a abertura dos trabalhos com a presença das autoridades Uruguaias que tão entusiasticamente receberam a tantos brasileiros que migraram para aquelas paragens em busca da consolidação de seus estudos de pós-graduação. É uma inquestionável verdade, a de que o CONPEDI, nestes anos todos, vem arrastando e fazendo migrar, por assim dizer, quantidade considerável de entusiastas pesquisadores do Direito, seja no Brasil como, agora, se vê, no exterior em busca do desenvolvimento e consolidação das pesquisas jurídico-doutrinárias.

Coube-nos, então, participar do CONPEDI, para além da própria apresentação de artigos científicos, avaliando e acompanhando os esforços de brasileiros e uruguaios na área do Direito Civil Contemporâneo (GT II). As apresentações dos trabalhos dos dois autores uruguaios: Andrés Mendive Dubourdieu e Virginia Yellinek Devitta e dos onze artigos brasileiros transcorreram em ambiente acadêmico propício à salutar e necessária troca de percepções e experiências jurídico-doutrinárias em busca da consolidação de uma identidade científica para o Direito Sul-Americano, mormente, na área cível. Destarte, foram passíveis de apreciação, pela assistência presente, os trabalhos disponibilizados para leitura, que brindaram o encontro dos dedicados pesquisadores do GT Direito Civil Contemporâneo II, conforme segue:

Iara Pereira Ribeiro apresentou o trabalho intitulado 'a validade do ato jurídico praticado pela criança e o adolescente menor de dezesseis anos', questionando a capacidade civil em seu duplo aspecto, a saber: de direito e de exercício; destacando que crianças e adolescentes menores de dezesseis anos praticam inúmeros atos jurídicos que são considerados válidos e eficazes tanto pela lei, quanto pela sociedade pugnando pela mudança legislativa.

Karina Pinheiro de Castro, por sua vez, discorreu sobre 'as alterações da incapacidade civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) e seus impactos na prescrição e no sistema jurídico das nulidades'; destacando as alterações do regime jurídico da incapacidade civil das pessoas acometidas por qualquer tipo de deficiência, seja ela física, mental ou sensorial e as respectivas consequências jurídicas que poderão ser acarretadas na prescrição e no regime legal das nulidades dos negócios jurídicos.

Daniel Navarro Puerari e Rossana Marina De Seta Fisciletti destacaram o 'princípio (ou regra) da proporcionalidade e da razoabilidade: considerações acerca da aplicabilidade destes postulados nas ações indenizatórias por danos morais'; mormente no que se refere ao estabelecimento do quantum indenizatório nas ações de reparação civil com fins à condenação em dano moral, destacando que os Tribunais de Justiça brasileiros vêm se apropriando dos referidos institutos ora para majorar, ora para reduzir o valor atribuído aos danos morais em razão de violação aos direitos da personalidade.

Luciano Monti Favaro desenvolveu o trabalho denominado 'reconhecimento de capacidade civil plena às pessoas com deficiência', enfatizando que o Estatuto da pessoa com deficiência em consonância com a Convenção Internacional sobre os direitos dessas pessoas alterou dispositivos do Código Civil brasileiro de forma a ser reconhecida a capacidade civil plena desses sujeitos em consonância com os ditames constitucionais e internacionais, uma vez que as protegerão em virtude do que elas são e não do que elas possuem.

Flaviana Rampazzo Soares trouxe a lume a 'Common Law revisitando o tema punitive damages, o ideal indenizatório e a função punitiva no direito de danos contemporâneo'. A autora analisou as funções da responsabilidade civil contemporânea, o papel da culpa e do risco na atribuição de responsabilidade, detalhando a visão doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema, abordando o tratamento da função punitiva e da chamada "indenização com finalidade punitiva". A autora fez perceber que indenizações insignificantes para determinados agentes econômicos sujeitos de direito não persuadem a uma ação correta e socialmente aceita e, pelo contrário, podem levar à impunidade. Através da análise de acórdãos, verificou os aspectos práticos da admissão de possível função punitiva e sua repercussão na fixação da indenização, sobretudo, na compensação por danos extrapatrimoniais.

Jamile Coelho Moreno e Jaime Leandro Bulos abordaram a questão do 'dano moral coletivo e sua efetividade no Ordenamento Jurídico brasileiro', especialmente por intermédio da legislação consumerista de 1990, determinando os legitimados para propor ações coletivas em defesa dos direitos concernentes aos consumidores; bem como, as vítimas de danos

advindos de evento, direta ou indiretamente ligado à relação de consumo e sustentando que a condenação judicial por dano moral coletivo (dano extrapatrimonial) é sanção pecuniária, com caráter eminentemente punitivo, em face de ofensa a direitos coletivos ou difusos nas mais diversas áreas.

Vitor de Medeiros Marçal e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral trataram das 'intimidações sistemáticas no ambiente escolar e pluriofensividade: um estudo das consequências jurídicas extrapatrimoniais da conduta bullying'. Para os autores, restam consequências jurídicas extrapatrimoniais decorrentes do bullying escolar, como fenômeno lesivo e de múltiplas repercussões no âmbito da responsabilidade civil. Assim, destacaram o correto sentido a ser atribuído aos danos extrapatrimoniais, equivocadamente confundidos com o dano moral; bem como, as principais espécies de danos extrapatrimoniais derivados das intimidações sistemáticas, quais sejam, dano moral, dano à saúde e dano existencial.

Fabianne Manhães Maciel e Carla Fernandes de Oliveira apresentaram trabalho a respeito da 'Teoria do abuso de direito: uma releitura necessária'. Em especial, as pesquisadoras destacaram que a visão civil constitucional do Direito Privado deve ultrapassar a dicotomia entre o público e o privado, impondo-se que as relações negociais, os atos jurídicos e o exercício do direito pelo seu titular sejam limitados por searas principiológicas. Entendendo que princípio enquanto norma de otimização, deve alcançar a melhor aplicabilidade da solução jurídica ao caso concreto, sugerem a necessidade de analisar a possível relativização dos direitos e prerrogativas de direito individuais subjetivos, buscando maior efetividade dos interesses difusos e do bem estar social.

Joana de Souza Sierra e Mark Pickersgill Walker pesquisaram sobre 'a possibilidade de responsabilização dos provedores de aplicações de internet pelos conteúdos gerados por terceiros: crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e ao marco civil da internet'. Intentaram, assim, crítica à metodologia de responsabilização subjetiva dos provedores de aplicações de internet por conteúdos gerados por terceiro, em sua situação pretérita (na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça) e presente (no Marco Civil da Internet). Demonstraram, pois, que as metodologias adotadas pela jurisprudência e pelo legislador não são compatíveis com tais institutos, que imporiam, nesses casos, a responsabilização objetiva dos provedores de aplicações.

Fabio Queiroz Pereira e Mariana Alves Lara discutiram sobre o tema 'Lease-back e a proibição dos pactos comissórios'. Explicando que o lease-back é modalidade de arrendamento mercantil, em que o bem envolvido na operação já pertence ao arrendatário, os autores concluíram que o instituto não consubstancia, em um primeiro momento, pacto

comissório no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Porém, destacaram que se inquirindo as circunstâncias de contratação pode-se chegar à conclusão contrária, de modo que, para evitar futura declaração de nulidade contratual, é adequado pactuar-se, em anexo ao lease-back, um pacto marciano.

Ana Elisa Pretto Pereira Giovanini e Ana Lucia Pretto Pereira, por sua vez, trabalharam a questão da 'responsabilidade civil nas hipóteses de iatrogenia e erro médico'. As autoras chamaram a atenção para o fato de que existem situações nas quais, eventual lesão causada ao paciente não resultará de um agir culposo do profissional na arte médica. A iatrogenia se configura quando, mesmo tendo sido o profissional da saúde altamente diligente, seu paciente sofre alguma alteração de cunho patológico e, consequentemente, um resultado negativo em seu tratamento. Circunstâncias como essas são classificadas como excludentes de culpabilidade, dentre as quais está inserida a iatrogenia que, uma vez configurada, afasta eventual responsabilização.

Nuestros hermanos uruguayos presentaran, por su vez, importantes contribuciones académicas que se deben destacar. Así, en atención a ellos, se comenta los artículos presentados en su lengua. Andrés Mendive Dubourdieu presentó el tema 'Negocios jurídicos y daños en los mundos virtuales y videojuegos', destacando la magnitud económica del sector. El autor presentó números impresionantes a respecto del sector concentrando su pesquisa en la perspectiva del Derecho Civil para comprender los daños y negocios jurídicos que se presentan entre los participantes de estos mundos virtuales y la necesidad de un derecho específico actual e dinámico para acompañar el mundo real de los negocios ligados al sector de los videojuegos que se han transformado en la mayor industria cultural de la actualidad.

Virginia Yellinek Devitta contribuyo sobremanera con su trabajo intitulado 'desvío productivo como daño indemnizable'. La autora presenta importante trabajo destacando que el tiempo es precioso y que los consumidores no pueden ser privados de ello por empresas que les llaman diariamente ofreciendo servicios o que tienen prácticas que desperdicien el tiempo del consumidor que, a su vez, ya tienen prerrogativas jurídicas para su defensa en Brasil y Argentina. Pugna, entonces, por la condena al proveedor por desvío productivo del consumidor pretendiendo la indemnización por “desvío improductivo”. Llega a la conclusión de que el “desvío improductivo” es un daño indemnizable en el sistema de responsabilidad civil uruguayo, no limitándose tal carácter de resarcible al área del derecho del consumidor. Alega que no existen diferencias relevantes en la normativa que sirve de fundamento a la

indemnización de este daño en Brasil y Argentina y la normativa uruguaya. Por lo tanto, resultan aplicables la mayor parte de las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales realizadas en estos países vecinos.

Ao que se vê, a variedade dos assuntos e a preocupação dos pesquisadores com as inovações normativas traz a lume importantes reflexões sobre o Direito Civil contemporâneo. Temas como capacidade civil, indenização por danos morais, abuso de direito na esfera cível, lease-back e responsabilidade civil nas hipóteses de iatrogenia são exemplos marcantes de circunstâncias e institutos de Direito Civil a desafiarem o mundo acadêmico em busca de aproximação de legislações na Sul-América e, em especial, entre Uruguai e Brasil. Convidamos, assim, a todos, para a leitura de tão significativos artigos que, certamente, estão a inovar e sugerir novas formas de pensar acadêmico-científico para os civilistas, em especial, de Uruguai e Brasil.

Prof. Dr. Everton Das Neves Gonçalves - UFSC

Prof. Dr. Valmir César Pozzetti - UEA

Profa. Dra. Joana Stelzer - UFSC

LEASE-BACK E A PROIBIÇÃO DOS PACTOS COMISSÓRIOS

LEASE-BACK AND THE PROHIBITION OF COMISSORY PACT

Fabio Queiroz Pereira [1]
Mariana Alves Lara [2]

Resumo

O lease-back é uma modalidade de arrendamento mercantil, caracterizada pelo fato de o bem envolvido na operação já pertencer ao arrendatário. O estudo verifica as nuances que marcam a contratação do lease-back, investigando a existência ou não de um pacto comissório, vedado no ordenamento jurídico brasileiro. Ao final, conclui-se que o lease-back não consubstancia, em um primeiro momento, pacto comissório. Contudo, inquirindo-se as circunstâncias de contratação poder-se-á chegar à conclusão contrária, de modo que, para evitar futura declaração de nulidade contratual, é adequado pactuar-se, em anexo ao lease-back, um pacto marciano, afastando qualquer álea com relação a esse instrumento.

Palavras-chave: Arrendamento mercantil, Lease-back, Pacto comissório

Abstract/Resumen/Résumé

The lease-back is a form of leasing, characterized by the fact that the thing involved in the operation already belong to the tenant. The study analyses the lease-back operation, investigating the existence or not of a comissory pact, prohibited in Brazilian legal system. Finally, it is concluded that the lease-back doesn't constitute a comissory pact. However, analyzing the conditions of the operation, it's possible to reach the opposite conclusion, in this way, to avoid a future declaration of contractual nullity, it is appropriate to hire, in attachment to the lease-back, a martian pact, ruling out any risk to this instrument.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Leasing, Lease-back, Comissory pact

[1] Professor adjunto de Direito Civil da UFMG; doutor em Direito pela UFMG e mestre em Direito Civil pela Universidade de Coimbra.

[2] Professora de Direito Civil na FDMC; doutoranda em Direito Civil na USP; mestre em Direito pela UFMG.

1. INTRODUÇÃO

A mercancia, em seu caráter evolutivo, está sempre buscando instrumentos hábeis a proverem suas necessidades. No campo das garantias contratuais, tal desenvolvimento não se demonstra de forma diferente. As lacunas existentes no âmbito da salvaguarda dos credores foram, aos poucos, sendo supridas pela utilização de novas figuras jurídicas.

Luís Manuel Telles de Menezes Leitão assevera que a segunda metade do século XX representou uma nova ruptura no âmbito do Direito das Garantias. A abertura das economias e a cada vez maior circulação da riqueza levou a que os bens se apresentassem como insuficientes para a tutela dos créditos concedidos nas múltiplas operações de financiamento, o que levou ao desenvolvimento de novas formas de garantia, essencialmente criadas no âmbito das garantias pessoais. Mas mesmo as garantias incidentes sobre os bens vieram a extravasar do seu modelo tradicional, surgindo cada vez mais garantias atípicas (LEITÃO, 2006, p. 43).

Assim, a modernidade trouxe consigo uma série de novas figuras contratuais objetivando preencher espaços existentes[1]. Dentro desse contexto, insere-se a figura jurídica do *leasing*, que, em sua forma clássica, no Brasil, é denominado pela expressão arrendamento mercantil. A referida modalidade contratual, antes restrita à empresarialidade, expandiu-se para domínios de tradicional índole civil (SANTOS, 2007, p. 385). Tal ocorrência alargou, por conseguinte, o campo dos objetos da contratação do *leasing*, passando a se observar, até mesmo, bens de consumo como espécies jurídicas suscetíveis de serem objetos do arrendamento mercantil.

Dentre as modalidades de pactuação de tal figura contratual, destaca-se o *lease-back*. Tal desenho jurídico distingue-se do arrendamento mercantil tradicional, essencialmente, pelo fato de o bem envolvido na operação já pertencer ao arrendatário. Esse elemento leva a uma importante constatação que se materializa no fato de o *lease-back* revelar-se, em verdade, como uma forma de injeção de capital não vinculado em uma empresa.

[1] Nesse sentido: "Nell'arco degli ultimi cinquanta anni la rapida evoluzione della realtà extragiuridica ha progressivamente messo a dura prova la tenuta dei tradizionali istituti codicistici di sicurezza del credito, i quali, modellati sulle esigenze di un'esperienza socio-economica ben più arretrata rispetto a quella odierna, hanno inevitabilmente subito molteplici sollecitazioni ad opera della prassi. Si è trattato di sollecitazioni volte alla ricerca di tecniche sempre più agili di tutela dei finanziamenti e spinte dalla progressiva accelerazione della velocità di circolazione della ricchezza mobiliare, il cui peso specifico nella composizione (e valutazione) dei patrimoni è così finito per aumentare grandemente. (...) Il sistema delle garanzie reali tipiche ha pesantemente subito la rigidità che connota la disciplina codicistica della responsabilità patrimoniale e si è rivelato incapace di seguire el passo del mutamento dei tempi". (FIORENTINI, 2000, p. 253)

Como todo novo desenho legal, essa modalidade de contratação levou ao surgimento de divergências na seara doutrinária e no campo jurisprudencial. Um dos principais questionamentos que envolvem a matéria cinge-se a uma possível decretação de nulidade, em razão da materialização de um pacto comissório.

Desse modo, o presente estudo objetiva verificar as nuances que marcam a contratação do *lease-back*, procurando, posteriormente, contrastar tais elementos com as necessárias peculiaridades que demarcam a avença de um pacto comissório. Tal investigação demonstra acentuada importância prática, principalmente, em razão da crescente utilização desse instrumento. Como se está diante de uma situação que pode levar a nulidade de um contrato é imperioso que se busquem supedâneos para a sua aplicação ou sua extirpação do ordenamento jurídico. É o que se passa a fazer.

2. ARRENDAMENTO MERCANTIL (*LEASING*)

Precipuamente, demonstra grande relevância a abordagem do conteúdo etimológico do contrato de arrendamento mercantil. Desta feita, importa destacar que o vocábulo *leasing* é, notadamente, de origem inglesa. Trata-se de uma derivação do verbo *lease* que, por sua vez, equivale em língua portuguesa aos verbos "arrendar" ou "alugar".[2] Contudo, ressalta-se, desde já, que a modalidade contratual, em apreço, afasta-se da locação convencional, em razão de alguns elementos específicos que compõem sua estrutura[3].

Do ponto de vista histórico, o contrato de *leasing* é, em verdade, produto da contemporaneidade[4]. Nasce nos sistemas de *Commom Law* para suprir as necessidades empresariais das grandes corporações. A imperiosa aquisição de novos equipamentos e maquinários, somada à ausência de numerário suficiente em caixa, perfez o quadro ideal para o surgimento de tal instituto. As metas de ampliação de mercados revelaram aspecto decisivo para a consolidação do *leasing*. Já pela perspectiva da concessão do crédito, por meio de tal

[2] No direito português o *leasing* é chamado de "locação financeira". Contudo, Rui Pinto Duarte esclarece que, "embora a palavra *leasing* seja inglesa, o que os ingleses chamam de *leasing* não corresponde à nossa locação financeira. É que em Inglaterra, para que se possa falar em *leasing*, é essencial que o locatário não tenha direito a comprar a coisa locada". (DUARTE, 1992, p. 59).

[3] O arrendamento mercantil ou locação financeira revela-se como um tipo autônomo, e não como uma subespécie, da locação civil. Alguns elementos diferenciadores podem ser identificados na opção de compra ao final do contrato; no fato dos riscos correrem por conta do arrendatário; e, em razão das rendas não serem contrapartida do gozo do bem, mas sim correspondência a um investimento.

[4] Alguns autores identificam elementos do contrato de *leasing* já em períodos bem mais remotos, como na Grécia Antiga, ou mesmo em disposições normativas do Código de Hamurabi. Vide (PIZARRO, 2004, p. 9-12).

forma de pactuação, as instituições financeiras viam-se garantidas contra eventual situação de inadimplência de seus devedores.

De maneira mais específica, a origem das primeiras formas de contratação do *leasing* remete-se aos Estados Unidos da América. As figuras contratuais típicas não conseguiram suprir as necessidades empresariais, levando a configuração de novos modelos de pactuação. Nesse contexto, Diogo Paredes Leite de Campos aponta como primeira aplicação característica do *leasing* um contrato celebrado em 1936 (CAMPOS, 1982, p. 776). Por este instrumento, uma cadeia de supermercados californianos, denominada *Safeway Stores Inc*., vendeu um supermercado a um grupo de investidores privados que o cederam, imediatamente, em *lease* a longo prazo. Ver-se-á, à frente, que se está diante de verdadeiro *lease-back*, uma das modalidades do *leasing* compreendido em sua forma ampla.

Interessante observar que Caio Mário da Silva Pereira aponta como primeira contratação do *leasing* outra situação histórica. Segundo o doutrinador:

> Narram-se que um certo Senhor Boothe celebrou, após o término da II Guerra Mundial, um contrato para fornecimento de gêneros alimentícios com o exército americano. Após a assinatura, verificou que o volume excedia a sua capacidade operacional. Como solução, firmou com um banco outro contrato para que este comprasse os equipamentos de que necessitava. A operação teve tanto êxito que ele desistiu de ser fornecedor de gêneros alimentícios, dedicando-se à nova atividade (PEREIRA, 2005, p. 581).

De uma maneira geral, pode-se compreender o contrato de *leasing* como uma operação em que um sujeito de direito, necessitando adquirir um determinado bem, recorre a uma instituição financeira para que esta o compre e o alugue para si, logo em seguida. Importante ressaltar que, ao final do termo contratual, surge a possibilidade de compra da coisa por parte do arrendatário, mediante pagamento de um valor residual. Esse é um dos principais traços a diferenciar tal modalidade de pacto de uma simples locação civil de coisa.

No Brasil, o *leasing* foi transposto para o ordenamento jurídico positivado por meio da Lei n. 6.099, de 1974, que estabelece em seu art. 1º:

> Art. 1º O tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil reger-se-á pelas disposições desta Lei.
> 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.

Ao serem analisadas as características essenciais que compõem a qualificação jurídica de tal modalidade contratual, tem-se que o arrendamento mercantil é um contrato típico, consagrado pelo diploma legal supracitado. Acrescenta-se que se está diante de contrato misto, uma vez que nele se fundem elementos de dois outros contratos, quais sejam a locação e a compra e venda[5]. E, ainda, destacam-se o caráter sinalagmático e o elemento oneroso constitutivos da contratação do *leasing*. O sinalagma revela-se consubstanciado no nascimento de obrigações para ambas as partes, existindo um necessário vínculo de reciprocidade. Já a onerosidade manifesta-se nas vantagens geradas para ambas as partes contratantes.

Importante asseverar que, em suas nuances habituais, o *leasing* é dotado de uma estrutura que envolve três vértices. Em um primeiro ponto, encontra-se o arrendatário que deseja usufruir e gozar do bem. Em uma segunda parte, localiza-se a figura jurídica do arrendador que coloca o bem à disposição, mediante a percepção de rendas. Por último, tem-se o necessário fornecedor do bem, responsável, muitas vezes, pela produção e circulação da coisa a ser adquirida.

O contrato de arrendamento mercantil é, ainda, caracterizado por uma gama de opções que se coloca para o arrendatário ao término do período pactuado. De maneira geral, restam três alternativas a serem escolhidas ao seu alvedrio. A primeira opção seria restituir a coisa ao arrendador, respondendo pelos danos que a mesma tiver sofrido. Uma segunda hipótese cinge-se à opção de compra do bem, mediante o pagamento de montante determinado (ou determinável), também chamado valor residual. E a terceira e última alternativa coloca-se na possibilidade de renovação do contrato, com o mesmo objeto ou outro com características similares.

Dentre esta série de conjecturas, destaca-se, no ordenamento brasileiro, a possibilidade de compra do bem. Observando-se as disposições legais que regem a matéria, é possível verificar que a opção de compra é elemento crucial e inafastável para que se esteja diante de um contrato de arrendamento mercantil. Trata-se, portanto, de direito potestativo do arrendatário, não podendo ser afastado por convenção das partes, conforme art. 5º, alínea "c", da Lei n. 6.099/1974[6]. Ao final do termo avençado, cabe ao arrendatário exercer sua

[5] No presente estudo, não se aprofundará a divergência doutrinária que permeia a temática dos contratos mistos. Apenas importa destacar que parte da doutrina não compreende a categoria dos contratos mistos, cingindo-se somente à questão da tipicidade ou atipicidade dos modelos contratuais.

[6] Art. 5º Os contratos de arrendamento mercantil conterão as seguintes disposições:
a) prazo do contrato;
b) valor de cada contraprestação por períodos determinados, não superiores a um semestre;
c) opção de compra ou renovação de contrato, como faculdade do arrendatário;

faculdade de adquirir o bem pelo valor residual pactuado, não podendo o arrendador furtar-se a realizar a venda.

Outra característica a ser abordada refere-se ao valor e à natureza jurídica das rendas. Importante salientar que não se está diante de renda locatícia convencional. Não se trata de uma mera contraprestação em razão do uso e do gozo da coisa. Necessariamente, o conceito de renda no *leasing* deve compreender um valor de amortização do bem. Conforme aduz Sebastião Nóbrega Pizarro, as rendas no *leasing* não podem ser compreendidas como rendas locatícias, afastando-se do conceito de renda próprio da locação simples. Para este afastamento contribui o fato destas rendas não serem consideradas prestações periódicas, mas prestações fracionadas no tempo. Diga-se, aliás, que por conterem em si, para além do valor de amortização do bem, os encargos e a margem de lucro das sociedades de locação financeira, são mais onerosas que as rendas correspondentes à locação simples (PIZARRO, 2004, p. 35)[7].

Relativamente ao valor residual, releva destacar que não há previsão legal a conceituar ou delimitar a aplicação de tal figura. Compreende-se que o valor é meramente simbólico, mas deve corresponder à parte não amortizada do valor do bem no tempo de duração do vínculo contratual. Por conseguinte, os critérios para a sua fixação são os mais variados, mas, normalmente, estão ligados ao valor de mercado do bem ou ao tipo de mercadoria que se está negociando. Importante frisar que o valor residual pode, também, encontrar-se diluído nas prestações inerentes à pactuação do *leasing*. Esse seria mais um reflexo da função econômica que desempenha a modalidade contratual em apreço.

De fato, está-se diante de uma figura utilizada, em grande parte das vezes, com o fim de não imobilizar o capital das empresas. A título de exemplo, poder-se-ia apresentar a situação em que uma corporação necessita comprar um maquinário de preço bastante elevado e não possui numerário suficiente em caixa. Para não se descapitalizar, o gestor estaria facultado a utilizar o instrumental do *leasing*, buscando uma sociedade de arrendamento mercantil que, por seu turno, compraria o bem desejado e o arrendaria, em seguida, para a referida corporação. Observa-se que a empresa não coloca em circulação seu capital próprio, podendo aplicá-lo em outros diversos tipos de investimento.

---

d) preço para opção de compra ou critério para sua fixação, quando for estipulada esta cláusula.

[7] O mesmo autor apresenta acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal (de 03 de Fevereiro de 2004) a corroborar com tal entendimento. Dispõe o texto jurisprudencial: "as rendas da locação financeira não são rendas locatícias, nem representam a contrapartida da utilização do bem, objecto do contrato, e antes constituem a amortização do mesmo bem, por forma a possibilitar que, no seu termo, o locatário possa exercer a opção da sua compra, pelo valor residual" (PIZARRO, 2004, p. 35).

Outro importante ponto a ser descortinado centra-se no caráter garantidor observado na contratação do arrendamento mercantil. Como observado, a propriedade econômica é mais importante que a propriedade jurídica na contratação do *leasing*. Dessa forma, a propriedade do bem, por parte da sociedade de arrendamento mercantil ou do banco, funciona como uma garantia contratual. Esse elemento, contudo, não pode ser absolutizado. Em algumas situações, as próprias características do bem (*v.g.* maquinário específico) têm o condão de dificultar a venda, relativizando, por conseguinte, o caráter garantidor da relação.

É relevante acentuar que a doutrina tem por hábito subdividir o contrato de *leasing* em três tipos diversos, quais sejam: *leasing* financeiro, *leasing* operacional e o *lease-back*.

O *leasing* financeiro (*financial leasing*) é a modalidade clássica do contrato em apreço. Por tal forma de contratação, o arrendatário contrata com uma instituição financeira a compra do objeto, o qual lhe será entregue em locação, obrigando-se ao pagamento em prestações. O arrendatário não tem a faculdade de devolver o objeto antes do termo contratual. E, atingido este, fica-lhe a tríplice opção: devolver a coisa; adquiri-la pelo preço residual ou pelo preço de mercado; ou renovar o contrato, caso em que o valor será inferior ao tomado como base no primeiro (PEREIRA, 2005, p. 584). Observa-se que, em tal configuração, a responsabilidade por eventuais danos ou prejuízos ocasionados à coisa locada é imputada ao arrendatário.

O *leasing* operacional (*operating leasing*) é também conhecido pela nomenclatura *renting*. Em tal modelo contratual, o arrendador, especialista na produção de determinados equipamentos ou bem duráveis, cede ao arrendatário, por tempo certo a sua utilização com o compromisso de se encarregar de sua manutenção e funcionamento. O termo do contrato há de ser menor que o tempo de duração da vida econômica do objeto. Em contraprestação, o arrendatário lhe paga uma prestação inferior ao valor global que o objeto terá no fim do prazo estipulado (PEREIRA, 2005, p. 583). A principal diferença para a modalidade padrão do *leasing* financeiro centra-se na ausência de um terceiro fornecedor. Essa última figura confunde-se, no *leasing* operacional, com o arrendador: a pessoa responsável pela produção é a mesma que o dará em arrendamento[8].

Já o *lease-back* insere-se de forma mais acentuada no conceito de operação financeira. Por tal instrumento, a figura do fornecedor confunde-se com a do arrendatário. O proprietário aliena um bem próprio para uma instituição financeira, passando, em paralelo, à posição jurídica de arrendatário. Ou seja, "trata-se de operação de retorno dos bens à

[8] A legislação brasileira não contempla o *leasing* operacional como tipo legal, restando à autonomia da vontade o livre ajuste da referida modalidade contratual.

alienante, mas na qualidade de arrendatária, caracterizando-se, pois, mudança de título jurídico para o uso correspondente, presente a opção final para requisição" (BITTAR, 2005, p. 98). Tem por finalidade essencial a necessidade de capital circulante em uma empresa. Ver-se-á, à frente, de forma mais densa, as vicissitudes que compõem esse modo de contratação.

3. O *LEASE-BACK*

O *lease-back* pode ser conceituado como um programa negocial nos termos do qual uma pessoa, proprietária de certos bens, vende-os a outra entidade, para dela os tomar imediatamente em locação, mediante o pagamento de uma prestação periódica e, uma vez decorrido o período acordado, os poder *(re)comprar* por um preço previamente determinado ou determinável (MARQUES, 2001, p. 589).

Observando-se a conceituação apresentada, denota-se que uma das principais diferenças do *lease-back* para o *leasing* financeiro clássico (*financial leasing*) centra-se na existência de apenas dois vértices na relação jurídica nascida do pactuado[9]. A posição contratual do arrendatário absorve a figura do fornecedor/produtor. O proprietário da coisa aliena-a ao arrendador, mas mantém consigo a posse direta da coisa, podendo usufruir e gozar dos seus elementos, mediante o pagamento de uma renda preliminarmente acordada.

Com o *lease-back*, a empresa que necessita de numerário permanece equipada, sem a necessidade de descapitalizar-se. O arrendador, ao adquirir o equipamento, cede sua posse ao arrendatário, assegurando-lhe, contudo, a opção de compra pelo valor residual ou pelo valor de mercado (PEREIRA, 2005, p. 241). Extrai-se da referida situação que não é a necessidade de aquisição de um bem o que há de ser relevante nessa modalidade contratual. Contrariamente, o que importa para o arrendatário é a primeva necessidade de se conseguir capital de giro para suas futuras negociações[10]. O que se pretende ao pactuar essa modalidade

[9] Importa acrescentar, neste ponto, o conceito de *lease-back* apresentado por Rui Pinto Duarte: "Costuma o *lease-back* ser caracterizado como a operação pela qual o proprietário de um bem o vende a outrem que lho loca de imediato, outorgando ao agora locatário a possibilidade de voltar a adquirir o bem finda a locação. Falta pois a esta figura o carácter tripartido que apontamos à locação financeira e nem sequer lhe é essencial que o locador seja uma empresa financeira" (DUARTE, 2001, p. 49).

[10] Acentua MARQUES (2001, p. 589): "Observa-se que este (devedor alienante e sucessivo locatário) não visa o gozo dos bens (de que já era titular, podendo usá-los independentemente de ulterior negócio a celebrar com terceiro), mas apenas pretende responder a exigências de organização (e de potenciação) dos seus meios empresariais dirigidas ao imediato financiamento da sua atividade econômica, materializado na imediata liquidez de disponibilidades monetárias que o adquirente (e futuro locador) dos bens lhe entrega ou se predispõe a entregar".

contratual é a captação de moeda para novos investimentos ou para sanar eventual prejuízo no caixa das empresas[11].

No direito brasileiro, o *lease-back* está previsto no art. 9º, da Lei n. 6.099/1974:

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

Diogo Paredes Leite de Campos, tratando da modalidade do *lease-back*, acrescenta interessante observação, ao afirmar que ao lado do apoio a uma empresa em dificuldades, através do fornecimento de capital acompanhado por uma garantia real, a titularidade de um bem, encontramos: a necessidade de capital circulante para ocupar um novo mercado ou alargar um já existente; o financiamento de novos investimentos, ou atividades de suporte do crescimento, como publicidade ou pesquisa; o aumento da massa de amortizações (CAMPOS, 1982, p. 776).

4. O PACTO COMISSÓRIO E A SUA VEDAÇÃO

O pacto comissório consiste na convenção pela qual o credor faz sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir a obrigação avençada[12]. E pode ser um pacto comissório real, se a coisa se transfere para o credor, contanto que ocorra o não cumprimento; ou um pacto comissório obrigacional, caso o credor fique com o direito de crédito a haver para si o bem (MARQUES, 2001, p. 589).

Observa-se que para haver um pacto comissório é necessário, sempre, estar-se diante de uma cláusula de garantia em razão de uma obrigação principal. Por tal cláusula, o devedor possibilitaria ao credor a aquisição da propriedade de um bem, se, porventura, não viesse a adimplir com as suas obrigações iniciais contratadas. Em termos estruturais, a transmissão da

[11] Nesse sentido, Francesca FIORENTINI (2000, p. 282) assevera: "Per quanto attiene al profile funzionale, scopo economico dell'operazione è quello di rispondere alle esigenze organizzative e finaziarie dell'impresa, consetendole do smobilizzare capitali già investiti per ottenere un'immediata disponibilità di liquidi da reinvestire in ulteriori attività produttive e pertanto essa manifesta, da un lato, un'evidente funzione di finanziamento, dall'altro un marcato carattere di garanzia del credito, che è dato dal mantenimento della proprietà del bene in capo alla società di *leasing*, la quale verrebe così a predisporre di una forma di autotutela preventiva per il caso di inadempimento dell'utilizzatore".

[12] Transcreve-se, neste ponto, a definição do pacto comissório apresentada pelo art. 2744 do Código Civil Italiano: "È nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento, del credito nem termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla constituzione dell'ipoteca o del pegno".

propriedade do bem para o credor fica dependente da verificação de uma condição suspensiva, que é precisamente o não cumprimento por parte do devedor. Além disso, tal transmissão opera de forma automática caso o devedor não cumpra a prestação no prazo acordado entre as partes (MATOS, 2006, p. 26).

O pacto fiduciário tem sua origem histórica no Direito Romano. Nasce, na verdade, junto com a primeira forma de garantia das obrigações conhecida por aquele ordenamento, qual seja o contrato de *fiducia cum creditore* (JUSTO, 2006, p. 39). Por tal instrumento, o devedor garantia uma obrigação por meio da transferência da propriedade de uma *res*. Por seu turno, o credor obrigava-se a restituir a propriedade após o cumprimento do pactuado. Não sendo adimplida a obrigação do devedor, o credor adquiria a propriedade da coisa. Observa-se que o pacto fiduciário era, pois, elemento intrínseco a essa modalidade de contratação. A situação do devedor era bastante penosa. Primeiramente, a obrigação era garantida pela necessária transferência da propriedade. Em segundo lugar, se não cumprisse o pactuado ficava sem a possibilidade de reaver o bem. Havia uma verdadeira desproporção entre a intenção das partes e os efeitos consectários do contrato.

A proibição e decadência do instituto do pacto comissório também estão ligadas ao Direito Romano. Conforme assevera Isabel Andrade de Matos, "na base do fenômeno encontra-se a influência exercida pelos princípios ético-religiosos cristãos sobre as idéias sociais e jurídicas, até então, pacífica e comumente aceita pelos romanos" (MATOS, 2006, p. 37). Ainda segundo a autora, "os valores cristãos não compadeciam com institutos como a *lex commissoria*, que serviam ao interesse dos mais fortes, recaindo na sua proibição por intermédio de um edito do imperador Constantino" (MATOS, 2006, p. 37).

Quase todos os ordenamentos contemporâneos proíbem a materialização de um pacto comissório. O principal desiderato de tal vedação centra-se na necessária proteção a ser oferecida ao devedor. A possibilidade de subtração de seus bens, em razão do pagamento de uma dívida garantida, é vista, também, como situação de fácil exercício de coação por parte do credor. A desproporcionalidade gerada por tal pactuação coloca o devedor em conjuntura de enorme fragilidade. Como fundamentos para sua proibição, são, ainda, apresentados desde

elementos concernentes à moralidade[13], até subsídios que se centram na necessidade de se evitar a disseminação social da referida figura[14].

Outro fundamento para a vedação do pacto comissório reside na necessidade de se proteger outros credores, que poderão ser afetados pelo não recebimento de qualquer diferença decorrente da apropriação do bem dado em garantia. Sobre o referido ponto, sustenta Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima (2014, p. 13):

> Uma das razões pouco trabalhadas pela doutrina ao analisar a *ratio* da vedação do pacto comissório – e a nosso ver uma das principais razões de ser –, é exatamente o risco de lesão aos possíveis outros credores do devedor-fiduciante. Isto porque, ao não receber a diferença entre o valor do bem dado em garantia e o valor da dívida, os outros eventuais credores do devedor-fiduciante podem não conseguirem obter seus créditos. Ou seja, a vedação do pacto comissório não tem relação direta entre as partes do negócio jurídico originário (para isso, existem os chamados defeitos do negócio jurídico, o instituto do enriquecimento ilícito e a teoria das cláusulas abusivas), mas sim com todo o sistema jurídico obrigacional. A permissão do pacto comissório poderia, em último caso, se caracterizar como uma forma especial feita para lesar os credores (figura próxima a compra e venda por preço inferior ao do bem ou da doação para se livrar da expropriação creditória). Seria a legalização da possibilidade de fraude contra credores.

Por fim, remetendo-se para a legislação brasileira, constata-se que a vedação do pacto comissório estava prevista no art. 765 do Código Civil de 1916, sendo mantida no Código Civil de 2002, nos artigos 1.365 e 1.428, os quais estabelecem:

> Art. 1.365. É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento.
>
> Art. 1.428. É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento.

Constata-se que o Código Civil atual expressamente proíbe o pacto comissório apenas nos casos de alienação fiduciária em garantia, penhor, anticrese e hipoteca.

---

[13] "Gli interesse del debitore bisognoso di denaro posso essere pregiudicati – si è osservato – sia dalla coartazione esercitata dal creditore per appropiarsi di un bene del primo (nella convinzione che egli non riuscirà ad adempiere), sia dalla sproporzione tra l'ammontare del debito e il valore del bene preteso dal creditore, sproporzione che potrebbe anche celare l'usura, colorando così di immoralità il patto". (CARNEVALI, 1982, p. 500).

[14] "Nella portata generale che potrebbe apunto assumere il fenomeno del patto commissorio può allora ravvivarsi l'interesse sociale tutelato nel divieto legislativo. Un interesse, cioè, che non s'identifichi nelle singole situazioni di abuso che di volta in volta possono revelarsi nei patti commissori, ma che attenga al pregiudizio sociale del prevalere di una siffatta forma di garanzia e degli inconvenienti che ad essa sono legati". (BIANCA, 1976, p. 718).

4. *LEASE-BACK* E PACTOS COMISSÓRIOS

O ponto mais controverso nessa seara concerne à possibilidade de o *lease-back* materializar um suposto pacto comissório. Se identificado tal elemento, a contratação estaria eivada de nulidade não havendo lugar para a sua contratação no direito brasileiro, notadamente, em razão das disposições dos artigos 1.365 e 1.428 do Código Civil. Como já visto, a *lex commissoria* é proibida em variados ordenamentos jurídicos, principalmente, em razão da frágil situação em que se coloca o devedor, não podendo prosperar uma conjuntura que nela encontra supedâneo.

A discussão acerca da possível configuração dos pactos comissórios nas contratações de *lease-back* tem sua origem na doutrina e na jurisprudência italianas. Essa referida linha de pensamento enxerga no *lease-back* uma simulação contratual que tem por objetivo escuso a ocultação de um pacto comissório. Assinala Isabel Andrade Marques que este entendimento é sustentado no pressuposto de que o *lease-back* não passa de um caso flagrante de fraude à lei. Consistindo tal modalidade contratual numa venda seguida de uma locação financeira que tem por objeto o bem vendido e a possibilidade da sua recompra ao final, o *lease-back* não passaria de um meio de contornar a proibição do pacto comissório. Ainda de acordo com a jurisprudência fixada pelos Tribunais Italianos, nem sequer é necessário demonstrar que o contrato de *lease-back* tem um escopo de garantia. Tal propósito é pura e simplesmente inerente à natureza financeira do contrato em causa e à sua função objetiva (MATOS, 2006, p. 205).

Parte-se do pressuposto de que se está diante de negócios simulados. A compra e venda seguida da locação do mesmo bem teria por pressuposto básico a fraude à lei. O objetivo com que se efetua o primeiro contrato revela-se desvirtuado pelo fim que se deseja atingir. Não haveria a intenção de vender, mas sim de contratar um empréstimo financeiro e garanti-lo com a transferência da propriedade de uma *res*. Esse comportamento suspeito consubstanciaria, em última análise, uma forma de tentar dissimular um verdadeiro pacto comissório.

Contrapondo a inteligência apresentada, a doutrina portuguesa tem compreendido que os contratos de *lease-back* não configuram um pacto comissório por uma gama de fatores e motivos.

Um primeiro argumento que se proporciona para a inexistência de um pacto comissório encontra-se no fato de que, nem sempre, o *sale and lease back* tem o escopo de garantir a contratação de uma dívida. Remédio Marques sustenta:

> Não parece, em abstrato, que a locação financeira, na nomenclatura portuguesa, constitua invariavelmente um expediente utilizado pelo credor e devedor cujo objetivo consista em contornar a proibição legal dos pactos comissórios – pois também algo acriticamente seríamos tentados a suspeitar da aplicabilidade desta proibição a outros esquemas negociais precipuamente tipificados na lei, tais como a venda a retro, a venda com reserva de propriedade e a locação financeira *tout court*, aí onde a transferência da propriedade poderia achar-se associada a um escopo de financiamento e de garantia. Com o que o labéu da nulidade deste esquema contratual é algo redutor, pois esconde a existência de convenções nem sempre reconduzíveis a um escopo de garantia, mas, outrossim, convenções predispostas a acolher e a satisfazer um conjunto mais complexo de necessidades postas pelo tráfego jurídico-mercantil (MARQUES, 2001, p. 600).

Outra questão que se apresenta em favor da não configuração do pacto comissório reside no momento de transferência da propriedade. Na contratação do *lease-back* a transferência do título de propriedade se dá no momento da contratação. Nisso diverge, de maneira obtusa, do que se entende por pacto comissório. Por esse último instrumento, a propriedade seria transferida apenas ao termo do contrato, em razão do inadimplemento do devedor. O credor faz da coisa sua quando o devedor não cumpre com o pactuado. No *lease-back* a propriedade do bem já é do locador, e não será transmitida no caso de inadimplemento, uma vez que já se encontra na esfera patrimonial do credor.

Como elemento final de afastamento do pacto comissório tem-se que a sociedade de locação financeira permanece livre para alienar o bem que adquirira do vendedor locatário a um terceiro qualquer. Essa faculdade existe no *lease-back*, mas não existe no pacto comissório. O credor que se beneficie de um pacto comissório tem a obrigação de retransmitir o bem que lhe foi dado em garantia ao devedor caso este cumpra pontualmente a obrigação garantida. Portanto, não pode alienar o bem enquanto a obrigação garantida não for definitivamente inadimplida (MATOS, 2006, p. 209).

No ordenamento jurídico brasileiro, para além de se poder invocar os argumentos da doutrina portuguesa, podem ser apresentados outros fundamentos que afastam a configuração do pacto comissório. Em primeiro lugar, o *lease-back* é um contrato típico, previsto expressamente na Lei n. 6.099/74, de modo que é reconhecido pelo ordenamento jurídico como contrato legítimo.

Em segundo lugar, como esclarece Roberto Panucci Filho em dissertação sobre o tema, no Brasil, a lei prevê e os tribunais aplicam a vedação ao pacto comissório apenas nos casos expressamente previstos nos artigos 1.365 e 1.428 do Código Civil. Ou seja, o objetivo da lei foi proibir que o credor fique com o bem só nas hipóteses de haver direito real de

garantia (penhor, hipoteca e anticrese) ou direito real em garantia, a alienação fiduciária. Assim, a lei jamais teve o intuito de vedar o *lease-back* (PANUCCI FILHO, 2014, p. 136). Ademais, no contexto de liberdade negocial, as normas proibitivas devem ser sempre a exceção.

Não obstante a tipicidade e legalidade em abstrato do *lease-back*, necessário reconhecer a possibilidade de que ele seja usado em concreto para burlar proibições legais. Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado de que o pacto comissório é vedado, para além dos casos expressamente previstos em lei, nas hipóteses de simulação (art. 167 do Código Civil).[15]

Assim, em que pese a apresentação desse quadro de justificativas, o que se demonstra importante destacar é que a verificação de um pacto comissório nas situações em que se utiliza da modalidade do *lease-back* deverá ser ponderada de maneira casuística. Somente adentrando as vicissitudes de um contexto contratual é que se poderá verificar a fraude à lei, com consectária pactuação da *lex commissoria*. É preciso verificar se o esquema contratual não foi utilizado com o único intuito de garantir uma obrigação, ou mesmo, se o arrendatário não se encontra em uma frágil situação a ponto de ser extorquido pelo arrendador. Esse tipo de constatação não prescinde de uma análise das peculiaridades e dos elementos que compõem o contrato, notadamente, deve-se sempre perquirir o conteúdo da vontade exarada pelas partes. Outra questão que não pode deixar de ser examinada centra-se no necessário equilíbrio contratual, não podendo haver uma desproporção entre as obrigações assumidas[16].

Além disso, é importante verificar se não há efetiva lesão a direitos de crédito de terceiros, em decorrência do bem responder integralmente por eventual inadimplemento. Como visto, a vedação ao pacto comissório tem também o seu fundamento na proteção de credores que podem ser prejudicados pela simples apropriação do bem, sem que nenhuma quantia seja devolvida ao devedor. Sobre a necessidade de devolução de valores, discorre Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima (2014, p. 14):

---

[15] Ilustrativamente, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ter havido simulação com intuito de camuflar uma situação vedada pelo pacto comissório nos seguintes casos: Recurso Especial nº 784.273/GO, Terceira Turma, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 12/12/2006; Recurso Especial nº 998.460/SP, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 23/02/2010.

[16] Nesse sentido, e baseando-se no ordenamento jurídico português, Remédio Marques conclui que "o esquema do *sale and lease back* não ofenderá, na maioria dos casos, o disposto no art. 694 do Código Civil, se e quando a venda for pura e simples, não sujeita, portanto, a qualquer condição (suspensiva ou resolutiva). De tal jeito que, cumprida a obrigação, a venda não se resolve, antes o locatário pode exercer potestativamente o direito de opção (de recompra). Mas aquela conclusão pela validade da locação financeira restitutiva está, segundo nos parece, condicionada por uma análise casuística". (MARQUES, 2001, p. 589).

> Essa visão independe da forma como a doutrina enxerga a razão de ser da vedação ao pacto comissório. Ao simplesmente entender que a razão de ser é proteger o devedor-fiduciante, a devolução da diferença do preço atinge a finalidade de não lesar o devedor (e nem teria porque se falar em abuso do poder econômico, estado de perigo ou coação). Por outro lado, ao se entender que a razão de ser é o conjunto de preocupações de natureza complexa (dentre as quais entendemos que se destaca a proteção dos outros credores e de todo o sistema obrigacional), a devolução da diferença do preço permitirá que o devedor-fiduciante receba o justo preço e não lese seus eventuais outros credores, além de manter em equilíbrio todo o sistema de proteção obrigacional, permitindo maior segurança jurídica a todos os envolvidos.

Desse modo, demonstra-se relevante destacar que, paralelamente ao juízo apresentado, há entendimento de que para se afastar, de maneira obtusa, a configuração de um pacto comissório, requerer-se-ia a conformação sob um esquema de pacto marciano[17]. Utilizando-se desse instrumento acessório, poder-se-ia dispor da necessária valoração do bem pelo credor com restituição do excedente, retirando qualquer lacuna interpretativa que pudesse conduzir ao desenho jurídico de uma *lex commissoria*[18]. Por conseguinte, a contratação passaria a não estar eivada de qualquer risco de declaração de nulidade, eliminando-se uma possível álea.

5. SÍNTESES CONCLUSIVAS

A evolução e incremento das relações comerciais levaram à configuração de novos modelos contratuais, que apresentam por intento último a manutenção de garantias contratuais. Dentro desse panorama, os contratos de *leasing* têm apresentado importante destaque como uma das modalidades mais praticadas na contemporaneidade.

[17] "Stando cosi le cose, il ricorso all'operazione di lease back da parte delle società di leasing dovrá avvenire con estrema cautela: a fronte del vantaggio di pattuire condizioni contrattuali il più possible vantaggiose, in conessione con l'intento lucrativo che muove ogni società finanziaria, si pone il pericolo di una dichiarazione di nullità del contrato per frode alla legge, pericolo ancora più elevato allorquando l'operazione si svolge con una controparte in difficoltà economica. In presenza di tali circostanze, l'unica strada percorribile, per assicurare la validità del contratto, risulta essere l'inserimento di una clausola, conformata sullo schema del c.d. patto marciano, che consenta di determinare al termine del rapporto se le prestazioni risultino economicamente sbilanciate, attraverso una stima del bene oggeto di garanzia, onde consentire le validitá del trapasso se il velore del bene sia equiparabile al valore del credito inadempiuto, o quantificare il maggior costo che dovrebbe sopportare il creditore per ottenere l'acquisizione del bene (pagando um prezzo aggiutivo al debitore) la previsione di una valutazione a posteriori del valore del bene consente, infatti, un giudizio di effetività delle poste economiche in gioco, eliminado l'alea presente all'atto della stipula e un conseguente riequilibrio delle prestazioni sinallagmatiche". (RIVA, 2001, p. 323).

[18] Também nesse sentido, Aldo Angelo Dolmetta: "È noto che la nostra letteratura há sempre considerato com atteggiamento di favore questo patto, inteso nei termini di fattore corretivo ovvero eliminativo dei problemi normativi connessi con le alienazioni in garanzia. Le stesse incertezze che l'orientamento dominante in materia di lease-back consegna alla prassi sembrerebbero incoraggiare, dunque, l'espresso inserimento, nei relativi testi contrattualli, di un'apposita clausola marciana". (DOLMETTA, 2002, p. 315).

A mercancia e seu desenvolvimento exigiram novas formas de contratação objetivando suprir as necessidades oriundas da práxis da empresarialidade. Nesse ponto, observa-se que a criação do arrendamento mercantil, em sua modalidade clássica, ou em seu viés de *lease-back*, intentou preencher lacunas até então existentes, conciliando a necessidade de financiamento com a proteção por meio de garantias do credor. O desígnio de se equipar com modernos maquinários e a imperativa busca por novos capitais para investimento encontrou em tais figuras uma forma de se materializarem.

O crescimento da utilização desse modelo contratual levou a doutrina e a jurisprudência de diversos países a ponderarem acerca de algumas vicissitudes que acompanham a matéria. Um dos pontos de maior destaque revela-se em eventual configuração de um pacto comissório quando da contratação do *lease-back*.

Como salientado, o pacto comissório revela-se como a convenção pela qual o credor faz seus os objetos que lhe tenham sido dados em garantia. Trata-se de instrumento jurídico vetado pela maioria dos ordenamentos jurídicos, seja em razão da frágil situação em que permanece o devedor, seja em ensejo de aspectos morais e sociais que circundam a matéria. Mais além, pode ocasionar lesão a direitos de crédito de terceiros, prejudicando outros credores. Na ordem jurídica brasileira, o pacto comissório é proibido pelos artigos 1.365 e 1.428 do Código Civil. Desse modo, verificar a materialização do pacto comissório nas situações em que se está diante de um contrato de *lease-back* revela demasiada importância, principalmente, em razão da conseguinte nulidade que isso acarretaria à avença.

Como explanado no texto, a contratação do *lease-back* não tem, necessariamente, por configurado um pacto comissório. Alguns elementos do contrato, como o momento de transferência da propriedade, a ausência de caráter garantidor, e a possibilidade de alienação da coisa dada em locação, têm o condão de afastar o *sale and lease-back* de um suposto pacto comissório. Sob uma primeira perspectiva, não há, assim, como taxar de nulidade tal modalidade de contratação.

Contudo, sempre se demonstrará necessário que cada contrato seja apreciado em todos os seus elementos e vicissitudes. As peculiaridades que marcam cada uma das avenças impelem em necessária apreciação casuística em busca de qualquer elemento configurador da *lex commissoria*. Desta forma, a jurisprudência ao se debruçar sobre uma lide envolvendo um *lease back* deverá buscar elementos, como a real vontade das partes ou o essencial caráter garantidor da obrigação, perquirindo eventual configuração do pacto comissório.

A título de conclusão, o que importa destacar é que a modalidade contratual do *sale and lease back* não consubstancia, em um primeiro momento, um pacto comissório. Contudo,

inquirindo-se as circunstâncias de contratação poder-se-á chegar à conclusão contrária. Dessa forma, visando evitar futura declaração de nulidade contratual, é sempre adequado pactuar-se, em anexo ao *lease-back*, um pacto marciano, afastando, assim, qualquer álea com relação a esse instrumento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIANCA, C. Massimo. "Patto Commissorio" in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1976, p. 718.

BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos Comerciais*. 4ª ed. São Paulo: Forense, 2005.

CAMPOS, Diogo Paredes Leite de. "Nota sobre a admissibilidade da locação financeira restitutiva (*lease-back*) no Direito Português", in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 42, 1982, p. 775-793.

CAMPOS, Diogo Paredes Leite de. "Locação Financeira (leasing) e locação", in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 62, 2002, p. 755-775.

CARNEVALI, Ugo. "Patto Comissorio", in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXII, Guffrè Editore, Milano, 1982, p. 499-506.

DOLMETTA, Aldo Angelo. "Lease-back e patto commissorio: um rapporto complesso", in *Giurisprudenza Commerciale*, n.º 29, t. I, 2002, p. 306-317.

DUARTE, Rui Pinto. *Escritos sobre leasing e factoring*. Principia, Cascais, 2001.

DUARTE, Rui Pinto. "Alguns aspectos jurídicos dos contratos não bancários de aquisição e uso de bens", in *Revista da Banca*, n.º 22, 1992, p. 49-65.

FIORENTINI, Francesca. "Garanzie Reali Atipiche", in *Rivista di Diritto Civile*, n.º 46, t. II, 2000, p. 253-292.

JUSTO, António Santos. *Direito Privado Romano – II Direito das Obrigações* in *Studia Iuridica* 76, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão. *Garantias das Obrigações*. Almedina, Coimbra, 2006.

LIMA, Marcelo Chiavassa de Mello Paula. Breves considerações sobre a importância da alienação fiduciária em garantia e a necessidade de uma nova interpretação do pacto comissório. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/brevesconsideracoes-sobre-a-importancia-da-alienacao-fiduciaria-em-garantia/>. Data de acesso: 06.06.2016.

MARQUES, J. P. Remédio. "Locação Financeira Restitutiva (sale and lease-back) e a proibição dos pactos comissórios – negócio fiduciário, mútuo e acção executiva", in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, ano 77, 2001, p. 575-632.

MATOS, Isabel Andrade de. *O Pacto Comissório – Contributo para o estudo do âmbito da sua proibição.* Almedina, Coimbra, 2006.

PANUCCI FILHO, Roberto. *Lease-Back***.** Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil - III Contratos*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005.

PIZARRO, Sebastião Nóbrega. *O Contrato de Locação Financeira*. Almedina, Coimbra, 2004.

SANTOS, Filipe Cassiano dos. *Direito Comercial Português*. Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

RIVA, Ilaria. "Il contrato di sale and lease back il divieto di patto commissorio", in *Contratto e Impresa*, nº 1, 2001, p. 300-324.