

**INSPER**

ANA CLAUDIA GONÇALVES

**CONTRATOS DE LEASING DE AERONAVES E A CLÁUSULA  
*HARDSHIP***

São Paulo  
2017

**INSPER**

ANA CLAUDIA GONÇALVES

**CONTRATOS DE LEASING DE AERONAVES E A CLÁUSULA  
*HARDSHIP***

Trabalho de Conclusão de Curso,  
aprovação em L.L.M. Direito dos  
Contratos; INSPER

Orientador: Rodrigo Rebouças

São Paulo  
2017

Gonçalves, Ana Claudia  
Contratos de Leasing de Aeronaves e a Cláusula *Hardship*  
Ana Claudia Gonçalves – São Paulo, 2017.

Artigo – Insper, 2017  
Orientador: Rodrigo Rebouças

1.Leasing.2.Direito Aeronáutico.3.Cláusula *Hardship*

## **Contratos de Leasing de Aeronaves e a Cláusula Hardship**

Trabalho de Conclusão de Curso,  
aprovação em L.L.M. Direito dos  
Contratos; INSPER.

DATA DE APROVAÇÃO: \_\_/\_\_/\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Rodrigo Rebouças

---

Prof.

---

Prof.

## RESUMO

O presente estudo tem por objetivo o estudo do Contrato de Arrendamento de Aeronaves, melhor conhecido como *leasing* de aeronaves, e suas principais características. Além do panorama histórico sobre o Direito Aeronáutico, será também abordado um panorama histórico sobre o desenvolvimento dos contratos de leasing, conceituando-o, entendendo-o, comparando-o a outras modalidades de contrato e como ele foi adotado pelo sistema jurídico brasileiro. No presente trabalho serão delimitados a natureza jurídica dessa modalidade de contrato, bem como quais cláusulas são mais utilizadas e a razão disto, bem como quais as cláusulas que deram origem a cláusula *hardship*. Serão apresentadas as diversas modalidades de leasing (leasing financeiro, leasing operacional, *lease back*, *self lease*, *lease purchase*, *wet lease*, *dry lease*, *dummy corporation*) e suas peculiaridades sob o enfoque jurídico e social, também serão abordadas as consequências da adoção dessa modalidade contratual, das obrigações que dela advém, e os efeitos que dela podem surgir, sejam para as partes contratantes sejam para outras pessoas ou outros segmentos, como o da própria aviação por exemplo.

**Palavras-chave:** Direito Aeronáutico<sup>1</sup>. Leasing de Aeronaves<sup>2</sup>. Contratos<sup>3</sup>. *Hardship*<sup>4</sup>.

## ABSTRACT

The present study aims to study the Aircraft Lease Agreement, better known as aircraft leasing, and its main characteristics. In addition to the historical panorama on Aeronautical Law, a historical overview of the development of leasing contracts will also be approached, conceptualizing it, understanding it, comparing it to other contract modalities and how it was adopted by the Brazilian legal system. In the present work the legal nature of this modality of contract will be delimited, as well as which clauses are most used and the reason for this, as well as which clauses gave rise to the hardship clause. The different types of leasing (financial leasing, leasing back, lease back, lease purchase, wet lease, dry lease, dummy corporation) and their peculiarities under the legal and social approach will also be discussed, as well as the consequences of adopting this Contractual terms, the obligations arising therefrom, and the effects that may arise, whether for the contracting parties or for other persons or other segments, such as that of aviation itself.

**Keyword:** Aeronautical Law<sup>1</sup>. Aircraft Lease Agreement<sup>2</sup>. Contracts<sup>3</sup>. *Hardship*<sup>4</sup>.

Dedico este trabalho aos meus pais que sempre acreditaram em mim e permitiram que os meus sonhos se tornassem realidade.

## SUMÁRIO

<b>1.0. Introdução</b>	
1.1. Breve resumo histórico sobre aviação.....	10
1.2. Aviação Civil e o Direito Brasileiro .....	11
1.3. Introdução ao Direito das Obrigações .....	13
1.4. Contratos .....	15
1.5. Modalidades de Contratos.....	17
1.6. Leasing.....	18
<b>2.0. Aspectos do Leasing no Direito Brasileiro</b>	
2.1. Resumo histórico do Leasing.....	20
2.2. Leasing no Direito Brasileiro.....	22
<b>3.0. Modalidades de Leasing</b>	
3.1. Leasing Operacional.....	23
3.2. Leasing Financeiro.....	25
3.3. <i>Lease Back</i> .....	27
3.4. <i>Self Lease</i> .....	28
3.5. <i>Lease Purchase</i> .....	29
3.6. <i>Dummy Corporation</i> .....	30
3.7. Extinção do Contrato de Leasing.....	30
<b>4.0 Especificidades do Contrato de Leasing Aeronáutico</b>	
4.1. Legislação Aplicável.....	32
4.2. Tratados Internacionais.....	33
<b>5.0. Cláusula <i>Hardship</i></b>	
5.1. Teoria da base Objetiva do negócio jurídico.....	33
5.2. Cláusula <i>Hardhsip</i> e o princípio da boa-fé contratual.....	34
5.3. Equilíbrio Contratual.....	36
5.4. Princípio da Proporcionalidade.....	37



5.5. Função Social dos Contratos.....	38
5.6. Cláusula <i>rebus sic stantibus</i> .....	39
<b>6.0. Leasing de Aeronaves e a Cláusula <i>Hardship</i></b>	
6.1. Importância, função e aplicabilidade da cláusula <i>Hardship</i> nos contratos de Leasing de Aeronaves.....	40
<b>7.0. Conclusão.....</b>	<b>41</b>

## **1.0.Introdução**

### **1.1.Breve histórico sobre aviação civil**

Pode-se afirmar que o início da aviação civil deu-se em meados do século XIX uma vez que foram realizados algumas tentativas de vôos de aparelhos criados pelo homem, no entanto estes foram eram mais pesados que o ar, diferentemente dos balões que são mais leves do que o ar e por isso conseguem voar.

Assim foi que os aviões criados nessa época precisavam de uma técnica mais apurada para se sustentar no ar e se elevasse por seus próprios meios. Foi um brasileiro, mundialmente conhecido que conseguiu criar um protótipo que embora mais pesado que o ar conseguiu alçar vôo com seus próprios recursos, Alberto Santos Dumont.

Alberto Santos Dumont conseguiu em 23 de outubro de 1906, em Paris na França, com seu avião denominado 14-Bis ou como era chamado em francês *Oiseau de Proie* (francês para “ave de rapina”) um vôo de 220 metros, constituindo um marco na história da aviação uma vez que a primazia do vôo era disputada entre diversos países. Denominado 14 Bis pois seu protótipo estava acoplado a um balão de n.º 14.

Em momento posterior foram desenvolvidos por vários nomes da aviação, incluindo Santos Dumont novos protótipos sem que tivessem um balão acoplado, chegando ao sucesso de novos modelos de aeronave que conseguissem voar independente de um balão.

A aviação se consolidou em meados de 1920/1930 e teve um enorme impulso com a I Grande Guerra Mundial em que aviões eram utilizados como armas de grande poder ofensivo. No entanto mesmo sendo utilizados como armas de grande poder ofensivo não era ainda possível cruzar oceanos sem escalas.

Para a realização deste tão esperado avião que pudesse atravessar oceanos, surgiu em 1919 em Nova Iorque com a oferta de um prêmio de vinte e cinco mil dólares para o pioneiro que conseguisse um avião que cruzasse Nova Iorque à Paris. Dessa assídua corrida sagrou-se um vencedor chamado Charles Lindbergh em meados de 1926/1927.

Vale ressaltar que nos anos que se seguiram foram realizados diversos vôos sobre o Oceano Atlântico, inclusive a primeira viagem ao redor do mundo, tivemos a curiosa figura de uma mulher norte-americana, que conseguiu em 1932 atravessar o Atlântico sozinha, a aviadora Amélia Earhart e no monoplaneo “Winnie Mae” Wiley Post e Harold Gatty percorreram o mundo.

Após todas essas conquistas e da II Guerra Mundial o transporte aéreo passou a ser utilizado em larga escala com modelos a jato de fabricantes inglesa, norte americanas e francesas, até que surgiu em 1960 os atualmente conhecidos Boeings 720 e 707 de fabricação norte-americana.

Após dez anos foi possível criar aviões que tivessem capacidade para transportar 400 passageiros, passou-se também a criação do supersônico Concorde que conseguia percorrer o trecho do Rio de Janeiro – Paris em apenas 07 horas.

Por se tratar de um segmento de mercado muito específico e muito caro, grandes empresas começaram a incorporar as pequenas empresas e alguns nomes como a Boeing, de origem norte-americana e a Airbus de origem européia começaram a ter domínio de mercado, o que perdura até os dias de hoje.

Há que se falar também na nacional de grande nome EMBRAER criada em 19 de agosto de 1969.

## **1.2. Aviação Civil e o Direito Brasileiro**

A aviação civil é regulamentada no direito positivo brasileiro pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, Tratados, Acordos e Convenções Internacionais dos quais o Brasil é signatário, além de decretos-lei.

Está previsto no artigo 22, inciso I, da Constituição Federal que compete privativamente à União legislar sobre Direito Aeronáutico e Direito Espacial, vejamos:

*“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”*

Ainda no mesmo artigo em seu inciso XVIII trata da competência da União para legislar sobre a defesa aeroespacial.

No plano infraconstitucional existem diversos atos normativos que regem o Poder Aeroespacial, são eles: Decreto-Lei n.º 2.961, de 20 de janeiro de 1941, que criou o Ministério da Aeronáutica, Decreto-Lei n.º 3.302, de 22 de maio de 1941, que criou a Força Aérea Brasileira (FAB); a Lei n.º 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA), a Lei n.º 11.182, de 2005, que criou a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), A Lei n.º 9.614 de 1998, que versa sobre o “Tiro de Destruição”, entre outras.

Em relação ao Direito Espacial existem poucas normas jurídicas, apenas a Lei n.º 9.994, de 24 de julho de 2000, que instituiu o Programa de Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Setor Espacial, a qual está regulamentada pelo Decreto n.º 3.915, de 12 de setembro de 2001 e a Lei n.º 8.854, de 10 de fevereiro de 1994 que cria a Agência Espacial Brasileira.

Já no plano Internacional temos: a Convenção de Varsóvia assinada em 12 de outubro de 1929, que versa sobre a unificação de regras relacionadas ao transporte aéreo internacional, a Convenção de Chicago ratificada em 26 de março de 1946 e promulgada pelo Decreto-Lei nº 21.713 de 27 de agosto de 1946 que estabeleceu a OACI – Organização da Aviação Civil

Internacional como agência especializada da ONU – Organização das Nações Unidas para regular e ordenar o transporte aéreo internacional, a Convenção de Montreal que também versa sobre regras do transporte aéreo internacional.

Ainda há que se falar que outras relações jurídicas estão contempladas pelo ordenamento jurídico brasileiro, assim temos relações jurídicas em que aplicamos o Código Civil, como é o caso dos contratos de leasing aeronáuticos, bem como o Código de Defesa do Consumidor que regulam as relações consumeiristas de transporte aéreo, de compra e venda de passagens aéreas e que contemplam toda e qualquer relação ligadas entre aviação e consumidor.

Depreende-se pois que a regulamentação acerca da aviação civil e o direito brasileiro encontra-se de maneira esparsa e não temos apenas uma fonte única que contemple e verse sobre toda a matéria.

### 1.3. Introdução ao Direito das Obrigações

O direito das obrigações estão contidas na parte especial do Código Civil, Livro I e tratam do conjunto de normas que regulam as relações jurídicas pessoais entre a figura do devedor e do credor. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, obrigação é "o vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de determinada prestação".<sup>1</sup>

As normas contidas nesse segmento do ordenamento jurídico estão basicamente contidas e são reguladas pelo Código Civil.

A palavra obrigação é proveniente de um vocábulo em latim que é denominado *obligatio* que nada mais é do que ato de obrigar. No caso em discussão, segundo a enciclopédia Larrouse obrigação é o vínculo jurídico em

---

<sup>1</sup> **GONÇALVES, Carlos Roberto.** *Sinopses Jurídicas - Direito das Obrigações (Parte Geral)*. Volume 5. Editora Saraiva. 8ª Edição - 2007

que uma pessoa está obrigada a dar, a fazer ou não fazer alguma coisa em proveito de outra<sup>2</sup>.

Assume grande importância no direito e nas relações interpessoais uma vez que o direito das obrigações são os responsáveis por estabelecerem para a sociedade um suporte econômico, uma vez que é através das relações jurídicas obrigacionais que se fazem circular riquezas, por meio das obrigações assumidas entre as partes, sejam devedores ou credores.

Partindo-se da premissa que o vínculo jurídico estabelecido entre o direito das obrigações é uma obrigação, elas se concretizarão por meio de obrigações de dar, fazer ou não fazer.

Silvio Rodrigues se propõe a definir o conceito de obrigação como:

*“é o vínculo jurídico de direito pelo qual alguém (sujeito passivo) se propõe a dar, fazer ou não fazer qualquer coisa (objeto), em favor de outrem (sujeito ativo).”<sup>3</sup>*

Se adentrarmos as mais diversas conceituações dadas pelos mais diversos juristas brasileiros iremos chegar a conclusão de que em todas as definições dadas existirão três figuras indispensáveis para a conceituação, são elas: os sujeitos, passivo e ativo, o vínculo jurídico entre eles e o objeto pelo qual se estabeleceu o vínculo jurídico, que nada mais é do que uma relação jurídica. Vale ressaltar que este objeto será sempre um valor econômico, ou uma prestação pecuniária.

Todo vínculo jurídico estabelecido entre duas ou mais pessoas, como nos casos das relações obrigacionais são regulamentados pelo ordenamento jurídico e em caso de descumprimento dos mesmos, vem acompanhados de sanções. Vide o artigo 389 do Código Civil:

---

<sup>2</sup> **LARROUSE.** Grande enciclopédia Larrouse cultural. São Paulo: Nova Cultural, vol. 17, 2004, p.4272

<sup>3</sup> **RODRIGUES, Silvio.** Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2007, v.2, p. 4

*“Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”*

O vínculo jurídico pode ser dividido em pessoal e material. O vínculo jurídico pessoal é o débito e o vínculo jurídico material é a responsabilidade. Via de regra em todas as relações obrigacionais estarão presentes os dois vínculos.

*“A obrigação é a própria consequência jurídica do negócio, com ele não se confundindo. Um contrato de compra e venda, por exemplo, e o negócio jurídico determinante do vínculo obrigacional existente entre credor e devedor, sendo portanto, a causa genérica da obrigação em si.”<sup>4</sup>*

#### **1.4. Contratos**

Contrato pode ser exprimido pela seguinte conceituação: acordo de vontades entre duas ou mais pessoas que assumem uma obrigação entre si.

Para Maria Helena Diniz, *“contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”*<sup>5</sup>

Assim, tem-se que os contratos são manifestações dos direitos das obrigações, seriam uma forma de concretização de direitos obrigacionais.

Alguns defendem não ser pacífico seu entendimento quanto ao significado, e assim nos coloca Orlando Gomes:

---

<sup>4</sup> **MIRANDA, Maria Bernadete.** Teoria Geral das Obrigações. Direito Brasil Publicações

<sup>5</sup> **DINIZ, Maria Helena.** Curso de Direito Civil brasileiro, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 30.

*“Não é pacífico o entendimento quanto ao significado da categoria designada pelo nome de contrato. Será para alguns, o acordo de vontades necessário ao nascimento da relação jurídica obrigacional; para outros, a própria relação. A aceitação da proposta pelo oblato impulsiona uma relação na qual, em sua forma mais simples, uma das partes assume a posição de credor e a outra de devedor quando as duas não tomam, correlatamente, em situação mais complexa as duas posições.”<sup>6</sup>*

Desse modo podemos concluir que os contratos podem assumir papel da própria relação jurídica obrigacional ou então podem simplesmente exprimir o acordo de vontades que dá origem a relação jurídica obrigacional.

Odiernamente os contratos são de suma importância pois estão inseridos no universo dos negócios jurídicos e especialmente no cenário econômico, assim hoje tem-se que os contratos possuem uma função social já com dispositivos legais, inclusive no próprio código civil em seu artigo 2.035, parágrafo único:

*“Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.*

*Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”*

A validade dos contratos exige alguns elementos, tais como: acordo de vontades, capacidade das partes, objeto lícito, possível e determinável, forma prescrita ou não defesa em lei. Há também alguns princípios básicos que regem os contratos, são basicamente quatro: autonomia da vontade,

---

<sup>6</sup> GOMES, Orlando. Contratos, 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.18.



supremacia da ordem pública, boa-fé objetiva e *pacta sunt servanda* ou obrigatoriedade dos contratos.

Além dos princípios que regem os contratos, subdividem-se em diversas modalidades, as quais veremos a seguir.

### **1.5.Modalidades de Contratos**

Os contratos poderão subdividir-se em diversas espécies, cada um caracterizado pela singularidade de alguns elementos.

Serão caracterizados e individualizados pela sua formação, das obrigações que o deram origem, dos benefícios que possam gozar as partes, da contraprestação, dos requisitos de sua formação, do seu papel na relação jurídica, de sua regulamentação legal, da ausência de regulamentação legal, das modalidades de execução, de sua função social, econômica. No entanto, deve-se ressaltar que todo contrato deverá orientar-se segundo os princípios básicos, capacidade de partes, idoneidade do objeto, legitimação.

Dentre as modalidades, analisaremos primeiramente as que são regidas segundo o consentimento das partes, esse consentimento poderá ser escrito, verbal, direto, expresso, tácito ou presumido, poderão ser então contratos consensuais, que são formados pela simples anuência das partes sobre determinado objeto em sua formação, podemos exemplificar com os contratos de compra e venda.

Poderão ser contratos reais, em que só se tornará ato jurídico perfeito se além do consentimento das partes houver a entrega do bem, objeto do contrato, da entrega do bem chamamos de tradição, a título de exemplo tem-se o depósito.

Das modalidades também podemos caracterizá-los segundo sua formação, quantidade de sujeitos na relação obrigacional, assim podem ser

unilaterais, bilaterais ou sinalagmáticos. Unilaterais seriam os contratos em que apenas uma das partes da relação assume uma obrigação, exemplo básico é a doação. Os bilaterais ou sinalagmáticos seriam os contratos em que as duas partes da relação assumem uma obrigação, como no caso do leasing por exemplo.

Temos também os contratos gratuitos ou onerosos, gratuitos pois somente uma das partes é beneficiada pela contraprestação, doação gratuita, onerosas pois tanto uma quanto a outra parte da relação auferem vantagens correspondentes às respectivas contraprestações, a locação é um exemplo.

Dentre as mais diversas variações os contratos também podem sofrer variações quanto a sua execução, de execução imediata, de prazo certo, ou continuada, que se prolonga no tempo.

Há também a variação quanto a forma do contrato, que podem ser solenes, não solenes, escritos, verbais, entre outros.

## **1.6. Leasing**

O designativo alienígena emana do idioma inglês, tendo sido criado pelo Direito dos Estados Unidos. É composto do sufixo ing, que exprime ação verbal, e do verbo to lease, traduzido no sentido de alugar ou arrendar. Acoplado o fonema ao verbo, vem a expressar o vocábulo ato ou processo de alugar ou arrendar. Mais simplesmente, locação ou arrendamento.<sup>7</sup>

Leasing é uma modalidade de contrato bilateral, via de regra solene, escrito, formal, oneroso, de execução diferida.

É tratado no ordenamento jurídico brasileiro como arrendamento mercantil e regulado pelo Código Civil, estudado pelo ramo comercial.

---

<sup>7</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Leasing. 4 ED. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. Pg17

## Segundo Maria Helena Diniz

*“É um contrato pelo qual uma pessoa jurídica ou física, pretendendo utilizar determinado equipamento, comercial ou industrial, ou certo imóvel, consegue que uma instituição financeira o adquira, arrendando-o ao interessado por tempo determinado, possibilitando-se ao arrendatário, findo tal prazo, optar entre a devolução do bem arrendado mediante um preço residual, previamente fixado no contrato, isto é, o que fica após a dedução das prestações até então pagas. Trata-se do financial leasing, norte americano e do creditbail dos franceses”.*<sup>8</sup>

Depreende-se dos conceitos acima que o contrato de leasing é composto pelo acordo de vontades entre duas partes, uma delas podendo ser uma instituição financeira ou sociedade, a depender da modalidade do leasing, cujo objetivo é arrendar ou locar um bem com a possibilidade de compra deste mesmo bem ao final de um termo a ser estabelecido em contrato.

Tem como uma das partes a figura do arrendador, que poderá, como supramencionado, ser instituição financeira ou sociedade cujo contrato social assim o defina, que seria o proprietário do bem, e tem-se a figura do arrendatário, que seria a pessoa interessada no bem, objeto do contrato, e sua possível aquisição.

*“Para Arnaldo Wald, trata-se de um contrato pelo qual uma empresa, desejando utilizar determinado equipamento, ou um certo imóvel, consegue que uma instituição financeira adquira o referido bem, alugando-o ao interessado por prazo certo, admitindo-se que, terminando o prazo locativo, o locatário possa optar entre a devolução do bem, a renovação da locação, ou a compra pelo preço residual fixado no momento inicial do contrato”.*<sup>9</sup>

É a modalidade contratual muito utilizada para bens de grande valor econômico, que exija grande aporte, e que não se podendo adquirir de

---

<sup>8</sup> **DINIZ**, Maria Helena. Dicionário Jurídico, Vol. II, Pág. 69

<sup>9</sup> **RIZZARDO**, Arnaldo. Leasing. 4 ED. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. Pg19

imediatamente busca-se como solução viável para eventual aquisição o contrato de leasing uma vez que esse tipo de contrato permite que o arrendatário fique na posse do mesmo, podendo-se dele valer para uso. Podem ser objetos dos contratos de leasing bens móveis ou imóveis. É modalidade muito utilizada pelas empresas de aviação civil uma vez que os valores de cada aeronave é muito alto, e não se tendo condições de aquisição imediata é a solução mais viável para manutenção do negócio.

## **2.0.Aspectos do Leasing no Direito Brasileiro**

### **2.1.Resumo histórico do Leasing**

São diversas as teorias dos primórdios da história do leasing. Alguns afirmam que o instituto pode ser verificado no Código de Hamurabi com a regulamentação das relações comerciais e de propriedade, outros afirmam que tal instituto pode ser verificado à época de 3.000 a.C. na época dos faraós do Egito em que nas relações comerciais era permitido a um homem de posses de bens ou escravos alugá-los a outros da mesma condição econômica e também era possível o aluguel de determinada propriedade de determinada pessoa ser alugada por outrem que assim não tivesse condições de se consagrar proprietário.

É também possível verificar na época da Idade Média a existência rudimentar do leasing quando os senhores feudais alienavam seus bens não exigindo o pagamento à vista do adquirente, e enquanto não fosse pago a integralidade do valor estipulado, o direito real de garantia do imóvel permanecia com o alienante perpetuamente.

Na década de 20 tem-se operações assemelhadas ao leasing mas mais na forma de *renting* em que existiam figuras semelhantes as do leasing, como locador, que era o próprio fabricante do equipamento, e a assistência técnica seria prestada pelo mesmo, nessa modalidade não há a previsão da figura de uma instituição financeira, nem tampouco a possibilidade de compra.

Muitas grandes empresas americanas adotaram essa modalidade de operação, uma delas foi a IBM – International Bureau Machines.

Como na modalidade *renting* não existia a figura de uma instituição financeira era tratado com o leasing industrial ou operacional, na época da insutrialização essa era uma sída para as empresas que desejassem e precisassem de determinado equipamento e não pudessem dispor do capital de giro do negócio.

Após essas idéias primárias de leasing, tem-se que o leasing propriamente dito e figura até hoje utilizada surgiu nos Estados Unidos na década de 50, muito embora muitos considerem o ano de 1941 quando foi promulgada lei norte-americana que tratava dos empréstimos e arrendamentos, denominado Lend Lease Act, que o governo instituiu com a finalidade de fornecimento de material bélico a países de seu eixo de aliados na Segunda Guerra Mundial em que impunha a devolução ao final do termo ou então a aquisição por valor previamente estipulado.

Mais especificamente em 1952 foi que o leasing financeiro, aquele que possui participação de uma instituição financeira ou sociedade cujo contrato social possui tal fim teve sua estruturação.

*“Lembra, a respeito, P.R.Tavares Paes:” Proprietário de uma grande empresa na Califórnia, e tendo recebido enorme encomenda, engendrou um sistema de arrendamento de bem,s de equipamentos, de maquinaria, sem o dispêndio de capital. Criou ele, em 1952, uma sociedade com capital de 20 mil dólares Empresa esta que denominou “U.S. Leasing Boothe Junior”, e que em 1962 o capital já alcançava a cifra de oito milhões de dólares.”<sup>10</sup>*

Muito embora alguns doutrinadores contestem a primazia de referida empresa, incontestável é que os Estados Unidos foi o país que mais se desenvolveu nessa atividade negocial, e o surto deste progresso não poderia

---

<sup>10</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Leasing. 4 ED. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. Pg26

deixar de atingir os bancos, que hoje operam diretamente nessa modalidade de contrato.

## **2.2. Leasing no Direito Brasileiro**

Não há uma data muito precisa de quando a prática contratual do leasing teve início no Brasil. A normatização da mesma se deu em 1974 por meio da Lei n.º 6.099, no entanto estima-se que essa prática ocorria desde a década de 1960, especialmente nas grandes capitais que também são grandes pólos industriais como Rio de Janeiro e São Paulo.

A primeira empresa que passou a operar com leasing formalmente foi fundada em 1967 e era denominada “Rent-a-Maq”. Muito embora a ABEL – Associação Brasileira de Leasing tenha sido fundada antes da sistematização legal que visava atuação juntamente aos pioneiros do ramo e tinha como proposta a regulamentação do instituto, resolver questões relacionadas a tributação do leasing e também visava a divulgação do instituto como forma alternativa para o financiamento de bens.

A regulamentação precursora do leasing no Brasil tornou viável o arrendamento mercantil na seara empresarial. A priori foram regulamentados os aspectos tributários da operação. Segundo o projeto de lei da época e sua tímida regulamentação pode-se concluir que o objetivo maior não era a sistematização legal da natureza jurídica do negócio nem tampouco quais as modalidades de empresas que poderiam fazer parte deste ramo de negócio, há somente uma breve especificação na Lei 6.099 com redação da Lei 7.132 que prevê em seu artigo 9º o seguinte:

*“As operações de arrendamento mercantil contratados com o próprio vendedor do bem ou com pessoas jurídicas a ele vinculadas, mediante qualquer das relações previstas no art. 2º deste 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.”*

Segundo a mesma lei, forte em seu artigo 2º a previsão do denominado leasing operacional, modalidade esta em que o objeto do contrato é contratado diretamente com seu fabricante, não está devidamente inserto na regulamentação, vejamos a redação do artigo:

*“Não terá o tratamento previsto nesta lei o arrendamento de bens contratado entre pessoas jurídicas direta ou indiretamente coligadas ou interdependentes, assim como o contratado com o próprio fabricante.”*

No entanto, ante a habitualidade da operação foi criada uma resolução de n.º 2.309 que instituiu um novo conceito de arrendamento mercantil operacional, muito embora haja definição do mesmo o ordenamento jurídico brasileiro coíbe a prática deste contrato.

No nosso ordenamento jurídico existem outras modalidades de leasing previstas, o *lease back* por exemplo é um deles.

A seguir veremos as diversas modalidades de leasing e quais os tratamentos que os mesmos recebem na legislação brasileira.

### **3.0.Modalidades de Leasing**

#### **3.1.Leasing Operacional**

A modalidade de leasing financeiro pode ser entendida como uma relação mais conhecida como *renting* em que ocorre a locação de material ou instrumento com cláusula de prestação de serviços e ao final do contrato existe a possibilidade de compra do objeto contratado, sejam eles instrumentos ou material, podendo rescindir a qualquer tempo, observado que prazo que for pactuado para tal fim.

Segundo a história do leasing referida modalidade foi a primeira surgida em meados dos anos 1920 nos Estados Unidos. Modalidade esta muito utilizada para bens de fácil inserção no mercado.

O leasing financeiro possui as seguintes características: a figura do arrendador é caracterizada pelo fabricante do produto ou do bem, a duração do leasing vai ser definida pela necessidade de tempo que o locador precisará do bem, o locador receberá assistência técnica da empresa arrendadora, não há a figura da instituição financeira nesse tipo de contrato, os riscos pelo aluguel do bem ficam a cargo do locador, o mesmo bem pode ser locado mais de uma vez a diferentes locatários, contém a opção de compra ao final do contrato.

Nessa modalidade contratual os bens mais comuns são veículos leves ou pesados, materiais standardizados e máquinas de xerox e eletrônicos.

Como dito anteriormente, essa modalidade de leasing não encontra respaldo na lei n.º 6.099/74, conforme se depreende do artigo 2º supramencionado, mas há que se ressaltar que tal prática não é proibida, somente não terá os benefícios fiscais que as demais práticas do leasing previstas na referida lei.

O leasing financeiro é muito confundido com a locação, mas deve-se lembrar que no leasing o pagamento das parcelas referente a locação são o meio de amortizar o preço total do bem.

A Res. 2.309/96 instituiu novo tratamento a essa modalidade de leasing, introduziu o mesmo na sistemática negocial mas extinguiu a modalidade de contratação junto ao próprio fabricante, muito se assemelhando ao tratamento do leasing financeiro.

O artigo 6º da citada resolução dispõe:

*“Considera-se arrendamento mercantil operacional a modalidade em que:*



*I- as contraprestações a serem pagas pela arrendatária contemplem o custo de arrendamento do bem e os serviços inerentes à sua colocação à disposição à arrendatária, não podendo o total dos pagamentos da espécie ultrapassar a 75% (setenta e cinco por cento) do custo do bem arrendado;*

*II- as despesas de manutenção, assistência técnica e serviços correlatos à operacionalidade do bem arrendado sejam de responsabilidade da arrendadora ou da arrendatária;*

*III- o prazo para o exercício da opção de compra seja o valor de mercado do bem arrendado*

*Parágrafo único. As operações de que trata este artigo são privativas dos bancos múltiplos com carteira de arrendamento mercantil e das sociedades de arrendamento mercantil”.*

Com referida resolução também houve alteração com relação ao tratamento tributário estendido agora às operações de leasing operacional.

No entanto referida resolução não se aplica para fins administrativos nas relações constantes entre o Banco Central e as empresas arrendantes por contrariar a Lei 6.099/74.

O leasing operacional é uma das modalidades muito utilizadas para o leasing de aeronaves em razão de seus benefícios com relação a possibilidade de compra ao final de contrato e o pagamento da locação servir como meio de amortização do pagamento do valor total do bem, bem como em relação a manutenção da aeronave.

### **3.2. Leasing Financeiro**

É a modalidade de leasing mais conhecida como leasing bancário uma vez que é muito comum a participação de uma instituição financeira como arrendadora do bem objeto do contrato.

É também conhecido como *financial lease*, *full payout leasing*, *leasing puro* ou *leasing* propriamente dito.

A característica mais marcante neste tipo de contrato é que diferentemente do que ocorre no leasing operacional a figura do locador não é mais o fabricante ou importador do objeto, nesse caso passa a ser uma empresa do ramo de leasing que figura como locadora. Nesses casos há a aquisição do bem pela empresa que entabula contrato de arrendamento mercantil com o interessado no bem.

*“A distinção com a forma operacional, ou o renting, está no acentuado caráter de locação que domina nesta espécie, sem haver a necessidade de cláusula de opção, e com a possibilidade de rescisão a qualquer momento. No leasing financeiro domina o sentido do financiamento.”<sup>11</sup>*

Segundo a legislação aplicável, qual seja, a Lei n.º 6.099/74 tanto a empresa quanto o interessado no bem usufruem de alguns benefícios fiscais, com as deduções no imposto de renda, previsão esta que não abrange o leasing operacional.

Inicialmente nesta modalidade contratual existia a figura de um corretor, um intermediário, mas atualmente as instituições bancárias passaram a dominar esse tipo de operação, seja de maneira direta como os *bankers lessors* ou por meio indireto através de subsidiárias, que seriam as *bankers leasing corporation*.

O leasing financeiro conta com as seguintes particularidades: o contrato é por prazo previamente determinado, são fixados esses prazos de acordo com a vida útil do bem, se bens pouco duráveis, de vida útil igual ou inferior a cinco anos é comum estipular-se o prazo de 02 anos, caso sejam bens de vida útil superior a esses cinco anos é comum se estabelecer o prazo de três anos, diverso no que ocorre no arrendamento mercantil operacional cujo prazo comum a ser estipulado são de 90 dias.

---

<sup>11</sup> Ob. Cit. p.14

O valor do aluguel é estipulado proporcionalmente ao valor do bem, é irrelevante considerar para arbitramento do valor também o nível de aproveitamento do bem, conseqüentemente por se estabelecer o valor sob o parâmetro valor do bem prepondera nesses tipos de contrato a análise da capacidade financeira do arrendatário, nem também é levado em consideração valor residual que resta do bem na data fim do arrendamento.

Não há responsabilização por parte da financeira ou empresa que o valha quanto a manutenção, o objeto de arrendamento pode ser qualquer bem, há a possibilidade de compra do bem ou renovação do contrato, a responsabilidade ficará a cargo da firma locadora quando se tratar de responsabilidade quanto a propriedade e o valor do bem a ser investido pela locadora serão totalmente absorvidos pelo valor do arrendamento.

Esta é outra modalidade muito utilizada para possível aquisição de aeronaves uma vez que esses bens são de grande valor econômico e é possível a aquisição do bem sem ter que pensar em valor residual.

### **3.3. Lease Back**

Essa modalidade de leasing não foi incorporada pelo ordenamento jurídico brasileiro, no entanto possui respaldo no Decreto-Lei n.º 1.892/91, isto porque é utilizado como forma de arrendamento mercantil nos contratos comerciais.

Na modalidade em foco, o fornecedor e o locatário são a mesma pessoa, visando capitalizar-se. Na qualidade de locatário, a pessoa visa empréstimo pecuniário e vende algum bem de seu patrimônio jacente ao locador recebendo o valor de volta, por isso o nome back, que em inglês significa volta.

Após a venda do bem e recebimento do valor, o locador recebe o bem em locação de modo que a ele cabem duas opções, a aquisição do bem ao final do contrato ou não.

Em relação aos bens que podem ser objetos dessa modalidade de leasing, eles podem ser imóveis e sua transferência pode se dar via contrato de compra e venda. Assim teria-se um contrato de compra e venda de imóvel do proprietário que transferiria esse bem à qualquer instituição financeira ou sociedade que opera no sistema leasing.

Nesse diapasão, o bem imóvel seria locado ou arrendado ao antigo proprietário, que figuraria como locatário, que pagaria então um valor ou contraprestação pecuniária. Tal contraprestação poderá ser fixada com valores a serem pagos mensalmente, bimestralmente, semestralmente, tudo dependerá do que ficar acordado entre as partes, bem como o contrato poderá ou não ser prorrogável no tempo, como mencionado acima, tudo ficará a critério do que for pactuado.

O imóvel, objeto desta modalidade de contrato, ao final poderá ser adquirido, devolvido ressaltando-se que o valor residual garantido ficará a cargo do possível adquirente.

Essa modalidade de leasing é muito utilizada por empresas que visam colocar como objeto do contrato bens de grande vulto econômico.

#### **3.4. Self Lease**

Como dito anteriormente, muito da nomenclatura utilizada nos contratos de leasing advém da língua inglesa. Assim também o self lease. Self significa auto, próprio, pessoa, tem-se então uma modalidade de leasing cuja denominação significa auto lease, leasing consigo mesmo ou leasing com empresas de um mesmo grupo financeiro.

*“Esclarece Celso Benj6: O self-leasing 6 uma modalidade de financial lease e pode, basicamente, assumir duas formas: na primeira as partes contratantes (lessee and lessor) est6o vinculadas, ou seja, possuem um elo que lhes permite ser classificadas ora como sociedade controladora e controlada, ou mesmo como sociedade coligadas. Na segunda 6 o pr6prio fabricante que assume o papel de financiador e utiliza o leasing como m6todo de financiamento. Distinguindo esta forma do financial self, diz que “neste 6ltimo, o fabricante, o financiador que utiliza o leasing em suas opera76es e o locat6rio s6o pessoas distintas. J6 no primeiro, em uma de suas formas, h6 um v6nculo intersociet6rio entre o financiador e o lessee; e em outra, o pr6prio fabricante promove o leasing de seus produtos”<sup>12</sup>*

Nessa modalidade existem duas esp6cies, o primeiro pode se dar por vincula76o e a segunda via fabricante.

A especial por vincula76o demanda a exist6ncia de duas empresas coligadas ou interdependentes entre si, isto porque o que ocorre nesses casos 6 que no leasing o objeto de neg6cio sera um bem espec6fico em que a arrendat6ria e arrendadora ir6o negociar entre si.

J6 na outra esp6cie o que ocorre com a celebra76o do contrato de leasing 6 que um fabricante assume o papel de financiador e financia um bem espec6fico a um arrendat6rio.

### **3.5. Lease Purchase**

6 uma modalidade de leasing em que a opera76o consiste basicamente na emiss6o de certificados semelhantes a deb6ntures por um trustee de modo que este vai adquirir numer6rio suficiente para obten76o do bem, objeto do contrato.

---

<sup>12</sup> Ob. Cit. p. 14

Após a entrega do bem e mediante o adimplemento de todas as obrigações assumidas, a empresa locatária poderá resgatar cada um desses certificados.

### **3.6. *Dummy corporation***

Neste tipo de operação há a figura de uma sociedade entre investidores e arrendatários. No caso referida sociedade emite debêntures, essas debêntures serão adquiridas pelos investidores até atingir o numerário suficiente para aquisição dos bens. Tal sociedade é representada por um *trustee*.

Ao atingir o montante necessário a sociedade adquire o bem específico a fim de locá-lo a terceiro, aí os valores das prestações referentes aos alugueres serão pagos ao *trustee*, que na verdade figura como testa de ferro da operação.

### **3.7. Extinção do Contrato de Leasing**

Os contratos podem ser extintos por diversas maneiras. A primeira maneira que vem a mente seria a resolução do contrato por adimplemento das obrigações, mas seguem algumas outras modalidades.

Pode-se haver extinção do contrato por morte do arrendatário, quando se tratar dele pessoa física. Quando se tratar de pessoa jurídica e não havendo a extinção no estatuto social da empresa sobrevivendo a morte de um dos sócios não é automaticamente extinto o contrato.

Outra modalidade de extinção do contrato pode ser por superveniência de caso fortuito ou força maior, que seriam institutos de difícil previsibilidade, que não podem ser evitados pois não há o elemento culpa, mas provocam consequências ou efeitos para outras pessoas. A supressão da responsabilidade exime da obrigação.

Assim, presente uma das situações de imprevisibilidade, tanto no caso fortuito quanto na força maior a extinção do contrato se dará quando a obrigação se tornar impossível, impossibilidade esta absoluta e não relativa. A inevitabilidade do evento deve estar fora do alcance do poder humano, pois uma vez que esta estiver dentro do alcance humano não poderá o contratante furtar-se da obrigação, bem como é muito provável que a situação tenha expressa previsão no contrato.

Outra modalidade de extinção do contrato é pelo término do prazo. Findo o prazo contratual pactuado entre as partes, encerram-se as relações entre as mesmas. Aplica-se *ipsis literis* o artigo 1.194 do Código Civil:

*“A locação por tempo determinado cessa de pleno direito findo o prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso”.*

Assim o término consiste no fim do contrato, muito embora tenham as partes a faculdade de renovação do mesmo, o que não implica na não extinção.

A resolução pelo inadimplemento das obrigações é também outra modalidade de extinção dos contratos de leasing. Tal modalidade consiste em falta de pagamento das prestações pactuadas a título de locação ou atraso das mesmas por parte do locatário. Pode ocorrer também a figura da sublocação do bem arrendado a terceiro.

Tal modalidade poderá implicar em sérias consequências ao arrendador que poderá ter dificuldades em arrendar novamente o bem ou coloca-lo à disposição no mercado.

O perecimento do bem em virtude de acidente ou sinistro também é outra modalidade de extinção do contrato de leasing. Nesse caso há a

possibilidade de extinção do contrato no entanto caberá a locadora o direito as indenização correspondente pelo valor do bem, e nesse caso independe se o perecimento do bem tenha se dado por caso fortuito ou força maior. É muito comum para resguardar esse tipo de evento a contratação de seguros.

Outras causas extintivas dos contratos de leasing podem ser por acordo entre as partes, dissolução de sociedade arrendante ou cessação de sua atividade, existência de condição resolútoría. Aqui o rol é exemplificativo e não taxativo, então existem inúmeras causas de extinção do contrato.

#### **4.0.Especificidades do Contrato de Leasing Aeronáutico**

##### **4.1.Legislação Aplicável**

A legislação brasileira aplicável ao leasing de aeronaves são o Código Brasileiro de Aeronáutica que trata das definições de aeronaves entre outros, Lei n.º 6.099/74 que dispõe sobre o tratamento tributário dado aos contratos de leasing alterada pela Lei n.º 7.132/83, Portaria n.º 564 de 03 de novembro de 1978 que dispõe sobre o IR – Imposto de Renda nas operações de arrendamento mercantil, Portaria MF n.º 140, de 27 de julho de 1984 que estabelece normas às contraprestações de arrendamento mercantil, Portaria MF n.º 113, de 26 de fevereiro de 1988 que dispõe sobre a depreciação de bens objeto de arrendamento mercantil, o Código Civil que vai reger as questões acerca das relações obrigacionais e sobre as responsabilidades e a Constituição Federal.

Fazem parte também da legislação aplicável resolução n.º 2.309 de 28/08/96 que consolida as normas relativas às operações de arrendamento mercantil, resolução n.º 2.465/98 que altera a resolução n.º 2.309 de 28/08/96, Lei n.º 11.182/05 que cria a ANAC, decreto n.º 5.731/06, e Lei n.º 11.371 de 28 de novembro de 2006.



## **4.2.Tratados Internacionais**

Os Tratados Internacionais que compõem a parte de legislação aplicada e que o Brasil é signatário são: a Convenção de Varsóvia assinada em 12 de outubro de 1929, que versa sobre a unificação de regras relacionadas ao transporte aéreo internacional, a Convenção de Chicago ratificada em 26 de março de 1946 e promulgada pelo Decreto-Lei nº 21.713 de 27 de agosto de 1946 que estabeleceu a OACI – Organização da Aviação Civil Internacional como agência especializada da ONU – Organização das Nações Unidas para regular e ordenar o transporte aéreo internacional, a Convenção de Montreal que também versa sobre regras do transporte aéreo internacional.

## **5.0.Cláusula Hardship**

### **5.1.Teoria da base objetiva do negócio jurídico**

A teoria da base objetiva do negócio jurídico foi desenvolvida por Karl Larenz, jurista do direito alemão. Este procurou desenvolver uma teoria completa acerca da teoria da base do negócio jurídico e cumprimento dos contratos. Mas existe uma figura também de suma importância que antecede Karl Larenz que foi Paul Oertmann, advogado civilista alemão que desenvolveu também análise referente a base do negócio jurídico.

Karl Larenz desenvolveu análise sobre a base do negócio jurídico e subdividiu essa análise em duas acepções, objetiva e subjetiva. Assim o fez uma vez que acreditava que a jurisprudência não aceitaria uma teoria unitária. Estudaremos aqui somente a base objetiva.

Para Larenz e a construção da base objetiva do negócio jurídico, os contratos deveriam ser analisados de maneira mais aprofundada, não de maneira tão singela que apenas considerassem o que as partes gostariam que fosse seu significado. Deveriam ser levadas em consideração circunstâncias que extrapolassem o literal objetivo que levaram aquela pactuação, a título de exemplo dessas circunstâncias, seriam os fatores econômicos, culturais, sociais que estão aquém da escrita *ipsis literis* de um contrato.

Então tem-se que para a formação de um vínculo os elementos motivadores são essenciais e devem ser levados em consideração na execução de um contrato sob pena deste não exprimir a verdadeira intenção das partes.

Deve-se ressaltar que não são quaisquer elementos que integrarão a base objetiva do negócio, como o próprio nome diz, as de caráter subjetivos não são levadas em consideração.

Importante entender que o foco da base objetiva do negócio jurídico consiste na seguinte questão: quais os requisitos para e revisão contratual? Aí nos depararemos com duas questões de suma importância, duas barreiras na verdade, a questão da boa-fé que traz implicância direta com a quebra da relação paritária no contrato, e a outra seria a análise da função social do contrato ante a não possibilidade de execução do contrato nos seus exatos termos.

Está diretamente ligada a cláusula *hardship* uma vez que a mesma é por sua essência uma cláusula para revisão e manutenção do equilíbrio contratual em caso de impossibilidade de cumprimento do mesmo.

## **5.2.Cláusula Hardship e princípio da boa-fé contratual**

A cláusula *hardship* é uma cláusula inserida nos contratos com o fim de renegociação dos contratos quando da ocorrência de algum fato superveniente que implicaria em alteração do equilíbrio contratual.

Visa a renegociação para retomada pelos contratantes dos termos contratuais originários, ou seja, os termos apostos inicialmente. É muito utilizada para não prejudicar nenhuma das partes contratantes.

Em virtude do seu caráter de renegociação, as partes irão renegociar o contrato tentando ao máximo restabelecer as condições do contrato originário, e quando as partes não o fizerem será designada uma pessoa para tal.

Para isso deverão adaptar o contrato à nova realidade ou podem simplesmente estipular cláusula com multietapas (*multi-tiered dispute resolution system*) para a solução de eventual controvérsia, podendo-se com a mesma cláusula socorrerem-se da arbitragem.

Com o dever de renegociação do contrato teríamos então um contrato incompleto por determinação das partes, que deverão ser guiadas pelos critérios estabelecidos inicialmente, uma vez que a *hardship* existe para tal fim, impondo-se a estipulação de novas cláusulas ante a nova condição ao que o contrato se insere. Condição esta superveniente à época da contratação e não previsível.

Com a condição superveniente se abre uma lacuna contratual na qual as partes terão de se reajustar, renegociar, ou seja, o adimplemento do contrato seguirá um curso diverso daquele preliminarmente pactuado e objetivado.

Uma vez que surge uma lacuna em decorrência de evento imprevisível, caberá aos contratantes dirimir a nova condição contratual de modo que os riscos econômicos que dele podem advir ficarão paritariamente sobre ambas as partes a partir da renegociação.

Nesse diapasão segue a boa-fé contratual, que por sua vez regerá a renegociação. Uma vez estipulada a cláusula *hardship* aposta para renegociação, tem-se que o objetivo aqui é um só, de restabelecer condições para o cumprimento do contrato sem que isso afete negativamente qualquer das partes.

Sabe-se que a boa-fé objetiva nada mais é do que um princípio a reger normas de conduta entre as partes contratantes. Ela está implícita em todo e qualquer contrato, assim sendo ela deverá reger também a condição de renegociação que a cláusula *hardship* impõe.

Regerá as condições de renegociação de modo a impedir a onerosidade excessiva para uma das partes por exemplo, restabelecendo as condições iniciais contratuais.

Segundo preceitua nosso ordenamento jurídico no Código Civil em seus artigos 422 e 113 temos as seguintes disposições acerca da boa-fé:

*“Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução os princípios da probidade e boa-fé”*

*“Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”*

Podemos concluir que é exigível das partes contratantes a regência desse princípio básico nas condições em que se fizerem necessária a adoção da cláusula *hardship*.

### **5.3. Equilíbrio Contratual**

O equilíbrio contratual é um princípio contemplado pela nossa Carta Magna e deve ter aplicabilidade sobre todos os contratos fonte do artigo 3º, inciso I o seguinte: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Assim, não há que se tratar da relação contratual sem que haja equilíbrio entre as partes muito embora tal questão se esbarre na autonomia da vontade das partes contratarem.

Nesse sentido ainda, valerá o equilíbrio contratual como mecanismo para alcançar os objetivos trazidos pela nossa Constituição Federal.

O ideal no prisma contratual é que haja um equilíbrio entre as partes de modo a não implicar em vantagem ou onerosidade excessiva somente a uma das partes na relação jurídica, devendo haver uma paridade jurídica entre elas.

Esta intrinsecamente ligado a cláusula *hardship* uma vez que se dá através dela a renegociação contratual em caso de desequilíbrio em

decorrência de fato superveniente e imprevisível que provocariam um desequilíbrio e não permitiria que a vontade inaugural de contratar fosse mantida.

#### 5.4.Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade vem de forte influência do direito alemão.

*Este princípio, ao ser inferido num modelo de Estado social e democrático de direito, possui o condão de aprimoramento do sistema de garantias a ele imanente, na busca incessante do interesse social corroborado no interesse público<sup>13</sup>.*

Tal princípio tem por objetivo a manutenção do equilíbrio dos direitos sociais previstos na Carta Magna com as expectativas da sociedade. Preceitua que nenhum princípio ou garantia constitucional possui valor absoluto de modo a se sobressair sobre outra garantia de valor semelhante.

Pode-se extrair do princípio da proporcionalidade é que o mesmo procura proteger os direitos e garantias fundamentais e harmonizar os interesses e a questão da valoração dos próprios direitos de modo que nenhum goze de valor absoluto sobre outro.

*“A proporcionalidade é uma máxima, um parâmetro valorativo que permite aferir a idoneidade de uma dada medida legislativa, administrativa ou judicial. Pelos critérios da proporcionalidade pode-se avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, bem como, se outras menos gravosas aos interesses sociais não poderiam ser praticadas em substituição àquela empreendida pelo Poder Público”<sup>14</sup>*

O princípio da proporcionalidade se aplicado aos contratos está no mesmo enfoque do equilíbrio contratual e a cláusula *hardship* em que nenhum

---

<sup>13</sup> DE OLIVEIRA PALERMO, Fernanda Keller: <https://jus.com.br/artigos/2736/o-principio-da-proporcionalidade-e-as-sancoes-penais-nos-contratos-administrativos> acesso em 22/05/2017

<sup>14</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Colisões entre princípios constitucionais. Curitiba: Juruá, 2006.

interesse individual deva prevalecer sobre o outro, afinal de contas se nos basearmos pelo manto da Carta Magna todos são iguais perante a lei.

Então pois, a regra da proporcionalidade será analisada sob o ângulo de não extrapolar nenhum direito individual sobre o outro, em se tratando das partes contratantes, de modo a não operar qualquer lesão ou injustiça contratual, mesmo se sobrevier qualquer evento que implique no desequilíbrio contratual.

### **5.5.Função Social dos Contratos**

O instituto da função social dos contratos tem a prerrogativa de promover o bem comum e seus interesses sociais a ele relacionados, de modo a promover uma sociedade justa.

*“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”*

O artigo acima está inserido no Código Civil vigente. Dispõe que os limites em contratar deverão atender os limites da função social do mesmo. Essa premissa é consequência da função social da propriedade inserta na Constituição Federal à luz de seu artigo 5º, incisos XXII e XXIII.

O imperativo que se traduz à luz da função social dos contratos seria de que o mesmo não poderá ser utilizado para atividades abusivas, que venha a causar algum dano a uma das partes ou terceiros.

*“Trata-se se, sem sombra de dúvida, do princípio básico que deve reger todo o ordenamento normativo no que diz respeito à matéria contratual. O contrato, embora aprioristicamente se refira somente às partes pactuantes (relatividade subjetiva), também gera repercussões e –*

*por que não dizer? – deveres jurídicos para terceiros, além da própria sociedade, de forma difusa.”<sup>15</sup>*

Depreende-se pois que referido estatuto está intimamente ligado à boa-fé, a proporcionalidade e ao equilíbrio contratual. Está precipuamente ligado ao interesse coletivo, uma vez que as manifestações contratuais refletem diretamente nele. Tenta-se também por meio de referido instituto tornar as relações jurídicas entre particulares mais justas.

Assim intimamente está relacionado a cláusula *hardship* que preza pelo equilíbrio contratual entre as partes por meio da possibilidade de renegociação, cumprindo assim a função social do contrato sem causar nenhum dano nem às partes nem a terceiros.

#### **5.6. Cláusula *rebus sic stantibus***

Em uma visão ampla da cláusula *rebus sic stantibus* consideramos ela como uma cláusula contratual cujo objetivo é a manutenção dos contratos ao seu estado original.

A partir dessa concepção surgiram diversas teorias que tratam a questão da revisão contratual, dentre elas está a já acima elucidada teoria da base objetiva do negócio jurídico.

Analisando a cláusula sob um enfoque mais específico tem-se que a *rebus sic stantibus* é sinônimo de imprevisão. Imprevisão esta que deve ser interpretada de modo limitado uma vez que para sua adoção necessário se faz o preenchimento de determinados requisitos.

Para alguns doutrinadores a aplicabilidade da cláusula dar-se-á nos casos em que a alteração das condições contratuais não tenham sido ocasionadas por culpa do devedor, bem como a alteração não poderia ser de fácil previsibilidade e a mudança do *status* do contrato deveria ser significativa ao ponto de que se fosse prevista as partes não se obrigariam de tão lesiva.

Referida cláusula são comumente encontradas em contratos de longa duração, de prestação continuada, como exemplo os contratos de leasing de aeronaves.

O estabelecimento da cláusula foi para manutenção do equilíbrio contratual em caso de algum evento imprevisível acabe por vir a causar desequilíbrio e prejudicar uma das partes. Muito se assemelha a cláusula *hardship* que também tem por objetivo o restabelecimento do equilíbrio contratual.

## **6.0. Leasing de Aeronaves e a Cláusula *Hardship***

### **6.1. Importância, Função e Aplicabilidade da Cláusula *Hardship* nos contratos de Leasing de Aeronaves**

Como é cediço, os contratos de leasing são contratos de prestação continuada, ou seja, que se perduram no tempo. Não é diferente nos contratos de leasing de aeronaves.

Os contratos de leasing de aeronaves envolvem grande vulto econômico em razão do objeto do contrato ser de grande valor.

Assim, dos contratos de grande valor que perduram ao longo do tempo, podendo-se dizer por anos, tem-se que estes contratos estão sujeitos as mais variadas situações em seu decorrer.

Podem então sofrer variações econômicas, sociais, pessoais e até sofrer alterações com os eventos imprevisíveis como nos casos de caso fortuito e força maior.

Variações econômicas podem se dar por meio de variação cambial, por exemplo, sociais quando uma empresa aérea não consegue atingir sua meta de vendas e pessoais quando as partes contratantes sofrem algum desiderato, infortúnio sem poder prevê-los.



Desse modo temos então o papel significativo e substancial da cláusula *hardship* nos contratos de leasing de aeronaves.

A cláusula vai permitir a renegociação do contrato caso haja qualquer evento imprevisível que venha a ocasionar eventual não cumprimento do contrato em seus termos iniciais.

Além disso é uma cláusula que estabelece uma segurança jurídica maior entre as partes negociantes, por isso seu papel em um contrato de leasing aeronáutico é fundamental, em especial por se tratar de contrato de execução diferida.

Assim, eventos imprevisíveis, danoso ou que possam vir a desequilibrar a relação contratual poderão ser renegociáveis e poderão as partes tentar restabelecer o equilíbrio, a proporcionalidade e a função social do contrato, relativizando pois a máxima da *pacta sunt servanda*.

## 7.0. Conclusão

Os contratos de *leasing*<sup>16</sup> aeronáutico hoje representam quase a totalidade na modalidade dos contratos que envolvem aeronaves no mundo, é considerado um indispensável instrumento para a efetivação dos contratos de compra e venda do referido objeto no cenário mundial, especialmente no Brasil.

An airplane is a piece of aluminum surrounded by sky, fitted with two, three, or four large burners filled with highly flammable kerosene. Bankers fill it with money, airlines fill it with as many passengers as it will carry, and then the crew sets fire to it. Opinião de executivo desconhecido de uma companhia aérea regional europeia durante seminário da *International Air Transport Associations (IATA) Aircraft Financing Seminar in New York* citado no prefácio do livro *Handbook of Airline Finance*.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Contrato de natureza econômica e financeira, pelo qual uma empresa cede em locação a outrem um bem móvel ou imóvel, mediante o pagamento de determinado preço.

<sup>17</sup> FARAH, Eduardo Teixeira – Leasing de aeronaves civis no direito brasileiro – aspectos jurídicos relevantes/ Eduardo Teixeira Farah. – Rio de Janeiro: Renovar, 2007; p.1,

A citação acima reflete um pouco a abrangência do tema quando se trata de aeronaves. Depreende-se que diversos aspectos estão incluídos na citação, bem como os diversos interesses: econômicos, sociais, desde a complexidade do bem, as partes a se relacionarem em qualquer tipo de operação jurídica. O estudo faz parte da seara do direito privado em que prevalece o financiamento como meio de compra/aquisição de aeronaves, e vem conexo a diversos negócios jurídicos.

Como parte da popularização e aumento da demanda do transporte aéreo no mundo<sup>18</sup> vem, conseqüentemente crescendo o mercado de aeronaves, emergindo a necessidade do aumento de linhas de crédito para comercialização de tais produtos e, nesse diapasão, um aumento significativo de contratos de *leasing*.

As peculiaridades dos negócios jurídicos relacionados ao direito comercial aeronáutico faz surgir uma classe profissional capaz de atender as demandas do mercado, e no campo do direito surgem estudos mais focados neste assunto, tornando-se parte importante para o desenvolvimento da indústria aeronáutica.

No cenário atual existem diversas companhias aéreas, especialmente com o movimento de privatização das empresas exploradoras de transporte

Evolução da quantidade de voos – mercados doméstico e internacional, 2006 a 2015			
Ano	Doméstico	Internacional	Total
2006	585.248	92.431	677.679
2007	627.550	105.399	732.949
2008	657.977	106.681	764.658
2009	733.624	101.124	834.748
2010	844.718	117.474	962.192
2011	958.079	135.427	1.093.506
2012	990.840	142.415	1.133.255
2013	946.685	144.862	1.091.547
2014	942.003	149.375	1.091.378
2015	935.704	146.907	1.082.611

<sup>18</sup>

aéreo, o que dificulta a formação de um domínio de mercado de determinada empresa, bem como isso faz parte de uma maior competitividade e tendência de flexibilização e acessibilidade nas tarifas, com a tendência das chamadas “budget companies”.

“O transporte aéreo encontra-se sob o regime de livre concorrência, cujos principais pilares são a liberdade tarifária – vigente desde 2001 para voos domésticos e plenamente desde 2010 para voos internacionais com origem no Brasil – e a liberdade de oferta, que foi instituída em 2005. Estes preceitos foram assegurados pela Lei nº 11.182/2005, a mesma lei que criou a ANAC.”<sup>19</sup>

Grande parte da regulamentação acerca do tema observam regras gerais de operação das aeronaves, previstas nos Regulamentos Brasileiros de Homologação Aeronáutica - RBHAs, e também são frutos de direito comparado, embora haja uma assimetria nos ordenamentos jurídicos de diversos países.

Muito dessa regulamentação pode ser encontrada no nosso Código Brasileiro de Aeronáutica, bem como pelos Tratados, Convenções e Atos Internacionais os quais o Brasil seja signatário, bem como em legislações esparsas que seriam as leis especiais, decretos normativos e normas sobre conteúdo de Direito Aeronáutico.

Deve-se ressaltar também que o *leasing* é viável técnica de financiamento privado, visto a escassez de linhas de crédito oferecidas pelos governos e sobre esta modalidade de contrato o que rege é a teoria da imprevisão.

Sobre a teoria da imprevisão é importante tratarmos ela no presente contexto uma vez que em razão dela surge a necessidade da adoção da cláusula *hardship* nessa modalidade de contratos.

---

<sup>19</sup> Fonte: Anuário ANAC 2015

Sabe-se que os contratos são acordos entre vontades que fazem lei entre si, regência da *pacta sunt servanda*, caso assim não o fosse estaríamos diante de uma situação anárquica, sem regras e também diante de apenas regras sem sentido. Desse modo é necessária a adoção de certa rigidez, a fim de se manter a força do acordo, o que gera um vínculo obrigacional.

No entanto, há que se ressaltar que essa força que gera um vínculo obrigacional entre as partes deve de certa forma ser relativizado, uma vez caso não o faça pode o contrato perder sua função social e desequilíbrio contratual.

Dessa forma, os legisladores passaram a observar e analisar os contratos sob uma perspectiva não somente pelo interesse das partes mas as consequências que dele podem advir, tendo o mesmo que cumprir uma função mais ampla, que seria de uma realidade mais abrangente como fator de impacto na realidade social.

Não se deve com base em tal enfoque enfraquecer a força do que fica entabulado entre as partes, com força de lei, entre si ajustados e contratados, mas deve-se tentar regulamentar de modo a atender aos interesses das partes e também como um todo.

Nesse sentido não poderia receber tratativa diferente os contratos de *leasing* de aeronaves.

Não seria justo que eventos extraordinários, conhecidos como casos fortuitos ou de força maior gerasse entre as partes um desequilíbrio, conduzindo o cumprimento obrigatório a uma situação de extrema injustiça que implicasse em benefício de uma das partes em detrimento de outra.

Nesse diapasão devemos levar em consideração a bela lição do Professor Arnoldo Wald que propõe que a teoria da imprevisão considera o contrato não como um evento isolado, mas como algo que se insere dentro de uma realidade e está sujeito às intempéries, próprias e imanentes do futuro.

Assim, ela é aplicada quando há modificação das circunstâncias de forma a onerar excessivamente uma das partes, isto é, busca retomar o equilíbrio quando os contratantes não vislumbram mais a mesma realidade em que foi celebrado o contrato. Em última análise, ela está relacionada com o contrato no tempo, e seu objetivo é tutelar as partes da alteração da realidade que era desconhecida no momento da realização do contrato.

Desse entendimento depreende-se que necessário se fez a busca para um equilíbrio contratual, ou seja, restabelecer entre as partes uma situação em que para o cumprimento obrigacional não haverá somente uma das partes beneficiadas, mas ambas sem que desse modo qualquer delas saia lesada.

Dessa intenção do jurista e legislador é que surgiram as cláusulas específicas para restabelecer o equilíbrio contratual, e uma das cláusulas que tem essa premissa é a denominada cláusula *hardship*.

A cláusula *hardship* visa equacionar as possíveis variáveis fáticas que advém das relações estabelecidas em contrato, que ao invés de buscar uma solução inerte e se auto-inviabilizar, busca-se uma solução socialmente adequada e aceita.

A cláusula de *hardship* seria, especificadamente, um instrumento utilizado no direito contratual para facilitar e possibilitar a adaptação contratual frente ao dinamismo do mundo contemporâneo. Surgiria “como exemplo da atividade criadora na prática negocial e que representa solução original para a preservação do contrato. Justifica-se o interesse no seu estudo, na medida em que a existência de tal cláusula preencheria uma das funções atribuídas ao contrato: a preservação do equilíbrio das prestações.”<sup>20</sup>

A cláusula partiria de uma concepção contemporânea do princípio do *rebus sic stantibus*, possibilitando a relativização do princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), em situações em que

---

<sup>20</sup> GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Contrato e sua conservação: lesão e cláusula de *hardship*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 140.

ocorressem fatos ou eventos que não poderiam, de maneira razoável, serem previstos quando da contratação, e que estivessem fora do controle de ambas as partes. Estes eventos deveriam desequilibrar o contrato, seja pelo aumento dos custos da sua execução, ou ainda pela redução dos valores de sua contraprestação.<sup>21</sup>

Considerando os contratos de leasing de aeronaves que são contrato de longo prazo, podemos extrair que a adoção de cláusula *hardship* seria de suma importância, uma vez que todo e qualquer contrato aeronáutico está sujeito às condições econômicas e sócias, tais como número de vôos operados pela Cia Aérea, quantidade de passageiros por vôo, número de slots oferecidos às Cias Aéreas dentro de cada aeroporto, etc.

---

<sup>21</sup> PRADO, Maurício C. A. Novas perspectivas do Reconhecimento e Aplicação do Hardship na Jurisprudência Arbitral Internacional. Revista Brasileira de Arbitragem.. São Paulo, n.2, p. 32-60. abr./jun. 2004. p. 32

## Referências

**ALVARENGA, Ricardo.** Direito Aeronáutico - dos contratos e garantias sobre aeronaves. Belo Horizonte: Del Rey, 1992;

**Anuário ANAC, 2015**

**BLATT, Adriano.** Leasing, uma abordagem prática. 1998, Rio de Janeiro-RJ: Qualitymark, 1998;

**BORGES, Nelson.** Revisão das convenções nos ordenamentos jurídicos: Da flexibilidade das Obrigações, Curitiba:Juruá, 2011;

**COMPARATO, Fábio Konder.** O Contrato de Leasing. Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 319 e ss;

**CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva.** Colisões entre princípios constitucionais. Curitiba: Juruá, 2006.

**DE OLIVEIRA PALERMO, Fernanda Keller:** <https://jus.com.br/artigos/2736/o-principio-da-proporcionalidade-e-as-sancoes-penais-nos-contratos-administrativos> acesso em 22/05/2017

**DINIZ, Maria Helena.** Curso de direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1995;

**DOLINGER, Jacob.** Direito Internacional Privado (Parte Geral). 6. ed, ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001;

**ENGELBERG, Esther.** Contratos internacionais do comércio. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007;

**FARAH, Eduardo Teixeira – Leasing de aeronaves civis no direito brasileiro – aspectos jurídicos relevantes/ Eduardo Teixeira Farah. – Rio de Janeiro: Renovar, 2007;**

**GAVAZZONI, Adriana.** A Renegociação e Adaptação do Contrato Internacional. Curitiba: Juruá, 2006;

**GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin.** Contrato e sua conservação: lesão e cláusula *hardship* Curitiba:Juruá, 2008;

**GOMES, Orlando.** Contratos. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994;

**GONÇALVES**, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

**GUERRA**, Alexandre. Princípios da conservação dos negócios jurídicos, A Eficácia Jurídico-Social como Critério de Superação das Invalidades Negociais, volume 01. ed. Almedina, 2016;

**LYNCH**, Maria Regina M. A. Leasing aircraft in Brazil after September 11. Airfinance Journal - Guide to Aviation Lawyers 2002, Londres, p. 12-13, 2002;

**MARTINS-COSTA**, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999;

**MELO**, Jairo Silva. Contratos internacionais comerciais e cláusulas *hardship*. São Paulo: Aduaneiras, 2000;

**MIRANDA**, Maria Bernardete e **RODRIGUES**, Luiz Eduardo Miranda José: Contrato de Transporte Aéreo – Aplicabilidade do Código Civil de Aeronáutica, do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, p. 3, <http://www.direitobrasil.adv.br/artigos/aer.pdf> , acesso em 25/11/2016

**MIRANDA**, Pontes de. Tratado de Direito Privado Tomo 3 – atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001;

**NALIN**, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno. Curitiba: Juruá, 2001

**NEGREIROS**, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002;

**NEVES BREGALDA**, Gustavo. Direito Internacional público e direito internacional privado 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008;

**PACHECO**, José da Silva. Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006;

**PEREIRA**, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993;

**PRADO**, Maurício C. A. Novas perspectivas do Reconhecimento e Aplicação do Hardship na Jurisprudência Arbitral Internacional. Revista Brasileira de Arbitragem. São Paulo;

**RIZZARDO**, Arnaldo. Leasing – arrendamento mercantil no Direito Brasileiro. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000;

**RODAS**, João Grandino (Coordenador). 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;



**SETTI**, Maria Estela Leite Gomes. A Função Social do Contrato Empresarial e a Análise Econômica do Direito, Curitiba, 2010;

**STRENGER**, Irineu. Contratos Internacionais do comércio. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992;

**SHAW**, Malcolm Nathan. International Law. 6th ed. Printed in the United Kingdom at the University Press: Cambridge, 1947;

**TARTUCE**, Flávio. Função social dos contratos. São Paulo: Método, 2007;

**UNIDROIT**:<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>

**VENOSA**, Sílvio de Salvo. Direito civil. Contratos em espécie. V.3, 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

**VIEIRA**, Aquiles. Importação: práticas 4 ed. São Paulo: Aduaneiras, 2010.

**WALD**, Arnaldo. A introdução do leasing no Brasil, RT, 415/9.