

Insper Instituto de Ensino e Pesquisa
LLM – Direito Tributário

Rodrygo Gomes da Silva

**ARRENDAMENTO MERCANTIL (*LEASING*) -
TRATAMENTO TRIBUTÁRIO**

São Paulo
2013

Rodrygo Gomes da Silva

Arrendamento mercantil (*Leasing*) – Tratamento tributário

Monografia apresentada ao Programa de LLM em Direito Tributário do Insper Instituto de Ensino e Pesquisa, como parte dos requisitos para a obtenção do título de pós-graduação em Direito.

Área de concentração: Direito Tributário

Orientador: Prof. Fábio Soares de Melo – Insper

**São Paulo
2013**

Silva, Rodrygo Gomes da
Arrendamento mercantil (Leasing) – Tratamento tributário /
Rodrygo Gomes da Silva; Orientador: Prof. Fábio Soares de Melo
– São Paulo: Insper, 2013.

Monografia (Pós-graduação Lato Sensu em direito tributário
– LLM). Área de concentração: Direito Tributário. Insper Instituto
de Ensino e Pesquisa.

1. Arrendamento mercantil (Leasing). 2. Tratamento
tributário.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Rodrygo Gomes da Silva
Arrendamento Mercantil (*Leasing*) – Tratamento tributário

Monografia apresentada ao Programa de LLM em
Direito Tributário do Insper Instituto de Ensino e
Pesquisa, como requisito parcial para obtenção do
título de pós-graduação em Direito.

Área de concentração: Direito Tributário

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Fábio Soares de Melo
Orientador

Instituição: Insper

Assinatura: _____

Prof. _____

Instituição: Insper

Assinatura: _____

Prof. _____

Instituição:

Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu pai, Hortencio, fonte de admiração e esperança, que demonstra a cada dia que na vida nada vem sem esforços, mas que estes esforços são totalmente compensados; à minha mãe, Amara, grande mulher, nossa fortaleza e conforto; à minha querida Regina, minha companheira, amiga e incentivadora; e acima de tudo à Deus, que me dá forças para sempre seguir em frente e sempre me dá o prazer de estar cercado por pessoas maravilhosas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos colegas do Instituto de Ensino e Pesquisas – INSPER e aos companheiros de trabalho do Departamento Jurídico Tributário do Conglomerado Financeiro Itaú Unibanco. Agradeço também em especial o auxílio do meu professor orientador, Fábio Soares de Melo, sempre disposto, profundo conhecedor do Direito, que consegue de forma simples debater temas complexos e despertar nos seus alunos a inquietude para sempre ir além.

RESUMO

SILVA, Rodrygo Gomes da. **Arrendamento Mercantil (*Leasing*) – Tratamento tributário**. 2013. Monografia (Pós-graduação Lato Sensu em Direito Tributário – LLM) - Insper Instituto de Ensino e Pesquisa, São Paulo, 2013.

Conforme é amplamente sabido, sempre houve muita polêmica no que diz respeito à qual forma de tributação as operações de arrendamento mercantil (*leasing*) estariam sujeitas. Assim, é possível verificar a existência de várias correntes sobre o assunto, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, onde, alguns se inclinam pela sujeição das operações de arrendamento mercantil (*leasing*) ao Imposto Sobre Serviços - ISS (de competência municipal), outros, por outro lado, entendem pela sujeição ao tributo incidente nas operações de circulação de mercadorias – ICMS (de competência estadual), outros entendem pela sujeição ao Imposto Sobre Operações Financeiras – IOF, na modalidade crédito (de competência federal) e, por fim, outros entendem que não haveria nenhuma forma de tributação em face da operação propriamente dita.

Atualmente a questão tributária está na pauta de todos os governos, independente da sua esfera, que em suma não querem perder arrecadação. Ademais, por meio da política econômica, fiscal e tributária, os governos conseguem obter a arrecadação de recursos que certamente serão revertidos para fazer frente aos projetos de investimentos, inclusive aqueles previstos em planos de governos e leis de diretrizes orçamentárias. Diante desta situação, verifica-se que o tema abordado no presente trabalho é de extrema relevância tanto para o Fisco (todas as esferas) como para o contribuinte, pois, a decisão final acerca do tema irá beneficiar ou prejudicar algumas destas partes envolvidas na demanda.

Contextualizando o assunto, no final da discussão podemos alcançar vários resultados, desde aquele que beneficia alguma esfera fiscal como o próprio contribuinte, que eventualmente ficará desobrigado a desembolsar qualquer valor quando esteja diante de uma operação de arrendamento mercantil (*leasing*).

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal – STF já se manifestou no sentido de ser constitucional a incidência do Imposto Sobre Serviços – ISS, em face das operações de

arrendamento mercantil (*leasing*), restando ainda em aberto a discussão, no plano infraconstitucional, de competência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça – STJ, acerca da base de cálculo e local desta “prestação do serviço”. Porém, independente do reconhecimento da constitucionalidade da incidência da tributação municipal nesta modalidade de negócio, temos que é de suma importância abordar novamente o tema, principalmente a questão da sua constitucionalidade, que poderá resultar em conclusão diametralmente diversa daquela alcançada pela Egrégia Corte Superior.

Diante disto, acreditamos inclusive que a questão posta em debate é muito rica, pois, além dos debates acerca do tema em fóruns de debates e em sala de aula render muitos pontos de vista, a característica da operação por si só já apresenta a possibilidade de muita discussão. Assim, inclusive, aproveitaremos o presente trabalho para indicar as principais características que contornam as operações de arrendamento mercantil (*leasing*) e apontaremos qual é a nossa posição adotada diante do tema.

Palavras-chave: Arrendamento mercantil (*Leasing*); Tratamento tributário.

ABSTRACT

SILVA, Rodrygo Gomes da. **Leasing – Tax treatment.** 2013. Monograph (LLM) – Insper Instituto de Ensino e Pesquisa, São Paulo, 2013.

As is widely known, there has always been much controversy with regard to which form of taxation of leasing transactions (leasing) would be subject. Thus, it is possible to verify the existence of various currents on the subject, both doctrine and jurisprudence, where some lean by subjecting a lease (leasing) to Service Tax - ISS (municipal responsibility), others On the other hand, understand the liability to tax imposed on the movement of goods operations - ICMS (state of competence), understand others by subjecting the Tax on Financial Transactions - IOF modality credit (from federal jurisdiction) and, finally, other understand that there would be no form of taxation in the face of the operation itself.

Currently, the tax issue is on the agenda of all governments, regardless of their sphere, which in reality do not want to lose revenue. Moreover, by means of economic policy, fiscal and taxation, governments can get the fundraising that will certainly be reversed to face the investment projects, including those provided for governmental plans and laws budgetary guidelines. In this situation, it appears that the subject of the present work is extremely important for both the IRS (all levels) and for the taxpayer, because the final decision on the subject will benefit or harm some of these parties demand .

Contextualizing the subject at the end of the discussion we can achieve various results, from one who enjoys some fiscal sphere as its contributors, which eventually will be under no obligation to pay any amount when it is facing an operation lease (leasing).

Currently, the Federal Supreme Court - STF has already manifested itself in the sense of the incidence constitutional Service Tax - ISS, in the face of a lease (leasing), leaving still open the discussion infra in the plan, the jurisdiction of the Honorable Superior Court of Justice - STJ on the bases and location of this "service delivery". However, regardless of the recognition of the constitutionality of the incidence of municipal taxation in this kind of business, we have that is of paramount importance to revisit the issue, especially the question

of its constitutionality, which can result in diametrically different conclusion from that reached by the Distinguished Superior Court.

Given this, we believe that even the mooted question is very rich, because besides the debates on the subject in discussion forums and classroom yield many points of view, the characteristic of the operation in itself presents the opportunity to much discussion. So, also, we will enjoy this work to indicate the main features that surround the leases and will point out what is our position adopted on the subject.

Keywords: Leasing; tax treatment.

SUMÁRIO

1. Síntese.....	08
2. Introdução.....	13
3. Plano constitucional da competência tributária.....	15
4. Regra matriz de incidência tributária.....	24
4.1. Regra matriz de incidência tributária do IOF.....	29
4.1.1. Operações de crédito.....	32
4.1.2. Operações de câmbio.....	33
4.1.3. Operações de seguro.....	33
4.1.4. Operações relativas a títulos ou valores mobiliários.....	34
4.1.5. Operações com ouro.....	35
4.2. Regra matriz de incidência tributária do ICMS.....	36
4.3. Regra matriz de incidência tributária do ISS.....	41
5. Arrendamento mercantil e suas modalidades.....	49
6. Tratamento tributário e atual cenário jurisprudencial.....	57
6.1. Âmbito Federal. Questões relevantes e controversas.....	57
6.2. Âmbito Estadual. Questões relevantes e controversas.....	59
6.3. Âmbito Municipal. Questões relevantes e controversas.....	63
7. Conclusão.....	115
8. Bibliografia.....	118

2. INTRODUÇÃO

Num primeiro momento, pode ser que o leitor ache que a presente dissertação seguirá a linha adotada em várias outras que podem ser facilmente localizadas, em especial, em trabalhos acadêmicos ou até mesmo em artigos específicos, que muitas vezes se limitam a discorrer apenas sobre as características das operações de arrendamento mercantil (*leasing*) com a conseqüente indicação da inconstitucionalidade da tributação municipal por meio do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza.

Citada linha de raciocínio se justificada pelo fato de que, ao analisar no detalhe todos os elementos que envolvem estas operações, não seria possível obter outra conclusão senão pela impossibilidade da sua sujeição à tributação pelo ISS. Ou seja, não teria outra conclusão senão, de fato, pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da tributação pela exação de competência municipal.

Sem críticas aos trabalhos até então produzidos, e sem desprezar estes pontos que também são de suma importância para construção lógica que será feita na presente dissertação, pretendemos aqui dar um enfoque mais amplo ao assunto, com a abordagem inclusive a elementos práticos e fáticos, principalmente pelo fato de que o Egrégio Supremo Tribunal Federal já reconheceu, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.905/SC, a constitucionalidade da cobrança de ISS pelos Municípios em face das operações de arrendamento mercantil (*leasing*) praticadas.

Assim, discorreremos ao longo do presente trabalho sobre as características da operação de arrendamento mercantil (*leasing*) e, ousaremos fazer a demonstração de que esta operação mercantil não estaria tão somente sujeita somente à tributação municipal por meio do ISS, como também não estaria sujeita a possibilidade de incidência de qualquer outra tributação pela União, por meio do Imposto sobre Operações Financeiras na modalidade crédito ou tributação pelos Estados, por meio do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, por exemplo.

Para tanto, partindo do plano constitucional da competência tributária, serão analisados os elementos que compõe a respectiva regra matriz tributaria destas exações, desaguando ao final

na demonstração de incompatibilidade da tributação da operação de arrendamento mercantil (*leasing*) por qualquer uma destas. Aqui, necessário salientar novamente que, a particularidade que será adotada é o fato de analisarmos estas questões não apenas no plano científico, mas também no plano prático. Ou seja, serão apresentados argumentos de ordem fática, prática e jurisprudencial acerca do tema, possibilitando assim que o leitor tenha uma visão científica e fática da situação colocada para estudo.

Seguindo nesta linha de raciocínio, pela utilização de elementos fáticos, será demonstrado que a operação de arrendamento mercantil (*leasing*) é um tipo de instrumento financeiro que não se encontra tipificado como fato jurídico relevante para o nascimento de nenhuma obrigação de natureza tributária e isto será possível a partir da verificação de informações concernentes ao Sistema Financeiro Nacional (SFN), extraídas principalmente dos normativos editados pelo Banco Central do Brasil, que é o órgão competente para tanto.

De todo modo, em respeito ao que foi sedimentado pelo Pretório Excelso no julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.905/SC, observaremos também no presente trabalho os demais elementos que atualmente ainda estão em aberto para discussão, porém, no âmbito infraconstitucional, de competência do E. Superior Tribunal de Justiça. Ou seja, aceitando a possibilidade da eventual constitucionalidade da tributação do arrendamento mercantil (*leasing*) pelo ISS, o que se admite apenas para argumentar e cercar todas as vertentes existentes acerca do assunto, analisaremos também a questão do local da prestação do serviço e a base de cálculo a ser observada na incidência tributária.

Vale destacar que a análise destes pontos são de suma importância para o desdobramento do tema colocado para estudo, pois, a verificação correta do local da prestação do serviço definirá qual é o Município que tem competência para cobrança do aludido tributo. Por outro lado, a observação da correta base de cálculo a ser adotada também é importante, pois evitará que esta seja inflada de forma indevida. E não é só isto. A determinação correta destes critérios também é importante para eventualmente atacar e fazer cair eventuais autuações fiscais impostas às arrendadoras, pois estes são critérios importantes a serem consignados em eventuais autos de infrações, ao passo que sua falta ou irregularidade acarretam a sua nulidade.

Enfim, o presente trabalho não serve em especial para fazer uma crítica ao conteúdo do entendimento adotado pelo E. Supremo Tribunal Federal, que atualmente entende pela

constitucionalidade da tributação do arrendamento mercantil (*leasing*), pelos Municípios por meio do Imposto Sobre Serviços, mas sim, uma singela verificação dos elementos que a contornam, acarretando por consequência, com a devida *vênia*, entendimento diverso.

Desta forma, temos que a verificação correta de todas as características e elementos que cercam a operação de arrendamento mercantil (*leasing*) é o ponto de maior destaque no trabalho, ao passo que nos auxiliará a desmontar todas as construções existentes sobre a possibilidade de incidência tributária em face deste fato jurídico.

Assim, o produto final almejado neste trabalho é oferecer ao leitor elementos que o possibilite enxergar o assunto de forma mais ampla, diversa daquela que o Poder Judiciário adota nos dias atuais em face do tema.

3. PLANO CONSTITUCIONAL DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

Basicamente, podemos dizer que a competência tributária consiste num poder que a pessoa política de direito público possui para criar e instituir tributos que estejam sob sua alçada. Porém, necessário indicar que a questão não pode ser encarada de forma simplória, tendo em vista que a sua inobservância pode acarretar a declaração de inconstitucionalidade de alguma exação pelo fato de eventualmente ter sido criado e instituído por sujeito ativo incapaz para tanto.

Sobre o sistema constitucional brasileiro, Paulo de Barros Carvalho¹ discorre que “*o texto da Constituição é o espaço, por excelência, das linhas gerais que informam a organização do Estado, limitando-se, como adverte Celso Ribeiro Bastos, a tracejar as características dominantes das várias instituições que a legislação comum posteriormente desenvolve, conferindo-lhe compostura final. No seu repertório, como decorrência, há predomínio quantitativo das regras de estrutura, que são mais numerosas que as regras de comportamento.*”

Nossa Constituição é da categoria das rígidas, o que significa dizer que para sua alteração existe um procedimento mais solene e complexo do que o exigido para a elaboração das leis

¹ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário, 18ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2007. p. 148.

ordinárias. Os quatro plexos normativos de que já falamos – o sistema nacional, o sistema federal, os sistemas estaduais e os sistemas municipais – estão racionalmente determinados na Carta Magna brasileira, que consagra a Federação; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, I a IV), como valores jurídico-políticos intangíveis.”

No plano constitucional é possível encontrar o princípio do federalismo², caracterizado como cláusula pétrea, que delimita os poderes das pessoas jurídicas de direito público nela tratadas, quais sejam, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Como nunca é demais verificar o texto legal para saber o alcance da atuação de cada ente da Federação, sobre os seus poderes de tributar, verifica-se que estes estão basicamente tratados pelos artigos 153 a 156 da Constituição Federal de 1988, que assim estão previstos:

DOS IMPOSTOS DA UNIÃO

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

I – importação de produtos estrangeiros;

II – exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;

III – renda e proventos de qualquer natureza;

IV – produtos industrializados;

V – operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

VI – propriedade territorial rural;

VII – grandes fortunas, nos termos da lei complementar.

§1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.

§2º O imposto previsto no inciso III:

I – será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei;

II – (Revogado pela Emenda Constitucional n. 20, de 15-12-1998.)

§3º O imposto previsto no inciso IV:

I – será seletivo, em função da essencialidade do produto;

II – será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores;

² Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais.

(...)

III – não incidirá sobre produtos industrializados destinados ao exterior;
IV – terá reduzido seu impacto sobre a aquisição de bens de capital pelo contribuinte do imposto, na forma da lei.

§4º O imposto previsto no inciso VI do caput:

I – será progressivo e terá suas alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas;

II – não incidirá sobre pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando as explore o proprietário que não possui outro imóvel;

III – será fiscalizado e cobrado pelos Municípios que assim optarem, na forma da lei, desde que não implique redução do imposto ou qualquer outra forma de renúncia fiscal.

§5º O ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se exclusivamente à incidência do imposto de que trata o inciso V do caput deste artigo, devido na operação de origem; a alíquota mínima será de um por cento, assegurada a transferência do montante da arrecadação nos seguintes termos:

I – trinta por cento para o Estado, o Distrito Federal ou o Território, conforme a origem;

II – setenta por cento para o Município de origem.

Art. 154. A União poderá instituir:

I – mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;

II – na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação.

DOS IMPOSTOS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto sobre:

I – transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

III – propriedade de veículos automotores.

§1º O imposto previsto no inciso I:

I – relativamente a bens imóveis e respectivos direitos, compete aos Estados da situação do bem, ou ao Distrito Federal;

II – relativamente a bens móveis, títulos de créditos, compete ao Estado onde se processar o inventário ou arrolamento, ou tiver domicílio o doador, ou ao Distrito Federal;

III – terá a competência para sua instituição regulada por lei complementar:

a) se o doador tiver domicílio ou residência no exterior;

b) se o de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior;

IV – terá suas alíquotas máximas fixadas pelo Senado Federal.

§2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I – será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

II – a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;

III – poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços;

IV – resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação;

V – é facultado ao Senado Federal:

a) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus membros;

b) fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros;

VI – salvo deliberação em contrário dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do disposto no inciso XII, g, as alíquotas internas, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, não poderão ser inferiores às previstas para as operações interestaduais;

VII – em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

VIII – na hipótese da alínea a do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

IX – incidirá também:

a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoas física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço;

b) sobre o valor da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

X – não incidirá:

a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatário no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores;

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;

c) sobre o ouro, nas hipóteses definidas no art. 153, §5º;

d) nas prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita;

XI – não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e

relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, conforme fato gerador dos dois impostos;

XII – cabe à lei complementar:

- a) definir seus contribuintes;*
- b) dispor sobre substituição tributária;*
- c) disciplinar o regime de compensação do imposto;*
- d) fixar, para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços;*
- e) excluir da incidência do imposto, nas operações para o exterior, serviços e outros produtos além dos mencionados no inciso X, a;*
- f) prover casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior, de serviços e de mercadorias;*
- g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados;*
- h) definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que não se aplicará o disposto no inciso X, b;*
- i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço.*

§3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.

§4º Na hipótese do inciso XII, h, observar-se-á o seguinte:

I – nas operações com os lubrificantes e combustíveis derivados de petróleo, o imposto caberá ao Estado onde ocorrer o consumo;

II – nas operações interestaduais, entre contribuintes, com gás natural e seus derivados, e lubrificantes e combustíveis não incluídos no inciso I deste parágrafo, o imposto será repartido entre os Estados de origem e de destino, mantendo-se a mesma proporcionalidade que ocorre nas operações com as demais mercadorias;

III – nas operações interestaduais com gás natural e seus derivados, e lubrificantes e combustíveis não incluídos no inciso I deste parágrafo, destinadas a não contribuinte, o imposto caberá ao Estado de origem;

IV – as alíquotas do imposto serão definidas mediante deliberação dos Estados e Distrito Federal, nos termos do §2º, XII, g, observando-se o seguinte:

a) serão uniformes em todo território nacional, podendo ser diferenciadas por produto;

b) poderão ser específicas, por unidade de medida adotada, ou ad valorem, incidindo sobre o valor da operação ou sobre o preço que o produto ou seu similar alcançaria em uma venda em condições de livre concorrência;

c) poderão ser reduzidas ou restabelecidas, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, b.

§5º As regras necessárias à aplicação do disposto no §4º, inclusive relativas à apuração e à destinação do imposto, serão estabelecidas mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do §2º, XII, g.

§6º O imposto previsto no inciso III:

I – terá alíquotas mínimas fixadas pelo Senado Federal;

II – poderá ter alíquotas diferenciadas em função do tipo de utilização.

DOS IMPOSTOS DOS MUNICÍPIOS

Art. 156. Compete aos Municípios instituir imposto sobre:

I – propriedade predial e territorial urbana;

II – transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

III – serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidor em lei complementar;

IV – (Revogado pela Emenda Constitucional n. 3, de 17-3-1993.)

§1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, §4º, II, o imposto previsto no inciso I poderá:

I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; e

II – ser alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

§2º O imposto previsto no inciso II:

I – não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direito, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;

II – compete ao Município da situação do bem.

§3º Em relação ao imposto previsto no inciso II do caput deste artigo, cabe à lei complementar:

I – fixar as suas alíquotas máximas e mínimas;

II – excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior;

III – regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

§4º (Revogado pela Emenda Constitucional n. 3, de 17-3-1993)

Desta forma, constata-se que os entes federativos, no que diz respeito à criação e instituição de tributos, devem se comportar em estrita consonância com o que dispõe a norma constitucional, sob pena de acarretar alguma cobrança eivada de inconstitucionalidade. Até mesmo porque, respeitando entendimentos diversos, a Constituição Federal (1988), em especial no capítulo do sistema tributário nacional, adota o modelo de constituição rígida, ou seja, para sofrer alguma alteração é exigido processo legislativo mais rigoroso e complexo.

Esta conclusão é possível pelo fato de verificar que a possibilidade de mudanças no texto constitucional exige basicamente:

1) a existência de *quorum* mínimo de 3/5 (três quintos) para a alteração do texto através de emenda à Constituição, em dois turnos de votação em cada casa legislativa;

2) a proposta de emenda só poderá partir de no mínimo 1/3 (um terço), dos membros da Câmara de Deputados ou Senado, do Presidente da República ou de mais da metade das Assembleias Legislativas, que encaminharão a proposta aprovada por maioria relativa de seus membros;

3) a existência de limites materiais, estabelecidos pelo artigo 60, § 4º, inc. I a IV, onde se proíbe emendas tendentes a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias fundamentais; e

4) a existência de limites circunstanciais, consubstanciados na proibição do funcionamento do poder constituinte derivado (o poder de reforma), durante a vigência do Estado de Sítio, Estado de Defesa e Intervenção Federal.

Nas lições do Professor Eduardo de Moraes Sabbag, *“A atribuição constitucional de competência tributária compreende a competência legislativa plena, ressalvadas as limitações contidas na Constituição Federal, ou seja, a entidade tributante tem competência para instituir um imposto e para legislar a respeito do mesmo gravame. Daí se nota a coincidência da competência legislativa com a competência tributária em nossa ordem constitucional.”*

Contudo, necessário indicar também que, por mais que a competência tributária seja indelegável, intransferível e irrevogável, isto não significa que o ente tributante não possa delegar sua competência tributária ativa, ou seja, é permitido ao ente tributante transferir as funções de arrecadar e fiscalizar tributos para outra pessoa jurídica de direito público.

Seguindo, como todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) possuem competência tributária, inclusive para não gerar confusões entre estas pessoas jurídicas de direito público, que têm suas respectivas autonomias, existe a classificação da competência tributária que é dividida em competência privativa, competência comum, competências cumulativas, competência residual e competência extraordinária.

Diante disto, por mais que não seja objeto do presente trabalho, mas para que seja possível uma melhor compreensão do tema, necessário discorrer, mesmo que em poucas linhas, sobre cada uma destas competências indicadas.

Sobre a competência privativa, esta é de fácil compreensão, pois consiste no poder de cada ente federativo instituir aqueles tributos previstos taxativamente no texto da Constituição Federal.

Para o Professor de Direito Tributário, Luciano Amaro, *“Designa-se privativa a competência para criar impostos atribuída com exclusividade a este ou àquele ente político; assim, o imposto de importação seria de competência privativa da União; o ICMS pertenceria à competência privativa dos Estados e do Distrito Federal; o ISS comporia a competência privativa dos Municípios e do Distrito Federal.”*

No que diz respeito à competência comum, de acordo com os artigos 145, II e III da Carta da República de 1988, trata-se daquela em que os entes tributantes têm o poder de instituir taxas e contribuições de melhorias, no âmbito de suas respectivas atribuições.

Sobre as competências cumulativas, é identificada nos termos do artigo 147 da Constituição Federal de 1988, que possibilita a União a instituir em Territórios Federais, além dos seus impostos, os impostos de natureza estadual. Ademais, caso estes Territórios não sejam divididos em Municípios, a União também poderá instituir os tributos de natureza municipal. Outra situação que também caracteriza a competência cumulativa é a possibilidade de o Distrito Federal instituir impostos de natureza municipal, caso no seu território não haja divisão em municípios.

Competência residual, conforme se identifica nos artigos 154, I e 195, §4º, da Constituição Federal vigente, é a possibilidade de apenas a União instituir impostos, por meio de Lei Complementar, além daqueles já discriminados no texto constitucional, com a devida observância ao princípio da não cumulatividade. A norma constitucional também permite a criação de contribuições sociais residuais, desde que observados os mesmos requisitos previstos para os casos dos impostos, ou seja, instituído por Lei Complementar e com observância ao princípio da não cumulatividade.

Por fim, ainda sobre a classificação da competência tributária, necessário indicar a competência extraordinária, identificável nos artigos 154, II da Constituição e 76 do Código Tributário Nacional. Esta consiste no poder que a União possui para instituir impostos no caso

de guerra externa ou sua iminência, independente de fato gerador já previsto na norma constitucional, de competência de qualquer um dos entes tributantes. Ou seja, trata-se de previsão constitucional que possibilita a ocorrência de bitributação ou *bis in idem*.

Outra característica que também é importante comentar sobre este tipo de imposto, decorrente da competência extraordinária, é que o mesmo pode ser instituído por lei ordinária, sem necessidade de observância ao princípio da anterioridade. Ademais, tem natureza provisória, ou seja, dura até quando o seu motivo subjacente subsistir, de todo modo, necessário indicar que o Código Tributário Nacional, em seu artigo 76, dispõe que sua cobrança será suspensa no prazo máximo de 5 (cinco) anos da data da celebração de paz.

Desta foram, para um entendimento melhor acerca do tema, adotamos as palavras do Professor Hugo de Brito Machado, para quem *“O princípio da competência é aquele pelo qual a entidade tributante há de restringir sua atividade tributacional àquela matéria que lhe foi constitucionalmente destinada. Já sabemos que a competência tributária é o poder impositivo juridicamente delimitado, e, sendo o caso, dividido. O princípio da competência obriga a que cada ente tributante se comporte nos limites da parcela do poder impositivo que lhe foi atribuída. Temos um sistema tributário rígido, no qual as entidades dotadas de competência tributária têm, definido pela Constituição, o âmbito de cada tributo, vale dizer, a matéria de fato que pode ser tributada.”*

Diante das lições apresentadas, necessário apontar que a observância das regras constitucionais da competência tributária se mostra importante para o tema discutido no presente trabalho, pois, por mais que eventualmente determinada situação esteja prevista em alguma norma tributária de algum ente político, esta simples situação não significará que a tributação da atividade normatizada esteja livre de qualquer discussão acerca de vícios formais ou legais.

Isto porque, conforme será feito no presente trabalho, analisaremos as características das situações que as normas legais estabelecem como sujeitas à tributação e, em cotejo com toda a doutrina e legislação existente, faremos uma construção lógica opinando pela sua possibilidade ou não, acarretando assim nossa concordância ou discordância com os ditames legais discutidos.

4. REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA

A regra-matriz de incidência tributária é uma técnica difundida pelo Professor Paulo de Barros Carvalho, desde o livro intitulado *Teoria da Norma Tributária*, lançado no ano de 1974, pela Editora LAEL, que permite ao operador do direito identificar os elementos necessários que revelam a ocorrência do fato descrito na hipótese, bem como identifique os direitos e deveres dos sujeitos ativo e passivo da relação jurídica tributária.

Sua função precípua é indicar a validade de um tributo, ou seja, quando o operador do direito se utiliza deste instrumento, ao verificar se determinado tributo instituído consegue preencher todos os seus requisitos, consegue chegar à conclusão de que está diante de uma exação válida. Por outro lado, quando o operador do direito não consegue fechar a regra matriz de determinada tributo, ou seja, quando a regra matriz de determinada exação está mutilada, verifica-se que estamos diante de qualquer coisa, menos diante de um tributo válido.

A doutrina do Professor Paulo de Barros Carvalho divide a regra-matriz de incidência tributária em dois planos, quais sejam, o antecedente (também conhecido como descritor), e o conseqüente (também chamado de prescritor). Nas lições do autor³, é possível encontrar o entendimento no sentido de que *“os modernos cientistas do Direito Tributário têm insistido na circunstância de que, tanto no descritor (hipótese) quanto no prescritor (consequência) existem referências a critérios, aspectos, elementos ou dados indicativos. Na hipótese (descritor), haveremos de encontrar um critério material (comportamento de uma pessoa), condicionado no tempo (critério temporal) e no espaço (critério espacial). Já na consequência (prescritor), depararemos com um critério pessoal (sujeito ativo e sujeito passivo) e um critério quantitativo (base de cálculo e alíquota). A conjunção desses dados indicativos nos oferece a possibilidade de exhibir, na sua plenitude, o núcleo lógico-estrutural da norma-padrão de incidência tributária.”*

No antecedente (descritor) é possível identificar o critério material, o critério temporal e o critério espacial da norma jurídica tributária.

³ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário, 18ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2007. p. 253.

A função primordial do antecedente é apresentar ao operador do direito quais são os fatos que, ocorrendo no mundo fenomênico e em determinado tempo e espaço, são capazes de gerar efeitos jurídicos entre o sujeito ativo (Poder Público) e o sujeito passivo (Contribuinte ou Responsável Tributário).

No conseqüente (prescritor) da regra-matriz de incidência tributária, por sua vez, é possível identificar o critério pessoal e o critério quantitativo.

A função do conseqüente é (i) identificar quem efetivamente são os sujeitos ativo e passivo da relação jurídica tributária formada a partir dos fatos ocorridos no antecedente, bem como (ii) apresentar e quantificar o objeto (tributo) da prestação.

Feita essa breve introdução sobre regra-matriz de incidência tributária, necessário apresentar as funções básicas dos critérios material, temporal, espacial, pessoal e quantitativo, dos tributos em geral.

Após, em tópicos próprios, apresentaremos as regras matrizes do Imposto sobre Operações Financeiras - IOF, em todas as suas modalidades (operações de crédito, operações de câmbio, operações de seguro, operações relativas a títulos ou valores mobiliários e operações com ouro), do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e sobre prestação de Serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS e do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN.

Critério material

O critério material integra o antecedente da regra-matriz de incidência tributária. Sua função é descrever um comportamento de possível ocorrência no mundo fenomênico, capaz de gerar efeitos jurídicos tributários. Em regra, sempre envolve uma ação, de pessoa física ou jurídica, que pratica algum fato jurídico tributário relevante, nascedouro de determinada obrigação tributária.

Em regra, o critério material é exteriorizado por um verbo e um complemento. Por exemplo, *auferir renda* (Imposto sobre a Renda), *vender mercadorias* (Imposto sobre operações

relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação), *prestar serviço* (Imposto sobre Serviços) e assim por diante.

Verifica-se assim que, ao passo que o agente pratica no mundo fenomênico algum fato jurídico relevante para determinada exação, automaticamente estará obrigado a verificar o complemento da norma, surgindo assim o nascimento de alguma obrigação de natureza tributária.

Dessa forma, verifica-se que em não ocorrendo o fato descrito na hipótese de incidência tributária, não haverá que se cogitar a incidência de qualquer espécie de obrigação tributária.

Critério espacial

Esse critério tem por função indicar o local da ocorrência do comportamento descrito no critério material da norma jurídica tributária, capaz de gerar efeitos jurídicos. Portanto, para que propague efeito jurídico tributário, o fato deve ocorrer em local identificável.

Não raras vezes, o local da ocorrência do fato não se encontra explícito na lei instituidora do tributo, mas pode ser facilmente descoberto analisando as regras de competência tributária impostas pela Constituição Federal, onde é delimitado o âmbito territorial de validade das leis; por exemplo, a lei municipal só tem eficácia no território do Município; a lei estadual só tem eficácia no Estado respectivo; e, por sua vez, a lei federal, pode ter seus efeitos propagados em todo território nacional.

Há certa peculiaridade no caso de tributos federais, de competência da União, uma vez que há autorização legal para tributar fatos que ocorram fora dos limites do território nacional. Por se tratarem de tributos de competência da União, o limite de sua cobrança, em princípio, alcançaria apenas o território nacional, porém, sem adentrar no mérito de constitucionalidade, há esta possibilidade indicada.

Critério temporal

O critério temporal tem por função indicar o momento da ocorrência do comportamento descrito no critério material da regra-matriz de incidência tributária.

É essencial que o legislador disponha acerca do exato momento da ocorrência do fato tributário descrito hipoteticamente, sobretudo, para que o operador do direito aplique a lei vigente nesse átimo, conforme determina o artigo 144 do Código Tributário Nacional.

O Professor Geraldo Ataliba ao invocar o Professor Paulo de Barros Carvalho, assim registrou *in Hipótese de Incidência Tributária*, acerca da importância do critério temporal: “Efetivamente, hipóteses de incidência há que prevêem a ocorrência do fato imponible para determinado momento. Se ocorrerem em instante diverso, não se dá por realizado o fato imponible. Desse tipo, temos a hipótese de incidência do imposto de renda. Interessa, apenas, saber qual a renda líquida, mas no último dia do exercício. Em qualquer outra data será de todo irrelevante. Também desse tipo, o nosso imposto predial e territorial urbano. Releva saber quem é o proprietário, quem tem o domínio útil ou detêm a posse, mas no primeiro dia do exercício⁴”.

Critério pessoal

A regra-matriz de incidência tributária é considerada de suma importância para demonstração das manifestações mínimas que deve conter a lei instituidora do tributo.

Essas manifestações mínimas são chamadas pelo Professor Paulo de Barros Carvalho de *mínimo irreduzível de manifestação do deontico*, o que significa dizer que a norma jurídica deve ser revestida de um *quantum* imprescindível de estrutura que permita ao exegeta compreender o sentido completo da norma. A norma jurídica tributária que dispõe sobre a regra-matriz de incidência tributária deve conter o mínimo irreduzível que possibilite a compreensão da mensagem do direito.

⁴ ATALIBA, Geraldo Ataliba. *Hipótese de Incidência Tributária*. 5ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1997, p. 91.

Pode-se dizer que a norma jurídica tributária contém em si o mínimo irreduzível de manifestação do deôntico quando apresenta de maneira explícita todos os critérios integrantes da regra-matriz de incidência.

O critério pessoal integra o conseqüente da regra-matriz de incidência tributária. Sua função principal é indicar quem são os sujeitos ativo e passivo da relação jurídica tributária.

Sujeito ativo, nas palavras do Professor Paulo de Barros Carvalho “*é o titular do direito subjetivo de exigir a prestação pecuniária e, no direito brasileiro, pode ser uma pessoa jurídica, pública ou privada, se bem que não vejamos empecilho técnico de que seja uma pessoa física*⁵”.

Sujeito passivo, por seu turno, é definido pelo mesmo Professor como sendo “*a pessoa - sujeito de direitos - física ou jurídica, privada ou pública, de quem se exige o cumprimento da prestação: pecuniária, nos nexos obrigacionais; insusceptível de avaliação patrimonial, nas relações que veiculam meros deveres instrumentais ou formais*⁶”.

Critério quantitativo

Assim como o critério pessoal, o critério quantitativo se encontra no conseqüente da regra-matriz de incidência tributária. A função do critério quantitativo é indicar a base de cálculo e a alíquota do tributo, para que seja valorado o objeto econômico envolvido no fato e transferido ao sujeito ativo.

Das lições do Professor Paulo de Barros Carvalho extrai-se que no elemento quantitativo estão presentes “*os fatores de composição do valor pecuniário, que há de ser, necessariamente, o objeto da prestação. Repousa aqui o sainete próprio da categoria obrigacional, em face das demais relações tributárias, de modo que o grupo de indicações que o intérprete obtém, na leitura atenta dos textos legais, e que lhe torna possível precisar, com segurança, a exata quantia devida a título de tributo, é aquilo que chamo de elemento quantitativo do fato jurídico tributário. Invariavelmente, virá explícito pela conjugação de duas entidades: base de*

⁵ Fundamentos Jurídicos da Incidência Tributária, 2ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1999, p. 149.

⁶ Fundamentos Jurídicos da Incidência Tributária, 2ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1999, p. 150 e 151.

cálculo e alíquota, e sua pesquisa e determinação despertam enorme interesse, porquanto é de suma relevância para desvelar peculiaridades ínsitas à natureza do gravame⁷”.

A base de cálculo, por sua vez, é o resultado ajustado, presumido ou arbitrado, correspondente ao período de apuração.

4.1. Regra matriz de incidência tributária do comumente chamado IOF

Antes de discorrer detalhadamente sobre as diversas regras-matrizes de incidência tributária, decorrentes das operações elencadas no artigo 153, V, da Carta Política vigente, entendemos ser prudente apresentar, nem que seja de forma superficial, aquelas atividades que fazem nascer a obrigação tributária prevista no enunciado prescritivo citado.

Comumente chamado de Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), de início é importante destacar que este tratamento, de certa forma, é equivocado e impreciso, ao passo que da extração da regra matriz constitucional desta exação, de competência da União, é possível verificar que seu objeto é mais amplo, qual seja, incide em face de operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários.

Diferente de outros impostos, que tem natureza arrecadatória, trata-se mais de instrumento de manipulação de política de crédito, câmbio, seguros e títulos e valores mobiliários, ao passo que é exação de natureza extrafiscal. Nas palavras de Hugo de Brito Machado⁸, um tributo é extrafiscal “*quando seu objetivo principal é a interferência no domínio econômico, buscando um efeito diverso da simples arrecadação de recursos financeiros.*” Ou seja, por mais que a cada ano seu volume de arrecadação seja importante para União, sua função primordial é a regulação de mercados, sendo o efeito da arrecadação secundário.

Seguindo sobre os seus contornos, conforme indicado anteriormente, de acordo com o texto constitucional as atividades que fazem nascer a incidência da exação em comento são operações de crédito, operações de câmbio, operações de seguro e operações relativas a títulos ou valores mobiliários.

⁷ Fundamentos Jurídicos da Incidência Tributária, 2ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1999, p. 169 e 170.

⁸ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 21ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 68

Com relação às operações de crédito (art. 3º, § 3º, Decreto nº 6306/2007), caracterizam-se basicamente como operações em que há a troca de um bem presente por um bem futuro. Palavra decorrente do latim *credere*, crédito tem como significado a palavra confiança. Ou seja, traduzindo para termos operacionais podemos dizer que as operações de crédito caracterizam-se pela disponibilidade antecipada de um bem para uma pessoa, e esta beneficiada, após determinado tempo está comprometida a saldar com as obrigações contraídas no momento daquela antecipação.

Com relação a este tipo de operação, J. X. Carvalho de Mendonça⁹ aponta operações de crédito sendo aquela *“mediante a qual alguém efetua uma prestação presente, contra a promessa de uma prestação futura. (...) A operação de crédito por excelência é aquela em que a prestação se faz e a contraprestação se promete em dinheiro”*.

Comentando este trecho da doutrina de J. X. Carvalho de Mendonça, Roberto Quiroga Mosquera¹⁰ indica que, *“(...) Para o citado autor o essencial na operação de crédito é o intervalo de tempo existente entre a prestação presente e a contraprestação futura. Sem o denominado “prazo” não há falar em operação de crédito, uma vez que a prestação e a contraprestação dar-se-iam contemporaneamente e a operação tornar-se-ia desde logo à vista, perfeita e acabada. Denota-se, daí, também, que na operação de crédito há a presença do elemento “confiança”, isto é, confiança do credor no devedor, seja em virtude das condições pessoais deste ou, ainda, em razão de garantias oferecidas por ele.*

No que diz respeito às operações de câmbio (art. 12, parágrafo único, Decreto nº 6306/2007), trata-se basicamente de troca de moedas. A palavra câmbio decorre do latim *cambium*, que significa troca ou permuta.

Lastrando esta breve definição do que seria operação de câmbio, novamente reproduzimos as palavras do Professor Quiroga¹¹, onde este diz que *“J. X. Carvalho de Mendonça ao conceituar a palavra câmbio a define como o poder que tem a moeda de um País de adquirir a moeda de outro. Para ele: ‘O dinheiro como mercadoria tem o seu valor, o seu custo e o seu*

⁹ MENDONÇA, J. X. Carvalho de. Tratado de Direito Comercial Brasileiro, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1970, vol. 2ª parte, p. 50/51.

¹⁰ MOSQUERA, Roberto Quiroga. Tributação no mercado financeiro e de capitais, Ed. Dialética, 2ª edição, São Paulo, 1999, p. 118.

¹¹ MOSQUERA, Roberto Quiroga. Tributação no mercado financeiro e de capitais, Ed. Dialética, 2ª edição, São Paulo, 1999, p. 120.

preço; é suscetível de propriedade e posse e constitui o ramo especial de comércio denominado câmbio, onde figura como objeto de especulação’.

O câmbio representa a operação por intermédio da qual uma pessoa entrega determinada quantia em moeda a outra pessoa e recebe em troca outra moeda em valores equivalentes. É a permuta de moedas de diferentes espécies. Não se há de falar em câmbio de moedas idênticas, sem diferenciações quanto à sua natureza.”

Sobre operações de seguro (art. 18, § 1º, Decreto nº 6306/2007), é um contrato em que a parte segurada terá seus prejuízos cobertos no caso de ocorrência de um sinistro, previsto no contrato celebrado, mediante o pagamento de um prêmio à parte seguradora. Aludido entendimento pode ser alcançado da leitura do artigo 757 do Código Civil¹².

Por fim, com relação a operações relativas a títulos e valores mobiliários (art. 25, § 2º, Decreto nº 6306/2007), consiste na transferência de sua propriedade. São considerados como títulos ou valores mobiliários documentos que circulam no mercado e representam direito de crédito. As espécies de títulos podem ser verificadas no artigo 2º da Lei Ordinária Federal nº 6385/1976¹³.

¹² Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra risco predeterminados.
Parágrafo único. Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada.

¹³ Art. 2º São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei: [\(Redação dada pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001\)](#)

I - as ações, debêntures e bônus de subscrição; [\(Redação dada pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001\)](#)

II - os cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramento relativos aos valores mobiliários referidos no inciso II; [\(Redação dada pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001\)](#)

III - os certificados de depósito de valores mobiliários; [\(Redação dada pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001\)](#)

IV - as cédulas de debêntures; [\(Inciso incluído pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001\)](#)

V - as cotas de fundos de investimento em valores mobiliários ou de clubes de investimento em quaisquer ativos; [\(Inciso incluído pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001\)](#)

VI - as notas comerciais; [\(Inciso incluído pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001\)](#)

VII - os contratos futuros, de opções e outros derivativos, cujos ativos subjacentes sejam valores mobiliários; [\(Inciso incluído pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001\)](#)

VIII - outros contratos derivativos, independentemente dos ativos subjacentes; e [\(Inciso incluído pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001\)](#)

IX - quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros. [\(Inciso incluído pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001\)](#)

Após esta breve digressão sobre as operações que são passíveis de incidência da exação exposta no artigo 153, V, da Constituição Federal de 1988, já nos sentidos à vontade para apresentar de forma sucinta, mas ao mesmo tempo objetiva, as regras-matrizes de incidência tributária que o compõe.

4.1.1. Operações de crédito

Hipótese de incidência e Critério Temporal: A efetivação da operação, pela disponibilidade ou, entrega total ou parcial do valor referente ao crédito contratado.

Critério Espacial: Operações realizadas dentro do território nacional.

Sujeito Ativo: União Federal.

Sujeito Passivo: O tomador do crédito, ou seja, a pessoa jurídica ou física que contrata esta operação.

§ 1º Excluem-se do regime desta Lei: [\(Redação dada pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001\)](#) [\(Vide art. 1º da Lei nº 10.198, de 14.2.2001\)](#)

I - os títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal; [\(Redação dada pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001\)](#)

II - os títulos cambiais de responsabilidade de instituição financeira, exceto as debêntures. [\(Redação dada pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001\)](#)

§ 2º Os emissores dos valores mobiliários referidos neste artigo, bem como seus administradores e controladores, sujeitam-se à disciplina prevista nesta Lei, para as companhias abertas. [\(Parágrafo incluído pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001\)](#)

§ 3º Compete à Comissão de Valores Mobiliários expedir normas para a execução do disposto neste artigo, podendo: [\(Parágrafo incluído pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001\)](#)

I - exigir que os emissores se constituam sob a forma de sociedade anônima; [\(Inciso incluído pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001\)](#)

II - exigir que as demonstrações financeiras dos emissores, ou que as informações sobre o empreendimento ou projeto, sejam auditadas por auditor independente nela registrado; [\(Inciso incluído pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001\)](#)

III - dispensar, na distribuição pública dos valores mobiliários referidos neste artigo, a participação de sociedade integrante do sistema previsto no art. 15 desta Lei; [\(Inciso incluído pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001\)](#)

IV - estabelecer padrões de cláusulas e condições que devam ser adotadas nos títulos ou contratos de investimento, destinados à negociação em bolsa ou balcão, organizado ou não, e recusar a admissão ao mercado da emissão que não satisfaça a esses padrões. [\(Inciso incluído pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001\)](#).

Base de Cálculo: Montante total da operação de crédito, compreendendo o valor do principal e juros.

Alíquota: Alíquota máxima de 1,5% (um e meio por cento), ao dia¹⁴.

4.1.2. Operações de câmbio

Hipótese de incidência e Critério Temporal: A efetivação da operação, pela disponibilidade ou, entrega de moeda nacional ou estrangeira, ou documento que a represente, em valor equivalente em moeda nacional ou estrangeira.

Critério Espacial: Operações realizadas dentro do território nacional.

Sujeito Ativo: União Federal.

Sujeito Passivo: Adquirentes ou vendedores de moeda estrangeira.

Base de Cálculo: Montante da operação em moeda nacional.

Alíquota: Alíquota máxima de 25% (vinte e cinco por cento), incidente sobre o montante em moeda nacional, equivalente ao valor da moeda estrangeira¹⁵.

4.1.3. Operações de seguros

Hipótese de incidência e Critério Temporal: A efetivação da operação, pela emissão da apólice de seguro ou recebimento do prêmio.

Critério Espacial: Operações realizadas dentro do território nacional.

Sujeito Ativo: União Federal.

¹⁴ Art. 6º O IOF será cobrado à alíquota máxima de um vírgula cinco por cento ao dia sobre o valor das operações de crédito ([Lei nº 8.894, de 1994, art. 1º](#)).

¹⁵ Art. 15. A alíquota máxima do IOF é de vinte e cinco por cento ([Lei nº 8.894, de 1994, art. 5º](#)).

Sujeito Passivo: Segurados, podendo ser pessoas físicas ou jurídicas.

Base de Cálculo: Montante do prêmio.

Alíquota: Alíquota máxima de 25% (vinte e cinco por cento), incidente sobre o valor dos prêmios pagos¹⁶.

4.1.4. Operações relativas a títulos ou valores mobiliários

Hipótese de incidência e Critério Temporal: A efetivação da operação, pela emissão, transmissão, pagamento ou resgate do título. Neste ponto, salutar destacar que a ocorrência de mais de uma das situações acima apontadas (emissão, transmissão, pagamento ou resgate do título) não implica na incidência do IOF em face de cada uma delas, incidindo apenas uma única vez.

Critério Espacial: Operações realizadas dentro do território nacional.

¹⁶ Art. 22. A alíquota do IOF é de vinte e cinco por cento ([Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, art. 15](#)).

§ 1º A alíquota do IOF fica reduzida:

I - a zero, nas seguintes operações:

- a) de resseguro;
 - b) de seguro obrigatório, vinculado a financiamento de imóvel habitacional, realizado por agente do Sistema Financeiro de Habitação;
 - c) de seguro de crédito à exportação e de transporte internacional de mercadorias;
 - d) de seguro contratado no Brasil, referente à cobertura de riscos relativos ao lançamento e à operação dos satélites Brasilsat I e II;
 - e) em que o valor dos prêmios seja destinado ao custeio dos planos de seguro de vida com cobertura por sobrevivência;
 - f) de seguro aeronáutico e de seguro de responsabilidade civil pagos por transportador aéreo;
 - ~~g) de seguro de vida e congêneres, de acidentes pessoais e do trabalho, incluídos os seguros obrigatórios de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres e por embarcações, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não; ([Revogado pelo Decreto nº 6.339, de 2008](#)).~~
- ~~II - nas operações de seguros privados de assistência à saúde: dois por cento;~~
- ~~III - nas demais operações de seguro: sete por cento.~~

II - nas operações de seguro de vida e congêneres, de acidentes pessoais e do trabalho, incluídos os seguros obrigatórios de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres e por embarcações, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não e excluídas aquelas de que trata a alínea "f" do inciso I: trinta e oito centésimos por cento; ([Redação dada pelo Decreto nº 6.339, de 2008](#)).

III - nas operações de seguros privados de assistência à saúde: dois inteiros e trinta e oito centésimos por cento; ([Redação dada pelo Decreto nº 6.339, de 2008](#)).

IV - nas demais operações de seguro: sete inteiros e trinta e oito centésimos por cento. ([Incluído pelo Decreto nº 6.339, de 2008](#)).

§ 2º O disposto na alínea "f" do inciso I do § 1º aplica-se somente a seguro contratado por companhia aérea que tenha por objeto principal o transporte remunerado de passageiros ou de cargas.

Sujeito Ativo: União Federal.

Sujeito Passivo: Adquirentes dos títulos ou valores mobiliários e instituições financeiras.

Base de Cálculo: Na emissão do título ou valor mobiliário, será o valor nominal mais ágil, se tiver. Na transmissão do título ou valor mobiliário, será o valor do preço, valor nominal ou valor da cotação em bolsa. Por fim, nos casos de pagamento ou resgate do título ou valor mobiliário, será o próprio preço.

Alíquota: Alíquota máxima é de 1,5% (um e meio por cento), ao dia¹⁷.

Desta forma, utilizando a técnica da regra matriz de incidência tributária conseguimos visualizar todas as características que são peculiares a cada atividade/operação sujeita àquele imposto previsto no artigo 153, V, da Constituição Federal de 1988.

4.1.5. Operações com ouro

Neste ponto, arrematando esta parte do presente trabalho, não podemos deixar de mencionar também que a Constituição Federal de 1988 prevê no § 5º do mesmo enunciado prescritivo (artigo 153), a possibilidade de incidência do IOF em face de operações com ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial, realizadas por instituições autorizadas a funcionar no Sistema Financeiro Nacional, incidente apenas na primeira aquisição do ouro^{18 19}.

¹⁷ Art. 29. O IOF será cobrado à alíquota máxima de um vírgula cinco por cento ao dia sobre o valor das operações com títulos ou valores mobiliários ([Lei nº 8.894, de 1994, art. 1º](#)).

¹⁸ Art. 153. (...)

§5º. O ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se exclusivamente à incidência do imposto de que trata o inciso V do caput deste artigo, devido na operação de origem; a alíquota mínima será de um por cento, assegurada a transferência do montante arrecadado nos seguintes termos:

I – trinta por cento para o Estado, o Distrito Federal ou o Território, conforme a origem;

II – setenta por cento para o Município de origem.

¹⁹ Art. 38. A base de cálculo do IOF é o preço de aquisição do ouro, desde que dentro dos limites de variação da cotação vigente no mercado doméstico, no dia da operação ([Lei nº 7.766, de 1989, art. 9º](#)).

Parágrafo único. Tratando-se de ouro físico, oriundo do exterior, o preço de aquisição, em moeda nacional, será determinado com base no valor de mercado doméstico na data do desembarço aduaneiro.

Art. 39. A alíquota do IOF é de um por cento sobre o preço de aquisição ([Lei nº 7.766, de 1989, art. 4º, parágrafo único](#)).

Sobre tal exação, a doutrina é dividida em relação à sua validade. Parte entende que para sua operacionalização haveria de existir Lei Complementar que apresentasse todas as suas condições de validade. Por outro lado, há autores que entendem que a tributação do ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial pelo IOF é plenamente possível. Contudo, não entraremos neste mérito para não desviar o foco do presente ensaio, constando apenas para conhecimento e futuro debate no momento oportuno.

4.2. Regra matriz de incidência tributária do ICMS

O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre as prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ou simplesmente ICMS, é imposto de competência dos Estados e Distrito Federal, que tem função predominantemente fiscal.

É tributo de grande relevância, pois consiste em importante instrumento de arrecadação de recursos aos Estados e Distrito Federal, principalmente pelo fato da sua hipótese de incidência conseguir alcançar uma gama muito grande de eventos realizados constantemente no mundo fenomênico.

Outras características deste imposto, que inclusive constam do texto constitucional, é a sua não cumulatividade, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal, bem como, a sua possibilidade de ser seletivo, ou seja, ter aplicação de alíquotas diferenciadas em razão da essencialidade das mercadorias e dos serviços comercializados.

Seguindo, sobre a hipótese de incidência do aludido tributo, este pode ser localizado na norma que o institui. Desta forma, de acordo com a Constituição Federal vigente, foi editada a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, também conhecida como Lei Kandir, estabelecendo as normas gerais do ICMS.

Assim, de acordo com a norma citada, a hipótese de incidência do ICMS é:

“Art. 2º. O imposto incide sobre:

I – operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

II – prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

III – prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

IV – fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

V – fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual.

§1º. O imposto incide também:

I – sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda quando se trata de bem destinado a consumo ou ativo permanente do estabelecimento;

II – sobre o serviço prestado no exterior cuja prestação se tenha iniciado no exterior;

III – sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

§2º. A caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que a constitua.

Art. 3º. O imposto não incide sobre:

I – operações com livros, jornais, periódicos e papel destinado a sua impressão;

II – operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, ou serviços;

III – operações interestaduais relativas a energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando destinados à industrialização ou à comercialização;

IV – operações com ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial;

V – operações relativas a mercadorias que tenham sido ou que se destinem a ser utilizadas na prestação, pelo próprio autor da saída, de serviço de qualquer natureza definido em lei complementar como sujeito ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, ressalvadas as hipóteses previstas na mesma lei complementar;

VI – operações de qualquer natureza de que decorra a transferência de propriedade de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie;

VII – operações decorrentes de alienação fiduciária em garantia, inclusive a operação efetuada pelo credor em decorrência do inadimplemento do devedor;

VIII – operações de arrendamento mercantil, não compreendida a venda do bem arrendado ao arrendatário;

IX – operações de qualquer natureza de que decorra a transferência de bens imóveis salvados de sinistros para companhias seguradoras.

Parágrafo único. Equipara-se às operações de que trata o inciso II a saída de mercadoria realizada com o fim específico de exportação para o exterior, destinada a:

I – empresa comercial exportadora, inclusive trading ou outro estabelecimento da mesma empresa;

II – armazém alfandegado ou entreposto aduaneiro.”

Diante disto, ao proceder com uma análise perfunctória acerca do tributo em comento, resta de fácil constatação que a sua hipótese de incidência será:

- 1) operações relativas à circulação de mercadorias;
- 2) a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal; e
- 3) a prestação de serviços de comunicação.

Porém, como estes termos são amplos, para melhor compreensão do alcance da exação em comento, necessário discorrer um pouco, mesmo que em poucas linhas, sobre cada um destes comandos legais.

Nas palavras do Professor Hugo de Brito Machado, “*Operações relativas à circulação de mercadorias são quaisquer atos ou negócios, independentemente da natureza jurídica específica de cada um deles, que implicam circulação de mercadorias, vale dizer, que implicam mudança da propriedade das mercadorias, dentro da circulação econômica que as leva da fonte até o consumidor.*” Disto, para melhor compreensão desta hipótese de incidência, necessário se ter claro em mente o que realmente significa tanto as “operações relativas à circulação” como “mercadorias”.

Eduardo de Moraes Sabbag indica estes institutos em sua obra Elementos do Direito – Direito Tributário como “*CIRCULAÇÃO: é a mudança de titularidade jurídica do bem (não é mera movimentação “física”, mas circulação jurídica do bem). O bem sai da titularidade de um sujeito a passa à titularidade definitiva de outro. Exemplo: na saída de bens para mostruário não se paga ICMS, pois não ocorre a circulação jurídica do bem, apenas a movimentação “física”, não havendo mudança de titularidade; o mesmo fato ocorre na mera movimentação física de bens entre matriz e filial.*”

MERCADORIAS: o conceito de MERCADORIA é fundamental ao estudo do fato gerador deste imposto: mercadoria = latim merx: coisa que se constitui objeto de uma venda (sentido lato sensu). Todavia, a Constituição define implicitamente mercadoria em seu sentido estrito, e somente nesse conceito estrito deve ser ela considerada na formatação do fato gerador do ICMS (Art. 110 do CTN). Vejamos: MERCADORIA (sentido estrito) = produto + intuito de mercadoria (decorrente da habitualidade ou volume típico de comércio na aquisição do bem).”

Após estes ensinamentos, podemos dizer que a operação relativa à circulação de mercadoria, relevante para sofrer a incidência pelo ICMS, consiste em bem móvel que deve ser objeto de negociação no comércio. Ademais, devem ter como característica a comercialização habitual, com finalidade de lucro. Justamente por conta disto que a eventual saída de bens do ativo da empresa, quando transportados para outras unidades ou filiais não se configura como circulação de mercadorias. Logo, não há que se falar na incidência do ICMS.

Disto, temos que a ocorrência no mundo fenomênico das situações acima indicadas são passíveis de sujeição à tributação pelo ICMS, porém, conforme indicado, algumas situações fogem a esta regra. Como exceção a esta regra podemos exemplificadamente citar:

- 1) Não incidência do ICMS sobre coisas que não sejam mercadoria, ou seja, sobre bens particulares (coisas corpóreas);
- 2) Alienação de bens do ativo fixo ou imobilizado;
- 3) Transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa;
- 4) Remessa de mercadorias para demonstrações ou consignação;
- 5) Na integralização de bens para criação ou ampliação de empresas;
- 6) Mudança integral de estabelecimento com a movimentação de todos os seus bens (sentido amplo) para outro lugar.

Seguindo, outra hipótese de incidência do ICMS também é a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal. Sobre esta hipótese de incidência do ICMS não há muitas discussões. Contudo, necessário lembrar que estão sujeitas à incidência do ICMS apenas a prestação de serviço de transporte onerosa (não inclui transporte de bens próprios), intermunicipal ou interestadual. Ou seja, quando o serviço de transporte, oneroso, for prestado dentro dos limites do Município (inframunicipal), está sujeita à tributação pelo ISS, conforme consta do item 16 da Lei Complementar nº 116/2003.

Por fim, outro serviço que se enquadra na hipótese de incidência do ICMS é a prestação de serviços de comunicação. Para este, em regra também não há muitas discussões, tendo em vista que a sua hipótese de incidência se encontra indicada no art. 2º, III, da Lei Complementar nº 87/1996, indicando que incide o ICMS sobre as “prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza”.

Um ponto importante a ser indicado pode ser extraído das lições do Professor de Direito Tributário, Eduardo de Moraes Sabbag²⁰, ao indicar que, *“É mister enaltecer que, se apenas os serviços de transporte interestaduais e intermunicipais estão abrangidos pela regra da incidência, tal restrição não se estende aos serviços de comunicação, uma vez que a Constituição Federal não especificou, pelo que não cabe ao interprete distinguir. O ICMS poderá recair também sobre as comunicações intramunicipais, tendo em vista que a Constituição, no art. 156, III, assevera que compete aos Municípios instituir o ISS de qualquer natureza ‘não compreendidos no art. 155, II’.*

Logo, todo serviço de comunicação, definido na Lei Complementar nº 87/96, poderá estar sujeito à incidência do ICMS, desde que tal definição tenha sido adotado, parcial ou integralmente, pela lei estadual ou distrital, em observância aos Princípios da Legalidade e da Tipicidade Fechada.”

Diante disto, restam demonstradas as principais características do ICMS, que merecem ser pelo menos sucintamente apresentadas.

²⁰ SABBAG, Eduardo de Moraes. Elementos de Direito Tributário, Ed. Premier Máxima, 7ª edição, São Paulo, 2005, p. 328 a 329.

4.3. Regra matriz de incidência tributária do ISS

O imposto sobre serviços de qualquer natureza, ou simplesmente ISS, previsto no art. 156, III, da Constituição Federal de 1988 é imposto de competência dos Municípios e Distrito Federal, que tem função predominantemente fiscal.

É tributo de grande relevância, pois consiste em importante instrumento de arrecadação de recursos aos Municípios e Distrito Federal, principalmente pelo fato de, em observância à lista de serviços sujeitos à tributação prevista na legislação, sua hipótese de incidência consegue alcançar uma ampla gama de eventos realizados no mundo fenomênico.

Esta atual exação, no formato que conhecemos, nasceu em substituição ao anterior IIP (Imposto Sobre Indústrias e Profissões) em decorrência da Reforma Tributária implementada pela Emenda Constitucional nº 18/65.

Citado tributo atualmente tem como fato gerador, a prestação dos serviços constantes da Lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003, que enumera, aproximadamente, 230 serviços, divididos em 40 itens, prestados por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo.

Aires F. Barreto²¹ discorre que *“Tendo a Constituição atribuído aos Municípios competência para tributar “serviços”, tem-se que:*

- a) os Municípios – e somente eles – podem tributar fatos abrangidos pelo conceito de “serviço” (excetuados aqueles expressa e implicitamente atribuídos à competência tributária dos Estados, quais sejam os serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ex vi do art. 155, II); inversamente;*
- b) não podem os Municípios tributar fatos que não possam ser qualificados como “serviço”.*

Aqui, é exatamente no conceito de serviço que se verificará o que ficará sujeito à tributação por esta exação de competência municipal. Conforme as lições do Professor de Direito

²¹ BARRETO, Aires F., BOTTALLO, Eduardo Domingos. Coordenadores. Curso de Iniciação em Direito Tributário, Ed. Dialética, São Paulo, 2004, p. 159.

Tributário, Aires F. Barreto,²² *“Serviço, ensina Ponde de Miranda, ‘é qualquer prestação de fazer’, pois que ‘servir é prestar atividade a outrem’; é prestar qualquer atividade que se possa considerar ‘locação de serviços’, envolvendo seu conceito apenas a locatio operarum e a locatio operis.*

O ISS, portanto, só pode alcançar a obrigação de fazer, isto é, aquela cuja prestação é a própria atividade do locador. É, enfim, o esforço humano, físico, intelectual, que o prestador desenvolve (faz) para terceiros.

Orlando Gomes, na sua excelente obra, distingue a obrigação de dar da obrigação de fazer. Eis suas lições:

‘Nas obrigações de dar, o que interessa ao credor é a coisa que lhe deve ser entregue, pouco lhe importa a atividade de que o devedor precisa exercer para realizar a entrega. Nas obrigações de fazer, ao contrário, o fim que se tem em mira é aproveitar o serviço contratado.’

Também o insigne doutrinador Clóvis Beviláqua é preciso, ao conceituar as obrigações de dar: ‘Obrigação de dar é aquela cuja prestação consiste na entrega de uma coisa móvel ou imóvel, seja para constituir um direito real, seja somente para facilitar o uso, ou ainda, a simples detenção, seja finalmente, para restituí-la a seu dono.’”

Neste ponto, diante destas valiosíssimas lições, já é possível se depreender que nem todo esforço humano, em favor de outrem, pode ser encarado como serviço, para acarretar o nascimento desta obrigação tributária. Ou seja, a ação que é importante para este tributo é o esforço humano, para outrem, mediante pagamento, que caracterize um fazer e não simplesmente entregar algo. Isto porque, o simples ato de entregar algo para outrem (obrigação de dar) está sujeita a outra obrigação tributária, que não esta ora tratada.

Seguindo, diante disto, óbvia também é a conclusão no sentido de que não está compreendida na hipótese de incidência da exação:

- 1) a prestação de serviço a si próprio;
- 2) a prestação de serviço com vínculo empregatício;

²² BARRETO, Aires F., BOTTALLO, Eduardo Domingos. Coordenadores. Curso de Iniciação em Direito Tributário, Ed. Dialética, São Paulo, 2004, p. 160.

- 3) a prestação de serviço por prestadores de trabalho avulso e por sócios ou administradores de sociedade;
- 4) a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (incidência de ICMS – art. 155, II, CF);
- 5) a prestação de serviços para o exterior (isenção heterônoma para o ISS, prevista no art. 156, § 3º, II, da CF e art. 2º, I, da LC nº 116/2003); e
- 6) a prestação de serviços pelo próprio Poder Público (imunidade – art. 150, VI, “a”, da CF).

Para facilitar esta imposição tributária, inclusive para uniformizar a tributação no âmbito nacional, indicando o que seria uma espécie de prestação de serviço em qualquer um dos 5570 Municípios da Federação, em prestígio ao sobreprincípio da segurança jurídica e certeza, o art. 156, III, da Carta Política de 1988 indica que serão tributados pelos Municípios “*serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidor em lei complementar.*” Atualmente, a norma legal de regência da exação é a Lei Complementar nº 116/2003.

Neste ponto, importante abrir parênteses para melhor esclarecer o citado sobreprincípio. Das lições do Professor Paulo de Barros²³ é possível extrair que “*Não há por que confundir a certeza do direito naquela acepção de índole sintática, com o cânone da segurança jurídica. Aquele é atributo essencial, sem o que não produz enunciado normativo com sentido deontico; este último é decorrência de fatores sistêmicos que utilizam o primeiro de modo racional e objetivo, mas dirigido à implantação de um valor específico, qual seja o de coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta. Tal sentimento tranquiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza. Concomitantemente, a certeza do tratamento normativo dos fatos já consumados, dos direitos adquiridos e da força da coisa julgada, lhes dá garantia do passado. Essa bidirecionalidade passado/futuro é fundamental para que se estabeleça o clima*

²³ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário, 18ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2007. p. 158.

de segurança das relações jurídicas, motivo porque dissemos que o princípio depende de fatores sistêmicos. Quanto ao passado, exige-se um único postulado: o da irretroatividade, que mais adiante será objeto das nossas reflexões. No que aponta para o futuro, entretanto, muitos são os expedientes principiológicos necessários para que se possa falar na efetividade do primado da segurança jurídica.

Desnecessário encarecer que a segurança das relações jurídicas é indissociável do valor justiça, e sua realização concreta se traduz numa conquista paulatinamente perseguida pelos povos cultos.”

De certa forma, louvável é a técnica adotada pelo legislador constituinte, isto porque, em defesa da segurança jurídica nas relações institucionais entre o contribuinte e o(s) Fisco(s), quis prever que as atividades elencadas na citada lista serão consideradas serviço em qualquer Município do país, cabendo ao respectivo Município a faculdade de tributar ou não aquela atividade praticada.

Desta técnica legislativa adotada pelo legislador constituinte, surgiu a discussão no sentido de saber se a aludida lista de serviços seria taxativa ou exemplificativa. Este ponto é importante para delimitar quais atividades de fato estão sujeitas à tributação pelo ISS, tendo em vista que, sendo considerada como taxativa, somente aqueles serviços expressamente previstos na lista poderiam se sujeitar à esta imposição tributária, refutando de uma vez por todas eventuais desdobramentos que a interpretação da lista pode ensejar, ao passo que em regra, ao final das indicação das atividades, também consta a possibilidade de tributar atividades semelhantes ou congêneres.

Justamente com esta preocupação, se manifestou Mariangela Garcia de Lacerda Azevedo²⁴, no sentido de que “*O legislador complementar, ao inserir o termo “congêneres” ao final de praticamente cada grupo constante da lista de serviços, pretendeu intencionalmente dilatar indefinidamente o campo de incidência do ISS.*

O termo “congêneres” significa similar ou semelhante. Sua imprecisão acarreta insegurança, posto que os contribuintes, em razão do desse vernáculo, poderão estar sujeitos a arbitrariedades, já que a autoridade fiscal municipal ao seu bel-prazer poderá estabelecer qual a

²⁴ AZEVEDO, Mariangela Garcia de Lacerda. Imposto Sobre Serviços – De acordo com a Lei Complementar nº 116/2003. Ed. Quartier Latin. São Paulo. 2004. p. 79/80.

atividade que entende sujeita ao ISS, apoiando-se para tanto no termo “congêneres”, tal como já vinha fazendo antes do advento da Lei Complementar nº 116/2003.

Indubitavelmente, esse tipo de insegurança jurídica não pode permanecer sob o nosso sistema jurídico tributário.

A Constituição Federal é clara em estabelecer os pilares do sistema tributário nacional, estando entre eles o princípio da tipicidade fechada.

Isso significa que o legislador deve definir de maneira pormenorizada os elementos configuradores da hipótese de incidência tributária, estabelecendo de maneira taxativa os serviços sujeitos à tributação, não adotando para tanto termos vagos, a exemplo de “congêneres.”

Disto, nota-se que o próprio plano constitucional tributário elenca princípios que devem ser observados sem ressalvas nas imposições tributárias, a exemplo do que foi exteriorizado pela autora acima citada.

Neste sentido, Hugo de Brito Machado²⁵ indica que *“Dentre esses princípios destacamos aqueles que, em virtude de sua universalidade, podem ser considerados comuns a todos os sistemas jurídicos, ou pelo menos aos mais importantes. São eles os princípios da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da competência, da capacidade contributiva, da vedação ao confisco e o da liberdade de tráfego.*

Tais princípios existem para proteger o cidadão contra os abusos do Poder. Em face do elemento teleológico, portanto, o interprete, que tem consciência dessa finalidade, busca nesses princípios a efetiva proteção do contribuinte.

Aliás, o Direito é um instrumento de defesa contra o arbítrio, e a supremacia constitucional, que alberga os mais importantes princípios jurídicos, é por excelência um instrumento do cidadão contra o Estado. Não pode ser invocado pelo Estado contra o cidadão.”

Mais adiante, na parte que discorrer especificamente sobre o princípio da legalidade, ou princípio da tipicidade, o citado autor indica com propriedade que *“Realmente, é indubitável que, se somente a lei pode criar, somente a lei pode aumentar, a não ser nas hipóteses ressalvadas pela própria Constituição. Admitir fora dessas hipóteses, que o tributo pode ser aumentado por norma inferior é admitir que essa norma inferior modifique o que em lei foi estabelecido, o que constitui evidente absurdo.*

²⁵ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. Ed. Malheiros. 21ª Edição. 2002. p. 39/41

(...) O povo consente que o Estado invada seu patrimônio para dele retirar os meios indispensáveis à satisfação das necessidades coletivas. Mas não é só isto. Mesmo não sendo a lei, em certos casos, uma expressão desse consentimento popular, presta-se o princípio da legalidade para garantir a segurança nas relações do particular (contribuinte) com o Estado (fisco), as quais devem ser inteiramente disciplinadas, em lei, que obriga tanto o sujeito passivo como o sujeito ativo da relação obrigacional tributária.

(...) Criar um tributo é estabelecer todos os elementos de que se necessita para saber se este existe, qual é o seu valor, quem deve pagar, quando e a quem deve ser pago. Assim, a lei instituidora de tributo há de conter: (a) a descrição do fato tributável; (b) a definição da base de cálculo e da alíquota, ou outro critério a ser utilizado para o estabelecimento do valor do tributo; (c) o critério para a identificação do sujeito passivo da obrigação tributária; (d) o sujeito ativo da relação tributária, se for diverso da pessoa jurídica da qual a lei seja expressão de vontade.

A rigor, o que a lei deve prever não é apenas a hipótese de incidência, em todos os seus aspectos. Deve estabelecer tudo quanto seja necessário à existência da relação obrigacional tributária. Deve prever, portanto, a hipótese de incidência e o consequente mandamento. A descrição do fato temporal e da correspondente prestação, com todos os seus elementos essenciais, e ainda a sanção, para o caso de não prestação.”

Contudo, desta discussão o E. Superior Tribunal de Justiça²⁶ decidiu resolver a matéria indicando que a lista é taxativa, porém, comporta interpretação extensiva. Diante disto, verifica-se que aquela E. Corte perdeu uma ótima oportunidade de encerrar o nascimento de várias discussões que gravitam em torno da exação. Isto porque, para o ISS o que importa é que a atividade seja uma efetiva prestação de serviço (obrigação de fazer), que inclusive seja a atividade fim, não se admitindo a tributação pelo ISS quando a atividade realizada consistir em atividade meio para outra atividade fim.

²⁶ “EMENTA: CARTÕES DE CRÉDITO. IMPOSTO DE LICENÇA. A ELE ESTÃO SUJEITAS AS ENTIDADES QUE OS EMITEM, FACE A NATUREZA DAS OPERAÇÕES QUE DE SUA EXPEDIÇÃO SE ORIGINOU. II – Aplicação do Decreto-Lei n. 406/68, com a redação Impostos Municipais [99 3] que lhe atribuiu o Decreto-Lei n. 834/69, art.3, VIII. III – A lista a que se referem o art. 24, III da Constituição, e 8º do Decreto-Lei n. 83/69 é taxativa, embora cada item da relação comporte interpretação ampla e analógica. IV – Recurso extraordinário não conhecido.” (RE 75.952/SP, 2ª T., rel. Min. Thompson Flores, j. 29-10-1973).

“EMENTA: RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ISS. LISTA DA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. A lista da legislação municipal dos serviços tributáveis deve ater-se ao rol da legislação nacional, a teor da Constituição da República de 1969. Imperativo do princípio que impõe o numerus clausus. Admissível a interpretação extensiva e analógica. Vedada, porém, a analogia. Aquelas respeitam os marcos normativos. A última acrescenta fatos novos.” (REsp 1837/SP, 2ª T., rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 15-08-1990).

Em suma, verifica-se assim que, para se aceitar que uma atividade seja tributada pelo ISS de competência dos Municípios, deve-se analisar a sua essência para se verificar a caracterização de uma efetiva prestação de serviços, que não consista em atividade meio de outra atividade fim, sob pena de violação das regras constitucionais tributárias.

Superada a questão da hipótese de incidência desta exação, sobre os seus sujeitos, em observância ao que indica o art. 3º da LC nº 116/2003, com algumas exceções, temos que o sujeito ativo é o Município onde o serviço é prestado.

Sobre o sujeito passivo, por sua vez, é o prestador de serviço, independente se ser empresa ou prestador autônomo, com ou sem estabelecimento fixo (art. 5º da LC n. 116/2003). Contudo, necessário apontar neste ponto que nem todos aqueles que prestam alguma espécie de serviço será considerado sujeito passivo desta tributação, isto porque, conforme indica o art. 2º, II, da LC nº 116/2003, não serão considerados contribuintes:

- 1) os que prestam serviços em relação de emprego;
- 2) os trabalhadores avulsos (ex: estivadores, conferentes);
- 3) os diretores e membros de Conselhos Consultivo ou Fiscal de Sociedades.

Sobre o critério temporal, a obrigação tributária nasce com a efetiva prestação do serviço. Ou seja, sendo prestado o serviço contratado, se enquadrando nas hipóteses legais, nasce a obrigação de pagar o tributo.

Por fim, sobre o critério quantitativo (base de cálculo e alíquota), teoricamente não seriam questões que mereceriam muitos comentários, tendo em vista que da observância à legislação não teríamos muitos desdobramentos, contudo, não é bem assim a nossa realidade.

Sobre a alíquota, a experiência mostrou que, a falta de indicação de alíquotas utilizáveis acarretou o nascimento de guerras fiscais entre Municípios, que sob o pretexto de atrair empresas para se estabelecerem em seus respectivos territórios, ofereciam várias espécies de

vantagens tributárias àquelas empresas, dentre estas, a sujeição a alíquotas muito baixa a título de ISS.

Assim, inicialmente tínhamos no ordenamento jurídico pátrio apenas a indicação de que eventual Lei Complementar instituída em caráter de lei nacional estabeleceria as alíquotas máximas a serem adotadas para esta exação. Em observância a este enunciado constitucional, consta expressamente que a alíquota máxima para o ISS será de 5% (cinco por cento), conforme dispõe o art. 8º, II, da LC nº 116/2003.

Contudo, antes disto, por conta de todas as problemáticas que a situação gerava, com o advento da EC nº 37/2002, foi dada nova redação ao inciso I, §3º, do art. 156 da Constituição Federal, indicando que caberia à Lei Complementar indicar as alíquotas mínimas e máximas do ISS. Fora esta alteração, citada norma legal também alterou o art. 88 dos Atos de Declarações Constitucionais Transitórias – ADCT para indicar que, enquanto Lei Complementar não regulasse o tema, a alíquota mínima do ISS seria de 2% (dois por cento).

Diante disto, independente de todas estas problemáticas de processo legislativo que envolve o tema, que não é objeto de estudo no presente estudo, temos que a alíquota mínima do ISS é de 2% e a alíquota máxima é de 5% sobre o valor do serviço prestado.

Por fim, no que diz respeito à base de cálculo, cediço que esta é o valor do serviço. Nas palavras do Professor de Direito Tributário Aires F. Barreto²⁷, “*A base de cálculo do ISS é o preço do serviço. Preço do serviço, a seu turno, é a receita a ele correspondente, sem quaisquer deduções. No caso de serviços de construção civil, embora a base de cálculo prossiga sendo o preço dos serviços, é permitida a dedução das parcelas correspondentes ao valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços.*”

Neste ponto, aparentemente a compreensão do ponto também parece ser simples, ao passo que a base de cálculo do ISS é o valor do serviço. Contudo, para o presente trabalho, este ponto é de relevante importância, ao passo que as empresas de arrendamento mercantil (*leasing*), quando autuadas pela suposta ausência de recolhimento do ISS, veem que os Fiscos

²⁷ BARRETO, Aires F., BOTTALLO, Eduardo Domingos. Coordenadores. Curso de Iniciação em Direito Tributário, Ed. Dialética, São Paulo, 2004, p. 169.

Municipais adotam como base de cálculo o valor do objeto que é contrato de arrendamento e não algum valor à título desta suposta prestação de serviços, inflando assim indevidamente a sua suposta base de cálculo.

5. ARRENDAMENTO MERCANTIL E SUAS MODALIDADES

Do conceito de arrendamento mercantil (*leasing*)

O Direito Pátrio tratou do arrendamento mercantil (*leasing*) com enfoque na tributação, ou seja, foi criada legislação para tratar do aspecto tributário da operação, sem, contudo, esgotar os outros aspectos atinentes ao instituto. De todo modo, como as empresas de arrendamento mercantil (*leasing*) são consideradas instituições financeiras, importante discorrer mesmo que em poucas linhas sobre este ponto.

José Roberto Securato, José Cláudio Securato e Rodolfo Leandro de Faria Olivo²⁸ indicam que “*o Sistema Financeiro Nacional (SFN) é composto por um conjunto de instituições que se dedica em manter o fluxo de recursos entre poupadores e investidores e a ordem no mercado financeiro por meio de normas e procedimentos. O mercado financeiro representa um elemento dinâmico no crescimento econômico de qualquer país, pois a propicia a elevação das taxas de poupança e investimento.*”

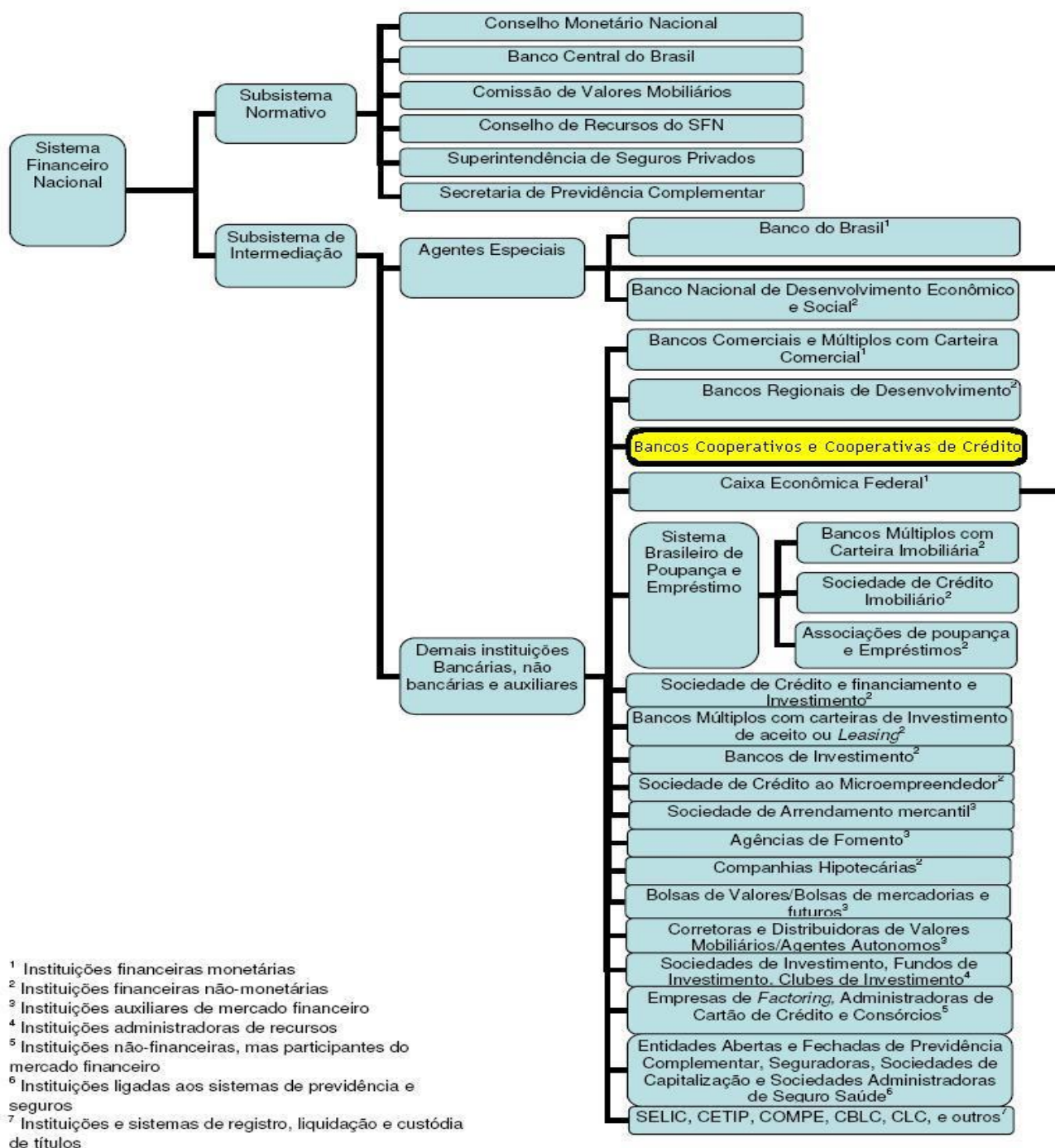
Em meados de 1964 foi editada a Lei Ordinária nº 4595/1964, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, criando inclusive o Conselho Monetário Nacional. Nesta norma, da leitura do seu artigo 17 é possível extrair o conceito de Instituições Financeiras, que assim restou normatizado:

“Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.”

²⁸ SECURATO, José Roberto, SECURATO, José Cláudio. Coordenadores. Mercado Financeiro. Conceitos, cálculos e análise de investimento. 3ª Edição, 5ª reimpressão, Ed. Saint Paul, São Paulo, 2012, p. 51.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.”

Atualmente, o organograma do Sistema Financeiro Nacional está delineado conforme o quadro abaixo indicado. De todo modo, importante notar que as empresas de arrendamento mercantil (*leasing*) se enquadram na categoria das instituições financeiras não monetárias ou não bancárias:



Sobre estas sociedades arrendadoras (instituições financeiras não monetárias), os últimos autores²⁹ citados indicam que *“são constituídas com a finalidade de realizar operações de arrendamento mercantil, mais conhecidas como leasing. O arrendamento mercantil envolve bens adquiridos de terceiros e destinados ao uso de empresas arrendatárias. As operações de leasing são regulamentadas pelo Conselho Monetário Nacional, conforme a Lei nº 6.099/74. Uma operação de leasing representa uma locação, tendo o cliente, ao final do contrato, as opções de renová-la e de adquirir o bem pelo valor residual, conforme estabelecido no contrato, ou devolvê-lo à empresa.*

Os recursos que lastreiam as operações de leasing são levantados principalmente por meio de emissões de debentures e empréstimos obtidos no país e no exterior. Essas ações também praticam operações de cessões de crédito, que consistem na negociação das contraprestações dos contratos de arrendamento mercantil realizados com outras instituições financeiras.”

Também discorrendo sobre as características desta operação mercantil, apresentando inclusive as suas vantagens, Eduardo Fortuna³⁰ descreve que *“Em sentido mais amplo, o leasing, ou, em bom português, o arrendamento mercantil, é uma operação realizada mediante contrato, na qual o dono do bem – o arrendador -, concede a outrem – o arrendatário -, o direito de utilização do mesmo, por um prazo previamente determinado.*

O leasing é, portanto, uma forma de ter sem comprar e parte do princípio de que o lucro vem da utilização do bem e não da sua propriedade.

Em resumo, as grandes vantagens do leasing são:

- . o financiamento total do bem;*
- . a liberação do capital de giro;*
- . a possibilidade de atualização dos equipamentos durante a vigência dos contratos;*
- . o prazo da operação compatível com a amortização econômica do bem;*
- . a flexibilidade nos prazos de vencimento;*
- . dupla economia de imposto de renda (dedução de aluguéis e não-imobilização de equipamentos);*
- . aceleração da depreciação, gerando eficiência fiscal;*

²⁹ SECURATO, José Roberto, SECURATO, José Cláudio. Coordenadores. Mercado Financeiro. Conceitos, cálculos e análise de investimento. 3ª Edição, 5ª reimpressão, Ed. Saint Paul, São Paulo, 2012, p. 65.

³⁰ FORTUNA, Eduardo. Mercado Financeiro. Produtos e Serviços. 18ª Edição. Ed. Qualitymark Editora. Rio de Janeiro. 2011. p. 342.

. *simplificação contábil; e*
. *melhoria dos índices financeiros.*”

Seguindo no que importa para a presente dissertação, a legislação de que aqui tratamos é a Lei nº 6099/74 que dispõe sobre o tratamento tributário destas operações, que, posteriormente, foi alterada pela Lei nº 7132 de 26 de outubro de 1983.

E, é nesta última lei, no artigo primeiro, parágrafo único que encontramos o conceito de arrendamento m (*leasing*), nos termos seguintes:

“Considera-se arrendamento mercantil, para os efeitos desta lei, o negócio jurídico realizado entre a 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.”

Vale realçar que o arrendamento mercantil (*leasing*) é contrato que não foi tipificado no Código Civil, motivo pelo qual nos ateremos às disposições contidas no diploma legal que o instituiu em nosso ordenamento, ainda que restrito à matéria tributária, para chegarmos às suas definições. Após a transcrição do conceito de arrendamento mercantil (*leasing*) do nosso ordenamento, dele podemos extrair as respectivas definições.

O arrendamento mercantil (*leasing*) é negócio jurídico composto por dois contratos, quais sejam o de compra do equipamento pela instituição financeira e o segundo na locação desse equipamento ao cliente que, por seu turno, poderá optar pela aquisição do bem, restituição do bem ao locador ou pela renovação do contrato.

A Associação Brasileira das Empresas de *Leasing* – ABEL, em seu site³¹, de forma didática faz as seguintes explicações acerca desta operação mercantil:

*“O que é o Leasing?
Leasing – Arrendamento Mercantil é a operação realizada com características especiais, onde você escolhe o bem de sua preferencia, o fornecedor, negocia o preço e ao assinar o contrato, solicita à empresa de leasing que compre este bem para sua utilização.*

³¹ www.leasingabel.com.br

Os seus direitos e obrigações estão bem definidos no contrato. Leia-o com atenção.

Tendo cumprido todas as obrigações contratuais, ao final do prazo do arrendamento você terá o direito a três opções: comprar o bem, renovar o contrato ou devolver o bem à empresa de leasing.

As partes deste negócio

Arrendadora

É a empresa de leasing. As arrendadoras são empresas previamente autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, como também os Bancos com Carteira de Arrendamento Mercantil.

Arrendatária

É você, que necessita de um bem e faz a escolha livremente.

Fornecedor

É quem você escolhe para lhe fornecer o bem, pelo preço que vocês ajustarem e que lhe será entregue após a emissão da ordem de compra pela arrendadora.

Bens a serem arrendados

Bens imóveis e móveis, de produção nacional ou estrangeira, tais como veículos, máquinas, computadores, equipamentos, entre outros.”

Nessa esteira temos que o instituto de que aqui tratamos é tripartite, ou seja, é negócio em que, necessariamente, sob pena de descaracterização do instituto, é resultado da conjugação de três pólos: o cliente (arrendatário) que necessita de determinado equipamento e que deseja utilizá-lo sem adquiri-lo de pronto, a instituição financeira (arrendatária) que dispõe dos recursos financeiros para adquirir o bem e alugá-lo ao arrendatário e, por último, a empresa que fabrica o equipamento.

Silvio Rodrigues, definiu o contrato de arrendamento mercantil (*leasing*) como: “*O contrato de leasing é, fora de dúvida, uma espécie do gênero locação. Trata-se de negócio jurídico complexo pelo qual uma empresa, necessitando de certo equipamento (ou mesmo de determinado imóvel), em vez de adquiri-lo consegue que uma instituição financeira o faça, com o intuito de alugá-lo à mesma empresa, por certo prazo, ao fim do qual o locatário devolverá o equipamento locado; entretanto, do contrato poderá constar, e ordinariamente consta, a possibilidade de o locatário optar pela renovação da locação, ou pela aquisição do mesmo equipamento por um preço residual, que já foi estipulado no momento em que se celebrou a avença.*”³²

³² RODRIGUES, Silvio. Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade. 30ª Edição. São Paulo. Ed. Saraiva, 2004, p. 241.

Para Arnaldo Rizzardo, por seu turno, sobre o tema “*A definição que se colhe no Direito universal indica um 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 (...). De acordo com os princípios fundamentais do instituto, define-se o mesmo como a operação financeira realizada por uma empresa arrendadora, constituída e atuando sob o controle do Banco Central do Brasil, tendo por objeto o arrendamento de bens móveis ou imóveis, adquiridos junto a terceiros, para fins de uso próprio da arrendatária (art. 1º, parágrafo único, da Lei 6.099).*”³³

Nesse contexto, o arrendamento mercantil (*leasing*) é contrato celebrado pela livre manifestação de vontades, onde o arrendatário indica o bem a ser objeto da operação, cabendo ao mesmo a escolha do fornecedor e a discussão sobre o preço.

Determinado o objeto, a arrendadora irá negociá-lo e, para tanto, busca recursos no mercado de capitais, efetua de imediato o pagamento ao respectivo fornecedor do bem e coloca-o na posse direta do arrendatário mercantil, como bem ensina César Fiúza, discorrendo “*Arrendamento mercantil ou leasing é contrato pelo qual uma pessoa jurídica arrenda a uma pessoa física ou jurídica um bem adquirido pela primeira, segundo especificações da segunda, cabendo ao arrendatário, ao final do contrato, a opção de adquirir o bem por preço preestabelecido.*”³⁴

O arrendatário, por sua vez, é responsável pela utilização do bem e, sendo assim, a utilização do bem para fins ilícitos será de inteira responsabilidade do arrendatário, ainda que a propriedade deste seja da instituição que efetua a intermediação do negócio: a arrendadora.

Sendo assim, conclui-se que o arrendamento mercantil (*leasing*) é um instituto complexo introduzido em nosso ordenamento cujo contrato é caracterizado pela unicidade, muito embora seja composto por três operações de distintas: financiamento, locação e venda e compra.

³³ RIZZARDO, Arnaldo. *Leasing- Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro*. 4ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 19.

³⁴ FIUZA, César. *Direito Civil- Curso Completo de acordo com o Código Civil de 2002*. 7ª Edição. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003. p. 569.

Cediço que há algumas modalidades de arrendamento mercantil (*leasing*), quais sejam as principais: (i) operacional: há prestação de serviço de assistência técnica pela arrendadora, sendo espécie utilizada com frequência no case de maquinário; (ii) financeiro: tem como característica básica a intermediação de uma sociedade de arrendamento mercantil (*leasing*), e leva esse nome porque na essência substitui algo semelhante a um financiamento; e (iii) lease-back: a característica básica é o fato de o arrendatário vender o bem ao arrendador e tomá-lo em arrendamento, podendo, a final, recomprá-lo, o que lembra a alienação fiduciária em garantia e a retrovenda. Porém, efetuando mais um corte metodológico, salutar destacar que para o presente ensaio a modalidade que nos interessa e que conseqüentemente será explorada com mais cuidado, é a modalidade do *leasing* financeiro.

O *Leasing* Financeiro, também conhecido como *Leasing* Bancário, é tido pela doutrina como o *leasing* puro, em razão da fidelidade às características do *leasing*. É esta espécie do gênero *leasing* que o Fisco pretende tributar.

Trata-se basicamente de uma operação com características de financiamento sob a forma de locação particular, de médio à longo prazo, de bens móveis ou imóveis, onde intervêm uma empresa de *leasing* (arrendador), a empresa que fabrica o bem objeto do contrato (fornecedor) e a empresa, ou pessoa física, que necessita utilizá-lo (arrendatária).

Nas palavras de Carlos Alberto Di Agustini, “*É a modalidade em que os pagamentos realizados pelo arrendatário (pessoa física ou jurídica) são suficientes para que a empresa de leasing recupere o custo do bem arrendado durante o contrato e obtenha um retorno sobre os recursos investidos. As despesas de manutenção e demais serviços associados são de responsabilidade do arrendatário e o preço de exercício da opção de compra do bem é livremente combinado entre as partes.*”³⁵

César Fiúza, por seu turno, assim definiu o arrendamento mercantil (*leasing*) financeiro:

“O primeiro deles, e mais comum, é o chamado leasing financeiro ou puro. Ocorre quando a companhia de leasing adquire bens de terceiro, conforme especificações do arrendatário. Adquirido o bem, este é alugado ao arrendatário, que terá três opções ao término do contrato: adquirir o bem, descontados os

³⁵ DI AUGUSTINI, Carlos Alberto. *Leasing* Financeiro- Fundamentos e Avaliação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 18.

aluguéis já pagos; encerrar o contrato, restituindo o bem; ou prorrogar o arrendamento.”³⁶

Tal espécie do gênero arrendamento mercantil (*leasing*) se aproxima, no sentido financeiro, de um empréstimo que utiliza o bem como garantia e que pode ser amortizado num determinado número de alugueres periódicos, geralmente correspondente ao período de vida útil do bem.

Indicando as principais características do *leasing* financeiro, Eduardo Fortuna³⁷ discorre que: “em resumo, o *leasing* financeiro deve possuir as seguintes características básicas operacionais:

- . o prazo mínimo da operação é de dois anos para bens com vida econômica útil igual ou menor do que cinco anos, e três anos para bens com vida econômica útil maior do que cinco anos;
- . o total pago, incluindo as contraprestações e o VRG, deverá garantir para o arrendador o retorno financeiro da aplicação, aí incluídos os juros sobre os recursos financeiros utilizados na aquisição do bem objeto da operação de arrendamento mercantil;
- . é permitida a utilização do Valor Residual Garantido – VRG;
- . a opção de compra do bem ao final do contrato é pactuada ao início do contrato, podendo ser utilizado, para tal, o VRG; e
- . a manutenção do bem arrendado é da responsabilidade do arrendatário.”

Assim, como o financeiro é a modalidade de arrendamento mercantil (*leasing*) mais emblemática, nos propomos em adentrar a fundo no presente tema para, verificando sua essência e os seus elementos, acabando assim por afastar a possibilidade de incidência de qualquer espécie tributária sobre essa operação.

Neste ponto, importante consignar que, como corte metodológico, no presente trabalho, visa-se demonstrar que o fato jurídico arrendamento mercantil (*leasing*) não está sujeito a nenhuma espécie de tributação. Assim, deixaremos de lado a possibilidade de discussões em face do fato de eventuais receitas auferidas pelas arrendadoras, pela praticas destas atividades, estarem sujeita à tributação pelo Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição

³⁶ FIUZA, op. cit., p. 571.

³⁷ FORTUNA, Eduardo. Mercado Financeiro. Produtos e Serviços. 18ª Edição. Ed. Qualitymark Editora. Rio de Janeiro. 2011. p. 346.

Social sobre Lucro Líquido (CSLL), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) ou Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS), pelo fato de são ser objetivo desta dissertação.

Para tanto, seguindo, diante da impossibilidade de enquadramento das características do arrendamento mercantil (*leasing*) à hipótese de incidência de qualquer tributo atualmente em vigência, discorreremos de forma individualizada sobre a impossibilidade de imposições tributárias em face desta operação, concluindo assim pela impossibilidade do nascimento de qualquer relação jurídico-tributária.

6. TRATAMENTO TRIBUTÁRIO E ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

6.1. Âmbito federal. Questões relevantes e controversas

Partindo do pressuposto que as operações de arrendamento mercantil (*leasing*) não se caracterizam como prestação de serviços, pelo simples fato de que suas características não se enquadram neste conceito, apenas para argumentar, poderíamos cogitar a possibilidade de incidência tributária do IOF, na modalidade de Imposto sobre Operações de Crédito.

Contudo, levando em consideração o mesmo exercício lógico até então adotado, ou seja, analisando as características das operações de arrendamento mercantil (*leasing*), podemos indicar que não serão necessárias muitas linhas para afastar esta possibilidade aventada, isto porque, em nenhum momento as características desta operação mercantil se assemelham a uma operação de crédito.

Conforme indicado anteriormente, em tópico específico, a hipótese de incidência do IOF, na modalidade de crédito, está prevista no art. 63, I, do Código Tributário Nacional, reproduzida pelo Decreto nº 6306/2007, sendo “*quanto às operações de crédito, sua efetivação pela entrega total ou parcial do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado*”.

Ou seja, nas palavras de Eduardo de Moraes Sabbag³⁸, “*operação de crédito (art. 3º, § 3º, Decreto n. 6.306/2007): é uma prestação presente contra a promessa de uma prestação futura. É a contraprestação futura em troca de meios monetários do presente. O importante é se detectar a ideia fulcral de troca de bens presentes por bens futuros. Exemplo: empréstimos bancários a juros; financiamentos; títulos descontados; fiança bancária*”.

Diante destas lições, verifica-se que as operações de arrendamento mercantil (*leasing*) não se enquadram em nenhuma das hipóteses de incidência do IOF, em especial, na modalidade de crédito. Esta inclusive é a orientação dada pelo Banco Central do Brasil que, em seu sítio oficial destaca que as operações arrendamento mercantil (*leasing*) não estão sujeitas à incidência do IOF.³⁹

Neste ponto, importante indicar que, em se tratando de matéria de natureza financeira, observar sempre as diretrizes do Banco Central do Brasil é de suma importância, pois, nos termos do art. 25 do ADCT, tem competência para editar normas com efeitos “*erga omnes*” sobre o tema. Isto porque, conforme consta do art. 48 da Constituição Federal de 1988, “*Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: (...) XIII – matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações.*”

Seguindo esta linha de ensinamentos, principalmente pelo fato de concluirmos que o critério material do arrendamento mercantil (*leasing*) não se enquadrar em nenhuma das hipóteses de incidência do IOF, em especial na modalidade crédito, não se localiza na jurisprudência discussões sobre a possibilidade de incidência da exação de competência federal em face destas operações.

Para argumentar, poder-se-ia indicar que, assim como definido pelo E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.905-SC, o arrendamento mercantil (*leasing*) consiste em uma espécie de financiamento, que poderia dar margem à incidência do IOF na modalidade crédito. Contudo, importante indicar que financiamento é operação de

³⁸ SABBAG, Eduardo de Moraes. Manual de Direito Tributário, Ed. Saraiva, 3ª edição, São Paulo, 2011, p. 1052.

³⁹ http://www.bcb.gov.br/pre/bc_atende/port/leasing.asp.

crédito, mas o arrendamento mercantil (*leasing*) não. E para se chegar a esta conclusão, podemos tomar as informações sobre o tema constantes no sitio oficial do Banco Central do Brasil⁴⁰ que indica:

“1. O que é empréstimo bancário?

É um contrato entre o cliente e a instituição financeira pelo qual ele recebe uma quantia que deverá ser devolvida ao banco em prazo determinado, acrescida dos juros acertados. Os recursos obtidos no empréstimo não têm destinação específica.

2. O que é financiamento?

É também um contrato entre o cliente e a instituição financeira, mas com destinação específica, como, por exemplo, a aquisição de veículo ou de bem imóvel.

(...)

4. Arrendamento mercantil (leasing) e financiamento são sinônimos?

Não. Consulte a seção Arrendamento mercantil (leasing).”

Diante disto, de forma sucinta, chegamos à conclusão de que as operações de arrendamento mercantil (*leasing*) não se sujeitam à incidência do IOF-Crédito, pois, ao analisar as suas características, não vislumbramos a ocorrência de nenhuma operação de crédito, tendo em vista que nestas operações nenhum valor é disponibilizado ou colocado à disposição do arrendatário.

Assim, como não ocorre no mundo fenomênico nenhuma operação de crédito, não é possível defender o surgimento da obrigação de pagar citada exaço diante da ocorrência desta operação mercantil.

6.2. Âmbito estadual. Questões relevantes e controversas

No que diz respeito à possibilidade de tributação das operações de arrendamento mercantil (*leasing*) pelo ICMS, de competência dos Estados e Distrito Federal, podemos dizer também que não há grandes polêmicas, tendo em vista que a própria Lei Kandir (Lei Ordinária nº 87/1996 fez prever no seu inciso VIII, do art. 3º que *“o imposto não incide sobre (...) operações de arrendamento mercantil, não compreendida a venda do bem arrendado ao arrendatário”*.

⁴⁰ <http://www.bcb.gov.br/?EMPRESTIMOEFINANCIAMENTOFAQ>

Contudo, por mais que não seja efetivamente objeto desta dissertação, ao passo que estamos demonstrando que as operações de arrendamento mercantil (*leasing*) realizadas dentro do território nacional não constitui fato típico de nenhuma exação, não podemos deixar de mencionar os debates existentes em torno das operações de arrendamento mercantil (*leasing*) de bens importados. Por mais que o tema tenha rendido diversas discussões, sendo encerrada somente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, por meio do julgamento de recurso destacado como representativo da controvérsia, esta situação guarda muitas peculiaridades que geralmente podem ocorrer em pouquíssimos casos, como por exemplo, de empresas de transportes aéreas, sendo inclusive uma empresa deste ramo que figurou como parte ativa da demanda judicial que definiu o tema.

Nestes casos, os Tribunais de Justiça Estaduais adotavam entendimentos esparsos, sendo que alguns entendiam pela possibilidade da tributação pelo ICMS de bens arrendados do exterior. Por outro lado, outros Tribunais entendiam pela sua impossibilidade, restando ao Superior Tribunal de Justiça, que é o guardião da legislação federal, dar a última palavra sobre o tema e consolidar entendimento em face do assunto.

Antes disto, contudo, Tribunais Administrativos como o Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo tinha forte entendimento no sentido de que o ICMS deveria incidir em face de qualquer bem objeto de arrendamento mercantil (*leasing*), originário do exterior, contudo, esta exigência estaria afastada quando o contrato de *leasing* não previsse a possibilidade de compra do bem arrendado, ao final do contrato, ou até mesmo quando esta cláusula não fosse implementada, conforme ementa abaixo:

“Processo: DRT-06-386316/2009 - AIIM 3115396-3

I Protocolo GDOC: 1000290-386316/2009

Câmara: Superior

Recorrente: Imagem E Diagnóstico Ss

Recorrida: Fazenda Pública Do Estado

Relator: Antonio Augusto Silva Pereira De Carvalho

Recurso: Especial

Advogados: Gustavo André Muller Brigagão

Ementa: ICMS. IMPORTAÇÃO. CONTRATODEARRENDAMENTO MERCANTIINTERNACIONAL. CLAUSULA DE OPÇÃO DE COMPRA. CONDIÇÃO QUE NÃO FOI IMPLEMENTADA. NÃO-INCIDÊNCIA.

I - Na importação de bens estrangeiros por meio de contrato de arrendamento mercantil internacional, não é bastante, para que se dê a incidência do ICMS, que

exista a opção de compra do bem pelo arrendatário, mas que essa condição seja efetivamente implementada. Lição do STF a respeito da matéria.

II - Recurso Provido.

Recurso CONHECIDO. PROVIDO. DECISÃO NÃO UNÂNIME.

Decisão: Especial do Contribuinte: Provido. Decisão não unânime

Publicado em 18/09/2010”

Note-se que esta publicação é relativamente antiga, pois, anterior ao entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme anteriormente indicado. Importante também destacar que, pelas pesquisas realizadas em Tribunais Administrativos Estaduais, nem sempre é possível localizar algum julgado que efetivamente adentre ao mérito da questão (incidência ou não do ICMS nas operações de *leasing* do exterior), isto porque, em muitos casos a experiência mostrava que era mais efetivo ao contribuinte impetrar alguma medida judicial, com antecipação de tutela ou liminar, visando o afastamento da imposição tributária pelo ICMS, acarretando conseqüentemente o desembaraço aduaneiro do bem objeto do *leasing* importação, sem a cobrança desta exação estadual. Desta forma, na esfera administrativa se reconhecia a sobreposição da esfera judicial em face da esfera administrativa, ao passo que o contribuinte optava por acessar diretamente o Poder Judiciário para afastar esta imposição.

Seguindo, no que diz respeito ao citado julgado daquela Egrégia Corte Superior, representativa da controvérsia, basicamente ficou reconhecido que o ICMS incide apenas em face de operações de circulação de mercadorias. Assim, como os bens importados por meio de *leasing* em regra não irão integrar o ativo fixo da empresa, pois serão devolvidos ao final do contrato, não há que se falar em incidência desta exação estadual. Neste ponto, importante colacionar a ementa do julgado que resolveu a questão:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO DE AERONAVE MEDIANTE CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING). NOVEL JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 155, INCISO IX, § 2.º, ALÍNEA "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. ARTIGO 3.º, VIII, DA LEI COMPLEMENTAR 87/96.

1. O ICMS incide sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior, desde que atinente a operação relativa à circulação desse mesmo bem ou mercadoria, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, ex vi do disposto no artigo 155, § 2º, IX, "a", da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional 33/2001 (exegese consagrada pelo Plenário do

Supremo Tribunal Federal nos autos do RE 461.968/SP, Rel. Ministro Eros Grau, julgado em 30.05.2007, DJ 24.08.2007).

2. O arrendamento mercantil, contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas, não constitui operação relativa à circulação de mercadoria sujeita à incidência do ICMS, sendo certo que "o imposto não é sobre a entrada de bem ou mercadoria importada, senão sobre essas entradas desde que elas sejam atinentes a operações relativas à circulação desses mesmos bens ou mercadorias" (RE 461.968/SP).

3. Ademais, revela-se apenas aparente a dissonância entre o aludido julgado e aquele proferido nos autos do RE 206.069-1/SP, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, consoante se extrai da leitura do voto-condutor do acórdão da lavra do Ministro Eros Grau, verbis: "E nem se alegue que se aplica ao caso o precedente do RE n. 206.069, Relatora a Ministra Ellen Gracie, no bojo do qual se verificava a circulação mercantil, pressuposto da incidência do ICMS. Nesse caso, aliás, acompanhei a relatora. Mas o precedente disse com a importação de equipamento destinado ao ativo fixo de empresa, situação na qual a opção do arrendatário pela compra do bem ao arrendador era mesmo necessária, como salientou a eminente relatora. Tanto o precedente supõe essa compra que a eminente relatora a certo ponto do seu voto afirma: 'eis porque, em contraponto ao sistema da incidência genérica sobre a circulação econômica, o imposto será recolhido pelo comprador do bem que seja contribuinte do ICMS'. Daí também porque não se pode aplicar às prestadoras de serviços de transporte aéreo, em relação às quais não incide o ICMS, como foi decidido por esta Corte na ADI 1.600." (RE 461.968/SP).

4. Destarte, a incidência do ICMS, mesmo no caso de importação, pressupõe operação de circulação de mercadoria (transferência da titularidade do bem), o que não ocorre nas hipóteses de arrendamento em que há "mera promessa de transferência pura do domínio desse bem do arrendante para o arrendatário".

5. A isonomia fiscal impõe a submissão da orientação desta Corte ao julgado do Pretório Excelso, como técnica de uniformização jurisprudencial, instrumento oriundo do Sistema da Documento: 9109595 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 09/04/2010 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça Common Law, reiterando a jurisprudência desta Corte que, com base no artigo 3º, inciso VIII, da Lei Complementar 87/96, propugna pela não incidência de ICMS sobre operação de leasing em que não se efetivou transferência da titularidade do bem (circulação de mercadoria), quer o bem arrendado provenha do exterior, quer não.

6. O Superior Tribunal de Justiça pode proceder ao juízo de admissibilidade do recurso especial adesivo reputado prejudicado, uma vez provido o agravo de instrumento contra a decisão denegatória de seguimento do recurso principal (Precedentes do STJ: AgRg no Ag 791.761/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 09.03.2009; AgRg no AgRg no REsp 969.880/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 18.09.2008, DJe 29.09.2008; REsp 337.433/PR, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 04.11.2003, DJ 01.12.2003; REsp 264.954/SE, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 30.05.2001, DJ 20.08.2001; e REsp 93.537/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 04.12.1997, DJ 16.02.1998).

7. Recurso especial adesivo da empresa provido, restando prejudicado o recurso principal manejado pela Fazenda Nacional (que se dirige contra a base de cálculo do ICMS, determinada pelo Juízo a quo). Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.”

(Recurso Especial nº 1.131.718 – SP, Min. Rel. Luiz Fux, Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo, Recorrida: Tam Linhas Aéreas S/A, DJ de 24/03/2010)

Neste ponto, note-se que a questão é muito peculiar, não ocorrendo corriqueiramente. Contudo, entendeu-se pela não incidência em face destas empresas de transportes aéreas que em regra, ao final no contrato, devolvem o bem arrendado, que efetivamente não integrará o seu ativo fixo.

Assim, fora a discussão acerca da incidência do ICMS em face de bens importados por meio de arrendamento mercantil (*leasing*), que inclusive já está superada, não localizamos muitas discussões acerca da incidência do ICMS nestas operações realizadas dentro do território nacional, até mesmo porque, esta vedação se encontra expressamente indicada na norma de regência da citada exação estadual, qual seja, a Lei Kandir.

Concluindo este ponto, temos que no que diz respeito ao ICMS, para nós também restou esclarecido que não há que se falar na sua incidência em face das operações de arrendamento mercantil (*leasing*), isto porque, além desta situação estar explicitamente vedada pela Lei Kandir, temos que não se caracteriza como circulação de mercadorias para este tributo.

Por outro lado, quando falamos em importações, a tributação também foi afastada por jurisprudência consolidada, ao passo que o bem objeto de arrendamento mercantil (*leasing*) importação não irá integrar o ativo permanente da arrendatária. Logo, também não há que se falar na possibilidade desta incidência tributária.

6.3. Âmbito municipal. Questões relevantes e controversas

É justamente na esfera municipal que a presente questão ganha contornos mais amplos e complexos, tendo em vista que os Municípios se utilizam de todos os meios, inclusive aqueles que desconsideram as características destas operações para fazer prevalecer a possibilidade de incidência do Imposto Sobre Serviços em face do arrendamento mercantil (*leasing*). Justamente por este motivo nos deteremos mais neste ponto.

Aqui inclusive seguiremos numa construção lógica que no nosso entendimento, conseguirá desmontar completamente os argumentos utilizados por aqueles que defendem a tributação das operações de arrendamento mercantil (*leasing*) por tributo de natureza municipal.

Sabido que a imposição tributária nunca foi bem quista aos olhos dos contribuintes, consistindo em flagrante intervenção do Estado no patrimônio dos seus súditos. Citando Anderson Furlan⁴¹ “*É cediço que a imposição tributária sempre foi vista com desconfiança e desprezo pela maior parte dos contribuintes em todas as partes do mundo, em todas as épocas. Bem por isso, não se estranha o motivo pelo qual as normas tributárias eram conhecidas na Idade Média como leis odiosas, sendo atualmente denominadas lei incomodáveis ou normas de rejeição social, as quais — sustentam alguns — são cumpridas apenas em função da existência de sanções pelo descumprimento. (...) Referida concepção não encontra albergue no mundo civilizado. O Estado contemporâneo é o Estado Impositivo (Steuerstaat) ou Tributário, ou, melhor ainda, o Estado Social e Tributário de Direito. Assiste-se ao triunfo de modelo impositivo, sendo o tributo o instrumento mais adequado para financiamento do Estado Social, fundamental veículo de financiamento de gastos públicos, intervenção e redistribuição.*”

Pois bem, partindo do atual plano normativo, em especial a Lei Complementar nº 116/2003, que é a norma de regência do ISS, editada em caráter de lei nacional, verifica-se a expressa possibilidade de tributação do arrendamento mercantil (*leasing*) pelo ISS, conforme consta da lista de serviços anexa a citada norma legal.

No texto literal da lista, no seu item 15, consta que estão sujeitos à tributação pelo ISS “*15 – Serviços relacionados ao setor bancário ou financeiro, inclusive aqueles prestados por instituições financeiras autorizadas a funcionar pela União ou por quem de direito. (...) 15.09 – Arrendamento mercantil (leasing) de quaisquer bens, inclusive cessão de direitos e obrigações, substituição de garantia, alteração, cancelamento e registro de contrato, e demais serviços relacionados ao arrendamento mercantil (leasing).*”

⁴¹ FURLAN, Anderson – Revista Dialética de Direito Tributário nº 140.

Assim, num primeiro momento até poderíamos concordar que, pelo fato da situação estar normatizada em texto legal válido e vigente, a tributação seria aceita. Contudo, principalmente em questões tributárias, a boa técnica mostra que o operador do direito não pode se ater apenas a literalidade da norma, mas deve verificar e investigar a sua essência. Ou seja, se determinado comportamento que se pretende tributar não se enquadra na hipótese de incidência da norma tributária, deve-se reconhecer este vício e afastá-lo, inclusive por meio do Judiciário, se necessário.

Sobre o objetivo da exação municipal em comento, Mariana Oiticica Ramalho⁴² é objetiva e contundente ao afirmar que “(...) *O que deve ser levado em conta na incidência do tributo é a natureza do serviço.*”

É exatamente nesta estreita linha que reside a presente discussão que passaremos a abordar daqui em diante.

Atualmente, o arrendamento mercantil (*leasing*) financeiro é alvo das fiscalizações municipais em quase todo território nacional, sob o fundamento de que esta operação é passível de tributação pelo ISS, ou seja, enquadram o *leasing* financeiro no conceito de serviço, motivo pelo qual passaremos a tratar do referido tributo e dos seus elementos de modo a afastar sua incidência sobre essa operação, tendo em vista a inexistência de fato gerador necessário ao nascimento da relação jurídico-tributária.

Para melhor compreensão do tema, conforme apontado desde o começo do presente estudo, necessário discorrer mais um pouco sobre o Imposto sobre Serviços e o conceito de serviços passíveis de tributação pela exação de competência municipal, rechaçando inclusive, com o devido respeito, o atual entendimento adotado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal sobre a incidência do Imposto Sobre Serviços em face das operações de arrendamento mercantil (*leasing*).

O Imposto sobre Serviços originou-se do chamado Imposto de Indústrias e Profissões, previsto na Emenda Constitucional nº 18 de 1965. Posteriormente, foi promulgada a Lei nº

⁴² RAMALHO, Mariana Oiticica. Imposto Sobre Serviços – De acordo com a Lei Complementar nº 116/2003. Ed. Quartier Latin. São Paulo. 2004. p. 90.

5172/66 - Código Tributário Nacional, que foi recepcionado pelo atual sistema jurídico com status de lei complementar, a qual disciplinou a matéria em seus artigos 71 e seguintes.

Em 31 de dezembro de 1968, com o advento do Decreto-Lei nº 406/68, que disciplinou totalmente o Imposto sobre Serviços, foram expressamente revogados os dispositivos que constavam do Código Tributário Nacional. Houve modificações significativas no Decreto-Lei nº 406/68, em especial pelo Decreto-Lei nº 834, de 8 de setembro de 1969 e pela Lei Complementar nº 56, de 15 de dezembro de 1987, que ampliou os serviços alcançados pelo imposto, alterando a lista de serviços anexa ao artigo 8º daquele Decreto. Tais normativos foram recepcionados pela nova ordem constitucional de 1988, consoante artigo 34, parágrafo 5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Atualmente, o Imposto Sobre Serviços está previsto no art. 156, III, da Constituição Federal e tem como fato gerador a prestação efetiva de serviço incluído em lista anexa a diploma legislativo especial.

Com efeito, dispunha o Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, “*verbis*”:

“Art. 8º. O imposto, de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa.”.

Sucedeu o referido diploma a Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe de forma semelhante:

“Art. 1º. O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que estes não se constituam como atividade preponderante do prestador.”

De acordo com o figurino legal, o imposto sobre serviços tem como fato gerador a efetiva prestação de serviço, exigindo, ainda, que o referido serviço esteja incluído em lista anexa à norma, sob pena de não incidir a obrigação tributária. Reitere-se, por oportuno, que o núcleo do tributo é a efetiva prestação de serviço, sendo acessória a sua previsão na lista de serviços integrante da sua norma de regência.

Quer-se dizer com isso que as listas anexas aos referidos diplomas não podem, sob pena de flagrante ilegalidade e, até mesmo, evidente inconstitucionalidade, incluir qualquer atividade que não guarde pertinência com o núcleo do tributo, ou seja, não podem incluir atividade que não corresponda a efetiva prestação de serviço.

A efetiva prestação de serviços é da essência do Imposto Sobre Serviços e a sua não ocorrência faz com que não possa ocorrer a tributação.

A Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã em razão da ampla participação popular em sua confecção, trouxe inúmeras inovações e dentre elas as inerentes ao ISS.

Ao outorgar competência tributária do ISS aos Municípios, o constituinte apenas fez constar, no artigo 156, a expressão "*serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar*" como fato gerador do imposto, sem, contudo conceituar a expressão serviço para fins de incidência do ISS.

De fato, conforme se denota no texto constitucional nele não há conceito de serviço o que nos leva a buscar na economia, por tratar-se de expressão de cunho eminentemente econômico, as definições deste componente do arquétipo tributário do ISS. Nesse sentido, "*Conforme se verifica, adotou-se o conceito econômico de serviço, assim entendido o bem econômico (meio idôneo para satisfazer uma necessidade) que não seja bem material, isto é, que não seja de extensão corpórea ou de permanência no espaço.*"⁴³

A respeito escreve Sílvio de Salvo Venosa⁴⁴ que "*O objeto desse contrato é uma obrigação de fazer, uma conduta, tanto material, como intelectual. A lei não faz distinção quanto à natureza do serviço. Se o prestador não foi contratado para certo e determinado trabalho, entende-se que a sua obrigação diz respeito a todo e qualquer serviço compatível com suas forças e condições (art. 601; antigo, art. 1.224). Não pode o dono do serviço exigir do prestador que faça o que seu físico ou seu intelecto não suporta*".

⁴³ MORAES, Bernardo Ribeiro. Doutrina e Prática do Imposto sobre Serviços. 1ª Edição. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1978. p. 41.

⁴⁴ In Direito Civil, Vol. III, 3ª Edição. São Paulo, Ed. Atlas, 2003, p. 191.

Dessa forma, serviço pode ser definido como bem imaterial de conteúdo econômico que, necessariamente, deve ser prestado para terceiro. Serviço é bem porque contém em si valor econômico, como bem assevera Silvio Rodrigues:

“Os vocábulos bem e coisa são usados indiferentemente por muitos escritores e, por vezes, pela própria lei. Trata-se, todavia, de palavras de extensão diferente, uma sendo espécie da outra. Com efeito, coisa é gênero do qual bem é espécie. A diferença específica está no fato de que esta última incluir na sua compreensão a idéia de utilidade e raridade, ou seja, a de ter valor econômico.”⁴⁵

Nessa esteira, serviço é bem imaterial porque configura bem incorpóreo, e sendo assim, sua existência é abstrata. Ressalte-se que os bens imateriais são reconhecidos pelo ordenamento jurídico em face do valor econômico que os compõe.

Nesse particular valor econômico, temos que o bem imaterial serviço é dotado de conteúdo econômico. Possuir conteúdo econômico significa dizer que serviço pressupõe remuneração e, sendo assim, não há que se falar em incidência do imposto se o serviço for gratuito e, conseqüentemente se for prestado a si próprio, motivo pelo qual a prestação deverá ser efetuada, necessariamente a terceiro, como bem ensina Vittorio Cassone:

“Para fins de incidência do ISS, não existe a prestação de serviços para si próprio porque na prestação de serviços propicia-se uma utilidade, decorrente da transferência econômica de um bem imaterial a terceiros. Sendo assim, grava-se a prestação efetiva do serviço, e não a atividade em si.”⁴⁶

Vale realçar que, para o surgimento da relação jurídico-tributária entre Município (sujeito ativo) e contribuinte (sujeito passivo), no tocante ao ISS, além da edição de lei municipal disciplinando a matéria em consonância com a Constituição Federal, é necessária a ocorrência do fato imponible prestação de serviço (artigo 113 do Código Tributário Nacional e 156, inciso III, da CF), dentro do conceito de serviço importado da economia para o Direito, fato este imprescindível à incidência da exação, respeitando, desse modo, os limites ao poder de tributar impostos pelo constituinte.

⁴⁵ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil- Parte Geral. Vol. I. 28ª Edição. São Paulo. Ed. Saraiva, 1998. p. 110.

⁴⁶ CASSONE, Vittorio. Direito Tributário. 15ª Edição. São Paulo. Ed. Atlas, 2003. p. 344.

Assim, no que tange ao conceito de serviço, como fato gerador do ISS, este pode ser entendido como bem imaterial, de conteúdo econômico que, necessariamente, deve ser prestado a terceiro e, mais que isso, deve configurar, necessariamente, uma utilidade, ou seja, o bem imaterial deverá ser fruído por terceiro o que, acarreta, indiscutivelmente, uma obrigação de fazer, não sendo possível cogitar-se a existência de qualquer outro tipo de obrigação nesse caso.

Ocorre que o arrendamento mercantil (*leasing*) não se enquadra no conceito de serviço e, sendo assim, não configura obrigação de fazer, inerente à prestação de serviço. Pelo contrário, conforme já anotado, o conceito de prestação de serviços já está suficientemente solidificado na doutrina civilista. Como é assente neste ramo do direito privado, para que haja prestação de serviço é necessário, antes de tudo, que o suposto devedor esteja obrigado a realizar uma prestação de fazer.

Uma vez delineado o conceito de prestação de serviço no âmbito do direito privado, não pode o mesmo ser arbitrariamente alterado pela legislação tributária. Com efeito, a norma tributária não pode alterar a definição, o conteúdo ou o alcance dos conceitos e formas de direito privado, utilizados para a definição ou limitação da competência tributária. A este respeito é expresso o art. 110 do Código Tributário Nacional:

“Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias”.

Esta regra decorre de um princípio maior de direito que veda à lei alterar a natureza e a substância das coisas. Ao legislador é vedado alterar, de forma arbitrária, a natureza das coisas, devendo exercer sua atividade legislativa de acordo com a realidade factual que se lhe apresenta.

Conforme exposto anteriormente, a Constituição Federal outorgou competência tributária aos entes políticos de forma taxativa para que estes exerçam, dentro dos limites impostos pela própria Carta Magna, o poder de tributar.

Especificamente quanto ao ISS, a Constituição é cristalina ao dispor, em seu artigo 156, inciso III, que os Municípios poderão instituir o ISS sobre serviços de qualquer natureza. Nessa linha, se o conceito de serviço é aspecto material da hipótese de incidência tributária (fato gerador da exação) derivado da outorga constitucional de competência aos Municípios, é evidente que pretender fazer incidir o imposto sobre algo que não é serviço fere e afronta a Constituição Federal.

Logo, a pretensão dos Municípios de tentar tributar as operações de arrendamento mercantil (*leasing*) pelo ISS viola frontalmente o disposto no artigo 156, inciso III, acarretando, desse modo, sua patente inconstitucionalidade.

A corroborar a assertiva acima, passamos a transcrever os ensinamentos do Professor Aires Barreto que, em brilhante artigo publicado na Revista 76 de Direito Tributário, assim tratou da matéria:

“A CF atribuiu aos Municípios competência para instituir imposto sobre “serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II” (art. 156, III, na redação dada pelo art. 1º da Emenda Constitucional 3, de 17.3.93). (...) Se é inquestionável que o sistema constitucional de outorga das competências tributárias é exaustivo e rígido e as competências são distribuídas, explicitamente, de modo privativo, a cada uma dessas pessoas políticas tem-se, como consequência, que qualquer fato que não configure serviço não pode ser tributado pelo Município (...). Disso resulta que todo e qualquer fato que exorbitando o conceito de serviço empregado pelo art. 156, III, da CF, for colocado sob a incidência de imposto municipal importará exigência inconstitucional de tributo (...). em suma, tendo a CF atribuído aos Municípios a competência para tributar serviços, tem-se que: (...); b) não podem os municípios tributar fatos que não possam ser qualificados como serviço, segundo as elaborações de Direito Privado.”⁴⁷

Nesse contexto, se o arrendamento mercantil (*leasing*) não é atingido pelo conceito de serviço, podemos concluir que sobre ele não há que se falar em ISS, uma vez que esse fato está fora do seu campo de incidência. E, se o arrendamento mercantil (*leasing*) não se encaixa no conceito de serviço ele está na esfera da não incidência, como ensina Ruy Barbosa Nogueira: *“Incidência - é o fato de a situação previamente descrita na lei ser realizada a incidir o tributo, dar nascimento à obrigação tributária (...). Não-incidência - é o inverso,*

⁴⁷ BARRETO, Aires F. Revista de Direito Tributário. ISS- não - incidência sobre cessão de espaço em bem móvel, São Paulo, n. 76, p. 45 e 48.

isto é, o fato de a situação ter ficado fora dos limites do campo tributário, ou melhor, a não-ocorrência do fato gerador, porque a lei não descreve a hipótese de incidência.”⁴⁸

Note-se que não há subsunção do fato, operação de arrendamento mercantil (*leasing*), a uma hipótese legal, mas sim uma pretensão de tributar algo que, indiscutivelmente, está fora da hipótese de incidência do ISS.

Diante de tais considerações, inclusive em entendimento contrário ao que foi decidido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal do julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.905-SC, podemos concluir que não há que se falar em incidência do ISS sobre as operações de arrendamento mercantil (*leasing*) financeiro e qualquer pretensão do Fisco nesse sentido configurará cristalina afronta ao texto constitucional.

Pela simples descrição da operação econômica que é instrumentalizada mediante esta operação mercantil, é possível observar que a estruturação do referido negócio jurídico é complexo, envolvendo, no seu bojo, pelo menos três outros institutos jurídicos que se unem para formar um contrato autônomo, que possui economia e regras jurídicas próprias.

Consoante já demonstrado, no contrato de arrendamento mercantil (*leasing*), pode-se notar, pelo menos, a junção dos seguintes negócios jurídicos: (a) uma espécie de financiamento, tendo em vista que o pagamento do bem é realizado com recursos da empresa arrendadora ou de terceiros com quem esta contrata os respectivos mútuos; (b) uma locação, posto que o uso e gozo do bem são transferidos, mediante contraprestação, ao arrendatário; e (c) uma opção de compra, tendo em vista que o arrendatário, no final do contrato, pode adquirir o bem. Em nenhum destes aspectos, entretanto, se vislumbra a efetiva prestação de um serviço, a configurar fato gerador do ISS.

Conforme já exposto, a outorga constitucional do art. 156, inciso III, da Constituição Federal de 1988, é para que os Municípios possam instituir imposto sobre serviços de qualquer natureza, excetuados os de transporte e de comunicação, que ficaram sob a competência impositiva dos Estados.

⁴⁸ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Curso de Direito Tributário. 15ª Edição. São Paulo. Ed. Saraiva, 1999. p. 166/167.

Exige o mencionado dispositivo da Carta Suprema que os serviços sejam definidos em lei complementar, daí ter sobrevivido a Lei Complementar nº 56, de 15 de dezembro de 1987, que aprovou a anterior Lista de Serviços sujeitos ao ISS, cujo item 79 nela incluiu a *“Locação de bens móveis, inclusive arrendamento mercantil.”*. Pela mesma razão - exigência de prévia lei complementar para definir os serviços tributáveis - veio o item 15.09 da Lista Anexa à Lei Complementar nº 116/2003 a incluir o *leasing* como serviço tributável pelo ISS.

Entretanto, ao assim fazê-lo, o legislador complementar desbordou de suas atribuições, porque lhe competia listar os serviços suscetíveis de serem tributados pelo imposto municipal, nunca, porém, inserir na lista o que não pode ser juridicamente qualificado como serviço, pois a tanto não estava ele autorizado pelo Texto Constitucional.

Como é curial, se a Constituição diz que os Municípios podem instituir imposto sobre serviços de qualquer natureza, nenhuma outra norma infraconstitucional, ainda que de natureza complementar, pode estabelecer, validamente, critérios diferentes de determinação dessa competência tributária.

Nesse exato sentido, a conclusão de Roque Antonio Carrazza, em seus *“Princípios Constitucionais Tributários e Competência Tributária”* (Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 38): *“Sublinhamos, a propósito, que a competência tributária, no Brasil, é um tema exclusivamente constitucional. O assunto foi esgotado pelo constituinte. Em vão, pois, buscaremos, nas normas infraconstitucionais (v.g., nas contidas nas leis complementares), diretrizes a seguir, sobre a criação, in abstracto, de tributos. Neste campo, elas, na melhor das hipóteses, explicitam o que, porventura, se encontra implícito na Constituição (nada de novo, porém, podem agregar-lhe ou subtrair-lhe).”*

Outra não é a lição do Professor Geraldo Ataliba, em parecer a respeito do *“Imposto sobre Serviços – Diversões Públicas – Convites e Ingressos Gratuitos”* (in RDA, n.º 104, de 1971, p. 383): *“A circunstância de outorgar a Constituição à lei complementar a tarefa de definir os serviços não quer significar, absolutamente, que a Constituição tenha dado ao legislador complementar liberdade de ampliar o conceito de serviço pressuposto constitucionalmente.”*

O também inesquecível Professor Aliomar Baleeiro, no seu sempre lembrado compêndio de *“Direito Tributário Brasileiro”* (10.^a Ed. Forense, p. 444), já havia advertido que: *“A lei*

complementar supre a Constituição mas não a substitui. Se esta instituiu um tributo, elegendo para fato gerador dele um contrato, ato ou negócio jurídico, o legislador não pode restringir, por via complementar, o campo de alcance de tal ato ou negócio nem dilatá-lo a outras situações. A menção constitucional fixa rígidos limites. Atos de transmissão de propriedade imóvel, p. ex., são os do direito privado. Todos eles. Nenhum outro senão eles.”

Aires F. Barreto, em artigo intitulado “ISS – Não Incidência sobre a Cessão de Espaço em Bem Imóvel” (Repertório IOB de Jurisprudência n.º 19/99, p. 583) é categórico no afirmar que “Assim – nos termos do sistema constitucional de outorga e discriminação de competências tributárias – os Municípios só podem criar imposto sobre fatos abrangidos pelo conceito de serviço que a Constituição empregou para outorgar-lhes e demarcar-lhes a competência tributária (art. 156, III).

Neste ponto, salutar destacar que o posicionamento aqui defendido tem respaldo não só da doutrina, mas também na jurisprudência anterior ao julgamento do já citado Recurso Extraordinário n.º 592.905-SC, que acabou por definir pela constitucionalidade da incidência do ISS sobre operações de *leasing*.

Por exemplo, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 684.021-RS, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a matéria aqui tratada não configura prestação de serviço. Fundamentando isto, passamos a transcrever trechos do voto do Ministro Relator, Luiz Fux, no momento no STJ, hoje Ministro do STF, em voto memorável e atualíssimo:

“Isso porque, na hipótese sub examine a questão debatida nos autos- incidência de ISS sobre as operações de leasing- foi solucionada pelo Tribunal a quo à luz de princípios constitucionais, conforme se infere de trecho do voto-condutor do aresto hostilizado, litteris: “Não resta dúvida que o superior Tribunal de Justiça consagrou entendimento no sentido de que o arrendamento mercantil incide o ISS, editando a Súmula 138.” Acontece que, após a edição desta, esse mesmo tribunal passou a sufragar: “Não sendo o contrato de franquia uma simples prestação de serviço, mas de natureza complexa, não consta no rol das atividades especificadas na Lei n.º 8.955/94, para fins de tributação do ISS.” (Resp n.º 189.225-0 RJ, rel. Min. Francisco Peçanha Marins, 2.ª Turma, DJ 03.06.2002). Concluindo, assim que não há incidência sobre este tipo de operação. Ora, em se tratando de arrendamento mercantil, a situação é absolutamente igual, segundo a doutrina abalizada: (...). Como se pode notar, nesse tipo de contrato não há qualquer prestação de serviço que se insira no conceito previsto no art. 156, III, da CF. Por sua vez, a Corte Suprema, através de sua composição penaria,

reconheceu a ilegalidade de se submeter à locação de bens móveis à tributação de ISS, haja vista a espécie não revelar qualquer prestação de serviço. (...) Ali ficou assentado que locação de coisas, como definido no artigo 1.188, do Código Civil, uma das partes se obriga a ceder à outra, por prazo determinado ou não, o uso, gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição. Isso não é, nem nunca foi serviço.

Exatamente neste mesmo sentido foi o julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos da Apelação Cível 539.443.5/5, de Caçapava, Rel. Des. Rodrigues de Aguiar:

“MANDADO DE SEGURANÇA – ISS – Arrendamento mercantil (leasing) de bens móveis (veículo) – inexistência de fato gerador do imposto, pois ante a natureza complexa do negócio (locação, compra, financiamento), não se tem propriamente prestação de serviço – Sentença mantida – RECURSOS IMPROVIDOS.

(...)

De todo o exposto, chega-se à conclusão de que o arrendamento mercantil (leasing) de bens móveis não pode ser considerada prestação de serviço, de sorte que não pode ser tido como fato gerador de ISS, motivo pelo qual deve ser mantida a sentença.”

No mesmo sentido decidiu a 14ª Câmara de Direito Público do TJSP:

“APELAÇÕES. AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTOS FISCAIS COM PEDIDO CUMULADO DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA. ALEGAÇÃO DE NÃO INCIDÊNCIA NO TOCANTE A RECEITAS PROVENIENTES DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. PROCEDÊNCIA. CONTRATO DE NATUREZA COMPLEXA. PREPONDERÂNCIA DE OBRIGAÇÃO DE DAR, NÃO DE FAZER (PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS). INCONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 156, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

(...)

De reconhecer, pois, indevida a exação consubstanciada nos autos de infração 86812004 e 889/2004, visto como não incide ISS sobre receita auferida com operações de arrendamento mercantil. Aceitar a tese contrária implicaria admitir violação ao disposto no artigo 156, III, da Magna Carta.

Em suma: o tributo não é devido porque só incide sobre receita auferida com prestação de serviço. isto é, com obrigação de fazer E esta não prepondera nas operações de arrendamento mercantil.”⁴⁹

⁴⁹ Apelação Cível com Revisão nº 675.536-5/2-00, Rel. Des. Geraldo Xavier, 30.08.2007.

Nesta direção, a jurisprudência do E. Tribunal de Justiça de Santa Catarina caminhava:

“TRIBUTÁRIO - ISS - OPERAÇÃO DE LEASING SOBRE BENS MÓVEIS - POSIÇÃO DO STF - NÃO INCIDÊNCIA - EXEGESE DO ART. 156, INC. III DA CF E ART. 110 DO CTN.

Ao tratar do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, a Constituição Federal pressupõe a “prestação de serviços”, segundo a conceituação definida no direito privado (CF, art. 156, inc. III, CTN, art. 110). A qualificação de operações não condizentes com o significado técnico-jurídico da expressão “prestação de serviços”, para efeito de tributação municipal do ISS, nada mais significa do que a inadmissível e arbitrária manipulação, por lei complementar, da repartição constitucional de receitas impositivas, pois o tributo em comento somente pode incidir sobre obrigações de fazer (RE n. 116.121-3; SP, Min. Celso de Mello).

O leasing financeiro não alberga “prestação de serviço”. Não será por disposição legal que a sua natureza poderá ser alterada. A lei não tem o condão de mudar a essência das coisas ou dos fatos. Definir como prestação de serviço aquilo que essencialmente não o é, se traduz numa forma escamoteada de burlar a limitação constitucional de incidência tributária.”⁵⁰

Seguia o mesmo entendimento o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ITEM 79 DA LISTA DE SERVIÇO DA LEI MUNICIPAL DE TORRES. ISS INCIDENTE SOBRE ARRENDAMENTO MERCANTIL. ILEGALIDADE. SUSPENSÃO DA COBRANÇA.

Tendo a corte suprema reconhecido a ilegalidade do item 79 da lista de serviços anexa ao decreto-lei nº 406/68, no que se refere à locação de bens, também é ilegal relativamente ao arrendamento, que, por sua natureza, envolve locação de bem móvel e promessa de venda.

Suspensão da cobrança do ISS sobre arrendamento.

Ordem concedida. Apelação provida.”

(...) Ora, em se tratando de arrendamento mercantil, a situação é absolutamente igual, segundo doutrina abalizada:

‘O arrendamento mercantil é de natureza complexa, compreendendo locação, uma promessa unilateral de venda e, às vezes, um mandato, quando é o próprio arrendatário quem trata com o vendedor na escolha do bem’. (Fran Martins, Contratos e Obrigações Comerciais, 4ª Ed., Forense, pág. 559)

Esclarecendo, o renomado autor prossegue:

‘Cada um desses atos e contratos dá origem a obrigações: pela locação, o arrendatário é obrigado a pagar prestações, enquanto o arrendante é obrigado a entregar a coisa para que o arrendatário dela use; pela promessa unilateral do arrendador, aceita pelo arrendatário, aquele se obriga irrevogavelmente a vender a coisa pelo valor residual, findo o contrato’. (op. cit. pág. 560)

⁵⁰ Ap. Cível nº 2003.022238-3, de Itajaí - Des. Rel. Luiz César Medeiros.

Como se pode notar, nesse tipo de contrato não há qualquer prestação de serviço que se insira no conceito previsto no art. 156, III, da CF. Por sua vez, a Corte Suprema, através de sua composição plenária, reconheceu a ilegalidade de se submeter à locação de bens móveis à tributação de ISS, haja vista a espécie não revelar qualquer prestação de serviço.

TRIBUTO – FIGURINO CONSTITUCIONAL. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS – CONTRATO DE LOCAÇÃO. A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável – artigo 110 do Código Tributário Nacional. (RE-116121 / SP – Relator: Min. OCTAVIO GALLOTTI – Julgamento: 11.10.2000 – Tribunal Pleno) Ali ficou assentado que locação de coisas, como definido no art. 1.188, do Código Civil, um das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso ou gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição. Isso não é, nem nunca foi serviço.”⁵¹

Desta forma, a jurisprudência nacional nada mais fazia do que ecoar o entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE nº 116.121-3. Leia-se:

*“TRIBUTO – FIGURINO CONSTITUCIONAL. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS – CONTRATOS DE LOCAÇÃO. A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável – artigo 110 do Código Tributário Nacional”.*⁵²

Adiante, no corpo do acórdão, colhe-se da declaração de voto do Min. Marco Aurélio exatamente este sentido, que inclusive restou vencido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.905-SC, justamente por seguir coerentemente as premissas adotadas no caso ora citado:

“Em síntese, há de prevalecer a definição de cada instituto, e somente a prestação de serviços, envolvido na via direta o esforço humano, é fato gerador do tributo em comento. Prevalece a ordem natural das coisas cuja força surge insuplantável; prevalecem as balizas constitucionais e legais, a conferirem segurança às relações Estado-contribuinte; prevalece, enfim, a organicidade do

⁵¹ Apelação Cível 70007576119, Rel. Des. Marco Aurélio Heinz, 21ª Câmara Cível.

⁵² RE 116.121-3, Rel. Min. Octávio Gallotti, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello.

próprio Direito, sem a qual tudo será possível no agasalho dos interesses do Estado, embora não enquadráveis como primários”.

Ainda que referido acórdão se refira, mais especificamente, à locação de bens móveis, inafastável sua aplicabilidade ao caso da matéria em estudo porque as hipóteses são idênticas, haja vista que tanto a locação de bens móveis quanto o arrendamento mercantil (*leasing*) financeiro possuem a mesma natureza jurídica, qual seja: obrigação de dar. Note-se que, para o tema discutido, este é o melhor entendimento adotado, totalmente contrário àquilo que foi definido pelo mesmo Egrégio Supremo no julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.905-SC. O citado recurso assim restou ementado:

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ISS. ARRENDAMENTO MERCANTIL. OPERAÇÃO DE LEASING FINANCEIRO. ARTIGO 156, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

O arrendamento mercantil compreende três modalidades, [i] o leasing operacional, [ii] o leasing financeiro e [iii] o chamado lease-back. No primeiro caso há locação, nos outros dois, serviço.

A lei complementar não define o que é serviço, apenas o declara, para os fins do inciso III do artigo 156 da Constituição. Não o inventa, simplesmente descobre o que é serviço para os efeitos do inciso III do artigo 156 da Constituição. No arrendamento mercantil (leasing financeiro), contrato autônomo que não é misto, o núcleo é o financiamento, não uma prestação de dar. E financiamento é serviço, sobre o qual o ISS pode incidir, resultando irrelevante a existência de uma compra nas hipóteses do leasing financeiro e do lease-back.

Recurso extraordinário a que se nega provimento.”

Neste ponto, importante colacionar trecho do voto proferido pelo então Min. Carlos Britto, que justificou a procedência do recurso daquela Fazenda Municipal Recorrente dispondo que:

“(…) Entendo que disponibilizar crédito para a obtenção de um bem destinado a uso não é senão um ato de intermediar, ou seja, fazer uma intermediação, obrigação de fazer, portanto. Aliás, na linguagem coloquial, nunca se diz dar um empréstimo, mas sim fazer um empréstimo. O leasing é um contrato reconhecidamente híbrido, não se confunde com locação de bens móveis, implica prestação de serviços, consistente na obtenção de um bem e, simultaneamente, na administração de um financiamento.

Quer dizer, é serviço, portanto, sem nenhuma dúvida. Aliás, o próprio nome do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza já revela o propósito mais abrangente possível da Constituição nas obrigações de fazer – serviços de qualquer natureza – e não há dúvida de que a obtenção de financiamento para a compra de um bem, por exemplo, um automóvel, implica disponibilizar um crédito, que é fazer um crédito, portanto, a obrigação.”

De outro lado, importante também colacionar trechos do voto do Min. Marco Aurélio, que restou vencido no julgamento do presente recurso, que por coerência, seguiu a linha de entendimento até então adotada por aquele mesmo E. Supremo Tribunal Federal:

“(...) Entendo que, locação, gênero, não é serviço. Valho-me, em primeiro lugar, de regra constitucional. O tributo da competência dos Municípios diz respeito a serviço prestado, ou seja, a desempenho de atividade, a obrigação de fazer e não de dar.

O Código Tributário Nacional mostrou-se pedagogicamente ao prever, no artigo 110, que:

“Art. 110. A lei tributária” – e aí teríamos lei complementar – “não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos, conceitos e forma de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal,” – aqui a Constituição Federal utiliza a expressão ou o vocábulo “serviço” – “pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

O aspecto formal, presente a lei complementar, cede ao princípio da realidade. Cede à definição do instituto “serviço”, que não pode ser confundido com a locação, já que, segundo definição de Clóvis Bevilacqua, locação é o contrato pelo qual uma das partes, mediante certo lapso de tempo, o uso e o gozo de coisa fungível.

O que ocorre com essa espécie de arrendamento que é o leasing? Ocorre que o arrendador se obriga a entregar o bem e o arrendatário a proceder à entrega de parcelas, tendo em conta o aluguel - gênero – desse bem. Onde há prestação de serviço? Onde há preponderância da prestação de serviços?

A partir desse enfoque é que a doutrina em peso, quando versa serviço, sinaliza a necessidade de existir não obrigação de dar, como ocorre no caso da locação, mas uma obrigação de fazer, um esforço desenvolvido no tocante aos destinatário dessa mesma obrigação de fazer. E tem-se a lição de Geraldo Ataliba, de Marçal Justen Filho, de Hugo de Brito Machado, de Ives Gandra, de Carraza no sentido de que não há, no arrendamento – e o leasing é arrendamento, o leasing não deixa de ser uma espécie de locação -, a preponderância da prestação de serviço. Os serviços desenvolvidos no âmbito da empresa arrendadora não geram o direito a essa cobrança. E não se pode cogitar de lacuna normativa e estender competências tributárias específicas. O núcleo do tributo é único, ou seja, serviço, obrigação de fazer.

O Plenário defrontou-se com certa situação que guarda semelhança absoluta com a espécie e concluiu pela inconstitucionalidade de norma. Assim o fez e no julgamento do Recurso Extraordinário nº 116.121-3/SP, em 11 de outubro de 2000. São passados, é certo, nove anos, mas não houve mudança substancial da carta da república a ditar outra óptica. Houve mudança, sim, na composição do Supremo, mas o Direito posto continua o mesmo, não é outro.

No julgamento do mencionado extraordinário, prevaleceu o entendimento de que o Imposto sobre Serviços não incide em se tratando de contrato de locação. O Plenário – vencido, é certo, o Relator, Ministro Octavio Galloti, fiquei como relator designado para o acordão, não como relator, porque tive que adotar o relatório feito por sua Excelência, o de sorteio – assentou:

“IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS – CONTRATO DE LOCAÇÃO. A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contra locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável – artigo 110 do Código Tributário Nacional.”

Presidente, continuo acreditando que há distinção substancial entre locação – repito – gênero, apanhando o arrendamento mercantil e apanhando a espécie de arrendamento mercantil, que é o leasing, e prestação de serviço. A arrendadora não presta serviços à arrendatária. O que faz é entregar um bem e, a partir dessa entrega, ter a contraprestação pela utilização do próprio bem móvel.

Creio que a doutrina tributária não incidiu em equívoco, e o disse o Supremo no precedente referido, no que assentou não haver o núcleo, não haver a espécie, considerado o leasing, o fato gerador do tributo da competência dos municípios, que é o Imposto sobre Serviços. Repito: o Plenário declarou a constitucionalidade da alusão contida no item 79 da lista de serviços a que se refere, ou que se referia, o Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, no que, mediante potencialização do aspecto formal e em detrimento do conteúdo, o legislador veio a emprestar à locação – e aqui estamos a discutir locação – natureza inerente a obrigação de fazer. Fico a imaginar a existência de cláusula de compra e venda que venha a ser acionada. Então ter-se-á a incidência do ICMS? (...)”

Sem embargos de respeito ao que foi decidido por aquela Colenda Corte Suprema, necessário indicar que a presente decisão se apoia em premissas totalmente equivocadas, conforme deixaremos exposto nas próximas páginas. Estes equívocos podem ser facilmente verificados nos trechos citados do voto do Min. Carlos Britto, na sua construção lógica, diga-se novamente equivocada, para chegar à conclusão de que há uma obrigação de fazer. Diametralmente diferente e mais sustentável os argumentos utilizados pelo Excelentíssimo Min. Marco Aurélio, que inclusive são coerentes com os entendimentos até então adotados pelo E. STF.

Conforme dito, o contrato de arrendamento mercantil (*leasing*) financeiro é obrigação de dar porque o arrendatário poderá, ao final do contrato, receber a coisa arrendada caso assim optar, nos termos no artigo 233 do Código Civil:

"Art. 233. A obrigação de dar coisa certa abrange os acessórios dela embora não mencionados, salvo se o contrário resultar do título ou das circunstâncias do caso."

E, como tal, é patente que não há que se falar em prestação de serviço, fato inerente às obrigações de fazer, e não às obrigações de dar. Isso, por óbvio, impossibilita o arrendamento mercantil (*leasing*) financeiro de ser enquadrado como serviço. Nesse sentido:

*“A hipótese de incidência do ISS refere-se às prestações de fazer, ou seja, aquelas marcadas pela ação pessoal do devedor, cuja relevância não está na tradição de bem, ainda que ela possa eventualmente ocorrer. A palavra serviços afasta, por incongruência semântica, a idéia de prestação de dar, eis que não envolve, na sua essência, qualquer coisa, seja material, seja imaterial.”*⁵³

Note-se que é passível de tributação pelo ISS, o arrendamento mercantil (*leasing*) operacional que não se confunde com o *leasing* financeiro. Isso porque, no arrendamento mercantil (*leasing*) operacional as empresas que locam e produzem o bem objeto do contrato prestam assistência técnica às locatárias (usuárias), o que configura prestação de serviço. Temos como exemplo clássico as máquinas da Xerox do Brasil que são arrendadas e em relação a elas é prestado o serviço de manutenção e assistência técnica, quando necessário. Ou seja, note-se que neste caso, a incidência do ISS se dará pela prestação dos serviços de manutenção das máquinas arrendadas e não simplesmente pelo seu arrendamento.

Neste sentido, escreve Aroldo Gomes de Mattos, referindo-se a decisão do STF antes mencionada:

*“Essa decisão, datada de 11 de outubro de 2000, modificou radicalmente o entendimento anterior em sentido contrário e que estava perdurando por mais de vinte anos. Deve ser estendida, também, à hipótese de leasing, que nada mais é do que locação com opção de compra do bem locado”*⁵⁴

Francisco Ramos Mangieri entende que o ISS não encontra elementos de adequação na esfera do arrendamento mercantil (*leasing*) financeiro, a partir de referências, sobre as diversas áreas que se interpretam para redundarem no aperfeiçoamento daquele contrato:

*“Mas afinal, acerta o legislador complementar ao colocar o leasing no campo de incidência do ISS?
Entendimentos dos mais variados são encontrados na doutrina nacional. Uns enxergam tal operação como um verdadeiro financiamento, sujeitando-se, em tese,*

⁵³ BAPTISTA, Marcelo Caron. ISS do Texto à Norma- Doutrina e Jurisprudência da EC 18/65 à LC 116/03. São Paulo. Ed. Quartier Latin do Brasil. 2005. p. 281.

⁵⁴ ROCHA, coord. Valdir de Oliveira. O Novo Regramento do ISS Efetuado pela LC 116/2003, in O ISS e a LC 116, São Paulo, Ed. Dialética, 2003, p. 30.

apenas ao IOF. Para outros, quando é feita a opção de compra pelo arrendatário, no final da avença, configura contrato de compra e venda à prazo, fato gerador de ICMS. Terceira corrente ainda admite tratar-se de locação com algumas peculiaridades.

Após novas reflexões sobre a matéria, evoluímos no sentido de que não incide ISS sobre as operações de arrendamento mercantil. Como bem lembra o professor Roque Carrazza, as prestações pagas pela arrendatária são sempre superiores às praticadas na locação comum, visando garantir, em prazo contratual determinado, a amortização do preço do bem acrescido dos custos administrativos e financeiros, além do lucro da empresa arrendadora.”⁵⁵

Não obstante a manifestação do Supremo Tribunal Federal já colacionada, cumpre também destacar alguns aspectos relativos à Súmula 138 do STJ: “O ISS incide na operação de arrendamento mercantil de coisas móveis”.

Ao analisar os primeiros precedentes⁵⁶ que culminaram na edição da Súmula 138, verifica-se que antes da vigência da Lei Complementar nº 56/87, predominava no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de se constituir o arrendamento mercantil (*leasing*) operação financeira, inconfundível com a locação pura e simples. Logo, o que levou aquela Corte Superior a considerar como incidente o ISS foi exatamente a dicção da LC nº 56/87, que considerou o arrendamento mercantil como espécie de locação. E justamente a expressão “*locação de bens móveis*” constante no item 79 da lista de serviços do Decreto Lei nº 406/68, com as alterações decorrentes da LC nº 56/87, que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional.

Verdade que o Excelso Pretório suprimiu, por vício de constitucionalidade, apenas a expressão “*locação de bens móveis*”, nada mencionando acerca dos contratos de arrendamento mercantil (*leasing*). E não poderia ser diferente, já que, em se tratando de declaração de inconstitucionalidade pelo controle difuso, a análise somente poderia se circunscrever ao caso apreciado – a incidência do ISS nos contratos de locação típicos.

No entanto, a base central da argumentação dos eminentes Ministros que aderiram ao voto vencedor reside na impropriedade de se tributar operação que não se afeiçoa à hipótese de

⁵⁵ ISS – ISSQN – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – Teoria – Prática – Questões Polêmicas – De Acordo com a Lei Complementar nº 116, de 31/07/2003 - 3ª Edição Revista – Ampliada – Atualizada com a Emenda Constitucional nº 37/2003. São Paulo. Ed. Edipro, 2003, p. 149/150.

⁵⁶ Os precedentes são: REsp n. 28.467/SP, Min. Humberto de Barros – Data do julgamento: 30.08.93; EDREsp n. 5.438-SP, Min. Peçanha Martins – Data do julgamento: 25.04.1995.

incidência do aludido tributo. Noutros termos, afirmaram os eminentes julgadores que não pode incidir ISS em operação que não incorpore prestação de serviço.

Não obstante os entendimentos em sentido contrário, pelo fato de o contrato de arrendamento mercantil (*leasing*) ter sido incluído na relação do Decreto-lei nº 406/68 pela Lei Complementar nº 56/87, por considerá-lo similar à locação de bens móveis – até porque um de seus elementos é exatamente a locação –, mas principalmente porque na modalidade de arrendamento mercantil (*leasing*) a que se refere o presente feito não se vislumbra qualquer operação que possa ser enquadrada como prestação de serviços, mostra-se pertinente e inteiramente aplicável os termos do erudito julgado. Concorde-se que a expressão não foi atingida em toda a sua integralidade, como ocorreu com a “locação de bens móveis”, pois no *leasing* operacional é perfeitamente possível a incidência do ISS, mormente quando à manutenção e a operacionalização do equipamento arrendado continua sendo de responsabilidade do arrendador. Assim, permanece a hipótese de incidência de ISS nas operações de *leasing* que efetivamente incorporem “prestação de serviço”.

Jamais tratou o STJ da inconstitucionalidade ou não da incidência do ISS sobre o arrendamento mercantil (*leasing*). Além do mais, também seria impossível se exigir do STJ, em 16 de maio de 1995, quando da edição da referida Súmula, que “antevisse” a decisão proferida pelo Plenário do STF, em 11 de outubro de 2000, no Recurso Extraordinário nº 116.121-3-SP, que declarou a inconstitucionalidade da possibilidade de tributação pelo ISS em face da locação de bens móveis.

Na época da edição de tal súmula, o STJ não examinou a natureza jurídica das operações de arrendamento mercantil (*leasing*), como o fez o STF, relativamente à locação de bens móveis, ao ensejo do julgamento do RE nº 116.121-3.

Conclui-se, pois, que todos os elementos que compõem o contrato de arrendamento mercantil (*leasing*) formam uma unicidade em que sobressaem dois aspectos: a locação e a natureza financeira, esta mais proeminente no caso do arrendamento mercantil (*leasing*) financeiro que, como visto, é o caso aqui debatido. Por outro lado, em exaustiva repetição, não se infere nenhuma operação que possa ser enquadrada como “prestação de serviço”.

Nesse sentido, tem-se o entendimento do Ministro José Delgado:

“(…)

4. O conceito constitucional de serviço tributável somente abrange:

- a) as obrigações de fazer e nenhuma outra;
- b) os serviços submetidos ao regime de direito privado não incluindo, portanto, o serviço público (porque este, além de sujeito ao regime de direito público, é imune a imposto, conforme o art. 150, VI, “a”, da Constituição);
- c) que revelam conteúdo econômico, realizados em caráter negocial – o que afasta, desde logo, aqueles prestados a si mesmo, ou em regime familiar ou desinteressadamente (afetivo, caritativo, etc.);
- d) prestados sem relação de emprego – como definida pela legislação própria – excluído, pois, o trabalho efetuado em regime de subordinação (funcional ou empregatício) por não estar in comércio (Aires F. Barreto, “ISS – Não incidência sobre Franquia”, in *Revista de Direito Tributário*, Malheiros Editores, vol. n° 64, p. 216/221).⁵⁷

A verdade é que a previsão legal não se amoldava ao texto constitucional, já que este elegeu como aspecto material do ISS a prestação de serviços – obrigação de fazer – e assim, apenas esta é que poderia ser passível da tributação. Em sentido contrário, a locação de bens móveis, incluindo as operações de arrendamento mercantil, em especial o arrendamento mercantil (*leasing*) financeiro, sendo obrigação de dar, não pode se sujeitar à incidência do referido tributo.

Em acórdão da 1ª Turma do STJ, o então Ministro Luiz Fux faz exatamente essa análise no contexto à época da edição da Súmula 138, “*in verbis*”:

“TRIBUTÁRIO. ISS. ARRENDAMENTO MERCANTIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONCEITO PRESSUPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. AMPLIAÇÃO DO CONCEITO QUE EXTRAVASA O ÂMBITO DA VIOLAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PARA INFIRMAR A PRÓPRIA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA CONSTITUCIONAL. ACÓRDÃO CALCADO EM FUNDAMENTO SUBSTANCIALMENTE CONSTITUCIONAL. INCOMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TEMA DIVERSO DO ENSEJADOR DA SÚMULA 138, DO STJ.

1. O ISS na sua configuração constitucional incide sobre uma prestação de serviço, cujo conceito pressuposto pela Carta Magna eclipsa *ad substantia obligatio in faciendo*, inconfundível com a denominada obrigação de dar.
2. Outrossim, a Constituição utiliza os conceitos de direito no seu sentido próprio, com que implícita a norma do artigo 110, do CTN, que interdita a alteração da categorização dos institutos.
3. Consectariamente, qualificar como serviço a atividade que não ostenta essa categoria jurídica implica em violação bifronte ao preceito constitucional,

⁵⁷ STJ, Recurso Especial 222246, 1ª Turma, DJU de 11.12.2000.

porquanto o texto maior a utiliza não só no sentido próprio, como também o faz para o fim de repartição tributária-constitucional (RE 116121/SP).

4. Sob esse enfoque, é impositiva a regra do artigo 156, III, da Constituição Federal de 1988, verbis :

"Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) (...)"

5. A dicção constitucional, como evidente, não autoriza que a lei complementar inclua no seu bojo atividade que não represente serviço e, a fortiori, obrigação de fazer, porque a isso corresponderia franquear a modificação de competência tributária por lei complementar, com violação do pacto federativo, inalterável sequer pelo poder constituinte, posto blindado por cláusula pétrea.

6. O conceito pressuposto pela Constituição Federal de serviço e de obrigação de fazer corresponde aquele emprestado pela teoria geral do direito, segundo o qual o objeto da prestação é uma conduta do obrigado, que em nada se assemelha ao dare, cujo antecedente necessário é o repasse a outrem de um bem preexistente, a qualquer título, consoante a homogeneidade da doutrina nacional e alienígena, quer de Direito Privado, quer de Direito Público.

7. Envolvendo a atividade, bens e serviços, a realidade econômica que interessa ao Direito Tributário impõe aferir o desígnio final pretendido pelo sujeito passivo tributário, distinguindo-se a atividade meio, da atividade fim, esta última o substrato da hipótese de incidência.

8. "A adulteração dos conceitos incorporados pelo Constituinte na criação da regra-matriz de incidência de cada exação fiscal é matéria constitucional, visto que viola as regras de repartição constitucional da competência tributária e, por conseqüência, atenta contra a organização federativa do Estado, que pressupõe a autonomia legislativa dos entes federados" (Parecer da lavra de Luiz Rodrigues Wambier, datado de 20.07.2006).

9. As proposições acima conduzem à inequívoca inconstitucionalidade do item 79 e do subitem 15.09, da relação anexa ao Decreto-Lei 406/68, com a redação dada, respectivamente, pelas Leis Complementares 56/87 e 116/03, que prevêm a incidência do ISS sobre o arrendamento mercantil, por isso que se conjura a incompetência imediata do STJ para a análise de recurso que contenha essa antinomia como essência em face da repartição constitucional que fixa os lindes entre esta E. Corte e a Corte Suprema.

10. Acórdão cuja conclusão alicerça-se em fundamento constitucional, qual seja, a violação do artigo 156, III, da Constituição Federal de 1988, e a inconstitucionalidade das listas constantes do Decreto-Lei 406/68 e da Lei Complementar 116/03, revela-se de integral competência do STF, máxime quando se sustenta um fundamento autônomo a exigir, na forma do verbete sumular, a interposição simultânea de ambos os apelos extremos (Precedentes da Primeira Turma: AgRg no REsp 684021/RS, desta relatoria, DJ de 22.08.2005; AgRg no REsp 697335/RS, desta relatoria, DJ de 29.08.2005; Resp 631547/MG, Relator Ministro José Delgado, DJ de 05.08.2004; e AgRg no AgRg no Ag 659539/MG, desta relatoria, DJ de 20.02.2006. Decisões monocráticas: RESP

628211/BA, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 15.12.2004, e no REsp 822631/RS, Relator Ministro José Delgado, DJ de 31.03.2006).

11. Deveras, a conceituação de serviços encarta-se na mesma competência que restou exercida pela Corte Suprema na análise prejudicial dos conceitos de faturamento e administradores e autônomos para os fins de aferir hipóteses de incidência, mercê de a discussão travar-se em torno da legislação infraconstitucional que contemplava essas categorizações, reproduzindo as que constavam do texto maior.

12. Aliás não é por outra razão que o CPC dispõe no artigo 543 que:

"Art. 543. Admitidos ambos os recursos, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça.

(...)

§ 2º Na hipótese de o relator do recurso especial considerar que o recurso extraordinário é prejudicial àquele, em decisão irrecorrível sobrestará o seu julgamento e remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal, para o julgamento do recurso extraordinário.

(...)"

13. A Súmula 138, do E. STJ, não se aplica in casu, por isso que, analisando sua ratio essendi e os arestos que lhe serviram de gênese, inafastável concluir que a mesma foi editada para o fim de defender-se a aplicação do Decreto-Lei 406/68, após a edição da Lei Complementar 56/87, porquanto, anteriormente, a tributação municipal do leasing era engendrada via aplicação analógica do primeiro diploma legal. Nada obstante, em nenhuma passagem dos arestos geradores da súmula restou posta a questão constitucional ora enfrentada.

14. Sobressai, desta sorte, imprescindível a manifestação da Corte Suprema sobre o thema iudicandum, suscitado de forma explícita ou implícita em todas as causas que versam sobre a competência tributária municipal, essência manifesta das decisões que tem acudido ao E. STJ.

15. In casu, o aresto objurgado decidiu que: "APELAÇÃO. ARRENDAMENTO MERCANTIL. ISS. INEXIGIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. A inclusão na Lista de Serviço de fatos que não configuram prestação de serviço, por afastada a idéia de trabalho, de esforço humano, de um "facere", afronta o disposto no artigo 156, III da Constituição Federal. Assim se dá na locação de bens móveis, como já proclamou o Supremo Tribunal Federal. Assim também e por identidade de razões no arrendamento mercantil. É que não importa esteja listado o serviço; importa, sim, se o fato que lá está descrito se caracteriza como tal. A Lista não é critério ou não é o único critério para descrever o fato gerador do ISS, até porque não define o tipo, não conceitua o que seja prestação de serviço. É ou ao menos deveria ser exemplificativa, jamais definidora do tipo. Na verdade, a noção de serviço, traço essencial do ISSQN, não dispensa e idéia de trabalho, de esforço humano, tal como disciplinado no Código Civil, ao qual há de socorrer-se o intérprete em obediência ao que dispõe o artigo 110 do CTN, ante o vazio normativo tributário. Apelo provido." (Apelação Cível nº 70009640657, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator DesRéur Genaro José Baroni Borges, Julgado em 03.11.2004).

16. As conclusões e premissas de índole notadamente constitucional, sem as quais não sobreviveria o aresto recorrido impõem timbrar seu fundamento constitucional para, na forma da jurisprudência cediça na Corte, não conhecer do especial (Precedentes: AgRg no Ag 757416/SC, Relator Ministro José

Delgado, Primeira Turma, DJ de 03.08.2006; AgRg no Ag 748334/SP, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 30.06.2006; REsp 754545/RS Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, SEGUNDA TURMA DJ 13.03.2006; AgRg no REsp 778173/MG, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ de 06.02.2006; AgRg no REsp 658392/DF, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 21.03.2005).

*17. Recurso especial não conhecido, divergindo-se do voto do relator.*⁵⁸

Mais adiante, extrai-se do irreparável voto do relator:

“Uma primeira observação que reputamos como sendo indispensável é quanto ao fato de existirem inúmeros pronunciamentos do STJ a respeito da incidência do ISS sobre as operações de arrendamento mercantil, tanto que aquela Corte editou a Súmula 138, segundo a qual “o ISS incide na operação de arrendamento mercantil de coisas móveis”.

Se a questão, conforme afirmamos, é de índole constitucional, porque teria o Superior Tribunal de Justiça se pronunciado a respeito e, inclusive, editado Súmula sobre a matéria?

Ocorre que os pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça sobre a incidência do ISS sobre os contratos de leasing, que resultaram edição da Súmula 138, foram proferidos em recursos contra decisões (que não apresentavam como fundamento preponderante a violação ao texto constitucional, como o existente no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nos Embargos Infringentes n. 2004.002916-0, mas sim a interpretação da legislação federal.

As primeiras manifestações do STJ apreciavam causas nas quais os Municípios pretendiam, para fins de tributação pelo ISS, equiparar o arrendamento mercantil à locação de bens móveis, esta prevista no item 52 da lista de serviço anexa ao Decreto-lei n° 406/68. Tendo como pano de fundo a interpretação e aplicação da legislação infraconstitucional, chegou-se à conclusão de que não poderia ocorrer a subsunção do contrato de arrendamento mercantil ao item 59 da lista de serviços, eis que se trata de um contrato típico, apresentando características não apenas da locação, mas também dos contratos de compra e venda, financiamento e mútuo.

Decidiu o STJ, então, após definir a natureza jurídica desse contrato, que a tributação do leasing pelo ISS não seria lícita em virtude da falta de previsão legal da hipótese de incidência daquele imposto. Coerente com esse raciocínio, passou aquela Corte a permitir a tributação do arrendamento mercantil somente após a edição da Lei Complementar 56/87, que modificou a lista anexa ao Decreto-lei n° 406/68 para considerar o leasing como fato gerador do imposto sobre serviços.

Vale ressaltar, por oportuno, que a construção desse entendimento jurisprudencial restringiu-se à esfera de competência do STJ para o exame da legislação federal que lhe foi posta sob apreciação na ocasião.

O STJ, e não poderia ser diferente, não decidiu sobre a constitucionalidade da tributação do arrendamento mercantil pelo ISS, já que prevê como serviço o que serviço não é, contrariando, assim, o artigo 156, III, da CF, como se demonstrará adiante.

⁵⁸ Resp n° 805.317, 1ª Turma, Rel designado Min. Luiz Fux, DJU de 21.09.2006.

As decisões da Corte infraconstitucional se restringiram ao pronunciamento a respeito da compatibilidade da exigência feita pelos Municípios com a legislação federal então vigente, que inicialmente não previa esta hipótese de incidência, mas depois passou a autorizar a tributação do arrendamento mercantil. Ou seja, a discussão ocorreu sob o aspecto da legalidade da exigência fiscal em estudo.

O foco da atual discussão em torno da incidência do ISS sobre o leasing financeiro, bem caracterizada no acórdão analisado, é diverso, e implica a análise da violação, por lei complementar, do conteúdo semântico utilizado pelo Constituinte para delimitar a competência impositiva dos Municípios. A questão posta nestes termos afasta a competência do STJ e corrobora o acerto dos julgados da Primeira Turma do STJ em que se tem entendido que "é inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamento constitucional e infraconstitucional, qualquer deles, por si só, suficiente para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário" (Súmula nº 126).

Referidos julgados reconheceram o contorno constitucional do atual debate acerca da incidência do ISS ao registrarem a impossibilidade de se apreciar Recurso Especial quando a parte vencida não tenha interposto Recurso Extraordinário. Entendeu a Primeira Turma que a falta de manifestação do STF sobre a constitucionalidade da exigência prejudica a apreciação do Recurso Especial.

No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 697.335/RS, a fundamentação lançada pelo Eminentíssimo Ministro Relator Luiz Fux, que foi acompanhada pelos igualmente Eminentíssimos Ministros Teori Albino Zavascki e Denise Arruda, aponta para qual será o entendimento da Primeira Turma nos casos em que o acórdão do Tribunal Estadual deixar de aplicar a legislação federal por julgá-la inconstitucional. No mencionado Agravo Regimental, a Primeira Turma reconheceu que a previsão legal contida na LC 56/87, e repetida na LC 116/03, confronta-se com o conceito constitucional de serviço e deve ser julgada pelo STF.

O Em. Ministro Teori Albino Zavascki, em outra ocasião, em decisão monocrática à qual não podemos deixar de fazer referência, inadmitiu Recurso Especial, versando sobre a questão da incidência ou não do ISS sobre os contratos de arrendamento mercantil, interposto por Município, porque, muito embora o acórdão recorrido tivesse adotado premissa infraconstitucional relativa à natureza do contrato de leasing a partir do conteúdo das obrigações de dar, as conclusões alcançadas apresentavam caráter nitidamente constitucional, por dizerem respeito"

(a) à inconstitucionalidade do item 79 da Lista de Serviços do Decreto-Lei 406/68 (declarada via incidental pelo STF); (b) à inviabilidade de Lei Complementar definir como serviço aquilo que não possui essa natureza jurídica, por ferir a repartição da competência tributária fixada na Constituição; e (c) à impossibilidade de se atribuir interpretação econômica ao conceito de serviço previsto na Constituição Federal".

Recentemente, o Eminentíssimo Ministro José Delgado foi categórico ao afirmar que cabe apenas ao Supremo Tribunal Federal o exame da incidência do ISS sobre o arrendamento mercantil, porquanto se refere à aplicabilidade do art. 156, III, da CF/88, matéria de cunho predominante e meramente constitucional.

Esse mesmo posicionamento foi adotado pelo STJ quando do exame de hipótese análoga àquela dos contratos de arrendamento mercantil, relativa à

inconstitucionalidade da incidência do ISS sobre a locação de bens móveis. Na ocasião, entendeu-se que a controvérsia centrava-se no confronto de dispositivo de lei complementar com o conceito constitucional de serviço.

Pela semelhança entre os casos, pertinente mencionar o entendimento que se consolidou no STJ, quando enfrentou a discussão acerca da ampliação da base de cálculo do Pis e da Cofins, instituída pela Lei nº 9.718/98. Por envolver a definição do conceito de faturamento e receita bruta, utilizado pela CF/88, entendeu-se ser o STF o foro competente para o Julgamento.

Todos os membros da Primeira Turma do STJ, ao enfrentarem esta questão, convergiram no sentido de que a discussão acerca dos conceitos de receita bruta e faturamento é matéria de índole eminentemente constitucional, sendo vedada sua apreciação em sede de recurso especial .

Oportuno e necessário lembrar as palavras da Eminente Min. Denise Arruda, ao concluir pela impossibilidade de o STJ apreciar a ,violação do conceito constitucional, pela legislação federal, quando este é o fundamento do acórdão recorrido, exatamente como acontece nos casos que se alega inconstitucionalidade da exigência do ISS sobre o leasing financeiro: "É de se convir que mesmo que se admitisse a pretensa ofensa ao art. 110 do CTN, a autorizar a análise do conceito de faturamento ainda assim importaria a apreciação do citado dispositivo legal em reexame da interpretação constitucional feita pelo acórdão recorrido, o que é defeso a este Tribunal. Saliente-se que o acórdão recorrido, além de entender impertinente a invocação do art. 110 do CTN para o deslinde da controvérsia, embasou-se em fundamentos de natureza eminentemente constitucional (...). Desse modo, não se revela, 'prima facie', como adequada a via do especial para reapreciação da matéria, pois tal resultaria em usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Percebe-se, assim, diante do enfrentamento já realizado pelo STJ, de situações similares, que, a prevalecer a coerência necessária aos julgados, especialmente aos julgados dos Tribunais Superiores (que se prestam de parâmetros para a uniformização da interpretação da lei federal e das regras constitucionais), os futuros pronunciamentos devem consolidar o entendimento de que é do Supremo Tribunal Federal a competência para apreciar a inconstitucionalidade da exigência do ISS sobre o arrendamento mercantil.

Salvo melhor juízo, o correto exercício da competência outorgada pelo art. 105, da CF/88, não autoriza ao STJ a apreciação do conflito que recende entre a legislação complementar e a Constituição Federal, especificamente em seu art. 156, III.

Desta forma, o exame desta questão, por tratar de tema relativo à violação do conceito constitucional de serviço por lei complementar, deve conduzir o julgamento ao Supremo Tribunal Federal. Passa-se, agora, à demonstração pormenorizada da ofensa expressa ao texto constitucional, reconhecida pelo acórdão proferido nos Embargos Infringentes nº 2004.002916-0, que resulta na inconstitucionalidade do antigo item 79 e do atual item 15.09, da lista de serviços anexa ao Decreto 406/68, e que confere unicamente ao STF a competência para seu julgamento."

Sabia-se que, quando pusesse de lado essa interpretação estritamente literal da lista de serviços, para perquirir a verdadeira essência do contrato de arrendamento mercantil, o Superior Tribunal de Justiça viria a dar-se conta, finalmente, de que o problema da incidência

do ISS sobre o arrendamento mercantil (*leasing*) reclamava solução que tivesse em mira a regra de competência para instituição de tributos, inscrita no art. 156, III, da Constituição Federal.

Isso veio a ocorrer em três decisões da Primeira e Segunda Turmas do Superior Tribunal de Justiça, proferidas nos julgamentos do Recurso Especial nº 810.541, de 15/08/06 (1ª Turma), do Recurso Especial nº 805.317, de 17/08/06 (1ª Turma), e do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 822.631, de 17/08/06 (2ª Turma), nos quais ficou decidido que somente o Supremo Tribunal Federal poderia dizer se o ISS incide, ou não, sobre arrendamento mercantil (*leasing*), reconhecendo assim cuidar-se esta matéria de cunho estritamente constitucional.

Por tais fundamentos, está clara a inexistência de relação jurídica tributária, ante o fato de basear-se na hipótese de incidência do ISS, sem o suporte de qualquer prestação de serviço, mormente no contexto de arrendamento mercantil (*leasing*) financeiro em cujo âmbito contratual, como é sabido, entrelaçam-se o financiamento, a locação e a opção final de compra e venda, nucleados por uma obrigação preponderantemente de dar e não por uma obrigação consistente na prestação de serviços.

Resta evidenciado, assim, diante de tudo o que foi anteriormente exposto, que é absolutamente inconstitucional, por violação ao disposto no art. 156, III, da Constituição Federal, o item da lista de serviços que prevê o *leasing* como uma prestação de serviço. Contudo, infelizmente esta não foi a linha seguida pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.905-SC, que definiu pela constitucionalidade da incidência do ISS em face de operações arrendamento mercantil (*leasing*).

Guardados nossos entendimentos acerca da (in)constitucionalidade da incidência do ISS sobre as operações de arrendamento mercantil (*leasing*) adotada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, necessário indicar também outros pontos que merecem solução antes de fulminar de uma vez as discussões que permeiam o presente tema.

Assim, admitindo-se a constitucionalidade da tributação, estes outros pontos são a definição do local da eventual prestação do serviço, bem como, qual a base de cálculo que deverá ser

adotada para se chegar ao *quantum* devido. Estas questões atualmente estão sendo discutidas no âmbito do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº 1.060.210-SC, destacado por aquela Corte Superior como recurso representativo da controvérsia.

Didaticamente, o que se faz de suma importância para discussão sobre o local da suposta prestação de serviços que se dará a seguir, o Professor Humberto Ávila, em parecer emitido para a Associação Brasileira das Empresas de Leasing – ABEL, descreve e resume as etapas ou atividades que devem ocorrer para a contratação de uma operação de arrendamento mercantil (*leasing*) financeiro. São elas:

- “(1) indicação do cliente (cliente escolhe o veículo, opta por contratar a operação de leasing e escolhe a instituição; a concessionária indica o cliente para a empresa de leasing);*
- (2) obtenção de dados do cliente para a proposta e envio das informações à empresa de leasing;*
- (3) conferência dos dados, análise e aprovação do crédito pela empresa de leasing;*
- (4) formalização da proposta;*
- (5) liberação do pagamento do bem;*
- (6) formalização do contrato;*
- (7) o instrumento contratual é remetido ao proponente que, ato contínuo, o assina e o devolve à sede da arrendadora;*
- (8) gestão do contrato (controle de recebimento do valor dos arrendamentos e do valor residual garantido; gestão da cobrança dos valores em atraso; arrecadação de tributos; controle e gestão de fraude; gestão de multas e IPVA não quitados pelo arrendatário; gestão da carteira: valores recebidos, a receber, captação, veículos, inadimplência; gestão da qualidade do atendimento ao cliente e melhoria do produto, bem como relacionamento com concessionárias);*
- (9) liquidação do contrato, em que pode ocorrer uma das seguintes situações: (a) rescisão por atraso no pagamento; (b) exercício da opção de compra do bem, caso em que a empresa de leasing emitirá recibo de venda e endossará o certificado de registro do veículo; (c) não exercício da opção de compra do bem, com a devolução do veículo, que ficará na sede para sua alienação a terceiro; (d) renovação do contrato, situação em que a empresa de leasing procederá à confecção de novo instrumento contratual.”*

Em termos práticos, é relevante se ter em mente que o arrendamento mercantil (*leasing*) financeiro, via de regra, constitui alternativa para a aquisição financiada de um bem (geralmente veículo automotor), com características e finalidade que o colocam ao lado do crédito direto ao consumidor e do consórcio, constituindo importante modalidade de crédito às

empresas e às pessoas físicas, consumidores finais do produto, que têm, através desses contratos, a oportunidade de adquirir bens e incrementar seus negócios.

A legislação tributária, buscando fundamento de validade diretamente da Constituição Federal (art. 146, III, “a”), estabelece que a competência para a cobrança do ISS é atribuída àquele Município onde se localiza o “estabelecimento prestador do serviço” ou, na falta deste, o do “domicílio do prestador”. Assim, caracteriza-se flagrante situação de desrespeito ao texto constitucional a possibilidade de admitir a tributação por entes políticos de direito públicos em face de supostas operações que ocorreram fora de seus limites territoriais.

Na lição de Maria Helena Diniz, o estabelecimento comercial é *“complexo de coisas, bens e serviços reunidos e organizados para o exercício do comércio (Alfredo Rocco). (...) 4. Complexo de bens, materiais e imateriais, que constituem o instrumento utilizado pelo comerciante para a exploração de determinada atividade mercantil. (...)”*

Nesse aspecto, Humberto Ávila entende que o Município competente para a cobrança do referido imposto é o Município da sede da empresa arrendadora, pois geralmente neste local que ficam concentradas todas as atividades nucleares do arrendamento mercantil (leasing). Segundo o citado autor, os principais atos que viabilizam esta operação mercantil são praticados na sede da Arrendadora⁵⁹:

“(...)”

2.2.1.5 *Independente das críticas que podem ser dirigidas à decisão do Superior Tribunal de Justiça, a sua consideração só traz um problema quando o estabelecimento prestador esteja localizado num município e o serviço seja prestado noutro.*

Esse problema, porém, não surge no caso em pauta, pelo singelo motivo de que há coincidência entre local onde se situa o estabelecimento prestador e o local onde o serviço é prestado. Há razões de fato para esse entendimento.

2.2.1.6 *As razões fáticas dizem respeito à verificação de que tanto qualitativa quanto quantitativamente se serviço houvesse, seria ele prestado no local do estabelecimento prestador.*

2.2.1.7 *Qualitativamente, porque os atos principais, assim entendidos aqueles que viabilizam o arrendamento mercantil, são praticados na sede: a formação do*

⁵⁹ ÁVILA, Humberto. Imposto sobre a Prestação de Serviços de Qualquer Natureza – ISS. Normas Aplicáveis. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Hipótese de Incidência. Base de Cálculo e Local da Prestação. *Leasing Financeiro: Análise da Incidência*. Revista Dialética de Direito Tributário nº 122, São Paulo: Dialética, 2005, p. 126/127.

fundo, a análise do crédito, a elaboração do contrato e a liberação do veículo são feitos na sede. É na sede que é concretizado o arrendamento mercantil.

Os atos, praticados fora do local da sede, são meros atos de conclusão de algo concebido no local da sede da arrendadora: preenchimento da ficha cadastral pelo interessado, envio de documentos e assinatura e remessa do instrumento contratual.

Todos esses atos, embora praticados fora do local da sede da arrendadora, são atos de mera confirmação da atividade desenvolvida pelo estabelecimento prestador.

Cada um deles consubstancia uma atividade-meio para a concretização do arrendamento mercantil, sem autonomia própria, não podendo, como já analisado, sofrer a tributação municipal, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, quando deliberou que as atividades bancárias de custódia de títulos e elaboração de cadastro, sem autonomia frente às operações financeiras, “não suscitam o imposto municipal sobre serviços”.⁶⁰

2.2.1.8 Quantitativamente, porque das quatorze etapas mencionadas, apenas três (a segunda, a sétima e a nona) são realizadas fora do local da sede da arrendadora. Todas as demais são realizadas na sede da arrendadora.

A captação de recursos financeiros, o exame e a aprovação da ficha cadastral, a análise do crédito, a proposta das condições contratuais, a aprovação do crédito, a formalização do contrato, a conferência e o cadastro dos documentos, a remessa e devolução do instrumento contratual, a guarda e arquivamento dos documentos, o pagamento do veículo, a emissão do carnê de pagamento e a autorização de liberação do veículo são realizados na sede da arrendadora.

2.2.2 O LOCAL DA ASSINATURA É IRRELEVANTE

2.2.2.1 Mesmo que se atribua alguma relevância aos atos praticados fora do local do estabelecimento prestador, ainda assim eles não podem ser qualificados como serviços tributáveis pelo imposto sobre serviços: o preenchimento de ficha cadastral, a assinatura e o envio de documentos não são fatos geradores do imposto. Na lista de serviços não consta nenhuma dessas atividades como atividades tributáveis.

O local da assinatura do contrato ou da localização do usuário são irrelevantes.⁶¹ O fato de o contrato ter sido assinado num local não impede que os supostos serviços sejam prestados noutra localidade. O mesmo ocorre com o usuário: o fato de ele estar num Município não quer dizer que as obrigações de fazer não sejam realizadas noutro. Enfim, uma coisa não tem nada a ver com a outra.

2.2.2.2 As considerações precedentes levam ao entendimento de que, mesmo que se considere o arrendamento mercantil como um serviço, ainda assim esse “serviço” só poderia ser considerado efetivamente prestado no local da sede da empresa arrendadora, pois seria nesse em que seriam realizados e concluídos os atos materiais à “prestação do serviço”.

Importante notar que a Resolução do Banco Central do Brasil nº 2309/96, em seu artigo 2º, esclarece que, para que as empresas de arrendamento mercantil (*leasing*) operem no mercado

⁶⁰ Recurso Extraordinário 97804, Relator Ministro Décio Miranda, DJ 31.08.84.

⁶¹ BARRETO, Aires. ISS na Constituição e na Lei. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 32 e 324.

brasileiro, deverão manter um departamento técnico responsável por promover as atividades necessárias à realização dessa operação, “*in verbis*”:

“Art. 2º Para a realização das operações previstas neste Regulamento, as sociedades de arrendamento mercantil e as instituições financeiras citadas no artigo anterior devem manter departamento técnico devidamente estruturado e supervisionado diretamente por um de seus diretores.”

Para explicar o texto da norma regulatória, temos as palavras do professor Arnaldo Rizzardo,⁶² que conseguem atingir de forma simples e ao mesmo tempo completa, o objetivo perseguido pelo normativo:

“As empresas apresentarão um departamento técnico especializado, conforme imposição do art. 2º, caput da Res. 2.309: ‘Para a realização das operações previstas neste Regulamento, as sociedades de arrendamento mercantil e as instituições financeiras citadas no artigo anterior devem manter departamento técnico devidamente estruturado e supervisionado diretamente por um de seus diretores’.

Os múltiplos aspectos técnicos que implicam o leasing determinam a estruturação em um departamento ou setor, com vistas não só à correta operação da arrendadora, mas igualmente para dar orientação e assistência às arrendatárias, particularmente em relação aos tributos e à contabilidade.

Aliás, na própria lei brasileira sobre arrendamento mercantil (Lei 6.099/1974, art. 2º, §2º), vem previsto o requisito: ‘Somente farão jus ao tratamento previsto nesta lei as operações realizadas ou por empresas arrendadoras que fizerem dessa operação o objeto principal de sua atividade ou que centralizarem tais operações em um departamento especializado com escrituração própria.’

Assim, nos termos do artigo 2º da Resolução do Banco Central do Brasil nº 2309/96, necessário verificar o local onde funciona toda a sede administrativa e operacional da empresa de arrendamento mercantil (*leasing*), responsável pela elaboração dos contratos; cálculo dos valores das contraprestações; contabilização dos eventos; e demais atividades que compõem esta operação, sendo totalmente irrelevante o local para eventual captação da clientela.

O Decreto-Lei nº 406/68 adotou, por política legislativa, uma ficção legal: considerou como local da prestação de serviços o Município onde está localizado o estabelecimento do prestador. A Lei Complementar nº 116/03, por sua vez, embora estabelecendo um número maior de exceções, estabeleceu a mesma regra geral:

⁶² RIZZARDO, Arnaldo. *Leasing: Arrendamento Mercantil no direito brasileiro*. 5ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 102

“Art. 3º. O serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta de estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, quando o imposto será devido no local:”

Essa lei esclarece, ainda, em seu art. 4º, que *“considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional (...)”*.

Se é verdade que o STJ tem decidido que o imposto é devido onde prestado o serviço, também é verdade que esse tipo de decisão ocorre na hipótese de o serviço ser prestado em Município diverso daquele em que se situa o Município prestador. Essa, contudo, não é questão que envolve o ISS sobre as operações de arrendamento mercantil (*leasing*), já que há, neste caso, na maioria das vezes, coincidência entre o local da prestação e o do estabelecimento da empresa de arrendamento.

Seguindo esta linha de entendimentos, didaticamente, a título exemplificativo, no âmbito do Município de São Paulo – SP foi editada a Lei Municipal nº Lei nº 13.701, de 24 de dezembro de 2003, que visa indicar quais são os elementos básicos que determinado local deve conter para ser considerado como estabelecimento prestador de serviços, *“in verbis”*:

“Art. 4º - Considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.

§ 1º - A existência de estabelecimento prestador que configure unidade econômica ou profissional é indicada pela conjugação, parcial ou total, dos seguintes elementos:

I - manutenção de pessoal, material, máquinas, instrumentos e equipamentos próprios ou de terceiros necessários à execução dos serviços;

II - estrutura organizacional ou administrativa;

III - inscrição nos órgãos previdenciários;

IV - indicação como domicílio fiscal para efeito de outros tributos;

V - permanência ou ânimo de permanecer no local, para a exploração econômica de atividade de prestação de serviços, exteriorizada, inclusive, através da indicação do endereço em impressos, formulários, correspondências, "site" na internet, propaganda ou publicidade, contratos, contas de telefone, contas de

fornecimento de energia elétrica, água ou gás, em nome do prestador, seu representante ou preposto.

§ 2º - A circunstância de o serviço, por sua natureza, ser executado habitual ou eventualmente fora do estabelecimento não o descaracteriza como estabelecimento prestador para os efeitos deste artigo.

§ 3º - São, também, considerados estabelecimentos prestadores, os locais onde forem exercidas as atividades de prestação de serviços de diversões públicas de natureza itinerante.”

Assim, tomando por base as etapas do arrendamento mercantil, dos 9 (nove) itens listados, pela experiência verifica-se que geralmente 6 (seis) são realizados diretamente na sede da empresa de *leasing*, que geralmente contemplam os requisitos indicados pela Lei Paulistana, independentemente de onde a operação tenha sido captada.

As etapas (1) e (2) – indicação do cliente (cliente escolhe o veículo, opta por contratar a arrendamento mercantil (*leasing*) e escolhe a instituição; a concessionária indica o cliente para a empresa de *leasing*) e obtenção de dados do cliente para a proposta e envio das informações à empresa de *leasing* – não são propriamente atividades do contrato de arrendamento mercantil, eis que comum a outras operações de crédito e a outras empresas financeiras. Explica-se:

O comprador de um veículo, por exemplo, ao escolher o bem, a modalidade e a Instituição que concederá o crédito, isso dentre as opções dadas para cotação pelo vendedor/promotor de vendas da concessionária, preenche um cadastro de informações que é remetido para a Instituição Financeira ou consórcio, no local da sua unidade empresarial.

É uma atividade pré-contratual, consistindo, na verdade, na prospecção de clientes realizada, normalmente, pela concessionária de veículos, que disponibiliza ao cliente interessado na aquisição do bem, ofertas de financiamento de diferentes instituições, permitindo a ele, cliente, a comparação instantânea de condições.

Pois bem. Escolhida pelo cliente como melhor oferta de crédito e de posse das informações cadastrais que chegaram à sua unidade empresarial, a Instituição Financeira, através de seus funcionários, avalia as condições ali expostas e, caso aprovado o crédito, formaliza-se o contrato e libera-se o pagamento do veículo.

Disso se conclui que a operação de arrendamento mercantil (*leasing*), como tantas outras do mundo dos negócios, é precedida da atividade de prospecção de clientes, com a qual, todavia, não se confunde. Somente após essa primeira etapa, iniciam-se as atividades que configuram o arrendamento mercantil (*leasing*) em si e que foram realizadas diretamente pela arrendadora.

Nesse cenário, tomando como exemplo o caso do arrendamento mercantil (*leasing*) de veículos, as etapas da atividade de prospecção de clientes, acima mencionadas, não necessariamente ocorridas no mesmo Município da sede da empresa de arrendamento, foram realizadas por terceiros e são objeto de contrato específico de intermediação, sujeito a remuneração própria e ao recolhimento de ISS na categoria de serviço de intermediação (item 10.04 da lista de serviços anexa à LC nº 116/03).

Em outros termos, tais atividades, prévias à contratação do arrendamento mercantil (*leasing*), inserem-se noutra hipótese de incidência do ISS – qual seja, a intermediação – e obrigam contribuintes diversos da arrendadora (pode ser a concessionária ou a empresa promotora de vendas). Por isso, não integram o aspecto material da hipótese de incidência do ISS sobre o arrendamento mercantil (*leasing*) financeiro.

As atividades realizadas diretamente pelas arrendadoras, por sua vez, iniciam-se após essa fase de prospecção do cliente e se resumem nas etapas já acima relacionadas, quais sejam: análise e aprovação do crédito; formalização da proposta; liberação do pagamento para a concessionária – compra do bem, em nome próprio; formalização e gestão do contrato; e, por fim, liquidação do contrato.

Todas essas atividades, que ocorrem no local da sede da empresa de arrendamento mercantil (*leasing*) revelam as prestações de fazer desta. Naquele estabelecimento está o complexo de coisas, bens e serviços reunidos e organizados para o exercício das suas atividades empresariais, e onde estas, efetivamente, são realizadas. Em outras localidades há no máximo a captação dos clientes e a entrega do bem.

Para sintetizar, exatamente este é o entendimento adotado pelo Ilustre Professor de Direito Tributário, Fabio Soares de Melo⁶³, na conclusão do seu brilhante artigo intitulado “*Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS). Arrendamento Mercantil (Leasing). Critérios para Definição do Município Competente. Lei Complementar nº 116/03*”, que assim ficou exposto:

“(…)

iv) *é inconteste que o arrendamento mercantil (leasing) caracteriza-se como efetiva “obrigação de dar” e, de forma alguma, como “obrigação de fazer”, assim, como decorrência lógica desta assertiva, podemos afirmar que a figura do arrendamento mercantil (leasing) não se caracteriza como “serviço” compreendido na competência tributária os Municípios;*

v) *o aspecto espacial da regra-matriz de incidência tributária (Município competente) para fins de incidência do ISS, desde a edição do Decreto-lei nº 406/68 representa objeto de árdua e, aparentemente, eterna controvérsia;*

vi) *o legislador acabou por eleger como aspecto espacial para fins de tributação pelo ISS o local do “estabelecimento prestador” definindo, inclusive, o seu respectivo conceito, estabelecendo de forma taxativa, quais seriam as exceções a esta regra. Ou seja, o legislador definiu quais seriam os casos em que o ISS deverá ser recolhido ao Município onde o serviço for prestado;*

vii) *a dificuldade em se estabelecer qual o local para fins de recolhimento do ISS nas operações de arrendamento mercantil (leasing) reside na premissa de que a natureza das obrigações é de “dar” e não obrigação de “fazer”;*

viii) *abstraindo a referida dificuldade, parece-nos que, nas situações em que todas as atividades (“meio” e “fim”) inerentes ao arrendamento mercantil (leasing) são executadas em um mesmo Município, não há dúvida de que o ISS deverá ser recolhido neste Município;*

ix) *por sua vez, nos casos em que as atividades (“meio” e “fim”) inerentes ao arrendamento mercantil (leasing) sejam realizadas em Municípios distintos, os critérios sugeridos no presente estudo (quais sejam, local do financiamento, local da assinatura do contrato e local da tradição do bem), não tem o condão de afastar eventuais questionamentos pelas autoridades fiscais municipais;*

x) *o critério que toma como base o local da assinatura dos contratos não pode prosperar, uma vez que o gravame municipal deverá ser recolhido ao Município onde são efetivamente prestados os serviços de arrendamento mercantil (leasing), ou melhor, onde foi concedido o financiamento, independentemente do local da assinatura dos contratos, entendimento este, inclusive, manifestado pela própria municipalidade de São Paulo;*

xi) *ademais, a simples contratação de prestações de serviços não compreende o fato jurídico-tributário do ISS (materialidade do tributo), e sim, a sua efetiva prestação, que implicará o nascimento da obrigação tributária. Ou seja, é patente que o ISS não incide sobre a mera contratação de prestação de serviço, mas sim, sobre a efetiva prestação de serviço;*

xii) *o critério de consideração do Município onde ocorreu a tradição do bem, para fins de determinação do respectivo Município competente para exigir o ISS sobre*

⁶³ MELO, Fábio Soares. Revista Dialética de Direito Tributário. Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS). Arrendamento Mercantil (Leasing). Critérios para Definição do Município Competente. Lei Complementar nº 116/03. Editora Dialética. p. 84/85.

o arrendamento mercantil (leasing), não nos parece coerente quando da análise de casos práticos; e
xiii) finalmente, partindo-se da premissa fundamental de que a “atividade-fim”, nos casos de arrendamento mercantil (leasing), é a concessão do financiamento, entendemos que o ISS deverá ser recolhido no Município em que o financiamento for concedido, considerando para fins de determinação do local da concessão do financiamento, especialmente, a) onde estão os diretores com poder de representação; b) onde ficam concentrados os exames técnicos e econômicos e o poder decisório e c) registros contábeis do ativo e passivo da operação na instituição financeira.”

Permitir-se a tributação da operação de arrendamento mercantil (*leasing*) por outros Municípios que não aquele onde se localiza o estabelecimento prestador, nos termos da LC, onde efetivamente são praticadas as operações de arrendamento mercantil (*leasing*), significa levar em conta apenas o local onde se deu a prospecção do cliente e ocorreu a mera tradição do bem arrendado.

Significa, ainda, ignorar completamente o local onde realmente ocorreu o eventual “fato gerador” do tributo e onde foi produzida a “utilidade” prestada ao arrendatário, que, em última análise, é o produto das atividades da empresa que poderiam caracterizar o “serviço” prestado, caso algum existisse.

Assim, mesmo analisando a questão sob a ótica daqueles que entendem existir prestação de serviços no arrendamento mercantil, é indubitável que tal atividade (“serviço”) não se efetiva em outro lugar senão na própria sede da empresa de arrendamento, que por se tratar do local onde são aprovados, processados, arquivados e, enfim, geridos seus contratos de arrendamento mercantil, é, também, o seu “estabelecimento prestador”, nos termos da lei.

Ressalte-se, por fim, que para fins de incidência do ISS, o local de celebração dos contratos é irrelevante, pois o ISS não incide sobre o contrato, mas sobre o objeto do contrato que se caracterize como prestação de serviço. Tributam-se pelo ISS os serviços prestados, e não o ato de contratar serviços, mero revestimento jurídico da operação.

Com efeito, a contratação do arrendamento mercantil (*leasing*) não materializa o fato “prestar serviços”. O fato de o cliente procurar o produto arrendamento mercantil (*leasing*) numa concessionária localizada em qualquer Município brasileiro não caracteriza a realização efetiva da operação de arrendamento mercantil (*leasing*) para fins de tributação por meio de ISS. Até

porque a assinatura do contrato pelo arrendatário é apenas o ponto de partida da operação, ao qual, como dito, devem se seguir os vários outros procedimentos já elencados, indispensáveis para que o negócio seja ultimado.

Note-se que a dissolução do contrato se dá com o exercício da opção de compra do bem arrendado ou com sua devolução ao arrendador, ocorrências que estão compreendidas no plexo de operações que caracterizam o arrendamento mercantil (*leasing*). Essas ocorrências nunca envolvem as concessionárias onde se deu o primeiro contato do cliente com a empresa de arrendamento mercantil. Se fosse relevante o local em que é assinado o contrato e onde é entregue o bem arrendado, as concessionárias fariam parte do vínculo jurídico existente entre arrendador e arrendatário até a extinção do contrato, hipótese que não se concebe no negócio de arrendamento mercantil (*leasing*).

A lógica desse raciocínio, de se dissociar o local da prestação do serviço daquele da captação de clientela, para fins de definição de competência para cobrança de ISS, está expressa no julgamento proferido pelo STJ em relação aos Consórcios. Para a Corte, na operação de consórcio, sobre a taxa de administração incide o ISS e “*as administradoras de consórcios estão sujeitas ao ISS no Município onde organizam suas atividades principais, e não naquele em que captam a clientela*”. Para o consórcio, portanto, é pacífico o entendimento de que o ISS é devido no local da prestação do serviço, qual seja, onde está a administradora com suas atividades, e não no local onde o cliente é captado, ou seja, não é o município da concessionária.

Assim, ainda que incidisse o ISS nas operações de arrendamento mercantil (*leasing*), o tributo seria devido àquele Município em que se praticam as atividades que poderiam ser consideradas como “prestação de serviços”, que, no caso seria o Município da sede da empresa.

Demonstrando a complexidade do tema, importante destacar também que, até o momento, o Egrégio STJ, por meio do julgamento do Recurso Especial nº 1.060.2010-SC, destacado como representativo da controvérsia, já decidiu até então que o Município competente para fazer incidir a tributação do ISS em face das operações de arrendamento mercantil (*leasing*) é aquele onde as atividades do núcleo do arrendamento mercantil (*leasing*) se aperfeiçoam,

confundindo-se assim com o local da sede da empresa arrendadora, conforme restou consignado na emenda até então disponibilizada:

“RECURSO ESPECIAL Nº 1.060.210 - SC (2008/0110109-8)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INCIDÊNCIA DE ISS SOBRE ARRENDAMENTO MERCANTIL FINANCEIRO. QUESTÃO PACIFICADA PELO STF POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE 592.905/SC, REL. MIN. EROS GRAU, DJE 05.03.2010. SUJEITO ATIVO DA RELAÇÃO TRIBUTÁRIA NA VIGÊNCIA DO DL 406/68: MUNICÍPIO DA SEDE DO

ESTABELECIMENTO PRESTADOR. APÓS A LEI 116/03: LUGAR DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. LEASING. CONTRATO COMPLEXO. A CONCESSÃO DO FINANCIAMENTO É O NÚCLEO DO SERVIÇO NA OPERAÇÃO DE LEASING FINANCEIRO, À LUZ DO ENTENDIMENTO DO STF. O SERVIÇO OCORRE NO LOCAL ONDE SE TOMA A DECISÃO ACERCA DA APROVAÇÃO DO FINANCIAMENTO, ONDE SE CONCENTRA O PODER DECISÓRIO, ONDE SE SITUA A DIREÇÃO GERAL DA INSTITUIÇÃO. O FATO GERADOR NÃO SE CONFUNDE COM A VENDA DO BEM OBJETO DO LEASING FINANCEIRO, JÁ QUE O NÚCLEO DO SERVIÇO PRESTADO É O FINANCIAMENTO. IRRELEVANTE O LOCAL DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO, DA ENTREGA DO BEM OU DE OUTRAS ATIVIDADES PREPARATÓRIAS E AUXILIARES À PERFECTIBILIZAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA, A QUAL SÓ OCORRE EFETIVAMENTE COM A APROVAÇÃO DA PROPOSTA PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. BASE DE CÁLCULO. PREJUDICADA A ANÁLISE DA ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 148 DO CTN E 9 DO DL 406/68. RECURSO ESPECIAL DE POTENZA LEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL PARCIALMENTE PROVIDO PARA JULGAR PROCEDENTES OS EMBARGOS À EXECUÇÃO E RECONHECER A ILEGITIMIDADE ATIVA DO MUNICÍPIO DE TUBARÃO/SC PARA EXIGIR O IMPOSTO. INVERSÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO PROCEDIMENTO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 8/STJ.

1. O colendo STF já afirmou (RE 592. 905/SC) que ocorre o fato gerador da cobrança do ISS em contrato de arrendamento mercantil. O eminente Ministro EROS GRAU, relator daquele recurso, deixou claro que o fato gerador não se confunde com a venda do bem objeto do leasing financeiro, já que o núcleo do serviço prestado é o financiamento.

2. No contrato de arrendamento mercantil financeiro (Lei 6.099/74 e Resolução 2.309/96 do BACEN), uma empresa especialmente dedicada a essa atividade adquire um bem, segundo especificações do usuário/consumidor, que passa a ter a sua utilização imediata, com o pagamento de contraprestações previamente acertadas, e opção de, ao final, adquiri-lo por um valor residual também contratualmente estipulado. Essa modalidade de negócio dinamiza a fruição de bens e não implica em imobilização contábil do capital por parte do arrendatário: os bens assim adquiridos entram na contabilidade como custo operacional (art. 11 e 13 da Lei 6.099/74). Trata-se de contrato complexo, de modo que o enfrentamento da matéria obriga a identificação do local onde se

perfectibiliza o financiamento, núcleo da prestação dos serviços nas operações de leasing financeiro, à luz do entendimento que restou sedimentado no Supremo Tribunal Federal.

3. O art. 12 do DL 406/68, com eficácia reconhecida de lei complementar, posteriormente revogado pela LC 116/2003, estipulou que, à exceção dos casos de construção civil e de exploração de rodovias, o local da prestação do serviço é o do estabelecimento prestador.

4. A opção legislativa representa um potente duto de esvaziamento das finanças dos Municípios periféricos do sistema bancário, ou seja, através dessa modalidade contratual se instala um mecanismo altamente perverso de sua descapitalização em favor dos grandes centros financeiros do País.

5. A interpretação do mandamento legal leva a conclusão de ter sido privilegiada a segurança jurídica do sujeito passivo da obrigação tributária, para evitar dúvidas e cobranças de impostos em duplicata, sendo certo que eventuais fraudes (como a manutenção de sedes fictícias) devem ser combatidas por meio da fiscalização e não do afastamento da norma legal, o que traduziria verdadeira quebra do princípio da legalidade tributária.

6. Após a vigência da LC 116/2003 é que se pode afirmar que, existindo unidade econômica ou profissional do estabelecimento prestador no Município onde o serviço é perfectibilizado, ou seja, onde ocorrido o fato gerador tributário, ali deverá ser recolhido o tributo.

7. O contrato de leasing financeiro é um contrato complexo no qual predomina o aspecto financeiro, tal qual assentado pelo STF quando do julgamento do RE 592.905/SC, Assim, há se concluir que, tanto na vigência do DL 406/68 quanto na vigência da LC 116//2003, o núcleo da operação de arrendamento mercantil, o serviço em si, que completa a relação jurídica, é a decisão sobre a concessão, a efetiva aprovação do financiamento.

8. As grandes empresas de crédito do País estão sediadas ordinariamente em grandes centros financeiros de notável dinamismo, onde centralizam os poderes decisórios e estipulam as cláusulas contratuais e operacionais para todas suas agências e dependências. Fazem a análise do crédito e elaboram o contrato, além de providenciarem a aprovação do financiamento e a consequente liberação do valor financeiro para a aquisição do objeto arrendado, núcleo da operação. Pode-se afirmar que é no local onde se toma essa decisão que se realiza, se completa, que se perfectibiliza o negócio. Após a vigência da LC 116.2003, assim, é neste local que ocorre a efetiva prestação do serviço para fins de delimitação do sujeito ativo apto a exigir ISS sobre operações de arrendamento mercantil.

9. O tomador do serviço ao dirigir-se à concessionária de veículos não vai comprar o carro, mas apenas indicar à arrendadora o bem a ser adquirido e posteriormente a ele disponibilizado. Assim, a entrega de documentos, a formalização da proposta e mesmo a entrega do bem são procedimentos acessórios, preliminares, auxiliares ou consectários do serviço cujo núcleo - fato gerador do tributo - é a decisão sobre a concessão, aprovação e liberação do financiamento.

10. Ficam prejudicadas as alegações de afronta ao art. 148 do CTN e ao art. 9o. do Decreto-Lei 406/68, que fundamente a sua tese relativa à ilegalidade da base de cálculo do tributo.

11. No caso dos autos, o fato gerador originário da ação executiva refere-se a período em que vigente a DL 406/68. A própria sentença afirmou que a ora recorrente possui sede na cidade de Osasco/SP e não se discutiu a existência de qualquer fraude relacionada a esse estabelecimento; assim, o Município de Tubarão não é competente para a cobrança do ISS incidente sobre as operações realizadas pela empresa Potenza Leasing S.A. Arrendamento Mercantil, devendo ser dado provimento aos Embargos do Devedor, com a inversão dos ônus sucumbenciais.

12. Recurso Especial parcialmente provido para definir que: (a) incide ISSQN sobre operações de arrendamento mercantil financeiro; (b) o sujeito ativo da relação tributária, na vigência do DL 406/68, é o Município da sede do estabelecimento prestador (art. 12); (c) a partir da LC 116/03, é aquele onde o serviço é efetivamente prestado, onde a relação é perfectibilizada, assim entendido o local onde se comprove haver unidade econômica ou profissional da instituição financeira com poderes decisórios suficientes à concessão e aprovação do financiamento - núcleo da operação de leasing financeiro e fato gerador do tributo; (d) prejudicada a análise da alegada violação ao art. 148 do CTN; (e) no caso concreto, julgar procedentes os Embargos do Devedor, com a inversão dos ônus sucumbenciais, ante o reconhecimento da ilegitimidade ativa do Município de Tubarão/SC para a cobrança do ISS. Acórdão submetido ao procedimento do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.” (g.n.)

Para melhor compreensão de como aquela Colenda Corte Superior chegou a este entendimento, prudente colacionar os principais trechos de alguns votos dos Eminentíssimos Ministros do Egrégio STJ, acerca de cada ponto debatido, que assim restaram prolatados:

Para efeitos do art. 543-C, do Código de Processo Civil, o núcleo da operação de arrendamento mercantil (*leasing*) é o ato de financiar, que se consubstancia em aprovar o crédito, autorizar o financiamento, acompanhar os pagamentos e determinar a cobrança de parcelas inadimplidas e eventual retomada do veículo. Para o Min. Napoleão Nunes Maia Filho (Relator) “(...) o núcleo da operação de arrendamento mercantil, o serviço em si, que completa a relação jurídica, é a decisão sobre a concessão, a efetiva aprovação do financiamento. (...) Concluindo este tópico, tem-se que o Município do local onde sediado o estabelecimento prestador é o competente para a cobrança do ISS sobre operações de arrendamento mercantil, até porque é nele que se desenvolve a atividade sobre a qual incide o imposto, qual seja, de financiamento, de empréstimo de capital, circunstância que caracteriza o citado contrato, conforme definido pelo STF”.

Neste ponto, o Min. Teori Albino Zavascki asseverou que “(...) é de se entender que a essência de serviço de leasing financeiro sujeito à tributação é o ato de financiar (= o

financiamento), sendo irrelevantes os demais atos de execução do contrato a cargo do prestador, inclusive o da aquisição e o da entrega do bem.”

Para o Min. Herman Benjamin, por seu turno, “(...) Eis, portanto, a interpretação inafastável: o ISS é devido no estabelecimento em que ocorre o financiamento, considerado como tal o local onde se concentram a análise do crédito, a autorização do financiamento e de aquisição do bem com subsequente disponibilização ao tomador, o acompanhamento dos pagamentos, a determinação de cobrança de parcelas inadimplidas e eventual retomada do veículo.”

Seguindo, também para efeitos do art. 543-C, da norma de regência processual, não há diferença do Município competente da exação, seja no regime do Decreto-Lei 406/68, seja no regime da Lei Complementar 116/03, consignando o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator) que “(...) O contrato de leasing [sic] financeiro é um contrato complexo no qual predomina o aspecto financeiro, tal qual assentado pelo STF quando do julgamento do RE 592.905/SC, Assim, há se concluir que, tanto na vigência do DL 406/68 quanto na vigência da LC 116//203, o núcleo da operação de arrendamento mercantil, o serviço em si, que completa a relação jurídica, é a decisão sobre a concessão, a efetiva aprovação do financiamento. (...) Concluindo este tópico, tem-se que o Município do local onde sediado o estabelecimento prestador é o competente para a cobrança do ISS sobre operações de arrendamento mercantil, até porque é nele que se desenvolve a atividade sobre a qual incide o imposto, qual seja, de financiamento, de empréstimo de capital, circunstância que caracteriza o citado contrato, conforme definido pelo STF. (...) Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao Recurso Especial para definir que: (a) incide ISSQN sobre operações de arrendamento mercantil financeiro; (b) o sujeito ativo da relação tributária, na vigência do DL 406/68, é o Município da sede do estabelecimento prestador (art. 12); (c) a partir da LC 116/03, é aquele onde o serviço é efetivamente prestado, onde a relação é perfectibilizada, assim entendido o local onde se comprove haver unidade econômica ou profissional da instituição financeira com poderes decisórios suficientes à concessão e aprovação do financiamento - núcleo da operação de leasing financeiro e fato gerador do tributo; (d) prejudicada a análise da alegada violação ao art. 148 do CTN; (e) no caso concreto, julgar procedentes os Embargos do Devedor, com a inversão dos ônus sucumbenciais, ante o reconhecimento da ilegitimidade ativa do Município de Tubarão/SC para a cobrança do ISS. Acórdão submetido ao procedimento do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.”

Já para o Min. Herman Benjamin, “(...) Não me parece que a interpretação a ser dada ao DL 406/1968 possa ser distinta daquela atinente à LC 116/2003. Antes disso, reitero que, por entender inexistir inovação na LC 116/2003, a solução dada ao presente caso (atinente ao DL 406/1968) é a mesma aplicável aos serviços prestados sob a atual legislação. Sendo o financiamento o cerne desse negócio jurídico, premissa fixada pelo egrégio STF, parece evidente que o estabelecimento prestador é o da instituição financeira onde se concentram essas atividades essenciais (aprovação do crédito, acompanhamento dos pagamentos, cobrança e, eventualmente, retomada do bem). Eis, portanto, a interpretação inafastável: o ISS é devido no estabelecimento em que ocorre o financiamento, considerado como tal o local onde se concentram a análise do crédito, a autorização do financiamento e de aquisição do bem com subsequente disponibilização ao tomador, o acompanhamento dos pagamentos, a determinação de cobrança de parcelas inadimplidas e eventual retomada do veículo.”

Por fim, ainda para efeitos da norma processual citada, tanto no regime do Decreto-Lei 406/68, quanto no regime da Lei Complementar 116/03, o local da tributação é aquele em que ocorrem as atividades nucleares do arrendamento mercantil (*leasing*), e não o local de assinatura do contrato ou de entrega do veículo. Neste ponto, o Min. Napoleão Nunes Maia Filho (Relator) indica que “(...) O local da assinatura é irrelevante. (...) O tomador do serviço ao dirigir-se à concessionária de veículos não vai comprar o carro, mas apenas indicar à arrendadora o bem a ser adquirido e posteriormente a ele disponibilizado. Assim, a entrega de documentos, a formalização da proposta e mesmo a entrega do bem são procedimentos acessórios, preliminares, auxiliares ou consecutórios do serviço cujo núcleo - fato gerador do tributo - é a decisão sobre a concessão, aprovação e liberação do financiamento.”

Para o Min. Herman Benjamin “(...) O financiamento, cerne do contrato de *leasing*, não ocorre especificamente no domicílio do tomador do serviço ou da venda do bem financiado, mas sim no estabelecimento da instituição financeira. Para que fique claro, é incontroverso que eventual serviço de intermediação do contrato de *leasing* (item 10.04 da lista), realizado na concessionária, seria devido ao Município em que a loja está localizada (seria Tubarão, no caso dos autos). Mas não é isso que está em julgamento! Sendo o financiamento o cerne desse negócio jurídico, premissa fixada pelo egrégio STF, parece evidente que o estabelecimento prestador é o da instituição financeira onde se concentram essas atividades essenciais (aprovação do crédito, acompanhamento dos pagamentos, cobrança e, eventualmente,

retomada do bem). O que acontece no local de venda do bem financiado é apenas o início do negócio jurídico complexo, cujo cerne é, repito, o financiamento realizado pela prestadora do serviço.”

O Min. Teori Albino Zavascki diz que “(...) Partindo desse pressuposto, cujo acerto ou não aqui já não cabe questionar, é de se entender que a essência de serviço de leasing financeiro sujeito à tributação é o ato de financiar (= o financiamento), sendo irrelevantes os demais atos de execução do contrato a cargo do prestador, inclusive o da aquisição e o da entrega do bem.”

Neste ponto, salutar se faz destacar que, por mais que aquela Egrégia Corte esteja chegando ao final do julgamento do recurso representativo da controvérsia, que servirá como orientação jurisprudencial aos demais Tribunais do país, sequer discorreu sobre a possível base de cálculo a ser adotada nas operações de arrendamento mercantil (*leasing*), isto porque, ao entender pela negativa de provimento aos pleitos dos Municípios onde não estão localizadas as sedes das empresas arrendadoras, restaria superada esta questão. De todo modo, para consignar, necessário deixar claro nosso entendimento no sentido de que a base de cálculo em operações de *leasing* não pode ser o valor do contrato, mas sim, o valor da efetiva prestação do serviço, conforme restará demonstrado.

Como se não bastasse o fato de que não há incidência de ISS sobre operações de arrendamento mercantil (*leasing*) (nosso entendimento), a experiência vem demonstrando que as diversas autuações operacionalizadas por inúmeros Municípios incorrem em nulidade de pleno direito, no que diz respeito à errônea base de cálculo utilizada para tanto. Isso porque estes Fiscos Municipais acabam por utilizar-se de construção de base de cálculo completamente equivocada apenas com o intuito confiscatório, para chegar em absurdo valor final.

Ora, se houvesse efetiva prestação de serviço na operação de arrendamento mercantil (*leasing*), o tributo seria devido sobre o valor do serviço efetivamente prestado e não sobre o valor do bem arrendado, tal como pretende fazer a maioria das Municipalidades autuantes. Muitas vezes para fundamentar a autuação são utilizados os valores registrados no DETRAN, destacados como base de cálculo da eventual exação Municipal. No entanto, tais valores

expressam tão-somente o preço de aquisição dos veículos acrescido de encargos contratuais, não se confundindo, obviamente, com o valor da suposta “prestação de serviços”.

Tanto o Decreto-Lei nº 406/68 quanto a Lei Complementar nº 116/2003, estabelecem que a base de cálculo do imposto é o preço do serviço, sendo que o texto legal assim assevera:

Decreto-Lei nº. 406/68

“Art. 9 – A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.”

Lei Complementar nº. 116/03:

“A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.”

Considerando-se, por hipótese, que o arrendamento mercantil (*leasing*) pudesse ser considerado prestação de serviço, não há dúvidas de que os Municípios deveriam buscar elementos que demonstrassem o preço efetivo desta prestação de serviços. Desta forma, ao considerar as operações de arrendamento mercantil como prestação de serviço, visando inclusive maximizar a arrecadação, simplesmente os Municípios utilizam as listas com os valores de aquisição dos veículos acrescidos de encargos contratuais e sem guardar qualquer relação com o preço ou valor de suposto serviço prestado.

Como dito, no arrendamento mercantil (*leasing*), a empresa arrendadora adquire de um terceiro um bem específico por um determinado valor. Posteriormente, este bem é arrendado (alugado) ao arrendatário, mediante pagamento mensal de um valor fixado. Vale ressaltar, porém, que sobre a primeira operação – a aquisição do veículo de um terceiro pela empresa arrendadora – incide o Imposto sobre Circulação de Mercadorias – ICMS, sendo absolutamente descabido falar em incidência do ISS sobre esta mesma base de cálculo.

Exatamente neste sentido é o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, conforme trecho de um acórdão colacionado:

“(…) 3. Da ilegalidade da base de cálculo

Ante os argumentos acima deduzidos, que apontam para a incontornável ilegalidade da tributação, é de se concordar que a questão atinente à base de cálculo utilizada pelo Município para a incidência do ISS passou a ter conotação secundária e importância minimizada. No entanto, para que a matéria não fique sem o devido enfrentamento e também porque se constitui em demonstração inequívoca da nulidade dos lançamentos perpetrados, passa-se a pertinente análise.

Como apontado no início, pelos atos de notificação encartados, observa-se que o Município institui como base de cálculo o valor total constante da nota fiscal de aquisição do veículo e adiciona, por arbitramento, o valor correspondente aos juros que, presumidamente, seriam cobrados pela arrendadora. Sobre o montante apurado aplica a alíquota de 5% (cinco por cento) referente ao ISS. Nos lançamentos facultou à empresa contribuinte que no curso do processo administrativo mitigasse a parcela correspondente aos aventados juros, bastando para tanto que demonstrasse que os encargos da operação seriam menores do que aqueles indicados pelo Fisco Municipal.

A ilegalidade é flagrante e deixa a descoberto a volúpia tributante do Município. A base de cálculo do ISS, não custa repetir, deve corresponder ao preço do serviço prestado (CTN, art. 72 e Decreto-lei n. 406/68). Como então aceitar que o órgão tributante se valha do valor total de aquisição do bem, acrescido ainda de hipotético encargo financeiro?

A dissintonia com as normas de regência avulta quando se leva em consideração que a base de cálculo adotada pelo Município coincide com a utilizada para o cálculo do ICMS – Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços. Não se deve deslembrar que este imposto – ICMS – já foi antecipadamente recolhido, pois a comercialização de veículos automotores se sujeita ao regime de substituição tributária. Admitir, portanto, a incidência do ISS sobre a mesma base de cálculo, acarreta um maior dispêndio para o próprio arrendatário, adquirente de fato do bem, na medida em que a arrendadora repassa o valor do tributo aos custos do veículo arrendado. No exemplo citado, esse ônus representaria um acréscimo de mais de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Além disso, não se pode olvidar ser inviável a incidência de juros nos contratos de arrendamento mercantil por dois motivos principais: primeiro, porque não se trata de um empréstimo de dinheiro e sim obrigação pelo arrendamento (aluguel) de um bem; segundo, porque não há cláusula expressa prevendo juros, conforme detalha expressamente o contrato padrão utilizado pela recorrente e que consta dos autos. Demais, em coro a tudo o que já foi enunciado, juros ou encargos financeiros de forma alguma podem ser entendidos como prestação de serviço.

Conclui-se, assim, que mesmo a tese principal de acerca da não-incidência de ISS nas operações de leasing financeiro não viesse encontrar a esperada receptividade, ainda assim faltaria razão ao Município pela inescindível nulidade dos lançamentos efetuados”.⁶⁴

No mesmo sentido, insta trazer à baila decisão proferida pelo mesmo Tribunal em outro processo:

“TRIBUTÁRIO - ISS - OPERAÇÃO DE LEASING SOBRE BENS MÓVEIS – LEASING FINANCEIRO – NÃO INCIDÊNCIA - EXEGESE DO ART. 156, INC. III DA CF E ART. 110 DO CTN I. Ao tratar do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, a Constituição Federal pressupõe a "prestação de serviços", segundo a conceituação definida no direito privado (CF, art. 156, inc. III, CTN, art. 110). A qualificação de operações não condizentes com o significado técnico-jurídico da expressão "prestação de serviços", para efeito de tributação

⁶⁴ Ap. Cível n. 2003.014351-3, Rel. Des. Luiz César Medeiros.

municipal do ISS, nada mais significa do que a inadmissível e arbitrária manipulação, por lei complementar, da repartição constitucional de competências impositivas, pois o tributo em comento somente pode incidir sobre obrigações de fazer (RE n. 116.121-3/SP, Min. Celso de Mello). 2. O leasing financeiro, ao contrário do leasing operacional, não alberga "prestação de serviço". Não será por disposição legal que a sua natureza poderá ser alterada. A lei não tem o condão de modificar a essência das coisas ou dos fatos. Definir como prestação de serviço aquilo que essencialmente não o é, traduz-se em uma forma escamoteada de burlar a limitação constitucional de incidência tributária. Desse modo, a incidência do ISS sobre operações de leasing, prevista no item 79 da relação anexa ao Decreto n. 406/68 e no item 15.09 do novo rol constante da LC n. 116/2003, diz respeito exclusivamente à modalidade de leasing operacional ou às atividades do agente financeiro que possam efetivamente ser enquadradas como prestação de serviços e já não estejam sujeitas ao Imposto Sobre Operações Financeiras. 3. Não se afina com as normas de regência do Imposto sobre Serviços, e muito menos com a natureza jurídica do tributo, legislação que prevê como base de cálculo o próprio valor do bem alienado, financiado ou locado, acrescido de hipotéticos juros a título de encargos financeiros presumidos." (TJSC, Embargos Infringentes 2004.001789-8 Relator: Desembargador Luiz César Medeiros, Data da Decisão: 12/05/2004)

Neste mesmo contexto, importante trazer à tona os brilhantes ensinamentos de Aires F. Barreto:

“Retomando a idéia: da perspectiva positiva, a base de cálculo do ISS é o preço do serviço, nele (preço) incluído tudo o que for pago pelo tomador (utente usuário) ao prestador, em virtude da prestação de serviços. O critério de integração é o de valores que provenham exclusivamente da prestação de serviços. Essa proveniência determina-se pela precisa identificação do negócio jurídico desencadeador das receitas. Examinando a questão do ângulo negativo, tem-se que a base de cálculo do ISS não inclui- não pode incluir- valores que decorrem de negócios autônomos, independentes, inconfundíveis com a prestação de serviços. (...). Todo cuidado é pouco. O risco é o de incluir na base de cálculo do ISS receitas não decorrentes de atividades sujeitas a esse imposto municipal. (...) É ilegal, assim, a inclusão de valores correspondentes a negócios paralelos, distintos da prestação de serviços na base de cálculo do ISS. Mais flagrante fica essa ilegalidade- mais rigorosamente inconstitucionalidade- quando esses valores compõem a base de cálculo de tributos que se inserem em competência alheia ao Município.”⁶⁵

Embora desnecessário apresentar outro entendimento no mesmo sentido, por trazer o excerto acima transcrito exegese segura, vale mencionar a posição de Aires F. Barreto acerca do assunto:

⁶⁵ BARRETO, Aires F. ISS na Constituição e na Lei. 2ª Edição. São Paulo. Ed. Dialética, 2005. p. 358/359.

*“Na base de cálculo do ISS jamais se poderá incluir, senão com ofensa à lei e à Constituição, receitas que não decorram da prestação de serviços, mas provenham de (remunerem) operações financeiras. A base de cálculo do ISS esgota-se no valor (preço) da prestação de serviços submetidos à competência tributária dos Municípios. Ou seja, que provenham daqueles serviços que se subsumem ao conceito constitucional dessa atividade econômica (prestação de serviços) tributável pelo imposto atribuído à competência constitucional dos Municípios. Não de atividade econômica que, conquanto possa constituir serviço, esteja submetida à competência da União ou dos Estados. Todo cuidado é pouco. O risco é o de incluir na base de cálculo do ISS receitas não decorrentes de atividades sujeitas a esse imposto municipal. Igualmente incorreto será considerar na base de cálculo ou incluir na base calculada valores decorrentes de pagamento financiado”.*⁶⁶

Assim sendo, o valor de tal serviço – arrendamento mercantil (*leasing*) – não se confunde, por óbvio, com o valor de aquisição de veículos.

Neste ponto, outra questão que também merece algumas pinceladas é a impossibilidade, por sua ilegalidade, da cobrança do ISS também sobre o valor residual garantido – VRG. Isto porque, em contratos⁶⁷ desta natureza, ao considerar o valor total da respectiva Nota Fiscal, estaria se fazendo incidir tributo sobre um percentual referente ao Valor Residual Garantido.

Nas operações de arrendamento mercantil (*leasing*), cediço que ao final do contrato, o arrendatário pode renovar o contrato de arrendamento, comprar o bem que foi objeto do arrendamento ou devolver o bem e encerrar o contrato.

Caso o arrendatário opte por comprar o bem arrendado, poderá exercer este direito mediante o pagamento de um valor previamente determinado, pelo pagamento de um valor simbólico ou pelo pagamento de um valor mínimo, denominado Valor Residual Garantido – VRG – que geralmente representa um percentual do valor do bem.

Sobre este percentual do valor do bem que representa o VRG, Eduardo Fortuna⁶⁸ discorre que *“a empresa de leasing chega ao VRG com base no prazo de duração do contrato e no período especial de depreciação do bem arrendado, que lhe é concedido pela legislação que regulamenta as operações de arrendamento mercantil.*

⁶⁶ Idem, pág. 96

⁶⁸ FORTUNA, Eduardo. Mercado Financeiro. Produtos e Serviços. 18ª Edição. Ed. Qualitymark Editora. Rio de Janeiro. 2011. p. 345.

É possível acelerar 30% da depreciação observando os seguintes itens:

- . amortização do saldo devedor proporcional ao prazo da operação;
- . prazo mínimo do contrato igual a 40% do prazo de vida útil original do bem;
- . a depreciação (vida útil) dos bens no leasing segue alguns exemplos gerais, como:

	<i>normal</i>	<i>acelerada</i>
- veículos e equipamentos de informática	60 meses	24 meses
- máquinas e equipamentos industriais	60 meses	24 meses
- edificações ou alvenaria	300 meses	120 meses

Assim, o leasing financia integralmente, a longo prazo, qualquer bem móvel ou imóvel novo ou usado, de fabricação nacional ou estrangeira, para uma empresa sem que ela precise se descapitalizar.”

Deixando de lado, por hora, as demais questões suscitadas em relação à incidência do ISS sobre o arrendamento mercantil (*leasing*), importante destacar que, na apuração da base de cálculo, deve ser apontado exatamente o que é a contraprestação pela utilização do bem arrendado e o que é o Valor Residual Garantido, que possui outra natureza jurídica, conforme será demonstrado.

Para que não restem dúvidas quanto à impossibilidade do Imposto Sobre Serviços incidir na quantia correspondente ao Valor Residual Garantido, seguem alguns esclarecimentos sobre o contrato de arrendamento mercantil (*leasing*), especialmente sobre sua natureza e a função específica do referido Valor Residual Garantido.

Primeiramente, vale rememorar o clássico conceito de *leasing* de Arnaldo Wald:

“(…) 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 certo prazo, admitindo-se que, terminado 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.”⁶⁹

A operação encerrada no contrato de arrendamento mercantil (*leasing*) é, resumidamente, a seguinte: uma pessoa, física ou jurídica, procura uma empresa de arrendamento mercantil

⁶⁹ In Introdução do *Leasing* no Brasil, Revista dos Tribunais, n. 415, p. 10.

(*leasing*) com o intuito de adquirir um bem específico; com isso, a empresa arrendadora adquire o bem escolhido junto ao fornecedor e o aluga ao arrendatário, ficando convencionado que no final do contrato este poderá: a) devolver o bem arrendado, b) renovar o contrato de arrendamento mercantil (*leasing*) ou c) adquirir o bem por seu valor residual.

São, portanto, partes na operação de arrendamento mercantil (*leasing*): a empresa arrendadora, que financia a compra de um bem de consumo durável; o arrendatário, que faz uso do bem adquirido pela arrendadora, podendo optar por tornar-se proprietário do mesmo ao fim do contrato; e o fornecedor, que vende o bem para a empresa arrendadora.

Por meio da descrição da operação de arrendamento mercantil (*leasing*), resta claro que se trata de um negócio jurídico complexo que envolve uma locação, que é seu aspecto de maior destaque, uma opção de compra e, em determinados casos, um mandato. Assim, a operação de arrendamento mercantil (*leasing*) une estes negócios jurídicos em torno de uma causa comum: o financiamento.

Vale ressaltar ainda que, no contrato de arrendamento mercantil (*leasing*), a empresa arrendadora e o arrendatário dispõem de liberdade negocial e podem inserir as cláusulas que entenderem servir aos seus interesses, desde que respeitem a estrutura jurídica do negócio. Neste contexto, as partes do contrato de arrendamento mercantil (*leasing*) estabelecem o Valor Residual Garantido.

O Valor Residual Garantido é a obrigação assumida pelo arrendatário na assinatura do contrato de que receberá, pela alienação do bem arrendado, no mínimo, o valor acordado pelas partes a título de valor residual. Assim, na hipótese de o arrendatário optar por adquirir o bem, é este o valor que terá de desembolsar para tanto. Já se preferir devolver o bem, este será vendido e o arrendador receberá, no mínimo, o Valor Residual Garantido, fixado no contrato.

A Portaria nº. 564/78 do Ministério da Fazenda define o Valor Residual Garantido como “o preço contratual estipulado para o exercício da opção de compra, ou valor contratualmente garantido pelo arrendatário como mínimo que será recebido pela arrendadora na venda a terceiros do bem arrendado, na hipótese de não ser exercida a opção de compra”. Conforme

seu conceito normativo, portanto, ele funciona como uma garantia em favor do arrendador, a fim de que se mantenha a viabilidade econômica da operação.

Neste sentido, é importante trazer à baila trecho do voto proferido pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, quando do julgamento dos Embargos de Divergência no REsp. 213.828/RS, “*in verbis*”:

“Opção de compra é o direito potestativo do arrendatário de, ao final do contrato, consolidar em si o domínio e a posse direta do bem, ao passo que valor residual é o preço contratual estipulado para o exercício da opção de compra, que deve constar expressamente do contrato (ou o critério para sua fixação), consoante prevê o art. 5º, ‘d’ da Lei 6.099/74.

Já o denominado valor residual garantido, diferente do valor residual, na definição de Jorge G. Cardoso, ‘é uma obrigação assumida pelo arrendatário, quando da contratação do arrendamento mercantil, no sentido de garantir que o arrendador receba, ao final do contrato, a quantia mínima final de liquidação do negócio, em caso de o arrendatário optar por não exercer seu direito de compra e, também, não desejar que o contrato seja prorrogado’.

Quanto ao valor em si, é o mesmo do valor residual, ou saldo não depreciado, ou preço de opção de compra, que pode o contrato eleger seja o preço de mercado. É esse valor que o arrendatário fica obrigado a cobrir se houver diferença entre o valor contábil e o valor conseguido na venda.”. (g.n.)

Findo o prazo do contrato de *leasing* e não sendo efetivada a compra do bem, o arrendador receberá do arrendatário o Valor Residual Garantido. Neste caso: a) o arrendador vende o bem por valor igual ou superior ao Valor Residual Garantido, não restando qualquer valor a ser pago pelo arrendatário; ou b) o bem é vendido por quantia inferior ao Valor Residual Garantido, obrigando o arrendatário a pagar a diferença.

A quantia correspondente ao Valor Residual Garantido – fixada pelas partes – pode ser paga antecipadamente, de uma só vez ou em conjunto com as prestações mensais do arrendamento mercantil (*leasing*). Ou ainda seu pagamento pode ser ajustado ao final do contrato.

A este respeito, é relevante trazer os esclarecimentos constantes do voto do ex Ministro Edson Vidigal, proferido quando do julgamento dos Embargos de Divergência no REsp. 213.828/RS, “*in verbis*”:

“Tem-se, pois, que o Valor Residual Garantido não se refere diretamente à Opção de Compra.

Cabe ao arrendador a recuperação do valor empregado para a obtenção do bem, mais um acréscimo evidentemente necessário para a continuidade da atividade empresarial.

Após o término do pagamento das parcelas, tem o arrendatário a opção de comprar o bem, tendo que pagar o Valor Residual previamente estabelecido. Se ele não quiser optar pela compra, nem renovar o contrato, deve devolver o bem ao arrendador, que terá como garantia mínima por parte do arrendatário o Valor Residual Garantido, na venda do bem a um terceiro.

Assim, se o bem for vendido por um preço equivalente ao VRG, nada se tem a acertar; caso vendido por um valor inferior, deverá o arrendatário pagar a diferença à arrendadora.

A antecipação do pagamento do valor residual não implica necessariamente na opção de compra, haja vista que, se no término do contrato, o arrendatário não se interessar pela compra, por se encontrar o bem com tecnologia superada ou por qualquer outro motivo, terá a quantia devolvida ou não, de acordo com o preço que o bem for vendido a um terceiro. Caso vendido pelo mesmo valor do VRG ou por preço superior, será totalmente devolvido ao arrendatário o valor do VRG por ele antecipado; caso vendido por valor inferior, receberá o arrendatário apenas a diferença.”.

É de suma importância deixar claro ainda que o pagamento antecipado do Valor Residual Garantido não transmuda a operação de arrendamento mercantil (*leasing*) em contrato de compra e venda à prestação, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento que acarretou o cancelamento da Súmula 263:

“ARRENDAMENTO MERCANTIL. LEASING. ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO DO VALOR RESIDUAL GARANTIDO. DESCARACTERIZAÇÃO DA NATUREZA CONTRATUAL PARA COMPRA E VENDA À PRESTAÇÃO. LEI 6.099/74, ART. 11, §1º. NÃO OCORRÊNCIA. AFASTAMENTO DA SÚMULA 263/STJ.

1. O pagamento adiantado do Valor Residual Garantido – VRG não implica necessariamente antecipação da opção de compra, posto subsistirem as opções de devolução do bem ou prorrogação do contrato. Pelo que não descaracteriza o contrato de leasing para compra e venda à prestação.

Como as normas de regência não proíbem a antecipação do pagamento da VRG que, inclusive, pode ser de efetivo interesse do arrendatário, deve prevalecer o princípio da livre convenção entre as partes.

3. Afastamento da Súmula 263/STJ.

4. Embargos de divergência acolhidos.”.⁷⁰

Logo, é inquestionável que o Valor Residual Garantido nada mais é do que uma garantia outorgada em favor do arrendador relacionada à opção de compra do arrendatário ao final do

⁷⁰ Corte Especial, ED em REsp. 213.828, Rel. Min. Edson Vidigal, julgado em 07 de maio de 2003.

contrato. Não se trata, pois, de uma contraprestação pela utilização do bem arrendado e não pode, absolutamente, ser considerado na base de cálculo do Imposto Sobre Serviços.

Pelo exposto, não há que se cogitar a hipótese de incluir na base de cálculo do Imposto Sobre Serviços exigido em face de operação de arrendamento mercantil (*leasing*) o Valor Residual Garantido.

Por outro lado, não se pode ignorar que a base de cálculo do Imposto Sobre Serviços está expressamente definida na sua norma de regência como sendo o “preço do serviço”. Deste modo, qualquer quantia que não se enquadre no preço do serviço não pode, sob pena de flagrante ilegalidade, compor a base de cálculo do tributo.

Em se tratando de arrendamento mercantil (*leasing*) financeiro, não há que se falar em prestação de serviço e, portanto, não é possível distinguir o “preço do serviço”. Porém, desconsiderando esta questão para fins de argumentação, determinado Fisco Municipal só poderia levar em conta a contraprestação pela utilização do bem arrendado na apuração da base de cálculo do imposto.

Com isso, a inclusão do Valor Residual Garantido na base de cálculo do Imposto Sobre Serviços, além de configurar flagrante violação ao disposto na norma de regência deste tributo, torna nulo eventual lançamento tributário realizado pelo Fisco Municipal.

Assim, para finalizar esta abordagem no que diz respeito ao ISS, por mais que exista entendimento contrário, ousamos concluir pela impossibilidade da sua incidência, ao passo que em nenhum momento a operação de arrendamento mercantil (*leasing*) se caracteriza como uma obrigação de fazer, mas sim, como uma obrigação de dar, ao passo que determinado bem arrendado é disponibilizado ao arrendatário para a sua utilização, durante determinado lapso de tempo, com uma contra prestação financeira diluída neste tempo.

Para tanto, nos aprofundamos mais neste ponto ao longo do trabalho, tendo em vista que, atualmente, o entendimento do E. Supremo Tribunal Federal se inclina no sentido de ser constitucional a incidência do ISS em face das operações de arrendamento mercantil (*leasing*).

Contudo, com o devido respeito a este entendimento, por não coadunar dele, discorreremos de forma fundamentada sobre todas as características da operação, para dar lastro aos argumentos defendidos, no sentido de que esta operação não poderia se sujeitar a incidência desta exação de competência municipal. Ademais, sem ignorar o entendimento jurisprudencial atual, por ser importante para o debate, também abordamos as questões que contornam a possibilidade de tributação do arrendamento mercantil (*leasing*) pelo ISS, porém, ficou demonstrado que o modelo atual é defeituoso, principalmente no que diz respeito ao local da eventual prestação do serviço e a base de cálculo utilizada para se chegar ao saldo a pagar nesta exação. Assim, se conseguimos deixar estas questões para reflexão do leitor, concluímos que conseguimos alcançar nosso objetivo.

7. CONCLUSÃO

Diante de todo o exercício lógico até então praticado, quer nos parecer, embora exista entendimento em corrente contrária, que a operação de arrendamento mercantil (*leasing*), objeto do presente ensaio, não estaria sujeita a nenhuma espécie de incidência tributária, simplesmente por conta da falta de tipicidade. Neste ponto, importante indicar que esta constatação não consiste apenas em argumentos infundados, mas decorre da construção do raciocínio apresentada.

Para chegar a esta conclusão, tomamos o cuidado de construir as bases do nosso entendimento no plano constitucional, ou seja, da verificação do arquétipo constitucional tributário verificamos as competências tributárias das pessoas políticas de direito público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), para instituição e cobrança de tributos.

Partindo do plano constitucional, foram apresentadas todas as hipóteses de incidências passíveis de tributação pelo imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (usualmente conhecido como IOF), de competência da União, do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, de competência dos Estados e Distrito Federal e do imposto sobre serviços de qualquer natureza, exceto aqueles previstos no art. 155, II, da Constituição Federal de 1988, de competência dos Municípios e Distrito Federal, pois, pelas características da operação comercial ora tratada, estas talvez

fossem as únicas exações que se aproximariam da possibilidade de incidir em face desta operação mercantil.

Em observância a este ponto, foi analisado no detalhe o tratamento tributário e atual cenário jurisprudencial nos âmbitos federal, estadual e municipal, apontando inclusive suas respectivas questões relevantes e controversas, com o respectivo entendimento jurisprudencial, desta atividade em face daquelas pessoas jurídicas de direito público, que talvez pudessem ser os sujeitos ativos da obrigação tributária, caso esta fosse possível.

Contudo, como foi defendido no decorrer do texto, em especial no campo da incidência tributária, a análise do alcance e essência da atividade se mostra de suma importância para demonstrar a impossibilidade de tributação pela patente ausência de materialidade.

Ou seja, indica-se novamente que a simples menção de determinada situação como fato gerador, hipótese de incidência tributária de determinado tributo não é suficiente, pois, ao analisar as características do suposto critério material o operador do direito precisará recorrer ao Poder Judiciário para afastar aquela indevida tributação eivada de vícios, qual seja, ausência de materialidade e tipicidade.

A verificação correta deste ponto é a salvaguarda ao entendimento ora defendido, pois, para tanto, fizemos uma apresentação detalhada da operação arrendamento mercantil (*leasing*), desaguando no entendimento de que sua ocorrência no mundo fenomênico não se enquadraria no antecedente de nenhuma obrigação tributária, fazendo assim com que não nasça nenhuma obrigação de pagar tributo por aqueles que praticam estas atividades.

Para esta conclusão, que acaba por afastar a possibilidade de incidência de qualquer obrigação tributária, não é necessário proceder com mirabolantes construções de entendimentos. Pelo contrário, basta recordarmos as primeiras lições de Direito Tributário, ao passo que está simplesmente apoiada nas lições básicas dos princípios constitucionais tributários, que veda qualquer imposição que não esteja em total observância e consonância com o princípio constitucional da legalidade tributária.

Diante disto, com respeito a entendimentos contrários, adotamos posição no sentido de que as operações de arrendamento mercantil (*leasing*) não estão sujeitas, conforme o modelo

tributário atual, a nenhuma sujeição tributária e este entendimento não decorrer do inconformismo a esta sujeição, mas simplesmente pela sua impossibilidade jurídico-tributária, por ausência de materialidade para o nascimento da obrigação.

8. BIBLIOGRAFIA

ATALIBA, Geraldo Ataliba. Hipótese de Incidência Tributária. 5ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1997.

AZEVEDO, Mariangela Garcia de Lacerda. Imposto Sobre Serviços – De acordo com a Lei Complementar nº 116/2003. Ed. Quartier Latin. São Paulo. 2004.

BAPTISTA, Marcelo Caron. ISS do Texto à Norma- Doutrina e Jurisprudência da EC 18/65 à LC 116/03. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

BALEEIRO, Aliomar. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARRETO, Aires F. ISS na Constituição e na Lei. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

____. Curso de Direito Tributário Municipal. São Paulo: Saraiva, 2010.

____. Curso de Iniciação em Direito Tributário, Ed. Dialética, São Paulo, 2004.

____. *Leasing* – Sujeição ao ISS: Uma incidência *Sui Generis*. O Direito Tributário e o Mercado Financeiro e de Capitais. 2º Vol. São Paulo: Dialética, 2010.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. Coordenadores. Curso de Iniciação em Direito Tributário, Ed. Dialética, São Paulo, 2004.

CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 27ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. Fundamentos Jurídicos da Incidência Tributária, 2ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1999.

____. Curso de Direito Tributário, 18ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2007.

CASSONE, Vittorio. Direito Tributário. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DINIZ, Maria Helena de. Curso de Direito Civil Brasileiro. 20ª Ed. São Paulo: Saraiva.

FIUZA, César. Direito Civil- Curso Completo de acordo com o Código Civil de 2002. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FORTUNA, Eduardo. Mercado Financeiro. Produtos e Serviços. 18ª Edição. Ed. Qualitymark Editora. Rio de Janeiro. 2011.

FURLAN, Anderson – Revista Dialética de Direito Tributário nº 140.

MACHADO, Brandão. ISS e o arrendamento mercantil. Artigo in RDDDT 141.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 21ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

____. O ISS e o arrendamento mercantil. Artigo in RDDDT 185.

MARTINS, Ives Gandra da Silva [Coord.]. Curso de Direito Tributário. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELO, Fabio Soares de. Imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS). Arrendamento Mercantil (leasing). Critérios para definição do Município competente. Lei Complementar nº 116/03. Artigo in RDDDT 102.

MELO, José Eduardo Soares de. ISS – Aspectos Teóricos e Práticos, 5ª Ed. São Paulo: Dialética, 2008.

____. Curso de Direito Tributário. 9ª Ed. São Paulo: Dialética, 2010.

____. Direito Tributário Empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. Tratado de Direito Comercial Brasileiro, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1970.

MIFANO, Flavio. [Coord.] MOSQUEIRA, Roberto Quiroga. Atualidades sobre o Arrendamento Mercantil: Normas de Convergência Contábil, ISS, PIS e Cofins. O Direito Tributário e o Mercado Financeiro e de Capitais. 2º Vol. São Paulo: Dialética, 2010.

MORAIS, Alexandre de. Direito Constitucional. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Bernardo Ribeiro. Doutrina e Prática do Imposto sobre Serviços. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. Tributação no mercado financeiro e de capitais, Ed. Dialética, 2ª edição, São Paulo, 1999.

____. *Leasing* – Sujeição ao ISS: Uma incidência *Sui Generis*. O Direito Tributário e o Mercado Financeiro e de Capitais. 2º Vol. São Paulo: Dialética, 2010.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Curso de Direito Tributário. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVO, Rodolfo Leandro de Faria. Mercado Financeiro. Conceitos, cálculos e análise de investimento. 3ª Edição, 5ª reimpressão, Ed. Saint Paul, São Paulo, 2012.

PAULSEN, Leandro. Direito Tributário. Constituição e Código Tributário, à luz da doutrina e da jurisprudência. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RAMALHO, Mariana Oiticica. Imposto Sobre Serviços – De acordo com a Lei Complementar nº 116/2003. Ed. Quartier Latin. São Paulo. 2004

RIZZARDO, Arnaldo. Leasing- Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro. 5ª Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009.

RODRIGUES, Silvio. Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROCHA, Valdir de Oliveira [Coord.]. O ISS e a LC 116. São Paulo: Dialética, 2003.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros.

SABBAG, Eduardo de Moraes. Elementos de Direito Tributário, Ed. Premier Máxima, 7ª edição, São Paulo, 2005.

____. Manual de Direito Tributário, Ed. Saraiva, 3ª edição, São Paulo, 2011.

SECURATO, José Cláudio. Mercado Financeiro. Conceitos, cálculos e análise de investimento. 3ª Edição, 5ª reimpressão, Ed. Saint Paul, São Paulo, 2012.

SECURATO, José Roberto. Mercado Financeiro. Conceitos, cálculos e análise de investimento. 3ª Edição, 5ª reimpressão, Ed. Saint Paul, São Paulo, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Atlas.

www.bcb.gov.br

www.leasingabel.org.br

